



30 de abril de 2024

Ministério da Fazenda
Secretaria de Reformas Econômicas
Alexandre Rebêlo Ferreira

Re: Tomada de subsídios - aspectos econômicos e concorrenciais de plataformas digitais

A Telecommunications Management Group, Inc. (TMG) agradece a oportunidade de apresentar comentários à tomada de subsídios sobre aspectos econômicos e concorrenciais de plataformas digitais lançada pelo Ministério da Fazenda do Brasil. Acreditamos que criar oportunidades de envolvimento e obter as opiniões de diversas partes interessadas é fundamental para a elaboração de políticas informadas no campo emergente da regulação digital.

Com base em nossa experiência assessorando clientes sobre regulamentação digital internacionalmente, bem como no setor de tecnologias de informação e comunicação no Brasil há mais de 15 anos, a introdução da regulamentação ex ante de plataformas digitais no Brasil neste momento não parece justificada. O atual arcabouço legal antitruste, estabelecido pela Lei nº 12.529/2011, está se mostrando suficientemente flexível e apto para dotar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) das ferramentas necessárias para investigar e responder a potenciais práticas anticompetitivas nos mercados de plataformas digitais. A prática do CADE desde 2011 demonstra que a autoridade concorrenciais continua a desenvolver expertise em casos de concorrência envolvendo mercados de plataformas digitais. Apesar dos pontos fortes do atual quadro regulatório ex post, sempre existe espaço para melhorias, incluindo a necessidade de fornecer recursos adicionais ao CADE para desenvolver ainda mais sua experiência em questões de concorrência nos mercados de plataformas digitais.

A adoção de regulamentação ex ante neste momento poderia colocar em risco a inovação e o dinamismo nos mercados de plataformas digitais em constante evolução, e levar a falsos positivos onde as práticas pró-inovadoras são proibidas apenas porque são realizadas por empresas regulamentadas. Estes efeitos não intencionais, muitas vezes associados à regulamentação ex ante, podem afetar tanto os consumidores como as empresas. Além disso, devido à heterogeneidade das plataformas digitais, a regulamentação ex ante pode não reconhecer com precisão as diferenças entre elas e gerar distorções de mercado. Dado que existe uma probabilidade razoável de que o progresso tecnológico e a inovação possam prevenir ou eliminar estrangulamentos e promover resultados competitivos, qualquer intervenção regulamentar deve ser considerada com cautela.

Portanto, instamos o Ministério da Fazenda e outras agências importantes do governo brasileiro a expandir iniciativas de consulta pública às partes interessadas como esta para compreender melhor os potenciais desafios e impulsionadores dos mercados de plataformas digitais no país. Isso deve ter como objetivo a criação de um registro que considere plenamente as necessidades do Brasil e apoie no futuro decisões de políticas fundamentadas e baseadas em evidências.

O restante deste documento fornece respostas específicas às principais questões incluídas no documento da tomada de subsídios. Note-se que nos concentramos apenas em questões relacionadas a possíveis condutas unilaterais nos mercados digitais.

1 Respostas às perguntas da Secretaria de Reformas Econômicas

I. Objetivos e racional regulatório

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

A imposição de regulamentação ex ante de plataformas digitais no Brasil não parece justificada neste momento. Esta abordagem provavelmente imporá um conjunto de obrigações e restrições assimétricas a certas plataformas digitais, normalmente baseadas no seu tamanho, afastando-se da abordagem atual de utilização de regulamentação ex post caso a caso, que se baseia em soluções antitruste e na responsabilidade para resolver potenciais preocupações concorrenciais nestes mercados. Tais reformas representariam um risco real de prejudicar a inovação e o dinamismo em mercados de plataformas digitais heterogêneos e em constante evolução, e podem levar a falsos positivos onde as práticas pró-inovadoras são proibidas apenas porque são realizadas por empresas regulamentadas.

Uma mudança no sentido da regulamentação ex ante das plataformas digitais poderia ser considerada se a aplicação ex post da legislação em matéria de concorrência for considerada ineficaz para impor condutas anticoncorrenciais no mercado, em particular devido ao abuso persistente de poder de mercado ou de posição dominante. Isso exigiria avaliar se o CADE tem sido, e continuará a ser, incapaz de investigar e resolver tais casos de concorrência envolvendo mercados de plataformas digitais com base na lei antitruste.

Este não parece ser o caso. Uma análise da prática do CADE sugere que a atual estrutura ex post confere ao órgão poderes suficientes para tratar de questões de concorrência que surjam nos mercados digitais. Por exemplo, entre 2011 e 2023, o CADE investigou e resolveu (quando aplicável) quase duas dezenas de casos relacionados a conduta anticompetitiva envolvendo plataformas e serviços digitais. Isto sugere inicialmente que a atual estrutura ex post provê ferramentas suficientes para investigar e responder às preocupações concorrenciais que surgem nos mercados digitais, e que o CADE desenvolveu, e continua desenvolvendo, a experiência necessária neste campo novo e em evolução.

Em relatório publicado pelo CADE no ano passado, o órgão reconheceu os novos desafios decorrentes das plataformas digitais, ao mesmo tempo que reconheceu que tem lidado com esses casos de forma eficaz. Especificamente, o CADE declarou:

“Levando em consideração a dinamicidade e o crescimento das plataformas digitais, provavelmente, serão apresentadas muitas questões às autoridades de defesa da concorrência. Muitos são os desafios a serem enfrentados quando se trata de tal campo e alguns já foram respondidos pelo Cade, conforme destacou este Caderno, como, por exemplo, a adoção de cláusulas MFN.”¹

O CADE também afirmou que o quadro regulamentar atual é suficiente para enfrentar os desafios futuros, observando que:

“Os julgados afirmaram que o direito concorrencial e a legislação aplicada na área apresentam como característica a elevada adaptabilidade e, assim, é possível aplicá-los em face das mais diversas práticas empresariais.”²

Isto apoia a visão de que o atual quadro regulatório ex post é provavelmente suficientemente flexível para fornecer ao CADE no futuro as ferramentas para investigar e responder à conduta anticompetitiva nos mercados de plataformas digitais. Por exemplo, desde 2011, o CADE tem lidado com casos que abordam

¹ CADE, Cadernos do Cade, Mercados de Plataformas Digitais, (2023), p. 246, https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

² Id.

vários tópicos inerentemente relacionados à forma como as plataformas digitais competem, concentrando-se principalmente em condutas unilaterais. Isto inclui auto-preferência, portabilidade de dados, abuso de posição dominante, subordinação, práticas anticoncorrenciais na publicidade online e restrições verticais. Casos notáveis envolvendo grandes players internacionais incluem:

- *E-Commerce Media Group versus Google* sobre auto-preferência (Processo Administrativo 08012.010483/2011-94);
- *Microsoft versus Google* sobre portabilidade de dados entre plataformas e otimização de campanhas (Processo Administrativo 08700.005694/2013-19);
- *E-Commerce Media Group versus Google* sobre alavancagem vertical da posição dominante (Processo Administrativo 08700.009082/2013-03);
- *Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil versus Expedia, Decolar, e Booking.com* sobre restrições verticais (Processo Administrativo 08700.005679/2016-13);
- *Yelp versus Google* sobre abuso de posição dominante para desviar o tráfego de usuários (Processo Administrativo 08700.003211/2016-94);
- *Total Pass e Yoooup versus Gympass* sobre cláusulas das nações mais favorecidas (NMF) (Processo Administrativo 08700.004136/2020-65);
- *Rappi versus iFood* sobre restrições verticais (Processo Administrativo 08700.004588/2020-47); e
- *CADE versus OLX* sobre vinculação e promoção de aumentos de preços (Processo Administrativo 08700.002958/2022-73).³

Ao abordar esses casos, o CADE desenvolveu expertise interna com o crescente número de casos relacionados a plataformas digitais, bem como expertise na identificação de desafios emergentes. Na opinião do CADE, esses desafios emergentes podem incluir práticas de exclusão por parte de um ator dominante devido à concentração de dados; tratamento discriminatório de usuários e perfis com base em dados; e conluio algorítmico e restrições verticais no comércio eletrônico.⁴ Isto sugere ainda que o CADE está desenvolvendo uma consciência prospectiva e familiarizada com as preocupações concorrenciais envolvendo plataformas digitais e está se concentrando em casos e práticas que estão sendo considerados por reguladores e tribunais antitruste em todo o mundo.

Apesar dos pontos fortes do atual quadro regulamentar ex post, ainda há margem para melhorias. Por exemplo, o CADE poderia aumentar os recursos dedicados a estudos de mercado, como pareceres técnicos elaborados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) e documentos de trabalho para analisar os principais temas que envolvem a concorrência nos mercados digitais. Da mesma forma, recursos adicionais poderiam ser mobilizados para aumentar a capacidade do CADE de conduzir investigações de conduta nos mercados de plataformas digitais.

Com base no exposto, pode-se argumentar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), instituído pela Lei nº 12.529/2011, fornece as ferramentas legais e a flexibilidade para responder às preocupações concorrenciais que possam surgir em relação aos mercados de plataformas digitais. A adoção de uma regulamentação ex ante ampla e não testada que tenha impacto nestes mercados teria de ser apoiada por provas convincentes que demonstrassem que as ferramentas existentes são ineficazes.

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?

³ Id., p. 165 to 236.

⁴ Id., p. 246.

É importante reconhecer que o contexto de cada mercado é único e que a adoção de modelos regulamentares de outras jurisdições pode não responder eficazmente às necessidades específicas de um determinado país.⁵ No entanto, a análise de experiências e abordagens internacionais adotadas em outras jurisdições pode ajudar na compreensão do que outros estão fazendo neste novo campo.

Para efeito de comparação, os países que consideram a regulamentação ex ante das plataformas digitais, como a Austrália, estão passando por extensas avaliações e consultas para garantir uma tomada de decisão informada. Através do Digital Platform Services Inquiry (DPSI), a Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores (ACCC) iniciou um processo de cinco anos para avaliar minuciosamente a concorrência digital. Este processo envolve a análise das necessidades do mercado e dos quadros existentes para tomar decisões bem informadas, baseadas em evidências e cuidadosamente fundamentadas.⁶ A abordagem da Austrália inclui múltiplas consultas, documentos e propostas para alterar as regras de concorrência. Desde 2020, a ACCC tem examinado o panorama do mercado, realizando inquéritos com pequenas empresas para entender as suas experiências com as principais plataformas digitais, e investigando a influência das plataformas digitais numa série de mercados.⁷ A realização de uma análise minuciosa das condições do mercado ao longo do tempo é crucial, considerando como os mercados digitais são dinâmicos, rápidos e inovadores.

Ciente das diferenças de país entre os dois mercados, o Brasil se beneficiaria, no entanto, da realização de um exercício detalhado comparável. Isso implicaria em mapear a estrutura atual e os desafios futuros da concorrência nos mercados digitais no contexto do cenário digital do Brasil e considerar a eficácia das ferramentas e instituições existentes para enfrentar quaisquer desafios que possam ser identificados. Isto informaria se a introdução de regulamentação ex ante é justificada e apoiaria uma análise custo-benefício que poderia fornecer argumentos sólidos para manter o quadro atual ou introduzir alterações. A presente tomada de subsídios é um primeiro passo importante neste processo, mas o Ministério da Fazenda (ou outra agência designada) poderia beneficiar do estudo da natureza estruturada do processo ACCC para informar possíveis ações futuras.

Adotar uma abordagem única que importe abordagens internacionais para o Brasil poderia levar a uma incerteza significativa e a consequências indesejadas. Este risco é ainda maior no caso da regulamentação ex ante das plataformas digitais, dado que os quadros regulamentares de referência existentes, como a Lei dos Mercados Digitais da União Europeia (UE), são novos e ainda não foram testados na sua aplicação. Assim, a sua eficiência e os impactos econômicos positivos não foram demonstrados. De fato, mesmo na UE, onde entrou recentemente em vigor uma regulamentação ex ante abrangente das plataformas digitais, incluindo a Lei dos Mercados Digitais e a Lei dos Serviços Digitais, os Estados-Membros estão alegadamente recuando em regulamentações adicionais. Por exemplo, em fevereiro de 2024, a Presidência Belga do Conselho da União Europeia (Conselho) distribuiu um documento instando a Comissão Europeia (CE) a dar prioridade à implementação das leis de regulamentação digital já em vigor, em vez de criar novas regulamentações digitais. O Conselho teria notado que a “implementação eficaz e eficiente” destas novas leis deveria ser a prioridade. O Conselho destacou também a possibilidade de que

⁵ Strowel and Vergote, DigitalPlatforms: To Regulate or Not To Regulate?, (2016),

https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf.

⁶ Australia Competition and Consumer Commission, Digital platform services inquiry 2020-25, (2020), <https://www.accc.gov.au/inquiries-and-consultations/digital-platform-services-inquiry-2020-25>.

⁷ Australia Competition and Consumer Commission, (2022), <https://consultation.accc.gov.au/mergers-and-adjudication/small-business-dealings-with-digital-platforms/>.

uma maior regulamentação possa impor restrições ao desenvolvimento de um ecossistema digital ágil e inovador da UE.⁸

Por conseguinte, existe o risco de que a adoção de intervenções regulamentares ex ante novas e potencialmente rigorosas possa causar mais danos do que benefícios, ao distorcer potencialmente a dinâmica do mercado, aumentar os custos e reduzir a escolha do consumidor.

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?

Conforme discutido na questão 1, o Brasil atualmente conta com uma estrutura ex post para regular plataformas digitais com base na Lei nº 12.529/2011. O CADE é o órgão nacional regulador da concorrência, e a Secretaria de Promoção da Produtividade e Defesa da Concorrência (SEPRAC) realiza trabalhos de defesa de direitos junto aos órgãos governamentais e à sociedade em questões concorrenciais. Juntos, CADE e SEPRAC formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que promove um mercado competitivo na economia brasileira.

A Lei nº 12.529/2011 oferece uma estrutura adaptativa que tem sido usada para investigar e resolver preocupações emergentes de concorrência nos mercados de plataformas digitais.⁹ Em regra geral, os casos de plataformas digitais merecem uma abordagem investigativa caso-a-caso ex post para realizar adequadamente uma investigação baseada em fatos e identificar condutas que possam afetar negativamente a concorrência. O exercício de definir mercados relevantes, avaliar a posição dominante e medir os efeitos do mercado faz parte de um processo eficaz e justo que garante o tratamento adequado de cada caso. Esta abordagem evita a imposição de regulamentações excessivamente amplas que afetam as plataformas digitais e que poderiam sufocar a concorrência e a inovação.

Desde 2011, o CADE utiliza as ferramentas e a autoridade estabelecidas pela Lei nº 12.529/2011 para investigar e decidir casos de concorrência envolvendo plataformas digitais no Brasil. Isto inclui abordar questões como auto-preferência; portabilidade de dados; abuso de domínio; amarrar; práticas anticompetitivas em publicidade online; e restrições verticais. Isto sugere que a estrutura atual da Lei nº 12.529/2011 parece eficaz no tratamento de casos de plataformas digitais. Notavelmente, nenhuma evidência sugere que o CADE tenha enfrentado quaisquer desafios econômicos ou concorrenciais além do escopo da legislação atual.¹⁰

Embora a Lei nº 12.529/2011 ofereça ferramentas para tratar de preocupações concorrenciais, existem oportunidades para melhorar a estrutura atual para agilizar o tempo de resposta do CADE e melhorar a eficiência na identificação de possíveis problemas de concorrência decorrentes da dinâmica do mercado. Isto poderia ser alcançado fornecendo ao CADE recursos adicionais (materiais e pessoal) para permitir respostas rápidas e apropriadas quando a ação for necessária.

⁸ Euractiv, Implementing tech rulebooks should be top digital policy priority, EU countries urge (February 23, 2024), <https://www.euractiv.com/section/digital/news/implementing-tech-rulebooks-should-be-top-digital-policy-priority-eu-countries-urge/>.

⁹ CADE, Cadernos do Cade, Mercados de Plataformas Digitais, (2023), p. 246, https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

¹⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cadernos do Cade, Mercados de Plataformas Digitais, (2023), https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

Além disso, a realização de inquéritos setoriais poderia melhorar a compreensão do CADE sobre questões emergentes de concorrência nos mercados digitais, permitindo ações mais eficazes.¹¹ Adicionalmente, aumentar a dependência em estudos e investigações de mercado pode melhorar o processo de recolhimento de provas, especialmente na avaliação da dinâmica do poder de mercado, facilitando assim uma tomada de decisões mais informada e baseada em provas.¹²

Estas, e potencialmente outras melhorias, podem expandir e desenvolver ainda mais o âmbito de especialização e eficácia do SBDC na abordagem de casos de concorrência que envolvem mercados de plataformas digitais, garantindo ao mesmo tempo a segurança regulamentar e evitando riscos e consequências não intencionais da regulamentação ex ante neste setor.

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?

A avaliação do grau de poder de mercado é um componente central dos casos de abuso de posição dominante no Brasil,¹³ bem como internacionalmente.¹⁴ O poder de mercado existe num espectro que vai desde a concorrência perfeita, sem poder de mercado, até ao poder de monopólio ou domínio.¹⁵ Vários indicadores são frequentemente utilizados pelas autoridades da concorrência e pelos tribunais para avaliar a posição dominante, tendo em conta as características específicas dos mercados de plataformas digitais. Por exemplo, a natureza bilateral destas plataformas exige um cuidado especial na avaliação da posição dominante, a fim de ter em conta as ligações entre ambos os lados do mercado e a dinâmica concorrencial em jogo.

Para facilitar a referência, as quotas de mercado são um dos fatores utilizados para avaliar a posição dominante, mas é necessária uma análise adicional das condições econômicas do mercado antes de se poder chegar a uma afirmação de posição dominante num caso que envolve plataformas digitais. Isto pode incluir considerar, por exemplo, o impacto das barreiras de entrada, os efeitos de rede, a diferenciação de plataformas, o multihoming, a concorrência potencial, a natureza altamente inovadora e dinâmica dos mercados digitais, entre outros.¹⁶

O artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011 estabelece que se presume posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas é capaz de alterar, individual ou conjuntamente, as condições de mercado ou quando controla 20% ou mais do mercado relevante. A prática do CADE, ao avaliar o poder de mercado em casos de abuso de posição dominante em mercados de plataformas digitais, considera múltiplos fatores. Esta abordagem está em linha com a literatura econômica e a prática internacional. Nesse sentido, o CADE reconheceu que a presunção de dominância prevista no artigo 36, §2º da Lei nº

¹¹ Strowel and Vergote, Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate?, (2016),

https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf.

¹² Competition and Markets Authority, UK Competition and Markets Authority response to the European Commission's consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, (2016), <https://shorturl.at/fjQ49>.

¹³ Artigo 36, IV, Lei 12.529 de 2011.

¹⁴ Artigo 102, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

¹⁵ Veja Tone Knapstad (2023) Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU, European Competition Journal.

¹⁶ Veja Jens-Uwe Franck and Martin Peitz (2019), Market Definition and Market Power in the Platform Economy, Center on Regulation in Europe (CERRE), p. 69-89.

12.529/2011 “não é absoluta, já que outras características do mercado devem ser sopesadas”.¹⁷ Isto inclui considerar, por exemplo, a barreiras de entrada nos mercados digitais, entre outros fatores.¹⁸

Mesmo nos casos em que uma empresa detinha mais de 90% de participação de mercado, o CADE reconheceu que a avaliação da dominância nos mercados digitais justifica uma investigação mais aprofundada, uma vez que “a participação de mercado não é a melhor medida para se verificar o poder de mercado”.¹⁹ Nesses casos, o CADE considera rotineiramente vários fatores adicionais e a dinâmica do mercado, incluindo barreiras de entrada derivadas do acesso aos dados, efeitos indiretos de rede entre ambos os lados do mercado e os efeitos do multihoming, entre outros. Esse tipo de avaliação indica o conhecimento e a compreensão do CADE sobre as características das plataformas digitais e a dinâmica competitiva desses mercados impulsionados pela inovação.

Não obstante ao acima exposto, o limite estabelecido de 20% de participação de mercado para presumir posição dominante previsto no artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011 é baixo. Parece pressupor mercados muito fragmentados ou atomizados, com um grande número de atores. Este não é normalmente o caso dos mercados de plataformas digitais, onde os efeitos de escala e de rede impulsionam incentivos ao crescimento e à concorrência “para o mercado” e normalmente incluem um número limitado de intervenientes. Portanto, pode-se esperar que na maioria, se não em todos, os mercados de plataformas digitais, uma ou mais empresas operem no limite de 20% ou acima dele, um fato que não as leva necessariamente a estar numa posição dominante. Conforme observado, a prática do CADE é consistente com esta abordagem, não se baseando na presunção de participação de mercado ao avaliar a posição dominante em casos de plataformas digitais.

Vale a pena notar que em outras jurisdições onde a participação de mercado é utilizada como fator para avaliar a posição dominante, normalmente se utilizam limiares consideravelmente mais elevados ao criar presunções de poder de mercado. Por exemplo, os tribunais dos EUA normalmente não consideram a posição dominante (ou poder de monopólio) se uma empresa tiver menos de 50% de participação nas receitas de um mercado.²⁰ Da mesma forma, o Tribunal de Justiça Europeu estabeleceu uma presunção de posição dominante nos casos em que uma empresa detém uma participação de mercado persistentemente superior a 50%.²¹ Por outro lado, a Comissão Europeia e os reguladores da concorrência no Reino Unido²² estabeleceram uma presunção de que é pouco provável que uma empresa com menos

¹⁷ Veja CADE, Voto do Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, Processo Administrativo 08700.005694/2013-19 [Google Search / AdWords], para. 87, disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNat7oh4lu_4litBQ3M_T_ByQskspanVB1dkUb5TPSV9QlyYkviylqkYQg5AjEHFTxPLMml1NvbKaKZ-dy0WS4a-.

¹⁸ Veja CADE, Voto da Conselheira Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, Processo Administrativo 08700.009082/2013-03 [Google Shopping], para. 64, disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN8j60temh5nU7aG4SsYnJAYUvg0AQsulpTyb4OvuyEnp7zaaqzBwWTMj7FTfrn2nqJIm698PrLUr747cojwLve#_Toc524011186.

¹⁹ Veja CADE. Voto do Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, [Google Shopping], Processo nº 08012.010483/2011-94, para. 143, [SEI/CADE - 0632170 - Voto](#).

²⁰ Federal Trade Commission Guidance, “Monopolization Defined”, <https://www.ftc.gov/tipsadvice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

²¹ Veja C62/86, AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359, para. 60.

²² Office of Fair Trading [now the Competition and Markets Authority], Abuse of dominance position, 2004, p. 15, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a74c497ed915d4d83b5ecd7/oft402.pdf>.

de 40% de participação de mercado seja dominante. Todos esses exemplos destacam que o limite de 20% previsto no artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011 é de fato excepcionalmente baixo.²³

Com base na discussão acima, acreditamos que a estrutura para avaliar a dominância em casos de conduta unilateral, conforme estabelecido no artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011, mostrou-se suficientemente robusta para apoiar ações de fiscalização ex post envolvendo plataformas digitais no Brasil por mais de uma década. A prática do CADE tem demonstrado isso ao realizar avaliações mais amplas ou mais abrangentes da dinâmica competitiva nesses mercados bilaterais, indo além de simplesmente considerar as participações de mercado. Dito isto, a presunção legal de posição dominante baseada numa participação de mercado de 20% num mercado relevante parece desnecessariamente restritiva. Caso uma presunção legal seja mantida no artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011, recomendamos a revisão do limite de maneira consistente com a ampla prática internacional. Isto alinharia mais a presunção com os objetivos gerais da política de concorrência, afetando todos os setores e não apenas os mercados 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?

As questões de concorrência que surgem de relações verticais ou complementares são uma preocupação para as autoridades da concorrência. Embora poucos casos tenham surgido recentemente na América Latina, é um tema que tem ganhado atenção nos últimos anos devido às relações que existem entre empresas no ecossistema digital.²⁴ As relações verticais ou complementares envolvem ocasionalmente restrições verticais (RV), entendidas como “restrições contidas em acordos entre fornecedores e distribuidores relativos à revenda de produtos e serviços”.²⁵

As RV anticoncorrenciais estão normalmente relacionadas com restrições de preços e acordos de exclusividade entre parceiros comerciais que podem incluir uma série de condutas, tais como negociação exclusiva; distribuição seletiva; compra e/ou fornecimento exclusivo; subordinação e agrupamento anticompetitivos; manutenção do preço de revenda (RPM); entre acordos de paridade de plataforma (APPA); e preços duplos. Embora, em alguns casos, as práticas verticais das plataformas digitais possam aumentar o bem-estar dos consumidores e, portanto, ser pró-concorrenciais, algumas destas práticas podem prejudicar os consumidores, aumentando os preços e/ou restringindo a escolha/qualidade.

No Brasil, o artigo 36 §3º da Lei nº 12.529/2011 fornece uma ampla lista de condutas consideradas como comportamento anticompetitivo, incluindo algumas RVs que podem constituir violações antitruste. Em

²³ Isto é consistente com a avaliação da OCDE, que concluiu que “[t]he 20% threshold in the law is not only low but is also out of step with practice in the majority of other jurisdictions where market share is not considered a good proxy for market power.” OECD, Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil (2019), p. 74, <https://web.archive.oecd.org/2019-04-17/505848-oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>.

²⁴ OECD, LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM, Session II: Efficiency Analysis in Vertical Restraints – Background Note by the Secretariat, (September 20-22, 2021), p. 4, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)4/en/pdf)

²⁵ OECD, LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM - Session II: Efficiency Analysis in Vertical Restraints, Contribution from Honduras, (September, 2021), p. 2, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)9/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)9/en/pdf)

particular, o artigo 36 §3º IV, VIII, IX, X e XVIII aborda restrições verticais, tais como restrições de preços e subordinação e agrupamento anticompetitivos. Essas amplas categorias de RVs fornecem ferramentas para o CADE lidar ex post com condutas anticompetitivas off-line e on-line.

Na verdade, o CADE tratou e resolveu casos relacionados a RVs em mercados digitais utilizando a atual estrutura ex post. Isso é destacado no *Fórum Brasil de Operadoras Hoteleiras versus Booking.com, Decolar e Expedia*, caso envolvendo cláusula de paridade de preços que permitia às agências de viagens online oferecer preços e condições mais vantajosas aos consumidores do que aquelas oferecidas diretamente pelos hotéis. Nesse caso, o CADE concluiu que a cláusula de preço teve dois impactos principais sobre a concorrência: (i) limitou a concorrência entre as agências e (ii) aumentou as barreiras de entrada no mercado. O CADE chegou a um acordo de cessação e desistência com as empresas, segundo o qual as agências de viagens on-line eram obrigadas a cessar a implementação da cláusula de paridade de preços em acordos comerciais com fornecedores de hospedagem.²⁶ Outros casos que o CADE analisou relacionados a RVs em plataformas digitais incluem *Total Pass e Yooouup versus Gympass*,²⁷ bem como *Yelp versus Google*.²⁸ Isto sugere que o CADE possui atualmente as ferramentas necessárias para lidar com potenciais casos futuros relacionados à interoperabilidade, discriminação baseada em algoritmos e coleta de dados.

Vale a pena notar que outras jurisdições adotaram abordagens semelhantes ao lidar com casos relacionados a RVs no contexto de plataformas digitais ao longo dos anos. Por exemplo, em 2016, a Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores (ACCC) chegou a acordos com o Booking.com e a Expedia para remover cláusulas contratuais nos seus acordos com hotéis, que incluíam cláusulas de paridade de preços e disponibilidade. Além disso, em 2017, a Comissão de Comércio Justo do Japão (JFTC) investigou a Amazon por incluir cláusulas de paridade de preços e paridade de seleção nos contratos de vendedores. Casos semelhantes relacionados com RV foram analisados na Coreia do Sul contra Yogyio em 2020 e no Egito contra a plataforma de entrega de alimentos MFN em 2022.²⁹

Com base na discussão acima, parece que a atual lei antitruste no Brasil oferece os elementos necessários para lidar com casos relacionados a RVs nos mercados digitais.

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?

Conforme discutido na resposta às perguntas 1 a 4, neste momento não parece existir uma justificativa clara para a adoção de regulamentação econômica ex ante sobre plataformas digitais no Brasil. Desde

²⁶ CADE, Booking, Decolar, and Expedia reach Cease and Desist Agreement with CADE, (November, 2022), <https://www.gov.br/cade/en/matters/news/booking-decolar-and-expedia-reach-cease-and-desist-agreement-with-cade>

²⁷ CADE, NOTA TÉCNICA Nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE, (December, 2021),

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddagOuY58g0A5bT5wmqGLIBLFIYZ4hPeWK2iU03zOJKYWuAeXqrtK95YGPPF2x0AHjQQo8NdtwmX-lYxgI5KyATo

²⁸ CADE, NOTA TÉCNICA Nº 20/2022/CGAA11/SGA1/SG/CADE, (September, 2022),

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddbW31ICUsV_mVgW4AgoUx-ZYPaneVQjL6RM9RwAykRSyzcUPimSirQndly8MpFjK001kBGfQif3FhhRpEUqp1Ju

²⁹ World Bank, Global Markets Competition and Technology Digital Antitrust Database,

<https://dataviz.worldbank.org/views/Global-Digital-Antitrust-Database/Overview?%3Aembed=y&%3AisGuestRedirectFromVizportal=y>

2011, o CADE se baseou na Lei nº 12.529/2011 para tratar de casos de concorrência nos mercados de plataformas digitais, abrangendo muitas formas de conduta unilateral, que vão desde a auto-preferência até restrições verticais. Consideramos, portanto, que o atual quadro ex post fornece ferramentas suficientes para o SBDC controlar práticas anticoncorrenciais nos mercados de plataformas digitais.

Dito isto, vale também a pena destacar que a regulação econômica ex ante das plataformas digitais pode suscitar as seguintes preocupações potenciais:

1. A adoção de regulamentação ex ante pode ter consequências indesejadas nos mercados de plataformas digitais, tanto para os consumidores como para as empresas. Isto pode incluir a segmentação desproporcional de plataformas específicas e o sufocamento da inovação e da concorrência.³⁰ Uma regulamentação excessivamente intrusiva pode ter impacto na justiça e na equidade do mercado e desenvolver disparidades entre os atores no mercado.³¹ Isto pode levar a distorções e ineficiências do mercado, especialmente em mercados de ritmo acelerado, como as plataformas digitais.³² Devido à heterogeneidade das plataformas, elas provavelmente serão impactadas de forma diferente pela regulamentação ex ante simétrica ou assimétrica, uma vez que as suas diferenças podem não ser reconhecidas pelo quadro regulamentar, gerando distorções de mercado. Dado que existe uma probabilidade razoável de que o progresso tecnológico e a inovação possam prevenir ou eliminar estrangulamentos e promover resultados competitivos, a intervenção regulamentar deve ser considerada com cautela.³³
2. A implementação da regulamentação ex ante poderia trazer desafios adicionais para o mercado, potencialmente sufocando a inovação e impondo requisitos de conformidade dispendiosos que poderiam criar barreiras a novos participantes. O setor digital do Brasil está atualmente passando por crescimento e desenvolvimento,³⁴ e quaisquer alterações regulatórias propostas devem considerar cuidadosamente esse cenário. É crucial encontrar um equilíbrio entre a aplicação da regulamentação da concorrência e a promoção da inovação e do investimento para apoiar o crescimento do setor. Como tal, o Brasil deve continuar a incentivar a inovação e evitar a criação de obstáculos legais desnecessários que possam limitar o potencial do mercado.³⁵
3. Além dos potenciais impactos negativos na inovação, no investimento e nos consumidores, deve ser evitada a implementação de regulamentação ex ante sem um processo adequado.³⁶ Tal como discutido na questão 1.2, outros países que consideram tal regulamentação, como a Austrália, estão se submetendo a avaliações extensivas para garantir uma tomada de decisão informada. Através do Digital Platform Services Inquiry (DPSI), a Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores (ACCC) iniciou um processo de cinco anos para avaliar minuciosamente a concorrência digital. É fundamental atribuir a quantidade correta de tempo e recursos para

³⁰ Park So-jeong, Platform regulation accelerates in Asia, yet stumbles in South Korea (February 19, 2024), <https://www.chosun.com/english/national-en/2024/02/19/BM5VNVA2GVDYRA2I5UNEKYK76I/>.

³¹ CCIA, CCIA Comments on the Draft Amendment to Law No. 4054 of the Protection of Competition in Turkey (November 2022), <https://ccianet.org/wp-content/uploads/2022/11/CCIA-Comments-on-the-Draft-Amendment-to-Law-No.-4054-of-the-Protection-of-Competition-in-Turkey..pdf>.

³² Id.

³³ Luigi Zingales, Filippo Maria Lancieri, Stigler Committee on Digital Platforms: Policy Brief (2019), [digital-platforms---committee-report---stigler-center](https://www.stiglercenter.org/wp-content/uploads/2019/09/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf) (chicagobooth.edu).

³⁴ A study from the International Data Corporation (IDC) in Brazil suggested that during 2023 the information and technology sector was going to grow by 6.2%, more so than for example the telecommunications sector that was predicted to grow 3% in 2023. See IDC, Previsões da IDC apontam crescimento de 5% do mercado de TIC no Brasil em 2023, (February, 2023), <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prLA50352423>.

³⁵ Competition Policy Council, Digital Platforms: Oversight if Necessary, But Not Necessarily Regulation, (January, 2021), https://www.cdhowe.org/sites/default/files/attachments/other-research/pdf/Communique_2021_0107_CPC.pdf.

³⁶ Strowel and Vergote, Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate?, (2016), https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf.

analisar quaisquer possíveis alterações ao quadro atual. Apressar-se em adoptar uma regulamentação ex ante para se alinhar com as tendências internacionais é imprudente. Seguir as tendências internacionais sem considerar o contexto local pode ignorar os efeitos negativos e imprevistos da regulamentação ex ante.³⁷

4. A regulamentação ex ante pode impor um peso significativo ao órgão regulador, seja ele o CADE ou outra autoridade. A implementação da regulamentação ex ante requer um investimento substancial de tempo e recursos por parte do regulador. Pode sobrecarregar a capacidade do regulador e exigir um aumento nas suas capacidades e recursos para gerir as diversas tarefas associadas à preparação, implementação e monitorização da regulamentação ex ante.³⁸
5. A implementação da regulamentação ex ante pode implicar custos económicos e de tempo consideráveis. Por exemplo, um estudo estimou que existe um impacto económico significativo na mudança da regulamentação ex post para a ex ante. De acordo com o estudo, a Lei dos Serviços Digitais da UE (DSA), que impõe uma regulamentação ex ante substancial, representará “uma perda de cerca de 85 bilhões de euros no PIB e 101 bilhões de euros em perda de bem-estar do consumidor”.³⁹ O estudo sugere que as perdas económicas provêm do impacto que a regulamentação ex ante poderia ter na produtividade e na competitividade, e particularmente no emprego.

Antes de impor encargos regulatórios ex ante às empresas para acompanhar os desenvolvimentos em algumas jurisdições, o Brasil deveria tomar decisões bem informadas e baseadas em evidências e realizar múltiplas rodadas de processos de consulta pública. É também prudente observar os efeitos da regulamentação ex ante recentemente adotada em outros mercados ao longo do tempo. Ao recolher dados sobre o impacto esperado, os decisores políticos podem tomar decisões mais informadas assim que os verdadeiros efeitos se tornarem aparentes. Esta abordagem permite uma resposta mais ponderada, orientada por dados e baseada em evidências aos desafios regulamentares. A adoção de regulamentação ex ante poderia potencialmente causar mais danos do que benefícios, fazendo com que as empresas se abstivessem de oferecer determinados produtos ou serviços para evitar multas ou proibições, prejudicando, em última análise, os consumidores.

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.

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?

Embora não vejamos uma justificativa clara para a adoção de regulamentação econômica ex ante para o mercado de plataformas digitais no Brasil neste momento, se o governo brasileiro ainda assim considerar avançar com tal estrutura, ele deveria ter como objetivo regulamentar de forma baseada em princípios, em vez de visar empresas específicas. Qualquer regulamento ex ante proposto deverá também identificar condutas prejudiciais específicas, em vez de procurar abordar danos potenciais ou meramente

³⁷ International Center for Law and Economics, Playing the Imitation Game in the Regulation of Digital Markets – A Cautionary Analysis for Brazil, (2023), <https://laweconcenter.org/resources/jogando-o-jogo-da-imitacao-na-regulacao-de-mercados-digitais-uma-analise-cautelar-para-o-brasil/>

³⁸ Jaques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, and Heike Schweitzer, Competition policy for the digital era, (2029), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>

³⁹ Lee-Makiyama and Gopalakrishnan, Economic Costs of Ex ante Regulations, (2020), <https://ecipe.org/publications/ex-ante/>

especulativos. Se uma intervenção regulatória direcionada for considerada justificada para resolver falhas específicas do mercado ou para promover objetivos de política pública, os reguladores e legisladores devem procurar manter condições de concorrência equitativas e evitar um modelo regulatório excessivamente assimétrico que possa distorcer a concorrência, uma vez que qualquer intervenção deve ter como objetivo manter a neutralidade na competitividade.⁴⁰

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?

O poder transformador da Internet reside no fato de ter sido fundamentalmente global por natureza, permitindo que pessoas de diferentes países e culturas se comuniquem, compartilhem, aprendam novas competências e alcancem novos mercados independentemente da sua localização física. Assim, a conectividade e as plataformas da Internet são mutuamente benéficas, à medida que as plataformas aumentam os níveis de utilização da Internet e a penetração dos serviços online em todo o mundo. As plataformas digitais estimulam a procura de serviços de acesso à Internet, em parte ao alavancarem a natureza transfronteiriça da conectividade à Internet, o que lhes permite operar além das fronteiras nacionais para fornecer conteúdos, aplicações e serviços online a utilizadores em todo o mundo. Desta forma, as plataformas digitais também podem aproveitar os efeitos de rede, nomeadamente para obter acesso a utilizadores adicionais ou para utilizar os dados recolhidos de forma mais eficiente, entre outras razões comerciais legítimas.

Em muitos casos, os serviços que uma plataforma oferece atualmente estão disponíveis em todo o mundo, uma vez que os utilizadores em qualquer parte do mundo podem aceder ao conteúdo, aplicações e serviços online da sua escolha. Em outros casos, como quando estão envolvidas obras protegidas por direitos autorais, as plataformas digitais podem ser mais seletivas na expansão dos seus serviços a nível internacional. Para novas plataformas que ainda não foram lançadas internacionalmente ou num país específico, será fundamental considerar os ambientes regulamentares emergentes – especialmente aqueles com obrigações ex ante rigorosas. Em todos os casos, pode-se esperar que os ambientes regulatórios nacionais sejam um fator chave para uma plataforma digital determinar se deve entrar em novas jurisdições ou permanecer em jurisdições específicas.

Neste contexto, se uma plataforma digital for confrontada com regulamentação excessivamente onerosa ou divergente em diferentes jurisdições, a plataforma pode selecionar entre três opções: (i) sair (ou renunciar) de uma determinada jurisdição ou jurisdições, (ii) implementar a regulamentação mais intervencionista na plataforma em todas as jurisdições, ou (iii) adaptar os serviços a um ambiente regulatório específico (ou seja, diferenciar o serviço para uma jurisdição específica).⁴¹

É de se esperar que a decisão da plataforma digital entre as três opções se baseie num equilíbrio entre a relevância econômica das jurisdições em questão e o potencial impacto da regulamentação ex ante específica no seu negócio. Isto pode incluir a consideração da escala (número de usuários) ou dos lucros

⁴⁰ CCIA Comments on the SACC's Provisional Report on Online Intermediation Platforms Market Inquiry (August 24, 2022), <https://ccianet.org/wp-content/uploads/2022/08/2022-08-24-CCIA-Comments-on-SACC-Provisional-Report-on-Online-Intermediation-Platforms-1.pdf> quoting OECD, Competitive Neutrality in Competition Policy, <https://www.oecd.org/competition/competitive-neutrality.htm>.

⁴¹ Veja Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, [2020], pp. 53-62.

obtidos pela plataforma digital em cada caso, sendo menos provável que uma plataforma saia ou renuncie a jurisdições com grandes bases de usuários ou que gerem receitas significativas.⁴²

Neste contexto, a adoção de regulamentação ex ante em outras jurisdições pode levar a vários cenários, nenhum dos quais sugere uma justificativa ou necessidade de o Brasil adotar regulamentação ex ante para se alinhar com o que outras jurisdições estão fazendo. Esses cenários dependerão das escolhas feitas por cada plataforma digital quando confrontada com regulamentações ex ante mais rigorosas em outras jurisdições (como a UE) em comparação com o marco regulatório adotado no Brasil. Os exemplos abaixo discutem melhor esses cenários:

1. Se a plataforma sair ou renunciar à jurisdição que introduz regulamentação ex ante estrita, os serviços oferecidos por essa plataforma no Brasil continuarão a ser oferecidos sob os mesmos termos e condições que em todas as outras jurisdições onde essa plataforma entra ou escolhe permanecer ativa. Este cenário também pode fornecer ao Brasil informações úteis sobre o que uma plataforma pode fazer se o Brasil decidir adotar regulamentação ex ante semelhante, destacando o risco de saída. Um exemplo recente deste cenário é a saída do Twitch do mercado sul-coreano como consequência da regulamentação ex ante sob a forma de taxas de uso da rede.⁴³ Embora os fatores de negócios para esta decisão sejam internos ao Twitch, é importante notar que o tamanho da economia da Coreia do Sul é muito semelhante ao do Brasil, com um PIB de 1,67 bilhões de dólares em 2022, ligeiramente inferior ao do Brasil de 1,92 bilhões de dólares para o mesmo ano.⁴⁴
2. Se a plataforma responder à adoção de regulamentação ex ante rigorosa por uma jurisdição, implementando tais medidas em uma base global, então os serviços oferecidos pela plataforma no Brasil serão reprojatados para cumprir tal regulamentação estrangeira. Essas mudanças serão aplicadas no Brasil, mesmo que o próprio Brasil não adote regulamentação ex ante semelhante. Um exemplo desse cenário ocorreu em 2021, quando o Google, diante de uma nova regulamentação ex ante de sua Play Store na Coreia do Sul, reduziu a comissão cobrada para a maioria dos aplicativos baseados em assinatura de 30% para 15%. Embora se entenda que esta mudança foi motivada pela legislação coreana,⁴⁵ é possível que outros fatores também estivessem em jogo. De qualquer forma, o Google optou por implementar a redução da taxa de comissão globalmente, resultando em cerca de 99% dos desenvolvedores pagando uma taxa de comissão de 15% ou menos.⁴⁶
3. Se a plataforma responder à adoção de uma nova regulamentação ex ante por uma jurisdição, adaptando os seus serviços apenas aos requisitos específicos dessa jurisdição específica, então tais alterações não afetariam a forma como a plataforma oferece esse serviço em outras jurisdições (semelhante ao resultado no cenário 1 acima). Por exemplo, algumas empresas, como

⁴² Jens-Uwe Franck and Martin Peitz, Market Power of Digital Platforms, *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 39, Issue 1, Spring 2023, Pages 34–46.

⁴³ See Twitch, An Update on Twitch in Korea, <https://blog.twitch.tv/en/2023/12/05/an-update-on-twitch-in-korea/>.

⁴⁴ Based on World Bank data.

⁴⁵ Google, Enabling alternative billing systems for users in South Korea (November 4, 2021), <https://developers-kor.googleblog.com/2021/11/enabling-alternative-billing-in-korea-en.html>.

⁴⁶ Google, Changes to Google Play's service fee in 2021, <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/10632485?hl=en#:~:text=In%20March%202021%2C%20we%20announced,sell%20digital%20goods%20or%20Oservices>. See, for example, Tech Crunch, Google lowers Play Store fees to 15% on subscription apps, as low as 10% for media apps (October 21, 2021), <https://techcrunch.com/2021/10/21/google-lowers-play-store-fees-to-15-on-subscriptions-apps-as-low-as-10-for-media-apps/>. Also see, for example, Hindustan Times, Google to cut service fee for subscriptions to 15% on Google Play Store (August 21, 2022), <https://tech.hindustantimes.com/tech/news/good-news-google-to-cut-commission-from-30-to-15-on-google-play-store-71634842694686.html#:~:text=Google%20Play%20Store%20apps%20that,fee%20of%2015%25%20or%20less>.

Google,⁴⁷ Meta⁴⁸ e Apple⁴⁹ estão procurando limitar a regulamentação ex ante adotada na UE para os Estados-Membros e usuários da UE, ao mesmo tempo em que mantêm suas ofertas e práticas de serviços atuais em outras jurisdições. Isto mostra que o Brasil não deve justificar a adoção de regulamentação ex ante como um meio de harmonizar ou integrar o seu quadro regulamentar com outras jurisdições que adotaram opções de políticas diferentes para diferentes condições de mercado. É mais provável que as plataformas selecionem esta terceira opção de limitação em jurisdições onde os atores de negócios e de rentabilidade justificam o estabelecimento de exclusões locais para regulamentação ex ante rigorosa, em vez de sair do mercado (cenário 1) ou implementar mudanças em toda a plataforma em numa base global (cenário 2). Para efeito de comparação, os estados membros da UE tiveram um PIB combinado de 16,75 bilhões de dólares em 2022, quase nove vezes o PIB do Brasil de 1,92 bilhões de dólares no mesmo ano.⁵⁰ Conforme observado acima, é provável que fatores como este, entre outros, pesem nas decisões da plataforma digital em relação à adaptação dos seus serviços para cumprir a regulamentação ex ante em diferentes jurisdições.

Com base na discussão acima, existem múltiplos fatores que afetam a forma como as plataformas digitais respondem à regulamentação ex ante. De qualquer forma, a adoção de regulamentação ex ante em outras jurisdições não deveria justificar a adoção de regras ou obrigações semelhantes no Brasil. Além disso, a discussão anterior também destaca que, caso a regulamentação ex ante seja adotada no Brasil, não há nenhuma maneira óbvia neste momento de garantir uma estrutura harmonizada internacionalmente, especialmente considerando que não há uma compreensão clara do escopo que essa futura regulamentação no Brasil implicaria. Em vez disso, o resultado esperado seria provavelmente uma maior fragmentação regulamentar, com impacto direto nas empresas regulamentadas.

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

Conforme discutido na resposta à pergunta 8, o atual quadro regulatório do Brasil, que se baseia em grande parte numa abordagem ex post, já é pró-competitivo. Adotar uma abordagem ex ante mais rigorosa pode representar um risco de fragmentação regulatória, uma vez que as plataformas digitais podem optar por limitar ou restringir a disponibilidade de serviços no Brasil se tal regulamentação ex ante for considerada excessivamente onerosa.

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?

Consistente com nossas respostas nas perguntas anteriores, não acreditamos que a criação de uma nova autoridade reguladora seja necessária para supervisionar as plataformas digitais no Brasil neste

⁴⁷ Veja Google Public Policy Blog, Oliver Bethell (Director, Legal, Google), Building for compliance with the Digital Markets Act, September 6, 2023, <https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/building-for-compliance-with-the-digital-markets-act/>.

⁴⁸ Veja Tim Lamb, Director, Competition and Regulatory, Meta, Offering People More Choice on How They Can Use Our Services in the EU, January 22, 2024, <https://about.fb.com/news/2024/01/offering-people-more-choice-on-how-they-can-use-our-services-in-the-eu/>.

⁴⁹ Veja Apple, Apple announces changes to iOS, Safari, and the App Store in the European Union, January 25, 2024, <https://www.apple.com/newsroom/2024/01/apple-announces-changes-to-ios-safari-and-the-app-store-in-the-european-union/>.

⁵⁰ Baseados em dados do Banco Mundial.

momento. O CADE vem trabalhando ativamente para manter uma concorrência leal que impeça e mitigue condutas contrárias à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

O CADE tem poderes suficientes para iniciar e conduzir investigações e para decidir casos. Mesmo que as competências estejam concentradas em um único órgão, elas estão separadas entre a Superintendência Geral (SG) e o Tribunal Administrativo.⁵¹ Além disso, os gabinetes independentes do Procurador-Geral do CADE e do Ministério Público Federal apoiam a representação do CADE perante o tribunal e emitem pareceres jurídicos em casos relativos a acordos horizontais e verticais, abuso de posição dominante e fusões.⁵² Conforme observado na resposta à pergunta 1, o CADE decidiu em uma ampla gama de casos relacionados aos mercados digitais, incluindo plataformas de streaming de música e vídeo online, comércio eletrônico, turismo, entrega, mapas, redes sociais, investimentos financeiros, venda de ingressos, mecanismos de busca, agregadores de serviços, saúde e jogos.⁵³ Os precedentes do CADE sugerem que ele desenvolveu, e continua desenvolvendo, uma familiaridade com as preocupações concorrenciais nos mercados de plataformas digitais. Essa expertise pode ser aproveitada para desenvolver ainda mais as capacidades do CADE nessa área. Por exemplo, entre o final de 2023 e o início de 2024, o CADE publicou uma série de diretrizes e estudos, lançou ferramentas avançadas de busca e desenvolveu um sistema para automatizar a notificação pré-fusão.⁵⁴

Note-se também que a supervisão das questões de concorrência relativas às plataformas e serviços digitais no âmbito da autoridade da concorrência existente está em consonância com outras jurisdições. Por exemplo, o governo australiano encarregou a Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores (ACCC) de rever o quadro de concorrência para os mercados digitais no inquérito em curso sobre serviços de plataforma digital (DPSI).⁵⁵ No Reino Unido, em vez de criar uma nova autoridade autônoma para abordar a concorrência digital, a Unidade de Mercados Digitais (DMU) foi criada no âmbito da Autoridade dos Mercados de Concorrência (CMA) para tratar especificamente de questões de concorrência digital.⁵⁶

Embora o CADE necessite de recursos e conhecimentos adicionais para reforçar no futuro os controles ex post nos mercados de plataformas digitais, o quadro regulamentar atual parece conferir um amplo espectro de poderes e abranger potenciais condutas anticoncorrenciais.⁵⁷ A criação de uma autoridade completamente nova ou a atribuição a outra agência do poder de regular plataformas digitais limitaria a capacidade do Brasil de aproveitar a experiência do CADE na área.

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?

⁵¹ Artigo 5, Lei No. 12.529 de 2011.

⁵² Artigo 11(6), 15, Lei No. 12.529 de 2011.

⁵³ CADE, Cadernos do Cade: Mercado de Plataformas Digitais - edição revista e atualizada (2023), at https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

⁵⁵ ACCC, Digital Platform Services Inquiry 2020-2025, <https://www.accc.gov.au/inquiries-and-consultations/digital-platform-services-inquiry-2020-25>.

⁵⁶ Competition and Markets Authority, Digital Markets Unit (April 7, 2021), <https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>.

⁵⁷ Artigos 66-68, Lei No. 12.529 de 2011.

Tal como na resposta à pergunta 9, não acreditamos que haja necessidade de criar um novo órgão regulador para resolver potenciais problemas de concorrência que possam surgir nos mercados de plataformas digitais. O CADE já detém poderes suficientes para gerir condutas anticompetitivas em todos os mercados, incluindo plataformas digitais. A criação de um novo órgão regulador representaria o risco de sobreposição regulamentar e resultaria potencialmente em batalhas jurisdicionais desnecessárias, dispendiosas e prolongadas.