

REGULAÇÃO *de* MERCADOS DIGITAIS *no* BRASIL

CONTRIBUIÇÕES AO PL 2768/2022

O **Legal Wings Institute** é um instituto independente, com atuação autônoma na produção de conhecimento, pesquisa, análise regulatória e promoção de debates públicos sobre direito, tecnologia, inovação, ética e regulação. Sua atuação se desenvolve com independência intelectual e metodológica, por meio da elaboração de estudos, relatórios, eventos, conteúdos e iniciativas de interlocução com diferentes setores.

O Instituto trabalha de forma colaborativa com atores do setor público, privado, acadêmico e da sociedade civil e conta com apoios institucionais, parcerias e patrocínios, que não implicam qualquer compromisso interesses específicos dos parceiros, nem condicionam suas agendas, métodos, análises ou conclusões. Para conhecer mais sobre o Legal Wings e consultar as informações disponibilizadas em seus canais oficiais, incluindo os sponsors/apoiadores do Instituto, acesse o site oficial.

<https://www.legalwings.com.br>

COORDENAÇÃO:
Juliano Maranhão
Josie de Menezes Barros

REGULAÇÃO DE MERCADOS DIGITAIS NO BRASIL: CONTRIBUIÇÕES AO PL 2768/2022

AUTORES:

Amália Batocchio	João Navas
Beatriz de Sousa	João Pedro Nazareth
Bernardo Fico	Tatiana Stroppa
Bianca Mollicone	Thaís Oliveira
Bruna Salgado	

REGULAÇÃO DE MERCADOS DIGITAIS NO BRASIL: CONTRIBUIÇÕES AO PL 2768/2022

COORDENAÇÃO:

Juliano Maranhão
Josie de Menezes Barros

AUTORES:

Amália Batocchio
Beatriz de Sousa
Bernardo Fico
Bianca Mollicone
Bruna Salgado
João Navas
João Pedro Nazareth
Tatiana Stroppa
Thaís Oliveira

COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL E FINALIZAÇÃO:

Francisco Cavalcante de Sousa

REVISÃO:

Francisco Cavalcante de Sousa
Josie de Menezes Barros

CAPA:

Michell Ribeiro

Como citar este relatório:

MARANHÃO, Juliano; BARROS, Josie de Menezes (Coords.). **Regulação de Mercados Digitais no Brasil**: contribuições ao PL 2768/2022. Legal Wings: São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/LGipl-2768>. Acesso em: DD/MM/AAAA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

2023 © Todos os direitos reservados

SUMÁRIO

Sobre a coordenação	15
Sobre as autoras e os autores.....	16
Avaliação técnica do PL 2768/2022	19
Artigos críticos: riscos e vantagens regulatórias no contexto da regulamentação de mercados e serviços digitais no brasil.....	23
Problemas da adoção da doutrina de “facilidades essenciais” no universo dos mercados digitais	25
Inexistência de casos de uso de dados por terceiros por plataformas digitais.....	33
Problemática da interoperabilidade nos mercados digitais.....	34
Abordagem regulatória: críticas às condutas proibidas <i>per se</i>	37
Conflito entre eficiência e competição nos mercados digitais: condutas problemáticas e como podem ser tratadas no PL 2768/2022.....	40
Questões relativas ao órgão regulador e sua designação no contexto do PL 2768/2022	42
risco de <i>bis in idem</i> entre o regulador e a autoridade de concorrência.....	43
Avaliação acerca do critério do art. 9 do PL 2768/2022	45
Questões relativa ao fundo de fiscalização das plataformas digitais do art. 15 do PL 2768/2022	47
Complementaridade entre o PL 2768/2022, a legislação de concorrência e o tratamento dado pelo CADE.....	49
Regulação e problemas gerados para a atividade de inovação das plataformas digitais.....	51
Desafios práticos na aplicação e implementação do PL 2768/2022	53
Espaço para judicialização da regulação de plataformas previstas no PL 2768/2022..	55
Necessidade de melhor especificação das definições do art. 6º do PL 2768/2022	56
Além da regulação ex-ante: alternativas e complementaridades na supervisão dos mercados digitais	57
Adequações ao conjunto de soluções do art. 10 do PL 2768/2022.....	58
Análise do conjunto de sanções do art. 16 do PL 2768/2022 e adequações	59
Previsão de lista não taxativa no art. 10 do PL 2768/2022 e hipótese de cabimento de rol taxativo de medidas.....	61
Concorrência potencial e eficiência: o papel do regulador na promoção da inovação e concorrência nos mercados digitais	63

Intervenção do órgão regulador em grandes aquisições em segmentos de mercado..	65
Autoridade regulatória e circunstâncias para mitigar barreiras de entrada e avaliação da ação preventiva	66

SOBRE A COORDENAÇÃO



Juliano Maranhão

Professor Associado de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). É diretor e fundador do Legal Wings e da Associação Lawgorithm de Pesquisa em Inteligência Artificial. Doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP), com pós-doutorado na Universidade de Utrecht. Foi professor visitante na Goethe University Frankfurt am Main (2016 a 2019). É membro do Comitê Diretor da International Association for Artificial Intelligence and Law (IAAIL). Pesquisador Associado do Center for Artificial Intelligence USP-IBM (C4AI/USP) e do Centro de Pesquisa Inteligência Artificial Recriando Ambientes (IARA) e Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt. É membro do Conselho Editorial da Artificial Intelligence and Law Journal (Springer) e do Steering Committee da DEON, International Conference on Deontic Logic e Normative Systems. Foi o local chair da International Conference on Artificial Intelligence and Law-ICAIL 2021 e foi escolhido pela Associação como o próximo Program Chair da ICAIL 2025.



Josie de Menezes Barros

Coordenadora do Núcleo de Infraestrutura e Regulação do Legal Wings. Advogada, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em direito administrativo pela mesma instituição. É membro do Comitê de Regulação do IBRAC. Possui experiência na representação e assessoramento em direito administrativo, regulatório, concorrencial e digital, em âmbito consultivo e contencioso.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Amália Batocchio

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e especialista em Business Economics pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

Beatriz de Sousa

Bacharelada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pesquisadora na Lawgorithm Research Association e treinadora da equipe da FDUSP na Price Media Law Moot Court Competition 2023/2024, competição da Universidade de Oxford. Estudou durante um ano em intercâmbio acadêmico na Université Lyon III, França (2022), e faz parte do programa de dupla graduação da USP com as universidades de Lyon e Saint-Étienne para obtenção de *licence en droit* francesa.

Bernardo Fico

Diretor Executivo na Associação Lawgorithm. Graduado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Northwestern Pritzker School of Law (EUA), especialista em Direito Digital pela UERJ, certificado pela International Association of Privacy Professionals (IAPP), e pesquisador nas áreas de tecnologia e direitos humanos. Formação complementar em cursos de concentração e aperfeiçoamento em Proteção de Dados (FGV-SP), Prática de Direito Digital (FGV-SP), Media Policy (Annenberg-Oxford), Direito Internacional (OEA), Direitos Humanos (Stanford) e (Luzern), Direitos LGBTQIAP+ (Clacso).

Bianca Mollicone

Doutoranda em Direito pela USP, com pesquisa na área de concorrência e regulação de IA, Mestre em Administração pela UFBA, com pesquisa na área de competitividade e inovação, Economista pela UFBA. Pós-graduada em Gestão Empresarial pela

FGV/RJ e em Direito Tributário pelo IBET. Formação complementar em Negociação pelo Program on Negotiation da Harvard Law School e em Law & Economics pela Law School da Universidade de Chicago. Professora dos cursos de Direito e Economia e Proteção de Dados da Faculdade Baiana de Direito. Diretora Acadêmica da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE. Membro da Comissão Jurídica do IBGC. Sócia responsável pela área de Proteção de Dados e Compliance do Pessoa e Pessoa Advogados.

Bruna Salgado

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bacharela em Direito pela USP. Pós-Graduada em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC/MG. Advogada. Professora de Direito Digital na Universidade de Uberaba - Uniube. Pesquisadora, do Centro de Estudos Interdisciplinares em Direito e Inovação - UEMG, e do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção - PUC/SP. Presidenta da Comissão de Direito Empresarial da 14ª Subseção da OAB/MG. Autora de artigos e capítulos sobre Direito e Novas Tecnologias.

João Navas

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado. Possui experiência nas áreas de direito antitruste, regulatório, administrativo e direito digital, com foco em inteligência artificial e proteção de dados desde 2018, atuando em processos administrativos, consultas e projetos de conformidade

João Pedro Nazareth

Graduando em direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie, tendo realizado intercâmbio acadêmico na University of Leeds (Reino Unido). Tem experiência profissional no Direito Concorrencial e Antitruste e no Direito Digital. Pesquisador, bolsista PIBIC Mackenzie e PIBIC CNPq.

Tatiana Stroppa

Atual Presidente da Red Iberoamericana de Docentes y Investigadores en DERECHO y INFORMÁTICA; Professora de Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional no Centro Universitário de Bauru - CEUB - ITE; Doutora e Mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino; Advogada no escritório Leal & Leal Advogados.

Thaís Oliveira

Advogada luso-brasileira. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica na especialidade de Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Administração pela Universidade Federal do Amazonas.

AVALIAÇÃO TÉCNICA DO PL 2768/2022

O PL 2768/22 propõe-se a regular os chamados “mercados digitais” aparentemente identificando um “problema concorrencial” nesses mercados que mereceriam uma intervenção regulatória própria distinta ou adicional àquela consistente na repressão a infrações à ordem econômica e ao controle preventivo de concentrações no mercado, exercida atualmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Não está claro, porém, no referido PL qual seria o diagnóstico acerca do “problema concorrencial”, que motivaria a imposição de obrigações *ex-ante* como um remédio ou quais seriam os objetivos a serem alcançados, se aumento de contestabilidade do domínio de algumas plataformas ou o equilíbrio das relações negociais entre plataformas dominantes e agentes que se encontram no seu ecossistema de serviços e produtos digitais, ou algum outro objetivo. Isso porque ainda não foi apresentada avaliação de impacto legislativo pelos proponentes da norma. Isso nos leva a buscar respostas em outras jurisdições, em particular no *Digital Markets Act*, reconhecidamente uma fonte de inspiração do PL 2768/22.

A fonte inspiradora já foi aprovada, segundo críticas locais, em velocidade inusitada³ e de modo prematuro, considerando a novidade de conceitos e temas objeto de regulação,⁴ o que, embora traga respostas, carrega também pontos de dúvida e ambiguidades, típicas de uma tramitação célere.

O movimento legislativo europeu teve por base um conjunto de investigações e condenações de *Big Techs* sobre determinadas condutas consideradas anticoncorrenciais, como discriminação, venda casada e recusa de venda. Até aqui, problemas conhecidos para as autoridades concorrenciais. Ocorre que as características inovadoras dos mercados digitais trouxeram dificuldades de análise que, para muitos, levaram a intervenções tardias e com remédios ineficazes. A dificuldade estava, primeiro, em entender a estrutura de mercado, condições de rivalidade e as características dos serviços para

³ Bellosso, N.M. e Petit, N. *The EU Digital Markets Act: a competition Hand in a Regulatory Glove*, *European Law Review*, August, 2023.

⁴ Colomo, P.I. *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* (2021) 12 *Journal of European Competition Law & Practice* 561, 572.

avaliar se haveria, propriamente, dano potencial à concorrência.⁵ Não menos complexo foi, em segundo lugar, entender se tais condutas trariam eficiências, ou seja, produtos mais eficientes ou benefícios ao mercado ou aos consumidores, capazes de compensar os danos concorrenciais apontados⁶. Foram essas dificuldades com a análise contextual (*case by case*) da razoabilidade (*rule of reason*) de condutas já realizadas (*ex-post*) em processos repressivos, que levaram à iniciativa europeia de uma regulação prévia (*ex-ante*) com obrigações e proibições gerais de condutas, dispensando a necessidade de avaliação de sua razoabilidade ou geração de eficiências (*per se*).

Os documentos europeus que realizam a análise de impacto da regulação,⁷ porém, não apontam como motivação aquelas condutas, mas sim a existência de um “*problema concorrencial*”, que decorreria do *tipo de serviço* prestado pelos agentes não nomeados, ou ainda do *tamanho* daqueles mesmos agentes. A regulação seria voltada então para aumentar a contestabilidade, ou seja, permitir que concorrentes contestem o poder das plataformas dominantes, e para trazer mais justiça (*fairness*) nas relações negociais com elas travadas.

Desse modo, a legislação europeia baseia-se em dois conceitos estranhos à análise concorrencial de condutas. Impõem-se obrigações *per se* e *ex-ante* para o que chama de *gatekeepers* (identificados pelo tamanho, medido por número de usuários) que prestem *core platform services* (serviços de plataforma fundamentais na estrutura da internet). Ocorre que, apesar de o esforço de motivação desviar-se de conceitos concorrenciais, a lei atribui o poder de fiscalização e sancionamento (*enforcement*) à própria autoridade antitruste europeia. Isso vai levar a autoridade a interpretar novos conceitos, que podem ser aplicados com significados mais próximos à metodologia tradicional, ou de modo diferente, havendo muitos conceitos ambíguos ao se buscar abstrair características comuns, de tipos de serviço e de plataformas

⁵ Sobre análise de rivalidade e dano potencial ver AREEDA, Phillip, HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application**. Wolters Kluwer, 1978, Supplement No. 8/2023. §1901^a e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Pp. 33-36.

⁶ Sobre análise de eficiências ver (HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Harvard University Press, 2005. Pp. 25-26) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Pg. 45

⁷ European Commission, “Inception Impact Assessment: Digital Services Act package: Ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union’s internal market” (2 June 2020) Ares(2020)2877647. European Commission, “Inception Impact Assessment: New Competition Tool (2 June 2020) Ares(2020)2877634).

bastante distintas dentre o grupo das chamadas *Big Techs*. O próprio nome da lei “*digital markets*” já traz dificuldade. Quais seriam as condições necessárias e suficientes para que um serviço recaia sob a alcunha de “mercado digital”, sem levar a uma abstração tal que a definição se torne trivial para abarcar absolutamente qualquer tipo de produto ou serviço? Como é possível incluir em tal conceito tanto uma plataforma de varejo online, que comporta por traz toda uma estrutura logística para entrega de produtos físicos, quanto uma rede social, ou mesmo uma plataforma de *streaming*?

Embora o Projeto de Lei 2768/22 não tenha sido precedido de avaliação de impacto legislativo, é nítida a linguagem concorrencial. A noção de “gatekeeper” é aproximadamente traduzida como “*poder de controle de acesso essencial*”, que remete, de um lado, a “*poder de mercado*” e de outro a uma “*infraestrutura ou ativo essencial*”, ambos conceitos típicos da metodologia antitruste. Dentre os princípios orientadores no art. 4º, estão a *livre concorrência*, *livre iniciativa*, *defesa do consumidor* e *repressão ao abuso de poder econômico*. Diferentemente da lei europeia, o PL não usa um conceito como “*core platform services*”, mas lista os serviços aos quais a regulação se aplica. O ponto central, porém, está no artigo 10, que traz as obrigações de transparência, não discriminação e isonomia, utilização adequada dos dados coletados e de acesso às plataformas. Aparentemente, são regras *per se*, ou seja, aplicáveis independentemente de análise de razoabilidade ou de eficiência. Mas o artigo 11 obscurece essa leitura, ao trazer ponderações e ressalvas à imposição daquelas obrigações, tais como: a adoção de critérios técnicos, consideração das características de cada modalidade de plataforma, intervenção proporcional aos riscos, e, principalmente, *avaliação de impactos custos e benefícios das condutas* (seria a análise antitruste de eficiência?), *nível de competição* (seria análise antitruste de rivalidade?).

Assim, em rota diametralmente oposta à fonte inspiradora europeia, o PL brasileiro parece colocar o holofote nas condutas como a raiz do “problema concorrencial” a motivar a regulação e estabelece elementos de análise próximos da metodologia antitruste. Porém, de modo paradoxal, atribui a competência para fiscalização à *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*. Teríamos então, na Europa, um novo instrumento regulatório, aplicado pela autoridade concorrencial, ao passo que, no Brasil, teríamos um regime especial de análise concorrencial no campo digital, exercida pelo regulador setorial.

Deste paradoxo, decorre um dilema. Ou as obrigações no PL são *per se* e não cabe a análise de razoabilidade, rivalidade e eficiência, ou o PL traz apenas um regime especial de análise antitruste para os serviços digitais. Em ambos os casos, há problemas a serem enfrentados.

Primeiro, se tratamos de um regime especial de análise concorrencial cuja motivação reside em condutas anticompetitivas (e a Consulta Pública do Gabinete da deputada Any Ortiz, em curso, parece confirmar essa interpretação, ao afirmar que o PL não traria obrigações *per se*) então o PL proposto traria uma sobreposição em relação à Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) e não é difícil antever insegurança jurídica e conflitos institucionais entre CADE e ANATEL.

Haveria também um problema de legitimidade, tendo em vista que, ao contrário do que ocorreu na Europa, o CADE não estabeleceu condenações a condutas anticompetitivas realizadas por *Big Techs* no País, não obstante tenha analisado e julgado condutas semelhantes àquelas que foram objeto de escrutínio pela autoridade concorrencial europeia.

Não parece razoável que o PL proponha uma revisão legal ou correção de decisões tomadas pelo CADE. Se realmente essa fosse a intenção, talvez o caminho mais adequado seria a proposição de alguns ajustes à legislação concorrencial (v.g., para tornar mais célere a análise de casos em serviços digitais e eficaz as decisões do CADE), ou ainda revisar elementos da metodologia, que sequer exigiria alteração legal. Por exemplo, o CADE poderia realizar análises de poder de mercado em estudos pelo DEE nos diferentes segmentos de serviços digitais, o que poderia ser aproveitado como subsídio para a análise específica de condutas em processos administrativos repressivos.

Agora, se o PL traz efetivamente obrigações *per se* é importante, em primeiro lugar, que haja prévia avaliação de impacto legislativo que aponte qual seria o problema concorrencial apto a justificar elaboração de marco regulatório específico, diverso da base normativa que legitima o poder repressivo do CADE, e demonstre a adequação dos remédios desenhados.

ARTIGOS CRÍTICOS: RISCOS E VANTAGENS REGULATÓRIAS NO CONTEXTO DA REGULAMENTAÇÃO DE MERCADOS E SERVIÇOS DIGITAIS NO BRASIL

O artigo mais crítico certamente é o art. 10, que estabelece obrigações ex-ante a serem implementadas pela ANATEL. Independentemente da motivação da regulação, é necessário repensar o conteúdo daquelas obrigações. Isso porque, ao contrário da legislação europeia, que especifica as condutas obrigatórias, mencionando, por exemplo, que não pode haver discriminação entre concorrentes na exposição de resultados de uma pesquisa online, o PL torna obrigatória, de forma genérica, a isonomia e não discriminação, ou proíbe em caráter geral a recusa de acesso a plataformas. A imposição dessas obrigações, sem análise de razoabilidade, rivalidade e eficiência, pode jogar por terra a expertise formada pela rica jurisprudência do CADE, que, em função de uma série de justificativas negociais, mercadológicas, ou de geração de eficiências e benefícios aos consumidores, admite determinadas formas de discriminação ou de recusa de acesso a serviço ou ativo.

Por outro lado, para uma série de serviços digitais concorrendo com serviços físicos, as características dos respectivos mercados na Europa e no Brasil são diversas. Por exemplo, há mercados, como o varejo online que, no Brasil, não são liderados por Big Techs. Há mercados em que as relações entre varejo físico e varejo online diferem das europeias. Além disso, a relação europeia com as Big Techs norte-americanas envolve questões geopolíticas e de competição internacional específicas, onde está em jogo o que vem sendo chamado de soberania digital. Talvez os caminhos estratégicos para o posicionamento do Brasil nessa competição global não coincidam com os caminhos europeus.

Esses elementos precisam ser considerados em análise de impacto do PL proposto, sob pena de rejeição de um transplante mal-sucedido. A concentração de poder em torno de Big Techs traz preocupações, mas o caminho da regulação por meio de abstrações de características daquelas empresas ou de seus serviços ou de sua condição econômica não parece ser

o mais adequado. Tampouco a importação de modelos, quando o mercado brasileiro tem características específicas e a jurisprudência do CADE entendimentos próprios a ele afeitos. É fundamental entender qual, efetivamente, é o problema ou a ameaça concorrencial ou informacional, para que a intervenção Estatal encontre os remédios adequados, sem ameaçar o desenvolvimento e a competitividade nacional no ambiente digital e de inovação tecnológica.

PROBLEMAS DA ADOÇÃO DA DOUTRINA DE “FACILIDADES ESSENCIAIS” NO UNIVERSO DOS MERCADOS DIGITAIS

1. *Dê exemplos de ativos de plataformas no mercado digital atuando no Brasil em que ao mesmo tempo: a) não haja plataformas digitais com ativos substitutos próximos a estes ativos; b) estes ativos sejam difíceis de duplicação com eficiência ao menos próxima da empresa proprietária; c) sem o acesso a este ativo, não seria possível atuar em um ou mais mercados, pois ele constitui um insumo fundamental. Justifique cada um dos exemplos dados..*

Entendemos ser fundamental o desenvolvimento de estudo de análise de impacto da proposta de regulação, que apresente diagnóstico claro sobre qual seria o “problema concorrencial” a ser enfrentado, quais seriam as medidas adequadas e proporcionais para enfrentar o problema e quais seriam os objetivos a alcançar com as soluções propostas. Ou seja, é necessário que se esclareça qual é de fato o objeto da norma.

Como o próprio projeto de lei menciona, há inspiração no chamado Digital Markets Act europeu. Porém, apesar de a legislação europeia basear-se em obrigações derivadas de condutas punidas ou sob investigação, a análise de impacto oferecida na Europa aponta como fonte dos problemas concorrenciais os tipos de serviços (*core platform services*) e o tamanho ou posicionamento de determinadas plataformas (*gatekeepers*). Ambos são conceitos estranhos à metodologia antitruste. A proposta presente no PL 2768/22 parece ver como fonte do problema condutas restritivas ao acesso ou desenvolvimento de concorrentes, muito embora isso não esteja suficientemente claro. Além disso o PL 2768/22 emprega conceitos mais congêneres à metodologia antitruste e parece aproximar, o que é confirmado pela abordagem da presente consulta, o problema concorrencial a condutas

ou incentivos a condutas de restrição a acesso ou discriminação no uso de infraestruturas essenciais.

Ocorre que a literatura antitruste contemporânea⁸, assim como precedentes de autoridades concorrenciais⁹, tem trazido muitas ressalvas à aplicação da doutrina de *essential facilities* como critério para a intervenção regulatória ou concorrencial em bens privados, quer em mercados tradicionais, quer nos designados mercados digitais.

Isso se deve a uma desconfiança geral quanto à eficácia da doutrina para introduzir competição nos mercados, além de se considerar que sua aplicação pode trazer efeitos deletérios à longo prazo, na medida em que, ao impor ônus sobre o uso de bens privados, o regulador pode criar desincentivos ao investimento e à inovação e abrir caminho para *free riding*.

É nesse sentido, o precedente do Google Shopping¹⁰, no qual se investigou se o Google teria privilegiado os resultados de sua própria ferramenta de comparação de preços em detrimento de serviços de concorrentes (no Brasil, Buscapé e Bondfaro). O CADE empreendeu a análise para avaliar se o Google Busca seria uma facilidade essencial sob três prismas distintos: (i) anúncios com foto na página de resultados, (ii) página inicial de resultados orgânicos e (iii) dados detidos pelo Google para a prestação de serviços personalizados nos mercados digitais. Entretanto, o CADE afastou a aplicabilidade da doutrina de *essential facilities* em todos os cenários analisados, empreendendo a avaliação da (i)licitude da conduta de recusa de contratar sob o prisma da teoria do dano baseada na regra da razão.

Veja-se o voto do então Conselheiro Paulo Burnier ao destacar explicitamente que a existência de danos concorrenciais não pressupõe a presença de

⁸ Nesse sentido, veja-se: OTTER, Thomas F. *The Essential Facilities Doctrine*. in: HYLTON, Keith N. (Ed.). *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 157. No mesmo sentido, cf. FRISCHMANN, Brett; WALLER, Spencer Weber. *Revitalizing Essential Facilities*. *Antitrust Law Journal*, v. 75, n. 1, p. 1–65, 2008. (“the essential facilities doctrine has fluctuated in popularity, definition, and use by the courts and enforcement agencies as a basis for imposing antitrust liability”). HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: West Academic Publishing, 2016, p. 410.

⁹ Nesse sentido: EUA. SUPREMA CORTE. *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. U.S. 124 S. Ct 2004; União Europeia. *Oscar Bronner GmbH & Co. K.G. v. Mediapring Zeitungs und Zeitcschriftenverlag GmbH & Co. K.G.*, Case C-7/97, 1998 E.C. R. I-7791, [1999]

¹⁰ Processo nº 08012.010483/2011-94.E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda x Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. A discussão acerca da essencialidade dos ativos do Google está concentrada no voto do Conselheiro Maurício Maia (SEI 0632170)

instalações essenciais. O seu voto serve como exemplo ilustrativo de como uma teoria do dano aplicável aos mercados digitais pode ser delineada sem recorrer à doutrina de *essential facilities*.¹¹

Mesmo ao avaliar a essencialidade de infraestruturas em mercados físicos tradicionais, tais como bases de abastecimento de aeronaves em aeroportos, terminais portuários, serviço de operação de meios eletrônicos de pagamento através de identificação automática de veículos (“AVI”), dentre outros exemplos, não obstante as partes tenham tratado de questões relacionadas à essencialidade de ativos, o CADE não adotou tal metodologia na avaliação de recusas de contratar, optando por análises focadas em teorias de dano, pela regra da razão.¹²

Portanto, acreditamos que a análise do problema concorrencial que poderia motivar uma regulação pelo PL não deve partir da abordagem tradicional de *essential facilities*.

Pode ser afirmado que, à medida que a exploração econômica de dados se torna mais lucrativa, bases de dados tornam-se valiosas, criando estratégias comerciais e modelos de negócios centrados na sua exploração. Não clareza sobre que entes seriam os dados, que já foram equiparados, de um lado, à “moeda” (*currency*) em algumas análises, e, de outro, a tipos de ativos (a analogia com petróleo ou a sugestão de desconstituição de dados ou compartilhamento de dados). Mesmo reconhecendo sua relevância, ambas as equiparações são problemáticas. Em particular falar em dados como “*facilities*” ou “*infraestruturas*” é incompatível com sua natureza não rival, o que já compromete bastante a aplicação da doutrina.

Com efeito, em recente julgamento no qual reconheceu a aplicabilidade da

¹¹ *In verbis*: “A análise de capacidade e incentivo à prática anticompetitiva apresenta um particular desafio no caso concreto em razão da sua inserção na economia digital. A tese que permite avançar a análise concorrencial para as etapas subsequentes não se assenta no tradicional entendimento de indispensabilidade, como ocorre frequentemente em situações de *essential facility*. Isso porque não é indispensável usar o mercado de busca orgânica (Google Search, Bing, etc.) para participar do mercado de comparadores de preço (Google Shopping, Bondfaro, etc.)”

¹² Ver, por exemplo, PA 087000001831/2014-27 – Gran Petro Distribuidora de Combustíveis x Concessionária do Aeroporto de Guarulhos, BR Distribuidora, Raízen e AirBP Brasil; PA 08012.000504/2005-15; Processo Administrativo 08012.001518/2006-37-Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. X Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Ato de Concentração nº08700.001197/2022-32-11, Cattalinni Terminais Marítimos AS e União Vopak Armazéns Gerais Ltda; IA nº08700.001110/2020-65 e Inquérito Administrativo n. 08700.006268/2018-15 – Veloe X Sem Parar e Conectcar.

doutrina de facilidades essenciais (PA no 08700.005778/2016-0345 – Agrovia x Rumo), o CADE definiu ser necessária a identificação de ao menos dois requisitos, de forma concomitante: (i) a essencialidade do bem; e (ii) a impossibilidade de replicação ou substituição.

Dados brutos são intrinsecamente não rivais, não-exclusivos e ubíquos, e constituem apenas o ponto de partida para a geração de conhecimento, razão pela qual não é possível lhes imputar o atributo da essencialidade. Para a criação do conhecimento e de diferencial competitivo, tanto o volume, variedade e velocidade da atualização dos dados é importante, quanto o tratamento e a inteligência analítica empregada pelo agente econômico.

Mesmo o conceito de “mercados digitais”, que se popularizou, precisa ser tomado *cum grano salis*. “Mercados digitais” seria, no máximo, conceito que aponta semelhanças em uma família de entes diferentes (*family resemblance concept*). Isso porque nele são reunidos serviços bastante distintos, com algumas notas em comum. Sua aplicação deve ser cautelosa para que problemas concorrenciais identificados quanto a um tipo de serviço não sejam impropriamente generalizados para outro tipo de serviço nesta mesma família. De certa forma, o DMA Europeu faz generalizações apressadas deste tipo, proibindo condutas como discriminação na apresentação de resultados para todos os tipos de serviços digitais, a partir do entendimento de ilicitude dessa conduta no serviço prestado por buscadores (a transferência da prática para outro serviço, como varejo online, não é imediata).

Da mesma forma, generalizar a presença de poder de mercado em todos os serviços abrangidos pelo conceito de “mercados digitais” parece problemático, mormente pelo fato de que a estrutura de alguns mercados envolvendo esses serviços no Brasil não necessariamente corresponde à estrutura dos mercados europeus correspondentes. Além disso, o papel e relevo da análise de *Big Data* e emprego de sistemas de inteligência artificial não é o mesmo para cada um dos serviços incluídos neste conceito.

Não bastassem essas dificuldades, boa parte do processamento de dados em serviços digitais atualmente é realizado por sistemas de Inteligência Artificial, o que significa que a estrutura e grau de concorrência em mercados de IA pode influenciar a análise e diagnóstico do problema concorrencial estudado. Pode-se levantar a hipótese, mais uma vez, de que os dados seriam

essenciais para os agentes nos mercados de IA.

Mas essa pode ser uma hipótese apressada que depende de estudo e observação da evolução do mercado. Nesse sentido, alguns estudos sugerem que a concentração em mercados de IA seria contingente¹³, considerando-se que há rivalidade entre os principais fornecedores de modelos de IA de grande porte, como os modelos fundacionais. Recentemente, assistimos ao lançamento de modelos de código aberto, cujos efeitos precisam ser observados, em particular se efetivamente podem trazer mais concorrência.

Portanto, se o modelo de negócios de diversos serviços digitais baseia-se na inteligência artificial aplicada a dados, tanto a concorrência no acesso a dados quanto a concorrência nos mercados de IA precisam ser consideradas. Isso porque uma intervenção equivocada nesses dois fatores poderia comprometer a eficiência dos produtos e serviços oferecidos no ambiente digital.

Portanto, acreditamos que o “problema concorrencial” seja qual for, pois o mesmo ainda não fica claro na ausência de uma análise de impacto, não poderia ser reduzido à tradicional análise de falha de mercado na regulação econômica, em particular, à aplicação da doutrina de *essential facilities*, pelas razões já expostas.

¹³ Thibault Schrepel e Alex 'Sandy' Pentland, 'Competition between AI Foundation Models: Dynamics and Policy Recommendations' (2023) MIT Connection Science Working Paper 1-2023 <<https://papers.ssrn.com/abstract=4493900>> acessado em 4 de agosto de 2023.

2. É necessária uma regulação que garanta o acesso ao(s) ativo(s) do(s) exemplo(s) da questão 1? O que tal regulação deveria garantir para que o acesso ao ativo viabilize a entrada de terceiros naqueles mercados digitais?

Como abordado na contribuição na tomada de subsídios, entendemos ser fundamental o desenvolvimento de estudo de análise de impacto da proposta de regulação, que apresente diagnóstico claro sobre qual seria o “problema concorrencial” a ser enfrentado, quais seriam as medidas adequadas e proporcionais para enfrentar o problema e quais seriam os objetivos a alcançar com as soluções propostas. Ou seja, é necessário que se esclareça qual é de fato o objeto da norma.

3. *Descreva casos nos mercados digitais em que há pelo menos uma outra empresa com ativos substitutos próximos a estes ativos da empresa principal, mas que ainda assim nenhuma das plataformas digitais que detêm o ativo provém acesso a ele. Ou seja, mesmo havendo mais de um ativo no mercado, continua havendo problema de acesso ao ativo. Como o PL 2768/2022, especialmente seu art. 10, poderia ser melhorado para aprimorar o acesso ao insumo essencial?*

Conforme já apontado anteriormente, acreditamos haver dificuldade em definir a existência de insumos essenciais no contexto de mercados digitais. Existem efeitos de rede derivados de dados, além da ocorrência de *feedback loops*¹⁴ e *tipping*¹⁵, mas que não são capazes de caracterizar determinados insumos ou ativos como essenciais.

Veja-se que a própria questão proposta coloca uma situação em que haveria a substitutibilidade entre determinados produtos ou serviços, o que dificulta ainda mais a definição de determinado ativo ou insumo como essencial, na medida em que a aplicação dessa metodologia pressupõe a existência de ativo caracterizado como indispensável e não duplicável. Para diferentes tipos de serviços digitais, em razão de sua dinamicidade, existem situações em que empresa com uma solução digital distinta de seu concorrente venha a desenvolver a partir de iniciativa própria uma nova solução com determinada sobreposição que possa ser considerada como substituta à original.

¹⁴ *Feedback loops* é um efeito de rede caracterizado pelo aumento da qualidade de um serviço em razão do aumento da quantidade de dados coletados de usuários, possibilitando incrementar a qualidade do serviço e, conseqüentemente, atrair mais usuários. Cf. OCDE, 2016, Big Data: Bringing competition policy to the digital era. p.10. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)

¹⁵ *Tipping* pode ser definido como a tendência de um sistema de se afastar de seus rivais em popularidade, uma vez que ganhou uma vantagem inicial (Katz, Michael L., and Carl Shapiro. 1994. "Systems Competition and Network Effects." *Journal of Economic Perspectives*, 8 (2): 93-115). Em razão de seus efeitos de rede, mercados digitais podem possuir uma tendência para *tipping*, o que não implica necessariamente em problemas concorrenciais, a não ser que de fato haja uma conduta anticompetitiva. Nesse sentido, ver ACCC. Digital platform services inquiry: Interim report No. 4 – General online retail marketplaces. March, 2022. p. 10. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/system/files/DPB%20-%20DPSI%20-%20March%202022%20-%20Full%20interim%20report%20-%2031%20March%202022.pdf>

PROPRIEDADE DE DADOS E BARREIRAS À ENTRADA NO MERCADO DIGITAL

4. *Descreva casos em que a propriedade de dados em mercados digitais cria uma barreira à entrada que torna muito difícil ou mesmo impossível a entrada no mercado das plataformas digitais incumbentes. Como o PL 2768/2022 poderia mitigar este problema, reduzindo a barreira à entrada representada por acesso a dados?*

Importa destacar que barreiras à entrada serão diferentes a depender do modelo de negócio adotado pela plataforma ou agentes para cada serviço digital. Conforme já destacado nas respostas anteriores, intervenções regulatórias no modelo de acesso ao mercado ampliam o risco de erros, uma vez que o modelo de negócio em mercados digitais é largamente baseado na coleta e tratamento inteligente dos dados para entregar melhores produtos e serviços mais eficientes ao consumidor. Buscar atenuar o problema do acesso aos dados pode mitigar a qualidade e a eficiência de produtos e serviços, com prejuízos ao consumidor final.

Assim, levando em consideração que as plataformas e respectivos serviços possuem grandes variações, medidas visando a sanar problemas relacionados a barreiras à entrada não devem ser propostas de forma generalizada, sem se atentar às particularidades de cada serviço, sua respectiva estrutura de mercado e o papel desempenhado pelos dados.

INEXISTÊNCIA DE CASOS DE USO DE DADOS POR TERCEIROS POR PLATAFORMAS DIGITAIS

5. *Cite casos em que uma empresa no mercado digital no Brasil usou dados de terceiros em função de sua característica de provedor de insumo essencial, prejudicando o terceiro competitivamente?*

O Legal Wings não tem conhecimento da existência de investigações perante o CADE que tenham identificado o uso indevido de dados de terceiros por plataformas digitais e determinado a condenação de empresas de tecnologia por essa modalidade de conduta anticompetitiva.

Ademais, conforme exposto nas respostas às questões anteriores, as autoridades de defesa da concorrência, e o CADE especialmente, têm apresentado ressalvas à metodologia da essential facilities, de modo que esta não tem sido a metodologia adotada para a avaliação da ilicitude de condutas em mercados digitais, sendo paradigmática neste sentido a decisão do caso Google Shopping.

Feitas estas ressalvas, consideramos que o aproveitamento de posição dominante para a obtenção de dados de terceiros, para explorar vantagem competitiva artificial, em detrimento da concorrência, poderia ser objeto de denúncia perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e enfrentada em análise caso a caso.

PROBLEMÁTICA DA INTEROPERABILIDADE NOS MERCADOS DIGITAIS

6. *Descreva casos em que uma dificuldade de interoperabilidade com os sistemas de uma empresa torna muito difícil ou impossível a entrada em um ou mais mercados digitais. Como o PL 2768/2022 poderia mitigar este problema, reduzindo a barreira à entrada representada por falta de interoperabilidade?*

O PL 2768/2022 menciona no artigo 5º, inciso IV, como um dos objetivos da regulação das plataformas digitais, o incentivo à interoperabilidade por meio de padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação entre as aplicações. Estabelece, ainda, em seu artigo 10, parágrafo único, que a ANATEL pode impor medidas relacionadas à interoperabilidade.

Nesse contexto, nos termos do PL, a ANATEL poderia obrigar que os produtos ou serviços de uma determinada empresa abrangida pelo projeto de lei (plataformas digitais detentoras de poder de controle de acesso essencial) integre-se tecnicamente com o de outras empresas. Seria o caso, v.g., de se exigir a integração de uma rede social com outros serviços e aplicativos, ou que um sistema operacional móvel seja interoperável para lojas de aplicativos de terceiros ou que um serviço de mensageria seja compatível com outros do gênero.

Deve-se ressaltar, no entanto, que embora não se tenha observado o advento de redes sociais idênticas a redes incumbentes, é fato que redes sociais com outros tipos de serviços floresceram e alcançaram posições significativas de mercado, independentemente de imposição de interoperabilidade. A competitividade vem de inovações quanto a aspectos ou funcionalidades novas e atraentes nos novos serviços. A imposição de interoperabilidade pode trazer efeitos inibitórios ou no mínimo atenuar incentivos à diferenciação ou inovação nesses mercados.

A capacidade do PL 2768/2022 para mitigar eventual problema de concentração, reduzindo possível barreira à entrada representada pela falta de interoperabilidade parece discutível. Primeiramente porque todas as formas de interoperabilidade envolvem trade-offs, tais como as implicações para a

privacidade e a segurança, ou a redução da inovação em determinadas situações, decorrente da necessária estandardização de produtos e serviços resultante de protocolos de interoperabilidade totais, que leva a uma maior homogeneização. Além disso, a interoperabilidade reduz a apropriabilidade dos resultados da inovação pela empresa inovadora, acabando por limitar o esforço inovativo, falha de mercado semelhante à corrigida pelos sistemas de propriedade intelectual.

Há que se pensar também nos custos para a melhor escolha do consumidor. Um sistema fechado (com limitada interoperabilidade) é mais eficiente em reduzir os riscos de segurança e privacidade, tanto para os usuários profissionais quanto para os consumidores, incentivando o uso da plataforma e melhorando a experiência do usuário.

De fato, as regras que limitam o uso da plataforma podem estar assentadas no atendimento a requisitos técnicos e de qualidade, impedindo o acesso de bens e serviços considerados como inadequados pelas exigências do operador, trazendo maior segurança ao consumidor no uso da plataforma digital. Para lojas de aplicativo, por exemplo, sistemas que permanecem relativamente fechados e com curadoria podem oferecer uma maior garantia de que os aplicativos atenderão a um certo padrão de segurança e confiabilidade. Por outro lado, essas restrições também ampliam o grau de confiança agregado para os usuários profissionais da plataforma comercializarem seus produtos ou serviços.

Assim, a interoperabilidade deveria ser objeto de cuidadosa análise de impacto, considerando os problemas e dificuldades acima levantados, sob pena de impactos negativos sobre a inovação e sobre privacidade, sem clareza quanto ao efetivo ganho concorrencial.

A imposição de interoperabilidade seria melhor analisada em especificidade, seja como medida de enforcement antitruste, na repressão a condutas anticompetitivas analisadas caso a caso, seja por meio de análise de impacto para cada tipo de serviço. É necessário demonstrar de que modo tal intervenção poderia ser benéfica para a concorrência e para os consumidores, frente aos riscos de homogeneização dos serviços, desestímulo à inovação e prejuízo à privacidade e à segurança dos usuários.

ABORDAGEM REGULATÓRIA: CRÍTICAS ÀS CONDUTAS PROIBIDAS PER SE

7. O Digital Market Act (DMA) Europeu optou por realizar proibições absolutas (per se) de algumas condutas nos mercados digitais como o self-preferencing, dentre outras. Já o PL 2768/2022 optou por não fazer qualquer conduta proibida ex-ante. Caberia haver uma ou mais condutas com proibições absolutas (per se) no PL 2768/2022? Por que? Por favor, propor redação, explicitando em que parte do PL se localizaria?

O Projeto de Lei nº 2768/2022 estabelece, em seu artigo 10, proibições per se, algumas das quais são mais abrangentes do que as previstas no Digital Markets Act (DMA), devido à sua formulação mais genérica e abstrata.

É possível afirmar que a proposição tem como base o modelo regulatório introduzido pelo DMA europeu, que impõe proibições ex ante a práticas comerciais específicas realizadas pelos chamados gatekeepers, consideradas anticompetitivas pela jurisprudência europeia. Assim, não obstante a avaliação de impacto que conduziu ao DMA tenha enfatizado os tipos de serviços e a dimensão das plataformas como fontes do “problema concorrencial”, a regulação resultante é construída por generalização daquelas condutas condenadas ou investigadas na Europa. Consideramos tal abordagem inadequada. Por outro lado, como já afirmado na resposta a questões anteriores, também é inadequada a generalização de uma conduta considerada problemática em determinado tipo de serviço como uma conduta proibida para todos os diferentes tipos de serviço abrangidos pelo problemático conceito de “mercados digitais”.

De certo modo surpreende a afirmação de que o PL 2768 não teria dotado imposições ex ante, pois o projeto estabelece obrigações claras a serem aplicadas pelo regulador setorial, independentemente de uma análise de dano efetivo ou de eficiência econômica contextualizada. A afirmação traz dúvida sobre como deve ser interpretado o art. 11 do PL. Seria a incorporação no PL da metodologia antitruste tradicional? Favorece essa interpretação a

determinação de que sejam consideradas, na imposição de obrigações, o “nível de competição” (seria uma análise de rivalidade para verificação de dano efetivo?), a “avaliação dos impactos, custos e benefícios das obrigações” (seria uma análise de eficiências compensatórias?) ou “proporcionalidade” (seria uma aplicação da regra da razão?). Ou seria um regime especial de análise antitruste próprio de “mercados digitais”. Entender esse aspecto é importante para se opinar, por exemplo, sobre quem seria a autoridade adequada para aplicação da Lei, como veremos mais adiante. Se tratamos de uma aplicação tradicional ou regime especial antitruste, com a consideração contextual de razoabilidade, efetivo dano ou eficiências, não parece haver razão para que o enforcement seja feito por autoridade distinta do CADE.

O uso de termos genéricos pelo 10 do PL 2768 dificulta a previsibilidade das condutas efetivamente proibidas. Ainda que as obrigações sejam guiadas por uma lista de considerações, como a adoção de critérios técnicos, isonômicos e não-arbitrários (art. 11, I) não há clareza quanto ao que pode ser proibido nos termos do PL 2768. Por exemplo, o conceito de “tratamento isonômico e não-discriminatório” proposto pelo PL 2768 abrange pelo menos oito condutas equivalentes às proibições ex ante do DMA, ilustrando as diversas formas como essa premissa pode ser aplicada (arts. 5.4 – impedimento de realizar ofertas fora da plataforma; 5.5 – impedimento de acessar aquisições realizadas fora da plataforma; 6.5 – *self-preferencing*; 6.6 – restrição ao acesso de softwares; 6.7 – garantia de interoperabilidade; 6.11 – negativa de acesso a dados; 6.12 – condições gerais de acesso não discriminatórias; 6.13 – condições de encerramento de serviço não desproporcionais).

O caráter genérico e abstrato das obrigações previstas no art. 10 do PL 2768 o torna ainda mais do que o DMA Europeu, pois em matéria de regulação ex ante, uma previsão genérica abrange mais tipos de conduta, que seriam de pronto proibidas ou obrigatórias, do que previsões específicas.

É crucial notar que a interpretação e aplicação da norma devem levar em conta seu uso tanto pela autoridade administrativa quanto pelo Poder Judiciário, que, sem expertise na análise econômica caso-a-caso poderia impor as obrigações sem a metodologia adequada e sem exceções já sedimentadas na literatura e enforcement antitruste. Esse fator tende a trazer

insegurança jurídica.

CONFLITO ENTRE EFICIÊNCIA E COMPETIÇÃO NOS MERCADOS DIGITAIS: CONDUAS PROBLEMÁTICAS E COMO PODEM SER TRATADAS NO PL 2768/2022

8. Haveria condutas nos mercados digitais que teriam uma alta potencialidade de implicar problemas competitivos, mas que podem ser justificadas como gerar maior eficiência às empresas, às transações e aos mercados? Dê exemplos destas condutas? Como estas condutas deveriam ser tratadas no PL 2768/2022? Em particular, seria cabível uma “inversão de ônus da prova” em que tais condutas seriam presumivelmente anticompetitivas, mas que seria cabível autorizar uma defesa das plataformas digitais baseadas nessas eficiências? Caberia contemplar estas condutas não como proibidas per se, mas com “inversão de ônus da prova” no PL 2768/2022?

Os mercados digitais possuem natureza amplamente dinâmica de modo que modelos de negócio e práticas comerciais podem assumir diferentes arranjos e formas sob o ponto de vista técnico e organizacional. Como visto, o artigo 10 traz uma série de obrigações descritas de maneira ampla e genérica que acabam por abranger condutas que, na prática, poderiam não ser deletérias à concorrência, ter efeitos pró-competitivos ou trazer eficiências compensatórias.

Por exemplo, a adoção de medidas que impeçam o acesso à determinada plataforma digital podem estar assentadas em preocupações legítimas com a segurança dos usuários. Nesse sentido, podem existir regras que limitem o uso da plataforma para serviços e produtos que não atendam a determinados requisitos técnicos e de qualidade, impedindo a oferta de bens e serviços considerados como inadequados pelas exigências da plataforma. Apesar de limitar o acesso por esse aspecto, a exigência de maior qualidade do produto ou serviço traz maior segurança ao consumidor no uso da plataforma digital. Adicionalmente, esse aspecto assegura grau de confiança agregado aos usuários profissionais da plataforma ao nela comercializarem seus produtos ou serviços.

A inversão do ônus da prova poderia contribuir com a redução do tempo de análise, mas sob pena de expandir os casos de sobre-inclusão da intervenção da autoridade estatal, já acentuado em função da redação do artigo 10 do PL 2768/2022. Nesse sentido, existem alternativas que podem atenuar os riscos de sobre-inclusão e mitigar os riscos de morosidade de análise em mercados dinâmicos. Note-se que a simples inversão pode ser ainda mais prejudicial do que a proibição ex ante, por não só potencialmente incluírem casos indevidos em que a conduta seria justificada e eficiente, como também por trazer insegurança jurídica quanto ao resultado.

QUESTÕES RELATIVAS AO ÓRGÃO REGULADOR E SUA DESIGNAÇÃO NO CONTEXTO DO PL 2768/2022

9. *É necessário que haja um regulador? Se sim, qual regulador estaria melhor capacitado para implementar a regulação prevista no PL 2768/2022? Anatel, o CADE, a ANPD, outro regulador existente ou novo? Justifique.*

Como já antecipado, é difícil responder a essa pergunta sem que haja uma análise de impacto apta a especificar qual seria a fonte do problema concorrencial a ser enfrentado, o objeto da regulação. Se o problema reside em condutas anticompetitivas, então o *enforcement* antitruste exercido pelo CADE nos parece modelo adequado. Caso a fonte seja estrutural, relativa aos tipos de serviço, ao tamanho ou posição de plataformas líderes, ou sua relação com agentes complementares, ou algum outro diagnóstico, poderia ser considerada outra autoridade para a aplicação de uma forma nova e original de proteção ao mercado.

A situação parece paradoxal tanto em relação ao DMA Europeu, quanto em relação ao PL 2768/2022. Isso porque, se a proposta europeia desenha uma ferramenta original distinta do método antitruste para enfrentar problemas apontados como estruturais e entrega o *enforcement* à autoridade concorrencial, no Brasil aparentemente tratamos da mesma ferramenta antitruste, ou de um regime especial para essa ferramenta, cujo *enforcement* é atribuído ao regulador de telecomunicações.

Assim, consideramos que, sem uma análise de impacto, com a definição precisa do problema que será objeto da nova regulação, é impossível opinar se seria adequada ou não a criação de novas instituições ou a atribuição de novas competências a um regulador existente. Vale considerar que essa definição passa tanto pela definição exata de quais serão os agentes econômicos regulados, como também se a lei determinará a sobreposição de competências do novo regulador com aquelas já atribuídas à autoridade de proteção de dados (ANPD), defesa da concorrência (CADE), defesa do consumidor (SENACON) e autoridade monetária (BACEN).

RISCO DE *BIS IN IDEM* ENTRE O REGULADOR E A AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA

10. *Você avalia que poderia haver algum risco de bis in idem entre o regulador e a autoridade de concorrência com a mesma conduta sendo analisada por ambos?*

Sim. A redação atual do PL 2768/2022 parece ter como enfoque condutas de “plataformas digitais” como fonte do problema concorrencial enfrentado, o que resulta em uma regulação próxima da metodologia antitruste.

No entanto, o PL 2768/2022 atribui a competência de fiscalização à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criando um regime especial de análise concorrencial no campo digital, exercida pelo regulador setorial. Nesse sentido, entendemos que o PL 2768/2022 proposto traz uma sobreposição em relação à Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11) e, como consequência, há a possibilidade de que haja “bis in idem” entre o regulador do PL 2768/2022 e o CADE.

Vale ressaltar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado na forma da Lei n. 12.529/2011, atribui ao CADE competência para proteger a livre concorrência por meio da avaliação de estruturas e do combate a condutas anticoncorrenciais. Especificamente no plano sancionador, a Lei imputa ao CADE o múnus de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, sem fazer qualquer exceção. Não é por outra razão que a Autarquia tem analisado atos de concentração e investigações de condutas anticompetitivas em “mercados digitais”, sendo possível nesse sentido verificar o incremento de qualidade da análise e ajuste das lentes para criar ferramentas adequadas à análise dos mercados inovativos.

Criar um sistema sancionador, com base em análise antitruste e atribuí-lo a uma autoridade distinta do CADE certamente trará conflitos positivos de atribuição, o que poderá dar margem à caracterização da violação do princípio *non bis in idem*.

Insistimos que seria fundamental uma análise de impacto para esclarecer qual o diagnóstico do problema concorrencial e quais os objetivos perseguidos pela regulação.

AVALIAÇÃO ACERCA DO CRITÉRIO DO ART. 9 DO PL 2768/2022

- 11.** *Qual sua avaliação acerca do critério do art. 9 do PL 2768/2022? Deve ser alterado? Por qual critério? Cabe fazer a designação de detentor de poder de controle de acesso essencial serviço a serviço?*

A noção de “controle de acesso essencial a serviço” é o modo pelo qual foi traduzido o conceito de gatekeeper, proveniente do Digital Markets Act europeu. No âmbito do Regulamento referente ao DMA, a saber em seus artigos 2º(1) e 3º, gatekeeper – ou “controlador de acesso”, em sua versão em língua portuguesa – designa uma companhia que tenha impacto significativo no mercado interno, aferido a partir do volume de negócios e faturamento da empresa, preste um serviço essencial, avaliado pela dimensão da empresa com base na quantidade de usuários finais e profissionais e seja beneficiária, atual ou em futuro previsível, de posição enraizada e duradoura, situação ponderada sob os mesmos parâmetros de dimensão e porte do operador.

Dessa forma, o DMA promove um conceito original de análise, fundamentado em variáveis que abarcam desde a dimensão até a estrutura, vantagens decorrentes de dados e quantidade de usuários de uma companhia. O PL 2768/2022, por sua vez, ao fazer uso do termo “poder de controle de acesso”, emprega expressão que remete a conceito oriundo da prática antitruste, baseado unicamente em volume de negócios e faturamento, o que não necessariamente significa, no ambiente digital um controle de acesso, melhor aferido quando analisado ao lado da quantidade de usuários e particularidades de cada tipo de serviço e mercado, considerando-se a influência da plataforma na determinação de visitas a plataformas ou agentes complementares.

A atual redação do Projeto de Lei se refere exclusivamente à receita anual do operador que, caso alcance faturamento superior ao patamar de R\$70 milhões, será considerado enquadrado na noção constante neste artigo 9º. Contudo, a substância do critério carece de efetiva definição, e seu emprego falha em definir precisamente o intento da escolha pelo termo em específico, o qual, diferentemente do europeu, remete a um conceito antitruste. Falar de poder de mercado no acesso, mais uma vez, parece apontar que o

diagnóstico centra-se em condutas anticompetitivas. Porém, sem a análise de impacto que motiva o PL, não é possível resolver essa ambiguidade ou impressão. Ao aduzir-se a um 'detentor de poder de controle de acesso essencial', trata-se de uma análise concorrencial de poder de mercado, calcado no método tradicional de verificação de condições de acesso a *essential facilities*? Ou tratamos de um novo critério, como é o de gatekeeper no DMA, voltado para a dimensão e influência no acesso e papel da plataforma dentro de um ecossistema digital?

Caso haja, de fato, limitação à avaliação de porte, emerge vez mais o imperativo, ainda faltante, de análise de impacto que justifique, no âmbito de cada um dos mercados relevantes afetados, que o tamanho das companhias ou seu poder de mercado seja, em última análise, a fonte do problema concorrencial examinado. Vale lembrar, nesse aspecto, que a legislação concorrencial nacional, traduzindo o mandamento da ordem econômica constitucional, não permite repressão estatal do poder de mercado, mas apenas de seu abuso (art. 173, par. 4º da CF/88).

QUESTÕES RELATIVA AO FUNDO DE FISCALIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DO ART. 15 DO PL 2768/2022

12. *O que você achou das regras sobre o Fundo de Fiscalização das Plataformas Digitais do art. 15 do PL 2768/2022? Haveria uma outra forma de financiar este tipo de atividade regulatória do governo?*

Nos termos de seu artigo 15, o Projeto de Lei propõe a criação do Fundo de Fiscalização das Plataformas Digitais – FisDigi com fontes constituídas por uma nova taxa de fiscalização das plataformas digitais, dotações do Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses, para o financiamento dos novos serviços prestados pela Anatel.

Há, entretanto, fragilidades de ordem formal e material nesta proposição, a serem avaliadas pelo Congresso Nacional.

Sob a perspectiva formal, a instituição de fundos orçamentários por proposições de autoria parlamentar pode levantar discussões de legalidade em razão de potencial vício de iniciativa. Como se pode extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a instituição de fundos deve ser feita por lei de iniciativa da autoridade ou órgão, no âmbito de cada Poder ou órgão autônomo, com a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo em matéria de organização administrativa, em obediência ao art. 61, § 1º, II, e; 51, IV; 52, XIII; 73, caput; 96, II, d; 128, § 5º; e 134, § 4º, da Constituição Federal. Por esta razão, fundos geridos por órgãos do Poder Executivo, inclusive pertencentes à Administração Pública Indireta, tal como o *FisDigi*, deveriam ser criados por lei de iniciativa do Presidente da República, vedada, portanto, a iniciativa parlamentar.¹⁶

Sob o aspecto material, por sua vez, a criação de fundo para o financiamento de novos serviços deve ser precedida da avaliação do próprio objetivo da regulação. Consideramos que ainda não está claro se o Projeto de Lei cria

¹⁶ Nesse sentido, veja-se: REZENDE, R. M. de. *A Insustentável Incerteza no Dever-Ser: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 231). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 30 de novembro de 2023.

regulação que apresenta obrigações per se, na forma do artigo 10, de modo que não haveria espaço para uma análise de razoabilidade, rivalidade e eficiência, ou se a proposição traz apenas um regime especial de análise antitruste para os serviços digitais. Essa dificuldade de compreensão do objeto da norma torna difícil compreender quais seriam de fato as novas atividades regulatórias a serem exercidas, consideradas as competências hoje atribuídas ao CADE no controle de estruturas e de condutas que tenham efeitos anticompetitivos, quais seriam de fato os agentes regulados, e quais recursos deveriam ser destinados a esse novo múnus público.

COMPLEMENTARIDADE ENTRE O PL 2768/2022, A LEGISLAÇÃO DE CONCORRÊNCIA E O TRATAMENTO DADO PELO CADE

13. *Em que medida você acredita que todos os problemas tratados no projeto de lei 2768/2022 já são adequadamente tratados pela legislação de concorrência, mais especificamente pelo CADE, com os instrumentos da Lei nº 12.529 de 2011?*

De início, não fica claro o objetivo do PL 2768 e o problema concorrencial que se pretende resolver. O CADE desempenha um papel crucial na proteção da concorrência no Brasil, visando a reprimir práticas prejudiciais à livre concorrência, respaldado pela Lei nº 12.529/2011 que lhe confere as ferramentas necessárias para investigar, julgar e punir condutas anticompetitivas em diversos setores da economia. Atualmente, a metodologia tradicional de análise antitruste vem sendo questionada frente aos desafios trazidos por mercados em que condutas ou mesmo operações de concentração econômica estão ligadas a serviços digitais. Ainda é uma pergunta em aberto, se seria possível desenvolver uma metodologia adequada para lidar com esses novos desafios ou se efetivamente deveria ser adotado um novo aparato de ferramentas de intervenção estatal, como a regulação ex ante. A nosso ver, a legislação concorrencial nacional é recente e traz conceitos flexíveis que incorporam e permitem a inserção de metodologia de análise contextual das práticas, considerando sua razoabilidade, efetiva verificação de efeitos deletérios e o exame de eficiências compensatórias. A princípio, tais elementos podem ser adaptados ao contexto de qualquer tipo de mercado. Desconhecemos argumento definitivo que aponte alguma característica comum, dos chamados mercados digitais, que seria incompatível com esses elementos básicos da análise antitruste.

Um argumento já levantado e que influenciou o debate europeu seria a dinâmica do ambiente digital, em que os efeitos de práticas são produzidos muito rapidamente, o que tornaria intervenções pela autoridade antitruste ineficientes, pois intempestivas, com a irreversibilidade dos impactos anticompetitivos. Porém esse argumento não mostra uma falha na

metodologia, apenas na celeridade de sua aplicação. Ou seja, trata-se de um argumento que mostra, no máximo, uma falha ou limitação procedimental no sistema de adjudicação antitruste. A nosso ver, antes de uma intervenção substantiva, que poderia trazer impactos sobre o modelo de negócios e práticas potencialmente eficientes dos prestadores de serviços online, poderiam ser testadas medidas procedimentais para tornar mais célere a análise concorrencial de práticas ou operações que envolvam serviços digitais. Por exemplo, o DEE poderia desenvolver estudos específicos sobre estrutura e concorrência em mercados envolvendo diferentes tipos de serviços digitais, que poderiam servir de subsídio já disponível para análises de condutas em processos investigativos. Ou seja, a análise de mercado ou de poder de mercado, não precisaria ser revisitada ou replicada a cada nova investigação. Todavia, uma tal medida processual mereceria cuidado em seu desenho, tendo em vista a necessidade de oportunizar a ampla defesa e o contraditório, ambos direitos fundamentais insculpidos na Constituição (art. 5º, inc. LV, CF88).

Entretanto, caso os propositores do PL 2768/2022 entendam haver problema estrutural inerente ao que chama de “mercados digitais”, que exijam novas ferramentas de intervenção, então, em nome dos valores democráticos reconhecidos constitucionalmente reconhecidos, esse entendimento poderia ser divulgado, para que se submeta ao debate público. Como temos repetido nesta contribuição, esse ponto não está claro, o que torna a legislação prematura. A divulgação de análise de impacto, com a indicação do diagnóstico, remédios e objetivos da regulação, seguida de espaço para o debate público, seria fundamental para refinar a proposta de intervenção estatal no domínio econômico, mitigando riscos de erro ou efeitos deletérios que poderiam reduzir a eficiência e o bem estar.

REGULAÇÃO E PROBLEMAS GERADOS PARA A ATIVIDADE DE INOVAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

14. Que problemas poderiam ser gerados para a atividade de inovação das plataformas digitais caso haja a regulação de plataformas digitais propostas pelo Projeto de Lei 2768/2022? Isso poderia ser tratado de alguma forma dentro do PL2768/2022?

Ao definir a regulação ex ante de condutas, cuja escolha não se ampara em prévia experiência sancionatória ou em estudo de impacto, firma-se a potencialidade de que a restrição penalize atividades que possam trazer eficiências e benefícios aos consumidores, ou que partam de justificativas negociais, benéficas aos demais atores em mercado.

Essa estrutura normativa apresenta três problemas: (i) redução de incentivos para novos investimentos ou para a adoção de práticas potencialmente eficientes e pró-competitivas (ii) problema de carona se houver acesso mandatório a ativos relevantes e (iii) impacto negativo no modelo de negócio que impulsionaram o mercado online.

Identifica-se que o PL 2768/2022 adota terminologias, ferramentas e estrutura legislativa próprias da regulação antitruste, apesar de definir a ANATEL como competente para sua fiscalização. A atribuição, à agência reguladora das telecomunicações, da responsabilidade pela interpretação e aplicação de normas de gênese antitruste, aliada à regulação ex ante, como já apontado, tem o potencial de reforçar a aplicação de restrições cuja fórmula não decorre de riscos apurados em análise de impacto, de modo que não é possível mensurar a consecução da finalidade (que não foi anteriormente definida em qualquer métrica) e tampouco dos impactos sobre o modelo de negócios das plataformas digitais.

Assim, a regulação ex ante, nos termos intencionados pelo PL 2768/2022, poderia representar uma sobre-inclusão de condutas, com efeito de restringir iniciativas dos prestadores de serviços potencialmente eficientes aos usuários. Conforme já exposto em questões anteriores, corre-se o risco da

regulação diminuir incentivos à inovação e a novos investimentos, abrindo espaço para comportamentos free riders.

Uma forma de enfrentamento seria a melhor especificação das condutas que se considera nocivas, para não haver excesso, o que demandaria estudo de impacto ou identificação dos riscos que se pretende combater considerando-se cada tipo de serviço digital, tendo em vista que, como já apontado, a transposição de uma intervenção ou de um remédio de um serviço para outro, pelo simples fato de ambos serem prestados em ambiente digital, pode trazer distorções, se não forem examinadas as diferenças e efetivas limitações a concorrência para cada um deles.

DESAFIOS PRÁTICOS NA APLICAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PL 2768/2022

15. Quais seriam as dificuldades práticas de aplicação deste tipo de legislação contemplado pelo PL 2768/2022?

Ao longo das respostas às perguntas até aqui já se vislumbram inúmeras dificuldades práticas. Podemos elencar de forma resumida algumas em linha com o que é explorado nas demais respostas:

- O artigo 9 delimita os operadores considerados como detentores de poder de controle de acesso essencial quando auferirem receitas acima de R\$70 milhões no Brasil, nos termos da regulamentação da Anatel. Esse valor é extremamente baixo, acabará por abarcar pequenas plataformas, podendo prejudicar seu desenvolvimento pelos custos de compliance, além de sobrecarregar um possível regulador.
- O artigo 3º do PL, que altera o artigo 19 da LGT, atribui competência à Anatel para “Exercer, relativamente às plataformas digitais, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE”. Sendo o caput do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC, Lei nº 12.529/11) bem amplo e o rol do parágrafo 3º do mesmo artigo da LDC exemplificativo, que competências restariam à ANATEL? A lei poderia gerar sérios conflitos de competência, bem como hipóteses de bis in idem, culminando em inúmeras ações no judiciário.
- O projeto traz regras prescritivas, como por exemplo, ofertar serviços de forma isonômica e não discriminatória, e proibitivas (não recusar acesso à plataforma). A aplicação das regras proibitivas se assemelha à execução de regras de direito da concorrência, ou seja, não são autoexecutáveis e dependem de uma avaliação específica no caso concreto. Nesse contexto, a proposição de tais regras pelo PL, ao contrário de garantir maior celeridade à análise, acabaria sendo algo parecido com o antitruste, só que sem a mesma flexibilidade.
- O DMA traz obrigações específicas aos denominados gatekeepers

(artigos 5º e 6º). O PL brasileiro, no art. 10, fala de obrigações de transparência, tratamento isonômico e não discriminatório, utilização adequada dos dados coletados, não recusa de provisão de acesso, dispondo em seu caput que a lista não exaustiva, podendo, portanto a ANATEL impor obrigações adicionais para evitar abuso, o que daria poder demasiado ao regulador, além de levar a questionamentos quanto à sua constitucionalidade, frente ao princípio da legalidade, assim como as eventuais imposições suplementares da ANATEL.

- A proposta de regulação *ex ante* incorpora a proibição a abusos exploratórios da posição de poder de mercado. Na jurisprudência do CADE, tais práticas não constituem infrações de modo independente, devendo ser acompanhadas de alguma prática exclusionária ou que imponha barreiras à entrada de concorrentes.

Nesse sentido, os problemas elencados acima dizem respeito às dificuldades de interpretação trazidas pela norma em razão de seu desenho conceitual. Por exemplo, a norma utiliza diversos conceitos que se assemelham a conceitos tipicamente concorrenciais. Há um vácuo semântico sobre esses termos para delimitação do seu sentido, de modo que pode haver conflito entre o sentido tradicionalmente estabelecido e aquele que a autoridade reguladora vier a estabelecer. Além da indefinição desses conceitos ligados ao direito da concorrência, existem problemas relacionados à caracterização dos serviços definidos como plataformas digitais, a exemplo de 'sistemas operacionais', previsto no art. 6º, II, 'f' do PL. A situação se agrava na medida em que não houve uma avaliação de impacto da legislação que delimita a abrangência e a interpretação dos conceitos, em consonância com a ausência dos objetivos da legislação.

Ao cabo, havendo tais divergências hermenêuticas na ausência de uma tradição interpretativa que esteja estabilizada e que haja deferência dos atores institucionais pela autoridade da concorrência na definição desses sentidos, o Poder Judiciário será chamado a exercer o papel e intérprete final das normas, podendo trazer insegurança jurídica até a consolidação dos conceitos.

ESPAÇO PARA JUDICIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS PREVISTAS NO PL 2768/2022

16. *Você vê muito espaço para judicialização deste tipo de regulação previsto no PL 2768/2022? Em quais dispositivos?*

Sim. Entendemos que podem existir questionamentos acerca das proibições *ex ante* em que o Judiciário poderá ser provocado para analisar a racionalidade e justificativa das condutas, bem como sobre hipóteses de *bis in idem*.

Ademais, a criação de novos conceitos, incluindo ambiguidades ao se buscar abstrair características comuns, de tipos de serviço e de plataformas bastantes distintas dentre o grupo das chamadas Big Techs, pode acarretar uma sobreposição entre a construção jurisprudencial antitruste do CADE e as possíveis interpretações da Anatel, as quais podem ser colidentes e acarretar a judicialização. Enfim, não é difícil antever insegurança jurídica e conflitos institucionais entre CADE e ANATEL.

Há, ainda, possibilidade de questionamentos sobre constitucionalidade, por exemplo, se for identificada que a regulação tende à especificação do agente a ser regulado, contrariando a exigência de generalidade e abstração em propostas legislativas.

NECESSIDADE DE MELHOR ESPECIFICAÇÃO DAS DEFINIÇÕES DO ART. 6º DO PL 2768/2022

17. As definições do art. 6º do projeto de lei 2768/2022 estão adequadas para o propósito desta proposição?

As definições trazidas no art. 6º precisam ser mais específicas e rigorosas, sobretudo o inciso II voltado à definição de plataformas digitais. Nesse sentido, quais seriam as condições necessárias e suficientes para que um serviço recaia sob a alcunha de “mercado digital”, sem levar a uma abstração tal que a definição se torne trivial para abarcar absolutamente qualquer tipo de produto ou serviço? Como é possível incluir em tal conceito tanto uma plataforma de varejo online, que comporta por traz toda uma estrutura logística para entrega de produtos físicos, quanto uma rede social, ou mesmo uma plataforma de streaming? Há um problema claro referente aos critérios e parâmetros para caracterização dos serviços abarcados pela legislação.

Nesse sentido, o Projeto de Lei falha em estabelecer os contornos precisos do problema concorrencial inerente a esses serviços que mereceriam regulação ex-ante. Os conceitos deveriam ser melhor especificados para localizar problemas efetivos e contextualizados para cada tipo de serviço inserido no pacote chamado “mercados digitais”. Indaga-se, por exemplo, quais ferramentas de busca estão abrangidas? As redes sociais estão todas no mesmo mercado? Se não estiverem, quais seriam os mercados? Qual é o significado que deveria ser atribuído a “sistemas operacionais” para efeitos de uma regulação concorrencial?

Enfim, as definições não permitem identificar se os serviços apontados são por sua natureza considerados problemáticos do ponto de vista concorrencial ou se há mercados dentre esses serviços que são problemáticos pelo tamanho que assumiram algumas plataformas, ou se seriam as condutas abusivas a real fonte de distorções concorrências ou de consolidação de posições dominantes, ou ainda se seriam produtos ou serviços mais eficientes. Na verdade, as respostas podem ser diferentes para cada tipo de serviço incluído no conceito de “mercados digitais”.

ALÉM DA REGULAÇÃO EX-ANTE: ALTERNATIVAS E COMPLEMENTARIDADES NA SUPERVISÃO DOS MERCADOS DIGITAIS

18. Em lugar de uma regulação ex-ante pura, faria sentido algum outro tipo de acompanhamento e/ou regulação dos mercados digitais?

Como abordado nas demais questões, sem uma resposta clara e definitiva sobre a inadequação da metodologia de análise antitruste, um dos principais argumentos para a justificar a regulação ex ante, em oposição a ferramenta de repressão ex post de condutas, seria ineficácia da intervenção em função do tempo de decisão, incompatível com a dinâmica dos chamados mercados digitais. Porém, como indicado acima, esse problema poderia ser enfrentado por alternativas de solução procedimentais, institucionais e informacionais.

Por exemplo, faria sentido um acompanhamento mais próximo desses mercados. Poderia ser cogitado o destacamento de uma unidade especial no CADE, ou algum outro órgão estatal, como já ocorreu no passado, no chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, voltado especificamente para os serviços digitais, aliando expertise, aprendizado e maior agilidade. O próprio Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE poderia realizar análises de poder de mercado em estudos nos diferentes segmentos de serviços digitais, cujos resultados seriam aproveitados como subsídio para a análise específica de condutas em processos administrativos repressivos. Isso poderia conduzir a maior velocidade nas análises solucionando a dificuldade temporal. Mais uma vez, deve-se lembrar que eventual redesenho procedimental do enforcement antitruste deve atentar para as garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório.

ADEQUAÇÕES AO CONJUNTO DE SOLUÇÕES DO ART. 10 DO PL 2768/2022

19. *Você acha que o conjunto de soluções descritas no art. 10 do PL 2768/2022 são adequadas?*

Conforme já abordado, nas questões anteriores, o artigo 10 do PL 2768/2022 possui diversos problemas, os quais poderiam ser resumidos da seguinte forma:

- (i) a imprecisão dos conceitos mencionados no artigo dificulta a previsibilidade das condutas efetivamente proibidas;
- (ii) o caráter genérico das obrigações descritas agravam o problema de sobre-inclusão da regulação ex-ante, podendo criar incompatibilidades a jurisprudência do CADE, baseada na análise contextual;
- (iii) as obrigações impostas, despidas da análise de eficiências compensatórias (não está claro se tal análise estaria abrangida pelo art. 11), podem resultar em produtos ou serviços inferiores disponibilizados aos usuários, o que seria indesejável e
- (iv) não há avaliação do impacto regulatório no contexto brasileiro.

ANÁLISE DO CONJUNTO DE SANÇÕES DO ART. 16 DO PL 2768/2022 E ADEQUAÇÕES

20. O conjunto de sanções previstas no art. 16 do PL 2768/2022 está adequado?

As sanções previstas no PL 2768/2022 seguem, em linhas gerais, a mesma formulação dedicada à regulação das relações digitais desde o Marco Civil da Internet e da LGPD, com previsão de sanções de advertência, multa incidente sobre o faturamento do grupo econômico, suspensão ou proibição de atividades.

Ainda assim, a formulação do art. 16 deixa de definir com maior objetividade as hipóteses e condições de aplicação das sanções, o que pode representar insegurança especialmente pela atribuição à ANATEL da competência para fiscalização e penalização de condutas tradicionalmente de âmbito do CADE.

O primeiro problema apontado seria pela previsão do inciso III, quanto à imposição de “obrigação de fazer ou não fazer”, sem delimitação da abrangência que a sanção pode assumir. Qual o nível de interferência em governança interna admissível por essa penalidade? Destaca-se que, diferentemente, o art. 25 do DMA delimita o procedimento e especifica as condutas capazes de ensejar sanção que implique em obrigação de fazer ou não fazer, restrita, nesses casos, a medidas que efetivamente solucionem os descumprimentos já anteriormente previstos com maior objetividade e delimitação.

Da mesma forma, os incisos IV e V não delimitam as atividades sujeitas a suspensão ou proibição como vinculadas à conduta ensejadora da sanção. Assim, determinada conduta poderia subsidiar a suspensão ou proibição de quaisquer atividades, ressaltando-se ainda que a proposta não indica uma gradação para a aplicação das sanções, de modo que uma medida de extrema gravidade (proibição de exercício “das atividades”, genericamente consideradas) pode se prestar a sancionar qualquer tipo de conduta.

Para uma sistemática sancionatória adequada, portanto, parece salutar a vinculação das medidas à eficiência e proporcionalidade face ao descumprimento enfrentado, sendo essencial ainda segurar quais faltas podem legitimar a adoção de determinadas medidas, e a partir de quais procedimentos.

PREVISÃO DE LISTA NÃO TAXATIVA NO ART. 10 DO PL 2768/2022 E HIPÓTESE DE CABIMENTO DE ROL TAXATIVO DE MEDIDAS

21. O art. 10 prevê várias obrigações em uma lista não taxativa na qual o regulador poderia impor outras medidas. Caberia prever um rol taxativo de medidas?

Sim, na hipótese de adoção de obrigações *ex ante* (que é o atualmente disposto no Projeto de Lei, conforme expusemos na questão 7 acima), um rol taxativo seria mais adequado do que uma lista não taxativa de obrigações que podem ser impostas às plataformas digitais, uma vez que essa abordagem pode ter sua constitucionalidade questionada. A lista não taxativa parece mais congênere ao enforcement repressivo *ex post*, que permite a especificação das condutas apenas exemplificadas na legislação.

O caput do art. 10 do Projeto de Lei estabelece que os operadores de plataformas “estarão sujeitos, entre outras, às seguintes obrigações” listadas nos incisos. Posteriormente, o parágrafo único dispõe que a ANATEL, “no exercício de suas atividades de regulamentação e fiscalização, poderão impor obrigações de separação contábil e funcional, bem como medidas de mitigação a eventual abuso de poder econômico, incluindo as relacionadas à portabilidade de dados e à interoperabilidade” (sic). Vê-se que a disposição de “entre outras” obrigações no caput é demasiado ampla e, diferentemente do parágrafo único, não especifica se eventuais outras obrigações poderão ser impostas no exercício das atividades de regulamentação ou de fiscalização da ANATEL. Consequentemente, não se sabe se essa previsão pode resultar na imposição de novas obrigações *ex ante* generalizadas (para todos os agentes regulados) ou de novas obrigações a agentes regulados específicos em sede de fiscalização. Em ambas as hipóteses, há problemas de legalidade.

Primeiro, na hipótese de criação de novas obrigações *ex ante* não previstas em lei por parte da ANATEL, haveria violação ao princípio da legalidade consagrado pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e

cuja observação é imposta à Administração Pública pelo art. 37, caput da Constituição, de forma que é vedado à Administração (da qual é parte a ANATEL e demais agência reguladoras) criar novas obrigações não previstas em lei. Ainda que o art. 11 do Projeto de Lei estabeleça alguns parâmetros a serem considerados na atribuição de obrigações do art. 10, não há qualquer limitação sobre quais “outras” obrigações podem ser impostas, o que resulta em ampla margem de discricionariedade e arbitrariedade.

Essa possível ofensa ao princípio constitucional de reserva legal não ocorre, por exemplo, na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que tem lista apenas exemplificativa. O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 estabelece uma análise caso a caso de condutas não proibidas per se, mas reprimidas somente após uma análise de eficiências e prejuízos causados. Embora o §3º do art. 36 também estabeleça um rol não taxativo para as condutas reprimidas com o uso de expressão similar a “entre outras” (in verbis, o §3º: “[a]s seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”), há uma importante limitação na definição dessas condutas: estas só serão reprimidas caso satisfaçam as hipóteses bem delimitadas e exaustivas que constituem os quatro efeitos lesivos à ordem econômica listados nos incisos do caput do art. 36. Não há, aqui, violação à legalidade pela adoção de um rol não taxativo de condutas reprimíveis, pois a abordagem adotada na legislação antitruste é casuística e seus objetivos são bem delimitados. Diferente é o que ocorre com o PL 2768/2022, já que a atual redação estabelece obrigações ex ante com possibilidade de imposição de novas obrigações sem limitações adequadas ou previsão legal específica.

Da mesma forma, na hipótese de criação de novas obrigações a agentes regulados específicos em sede de fiscalização, pode haver violação à legalidade e à segurança jurídica, ambas asseguradas como princípios no art. 2º, caput, da Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/99), uma vez que não há limitações adequadas capazes de garantir previsibilidade sobre as possíveis obrigações criadas pela ANATEL. Portanto, no caso de adoção de um rol de obrigações ex ante, é mais adequado o estabelecimento de um rol taxativo.

CONCORRÊNCIA POTENCIAL E EFICIÊNCIA: O PAPEL DO REGULADOR NA PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS

22. *Em relação a preços e variedades, com o intuito de promover a concorrência e incentivar a inovação, um regulador deveria proteger a concorrência potencial mesmo em detrimento da eficiência?*

Não está claro no texto do PL 2768/2022 qual seria a motivação da intervenção do regulador, isto é, se a sua atuação estará sujeita a uma análise de eficiência para a proteção da concorrência, visto que o texto proposto no art. 10 apresenta enunciados per se, ou seja, regras aplicáveis independentemente de uma avaliação de razoabilidade ou de eficiência. Entretanto, o artigo 11, ao salientar observações à imposição das obrigações descritas no artigo 10, empregou termos como “avaliação de impactos, custos e benefícios das condutas” no inciso IV, bem como “nível de competição na oferta de cada modalidade de plataforma digital” no inciso V, o que pode levar ao entendimento de que estaria referindo-se às análises de eficiência e de rivalidade, respectivamente, etapas da análise antitruste de atos de concentração.

Se o PL enxerga condutas abusivas praticadas nos diferentes tipos de serviços como fonte do problema concorrencial a ser enfrentado, então a análise de eficiências compensatórias é fundamental. E a metodologia antitruste já possui ferramentas para avaliação da contestabilidade de mercado e de eficiências compensatórias, para examinar, caso a caso, esse trade off entre barreiras à entrada e eficiências econômicas. Mas note que o trade off se dá em contexto de proteção à concorrência contra condutas abusivas. Não se trata aqui de fomento à concorrência.

Caso o PL pretenda fomentar a concorrência no mercado, independentemente de condutas abusivas, por enxergar algum problema estrutural, então reforçamos que esse problema seja identificado em análise de impacto submetida ao escrutínio público. Isso porque o possível trade off entre estimular concorrentes potenciais e estimular a eficiência e inovação pode ter variantes e nuances para cada tipo de serviço incluído no conceito de

“mercados digitais”. Na nossa opinião, não há como responder genericamente a essa pergunta. Talvez mais elementos possam ser especificados para cada tipo de serviço digital de modo a se pensar, com menor risco de erro, se faz sentido sacrificar a eficiência em nome do estímulo a maior número de competidores.

INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO REGULADOR EM GRANDES AQUISIÇÕES EM SEGMENTOS DE MERCADO

23. Com o regulador em ação, este deveria intervir em grandes aquisições em segmentos relevantes de mercado?

Deve-se esclarecer se o projeto de lei visa a estabelecer uma ferramenta nova e original de intervenção para enfrentar problema estrutural de mercado ou apenas estabelecer um regime especial de análise concorrencial. A Constituição Federal consagra em seu artigo 170, *caput*, a livre iniciativa enquanto fundamento da ordem econômica, de modo que há limitações para intervenções sobre o domínio econômico. Inicialmente, o PL apenas dispõe sobre o estabelecimento de determinadas obrigações quanto aos serviços digitais enumerados.

Nesse sentido, o PL traz em seu artigo 13 a obrigação de notificação obrigatória ao CADE de qualquer forma de concentração econômica sem que haja critério definido para tanto ou que se defina qual o problema que a legislação pretende corrigir. Dessa forma, a intervenção preventiva em “grandes aquisições” sem qualquer definição prévia de risco concorrencial a ser prevenido poderia significar uma intervenção desproporcional na livre iniciativa, com implicações constitucionais. No regime atual de concentrações econômicas do CADE, as limitações só são estabelecidas caso haja um risco claro identificado no âmbito do caso concreto. Dessa forma, a ausência de uma avaliação de impacto, na pretensão de incorporar um regime de análise específico, pode comprometer a inovação no País.

AUTORIDADE REGULATÓRIA E CIRCUNSTÂNCIAS PARA MITIGAR BARREIRAS DE ENTRADA E AVALIAÇÃO DA AÇÃO PREVENTIVA

24. Como deveria uma autoridade reguladora determinar a melhor forma de agir em circunstâncias de possível domínio de mercado, onde um player impediria a entrada de outros concorrentes com a capacidade de desconcentrá-lo? Além disso, esse tipo de ação preventiva legítima ?

Na hipótese de domínio de mercado com o estabelecimento de barreiras artificiais à entrada estabelecida por concorrente que detenha posição dominante em determinado mercado, estaríamos diante de uma infração à ordem econômica, sobre a qual caberia a investigação e sancionamento do CADE de acordo com suas competências legais.

No que toca à intervenção preventiva da autoridade reguladora em circunstâncias de domínio de mercado, verificam-se dois limites. Em primeiro lugar, o artigo 170 da Constituição Federal estabelece a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica a livre concorrência como um de seus princípios, de modo que o §4º do artigo 171 do texto constitucional somente autoriza o recurso à repressão estatal nas hipóteses de “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Portanto, o domínio de mercados em si é considerado legítimo pela Constituição Federal, pois representa a eficiência de mercado de determinado agente econômico, vinculando-se diretamente à livre iniciativa e à livre concorrência.

O outro limite é visualizado na jurisprudência do CADE na caracterização de infrações à ordem econômica. O CADE não reconhece como conduta anticompetitiva a prática de *exploitative abuse*, condenada na Europa. Por exemplo, a prática de aumento excessivo de preços, anteriormente listada dentre as infrações à ordem econômica na Lei 8884/1994, foi excluída da Lei nº 12.529/2011. Conforme a jurisprudência consolidada no CADE, a conduta de abuso de posição dominante somente é condenada caso a prática exploratória esteja atrelada à imputação, pela empresa dominante, de limitações ou ineficiências aos concorrentes, como a elevação de barreiras à

entrada. Isso porque, o abuso exploratório, na visão da jurisprudência do CADE, é um fator de estímulo a novas entradas independentes, a não ser que o mercado seja blindado por práticas exclusionárias, estas últimas sim puníveis.

Assim, o estabelecimento de um regime legal de intervenção preventiva sobre o poder econômico ou a dominação de mercado (que pode ser fruto de maior eficiência do agente dominante) violaria o texto constitucional e iria de encontro ao posicionamento consolidado da autoridade antitruste, representando uma enorme insegurança jurídica aos agentes econômicos.

Como citar este relatório:

MARANHÃO, Juliano; BARROS, Josie de Menezes (Coords.). **Regulação de Mercados Digitais no Brasil**: contribuições ao PL 2768/2022. Legal Wings: São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/LGipl-2768>. Acesso em: DD/MM/AAAA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

2023 © Todos os direitos reservados

