ITIF | INFORMATION TECHNOLOGY & INNOVATION FOUNDATION
SCHUMPETER PROJECT ON COMPETITION POLICY

700 K Street NW Suite 600
Washington, DC 20001

COMENTÁRIOS DA ITIF

Perante o

Congresso Nacional

Brasília, Distrito Federal, Brasil

Na questão do:	)	
Projeto de Lei nº 2768/2022	)	Comentário público

20 de novembro de 2023

CONSULTA PÚBLICA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 2768/2022: PERMITIR A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL POR MEIO DA CONCORRÊNCIA, NÃO DA REGULAMENTAÇÃO

CONTEÚDO

Introdução 2
A regulamentação do projeto é desnecessária 3
A regulamentação do projeto não está devidamente adaptada 5
A regulamentação do projeto aplica-se de forma muito ampla 6
A regulamentação do projeto irá esfriar a inovação 6
Recomendações 8
Conclusão 8

INTRODUÇÃO

No dia 11 de outubro de 2022, João Maia (Deputado Federal, Partido Liberal) apresentou o Projeto de Lei 2768/2022[1] (Projeto de Lei) aos deputados federais do Brasil, que contempla a regulamentação de seus mercados digitais. O Projeto de Lei propõe alterar duas leis: a Lei Geral das Telecomunicações[2] (9472/1997), que dispõe sobre a estrutura jurídica dos serviços de telecomunicações, define os princípios gerais que regem os serviços de telecomunicações e criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e o Marco Civil Brasileiro da Internet[3] (12965, de 23 de abril de 2014), que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. O Projeto de lei tem uma semelhança considerável com a Lei dos Mercados Digitais (DMA)[4] da União Europeia (UE), que entrou gradualmente em vigor entre 2 de maio de 2023 e 25 de junho de 2023. Atualmente, o Projeto de Lei "DMA" brasileiro aguarda parecer do relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico (CDE) do Parlamento brasileiro.

O Projeto Schumpeter sobre Política de Concorrência da Fundação de Tecnologia da Informação e Inovação (ITIF) agradece a oportunidade de comentar o Projeto de lei e, especificamente, de discutir seus problemas no que diz respeito à promoção da inovação. A ITIF é o think tank de política científica e tecnológica mais conceituado do mundo. O comentário da ITIF está dividido em cinco partes. Em primeiro lugar, a regulamentação no setor digital deveria ser necessária para corrigir as falhas do mercado, o que não parece ser

[1] Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br).

[2] Lei Geral das Telecomunicações, disponível em: L9472 (planalto.gov.br)

[3] O Marco Civil Brasileiro da Internet, 2016.

[4] O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram a Lei dos Mercados Digitais em 14 de setembro de 2022, um Regulamento 2022/1925 sobre mercados contestáveis e justos no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

o caso aqui.[5] Em segundo lugar, mesmo que a regulamentação seja justificada para resolver as falhas do mercado, a regulamentação deve apresentar objetivos claros que complementem o ecossistema jurídico e regulatório mais amplo, e aqui, mais uma vez, o Projeto de lei peca. Em terceiro lugar, mesmo que o Projeto de lei pudesse, à primeira vista, ser justificado, el é amplo demais em sua aplicação. Em quarto lugar, as obrigações previstas no artigo 10 do Projeto de lei estão substancialmente em descompasso com os princípios jurídicos e econômicos sólidos para a aplicação da lei antitruste para proteger a inovação. Finalmente, a ITIF recomenda que o Brasil deixe de seguir o regime experimental e prejudicial da DMA da UE[6] e, pelo menos, aguarde um pouco[7] antes de embarcar numa política semelhante.[8] Segue-se uma breve conclusão.

A REGULAMENTAÇÃO DO PROJETO É DESNECESSÁRIA

De um modo geral, a regulamentação *ex ante* só se justifica na presença de falhas de mercado. Mas a existência de poder de mercado não indica, por si só, que exista uma falha de mercado. Desde o trabalho inovador de Joseph Schumpeter na década de 1940, há muito que se compreende que a concorrência não é apenas um equilíbrio onde o preço é igual ao custo marginal, como afirma a economia neoclássica. Nem é simplesmente uma rivalidade entre muitos vendedores num mercado, como imaginou Adam Smith. Em vez disso, como explicou Schumpeter, a inovação ou a competição dinâmica ocorre através de "tempestades de destruição criativa"[9] por meio das quais uma empresa compete *pelo* mercado criando um novo produto, apenas para ser desafiada por uma "concorrência de pequenos avanços" adicional que suplanta a empresa anteriormente dominante com um produto ainda mais novo, o qual não apenas deslumbra os consumidores, mas permite à empresa recuperar os custos de sua inovação.

No contexto dessas dinâmicas Schumpeterianas, o ecossistema digital brasileiro não parece apresentar atualmente sinais de falhas de mercado. Pelo contrário, o cenário digital do Brasil é emergente e está bem posicionado para se tornar uma arena vibrante e dinâmica, onde as empresas são incentivadas a competir através da destruição criativa. Na verdade, a economia brasileira foi marcada por um período de crescimento substancial e progresso social e está preparada para uma 'transformação digital'. Com uma população de quase 220 milhões de cidadãos, o Brasil é o maior país da América do Sul (e o quinto maior mercado *fintech* do mundo), apresentando um imenso potencial de mercado.[10] Tendências recentes[11] indicam o compromisso com a inovação digital, como evidenciado pelo Plano Nacional da Internet das Coisas e pela Estratégia

---

[5] A Lei dos Mercados Digitais é "má economicamente e má juridicamente", afirma a ITIF | ITIF

[6] AURELIEN PORTUESE, The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation | ITIF, 2022

[7] LILLA NORA KISS, The United States' Tech Regulatory Dilemma—Through a Foreigner's Eyes - Digital Platforms and American Life: A Project by the American Enterprise Institute (aei.org), 2023

[8] AURELIEN PORTUESE, The Digital Markets Act: European Precautionary Antitrust | ITIF, 2021

[9] JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY 81 (1942).

[10] MALENA DAILEY, Why the U.S. Rejected European Style Digital Markets Regulation: Considerations for Brazil's Tech Landscape, 2023, available at: https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2023/10/PPI-Brazil-EU-Tech.pdf.

[11] Veja mais na OCDE: Brazil in the digital transformation: Opportunities and challenges | Going Digital in Brazil | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org).

Brasileira de Transformação Digital (E-Digital).[12] O vibrante e emergente mercado digital, com seu potencial para impulsionar o crescimento da produtividade, tornou-se um ponto importante para alavancar a resiliência econômica do Brasil. À medida que o Brasil adota políticas que promovem a confiança, a inovação e a abertura do mercado, o setor digital constitui-se, assim, como um aspecto significativo da estratégia econômica do país. Em suma, a natureza emergente e essencial dos mercados digitais brasileiros contradizem a existência de evidentes falhas de mercado mas, pelo contrário, destaca o argumento contra a regulamentação imediata e extensa.

Mesmo no caso de falha do mercado, a regulamentação só deverá ser realizada se for superior à não-regulamentação. Especialmente nos setores inovadores, as medidas regulatórias que vão além da aplicação da lei da concorrência podem impedir o processo natural de concorrência – dificultando o dinamismo econômico e sufocando o crescimento a longo prazo.[13] Dito de outra forma, a regulamentação pode ser muito mais prejudicial do que útil quando ela aborda as falhas do mercado, principalmente ao imputar custos aos novos participantes do mercado, custos esses que, em última análise, beneficiam os operadores já estabelecidos. Ou seja, a entrada de empresas novas e inovadoras e as forças competitivas dentro do mercado, livres da regulamentação, são muitas vezes os melhores mecanismos para resolver quaisquer desequilíbrios de mercado.

Além disso, mesmo que os mercados digitais pareçam apresentar tendências monopolistas, esse poder de mercado é muitas vezes transitório: a concorrência dinâmica, se puder funcionar livremente e com base nos méritos, apoiará a autocorreção. Além disso, qualquer avaliação do poder de mercado exige uma definição precisa dos mercados. No caso das plataformas digitais, o mercado relevante normalmente é o dos "olhos". Um morador de São Paulo que usa o Twitter não usa o YouTube, o LinkedIn, o Facebook ou o TikTok. Por outras palavras, embora as plataformas digitais sirvam nichos específicos, elas competem ferozmente pela atenção do consumidor. Qualquer uma delas que se torne uma "monopolista preguiçosa" perderá rapidamente *market share*. Além disso, no lado publicitário do mercado, há uma concorrência intensa[14] , com os anunciantes brasileiros tendo uma ampla gama de opções para transmitir suas mensagens aos consumidores.[15]

Em vez de medidas regulatórias antecipadas, a ênfase deveria ser colocada em permitir o florescimento da inovação e da concorrência, possibilitando um processo competitivo saudável, inclusive por meio da aplicação sólida das leis de concorrência do Brasil para abordar qualquer conduta anticompetitiva. No fundo, não há evidências de que o atual mercado brasileiro tenha falhado ou desencorajado a concorrência nos mercados digitais.

---

[12] MCTIC (2018), Brazilian Digital Transformation Strategy: E-Digital, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Brasilia, www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/sessaoPublica/arquivos/digitalstrategy.pdf .

[13] Veja Robert M. Solow, Technical Change and the Aggregate Production Function, 39 Rev. Econ. & Stat. 312 (1957); veja também Charles I. Jones, Sources of U.S. Economic Growth in a World of Ideas, 92 Am. Econ. Rev. 220 (2002).

[14] Brazil - Finance (trade.gov)

[15] Brazil in the digital transformation: Opportunities and challenges | Going Digital in Brazil | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org)

A REGULAMENTAÇÃO DO PROJETO NÃO ESTÁ DEVIDAMENTE ADAPTADA

Outra grande preocupação com o Projeto de lei é a sua natureza incrivelmente ampla e aberta. A regulamentação *ex-ante*, que envolve o estabelecimento de regras e padrões antes que surjam problemas potenciais, requer objetivos bem definidos para ser eficaz. Especificamente, as estruturas regulatórias, que são muito amplas e multifacetadas, oferecem o risco de dificultar a adaptabilidade e a capacidade de resposta, particularmente necessárias nos mercados digitais, caracterizadas por uma rápida evolução tecnológica. Neste sentido, a natureza *ex-post* da lei antitruste, que envolve a abordagem de questões de mercado depois delas terem ocorrido, difere significativamente da abordagem *ex-ante* adotada pelas regulamentações propostas, e deve ser a forma preferida de abordar potenciais questões de mercado. Sem dúvida, a natureza *ex-post* do antitruste permite uma resposta mais flexível aos desafios que vão surgindo, permitindo que as autoridades intervenham, quando necessário, sem restringir preventivamente a dinâmica do mercado.

Infelizmente, o projeto de lei brasileiro fornece uma estrutura geral que é muito abrangente para fornecer orientação suficiente sobre sua aplicação. Especificamente, os artigos 4 e 5 do Projeto de lei delineiam, respectivamente, seis princípios amplos e incomensuráveis e cinco objetivos que certamente criarão confusão. Os objetivos abrangem o desenvolvimento econômico, a concorrência leal, o acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, a promoção da inovação, a massificação de novas tecnologias e modelos de acesso, o incentivo à interoperabilidade através de padrões tecnológicos abertos e o incentivo a mecanismos de portabilidade de dados – uma confusão de objetivos conflitantes. Alguns desses objetivos deveriam ser abordados por outros produtos legislativos e não pela legislação antitruste. O mesmo se aplica aos princípios enumerados como a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a proteção do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a repressão ao abuso do poder econômico e a expansão da participação social em questões de interesse público. Estas abrangentes declarações de princípios e objetivos carecem de clareza, tornando difícil distinguir entre prioridades regulatórias com foco na manutenção de uma concorrência leal e aquelas que visam objetivos sociais e econômicos mais amplos.

Além da necessidade de um conjunto de objetivos claramente definidos, o Projeto de lei também apresenta um risco de fragmentação regulatória, ou a existência de regulamentações díspares que se sobrepõem e entram em conflito entre si. Os riscos de fragmentação regulatória são evidentes na experiência europeia com a DMA.[16] Na verdade, embora a DMA tenha sido introduzida como uma tentativa de limitar a fragmentação regulatória através do estabelecimento de regulamentações a nível da UE, a legislação ficou aquém desse objetivo, uma vez que permitiu iniciativas regulatórias nacionais adicionais e não removeu as barreiras regulatórias nacionais existentes. Essa falta de harmonização levantou preocupações sobre práticas de aplicação descentralizadas e díspares, potencialmente exacerbando a fragmentação regulatória na UE. Por exemplo, embora a DMA tenha permitido aos Estados-Membros estabelecer novas regras sobre os controladores de acesso, essa flexibilidade contribuiu para potenciais inconsistências e contradições entre a DMA e as regras nacionais. É provável que essa sobreposição dificulte a harmonização da regulamentação digital na UE, resultando em uma fragmentação e confusão regulatórias, em vez de uma abordagem unificada.

[16] Aurelien Portuese: The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation, 2022, available at: https://itif.org/publications/2022/08/24/digital-markets-act-a-triumph-of-regulation-over-innovation/.

O Projeto de lei parece destinado a resultar em confusão regulatória semelhante. O Projeto de lei propõe que a regulamentação seja administrada pela Agência de Telecomunicações (Anatel). No entanto, o assunto afeta pelo menos três agências: Anatel, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Esta tríade regulatória desempenha papéis distintos na supervisão de diferentes facetas do cenário digital, e o foco do Projeto de lei em plataformas digitais com acesso essencial amplifica a sua interdependência. Ao fazê-lo, o Projeto de lei, e particularmente a atribuição de poderes à Anatel para monitorar e processar condutas anticoncorrência por parte das plataformas digitais, introduz um sério risco de fragmentação regulatória. Especificamente, dar poder simultâneos à Anatel e ao CADE, com a plena aplicação da concorrência nos mercados digitais, levanta preocupações sobre a potencial sobreposição e o risco de aplicação excessiva nas suas respectivas ações.

A REGULAMENTAÇÃO DO PROJETO APLICA-SE DE FORMA MUITO AMPLA

A regulamentação deve ser estreitamente focada para evitar a imposição de custos desnecessários aos participantes no mercado, incluindo os pequenos *players* e novos participantes, os quais podem estimular a concorrência. Em vez disso, como mencionado acima, a regulamentação deve ser orientada para resolver as falhas do mercado e as correspondentes empresas dominantes, que gozam de um elevado grau de poder de mercado duradouro. Nesse sentido, o Projeto de lei define as plataformas digitais com controle essencial englobando empresas com receita bruta anual superior a 70 milhões de reais em serviços aos brasileiros – o que é inferior a 15 milhões de dólares.

Essa definição ampla de plataformas digitais, englobando empresas com faturamento bruto anual superior a 70 milhões de reais em serviços aos brasileiros, introduz uma situação paradoxal. A definição geral de plataformas digitais e o pressuposto *ipso iure* de que elas possuem um poder de mercado que poderia levar ao fracasso do mercado parecem muito difíceis de apoiar. Especificamente, o Projeto de lei poderá implicar não apenas os grandes *players*, mas também as entidades menores que não possuem a influência de mercado proporcional à carga regulatória imposta. Esse resultado contraproducente poderá interromper a inovação, dificultar a entrada no mercado de pequenos *players* que atinjam o limite da regulamentação e potencialmente sufocar a própria concorrência que as regulamentações pretendem promover.

A esse respeito, o Projeto de lei reflete um afastamento marcante da DMA da UE, que reside na definição de plataformas digitais consideradas "controladoras de acesso." Ou seja, os critérios de "controladores de acesso" da Comissão Europeia são mais variados, considerando fatores como o impacto significativo no mercado interno, a prestação de serviços essenciais de plataforma, cruciais para os usuários corporativos, e uma posição duradoura consolidada ou previsível. Atualmente, ela aplica-se apenas aos maiores *players* digitais. A abordagem europeia reflete, assim, uma compreensão mais restrita de quais entidades devem estar sujeitas à regulamentação e, assim, pelo menos de certa forma, evita as armadilhas de uma abrangência indevida em relação ao Projeto de lei. Como resultado, o Projeto de lei ultrapassa perigosamente as normas regulatórias da UE e corre o risco de impor custos significativos à competitividade do Brasil em relação à UE e a outras jurisdições.

A REGULAMENTAÇÃO DO PROJETO IRÁ ESFRIAR A INOVAÇÃO

As definições excessivamente amplas da DMA brasileira e a falta de objetivos bem definidos não são os únicos fatores que contribuem para os problemas do Projeto de lei do ponto de vista da concorrência e da inovação.

Em primeiro lugar, o Artigo 10 do Projeto de lei introduz obrigações para plataformas digitais com poder essencial de controle de acesso para "não -recusa de fornecimento de acesso à plataforma digital a usuários profissionais." Em geral, princípios jurídicos sólidos proporcionam liberdade às empresas para selecionarem seus parceiros, tal como refletido na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA.[17] Embora também seja verdade que, em certas circunstâncias, pode haver limites a essa liberdade para uma empresa com poder de mercado, uma proibição geral de recusas a negócios esfria a inovação. Especificamente, manter a exclusividade de certas inovações pode fomentar a concorrência, incentivando as empresas a lutarem continuamente por avanços, sabendo que podem colher os frutos dos seus esforços sem compartilhamento obrigatório imediato. Essa abordagem está alinhada com a ideia de que uma concorrência robusta pode ser impulsionada através de uma diversidade de abordagens e estratégias entre os players do mercado. Além disso, as recusas pró-concorrência de negociar podem estimular um clima de rivalidade saudável. Por todas estas razões, é necessária uma abordagem diferenciada para ajudar a encontrar um equilíbrio entre a prevenção de comportamentos anticoncorrência e o reconhecimento das justificativas pró-concorrência legítimas, que podem fundamentar certas recusas de negociação.

Embora o Projeto de lei não tenha em si uma proibição clara da autopreferência, o elemento pouco claro de sua obrigação relativa à não discriminação abre uma ampla janela de interpretação, que poderia dissuadir as empresas de melhorar e promover os seus produtos, prejudicando provavelmente os consumidores. O objetivo é ajudar os consumidores e a autopreferência faz isso por definição. A "autopreferência", embora atualmente tendo uma conotação negativa, em muitos casos reflete um comportamento eficiente e uma integração vertical orgânica – estratégias de negócios predominantes em vários setores. Dada a importância da inovação contínua na condução do crescimento,[18] as potenciais repercussões na eficiência econômica e nos benefícios para o consumidor enfatizam a necessidade de uma abordagem regulatória mais meticulosamente considerada. Além disso, uma proibição universal da autopreferência desencorajaria a entrada competitiva no mercado, limitando a capacidade das empresas de promoverem os seus próprios produtos. Essa abordagem poderia inadvertidamente prejudicar o dinamismo do mercado e bloquear os efeitos positivos de uma concorrência robusta, portanto, ela deve ser evitada. E, por fim, ninguém está obrigando o consumidor brasileiro a consumir o produto ou serviço adicional de uma empresa digital que opte por ter preferência sobre o seu. Nos mercados bilaterais, as plataformas atendem tanto aos consumidores como aos produtores. Os consumidores tendem a sair se a plataforma não oferecer a gama diversificada de produtos e serviços que procuram.

Em suma, as obrigações previstas no artigo 10, relativas às recusas de negociação e às regras pouco claras sobre a discriminação e a autopreferência, parecem propensas a sufocar práticas legítimas e colocar a inovação mais longe tanto dos *players* estabelecidos como dos emergentes.

---

[17] *Estados Unidos v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), Os tribunais dos EUA reconheceram "o direito há muito tempo reconhecido [mesmo se tratando de um monopolista] de exercer livremente sua própria vontade independente em relação às partes com quem irá negociar."

[18] The Aggregate Implications of Innovative Investment in the Garcia-Macia, Hsieh, and Klenow Model, AtkesonBurstein.pdf (umn.edu).

RECOMENDAÇÕES

Por essas razões, a ITIF tem preocupações significativas sobre o projeto de lei e oferece as seguintes recomendações:

- **Desacelerar:** Dadas as enormes implicações da DMA para a economia digital da Europa, o Brasil deveria suspender a sua própria legislação pelo menos até que os economistas e outros acadêmicos possam avaliar os impactos da DMA da UE sobre os consumidores da UE e sobre a economia digital da UE. Se os benefícios superarem os custos, o Brasil deveria pensar em avançar com a sua própria legislação. Mas se os custos superarem os benefícios, não.
- **Reavaliar a justificativa do Projeto de lei:** O tamanho do mercado brasileiro, aliado ao seu cenário digital dinâmico e inovador, vai contra uma regulamentação imediata e extensa. Na ausência de falhas de mercado claras, os potenciais danos causados pela regulamentação e as suas consequências não intencionais podem superar os benefícios, sufocando a própria inovação e o empreendedorismo que impulsionam a resiliência econômica e a transformação digital do país. À medida que o Brasil contempla o seu futuro digital, uma consideração cuidadosa da resiliência inerente à dinâmica competitiva é fundamental para garantir que as medidas regulatórias se alinhem com as necessidades e exigências econômicas genuínas do crescente mercado digital.
- **Manter o equilíbrio entre as agências regulatórias:** A decisão do Projeto de lei de dar poderes à Agência de Telecomunicações, a Anatel, de monitorar e processar condutas anticoncorrência levanta preocupações sobre a fragmentação regulatória, sobreposição de regimes e aplicação excessiva.
- **Concentrar a aplicação do Projeto de lei da forma mais restrita possível:** O Projeto de lei adota uma abordagem ampla de aplicação a todas as empresas com receita bruta anual igual ou superior a 70 milhões de reais em serviços prestados aos brasileiros. Essa definição aparentemente indiscriminada não visa apenas os principais *players* da indústria, mas também lança uma ampla rede que prende pequenas e médias empresas, além de *startups*. A abordagem errada corre o risco de impor um fardo indevido às pequenas empresas que aspiram entrar no mercado.
- **Reconsiderar as obrigações do Artigo 10** : Igualmente desconcertante é a inclinação do Projeto de lei em relação às obrigações gerais que limitam as recusas de negociação e a autopreferência. Essa abordagem geral não leva em conta a natureza diversificada das plataformas digitais, potencialmente sufocando a inovação e limitando a capacidade das plataformas de otimizar a experiência e a funcionalidade do usuário.

CONCLUSÃO

A proposta legislativa brasileira, refletindo a legislação europeia sobre mercados digitais, sinaliza um momento crucial para a abordagem da nação brasileira para regulamentar o mercado emergente das plataformas digitais. No entanto, a DMA da UE tornou-se recentemente aplicável, em maio de 2023, e ainda não sabemos as consequências práticas dessa regulamentação. Enquanto o Brasil está trabalhando em sua própria DMA, ele

deveria, no mínimo, estar perfeitamente consciente dos problemas potenciais e dos benefícios não comprovados da regulamentação econômica abrangente dos mercados digitais.

Obrigada por sua consideração.

Lilla Nóra Kiss
Analista de Política Sênior, Projeto Schumpeter sobre Política de Concorrência
Information Technology and Innovation Foundation