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

700 K Street NW Suite 600
Washington, DC 20001

COMENTÁRIOS DO ITIF

Perante o

Ministério da Fazenda

Brasília, Distrito Federal, Brasil

No que se refere a:	)	Comentário Público
Projeto de Lei nº 2768/2022	)	

2 de maio de 2024

CONSULTA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 2768/2022: PROMOVENDO A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL POR MEIO DA CONCORRÊNCIA, NÃO REGULAÇÃO

CONTEÚDO

Introdução 2
O Projeto de Lei é Desnecessário 3
A Mudança de Paradigma Ex-Ante Ex-Post é uma Abordagem Falha 5
O Projeto de Lei Não Está Bem Definido 7
O Projeto de Lei Corre o Risco de Inibir a Inovação 8
Recomendações 9
Conclusão 10

INTRODUÇÃO

Em 11 de outubro de 2022, João Maia (Deputado Federal - Partido Liberal) apresentou no congresso brasileiro o Projeto de Lei 2768/2022 (projeto de lei), que contempla a regulamentação dos mercados digitais do país.[1] O projeto de lei propõe a alteração de duas leis: a Lei Geral de Telecomunicações (9.472/1997), que estabelece regras para a estrutura legal 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 da Internet (12.965, de 23 de abril de 2014), que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.[2] O projeto de lei tem uma semelhança considerável com a Lei de Mercados Digitais (DMA) da União Europeia (UE), que entrou em vigor gradualmente entre 2 de maio de 2023 e 25 de junho de 2023.[3] O Ministério da Fazenda do Brasil convocou uma consulta pública com o objetivo de "obter contribuições da sociedade sobre a regulamentação econômica e concorrencial das plataformas digitais no Brasil, questionando se há necessidade de mudanças na lei antitruste, se é necessária uma nova regulamentação, quais aspectos devem estar sujeitos à regulamentação e como coordenar a ação do Estado para gerenciar a questão".[4]

A Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), o mais conceituado think tank de política científica e tecnológica do mundo, agradece a oportunidade de comentar o projeto de lei e, especificamente, de discutir seus problemas do ponto de vista da promoção da inovação. Comentário do ITIF segue em cinco

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

[2] Veja: O Marco Civil da Internet no Brasil, de 2016 e a Lei Geral de Telecomunicações, disponível em: L9472 (planalto.gov.br)

[3] O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia adotaram o Digital Markets Act em 14 de setembro de 2022, o Regulamento 2022/1925 sobre mercados contestáveis e justos no setor digital e alterando as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828.

[4] Veja o chamado para consulta aqui: https://www.gov.br/participamaisbrasil/concorrencia-plataformas-digitais.

partes. Em primeiro lugar, a regulamentação no setor digital deve ser necessária para remediar a falha do mercado se a estrutura jurídica atual for insuficiente para lidar com os casos que surgem nos mercados digitais. Esse não parece ser o caso aqui. Em segundo lugar, mesmo que a regulamentação seja justificada para tratar de falhas de mercado, ela deve apresentar metas claramente definidas que complementem o ecossistema jurídico e regulatório mais amplo. Mas aqui, novamente, há uma carência no projeto de lei. Em terceiro lugar, mesmo que o projeto de lei pudesse ser justificado nominalmente, seus objetivos políticos não são claros e sua aplicação é ampla demais. Em quarto lugar, as obrigações do Artigo 10º do projeto de lei estão substancialmente fora de sintonia com os princípios jurídicos e econômicos sólidos para a aplicação da lei antitruste para proteger a inovação. Por fim, a ITIF recomenda que o Brasil deixe de seguir o regime experimental de DMA da União Europeia e, pelo menos, espere antes de embarcar em uma política semelhante.[5] Segue uma breve análise.

O PROJETO DE LEI É DESNECESSÁRIO

Como regra geral, a regulação ex-ante é justificada apenas em casos de falha de mercado. No entanto, o ecossistema digital brasileiro atualmente não apresenta sinais de falha de mercado. Pelo contrário, o cenário digital do Brasil é incipiente e bem-posicionado para se tornar um ambiente vibrante e dinâmico onde as empresas são incentivadas a competir através da destruição criativa. De fato, a economia brasileira tem sido marcada por um período de crescimento e progresso social significativos e está pronta 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 de fintech do mundo), apresentando um imenso potencial de mercado.[6] As tendências recentes indicam um compromisso com a inovação digital, conforme evidenciado pelo Plano Nacional de Internet das Coisas e pela Estratégia Brasileira de Transformação Digital (E-Digital).[7] O mercado digital vibrante e emergente, com seu potencial para impulsionar o crescimento da produtividade, tornou-se um ponto focal para alavancar a resiliência econômica do Brasil. Como o Brasil adota políticas que promovem a confiança, a inovação e a abertura do mercado, o setor digital constitui, portanto, um aspecto significativo da estratégia econômica do país. Em suma, a natureza incipiente e essencial dos mercados digitais brasileiros contradiz a existência de uma falha de mercado evidente, mas reforça o argumento contrário a uma regulamentação imediata e abrangente.

---

[5] Veja: AURELIEN PORTUESE, The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation | ITIF, 2022, e 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, e AURELIEN PORTUESE, The Digital Markets Act: European Precautionary Antitrust | ITIF, 2021, e The Digital Markets Act Is "Bad Economics and Bad Law," Says ITIF, https://itif.org/publications/2022/09/14/the-digital-markets-act-is-bad-economics-and-bad-law-says-itif/.

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

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

Sem dúvida, as grandes plataformas são frequentemente consideradas ambientes caracterizados por um alto grau de poder de mercado. No entanto, qualquer avaliação do poder de mercado exige a definição precisa dos mercados, o que é melhor compreendido em termos de "olhos" ou "mercados de atenção".[8] Um residente de São Paulo que está usando o Twitter não está usando o YouTube, LinkedIn, Facebook ou TikTok. Ou seja, embora as plataformas digitais atendam a nichos específicos, elas competem ferozmente pela atenção do consumidor. Se alguma delas se tornar um "monopolista preguiçoso", perderá rapidamente participação no mercado. Além disso, no lado publicitário do mercado, há uma intensa concorrência, com os anunciantes brasileiros tendo uma ampla gama de opções para levar suas mensagens aos consumidores [9]

É claro que, como é consistente com a atual estrutura de concorrência brasileira, a existência de poder de mercado não indica, por si só, a existência de falha de mercado.[10] Desde o trabalho pioneiro de Joseph Schumpeter na década de 1940, há muito tempo se entende que a concorrência não é apenas, como sustenta a economia neoclássica, um equilíbrio em que o preço é igual ao custo marginal. Tampouco é simplesmente, como imaginou Adam Smith, uma rivalidade entre os diversos vendedores em um mercado. Antes, como observou Schumpeter, a inovação ou a concorrência dinâmica ocorre por meio de "vendavais de destruição criativa", em que uma empresa compete pelo mercado criando um novo produto, apenas para ser desafiada por uma "concorrência de salto" adicional que suplanta a empresa anteriormente dominante com um produto ainda mais novo que não apenas deslumbra os consumidores, mas permite que a empresa recupere os custos de sua inovação.[11]

Mesmo no caso de falha de mercado, a regulamentação só deve ser realizada se for superior à não regulamentação. De fato, mesmo que o poder de mercado pareça ser anticoncorrencial, esse poder de mercado geralmente é transitório: a concorrência dinâmica, se permitida a funcionar livremente e com base nos méritos, promoverá a autocorreção. Especialmente em indústrias inovadoras, medidas regulatórias que vão além da aplicação da lei da concorrência podem impedir o processo natural da competição, prejudicando o dinamismo econômico e sufocando o crescimento a longo prazo.[12] Dito de outra forma, a regulamentação pode ser muito mais prejudicial do que útil ao lidar com as falhas do mercado, inclusive impondo custos aos entrantes no mercado que, em última análise, beneficiam os operadores estabelecidos. Ou seja, a entrada de empresas novas e inovadoras e as forças competitivas no mercado, sem impedimentos regulatórios, são geralmente os melhores mecanismos para resolver quaisquer desequilíbrios do mercado.

---

[8] Lilla Nora Kiss: Comments to the National Congress of Brazil Regarding Regulation of Digital Platforms, https://itif.org/publications/2023/11/20/comments-to-the-national-congress-of-brazil-regarding-regulation-of-digital-platforms/.

[9] Brazil - Finance (trade.gov) e Brazil in the digital transformation: Opportunities and challenges | Going Digital in Brazil | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org)

[10] Veja sobre casos perante o Tribunal do CADE por Camila C. Pires-Alves *et al*: Conduct Analysis in Digital Cases: A Review of the Brazilian Antitrust Authority Decisions, In: Antitrust and the Digital Economy: Legal Standards, Presumptions and Key Challenges, Institute of Competition Law, 2023, pp. 280-282.

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

[12] 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).

Por fim, a atual Lei de Concorrência brasileira, de 2011, parece ser eficiente para responder às questões que ocorrem nos mercados digitais. A referida lei declara, em seu Artigo 36º, §1, que "não é uma violação da lei de concorrência o fato de uma empresa obter poder de mercado ao se tornar mais eficiente do que seus concorrentes". Além disso, a análise da fusão (Art. 90) permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprove fusões que eliminem a concorrência em uma parte significativa do mercado relevante se a fusão "aumentar a produtividade ou a competitividade" ou "promover a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico". A atual estrutura de concorrência brasileira se concentra na noção de "bem-estar do consumidor" como o principal objetivo da política de concorrência, e isso também foi reforçado na jurisprudência do CADE.[13] Dessa forma, não ampliou o escopo da política de concorrência além da perspectiva neoclássica para abranger questões sociais mais amplas, como justiça ou barreiras à entrada.[14] Em última análise, em vez de medidas regulatórias preventivas, a ênfase deve ser colocada em permitir que a inovação e a concorrência floresçam, possibilitando um processo competitivo saudável, inclusive por meio de uma aplicação sólida das leis de concorrência do Brasil para tratar de qualquer conduta anticoncorrencial. Não há evidências de que o atual mercado brasileiro tenha fracassado ou desestimule a concorrência nos mercados digitais.

A MUDANÇA DE PARADIGMA EX-ANTE EX-POST É UMA ABORDAGEM FALHA

A regulamentação ex-ante que envolve a definição de regras e padrões antes do surgimento de possíveis problemas, exige metas bem definidas para ser eficaz. Especificamente, as estruturas regulatórias que são muito amplas e multifacetadas correm o risco de prejudicar a adaptabilidade e a capacidade de resposta que são particularmente necessárias nos mercados digitais, que são caracterizados pela rápida evolução tecnológica. Nesse sentido, a natureza ex-post da lei antitruste, que envolve a abordagem de problemas de mercado após a sua ocorrência, difere significativamente da abordagem ex-ante adotada pelas regulamentações propostas e deve ser a forma preferida de abordar possíveis problemas de mercado. Sem dúvida, a natureza ex-post da antitruste permite uma resposta mais flexível aos desafios emergentes, permitindo que as autoridades intervenham quando necessário sem restringir antecipadamente a dinâmica de mercado.

Embora o projeto de lei pretenda fornecer um caminho para superar a análise econômica rígida oferecida pela Lei da Concorrência de 2011, ele falha em oferecer uma alternativa melhor.[15] Para começar, uma grande preocupação com o projeto de lei é sua natureza incrivelmente ampla e aberta. Seus objetivos regulatórios são incertos e vagos.

O projeto de lei brasileiro fornece uma estrutura geral que é muito abrangente para fornecer orientações suficientes sobre sua aplicação. Especificamente, os artigos 4º e 5º do projeto de lei delineiam,

---

[13] LUIZ FELIPE ROSA RAMOS: Antitrust and the Multivalued Function of Competition, Hart Publishing, Nomos, 2021, pp. 97-90.

[14] VICTOR OLIVEIRA FERNANDES: Los in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments, Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, Vol. 52., 2024.

[15] VICTOR OLIVEIRA FERNANDES: Los in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments, Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, Vol. 52., 2024, p. 17.

respectivamente, seis princípios amplos e incomensuráveis, juntamente com cinco objetivos que certamente criarão confusão. Por exemplo, 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 por meio de padrões tecnológicos abertos e o incentivo a mecanismos de portabilidade de dados - uma miscelânea de objetivos conflitantes. Alguns desses objetivos devem ser abordados por outros produtos legislativos e não pela legislação antitruste. O mesmo ocorre com os princípios enumerados, como liberdade de iniciativa, livre concorrência, proteção ao consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e ampliação da participação social em questões de interesse público. Essas declarações de princípios e objetivos abrangentes são extremamente abstratas e indefinidas, o que dificulta a identificação de prioridades regulatórias concretas voltadas para a preservação da concorrência e aquelas voltadas para objetivos sociais e econômicos mais amplos. Além disso, a incorporação desses propósitos mais amplos na política de concorrência brasileira representa um afastamento significativo das recomendações de políticas historicamente bem desenvolvidas de concorrência baseada em economia e política de regulamentação econômica baseada no equilíbrio do mercado e em modelos econômicos neoclássicos que ajudaram a impulsionar a inovação e o crescimento nos Estados Unidos.[16]

Além da necessidade de um conjunto de metas claramente definido, o projeto de lei também introduz um risco de fragmentação regulatória ou a existência de regulamentações díspares que se sobrepõem e entram em conflito umas com as outras. Os perigos da fragmentação regulatória são evidentes na experiência europeia com a DMA.[17] De fato, embora o DMA tenha sido introduzido como uma tentativa de limitar a fragmentação regulatória por meio do estabelecimento de regulamentações em toda a UE, a legislação ficou aquém desse objetivo, pois 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 na UE. Por exemplo, embora o DMA permitisse que os Estados Membros estabelecessem novas regras sobre gatekeepers, essa flexibilidade contribuiu para possíveis inconsistências e contradições entre o DMA e as regras nacionais. É provável que essa sobreposição dificulte a harmonização das regulamentações digitais na UE, resultando em confusão em vez de uma abordagem unificada.

O projeto de lei parece estar pronto para resultar em uma confusão regulatória semelhante. De fato, o assunto afeta pelo menos três agências: A Anatel, o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Essa tríade regulatória desempenha papéis distintos na supervisão de diferentes facetas do cenário digital, e o foco do projeto de lei nas plataformas digitais com acesso essencial não elimina essa interdependência e sobreposição. O projeto de lei propõe que a Anatel administre o regulamento, o que proporciona um papel proeminente à agência de telecomunicações em questões de concorrência digital, em vez de depender da expertise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ao fazer isso, o projeto de lei introduz um sério risco de fragmentação regulatória ao atribuir simultaneamente à Anatel e ao CADE o poder de

[16] NIAMH DUNNE: Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets, Cambridge University Press, 2015., pp. 6-11.

[17] AURELIEN PORTUESE: The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation Over Innovation, 2022, disponível em: https://itif.org/publications/2022/08/24/digital-markets-act-a-triumph-of-regulation-over-innovation/.

fiscalizar totalmente a concorrência nos mercados digitais, além de levantar preocupações sobre o risco de excesso de fiscalização em suas respectivas ações.[18]

O PROJETO DE LEI NÃO ESTÁ BEM DEFINIDO

A regulamentação deve ter um foco restrito para evitar a imposição de custos desnecessários aos participantes do mercado, incluindo os participantes menores e os novos participantes que podem estimular a concorrência. Pelo contrário, conforme observado acima, a regulamentação deve ser direcionada para tratar das falhas de mercado e das empresas dominantes correspondentes que desfrutam de um alto grau de poder de mercado duradouro. No entanto, a abordagem brasileira não é tão limitada. Ao invés disso, ela visa especificamente as plataformas digitais com tamanho econômico significativo em diversos setores, que o Artigo 6º, §2, lista como serviços de intermediação on-line, ferramentas de busca, redes sociais, plataformas de compartilhamento de vídeo, serviços de computação em nuvem e sistemas operacionais, entre outros, como plataformas digitais sob seu escopo. Além disso, o Artigo 9º define as plataformas digitais como tendo "controle essencial", abrangendo empresas com receita bruta anual superior a R$ 70 milhões em serviços para brasileiros – menos de US$ 15 milhões.

Essa definição ampla de plataformas digitais, abrangendo empresas com receita bruta anual superior a apenas R$ 70 milhões em serviços prestados aos brasileiros, introduz uma situação paradoxal. A definição geral de plataformas digitais assim definidas e a suposição ipso iure de que elas têm poder de mercado que poderia estar causando falhas de mercado parecem muito difíceis de sustentar. Especificamente, o projeto de lei pode envolver não apenas os grandes players, mas também entidades menores que não têm a influência de mercado proporcional à carga regulatória imposta. Como estimativa, o projeto de lei afetaria pelo menos 187 empresas diferentes de serviços digitais e comércio eletrônico que seriam designadas como controladoras.[19] Esse resultado contraproducente poderia impedir a inovação, dificultar a entrada no mercado de participantes menores que atingissem o limite da regulamentação e, potencialmente, sufocar a própria concorrência que as regulamentações visam promover.

Nesse sentido, o projeto de lei reflete um distanciamento notável do DMA da UE. Os critérios de "gatekeeper" da Comissão Europeia são mais sutis, considerando fatores como impacto significativo no mercado interno, fornecimento de serviços de plataforma essenciais e cruciais para os usuários corporativos e uma posição consolidada ou previsivelmente duradoura. Atualmente, ele se aplica apenas aos maiores players digitais. A abordagem europeia reflete, portanto, uma compreensão mais restrita do que as entidades devem estar sujeitas a regulamentação e, assim, pelo menos de uma maneira, evita as armadilhas da excessiva amplitude em relação ao projeto de lei. Além disso, enquanto a DMA prevê uma cláusula de revisão que permite à Comissão Europeia alterar ou revogar o status de gatekeeper a qualquer momento, o projeto de lei brasileiro não prevê explicitamente nenhuma saída semelhante. Além disso, a Comissão Europeia deve analisar

[18] Veja: DIRK AUER, GEOFFREY A. MANNE, LAZAR RADIC: Playing the Imitation Game in Digital Market Regulation – A Cautionary Analysis for Brazil, International Center for Law and Economics, 2023, Playing the Imitation Game in Digital Market Regulation – A Cautionary Analysis for Brazil - International Center for Law & Economics (laweconcenter.org).

[19] Veja a estimativa nos comentários da CCIA sobre o Projeto de Lei nº 2768/2022, CCIA Comments on Brazilian Bill No. 2768/2022 - CCIA (ccianet.org).

regularmente (pelo menos a cada dois anos) se os gatekeepers designados continuam a atender aos critérios. A Anatel, por outro lado, não parece ter essa obrigação no projeto de lei.[20] Como resultado, a aplicação do projeto de lei vai perigosamente além até mesmo do DMA da UE e corre o risco de impor custos significativos à competitividade do Brasil em relação a outras jurisdições.

Além disso, embora o Artigo 9º introduza o conceito de "poder essencial de controle de acesso", ele não fornece detalhes específicos sobre como essa categorização funcionará na prática, e espera-se que seja avaliada mais detalhadamente pela Anatel como a agência reguladora indicada pelo projeto de lei. Ainda assim, não está claro se as empresas com poder de controle de acesso essencial são obrigadas a cumprir essas obrigações ex-ante em todos os mercados em que operam ou somente quando os mercados se enquadram no escopo deste projeto de lei.

O PROJETO DE LEI CORRE O RISCO DE INIBIR A INOVAÇÃO

As definições excessivamente amplas do DMA brasileiro 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. No total, o projeto de lei lista, no Artigo 10º, quatro obrigações para as empresas descritas no Artigo 6º como detentoras de "poder de controle de acesso essencial". Essas obrigações são as seguintes: "transparência e fornecimento de informações para a Anatel sobre a prestação dos serviços, tratamento isonômico e não discriminatório na oferta de serviços aos usuários profissionais e usuários finais, utilização adequada dos dados coletados no exercício de suas atividades e não recusa de provisão de acesso à plataforma digital aos usuários profissionais". O projeto de lei acrescenta que "a Anatel deverá impor obrigações de separação contábil e funcional, bem como medidas para mitigar possíveis abusos de poder econômico, incluindo aqueles relacionados à portabilidade e interoperabilidade". Além disso, o projeto de lei não fornece muitos detalhes sobre essas obrigações.

Primeiro, a "não recusa do acesso à plataforma digital aos usuários profissionais" parece refletir uma proibição per se de recusas de negociação. No entanto, em geral, princípios legais sólidos proporcionam liberdade para as corporações selecionarem seus parceiros, conforme refletido nos EUA. Jurisprudência da Suprema Corte.[21] Embora também seja verdade que, em determinadas circunstâncias, pode haver limites a essa liberdade para uma empresa com poder de mercado, uma proibição geral de recusas de negociação prejudica a inovação. Especificamente, a manutenção da exclusividade de certas inovações pode promover a concorrência, incentivando as empresas a se esforçarem continuamente por avanços, sabendo que podem colher os frutos de seus esforços sem o compartilhamento obrigatório imediato. Os rivais também são incentivados a inovar, pois não podem depender do compartilhamento compulsório para entrar no mercado. Por todos esses motivos, é necessária uma abordagem diferenciada para ajudar a equilibrar a prevenção do comportamento

[20] VICTOR OLIVEIRA FERNANDES: Los in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments, Computer Law and Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, Vol. 52., 2024, p. 11.

[21] *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), Os tribunais dos EUA reconheceram "o direito há muito reconhecido [até mesmo de um monopolista] de exercer livremente seu próprio critério independente quanto às partes com as quais negociará".

anticompetitivo e o reconhecimento das justificativas pró-competitivas legítimas que, muitas vezes, fundamentam as recusas de negociação.

Embora o projeto de lei não tenha uma proibição clara per se da autopreferência, a característica obscura de sua obrigação relacionada à não discriminação abre uma ampla janela para interpretação que poderia dissuadir as empresas de aprimorar e promover seus produtos, o que provavelmente prejudicará os consumidores. A "autopreferência", na grande maioria dos casos, reflete o comportamento inovador e a integração vertical orgânica – uma estratégia de negócios predominante em vários setores, incluindo plataformas digitais. Dada a importância da inovação incremental para impulsionar o crescimento, as possíveis repercussões sobre a eficiência econômica e os benefícios para o consumidor ressaltam a necessidade de uma abordagem regulatória mais meticulosamente considerada.[22] Além disso, uma proibição universal da autopreferência desestimularia a entrada no mercado competitivo ao limitar a capacidade das empresas de promover seus próprios produtos e, inadvertidamente, dificultaria o dinamismo do mercado e impediria os efeitos positivos de uma concorrência robusta. E, é claro, ninguém está forçando os consumidores brasileiros a consumirem o produto ou serviço adicional de uma empresa digital que opta por preferir o seu próprio (por exemplo, a pesquisa do Google no Android). Os consumidores tendem a abandonar a plataforma se esta não oferecer a gama diversificada de produtos e serviços que eles procuram.

As outras obrigações do Artigo 10º também precisam de mais esclarecimentos para garantir a segurança jurídica nos mercados digitais brasileiros. Por exemplo, a obrigação de transparência e de prestação de informações é muito mais um princípio do que um dever legal, e o projeto de lei não explica em que medida ela difere dos requisitos gerais de transparência, por exemplo, dispostos na legislação brasileira de proteção ao consumidor. E se não é diferente, por que foi adicionado ao novo projeto de lei? Além disso, enquanto a DMA da UE é rigorosa ao definir suas obrigações per se em relação ao uso de dados, ela claramente delimita práticas proibidas. Por outro lado, o projeto de lei brasileiro apenas exige um uso "apropriado" dos dados, sem definir seu significado. Isso não apenas gera desafios de interpretação, mas também riscos de armadilhas de aplicação.

Por fim, a última cláusula – mencionada separadamente das quatro primeiras obrigações – dá à Anatel o direito de tomar medidas em caso de possível abuso de poder econômico. O projeto de lei é omisso quanto à aplicação dessas medidas. Isso indica que a Anatel terá um papel privilegiado na elaboração da estrutura regulatória e na sua execução, o que pode levantar outras preocupações do ponto de vista do devido processo legal e da separação de poderes, bem como desafiar a conduta que é meramente exploratória e não excludente e prejudicial à concorrência.

RECOMENDAÇÕES

Por esses motivos, o ITIF tem preocupações significativas sobre o projeto de lei e oferece as seguintes recomendações:

- **Esperar para ver:** Dadas as enormes implicações da DMA para a economia digital da Europa, o Brasil deveria suspender sua própria legislação pelo menos até que economistas e outros acadêmicos possam

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

processar uma avaliação de impacto baseada em evidências sobre a DMA da UE nos consumidores da UE e na economia digital da UE. Se os benefícios superarem os custos, o Brasil deve considerar a possibilidade de avançar com sua própria legislação. Mas se os custos superarem os benefícios, o país deverá se abster. Em ambos os casos, o Brasil precisa de uma abordagem brasileira para seus mercados digitais, e não de uma cópia de soluções estrangeiras.[23]

- **Rever a necessidade do projeto de lei:** O mercado digital em expansão do Brasil, repleto de inovações, sugere uma abordagem comedida para a regulamentação. Sem problemas evidentes, regulamentações pesadas podem prejudicar o próprio progresso que impulsiona a força econômica e a transformação digital do país. À medida que o Brasil contempla seu futuro digital, considerar cuidadosamente a resiliência inerente da dinâmica competitiva é fundamental para garantir que as medidas regulatórias se alinhem às necessidades e aos requisitos econômicos genuínos do mercado digital em expansão.
- **Minimizar conflitos regulatórios:** A delegação do projeto de lei para a Anatel do monitoramento e da persecução de condutas anticoncorrenciais levanta questões sobre o potencial de uma estrutura regulatória desarticulada, ações de aplicação conflitantes entre as agências e, como tal, riscos de fragmentação regulatória.
- **Utilizar objetivos bem definidos e escopo delineado:** O projeto de lei adota uma abordagem ampla de aplicação a todas as empresas com receita bruta anual igual ou superior a R$ 70 milhões em serviços prestados a brasileiros. Essa definição aparentemente indiscriminada tem como alvo os principais participantes do setor e lança uma rede ampla, que acaba por capturar empresas de pequeno e médio porte e startups. A abordagem falha corre o risco de sobrecarregar indevidamente as empresas menores e aspirantes que buscam entrar no mercado.
- **Reconsiderar as obrigações:** O projeto de lei não define as obrigações do Artigo 10º de forma restrita, o que potencialmente sufoca a inovação e limita a capacidade das plataformas de otimizar a experiência e a funcionalidade do usuário. Restringir a capacidade das empresas de escolher seus parceiros e promover seus próprios produtos pode desestimular o desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O projeto de lei do Brasil referente aos mercados digitais, que se assemelha à Lei de Mercados Digitais da União Europeia, significa um momento decisivo na abordagem do país para regulamentar seu crescente setor de plataformas digitais. No entanto, devido à aplicação relativamente recente da DMA desde 7 de março de 2024, uma avaliação abrangente de suas ramificações práticas ainda está pendente. Consequentemente, à medida que o Brasil elabora seu próprio DMA, é prudente que o país tenha uma maior consciência das possíveis deficiências e vantagens não comprovadas associadas a uma regulamentação econômica tão abrangente no cenário do mercado digital.

[23] LILLA NORA KISS: Innovation Instead of Imitation: Brazil Needs a Brazilian Approach to Digital Markets, https://itif.org/publications/2024/04/04/innovation-instead-of-imitation-brazil-needs-a-brazilian-approach-to-digital-markets/ and LILLA NORA KISS: Inovacao e Nao Uma Imitacao, 2024, https://www.estadao.com.br/opiniao/espaco-aberto/inovacao-e-nao-uma-imitacao/.

Agradecemos sua consideração.

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