

idp

idn

MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS:
A POSIÇÃO BRASILEIRA DIANTE DO DIGITAL MARKETS ACT.

LUCIANA OLIVEIRA E LEÃO

Brasília-DF, 2022

LUCIANA OLIVEIRA E LEÃO

**REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS
DIGITAIS: A POSIÇÃO BRASILEIRA DIANTE DO DIGITAL
MARKETS ACT.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador

Professor Doutor Márcio de Oliveira Júnior

Brasília-DF 2022

LUCIANA OLIVEIRA E LEÃO

REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS: A POSIÇÃO BRASILEIRA DIANTE DO DIGITAL MARKETS ACT.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovado em 29 / 09 / 2022

Banca Examinadora

Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior - Orientador

Prof. Dr. João Trindade Cavalcante Filho

Prof. Dr. Fernando Boarato Meneguim

L437r Leão, Luciana Oliveira e
Regulação e concorrência nos mercados digitais: a posição brasileira diante do
digital Markets ACT. / Luciana Oliveira e Leão. – Brasília: IDP, 2022.

70 p. : il. Color.
Inclui bibliografia.

Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação) – Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Profissional em
Administração Pública, Brasília, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior.

1. Regulação econômica. 2. Defesa da concorrência. 3. Digital Markets Act.
4. Projeto de Lei 2630/2020. I. Título.

CDD: 341.31

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa





DEDICATÓRIA

Aos queridos Henrique, Guilherme e Elvio, que com paciência e respeito, contribuíram para a realização deste trabalho.



AGRADECIMENTOS

Ao Cade pelo constante incentivo ao desenvolvimento e capacitação de seus servidores.

Ao Professor Márcio, pela generosidade em compartilhar conhecimento e experiência.

RESUMO

Este trabalho realiza um estudo entre a proposta brasileira de regulamentação em mercados digitais, o Projeto de Lei 2630/2020, também chamada de Lei das Fake News, e o Digital Markets Act, proposta aprovada pelo Parlamento Europeu que pretende implantar um código de conduta às grandes empresas de tecnologia que atuam no setor. Para tanto, a análise das propostas regulatórias considerou quatro variáveis que justificam a regulação econômica, i) preço, ii) quantidade, iii) entrada e iv) saída. Além destas, será identificada a presença de outras variáveis consideradas pelo legislador na elaboração das normas, além de convergências e/ou divergências entre as duas propostas. O estudo mostrou que, embora o debate sobre a questão regulatória em mercados digitais seja parte importante no universo da defesa da concorrência, o Brasil ainda carece de iniciativas mais direcionadas à preservação do ambiente concorrencial no setor.

Palavras-chaves: Regulação Econômica, Defesa da Concorrência, Digital Markets Act. Projeto de Lei 2630/2020

ABSTRACT

This paper develops a study between the Brazilian bill for regulation in digital markets n° 2630/2020, also named “Lei das Fake News” and the Digital Markets Act, approved by the European Parliament that aims to implement a code of conduct for big technology companies. Therefore, an analysis of regulatory bills will be made considering four variables that rationalize economic regulation, i) price, ii) quantity, iii) entry and iv) exit. Besides, it will be identified other variables considered by the legislator, differences and similarities between the two bills. The study indicated that, although the debate on the regulatory issue in digital markets is an important part the antitrust universe, Brazil still lacks initiatives more engaged to the preservation of the competitive environment in the sector.

Keywords: Regulation, Economic Defense, Digital Markets Act, Bill 2630/2020

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CMA	Competition Markets Authority
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DMA	Digital Markets Act
PL	Projeto de Lei
UE	União Europeia
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 13

1.1 Aspectos gerais	13
1.2 Panorama dos Negócios Digitais.....	15
1.3 Concorrência e Regulação em Mercados Digitais.....	17
1.4 Agentes reguladores de mercados digitais: um cenário global.....	20
1.5 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	25
1.6 O escopo da análise.....	27
1.7 As Propostas de Regulação Brasileiras.....	30

2. A REGULAÇÃO EX ANTE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA33

2.1 Controle regulatório ex ante e ex post	37
2.2 As plataformas digitais.....	39

3. A ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE REGULAÇÃO 43

3.1 O Digital Markets Act.....	43
3.1.1 Obrigações de fazer e não fazer e proibições	47
3.2 O Projeto de Lei nº 2630/2020.....	54

4. CONCLUSÕES 64

REFERÊNCIAS.....	68
------------------	-----------



1

INTRODUÇÃO

1.1 Aspectos gerais

Em seu estudo, Nascimento (2015) compilou diversos pensamentos e perspectivas acerca da teoria da regulação econômica. Segundo o autor, “a maior parte dos debates sobre regulação econômica orbita em torno do confronto entre regulamentação ou desregulamentação dos mercados (p.192)”. Essa ideia ilustra a complexidade no processo regulatório de mercados dada a diversidade de atores partícipes deste processo. Têm-se os atores políticos, representados pela figura do Estado, seja no âmbito de políticas públicas regulatórias, seja na interferência política direta de mercados, ou mesmo na orientação de medidas socioeconômicas em detrimento a indivíduos ou grupos de interesse. Nesse aspecto, o Estado, segundo Nascimento (2015), poderia ser responsável tanto pelo colapso de sistemas econômicos quanto por modelos exitosos, a depender do papel de cada ator envolvido no processo.

Os últimos ciclos econômicos mostraram que o modelo é bastante dependente de um **processo mais linear, ou seja, a regulação seria um mecanismo para que se corrigisse ou** atenuasse eventuais (ou potenciais) “falhas” no sistema de concorrência, distorções sociais que promovem distribuição desigual de riqueza, externalidades e funcionamento assimétrico do mercado (NASCIMENTO, 2015). Portanto, os processos regulatórios, e o papel da regulação econômica são analisados por aspectos como seus marcos regulatórios (legislações, por exemplo), e os efeitos da atuação deste processo propriamente dito.

É importante também ressaltar que os marcos regulatórios estão presentes em diversas esferas, mesmo sendo primariamente associados às esferas econômicas. Ora, pode-se relacionar os processos de regulação econômica no âmbito da saúde, transporte, comércio, e mais recentemente, transversalmente em todos estes temas, mas no que se refere aos mercados digitais.

O tema da regulação como instrumento de regramento externo à determinada atividade econômica no sentido de corrigir eventuais

falhas de mercado ganha nova perspectiva quando se trata desta temática tão atual. Isso se deve ao fato de esse mercado funciona de forma diferente dos mercados tradicionais e para os quais as políticas antitruste foram elaboradas, as quais, entende-se possuir uma baixa velocidade de resposta à acelerada dinâmica competitiva do setor. A complexidade do modelo de negócios, aliada ao alcance global e transfronteiriço das operações realizadas online ou baseadas em aplicativos, tem exigido das autoridades de concorrência uma atuação diferenciada, já que práticas comerciais antes não existentes produzem efeitos anticompetitivos desconhecidos e ou ambíguos¹. Segundo Pereira Neto (2020) “ O advento de um número cada vez mais expressivo de empresas da economia digital e a importância que várias dessas empresas adquiriram na última década fizeram surgir um debate acirrado sobre formas de controle de tais plataformas” Com isso, cabe aos legisladores e gestores públicos conter o avanço do poder excessivo dessas grandes empresas de tecnologia, sem, no entanto, conter a inovação que elas promovem. Ainda nas palavras de Pereira Neto (2020), “ A defesa da concorrência é vista como uma ferramenta essencial a ser manejada para que se atinja esse objetivo. É preciso, no entanto, ressaltar alguns aspectos que ajudam a compreender por que, ao menos para algumas das tarefas que se pretende levar a cabo, uma visão tradicional do antitruste não permite a autoridades de defesa da concorrência cumprir com êxito o desafio”.

Ao mesmo tempo em que busca assegurar o espaço concorrencial saudável, a política antitruste precisa compreender os movimentos dos novos negócios digitais para que os princípios concorrenciais não se configurem obstáculos ao crescimento das empresas e permitam que a inovação avance ao lado da segurança jurídica. Assim, diante do cenário concorrencial que envolve os mercados digitais, do ineditismo da natureza dos problemas competitivos trazidos por essa nova economia e da relativa insuficiência de ferramentas antitruste para combater as condutas relacionadas ao abuso do poder de mercado, percebe-se na possibilidade de lançar mão de mecanismos de regulação ex ante como forma de endereçar as mudanças necessárias à construção de um ambiente concorrencial mais equilibrado para a economia digital. É nesta lógica que o presente trabalho se baseia: como as propostas de regulação ex ante tem sido

¹ Defesa da concorrência em plataformas digitais [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo : FGV Direito SP, 2020. - Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual

utilizadas para tentar sanar os problemas concorrenciais trazidos pelas economias digitais e, em sendo exploradas, quais elementos ou variáveis estão sendo considerados na elaboração das políticas de regulação. Aqui trataremos de estudar, comparativamente, o Projeto de Lei do Senado nº 2.630/2020 e o Digital Markets Act, com o objetivo de melhor compreender a direção que ambas as peças regulatórias pretendem tomar no sentido de conter as condutas abusivas das grandes empresas de tecnologia. Mais adiante será apresentada a análise de cada proposta individualmente e, sem seguida, estabelecer os pontos divergentes e/ou convergentes de cada uma.

1.2 Panorama dos Negócios Digitais

Não restam dúvidas sobre os benefícios trazidos pelas empresas da economia digital e a importância desses negócios para indivíduos e empresas. Segundo Barry et al (2019)² os efeitos gerados por essas atividades são decorrentes da maior eficiência e ganhos por elas motivados e, em última análise, são benéficos para os consumidores. Contudo, na esteira desses benefícios, surgiram também, problemas concorrenciais que, nos últimos dez anos, têm chamado mais a atenção de autoridades regulatórias e antitruste de todo o mundo.

Somente no mercado brasileiro de vendas online, segundo relatório da Ebit/Nielsen, excluindo-se dados referentes à volume de buscas ou valores pagos por anúncios na rede, houve um aumento de 13 milhões de consumidores em 2020. Com a pandemia da Covid-19 os consumidores de e-commerce representaram 79 milhões de clientes, o que significa alta de 30% em relação aos números de 2019. E volume de vendas, foram R\$ 87,4 bilhões movimentados em 2020, o que representou um aumento de 41% em relação ao ano anterior.

No que se refere ao mercado de anúncios (outra atividade que movimenta um grande volume de recursos e está diretamente ligada a questões concorrenciais em discussão atualmente), só em 2019, 90% das buscas na internet foram feitas por meio do Google e os valores cobrados por ele para anúncios e propaganda são entre 30 e 40% mais

² AUTOR, David et al. The fall of the labor share and the rise of superstar firms. The Quarterly Journal of Economics

altos do que o Bing, que figura em um distante segundo lugar na preferência dos usuários.³

Utilizando somente o caso Google como exemplo, além do que ocorre também com as demais Bigtechs, - Amazon, Apple, Facebook e Microsoft -, não há dúvidas de que há um forte desequilíbrio concorrencial no setor de anúncios, o que pode causar danos aos consumidores e à economia, reduzir a inovação, limitar as opções de uso/compra dos consumidores, além de favorecer o aumento dos custos das propagandas e anúncios digitais.

Outro fator que deve ser levado em consideração é a proteção de dados dos usuários de mercados digitais. Em 2020, o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) publicou um sumário com os principais estudos e relatórios que levantavam dados, informações e visões políticas acerca da temática de regulação dos mercados digitais no mundo (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020). Ao todo, foram considerados para este levantamento 21 documentos de abrangência mundial e notória relevância.

Um consenso observado nos documentos do sumário elaborado pelo Cade é que os mercados digitais possuem diversas características que os distinguem dos mercados econômicos tradicionais, sendo necessária, portanto, sua análise diferenciada. A política de coleta e manutenção dos dados dos usuários de mercados digitais, por exemplo, foi um ponto tratado em todos os documentos.

Portanto, países da União Europeia e Reino Unido convergem na ideia de que o controle de dados é crucial para o poder de mercado de qualquer empresa que pretende se destacar no âmbito digital, seja para redes sociais, marketing digital e anúncios. Adicionalmente, o documento menciona também que o controle e gestão de dados e informações de usuários pode se tornar uma barreira à entrada de novas empresas ou concorrentes, ou mesmo à expansão das já existentes no mercado digital. Nesse sentido, de acordo com o

³ Fonte: CMA 3 Final Report: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets. Disponível em https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en#how-will-the-commission-ensure-that-the-tool-keeps-up-with-the-fast-evolving-digital-sector. Acesso em 16/02/2022

documento do Cade, restrições a acessos de dados poderiam ser caracterizadas como violações às leis antitruste.

A seguir, concorrência e regulação de mercados digitais serão temas melhor definidos e discutidos numa esfera nacional e também no cenário mundial.

1.3 Concorrência e Regulação em Mercados Digitais

O debate da defesa da concorrência em mercados digitais no Brasil é amplo e vem acompanhando o que tem sido tratado sobre o assunto por outras agências antitruste. O Cade, por meio do Departamento de Estudos Econômicos, elaborou relatórios e cadernos técnicos que exploram esta temática. No âmbito dos BRICS, a agência brasileira publicou o relatório BRICS in The Digital Economy: Competition Policy in Practice, durante a VI Conferência sobre Concorrência do BRICS (VI BRICS Competition Conference), realizada em 2019 em Moscou, Rússia. O documento aborda os aspectos de concorrência e enforcement dos países membros dos BRICS e analisa o estado atual das políticas antitruste.

Um exemplo sobre essa discussão em curso é de que a União Europeia e o Reino Unido (países em que o tema está mais difundido) defendem o uso de instrumentos antitruste ou regulatórios a depender de cada problema a ser enfrentado. Enquanto o Reino Unido defende a criação de um regulador específico para o setor, que atue de forma independente e preventiva na implantação de um código de conduta ao qual as empresas de tecnologia se submeteriam, a União Europeia entende que certas práticas, como o self-preferencing, (que será melhor detalhado adiante), não devem ser objeto de atuação ex ante, mas sim por meio da abordagem antitruste, por não serem considerados ilícitos per se, mas sujeitos à avaliação de seus efeitos sobre os mercados onde estas práticas se fazem presentes. E essas divergências se estendem por temas relacionados a compartilhamento de dados, interoperabilidade, tratamento discriminatório, competição intraplataforma, entre outras.

O relatório de Stigler⁴, por exemplo, mostra que a concorrência nos mercados norte-americanos é fortemente influenciada pelo

⁴ Stigler Committee on Digital Platforms. Disponível em: [digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf](https://www.chicagobooth.edu/sites/default/files/2022-07/digital-platforms-committee-report---stigler-center.pdf) (chicagobooth.edu). Acesso em 29 de julho de 2022.

comportamento dos consumidores. As maiores plataformas digitais, por deterem grande volume de dados de seus usuários já conseguem, por meio de algoritmos, prever comportamentos, ações, linhas de consumo, preferências. Desse modo, o fluxo de informações e dados de usuários (veja o tópico anterior sobre gestão de dados de usuários) mais expressivo promoveria maior competição entre as empresas. Porém, o relatório destaca alguns comportamentos mais comuns dos usuários que acabam distorcendo os mecanismos de competitividade, por exemplo: i) escolher o anúncio ou a ferramenta que esteja em destaque em detrimento das demais; ii) não muda suas escolhas ou preferências; iii) impaciência e falta de controle, que levam o consumidor, por exemplo, a terminar mais um vídeo, ou assistir a mais um episódio de uma série.

Como observado, há uma assimetria informacional no que se refere a maiores empresas do mercado digital deterem mais dados individuais, além de dados de um maior número de pessoas, o que permite a construção de uma base para prever comportamentos não só individuais, mas também populacionais. Nesse sentido, nos mercados digitais, as empresas que construirão bases de dados mais robustas estarão naturalmente a frente das demais que não tenham recursos financeiros ou tecnológicos para tal. Portanto, o comportamento dos consumidores predito por meio da detenção de bases informacionais acaba prejudicando sobremaneira a concorrência natural destes mercados digitais, sendo essencial a regulação diferenciada desses mercados.

O estudo da concorrência de mercados digitais mostra a complexidade e as diferenças existentes entre eles e os mercados tradicionais. Portanto, buscando conhecer com profundidade esse mercado, o Reino Unido, por meio de sua autoridade antitruste, o Competition and Markets Authority (CMA) elaborou relatórios sobre diversos segmentos do mercado⁵ que fornecem informações importantes para a elaboração de uma política regulatória. Um deles, o Online platforms and digital advertising market study, publicado em 2020, aponta que o Google, além de ser o líder isolado nas buscas na internet, também concentra 90% dos £7,3 bilhões movimentados no mercado de anúncios do Reino Unido. O Facebook, por sua vez, detém 50% do total de £5,5 bilhões investidos em “display advertising” na

⁵ World Reports on Digital Markets. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/events/antitrust-competition-conference/world-reports-on-digital-markets>

internet⁶. Adicionalmente, o relatório do Cade (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020) menciona que Google e Facebook foram acessados, respectivamente, por 99% e 95% da população britânica, reforçando não somente o volume expressivo de recursos financeiros movimentados por estas plataformas, mas também de consumidores.

Embora o universo de elementos a que deve se dedicar a política regulatória em mercados digitais seja bem mais ampla do que o mercado de anúncios, os dados aqui trazidos sobre o setor tiveram destaque porque o referido relatório, que serviu de subsídio para a elaboração do DMA, se baseou em três questionamentos principais: i) até que ponto as plataformas online têm poder de mercado e qual o impacto disso nos consumidores? ii) os consumidores são capazes e estão dispostos a controlar como os seus dados pessoais são usados e coletados por plataformas online? E iii) se a concorrência no mercado de publicidade digital pode ser distorcida por qualquer poder de mercado exercido pelas plataformas digitais. Tais pressupostos são importantes para compreender o poder de mercado de que dispõe as grandes empresas e os consequentes danos concorrenciais causados por possíveis condutas ilícitas. Isso porque o impacto causado aos consumidores em razão de práticas lesivas relacionadas à propaganda são consideráveis.

De acordo com o relatório, o Google poderia se fazer do seu poder de mercado, aliado à insignificância da atuação de seus concorrentes, para aumentar os preços pagos pelos anúncios e repassá-los aos seus consumidores. Com isso, o Google poderia: (i) restringir a capacidade de oferta do mercado; (ii) diminuir a qualidade de buscas (tornando mais difícil a distinção entre propagandas e resultados de busca orgânica); (iii) aumentar a importância ao valor das ofertas vis-à-vis qualidade da propaganda na determinação do vencedor de leilões; (iv) aumentar os preços de reserva mínimos para que a busca apresente propagandas; (v) modificar algoritmos de forma a expandir os casos em que empresas automaticamente participam de leilões; ou (vi) alavancar o seu poder de mercado em busca geral para mercados de busca especializada (conforme demonstrado pela condenação no caso Google Shopping) ou no mercado de open display⁷. Com isso, o CMA entende que o

⁶ Final Report: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>

⁷ Concorrência em Mercados Digitais: Uma revisão dos relatórios especializados – Cade/DEE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de->

mercado de anúncios é um importante balizador para avaliar o poder de mercado dessas empresas, pois sem sofrer a ameaça de novos concorrentes, elas podem aumentar preços, diminuir a qualidade dos serviços ofertados, controlar quantidades desses serviços sem correrem o risco de perderem consumidores, além de auferir ganhos com compartilhamento de dados de usuários (que são considerados hoje o ativo mais importante, lucrativo e sensível desse mercado), privacidade, inteligência artificial, entre outros.

Nessa linha, o Plano Anual da CMA para 2020-2021 abordou justamente essa questão da proteção dos consumidores, particularmente os que se encontravam em situação vulnerável. Com a pandemia da COVID-19, muitos trabalhadores perderam sua renda, ou a comprometeram com o apoio de familiares que sofreram tais perdas. Nesse sentido, observa-se a preocupação descrita por Whigger e Bunch-Hessen (2016) com as questões sociais envolvidas nos mecanismos de regulação. Nessa direção, o Plano abriu caminhos para a divulgação de outro marco regulador de mercados digitais no Reino Unido, o Digital Markets Strategy (DMS, do inglês, Estratégias para o Mercado Digital). Em sua proposta, este plano estratégico incluiu estudos sobre plataformas online e propagandas digitais, usando as leis de proteção ao consumidor como ferramentas para mitigar práticas abusivas. Outra questão também mencionada no documento se refere à proteção de dados digitais, das empresas e dos consumidores, além da otimização da tecnologia para repositório e divulgação dessas informações.

1.4 Agentes reguladores de mercados digitais: um cenário global

Tratadas as questões referentes ao cenário mundial da concorrência em mercados digitais, este tópico abordará mais especificamente os agentes reguladores destes mercados, bem como sua atuação. O relatório do Cade (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020) destaca a possibilidade de que seja criado um novo órgão regulador com competências específicas para monitoramento dos mercados digitais. Isto é corroborado tanto pelas agências de governo europeias, do Reino

trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf. Acesso em 13/07/2022

Unido, e também pelos EUA, embora as propostas de regulação neste país tenham partido do poder legislativo, e não por vias administrativas.

Apesar de cada país possuir um órgão, agências ou mesmo conjunto de entidades que atuam no monitoramento dos mercados digitais, os marcos regulatórios encontram-se dispersos, decisões são tomadas muitas vezes com base nos mercados tradicionais, não se considerando as particularidades do digital. Um exemplo de como a atuação de agências reguladoras pode afetar a dinâmica desses mercados é na fusão de grandes empresas digitais. Geralmente estas operações ou acabam sendo barradas ou sofrem diversos entraves dos órgãos regulatórios atuais. Muito disso ocorre devido a própria legislação que não engloba as particularidades do setor.

Nem sempre, por exemplo, uma fusão de grandes empresas digitais resultaria em monopólio do setor, como ocorreria num mercado tradicional. Por vezes, a fusão traria mais benefícios aos usuários, como incremento da base de dados, melhor tecnologia proporcionando, portanto, melhores serviços, preços mais justos e competitivos. No entanto, conforme o relatório do Cade, neste exemplo específico, mostra que até hoje não houve nenhum caso de fusão que houvesse representado malefício ao usuário final do serviço (falso positivo), ou seja, a ideia de monopólio de mercado não seria válida. Portanto, seria fundamental que se estruturassem nos diversos países agências reguladoras específicas que pudessem tratar das temáticas afeitas ao mundo digital, criando-se dessa forma um controle paralelo ao mercado econômico tradicional. Não seria prudente, por exemplo, modificar toda a legislação norte americana antitruste somente para englobar uma particularidade (ou poucas) do mercado digital (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020), embora reste clara a necessidade de reformulação de políticas mais específicas para o setor, dada sua complexidade e atual relevância na economia.

Como os governos dos principais mercados digitais têm lidado com essa questão? Em novembro de 2021 o parlamento europeu recebeu para análise, o texto do projeto Digital Markets Act (DMA) que pretende implantar uma política de compliance digital a ser seguida pelas empresas intituladas “gatekeepers”, que, no âmbito da norma, são empresas que oferecem serviços essenciais de plataforma e seu enquadramento é feito com base em critérios objetivos (qualitativos e quantitativos). Esses serviços podem ser redes sociais, mecanismos de busca, sistemas operacionais, compartilhamento de vídeos e outros conteúdos. Nela estão previstas ações que imponham transparência e

responsabilidade às empresas, eliminem barreiras à entrada de novos negócios, fomentem inovação e crescimento, promovam condições equânimes de operação para todas as empresas que operam em plataformas digitais, além de iniciativas de empoderamento dos usuários e garantia às liberdades de expressão como forma de controle social de possíveis práticas desleais⁸. Esta pretende ser uma política única a ser adotada por todos os países da União Europeia, além do Reino Unido.

No âmbito da União Europeia, está em discussão o Artificial Intelligence Act – projeto de lei que propõe disciplinar o uso de Inteligência Artificial pelas empresas de tecnologia. Trata-se de uma estratégia baseada em riscos, que prevê a identificação e a estratificação dos riscos a que estão sujeitas as atividades das empresas e, com isso, estabelecer limites de atuação, bem como de imposição de um código de condutas equivalente. Mais uma vez, busca-se com esta ação a criação de medidas mais alinhadas ao mercado digital no âmbito dos marcos regulatórios legislativos.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a exemplo do Brasil, pelo que se percebe preliminarmente, os movimentos no sentido de avançar em uma política regulatória não ocorrem na esfera administrativa, mas sim por iniciativa do Congresso Americano. Em 2021, foram apresentados, bipartidariamente, cinco projetos de lei para regulamentar a atuação de grandes empresas de tecnologia, como Apple, Google, Amazon e Facebook. Esses projetos indicam um importante passo na tentativa de conter supostas condutas anticompetitivas cometidas reiteradamente por essas empresas, mas que, por falta de instrumentos legais, não têm sido combatidas de forma eficaz. Segundo David Cicilline, presidente do subcomitê antitruste da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, essas empresas estão em uma posição única para escolher vencedores e perdedores, destruir pequenas empresas, aumentar os preços para os consumidores e, com isso, destruir postos de trabalho⁹.

O fato de o projeto contar com representantes dos partidos Republicano e Democrata, sinaliza, ainda que forma incipiente, que há

⁸ The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets. Disponível em https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en#how-will-the-commission-ensure-that-the-tool-keeps-up-with-the-fast-evolving-digital-sector. Acesso em 16/02/2022

⁹ <https://www.reuters.com/technology/us-house-lawmakers-introduce-bipartisan-bills-target-big-tech-2021-06-11/>

um esforço estatal para estabelecer um marco regulatório para as atividades das bigtechs com o objetivo de mitigar os danos supostamente causados pelos negócios digitais à concorrência e à economia americanas. Ocorre que os Estados Unidos são o berço da internet e a sede de todas as chamadas bigtechs, o que faz com que as propostas de regulação enfrentem obstáculos mais importantes. Segundo Wheeler (2020) os Estados Unidos falharam em abordar as questões políticas associadas à internet e esse erro agora custa à nação sua reivindicação de liderança política internacional. O fracasso em desenvolver regras americanas para a plataforma mais poderosa e difundida da história do planeta deixou o campo aberto para outros países, ao mesmo tempo em que custou aos EUA uma voz significativa na tomada de decisões e com isso, vê surgirem no Reino Unido, como exposto acima, as mais importantes iniciativas nesse sentido.

Como decorrência do incremento das atividades dos mercados digitais, vários foram os casos analisados pelas autoridades antitruste do mundo que ensejaram a investigação de condutas de empresas de tecnologia. No Brasil, desde 2011, o Cade julgou dezessete casos envolvendo práticas anticompetitivas, (em sua maioria por abuso de posição dominante). Desses, dez foram arquivados por não terem sido identificados elementos suficientes para confirmar a existência da suposta conduta e os demais ainda estão em fase de instrução/análise.¹⁰ Com isso, poderia se inferir, preliminarmente, que a política contra o monopólio de empresas do mercado digital no Brasil, ainda não foi capaz de sanar os problemas concorrenciais decorrentes do aumento – em volume, complexidade e dinamismo - do setor. Não que a política brasileira não disponha de capacidade dissuasória, mas talvez porque o enfrentamento das questões concorrenciais afeitas aos mercados digitais ainda careçam de mecanismos específicos, para além das ferramentas econômico-jurídicas presentes da legislação antitruste vigente.

Embora a atuação do Cade esteja alinhada à de outras agências antitruste do mundo com atuação e desempenho equivalentes à agências como Estados Unidos, Japão, França e Reino Unido¹¹, o Brasil

¹⁰ Mercados de Plataformas Digitais – Cade/DEE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>

¹¹ O Cade, pelo oitavo ano consecutivo, recebeu 4 estrelas no ranking anual promovido pela revista britânica Global Competition Review (GCR). O resultado mantém a autarquia entre as dez melhores agências antitruste do mundo.

ainda vê nos instrumentos econômicos tradicionais as ferramentas mais adequadas às análises que envolvem questões concorrenciais e regulatórias relacionadas aos mercados digitais. Segundo Pereira Neto (2020) merece ser observado que a legislação antitruste brasileira tem uma dicção ampla o suficiente para comportar diversas leituras, desde a mais até a menos intervencionista. O art. 36 da Lei n. 12.529/2011 afirma que são infrações à ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Não há, portanto, a necessidade de aferição de efeitos ou alguma forma específica de atos prescritos na lei. Ainda, o § 3º do referido artigo, ao mencionar práticas que configuram as hipóteses de infrações previstas na lei, deixa claro o caráter exemplificativo, estando aberta a lei a novos tipos de práticas, havendo um amplo espaço para atuação do Cade na repressão a condutas anticoncorrenciais em mercados digitais. Entretanto, ressalve-se aqui, novamente, que a política ex post tem se mostrado insuficiente para combater os abusos de poder de mercado praticados pelas bigtechs, o que deixa uma lacuna que poderia ser preenchida por um controle ex ante (nos moldes em que tem sido discutido com o DMA), onde se estabeleceriam regras de conduta e compliance a serem seguidas pelas empresas.¹² De fato, se, aliados a expertise e experiência do Cade, cuja atuação é exemplo de excelência, houver espaço para a adoção de novas (ou renovadas) estratégias e políticas de ação, o Brasil pode contar com um protagonismo inédito na América Latina no enfrentamento das questões concorrenciais trazidas pelas economias digitais, visto o notório reconhecimento de grandes potências do mercado antitruste como o Reino Unido (vide nota de rodapé 11). Desse modo, é preciso analisar as propostas de regulação ex ante em discussão no Brasil. Para escolher quais propostas serão objeto de análise, é necessário conhecer a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em especial o papel que a SEAE tem nesse Sistema. Esse será o objeto da subseção seguinte.

¹² O modelo ex ante refere-se à regulação prévia aos fatos, que estabelece regras a serem seguidas pelos agentes, com monitoramento e implicação de possíveis penalidades. Já o controle ex post é feito a posteriori, quando a apuração de possíveis ilícitos é realizada quando o dano ao mercado decorrente da conduta ilícita já pode ter ocorrido.

1.5 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Para que seja possível compreender a escolha das propostas brasileiras de regulação de mercados digitais que serão analisadas neste trabalho passa-se a explicar o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nos termos da Lei 12.529/11, o SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que exerce as funções preventiva, repressiva e educativa na defesa da concorrência, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico¹³ (SEAE), a quem compete, nos termos do art. 19 e incisos:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

- i)- opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;**
- ii)- opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;**
- iii)- opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;**
- iv)- elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;**
- v)- elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de**

¹³ Após alteração dada pela Lei nr. 13.844/2019, a SEAE assumiu a nova nomenclatura: Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

- vi)- **propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;**
- vii)- **manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;**
- viii)- **encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.**

Há ainda, definição de competências da SEAE constante da Instrução Normativa nº 97, de 2 de outubro de 2020 que confere à atual Secretaria as seguintes atribuições:

- i)- **propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País, na forma do inciso VI do art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;**
- ii)- **acompanhar o funcionamento dos mercados e propor medidas de estímulo à eficiência, à inovação e à competitividade, na forma do inciso II do art. 119 do Anexo I do 96 Decreto nº 9.745, de 2019;**
- iii)- **propor medidas para a melhoria regulatória e do ambiente de negócios, na forma do inciso III do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;**
- iv)- **analisar o impacto regulatório de políticas públicas, na forma do inciso IV do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;**
- v)- **estimular o funcionamento eficiente e competitivo dos mercados, na forma do inciso II do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;**

- vi)- avaliar e manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, sobre atos normativos e instrumentos legais que afetem a eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens, na forma do inciso III do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;**
- vii)- promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não governamentais envolvidos nas atribuições da Subsecretaria, na forma do inciso V do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019;**
- viii)- propor políticas concorrenciais com vistas ao desenvolvimento e ao financiamento da infraestrutura, na forma do inciso VIII do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019; e**
- ix)- realizar pesquisas e outras atividades técnicas que contribuam para o cumprimento das suas atribuições, em parceria com instituições públicas e privadas, brasileiras e estrangeiras, na forma do inciso X do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019.**

Com isso, a SEAE figura no SBDC como advogada da concorrência, que significa atuar de forma a municiar outras instâncias governamentais, especialmente o poder legislativo, de elementos que permitam a elaboração de leis e normas que contemplem as questões legais necessárias à manutenção dos requisitos concorrenciais essenciais. Cabe, portanto, à SEAE, analisar previamente conteúdo de proposta de lei ou outro instrumento legal que trate de defesa da concorrência, bem como propor medidas para a melhoria regulatória e analisar o impacto regulatório de políticas públicas afeitas à concorrência.

1.6 O escopo da análise

Como brevemente abordado na primeira sessão deste texto, a regulação econômica pressupõe a ocorrência de uma falha de mercado que, no contexto dos mercados digitais, devido à sua complexidade e dinamismo, tem provocado discussões acadêmicas e técnicas que objetivem avançar na questão. A ideia aqui defendida é que os mercados variam e que essa variedade decorre da própria dinâmica competitiva, sendo a competição vista numa perspectiva socioeconômica, ou seja, a de que inclui outros elementos que não o preço, como a tecnologia, inovação e qualidade. (Meyeres 2010). De fato,

a dinâmica do setor impõe a revisão de estratégias regulatórias capazes de equilibrar as forças competitivas ao mesmo tempo em que assegurem a inovação e o acesso dos consumidores às externalidades positivas decorrentes dela. A literatura brasileira que trata da regulação não é tão tradicional e extensa como a norte- americana que foi o país pioneiro no estudo e aplicação das teorias regulatórias, que surgiram entre 1887 e 1917 como forma de controle à pujante atividade industrial e econômica da época. (Pacheco 2006).

Segundo Salgado e Mota (2005), “a melhor regulação é aquela que imita a concorrência nos estímulos que fornece ao produtor para a busca da eficiência e nos resultados ao consumidor em termos de disponibilidade de oferta, com qualidade adequada e preços módicos”.

Para Spulber (1989) a regulação é mero estudo da intervenção governamental nos mercados, sem a análise profunda de elementos externos à esta relação. Já na visão de Church & Ware (2000) a regulação pode ser definida, de modo amplo, como sendo a intervenção governamental que busca mudar os resultados de um mercado. A intervenção pode afetar o mercado de modo direto através dos preços, quantidades, variedade de produtos, pelo número de serviços oferecidos ou pelo número de ofertantes.

Posner (2004), por sua vez, em extensa obra dedicada ao pensamento jurídico diz que “ Regulação econômica consiste em todo tipo de impostos, subsídios e controles – legislativo e administrativo - sobre taxas, ingresso no mercado e outros aspectos da atividade econômica”.

Segundo Viscusi (2005), o principal recurso do governo é o poder de coagir. Na regulação, isso significa usar esse poder com o objetivo de restringir as decisões de agentes econômicos.

De toda forma, a literatura aponta as falhas de mercado que indicam a necessidade de intervenção do Estado. A teoria econômica entende que, em uma concorrência perfeita, o livre mercado é a forma ideal para alocar recursos com a máxima eficiência e o próprio funcionamento dele corrige desequilíbrios e redistribui esses recursos. Entretanto, essa livre interação entre agentes econômicos pode gerar falhas de mercado que podem ensejar a intervenção do estado por meio da regulação econômica. Entre elas, estão as assimetrias de informação, externalidades negativas e o chamado “moral hazard”.

Uma vez que ocorrem as falhas de mercado e considerando que elas podem gerar benefícios para alguns e prejuízos para a maioria, surge a necessidade de corrigi-las por meio da regulação econômica. Nas palavras de Lucia Helena Salgado (2003)¹⁴ a regulação desempenha função primordial, ao buscar reproduzir as condições de competição, para que os consumidores tenham acesso a produtos e serviços com a qualidade e aos níveis de preços que obteriam em um ambiente competitivo. A ação regulatória costuma se concentrar em três pontos: preços, qualidade e condições de entrada e saída. Ainda que o tema possa abarcar um amplo espectro de variáveis a serem consideradas, as principais variáveis para analisar a regulação em mercados digitais serão: i) preço, ii) quantidade e iii) entrada e saída de empresas no setor. (Viscusi, 2005)

A variável “preço” refere-se à capacidade de o Estado determinar um preço máximo ou mínimo de determinado produto ou serviço para combater condutas abusivas. Entre elas, a fixação de altos preços por empresas monopolistas ou de preços baixos em casos de preços predatórios, quando a prática de preços muito baixos força as empresas concorrentes a saírem do mercado. Já o controle de quantidades é exercido quando há necessidade de estabelecer limites de oferta de um produto ou serviço regulado, que pode ou não sofrer também controle de preços. Um exemplo seria o controle de quantidade de petróleo fabricado por um país, mas sem a definição prévia de preços, que seriam determinados pelo mercado. Cabe lembrar, contudo, que tal medida afetaria diretamente o preço final do produto, mesmo não sendo o preço a variável controlada.

O elemento “número de empresas” aqui descrito refere-se à restrição de entrada e saída de empresas do setor como forma de definir quantos “players” podem atuar nesse mercado e como. Para Viscusi (2005) “ Uma base para a regulação de saída é que a regulação se esforça para que os serviços sejam prestados a um público mais amplo de consumidores do que seria verdade em um mercado de livre concorrência. Isso pode envolver empresas regulamentadas atendendo a mercados não rentáveis e, portanto, a necessidade de regulamentações que proíbam uma empresa de abandonar um mercado sem aprovação regulatória”.

¹⁴ Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual desenho institucional, IPEA 2003. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2859/1/TD_941.pdf

Para além dessas variáveis consideradas pacificadas na literatura, pode haver a necessidade de regular outras, como a qualidade dos serviços prestados (como ocorre em setores regulados como telefonia móvel e energia, por exemplo) ou segurança, como vem sendo tratados os casos relacionados à privacidade de dados, segurança cibernética, entre outros.

1.7 As Propostas de Regulação Brasileiras.

Como já aqui mencionado, cabe à SEAE, no âmbito do SBDC, a tarefa de realizar a advocacia da concorrência, que consiste em emitir parecer sobre impacto concorrencial de propostas de lei, bem como propor medidas de incentivo à eficiência, inovação e competitividade na elaboração de leis.

Diante disso, para que seja possível a análise com base nas variáveis aqui descritas, foi feita pesquisa das propostas legislativas brasileiras submetidas à análise da SEAE e que tratam de mercados digitais. Como resultado, foram identificados os seguintes projetos:

- i) Projeto de Lei da Câmara nº 79/2016, que propõe a adaptação da outorga de serviços de telecomunicações;**
- ii) Projeto de Lei do Senado nº 2.630/2020, que propõe a instituição de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet;**
- iii) Projeto de Lei da Câmara nº 172/2020, que dispõe sobre os objetivos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust)**
- iv) Projeto de Lei do Senado nº 157/2015 que trata do atendimento, pelas empresas de telecomunicação, a situações de perigo eminente e de interesse público relevante;**
- v) Projeto de Lei da Câmara nº 1.667/2019 que dispõe sobre a obrigatoriedade de empresas de TV paga oferecerem opção de contratação de serviços de forma avulsa;**
- vi) Projeto de Lei nº 6.549/2019, que trata de taxas e licenciamento de empresas de radiodifusão;**
- vii) Projeto de Lei nº 57/2018 que dispõe sobre a comunicação audiovisual sob demanda;**

Nota-se que, do rol de propostas legislativas analisadas pela SEAE entre 2015 e 2020, apenas uma trata especificamente da tentativa de

disciplinar as atividades cujas empresas atuam em mercados digitais, que é o Projeto de Lei do Senado nº 2.630/2020, que propõe a instituição de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. As demais, muito embora estejam enquadradas no tema, não estão diretamente ligadas à regulamentação das atividades das empresas de tecnologia e aos serviços prestados por elas, mas sim, abordam os serviços relacionados a telecomunicações e radiodifusão, razão pela qual não farão parte da amostra aqui estudada. Por isso, será considerada a análise constante no parecer técnico SEAE SEI 30872/2020 sobre o referido PL.

Do outro lado do estudo, será considerado o Digital Markets Act (DMA), que foi recentemente aprovado pelo parlamento europeu. Em ambas as peças legislativas, buscar-se-á identificar, além da presença das quatro variáveis que justificam a regulação aqui mencionadas (preço, quantidade, entrada e saída), quaisquer outras que foram levadas em consideração pelo legislador na elaboração da proposta. O estudo buscará compreender quais as variáveis foram consideradas pelo legislador nas duas propostas consideradas e como as medidas regulatórias pretendem sanar os problemas concorrenciais identificados, à luz da teoria da regulação.



2

A REGULAÇÃO EX ANTE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Não raro, as matérias regulação e concorrência são abordadas em conjunto, tanto na literatura acadêmica quanto em textos técnicos. Nas palavras de Salgado (2007) “ A necessidade da regulação econômica diminui à medida que aumenta a concorrência no setor regulado. ” Como já exposto, há dúvidas sobre a efetividade da política antitruste no tratamento de questões concorrenciais relacionadas aos mercados digitais, o que abre a discussão sobre outros mecanismos necessários no endereçamento desses problemas. O que não é pacífico é o entendimento de como essas ferramentas podem ser utilizadas de forma a fomentar a inovação e a competitividade sem permitir os abusos de poder de mercado, ao mesmo tempo em que ofereça segurança jurídica.

Braga (2002) relata em seu estudo a pluralidade do pensamento regulacionista, com abordagem multidisciplinar da Economia, Direito, História e Ciência Política. Segundo o autor:

“Neste sentido, a corrente regulacionista busca desenvolver sua crítica à economia pura por intermédio, sobretudo, de uma metodologia anti-reducionista das instituições sociais. Esta perspectiva se articula em torno do problema das crises estruturais e das estratégias para a resolução dessas crises mediante princípios que mesclam compromissos institucionalizados e rotinas produtivas. Para tanto, os regulacionistas entendem que a categoria de modo de regulação permite apreender os arranjos históricos capazes de assegurar a compatibilidade entre um conjunto de decisões descentralizadas, sem que seja necessária uma “interiorização pelos agentes” dos princípios que comandam a reprodução de conjunto do sistema. ” (BRAGA, 2002).

Aliando-se à abordagem sistêmica, os estudos sobre regulação econômica também são avaliados com base nos atores envolvidos em todas as etapas do ciclo. No pensamento estritamente econômico (teoria econômica neoclássica), há a ideia da autorregulação de mercado (self-regulation), que, segundo Marques Neto (2011) consiste na adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos

de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa.. De fato, é consenso na literatura de que a regulação de mercado, na verdade, funciona muito mais sob uma ótica colaborativa do que auto-regulatória. Destaca-se o papel significativo do Estado atuando como peça-chave em diversas etapas do ciclo regulatório, inclusive fomentando a própria demanda de mercado em muitos casos (WIGGER; BUNCH-HANSEN, 2016; RAUD, 2007; GEMICI; 2015).

Já RAUD (2007) exemplifica o papel regulador do Estado com a aquisição de moradias. Em muitos países, o Estado regulamenta as legislações para concessão e análise de crédito, bem como direciona o consumo por meio de políticas públicas específicas para o setor. Nesse caso, a regulação do mercado (e do consumo) se deu pela própria política de Estado, e não pelo setor econômico em si. GEMICI (2015) pode-se dizer, portanto, que a regulação econômica pode considerar fatores além dos meramente econômicos, e deve levar em conta a inovação e o surgimento de novas tecnologias na elaboração das políticas públicas setoriais.

Deve-se ressaltar, contudo, que a autorregulação pode não ser suficiente para a regulação econômica e que, por isso, faz-se necessária a intervenção estatal. Um exemplo de ineficiência da autorregulação é trazida por Marques Neto (2011) que diz: “ Para que a atividade regulatória por eles exercida seja efetiva, estas entidades devem ser de algum modo centralizadas e dotadas de alguma unicidade no sistema regulado. A pluralidade de instâncias regulatórias autônomas, quando exacerbada, tende a tornar ineficaz a autorregulação. Porém, a a excessiva concentração de poderes em um ente de autorregulação pode ensejar o desvio da autorregulação para práticas anticoncorrenciais”.

No trabalho de MEIRELLES (2010), ele define que mercado econômico (ou economia de mercado, onde a economia é baseada na liberdade econômica e na propriedade privada predominam as trocas entre particulares e a interferência do Estado é mínima) é a representação da interação entre os diversos agentes econômicos e atores envolvidos nos processos de tomadas de decisão para aquisição de bens, oferta e demanda, regulação de preços e políticas de consumo. Entende-se que um mercado é competitivo e saudável quando a oferta e demanda estão bem reguladas, há uma aceitação dos preços praticados no mercado, além de poucas barreiras à entrada ou saída de empresas nesse mercado. Por outro lado, em um mercado dito concentrado, observam-se algumas falhas ou imperfeições (daí o termo

concorrência imperfeita), ou seja, menos empresas ofertando menos do seu produto, e praticando com isso preços não tão justos sob a ótica do consumidor. Além disso, há maior possibilidade de barreiras à entrada ou saída de players, o que também afeta as condições de concorrência.

MEIRELLES (2010) aborda em seu trabalho três visões distintas de mercado, quais sejam: a teoria econômica neoclássica e suas respectivas extensões (economia dos custos de transação e nova economia institucional), o mercado como espaço de inovação, e o mercado como espaço sociopolítico.

A visão neoclássica pode ser caracterizada, segundo o mesmo autor, pela eficiência do mercado. Em outras palavras, determinada empresa ou setor oferece o máximo (máxima produção, mais e melhores produtos) ao menor custo possível, otimizando-se portanto, o custo- benefício do processo. Esta seria a representação da competição perfeita.

Na segunda visão de mercado, pautada pelos processos de inovação, a busca por lucros é realizada por meio de processos únicos, e, portanto, inovadores. O papel do consumidor é secundário, de acordo com esta visão, sendo que o empreendedor é o ponto de referência. Segundo MEIRELLES (2010):

“O funcionamento do mercado, concebido como um ambiente seletivo por excelência, é capaz de induzir e de selecionar inovações organizacionais, de processo e de produto que possam levar a futuras reduções de custos e de preços, bem como a melhorias na qualidade dos produtos; ou seja, de gerar variações.”

Por fim, na abordagem sociopolítica de mercado, os formatos de competição não ocorrem de maneira equivalente, pois, neste modelo, a estrutura do campo definida pelas relações de poder entre os agentes decidem o poder de compra e o valor de cada produto (MEIRELLES, 2010). Adicionalmente, neste modelo considera-se ainda como capital e produtos valoráveis não somente o capital financeiro, mas também capital tecnológico, jurídico, comercial, cultural, social e organizacional, por exemplo.

Cada abordagem sobre o mercado representando uma visão distinta também remonta aos diferentes mecanismos regulatórios, que visam corrigir falhas estruturais que possam prejudicar algum membro da cadeia econômica ou do processo, como o consumidor.

Ao mesmo tempo, vê-se a defesa da concorrência também como forma relevante de intervenção estatal. Embora ocorra de forma distinta da regulação, (ex post, primordialmente, no combate a condutas abusivas, unilaterais ou coordenadas) ela atende também a uma demanda importante da economia que é o controle de atos de concentração (de forma ex ante). A primeira iniciativa de legislação antitruste surgiu no Canadá, em 1889 com o Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade, que procurava atacar arranjos comerciais que fixavam preços ou restringiam a produção, o que causava danos à competitividade. Depois, em 1890, nos Estados Unidos, foi publicado Sherman Act, que, tratava basicamente de combater as estruturas comerciais monopolistas que surgiram entre as empresas ferroviárias que operavam no país, setor que crescera após o fim da guerra civil americana (1861 a 1865), depois de um período de crise econômica. Nessa esteira surgiram outras medidas antitruste nos Estados Unidos, como, em 1914, o Federal Trade Commission Act, que criou o Federal Trade Commission e o Clayton Act, que trouxe a previsão expressa de casos considerados ilícitos concorrenciais, o que eram não claramente previstos pelo Sherman Act.

Deve-se, entretanto, compreender como foi a evolução das políticas antitruste até o contexto atual. Segundo Forgioni (2015) não é possível compreender o que é a política antitruste atual sem que se estude as ideias das Escolas de Harvard e de Chicago, já que decorrem delas (de suas divergências e evoluções) os pilares da política da concorrência praticadas, inicialmente pelos Estados Unidos e Europa, seguidos pelas grandes economias do mundo.

A Escola de Harvard propõe um modelo chamado de Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), que, de forma simplificada, pode ser entendida como “ A estrutura de um mercado influencia sua condução, a qual, por sua vez, determina seu desempenho.”¹⁵. Com isso, Harvard diz que uma estrutura de mercado concentrada, em que as empresas possuem poder de mercado, pode dar às empresas a capacidade de defender esse poder por meio da adoção de condutas cujos efeitos são anticoncorrenciais. Assim, para minimizar esses efeitos concorrenciais, a estrutura de mercado deveria se aproximar o máximo possível da concorrência perfeita.

¹⁵ GAMA, M. M. da. e RUIZ, M. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994- 2004. Economia e Sociedade, v. 16(2), pp. 233-258, 2007.

Já a Escola de Chicago, que tem como principais autores Bork, Posner e Telser, defende o menor grau possível de regulamentação econômica, prega que o livre mercado deve ser o único responsável pelo bom funcionamento do jogo antitruste e não vê a concentração de mercado necessariamente como algo negativo. Segundo Ferraz (2014), “As concepções trazidas por essa escola se baseiam principalmente no conceito de eficiência alocativa de mercado, logo, na situação eficiente ótima a produção estaria ocorrendo ao menor custo possível, o que seria vantajoso para todos os agentes. Assim, a observação de concentração de mercado em uma situação de eficiência alocativa ótima não seria necessariamente prejudicial ao sistema econômico, mesmo que nesse estejam presentes poucos produtores ou fornecedores.

Fato é que na seara da regulação, ao longo das últimas décadas, economistas vêm desenvolvendo uma série de diferentes estudos para endereçar os problemas relacionados à regulação econômica. O objetivo geral dessas análises é determinar como é possível estruturar melhor os esquemas de preços e incentivos para empresas de forma que sejam protegidos os interesses dos consumidores ao mesmo tempo em que haja incentivos e retorno razoável para as empresas envolvidas.

Segundo VISCUSI (2005) raramente é possível replicar um mercado eficiente de forma perfeita. Geralmente há algum desvio da competição perfeita, situação que não pode ser encoberta ou corrigida, mesmo por meio do mais criativo e complexo esquema de preços. No entanto, aplicando ferramentas econômicas eficientes a essas questões, podemos obter uma situação de mercado muito mais sensata do que surgiria se não houvesse qualquer regulação. A seguir serão melhor esclarecidos os tipos de controle regulatório e também como serão aplicados especificamente aos mercados digitais.

2.1 Controle regulatório ex ante e ex post

Os termos ex ante e ex post são comumente utilizados na literatura de mercados financeiros para identificar algum acontecimento (ou previsão) antes ou após algum evento. No que se refere ao controle regulatório de mercados, um controle ex ante se refere a marcos regulatórios prévios que determinam o comportamento dos mercados, bem como a atuação de agências ou órgãos no sentido de que se criem as regras de conduta anteriormente

ao fato. O controle ex post, ao contrário, é aquele no qual a atuação de órgãos reguladores se dá após a realização do evento. Nesse sentido, as normas de atuação não possuem caráter preventivo, ou seja, é necessário avaliar cada evento econômico a luz da legislação existente (após ele ter ocorrido)

É mais fácil compreender a dificuldade encontrada pelas autoridades antitruste (que, a depender de suas competências originárias, podem atuar tanto em matéria de controle ex ante, como ex post) em atuar de forma a disciplinar as atividades das empresas de tecnologia, uma vez que há muitos elementos a serem considerados na regulamentação desse setor, como por exemplo, em decorrência do funcionamento simultâneo das empresas em várias jurisdições, a autoridade deve levar em conta a especialidade de cada ferramenta ou plataforma. O fato é que o debate sobre a regulação ex ante é controverso. Os argumentos favoráveis dizem que melhorar as regras do jogo pode impedir que a ocorrência das falhas de mercado que conduzem à consolidação de práticas abusivas ou ilícitas. Os que argumentam contra ponderam que uma regulação antecipada pode “engessar” as atividades das empresas e, com isso, transformar a regulação em um mecanismo de entrave à inovação.

No contexto brasileiro, contudo, não há um debate atual sobre uma proposta de regulamentação ex ante em mercados digitais que tenha como iniciativa a esfera administrativa. A autoridade antitruste no Brasil atua de forma ex ante e ex post na revisão de fusões e sanção de comportamentos abusivos, respectivamente. A regulação ex ante dos mercados digitais no Brasil é, até o momento, realizado por reguladores setoriais e autoridades de advocacia da concorrência.

O fato é que o tema da regulação em mercados digitais possui particularidades que carecem de atenção mais detida. Como tem sido feito por meio do DMA, a proposta de regulação a priori tem ganhado espaço, mesmo com as interpretações divergentes e controvérsias políticas sobre o tema. Isso porque o contorno de uma política regulatória para o setor pode envolver, como aqui já mencionado, o desenvolvimento de instrumentos mais adequados aos problemas concorrenciais surgidos com a complexidade do mercado. Para que se compreenda melhor tais elementos, passa-se a abordar brevemente o conceito das plataformas digitais para que posteriormente estes conceitos sejam interligados com os já explicitados de regulação e concorrência..

2.2 As plataformas digitais

Apesar de não haver um consenso sobre o conceito de plataformas digitais, a OCDE as define como “...um serviço digital que facilita as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários (empresas ou indivíduos) que interagem através da via Internet”¹⁶. Já Frank e Peitz, em seu relatório para o CERRE - Centro de Regulação Europeu (2019), destacaram o conceito de plataformas, que seriam redes de mercado advindas do crescimento sistemático das atividades econômicas online, gerenciando as estratégias de rede com ferramentas de preço e não-preço. As plataformas já existiam antes mesmo do avanço do mundo digital, e segundo os mesmos autores, seriam os shoppings centers, feiras e mercados de pulgas. O que torna as plataformas digitais mais interessantes para investidores e empreendedores é justamente o seu efeito escalável, sendo que este ponto também foi abordado no documento de Cremer, Montjoye e Schwitzer (2019).

As plataformas dependem intrinsecamente dos efeitos de rede já descritos em relatórios das agências de regulação europeias. Mas o que seriam estes efeitos de rede? Sabe-se que o valor de um produto é determinado pelo mercado, pelo seu custo e pela margem de lucro do empresário. No caso de produtos oriundos do mercado digital, há um efeito externo que também influencia o valor de um produto, que seria justamente a necessidade do seu uso ou consumo. Esta necessidade gera um efeito de rede entre os usuários, que são influenciados a adquirirem tal produto ou serviço digital. Esse efeito de rede é o potencializador dos mercados digitais, constituídos em plataformas. Os efeitos de rede podem ser diretos ou indiretos.

Um efeito de rede direto pode ser exemplificado pelas redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, que representam a participação de todo o grupo de usuários da plataforma digital em questão, podendo interferir no uso e consumo. Em outras palavras, não importa o número de usuários que a plataforma adquira, isso não influenciará seu papel e nem o objetivo da ferramenta, e tampouco seu uso pelos consumidores, que em última instância são todos

¹⁶ 5 OCDE. An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. 2019.

Disponível em: An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation

categorizados como usuários das ferramentas. A OCDE¹⁷ analisa que efeitos de rede positivos diretos são, em algumas espécies de plataformas online (por exemplo, redes sociais e plataformas de mensagens instantâneas), a utilidade para os usuários que deriva do número de usuários do mesmo lado, o que seria o efeito direto de rede. Como à medida que a base de usuários no mesmo lado do mercado cresce, a utilidade da plataforma para cada indivíduo que a utiliza cresce, há o que se chama de efeito positivo e direto.

No efeito de rede indireto, a relação entre os usuários muda. Um exemplo ocorre nas plataformas de e-commerce, onde há os vendedores e os compradores. Nesse caso, se o número de usuários com perfil de vendedor for muito maior que o de compradores haverá uma saturação desse perfil, e conseqüentemente menos vendas líquidas para todos eles. Desse modo, há um ponto de saturação para interesse de ingresso no perfil, o que não ocorre no caso do efeito de rede direto, no qual todos os usuários possuem o mesmo papel. Portanto, para que haja a maximização de efeitos de rede indiretos, uma plataforma deve atrair uma proporção adequada de usuários nos dois lados do mercado.

Ainda de acordo com Frank e Peitz (2019), o conceito de redes de interação no âmbito dos mercados digitais foi inicialmente abordado na União Europeia em 2013, mais especificamente na Alemanha. Nesse sentido, as plataformas seriam, em última análise, um conjunto de redes de interação, combinadas. Petit e Teece (2020) apresentam em seu relatório o conceito mais abrangente de ecossistemas digitais. Esses seriam diversas plataformas, interagindo entre si e também com outros complementos da economia digital, indicando justamente que todos estes atores não fazem parte de uma indústria única. São mercados com fronteiras e funcionamento fluidos, ou seja, dinâmicos, e conseqüentemente, com legislação ainda em construção. É importante ressaltar o caráter dominante das plataformas nesse contexto de ecossistema, compondo as estratégias de marketing e vendas juntamente com os demais atores em segundo plano.

Em suma, avaliando os estudos recentes sobre os termos e a evolução dos mercados digitais, constituídos por seus ecossistemas, plataformas que interagem entre si e com outros atores por meio de

¹⁷ OECD An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OECD Publishing, Paris,2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>

redes direta ou indiretamente, pode-se concluir que as políticas de regulação deste tipo de arranjo econômico devem visar em grande parte o bem-estar do consumidor final.

Por fim, resta enfatizar a diferença entre os conceitos de internet e plataformas digitais. A internet, sendo a rede aberta e distributiva de conexões globais que permite o compartilhamento de dados, é o que funciona como a base para a operação das plataformas digitais. O que se buscará aqui analisar são os projetos de regulação em mercados digitais que, são, para efeitos deste estudo, aplicáveis às plataformas digitais somente. Adiante, serão detalhados os elementos dessa análise.



3

3

A ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE REGULAÇÃO

Considerando o que fora exposto sobre os mercados digitais, sua importância para a economia e seu impacto para sociedade, bem como os possíveis problemas concorrenciais decorrentes da atividade das grandes empresas de tecnologia, passa-se à análise das peças regulatórias que foram objeto deste trabalho, que são o DMA do Reino Unido e o Projeto de Lei do Senado nº 2.630/2020.

3.1 O Digital Markets Act

O texto em análise pelo Parlamento Europeu é composto por cinquenta e quatro artigos, divididos em capítulos temáticos, além de uma parte inicial composta de 105 parágrafos com uma exposição de motivos e embasamento legal utilizados pelo legislador para a elaboração da proposta, que incluem o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).

Primeiramente, cabe aqui sedimentar dois conceitos que foram criados pelo DMA e que são importantes para a compreensão dos objetivos da norma. O primeiro deles é o de Core Platform Services que, traduzido como “serviços essenciais de plataforma”, compreendem os serviços de busca, compartilhamento de vídeos, comunicação interpessoal, intermediação online, redes sociais, sistemas operacionais, sistemas de pagamentos online, assistentes virtuais e computação em nuvem. O Segundo conceito é o de gatekeeper, que são as empresas os prestam serviços essenciais de plataforma (undertaking providing core platform). São consideradas gatekeepers as empresas que, cumulativamente: i) exerçam posição importante no mercado interno, isto é, se o grupo ao qual pertencem obter faturamento anual na Europa igual ou superior a €7,5 bilhões nos últimos três exercícios financeiros, ou se o grupo capitalizar pelo menos €75 bilhões no último exercício; prestarem um serviço essencial de plataforma em pelo menos três Estados-membros da EU. ii) explorem um serviço essencial de plataforma que sirva de porta de acesso para outras empresas alcançarem consumidores finais. Isso significa ter mais de 45 milhões de usuários finais ativos mensais, situados na UE, e mais de dez mil contas de usuários corporativos ativos anualmente,

estabelecidas na UE, no último exercício financeiro; e iii) ocupem uma posição “entrincheirada”, ou seja, que seja previsível manter a posição estável em um futuro próximo.

Sobre os aspectos fundamentais da regulação, na parte de exposição de motivos, o texto traz, nos parágrafos nr. 1 e 2 uma contextualização importante para a necessidade de regulação dos mercados digitais:

“Digital services in general and online platforms in particular play an increasingly important role in the economy, in particular in the internal market, by enabling businesses to reach users throughout the Union, by facilitating cross-border trade and by opening entirely new business opportunities to a large number of companies in the Union to the benefit of consumers in the Union. At the same time, among those digital services, core platform services feature a number of characteristics that can be exploited by the undertakings providing them. An example of such characteristics of core platform services is extreme scale economies, which often result from nearly zero marginal costs to add business users or end users. Other such characteristics of core platform services are very strong network effects, an ability to connect many business users with many end users through the multisidedness of these services, a significant degree of dependence of both business users and end users, lock-in effects, a lack of multi-homing for the same purpose by end users, vertical integration, and data driven-advantages. All these characteristics, combined with unfair practices by undertakings providing the core platform services, can have the effect of substantially undermining the contestability of the core platform services, as well as impacting the fairness of the commercial relationship between undertakings providing such services and their business users and end users. In practice, this leads to rapid and potentially farreaching decreases in business users’ and end users’ choice, and therefore can confer on the provider of those services the position of a so-called gatekeeper”

No primeiro parágrafo o legislador ressalta a importância dos negócios digitais na economia da União Europeia, e ressalta a questão da proteção do usuário e a entrada de novas empresas no mercado. Mas é no segundo trecho que o texto já considera a questão da barreira à entrada de forma objetiva. Além do fator contestability, o legislador assevera que os efeitos de rede, os lock-in effects e a falta de multi-homing, aliados a práticas comerciais desleais, podem ter efeitos de barreira a entrada a novas empresas.

Além desses, o item nr. 33 da exposição de motivos, o legislador ratifica que:

“For the purpose of this Regulation, contestability should relate to the ability of undertakings to effectively overcome barriers to entry and expansion and challenge the gatekeeper on the merits of their products and services. The features of core platform services in the digital sector, such as network effects, strong economies of scale, and benefits from data have limited the contestability of those services and the related ecosystems. Such a weak contestability reduces the incentives to innovate and improve products and services for the gatekeeper, its business users, its challengers and customers and thus negatively affects the innovation potential of the wider online platform economy. Contestability of the services in the digital sector can also be limited if there is more than one gatekeeper for a core platform service. This Regulation should therefore ban certain practices by gatekeepers that are liable to increase barriers to entry or expansion, and impose certain obligations on gatekeepers that tend to lower those barriers. The obligations should also address situations where the position of the gatekeeper may be entrenched to such an extent that inter-platform competition is not effective in the short term, meaning that intra- platform competition needs to be created or increased.”

Com isso, o documento corrobora a conexão entre o conceito de contestability e a capacidade de as empresas serem capazes de ultrapassar as barreiras à entrada e desafiar o gatekeeper, especialmente quando se trata de inovação com o objetivo de ganhos ao usuário final.

O conceito de contestability foi disseminado a partir da obra de Baumol, Panzar e Willig, de 1982¹⁸. Segundo esse conceito, um mercado contestável não oferece barreiras à entrada nem custos para a saída (sunk costs). Segundo FARINA (1990), a força da concorrência potencial é a responsável pela seleção entre as empresas e não a entrada efetiva de novas, como ocorre na microeconomia tradicional. Nas palavras da autora, “Um mercado é dito contestável se as firmas estabelecidas são vulneráveis à entrada tipo hit and run. Isso quer dizer que face a perspectiva de obter lucros extra-econômicos, firmas concorrentes potenciais poderão ser atraídas para esse mercado e beneficiar-se do

¹⁸ BAUMOL, W. J.; PANZAR, J. C.; WILLIG, R. D. Contestable markets and the theory of industry structure. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

lucro, antes que as empresas estabelecidas possam alterar seus preços e, se necessário, sair do negócio.”

Viscusi (2005) defende, ainda, que um mercado é perfeitamente contestável se três condições forem satisfeitas. Primeiro, que novas empresas não enfrentem desvantagens em relação às empresas existentes. Isso significa que as novas empresas tenham acesso à mesma tecnologia de produção, preços de insumos, produtos e informações sobre a demanda. Em segundo lugar, os custos irre recuperáveis são zero; ou seja, todos os custos associados à entrada são totalmente recuperáveis. Isso significa que uma empresa pode sair do setor sem custos. Se a entrada exigir a instalação de estrutura de produção ao custo K , os custos irre recuperáveis são zero se, ao sair do negócio, a empresa puder vendê-lo por K (excluídos os custos de depreciação). A terceira condição é que o atraso de entrada da empresa no mercado é menor do que a defasagem de ajuste de preços para as empresas existentes. A contestabilidade é, portanto, uma teoria para a qual a concorrência potencial desempenha o papel dominante na geração de comportamento das empresas e, conseqüentemente, do mercado (VISCUSI 2005)

Voltando ao DMA, ainda na exposição de motivos, o texto ressalta nos itens 3 e 4 que um número pequeno de gatekeepers com grande poder de mercado possuem controle sobre os ecossistemas e são, devido ao seu tamanho, difíceis de serem desafiados, o que configura grandes barreiras à entrada ou saída, incluindo altos custos de investimento para as novas entrantes. Essas características levam a desequilíbrios sérios à competitividade, preços, qualidade e inovação.

De fato, o texto, em várias passagens que serão analisadas com mais profundidade adiante, sugere que há um direcionamento da peça regulatória no sentido de três aspectos importantes, que são, além da contestability aqui mencionada, as ideias de fairness in competition, considerando o objeto central da norma, que é disciplinar as atividades dos mercados digitais com ênfase na melhoria do ambiente competitivo, coibindo práticas abusivas; e de harmonização, já que a proposta é de que, apesar de cada país-membro da UE possuir sua própria legislação antitruste, o DMA pretende ser uma política regulatória aplicável a todos eles.

Em relação às variáveis “preço” e “quantidade”, o texto regulatório não tem como objeto regular tais elementos. Isso pode ser explicado pelo fato de que o foco da ação regulatória é permitir que mais

empresas tenham acesso ao mercado, (que se percebe com a ênfase na questão da contesabilidade) e , por consequência, torná-lo mais competitivo. Além disso, em um mercado de múltiplos lados, o ativo de interesse das empresas do setor está ligado às externalidades positivas de rede, em que o sucesso do negócio depende de se conseguir um maior número de usuários possíveis em cada um dos lados. Da mesma forma, a quantidade de produto ou serviço produzido não se configura objeto da regulação, já que não se trata de um formato regulatório tradicional. Segundo SALGADO (2003), em um sistema de regulação tradicional, a definição tarifária configura-se como forma de estabelecer um teto para os preços médios de cada produto da empresa, mas esse sistema relaciona-se diretamente à sistemas em que haja monopólio natural, o que não se aplica ao presente caso. A seguir serão detalhados pontos do texto de DMA que descrevem normas para orientar a atuação da atividade dos gatekeepers.

3.1.1 Obrigações de fazer e não fazer e proibições

Com forma de disciplinar a atividade dos gatekeepers, o texto do DMA traz uma lista das obrigações de fazer e não fazer aplicáveis que, a partir delas, o órgão regulador poderá atuar com as devidas penalizações.

É proibido ao gatekeeper: (Art. 5º)

- i) (a) processar, para fins de prestação de serviços de publicidade online, dados pessoais de usuários finais que usam serviços;**
- ii) (b) combinar dados pessoais do serviço essencial de plataforma com dados pessoais de outros serviços fornecidos pelo gatekeeper ou com dados pessoais de serviços de terceiros;**
- iii) (c) Cruzar dados pessoais do serviço essencial de plataforma com outros serviços fornecidos separadamente pelo gatekeeper;**
- iv) (d) conectar usuários finais a outros serviços do gatekeeper para combinar dados;**
- v) (e) aplicar obrigações que impeçam os usuários empresariais de oferecer os mesmos produtos ou serviços para usuários finais por meio de serviços de intermediação online de terceiros ou através do seu próprio canal de**

venda direta online a preços ou condições diferentes daquelas oferecidas através dos serviços de intermediação online do gatekeeper;

vi) (f) impedir ou restringir usuários empresariais ou usuários finais representem sobre qualquer questão de não conformidade com a legislação de cada país ou com a da UE;

vii) (g) exigir que os usuários usem, ofereçam ou interoperem quaisquer serviços da plataforma desse gatekeeper;

viii) (h) exigir que usuários contratem quaisquer outros serviços atrelados ou vinculados aos serviços essenciais de plataforma do gatekeeper;

Art. 13º: i) O gatekeeper não pode segmentar, dividir ou subdividir serviços a fim de contornar os limites quantitativos de seu enquadramento com tal; ii) o gatekeeper não pode se envolver em qualquer comportamento que prejudique o cumprimento efetivo das obrigações dos Artigos 5, 6 e 7 Inclusive por meio de alterações técnicas comportamentais, design de interface, escolhas não neutras (nudging)¹⁹, incluindo diminuição de qualidade dos serviços.

Nesse mesmo sentido, a norma estabelece obrigações aos gatekeepers:

i) (a) O gatekeeper deve permitir que usuários empresariais, gratuitamente, comuniquem e promovam ofertas, inclusive em condições diferenciadas, a usuários finais por meio de seu serviço de essencial de plataforma ou por outros canais, e celebrem contratos com esses usuários finais, independentemente se, para esse fim, eles usam os serviços essenciais de plataforma do gatekeeper

ii) (b) O gatekeeper deve fornecer a cada anunciante ao qual fornece publicidade online serviços ou terceiros autorizados pelos anunciantes, mediante solicitação do anunciante, com informações diárias gratuitas sobre cada anúncio colocado pelo anunciante, sobre:

iii) (1) o preço e as taxas pagas por esse anunciante, incluindo quaisquer deduções e sobretaxas, para cada um dos

¹⁹ De acordo com a teoria da economia comportamental, nudge é um aspecto da arquitetura de escolhas que pode alterar o comportamento das pessoas, sem excluir nenhuma opção nem mudar significativamente nenhum incentivo econômico. “empurrãozinho, cutucada”

serviços de publicidade online relevantes fornecidos pelo gatekeeper;

iv) (2) a remuneração recebida pelo editor, incluindo quaisquer deduções e sobretaxas, sujeitas ao consentimento do editor; e

v) (3) as métricas sobre as quais cada um dos preços, taxas e remunerações são calculados.

Cabe aqui esclarecer que o texto difere os dois tipos de usuários que se relacionam no âmbito dos mercados digitais: O usuário empresarial (business user) e o usuário final (end user). O usuário empresarial é a pessoa ou grupo de pessoas que atuam de forma comercial utilizando os serviços essenciais de plataforma para fins de fornecer produtos ou serviços aos usuários finais ou clientes. Já os usuários finais são os que utilizam produtos ou serviços dos usuários empresariais. Estes podem ou não ser clientes.

Já no Art. 6º, o DMA traz as obrigações que podem ser objeto de posterior detalhamento:

i) O gatekeeper não deve utilizar, em concorrência com usuários empresariais, quaisquer dados que não estejam publicamente disponíveis e que sejam gerados ou fornecidos por esses usuários de negócios no contexto de seu uso de serviços essenciais de plataforma ou dos serviços fornecidos, incluindo dados gerados ou fornecidos pelos usuários finais.

ii) O gatekeeper deve permitir e viabilizar tecnicamente os usuários finais desinstalem facilmente quaisquer aplicativos de software em seu sistema operacional, sem prejuízo do desempenho de aplicativos de software que são essenciais para o funcionamento do sistema operacional ou do dispositivo e que não podem ser tecnicamente oferecidos de forma independente por terceiros.

iii) O gatekeeper deve permitir e viabilizar tecnicamente a instalação e o uso efetivo de aplicativos de software de terceiros ou lojas de aplicativos e permitir que esses aplicativos sejam acessados por outros meios que não os serviços providos pelo gatekeeper. Além disso, deve-se assegurar que o usuário defina quais aplicativos sejam por ele utilizados, bem como eleger qual loja de aplicativos sem qualquer restrição por parte do gatekeeper.

- iv) O gatekeeper não deve tratar de forma mais favorável, na classificação, indexação e rastreamento, serviços e produtos oferecidos pelo próprio gatekeeper em relação a produtos ou serviços de terceiros.**
- v) O gatekeeper deverá fornecer aos anunciantes, mediante solicitação e de forma gratuita, acesso às ferramentas de medição de desempenho do gatekeeper e os dados necessários aos anunciantes para que realizem sua própria medição de desempenho.**
- vi) O gatekeeper não estabelecerá condições para o encerramento da prestação de um serviço e deve assegurar que tais condições de rescisão podem ser exercidas sem dificuldade indevida.**

Aqui o legislador contempla a variável “saída” ao assegurar que um anunciante ou terceiro que preste serviço ao gatekeeper possa interromper a relação comercial sem restrições

Em análise detida às vedações, é possível identificar a que proíbe a prática de self- preferencing, que é a manipulação de dados que favorece o ranking de produtos e serviços da empresa em detrimento de outros anunciantes que também utilizam o mesmo canal de vendas. De acordo com o relatório do CMA, a prática não seria abusiva per se, mas pondera que, em mercados com altas barreiras à entrada e em que as plataformas sejam infraestruturas de intermediação essenciais para a competição, o ônus da prova seja invertido de forma a que caiba às empresas demonstrar que a conduta não terá efeitos deletérios sobre o mercado no longo- prazo. Além disso, o relatório argumenta que os casos de violação por self-preferencing incluam casos em que houver aumento do poder de mercado da plataforma no mesmo mercado ou em um mercado adjacente, e em casos em que plataforma não consiga apresentar um racional pró- competitivo para a conduta. Além disso, em casos de violação, remédios comportamentais podem ser suficientes para assegurar a manutenção dos requisitos competitivos, além da obrigação de compartilhamento de dados para compensar as perdas competitivas geradas ao longo do tempo.

Por outro lado, o texto destaca a questão do multi-homing como instrumento que favorece a competição entre mercados, quando prevê que as empresas ofereçam e promovam serviços e produtos em outros lugares (com preços iguais ou melhores), com o uso simultâneo de plataformas distintas de busca por produtos ou serviços, o que dá ao usuário a possibilidade de acesso à diferentes fontes de compra, em

plataformas distintas, para o mesmo produto ou serviço. Um cenário oposto ao multi-homing, é o de single-homing, que, na análise de Pereira Neto (2020), “ Em mercados de single-homing, a competição entre as diversas plataformas costuma ocorrer no momento da adesão. Assim, a competição pela adesão do consumidor nesses mercados tende a ser mais intensa. Mercados de multihoming, por sua vez, usualmente permitem a adesão do consumidor a múltiplas plataformas digitais simultaneamente, transferindo a competição para o momento do uso das plataformas. Nesse contexto, considerando que o consumidor toma uma nova decisão a cada interação, a intensidade da competição entre plataformas costuma estar ligada à conquista do usuário no momento do uso. Dessa forma, a tendência de um determinado mercado ao single-homing ou ao multihoming é, sem dúvida, uma variável importante na compreensão da dinâmica competitiva de mercados digitais. Não obstante, considerando que o multihoming pode ter efeitos distintos em cada mercado digital, é importante que esse elemento seja analisado caso a caso e com cautela pelas autoridades antitruste ao redor do mundo. ”

O que se percebe sobre a proposta do DMA é que ela objetiva estimular a concorrência entre plataformas e por meio delas, impedindo que as vantagens existentes na concentração dos mercados digitais se perpetuem gerando ecossistemas impenetráveis. Para isso, a imposição do código de conduta às gatekeepers, (que aqui podemos também chamar de bigtechs) onde se procura mitigar as práticas que ensejem abuso de posição dominante, realizando monitoramento das atividades com previsão de penalidades e remédios a serem aplicados em casos de empresas desviantes.

Outro elemento trazido no texto que merece atenção é o de mercado de múltiplos lados, (que pode também ser chamado de mercado de dois lados) que tem como expoentes, Jean Charles Roched e Jean Tirole²⁰. Eles definem que “um mercado é de dois lados se a plataforma pode afetar o volume de transações por meio da cobrança maior a um lado do mercado e da redução do preço pago pelo outro lado na mesma medida; em outras palavras, a estrutura de preços importa, e as plataformas devem concebê-la de forma a trazer ambos os lados a bordo” (tradução livre)

²⁰ ROCHET, Jean Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: An Overview. Toulouse, France: 2006.

A OCDE, por sua vez, define a plataforma de dois lados de duas formas distintas:

“O primeiro elemento é que há dois grupos distintos de consumidores que dependem um do outro de alguma forma e que contam com a plataforma para intermediar as relações entre eles. Uma plataforma de dois lados fornece bens ou serviços simultaneamente a esses dois grupos.

O segundo elemento é a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores. Ou seja, o valor que o consumidor de um dos lados dá à plataforma cresce com o número de consumidores no outro lado. Por exemplo, uma plataforma de busca é tão mais valiosa para anunciantes quanto mais provável for que eles atinjam um grande número de compradores potenciais. (...)

O terceiro elemento é a ausência de neutralidade na estrutura de preços, o que significa que a estrutura de preços da plataforma afeta o nível de transações. A estrutura de preços é a forma como os preços estão divididos entre os consumidores nos dois lados do mercado. A plataforma pode afetar o volume de transações cobrando mais de um lado do mercado e reduzindo o preço pago pelo outro lado no mesmo valor. Considerando a importância da estrutura de preços, a plataforma deve desenhá-la de forma a induzir ambos os lados a utilizar a plataforma”²¹

São exemplos de plataformas de múltiplos lados o Facebook e o LinkedIn, que são utilizado por usuários de lados opostos, bem como anunciantes, provedores de conteúdo e outros sites afiliados ou parceiros.²²

Muito embora o cerne do que propõe o DMA seja a imposição de um código de conduta aos gatekeepers, há também outros elementos considerados pela proposta que são objeto de regulação. Quando o legislador exige, por exemplo, que as empresas divulgem as bases de cálculo utilizadas para a formação de preços e ou taxas cobrados dos anunciantes (Art. 5º), o instituto que se pretende assegurar é o da transparência. Embora o conceito esteja mais intimamente ligado à atividade pública, especialmente no que diz respeito à transparência

²¹ OCDE. Two-sided markets.2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>

²² Nota técnica nº 15/2018/CGAA2/SGAI/SG/CADE disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBwJuCNj4l75LGYGmkxvGGA3KsZ7gMbeOyJAUp4rJ9vx9C3faktSMw8hS oMgRRVdtQJwj7ACTjy7bWkuQ92ZDz

dos atos governamentais, como forma de controle social e exercício da democracia, o DMA propõe que as empresas, por meio da transparência, assumam uma responsabilidade diante da sociedade, ao mesmo tempo em que torne possível à autoridade regulatória realizar o monitoramento da regulação.

Entre as medidas de monitoramento, o DMA traz um rol de procedimentos a serem adotados caso seja necessário abrir investigação sobre determinada conduta do gatekeeper. O primeiro ato da autoridade diante de uma suposta conduta, é a solicitação de informações. O Art. 21º determina que: “Ao enviar um simples pedido de informação a uma empresa ou associação de empresas, a autoridade indicará a base jurídica e o objetivo do pedido, especificará quais informações são necessárias e fixará o prazo para resposta, bem como as sanções previstas no artigo 30.º aplicáveis ao fornecimento informações ou explicações incompletas, incorretas ou enganosas.” Como parte do processo de investigação, a autoridade poderá realizar entrevistas e inspeções locais e em documentos, registros, bases de dados e relatórios, sempre que as informações prestadas pelos gatekeepers não sejam devidamente esclarecedoras, conforme previsto nos Art. 22 e 23 da proposta.

Finalmente, se comprovada a infração ao disposto na norma, notadamente no que preveem os Art. 5º, 6º ou 7º, a Autoridade poderá adotar medidas punitivas, previstas no Art. 30:

“A Autoridade pode aplicar ao gatekeeper multas não superiores a 10 % do seu volume de negócios total mundial no exercício financeiro anterior, quando considerar que o gatekeeper, intencionalmente ou negligentemente, não cumprir:

- a) Qualquer das obrigações previstas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º;
- b) Medidas especificadas nos termos do artigo 8.º, n.º 2;
- c) impostos nos termos do artigo 18.º, n.º 1;
- d) Medidas provisórias ordenadas nos termos do artigo 24.º;
- ou
- e) compromissos tornados juridicamente vinculativos nos termos do artigo 25.

2. Não obstante o parágrafo 1 deste artigo, a Comissão pode impor a um gatekeeper multa até 20% do seu volume de negócios total mundial no período financeiro anterior ao ano em que constatar a infração igual ou semelhante a obrigação prevista nos artigos 5.º, 6.º ou 7.º em relação ao serviço essencial de

plataforma que foi considerado não-conformie nos 8 anos anteriores”²³

Diante de todo e exposto, o que é possível inferir é que o DMA apresenta-se como uma regulação de conduta, primordialmente, mas que busca assegurar que não haja barreiras à entrada quando trata da questão da contestability. Além disso, a proposta busca mitigar a ocorrência de abuso de posição dominante por parte dos gatekeepers que atuam como gateways, ou seja, conectam as duas extremidades da plataforma de múltiplos lados e, com isso, tendem a concentrar os incentivos. Não foi objeto do Projeto regular preço ou quantidade dos produtos ou serviços ofertados, mas sim promover uma maior transparência nas atividades dos gatekeepers, propor uma política de compliance a ser seguida por eles e, com isso, propiciar aos consumidores finais um mercado mais competitivo. Na análise do Projeto de Lei brasileiro, será avaliada a presença de, além das variáveis que justificam a regulação (preço, quantidade, entrada e saída), também as mesmas que foram contempladas no DMA.

3.2 O Projeto de Lei nº 2630/2020

O projeto de lei, de autoria do Senador Alessandro Vieira, trata de instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Também chamada de “Lei das fakenews” o texto prevê a criação de uma política de compliance a ser seguida pelas empresas de tecnologia, mais especificamente as redes sociais e as que oferecem serviços de mensageria. O PL tem como objetivos combater a desinformação, impor transparência sobre conteúdos pagos disponibilizados para o usuário e combater o uso de contas inaltênticas para disseminar desinformação. O alvo da proposta são os serviços de rede social com mais de dois milhões de usuários registrados.

Quanto às vedações, são impostas às empresas: i) uso de contas inaltênticas, ou seja, contas criadas ou usadas com o propósito de disseminar desinformação ou assumir identidade de terceira pessoa para enganar o público; ii) uso de disseminadores artificiais, os chamados robôs, que são as tecnologias empregadas para simular, substituir ou facilitar atividades de humanos na disseminação de conteúdo; iii) uso de redes de disseminação de desinformação, que são redes coordenadas por pessoa ou grupo de pessoas para impactar

²³ Isso significa que a multa pode ser de 10% em casos de primeira infração e de até 20% em casos de reincidência nos últimos 8 anos

artificialmente a distribuição de conteúdo e iv) Conteúdos patrocinados não rotulados, conteúdo criado, postado compartilhado ou oferecido em troca de pagamento pecuniário sem a devida informação ao usuário.²⁴

O texto traz ainda o rol de sanções a que estão sujeitas as empresas desviantes:

- I - Advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
 - II - Multa;
 - III- Suspensão temporária das atividades;
 - IV - Proibição de exercício das atividades no país.
- §1º Para fixação e gradação da sanção, deverão ser observados:
- I - a gravidade do fato, a partir da consideração dos motivos da infração e das consequências nas esferas individual e coletiva;
 - II - a reincidência na prática de infrações previstas nesta Lei;
 - III - a capacidade econômica do infrator, no caso de aplicação da sanção prevista no inciso II do caput.”

Análise da SEAE baseia-se no Guia de Avaliação da Concorrência (Competition Assessment, 2017) que considera, para fins de análise de impacto, os efeitos concorrenciais relacionados a: i) limitação do número ou na variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; iii) diminuição do incentivo à competição; e iv) limitação nas opções dos clientes e na informação disponível.

Para além dos elementos aqui citados, o texto do PL prevê as competências do poder público, a definição de medidas de combate a desinformação, além do estabelecimento de regras para assegurar a transparência em relação a conteúdos patrocinados.

Em análise feita pela SEAE acerca do projeto, foram apontados alguns elementos que, segundo os parâmetros utilizados pela secretaria, geram efeitos anticoncorrenciais. No parecer SEI n° 30872/2020/ME, a SEAE analisou o Art. 8º, aqui transcrito:

- “Art. 8º Os serviços de mensageria privada que ofertem serviços vinculados exclusivamente a números de celulares ficam obrigados a suspender as contas de usuários que tiveram os contratos rescindidos pelas operadoras de telefonia ou pelos usuários do serviço.
- § 1º Para o cumprimento do caput, os serviços de mensageria privada deverão solicitar os números objeto de contratos rescindidos às operadoras de telefonia, que os disponibilizarão,

²⁴ PL n° 2630/2020 disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1648639813988&disposition=inline>

sem acréscimo de quaisquer outros dados cadastrais, conforme regulamentação.

§2º O disposto no caput não se aplica aos casos em que os usuários tenham solicitado a vinculação da conta a novo número de telefone."

A análise considera que o disposto no artigo oferece risco concorrencial ao limitar o número ou variedade de fornecedores. Segundo a SEAE, "... ao dispor sobre a obrigatoriedade do cancelamento, o legislador interfere em relação contratual privada e na própria autonomia do serviço de mensageria de estabelecer sua atividade. O chamado "efeito disruptivo" das aplicações de internet tem como causa fundamental a liberdade de empreender e inovar, ou seja, a ausência de constrições regulatórias." Além disso, pondera que "... o dispositivo impõe uma regra uniformizadora de como os serviços de mensageria privada deverão agir para solicitar os números desabilitados às operadoras de telefonia para validar a suspensão ou não de contas no serviço. A SEAE entende que este dispositivo possui o potencial de limitar a possibilidade de produção e inovação de alguns serviços de mensageria sobre as outras, dado que estabelece prescrições que recomendam e obrigam os serviços de mensageria privada a empregar um determinado procedimento, específico e regulado, para validar a suspensão ou não de contas no serviço. Logo, o projeto potencialmente limita a oportunidade do setor regulado de adotar soluções tecnológicas de menor custo que alcancem os mesmos resultados ou efeitos almejados pelo legislador-regulador."

Nesse sentido, a SEAE percebe que esse dispositivo pode impedir a entrada de outros competidores no ramo de mensageria, especialmente aqueles menores, que não possuam a mesma capacidade de absorção dos custos dos players que já estão consolidados no mercado.

Outro elemento levado em conta na análise foi a proibição dos disparos em massa de mensagens por parte das empresas de mensageria. O texto do PL prevê:

"São vedados o uso e a comercialização de ferramentas externas aos provedores de serviços de mensageria privada voltadas ao encaminhamento em massa de mensagens, ressalvada a utilização de protocolos tecnológicos padronizados para a interação de aplicações de internet. O provedor de serviços de mensageria privada deverá tomar medidas, no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço, para coibir o uso dessas ferramentas".

Sobre isso a SEAE aponta três possíveis impactos negativos sobre a concorrência: i) limitação no número ou na variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; iii) limitação nas opções dos clientes e na informação disponível.

A análise pondera que tais vedações podem interferir no nível de inovação e de liberdade do empreendedor e que possíveis mecanismos para coibir condutas ilícitas poderiam ser endereçados de forma ex post com a devida aplicação de penalidades. Além disso, a NT explica que, na prática, o dispositivo criaria uma reserva de mercado, onde somente as ferramentas internas das mensagerias poderiam ofertar o serviço.

Outro ponto considerando prejudicial à concorrência foi o disposto no Art. 12 do PL:

“Os provedores de aplicação de internet submetidos a esta Lei devem garantir o direito de acesso à informação e à liberdade de expressão de seus usuários nos processos de elaboração e aplicação de seus termos de uso, disponibilizando mecanismos de recurso e devido processo.

§ 1º Em caso de denúncia ou de medida aplicada em função dos termos de uso das aplicações ou da presente Lei que recaia sobre conteúdos e contas em operação, o usuário deve ser notificado sobre a fundamentação, o processo de análise e a aplicação da medida, assim como sobre os prazos e procedimentos para sua contestação.

§ 2º. Os provedores dispensarão a notificação aos usuários se verificarem risco: I - de dano imediato de difícil reparação; II - para a segurança da informação ou do usuário; III - de violação a direitos de crianças e adolescentes; IV - de crimes tipificados na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989; V - de grave comprometimento da usabilidade, integridade ou estabilidade da aplicação.

§ 3º. Deve ser garantido pelo provedor o direito de o usuário recorrer da indisponibilização de conteúdos e contas.

§ 4º. Havendo dano decorrente da caracterização equivocada de conteúdos como violadores dos padrões de uso de aplicações ou do disposto na presente Lei, caberá ao provedor de redes sociais repará-lo, no âmbito e nos limites técnicos do serviço.

§ 5º. O prazo de defesa será diferido nos casos de conteúdo que use imagem ou voz manipuladas para imitar a realidade, com o objetivo de induzir a erro acerca da identidade de candidato a cargo público, ressalvados o ânimo humorístico ou de paródia.

§ 6º. A decisão do procedimento de moderação deverá assegurar ao ofendido o direito de resposta na mesma medida e alcance do conteúdo considerado inadequado.”

Sobre este dispositivo, a SEAE entende que há limitação no número ou na variedade de fornecedores, uma vez que se exige das empresas o estabelecimento de uma política de compliance, que devido ao seu custo de implantação, podem resultar dissuasórios para as empresas menores, desincentivando o empreendedorismo na área. Aliado a isso, o parecer aponta para o alto risco de liability, já que, devido a subjetividade da norma, qualquer descontentamento na aplicação dela pode gerar judicialização.

Sobre a previsão de criação de um Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, o parecer assinala que pode haver prejuízo à competição, considerando as competências que seriam atribuídas a esse Conselho. De acordo com o texto, há alto risco de captura, uma vez que os maiores players poderiam se valer do instituto para se articular, obter mais benefícios e com isso dificultar a entrada de novas empresas.

Sobre a autorregulação, cabe aqui uma menção mais detida do que prevê o Art. 30 do PL:

“CAPÍTULO V

DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Art. 30. Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderão criar instituição de autorregulação voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet, com as seguintes atribuições:

– criar e administrar plataforma digital voltada à transparência e à responsabilidade no uso da internet, que contenha regras e procedimentos para decidir sobre a adoção de medida informativa, atendendo ao disposto nesta Lei;

- assegurar a independência e a especialidade de seus analistas;

- disponibilizar serviço eficiente de atendimento e encaminhamento de reclamações;

IV - estabelecer requisitos claros, objetivos e acessíveis para a participação dos provedores de redes sociais e serviços de mensageria privada;

V - incluir em seu quadro uma ouvidoria independente com a finalidade de receber críticas e avaliar as atividades da instituição; e

VI - desenvolver, em articulação com as empresas de telefonia móvel, boas práticas para suspensão das contas de usuários cuja autenticidade for questionada ou cuja inautenticidade for estabelecida.

§ 1º A instituição de autorregulação deverá ser certificada pelo Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet.

§ 2º A instituição de autorregulação poderá elaborar e encaminhar ao Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet relatórios trimestrais em atendimento ao disposto nesta Lei, bem como informações acerca das políticas de uso e de monitoramento de volume de conteúdo compartilhado pelos usuários dos serviços de mensageria privada.

§ 3º A instituição de autorregulação aprovará resoluções e súmulas de modo a regular seus procedimentos de análise.”

Sobre a indução da autorregulação, o parecer assevera que a criação de instituição compulsória de autorregulação por parte dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria é potencialmente problemática. Nos termos do parecer técnico:

“ A indução da autorregulação sugerida no artigo 30 pode ser ainda mais danosa em função da possibilidade de exercício do papel de “criar e administrar procedimentos em plataforma digital, voltada à transparência e responsabilidade no uso da internet”, “desenvolver em articulação com as empresas de telefonia móvel, boas práticas para suspensão de contas de usuários cuja autenticidade for questionada ou inautenticidade estabelecida”, além de previsão de que a “A instituição de autorregulação aprovará resoluções e súmulas de modo a regular seus procedimentos de análise.” Tais responsabilidades acarretam a possibilidade de adoção de normativas que podem influenciar diretamente a atividade econômica desenvolvida pelas redes sociais e de mensageria, podendo levar a normas anticoncorrenciais ou que vão de encontro à livre iniciativa.

Assim, ainda que a ideia de autorregulação do setor possa ser positiva, tal organização deve surgir de maneira espontânea, resultado da maturidade institucional dos agentes econômicos envolvidos. Uma ratificação da validade das práticas e costumes do mercado como instrumento interpretativo dos dispositivos seria suficiente para garantir autonomia aos agentes econômicos. Entretanto, sua indução por meio de imposição legal tem o potencial de produzir efeitos diametralmente opostos aos desejados, resultando em normas e comportamentos lesivos à concorrência, especialmente a novos entrantes. ”

Cabe aqui ressaltar que regulação econômica e autorregulação são institutos diferentes. Enquanto a regulação estatal é uma das formas de intervenção direta do Estado na economia, a autorregulação é a forma de regulação que surge a partir do interesse dos autores econômicos atuantes em um dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento desse sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das

interferências externas, de origem estatal ou não.²⁵ Em outras palavras, é a gestão da atividade econômica feita pelos próprios regulados. Ocorre que a autorregulação pressupõe autonomia do regulado em razão da maturidade do setor, geralmente decorrente de algum tempo de atividade econômica, que permita as empresas um grau de autoconhecimento e do mercado. Além disso, mesmo em setores com regulação consolidada, cabem críticas doutrinárias à autorregulação por gerarem a institucionalização de genuínas corporações de ofício, que nas palavras de GRAU (2000), desconstrói a figura das instituições reguladas como espaços públicos. Com isso, a SEAE entende que o instituto da autorregulação deveria surgir de forma espontânea dos seus membros, como decorrência de um amadurecimento natural do setor e das empresas.

Nesse sentido, a SEAE recomenda a alteração dos dispositivos aqui apontados e indica a presença de seis elementos que podem potencialmente reduzir os efeitos concorrencias da norma, quais sejam: a) Redução na variedade de produtos e limitação na inovação; b) Proibição de disparos em massa; c) A proposta legislativa impõe um custo significativo para o Compliance da norma; d) Potencial risco de vulnerabilidade regulatória do Conselho; e) Autorregulação e possível comportamento anticoncorrencial; f) Inestimáveis danos à competitividade brasileira.

Trazidos os elementos do parecer aqui resumido, diante do que propõe o PL brasileiro, seguem-se algumas considerações sobre a análise realizada.

O Guia de Avaliação da concorrência da OCDE (Competition Asssessment Toolkit) oferece uma metodologia geral para identificar restrições regulatórias desnecessárias e desenvolver políticas alternativas, menos restritivas, que ainda atinjam os objetivos do governo. Um dos principais elementos do Toolkit é uma lista de verificação que faz uma série de perguntas simples para analisar leis e regulamentos que têm o potencial de restringir desnecessariamente a competição. O material pode ser usado pelos governos de três maneiras principais: i) por órgãos governamentais envolvidos no desenvolvimento e revisão de políticas, como autoridades de concorrência ou de advocacia da concorrência em sua avaliação dos impactos concorrenciais das regulamentações; ii) em uma avaliação global das leis e regulamentos existentes (na economia como um todo

²⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Op. cit., p. 83.

ou em setores específicos); iii) na avaliação de projetos de lei e regulamentos.²⁶

Conforme informado pela SEAE, a análise de impacto realizada leva em consideração quatro variáveis: i) limitação do número ou na variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; iii) diminuição do incentivo à competição; e iv) limitação nas opções dos clientes e na informação disponível.

Com isso, pode-se dizer que a SEAE contempla indiretamente uma das variáveis que justificam a regulação, que é a entrada ou saída de empresas no mercado. Quando são levados em conta a limitação do número ou na variedade de fornecedores e a diminuição do incentivo à competição, pode-se inferir que está sendo avaliado se o mercado em análise permite a entrada/saída de novas empresas. Do mesmo modo, a avaliação levada a cabo pela SEAE não contempla as variáveis preço e quantidade, mas isso se deve ao fato, também, de que a proposta não tem como objeto a regulação de preços ou de quantidade de produtos ou serviços. Retomando o que traz o resumo constante no texto do PL brasileiro, que diz se tratar de uma proposta para promover “liberdade, responsabilidade e transparência na internet”, é possível compreender que, a exemplo do que foi abordado no DMA, a proposta não se configura como uma política regulatória tradicional, que necessariamente leva em consideração as variáveis alvo da regulação (preço, quantidade, entrada e saída), mas que pretende impor mecanismos para que as empresas prestem informações sobre suas operações no Brasil, tais como, critérios utilizados para fazer moderação de conteúdo, como as informações que circulam entre plataformas podem se apresentar como fake news e, caso sejam assim enquadradas, quais medidas podem ser tomadas contra os perfis ou autores dessas informações falsas.

Outro objetivo buscado pela peça brasileira é identificar conteúdo impulsionado, para que se possa indentificar se o que está sendo veiculado é patrocinado ou não. Isso fornece informações para o usuário sobre a origem daquela informação e permite que, entre outras coisas, seja conhecida a origem da informação. Outro aspecto que foi especificamente tratado na proposta, foi a tentativa de restrição dos serviços de comunicação interpessoal (mensageria ou mídias digitais) para que não se tornem instrumentos de comunicação em massa.

²⁶ Competition Assessment Toolkit – OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>

Considerando o objetivo da norma, que é promover a liberdade e responsabilidade, em um mercado que não dispõe de mecanismos de controle de conteúdo, o uso dessas plataformas para disseminação de informações em massa foi um aspecto considerando danoso para a sociedade.

Assim, para além da análise levada a cabo pela SEAE, pode-se perceber que há outros objetivos de transparência buscados pela norma que não se restringem aos impactos concorrenciais constantes nela, mas também, ou como forma de garantir competitividade, aspectos de responsabilização das plataformas além dos aspectos regulatórios tradicionais.



4 CONCLUSÕES

O trabalho demonstrou que ambas as propostas regulatórias, o Projeto de Lei nr. 2630/2020 e o Digital Markets Act, se baseiam na regulação ex ante dos mercados digitais. Essa regulação seria uma forma de influenciar as condutas das empresas com o objetivo de promover um ambiente concorrencial mais equilibrado nos mercados digitais. Isso ocorre porque se chegou à conclusão que somente o controle de condutas, ex post, por meio da política de defesa da concorrência não seria suficiente para garantir o equilíbrio concorrencial no setor,

Nesse sentido, o texto do DMA procura, por meio das vedações e das políticas de compliance previstas, mitigar o poder de mercado dos gatekeepers, incentivar a entrada de novos players e, com isso, permitir que as empresas já consolidadas nesse mercado possam ser contestadas, o que é importante para estimular a entrada e a concorrência com as empresas incumbentes. Da mesma forma, determina que as empresas que desejem ou necessitem deixar o mercado não enfrentem custos ou critérios abusivos na saída. Além disso, por meio da promoção da transparência, o DMA, fomenta a competição entre plataformas e através delas, na medida em que essa transparência permite uma leitura mais fidedigna do mercado por parte das empresas desafiadas. e permitindo que os usuários disponham de informações suficientes para a tomada de decisões de consumo. Isso estimula o multihoming e diminui o efeito lock in, fomentando a concorrência.

O trabalho comparou o DMA com o PL nº 2630/2022, com o objetivo de verificar se o projeto de lei brasileiro endereça esses mesmos pontos e, desse modo, viabiliza a adoção da regulação ex ante de mercados digitais no Brasil. O PL nº 2630/2022 foi utilizado porque, entre os Projetos de Lei submetidos à análise da SEAE entre 2015 e 2020, somente este tratou de disciplinar a atuação de empresas de tecnologia à luz da política de concorrência em mercados digitais.

Sensivelmente diferente do que pretende o DMA, o PL brasileiro também aborda as questões relacionadas à transparência e responsabilidade, mas em um universo mais ligado ao controle da

disseminação de informações falsas e/ou criminosas, do que voltada à regulação de mercados digitais mais amplo.

O PL pretende criar no mercado brasileiro uma regulamentação para controlar o conteúdo que circula nas plataformas digitais no que se refere à disseminação de informações falsas. Além disso, o PL não trata a questão da contestabilidade de forma direta, nem pretende atuar na limitação do poder de mercado das grandes empresas de tecnologia de forma estrutural, mas apenas tenta controlar as informações que circulam nas plataformas (especialmente nas de mensageria eletrônica) sem propor um controle de condutas mais abrangente que possa estimular a concorrência em mercados digitais.

Um ponto convergente em ambas as peças é que nenhuma delas teve como objeto regular preço ou quantidade de serviços prestados, portanto as variáveis que justificam a regulação não foram alvo dos legisladores. Por outro lado, a regulação de condutas, com objetivo de conter o poder de mercado das grandes empresas de tecnologia foi ponto comum entre elas, com a distinção de que o DMA possui um campo de atuação mais amplo do que o PL brasileiro e pretende ser uma política a ser utilizada por toda a União Europeia e no Reino Unido, além de estabelecer regras claras de monitoramento da política e punição de empresas desviantes e critérios de enquadramento das empresas-alvo da norma.

Além disso, embora o PL brasileiro proponha estabelecer limites de atuação para empresas de tecnologia do mercado (mais especificamente no que diz respeito ao controle de conteúdo disseminado nas plataformas digitais) ele não endereça as variáveis que justificam a regulação econômica, tampouco atua de forma direta no sentido de propor uma política regulatória, restando assim uma lacuna ser preenchida, especialmente se comparado com o que pretende o DMA.

Cabe lembrar que nos Estados Unidos, país onde as iniciativas de regulação do setor também partem do legislativo, por meio de Projetos de Lei, e não da esfera administrativa, só em 2021 foram apresentados cinco projetos que trataram do tema, com escopo e objetivos orientados a conter o poder de mercado das chamadas Bigtechs. No Brasil, de 2015 a 2020, somente um PL foi apresentado e analisado pela SEAE. Outro fator que cabe destaque é que o processo de concepção do texto do DMA foi precedido da produção de grande volume de

dados e relatórios que forneceram as informações necessárias para a elaboração de uma política regulatória específica para o setor.

Entende-se, por fim, que no Brasil, embora o debate seja crescente, tanto no aspecto acadêmico, quando no âmbito da aplicação, não há uma proposta de política de regulação em mercados digitais, que pretenda, de fato, disciplinar a atuação das grandes empresas de tecnologia no sentido da preservação do ambiente concorrencial equilibrado. O controle ex post, por meio da política de defesa da concorrência, ainda é a principal ferramenta de controle da concorrência nos mercados digitais.

O PL analisado neste trabalho e pela SEAE não endereça as quatro variáveis chave para a regulação econômica: entrada, saída, preços e quantidade. Portanto, ele não pode ser considerado uma peça para a regulação econômica ex ante de mercados digitais. Desse modo, resta uma via aberta e ainda não explorada de possíveis ações por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo, por meio de Projetos de Lei, para a regulação dos mercados digitais no Brasil. Fato é que este trabalho mostrou, por meio da comparação entre as propostas brasileiras e o Digital Markets Act, que atualmente essa regulação não existe no Brasil.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

AUTOR, D.; et al. The fall of the labor share and the rise of superstar firms. The Quarterly Journal of Economics. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 – Lei de Defesa da Concorrência. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

BRASIL. Cade. Nota Técnica Nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. 2018. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBwJuCNj4l75LGYGmkxvGGA3KsZ7gMb
eOyJAUp4rJ9vx9C3faktSMw8hSoMgRRVdtQJwj7ACTjy7bWKuQ92ZDz

BRASIL. Cade. Mercados de Plataformas Digitais. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>

CREMER; J; MONTJOYE, Y-A; SCHWEITZER, H. Competition policy for the digital era. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

CMA. Competition and Markets Authority Annual Plan 2020/21. 2020. Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authority-annual-plan-2020-to-2021>

FRANK, J - U; PEITZ, M. Market Definition and market power in the platform economy. CERRE. Centre on regulation in Europe. 2019. Disponível em: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/report_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf

LANCIERI, F.M.; SAKOWSKI, P.A.M. Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão de relatórios especializados. Documento de Trabalho Cade n. 5. 2020. Disponível em: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados (cade.gov.br)

NASCIMENTO, C.B.L. Dificuldades de Regulação Econômica: uma Leitura das Teorias de Regulação. RJLB. N.4, 2015.

NETO, C.M.S.P. Defesa da concorrência em plataformas digitais [recurso eletrônico] São Paulo : FGV Direito SP, 2020.

OCDE. Two-sided markets. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>

OECD. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. 2018. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm

Relatório EBIT NIELSEN. Disponível em: Insights – Page 2 – NielsenIQ

PETIT, N.; TEECE, D. J. Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy. Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD. 2020.

ROCHET, J.C.; TIROLE, J. Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association. V.1, n.4, p. 990-1029. 2003.

SALGADO, L.H. IPEA - Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual desenho institucional, IPEA 2003. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2859/1/TD_941.pdf

Stigler Comittee on Digital Plataforms. Disponível em: [digital-platforms--committee-report---stigler-center.pdf](https://www.stiglercenter.org/wp-content/uploads/2022/07/digital-platforms-committee-report---stigler-center.pdf) (chicagobooth.edu). Acesso em 29 de julho de 2022.

THE CMA DIGITAL MARKET STRATEGY.2021. Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/competition-and-markets-authoritys-digital-markets-strategy/the-cmas-digital-markets-strategy-february-2021-refresh>

VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON, JOSEPH E. , Jr. , John M. Vernon – 4th edition. "Economics of Regulation and Antitrust" MIT Press Books, volume 1, number 0262038064, April.

World Reports on Digital Markets. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/events/antitrust-competition-conference/world-reports-on-digital-markets>

WIGGER, A.; BUCH-HANSEN, H. The Ascendancy of Neoliberal Competition Regulation in the European Community / A Ascensão Da Regulação Concorrencial De Caráter Neoliberal Na Comunidade Europeia." Revista Direito E Práxis . v.7, n..4, p. 610-42, 2016

idn



idp

A ESCOLHA QUE
TRANSFORMA
O SEU CONHECIMENTO