

Contribuição do Idec sobre a regulação econômica: aspectos Econômicos, Concorrenciais e Consumeristas de Plataformas Digitais

Março de 2024

Contribuições do Idec sobre Regulação econômica de Plataformas Digitais¹

*Tomada de Subsídios nº 1 de 18 de janeiro de 2024
Secretaria de Reformas Econômicas do Ministério da Fazenda*

Introdução

O Idec (Instituto de Defesa de Consumidores) é uma organização da sociedade civil brasileira fundada em 1987 para defender os direitos do consumidor. Em atuação completamente independente de governos, empresas e partidos políticos, seu trabalho inclui a defesa de direitos dos usuários de serviços públicos, a luta por relações econômicas justas e equilibradas, e a ampliação do acesso a bens e serviços essenciais.

Atuando na intersecção de temas relacionados à proteção de dados, concorrência e defesa do consumidor, percebemos como o **poder econômico** das plataformas digitais condiciona e limita o exercício desses direitos ao modelo de negócio das grandes plataformas digitais. Com o poder econômico impactando não somente mercados, mas também consumidores e inclusive democracias, a intervenção nos mercados por meio da regulação econômica deverá servir à diminuição de desigualdades no ambiente concorrencial a partir da solução do problema pela raiz: os modelos de negócios.

Em síntese, a regulação econômica de plataformas digitais deve reconhecer a **vulnerabilidade dos consumidores no ambiente digital**. A regulação possibilitará aos consumidores uma diminuição da assimetria informacional e maior poder de decisão na utilização de plataformas digitais. Além disso, a regulação, enquanto uma política pública, também deve ser capaz de fomentar **novas formas de ser e estar na Internet** para além do modelo de negócio das plataformas digitais.

Para esse processo, é essencial que essa discussão seja multissetorial e participativa, contemplando os interesses de todos os atores impactados em prol de uma regulação capaz de proporcionar mercados mais justos, equânimes e transparentes. O objetivo primordial da regulação é tornar o ecossistema digital mais seguro e inclusivo aos consumidores finais.

¹ Contribuições elaboradas por Marina Fernandes de Siqueira e Camila Leite Contri, respectivamente advogada e coordenadora do Programa de Telecomunicações e Direitos Digitais do Idec.

Sumário

I – Objetivos e racional regulatório.....	4
1. <i>Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil?.....</i>	4
1.1. <i>Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?.....</i>	6
1.2. <i>Em qual medida o contexto brasileiro se aproxima ou se diferencia do contexto de outras jurisdições que adotaram ou estão considerando novas regulações para plataformas digitais? Quais casos, estudos, ou exemplos concretos no Brasil indicariam a necessidade de revisão do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro?.....</i>	7
II – Suficiência a adequação do modelo de regulação econômica e defesa da concorrência atual.....	10
2. <i>O arcabouço legal e institucional existente para defesa da concorrência – notadamente a Lei no 12.529/2011 – é suficiente para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais? Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual? Que aperfeiçoamentos seriam desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?.....</i>	10
3. <i>A Lei no 12.529/2011 estabelece, no §2o do artigo 36 que: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.” As definições da Lei 12.529/2011 relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas, da forma como são aplicadas, para identificar poder de mercado de plataformas digitais? Se não, quais as limitações?.....</i>	15
4. <i>Algumas condutas com potenciais riscos concorrenciais tornaram-se relevantes nas discussões sobre plataformas digitais, incluindo: (i) a discriminação econômica por algoritmos; (ii) falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes em determinadas circunstâncias; (iii) o uso descomedido de dados pessoais coletados, associados a eventuais condutas discriminatórias; e (iv) o efeito de alavancagem de um produto da própria plataforma em detrimento de outros concorrentes em mercados adjacentes; entre outras. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?.....</i>	16
5. <i>Em relação ao controle de estruturas, é necessário algum tipo de adaptação nos parâmetros de submissão e análise de atos de concentração que busque tornar mais efetiva a detecção de potenciais danos à concorrência em mercados digitais? Por exemplo: mecanismos para revisão de aquisições abaixo dos limites de notificação, ônus da prova e elementos para análise – como o papel dos dados,</i>	

<i>entre outros – que contribuam para uma abordagem holística sobre o tema.....</i>	<i>17</i>
III – Desenho de eventual modelo regulatório de regulação econômica pro-competitiva.	
21	
<i>6. O Brasil deveria adotar regras específicas de caráter preventivo (caráter ex ante) para lidar com as plataformas digitais, visando evitar condutas nocivas à concorrência ou a consumidores? A lei de defesa da concorrência – com ou sem alterações para lidar especificamente com mercados digitais – seria suficiente para identificar e remediar problemas concorrenciais efetivamente, após a ocorrência de condutas anticompetitivas (modelo ex post) ou pela análise de atos de concentração?.....</i>	<i>21</i>
<i>6.1. Qual a combinação possível dessas duas técnicas regulatórias (ex ante e ex post) para o caso das plataformas digitais? Qual abordagem seria recomendável para o contexto brasileiro, considerando ainda os diferentes graus de flexibilidade necessários para identificar de forma adequada os agentes econômicos que devem ser foco de eventual ação regulatória e das obrigações correspondentes?.....</i>	<i>30</i>
<i>7. Jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pro-competitivos – como as novas regras da União Europeia, a legislação japonesa e a proposta regulatória do Reino Unido, entre outras – optaram por um modelo assimétrico de regulação, diferenciando o impacto das plataformas digitais a partir de seu segmento de atuação e em função de seu porte, como é o caso dos gatekeepers no DMA europeu.....</i>	<i>31</i>
<i>7.1. Uma legislação brasileira que introduzisse parâmetros para a regulação econômica de plataformas digitais deveria ser simétrica, abrangendo todos os agentes deste mercado ou, ao contrário, assimétrica, estabelecendo obrigações apenas para alguns agentes econômicos?.....</i>	<i>31</i>
<i>8. Há riscos para o Brasil decorrentes da não adoção de um novo modelo regulatório pró-competitivo, especialmente considerando o cenário em que outras jurisdições já adotaram ou estão em processo para adotar regras específicas voltadas a plataformas digitais, levando em conta a atuação global das maiores plataformas? Quais benefícios poderiam ser obtidos pela adoção de uma regulamentação análoga no Brasil?.....</i>	<i>37</i>
<i>8.1. Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró-competição, se integraria a esse contexto global?.....</i>	<i>38</i>
IV – Arranjo institucional para regulação e supervisão.....	39
<i>9. É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?.....</i>	<i>39</i>
<i>9.1. Em caso afirmativo, seria adequado criar um órgão regulador específico ou atribuir novas competências a órgãos já existentes? Quais mecanismos de coordenação institucional seriam necessários, tanto em um cenário envolvendo órgãos e instituições existentes, quanto na hipótese de criação de um novo regulador?.....</i>	<i>41</i>

I – Objetivos e racional regulatório

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

Resumo:

Diante da dinamicidade e da tendência ao monopólio, compreende-se que os regimes antitruste tradicionais não conseguiram manter a economia digital aberta à inovação, à concorrência e à transparência.

As deficiências na regulação concorrencial ex post mais reconhecidas referem-se principalmente (i) ao extenso tempo de análise de condutas e atos de concentração, (ii) aos recursos necessários para investigações antitruste, (iii) ao desafio na delimitação de mercados relevantes e (iv) a efetividade dos remédios propostos.²⁻³ Com isso, acreditamos que uma intervenção mais efetiva do Estado em relação às plataformas que representam maiores riscos aos mercados digitais pode resultar em ambientes competitivos mais justos.

Para além de razões econômicas e concorrenciais, também é necessário observar os efeitos da regulação nas relações de consumo. A defesa de consumidores, assim como a livre concorrência, é um princípio fundante da ordem econômica do país (art. 170, incisos IV e V, CRFB). Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor terá significativa relevância na regulação econômica de plataformas, enquanto uma legislação que regula relações econômicas visando corrigir falhas de mercado e assimetrias informacionais decorrentes de vulnerabilidades entre consumidores e fornecedores.

O Idec acredita que, por meio de uma regulação ex ante, os consumidores terão sua autonomia e controle beneficiados em mercados digitais competitivos, livres, justos e equitativos. O DMA, por exemplo, possibilita que os consumidores escolham os serviços e aplicativos que desejam usar e se desejam que as empresas de tecnologia colem e combinem seus dados de diferentes serviços.⁴ A regulação ex ante, portanto, viria não de maneira excludente, mas em complemento ao antitruste, sem prejuízo de sua eventual atualização para abarcar deficiências na análise desses mercados

² FERNANDES, Victor Oliveira. Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments. *Computer Law & Security Review*, v. 52, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.105937>

³ CONTRI, Camila Leite. Painel 2 - Economia, concorrência e modelos de negócios baseados em dados. (NICbrvideos, Ed.), 1 set. 2022. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iGqx8Z96eUc&t=10976s>>. Acesso em: 17 abr. 2024

⁴ THE EUROPEAN CONSUMERS ORGANIZATION (BEUC). Competition in digital markets. Disponível em: <<https://www.beuc.eu/general/competition-digital-markets>>

tão dinâmicos.

Contribuições adicionais:

Os consumidores não gozam de autonomia e liberdade de escolha em razão da falta de informações e transparência adequada e das limitações impostas pelas plataformas (software e servidores, por exemplo). Além disso, a exploração econômica de dados não gera benefícios e contrapartidas aos consumidores, que, em muitos casos, sequer têm conhecimento da exploração.

É fundamental que a regulação econômica de plataformas esteja alinhada a todos os princípios que fundamentam a Ordem Econômica no Brasil (art. 170 e ss. CRFB). A defesa de consumidores, enquanto princípio da Ordem Econômica, tem função de promover a equidade e correção de falhas de mercado. Trata-se, então, do mais amplo conjunto de normas jurídicas que regula as relações econômicas. Dessa forma, o direito do consumidor e seu normativo correspondente deve ser um dos pilares da regulação econômica, junto aos princípios da soberania nacional (art. 170, inciso I) e livre concorrência (art. 170, inciso II).

É certo que a elaboração de uma regulação econômica de plataformas digitais determina um alargamento do antitruste, atribuindo-lhe capacidade de diluir estruturas de poder concentrado e desigualdades socioeconômicas.⁵ Esse novo papel da economia política prevê, então, que a regulação econômica seja compreendida como uma verdadeira política pública concorrencial para combate ao poder econômico (que se transforma em poder político) das plataformas digitais.

Nessa tomada, a defesa de consumidores deve ser incorporada à regulação econômica com fins de diminuir assimetrias e aumentar a informação e transparência no uso de plataformas digitais por parte dos consumidores (usuários finais).

⁵ BINOTTO, Anna; MATTIUZZO, Marcela. Objetivos do antitruste e mercados digitais: a (re)construção de uma política pública concorrencial. ZANATTA, Rafael; CONTRI, Camila Leite e SECAF, Helena (orgs). Dados, Mercados Digitais e Concorrência. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

1.1. Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?

Resumo:

A concentração de poder de mercado na mão de poucas companhias representa riscos à concorrência em mercados digitais, ao exercício de direitos humanos e à democracia. No Brasil, o monopólio em mercados digitais é tão profundo que o poder econômico se converte em poder político, ameaçando os direitos humanos e a democracia - como em maio de 2023 quando o Google utilizou de seu lobby para impedir a votação do Projeto de Lei 2630, que regula a transparência e responsabilidade de plataformas.⁶ O projeto ainda não foi votado, ameaçando a democracia e perpetuando o poder político das grandes plataformas digitais.

Tratando-se da regulação econômica de plataformas digitais, é importante diferenciar as características, a dinâmica competitiva e o impacto de diferentes tipos de plataformas digitais. Em especial, também considerar as diferentes capacidades econômicas (e, inclusive, de tratamento de dados) das plataformas para fins de desenvolvimento de uma regulação assimétrica e proporcional.

Um impacto desproporcional em plataformas menores pode ter o efeito inverso ao esperado: pode acabar afetando a inovação e impedindo a concorrência, de maneira a desproporcionalmente favorecer justamente as plataformas que já são dominantes. Abordamos os critérios para regulação assimétrica na pergunta 7.

Enquanto determinadas plataformas valorizam códigos abertos e a descentralização de dados, as plataformas que monopolizam mercados especulam insumos essenciais para a atuação nos mercados digitais (dados pessoais, usuários, e infraestrutura tecnológica). Com isso, uma regulação assimétrica poderá contribuir para mercados mais justos e equânimes.

Contribuições adicionais:

Plataformas digitais podem ser definidas, de maneira abrangente, como (meta-)organizações mediadoras e facilitadoras de relações que geram valor ao reduzir custos de busca e custos de transação ao agregar e viabilizar

⁶ Google faz ação abusiva para influenciar o debate, diz relator do PL 2630. Uol. 02 maio 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/02/google-faz-acao-abusiva-para-influenciar-o-debate-diz-relator-do-pl-2630.htm>

transações entre dois ou mais grupos (também conhecidos como lados), aproveitando economias de escopo nas demandas dos diferentes lados das plataformas e promovendo externalidades de rede.

Ainda que tenham estrutura teoricamente replicável, essas características exacerbam a concentração de mercado, reduzindo a competição e potencialmente a inovação e a qualidade de serviços e produtos oferecidos - além de causarem danos praticamente irreversíveis aos consumidores-titulares e a democracia. Esse poder econômico justifica a elaboração de uma regulação assimétrica.

A necessidade de uma regulação assimétrica foi consenso na consulta pública elaborada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI).⁷ Ou seja, em razão de seu poder econômico, apenas determinados grupos de atores no ecossistema digital devem se submeter à incidência de dispositivos regulatórios.

É necessário considerar que há também características que as diferenciam entre si, em especial a função de cada plataforma. Devem ser pensadas peculiaridades nas obrigações aplicáveis a plataformas que se diferenciam por sua função, a exemplo a diferenciação entre redes sociais e aplicativos de mensageria.

1.2. Em qual medida o contexto brasileiro se aproxima ou se diferencia do contexto de outras jurisdições que adotaram ou estão considerando novas regulações para plataformas digitais? Quais casos, estudos, ou exemplos concretos no Brasil indicariam a necessidade de revisão do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro?

Resumo:

Assim como no resto do mundo, no Brasil também há concentração de mercados digitais, gerando potenciais problemas para consumidores. Nacionalmente, entretanto, vemos algumas especificidades relativas (i) ao impacto ao consumidor brasileiro e (ii) a como as autoridades interpretam

⁷ CAPPI, Juliano; OMS, Juliana. Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais. São Paulo: CGI.br, 2023. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf> Acesso em> 24/04/2024.

potenciais abusos de poder econômico. Como será abordado na contribuição anexa.

No Brasil, práticas anticoncorrenciais têm tido uma interpretação leniente por parte das autoridades. No âmbito concorrencial, não houve nenhuma condenação significativa em casos envolvendo mercados digitais. Ainda que o dano possa ser diferente a cada jurisdição, chama a atenção que em diversos casos sancionados por outros países o mesmo não tenha ocorrido no Brasil - ou nem sequer tenham sido analisados. Quanto aos casos analisados e condenados em outros países, temos, por exemplo, os casos Google Shopping e Google Android (condenados na União Europeia). Quanto aos casos não analisados, temos, por exemplo, o ato de concentração Facebook/WhatsApp, que acabou não sendo analisado no Brasil por não atingir os critérios para a sua notificação.

Foi possível observar um “amplo consenso” sobre a necessidade de regulação das plataformas digitais também na consulta pública realizada pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br).⁸ De maneira mais específica, a regulação assimétrica em razão do potencial abuso de poder para determinados atores do ecossistema digital também restou consensuada.

Contribuições adicionais:

Assim como no resto do mundo, no Brasil também há concentração de mercados digitais, gerando potenciais problemas para consumidores. Nacionalmente, entretanto, vemos algumas especificidades relativas (i) ao impacto ao consumidor brasileiro e (ii) a como as autoridades interpretam potenciais abusos de poder econômico.

Em relação ao impacto ao consumidor brasileiro, há de se considerar que eventuais abusos de plataformas digitais impactam desproporcionalmente o Sul Global. Isso ocorre devido à dependência tecnológica desses países, mas também devido à falta de regulação de algumas práticas, como o zero rating. Concretamente, no Brasil, estas práticas de acesso patrocinado beneficiam justamente as maiores plataformas digitais, em especial do grupo Meta. Além de ser uma questão afeita à legislação consumerista e à regulação do Marco Civil da Internet, essa prática também gera uma distorção concorrencial, beneficiando aplicativos já dominantes.

⁸ CAPPI, Juliano; OMS, Juliana. Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais. São Paulo: CGI.br, 2023. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf> Acesso em> 24/04/2024.

Ademais, essa dominância pode ser utilizada para a imposição de práticas abusivas também em termos de outras legislações, como a proteção de dados. Ou seja, a concentração de poder econômico pode também gerar um poder tamanho a ponto de sujeitar os consumidores a práticas maléficas, sem que lhe seja dada uma alternativa (tanto em termos de negar práticas abusivas em uma plataforma quanto pela falta de concorrência para pressionar por melhores práticas). Esse foi um tema objeto de uma denúncia realizada pelo Idec - Instituto de Defesa de Consumidores, no âmbito da discussão da mudança da política de privacidade do WhatsApp de 2021.⁹

Essas práticas, entretanto, tem tido uma interpretação leniente por parte das autoridades. No âmbito concorrencial, não houve nenhuma condenação significativa em casos envolvendo mercados digitais. Ainda que o dano possa ser diferente a cada jurisdição, chama a atenção que em diversos casos sancionados por outros países o mesmo não tenha ocorrido no Brasil - ou nem sequer tenham sido analisados. Quanto aos casos analisados e condenados em outros países, temos, por exemplo, os casos Google Shopping e Google Android (condenados na União Europeia). Quanto aos casos não analisados, temos, por exemplo, o ato de concentração Facebook/WhatsApp, que acabou não sendo analisado no Brasil por não atingir os critérios para a sua notificação.

Este último elemento traz a reflexão de que os critérios brasileiros para a notificação de atos de concentração podem estar desatualizados, deixando de abranger concentrações com potencial impacto à concorrência e aos consumidores. Ademais, poucos são os casos relevantes de análise de mercados digitais no Brasil e, quando há, a interpretação é demasiadamente flexível em comparação a outros países. Isso traz a reflexão de que, além de pensarmos em uma regulação específica para mercados digitais, a autoridade concorrencial pode ter que atualizar seus paradigmas de interpretação do direito da concorrência, inclusive recontextualizando-na à sua necessária sujeição aos preceitos constitucionais, em especial de direitos fundamentais.

⁹ Caso Whatsapp: proteção de dados dos usuários permanece ameaçada. Idec, 27 maio 2022. Disponível em: <<https://idec.org.br/noticia/caso-whatsapp-protacao-de-dados-dos-usuarios-permanece-amecada>> Acesso em: 05/06/2023.

II – Suficiência a adequação do modelo de regulação econômica e defesa da concorrência atual

2. O arcabouço legal e institucional existente para defesa da concorrência – notadamente a Lei no 12.529/2011 – é suficiente para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais? Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual? Que aperfeiçoamentos seriam desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?

Resumo:

O direito da concorrência possui um ferramental relevante para a análise de abusos em mercados digitais. Entretanto, a maneira como tem sido aplicado não tem sido suficientemente satisfatório para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais.

Alguns mecanismos do direito da concorrência devem ser atualizados em função das deficiências na regulação ex post para que possam abarcar suficientemente os potenciais abusos realizados em mercados digitais, incluindo (i) critérios de análise de condutas anticompetitivas e de elementos de exercício de poder econômico, especialmente considerações sobre a privacidade, no que tange seu impacto à concorrência, (ii) tempo de análise de condutas anticompetitivas, (iii) ônus da prova, dada a baixa transparência nesses mercados e (iv) a atualização dos critérios de notificação de atos de concentração.

Entretanto, ressalta-se que o seu ferramental atual também poderia ser utilizado de maneira mais eficiente, por meio de uma aplicação mais satisfatória de normas já existentes.

Ademais, é relevante considerar que a interpretação que tem sido dada ao direito da concorrência em sua aplicação para mercados digitais pode estar sendo leniente com condutas abusivas, com enfoque desproporcional à liberdade de mercado e eficiência econômica para promoção da inovação, em prejuízo aos consumidores e à concorrência, especialmente de agentes menores.

Entretanto, para além das atualizações na Lei 12.529/2011, há a necessidade de uma visão setorializada desses mercados por meio de complementação com uma regulação ex ante assimétrica, que, inclusive, trará mais segurança jurídica ao mercado. Para a maior efetividade dos remédios propostos, é necessário vedar previamente condutas já reconhecidamente prejudiciais à

concorrência e aos consumidores.

Contribuições adicionais:

O direito da concorrência possui ferramentas que podem ser exercidas para um enforcement relevante em mercados digitais. Porém, alguns mecanismos devem ser atualizados em função das deficiências na regulação ex ante para que possam abarcar suficientemente os potenciais abusos realizados em mercados digitais, incluindo (i) critérios de análise de condutas anticompetitivas e de elementos de exercício de poder econômico, especialmente considerações sobre a privacidade, no que tange seu impacto à concorrência, (ii) tempo de análise de condutas anticompetitivas, (iii) ônus da prova, dada a baixa transparência nesses mercados e (iv) a atualização dos critérios de notificação de atos de concentração.

O antitruste tradicional tem sido orientado pelos ditames da Escola de Chicago, por critérios relacionados a preço e eficiência econômica. Tratando-se de plataformas digitais, porém, é necessário ter uma reflexão para atualização do ferramental antitruste, inclusive considerando outros fatores nas análises antitruste, como a realização de tratamento de dados pessoais de maneira exclusionária ou exploratória. O foco tradicional no binômio qualidade-preço pode estar deixando de lado que o abuso de posição dominante pode gerar outros danos, como a imposição de políticas de privacidade abusiva para consumidores. Ademais, condutas que foram condenadas em outras jurisdições foram analisadas de maneira semelhante no Brasil e resultaram em arquivamento de procedimentos. Ainda que os danos possam ocorrer de maneiras diferentes em países diversos, chama a atenção que, até o momento, não tivemos nenhuma condenação significativa nesses mercados no nosso país.

AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS DEVEM SER ANALISADAS NÃO SOMENTE PELO BINÔMIO QUALIDADE-PREÇO NA SUA APLICAÇÃO TRADICIONAL

A mais recente literatura demonstra a necessidade da adequação de teorias do dano aos mercados digitais como instrumento para o combate aos abusos econômicos, considerando, por exemplo, que plataformas digitais podem prestar serviços a preço não monetários, ter dois ou mais lados, coletar e a comercializar massivamente dados e estar sujeitas à inovação disruptiva.¹⁰ No

¹⁰ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as Lentes: Novas Teorias Do Dano Para Mercados Digitais (Adjusting the Lenses: New Theories of Harm for Digital Markets). Revista de Defesa da Concorrência, v. 9, n. 1, 11 jun. 2021.

direito concorrencial, as teorias do dano adequadas às plataformas digitais devem considerar:

- a privacidade e a proteção de dados como elementos adicionais de qualidade do produto ou serviço. O antitruste tradicional foca no critério de preço para aferir o bem-estar do consumidor. Entretanto, há diversas plataformas digitais que prestam serviços "gratuitos" para consumidores, mas que cuja exploração econômica está relacionada ao tratamento de dados dos usuários. É necessário, portanto, que as teorias do dano se adequem ao modelo de negócio das plataformas, considerando, por exemplo, que minar a autodeterminação dos consumidores no tratamento de seus dados resulta em danos e prejuízos à concorrência e aos consumidores numa necessária concepção ampliada do conceito de "qualidade" de produto ou serviço;
- irregularidades no tratamento de dados pessoais como elemento comprobatório do exercício abusivo de posição dominante. Essa argumentação foi realizada pelo Bundeskartellamt, autoridade concorrencial alemã, quando da condenação do Facebook. Essa decisão foi sujeita a um recurso para um Tribunal Alemão e foi submetida à consulta pelo Tribunal de Justiça Europeu, que constatou que "[...] uma autoridade da concorrência [...] pode constatar, no âmbito do exame de um abuso de posição dominante por parte de uma empresa, [...] que as condições gerais de utilização dessa empresa relativas ao tratamento de dados pessoais e à sua aplicação não estão em conformidade com este regulamento, quando essa constatação seja necessária para demonstrar a existência de tal abuso, [...] [ainda que] a autoridade nacional da concorrência não se pode afastar de uma decisão da autoridade nacional [de proteção de dados] [...]" (§§ 63 e 64).¹¹ Exercício semelhante pode ser feito ao comparar a anticompetitividade do comportamento de devedores contumazes de tributos - ou seja, que a violação de uma outra legislação pode também ser um elemento de demonstração de abusividade de poder econômico. No caso de mercados digitais, um desses elementos é justamente a deterioração da qualidade de serviços ao reduzir-se o standard de proteção de dados e privacidade;
- a redução da escolha e efeitos deletérios na inovação. Ao atingirem o monopólio de seus mercados por meio dos efeitos de rede e dos altos custos de mudança, as plataformas digitais criam barreiras à entrada de novos concorrentes. Com isso, criar mecanismo de interoperabilidade e

¹¹ TJUE. Acórdão do TJUE Processo C-252/21 (Facebook Alemanha - Bundeskartellamt). 04 jul. 2023. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=275125&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=2086576. Acesso em: 25/04/2024.

portabilidade de sistemas é relevante ampliar a competição, desde com um necessário equilíbrio com a proteção de dados;

A partir dessas alterações, espera-se que condutas anticompetitivas adotadas por plataformas digitais sejam proibidas pelo Cade mesmo quando o dano ao consumidor não puder ser mensurado de forma precisa. Comparando a experiência brasileira à jurisprudência internacional, por exemplo, a aplicação de teorias do dano adequadas a mercados digitais resultou em decisões diferentes.

Ainda, esses elementos indicam uma necessária cooperação e coordenação entre autoridades concorrenciais e de proteção de dados, de maneira a alinhar suas competências e também terem elementos adicionais para a compreensão dos efeitos de condutas potencialmente danosas.

TEMPO DE ANÁLISE DE CONDUTAS

Para além de atos de concentração, é importante destacar que o direito da concorrência por atuar somente a posteriori, em casos de condutas, pode acabar trazendo uma resposta muito leniente, enquanto efeitos negativos continuam sendo perpetrados no mercado. Uma solução do próprio direito da concorrência é a imposição de MEDIDAS PREVENTIVAS, que tem sido utilizada em alguns casos que envolvem plataformas digitais (Casos GymPass e iFood, por exemplo). Entretanto, garantir segurança jurídica por uma regulação que deixe explícito condutas proibidas de maneira prévia pode ser ainda mais eficiente.

A utilização do atual ferramental do direito da concorrência, em especial de medidas preventivas, não afasta, entretanto, a necessidade de se desenvolverem medidas de maior eficiência e celeridade para a análise de condutas unilaterais. Isso porque uma resposta demorada pode ser demasiadamente tardia para controlar os efeitos deletérios de condutas danosas.¹²

Entretanto, ressalta-se que o seu ferramental atual também poderia ser utilizado de maneira mais eficiente, o que pode ser feito por uma aplicação mais satisfatória de normas já existentes. Por exemplo, (i) uma utilização mais frequente de medidas preventivas, para evitar o prolongamento de eventuais danos concorrenciais em decorrência da morosidade da análise de condutas anticompetitivas e (ii) a utilização da "válvula de escape" do art. 88, par. 7º, da LDC, que permite que o Cade determine a notificação de atos de concentração que não se enquadram nos critérios tradicionais de obrigatoriedade.

¹² CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. Jota, ago. 2020. Disponível em: <<https://jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020?non-beta=1>> Acesso em: 25/04/2024.

LIMITAÇÕES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Entretanto, também se reconhece que O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NÃO VAI RESOLVER TODOS OS CASOS porque (1) apesar de possuir ferramentas para coibição do abuso de poder econômico, ainda precisa de aprimoramentos para um *enforcement* efetivo em mercados digitais, (2) alguns temas são mais afeitos a serem analisados por outras autoridades, como a consumerista e a de proteção de dados (3) e até por motivos de prioridade institucional, já que a autoridade lida com diversos mercados.

Desta maneira, EM TERMOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, É IMPORTANTE QUE SE RECONHEÇA: (1) a importância de que o CADE esteja cada vez mais atento a problemas concorrenciais em mercados digitais, (2) que o CADE coopere cada vez mais com autoridades com atribuições em temas complementares à concorrência em mercados digitais, como a ANPD (em proteção de dados) e a Senacon (em direito do consumidor), além de aprimorar sua cooperação internacional nesses temas e (3) que a regulação auxilie na complementação com regras mais claras *ex ante* (garantindo maior segurança jurídica e também facilite a interação entre esses temas de proteção jurídica (consumidor, dados e concorrência) e entre essas autoridades (ANPD, Senacon e CADE). Esse último ponto deve ocorrer sem prejuízo da manutenção da necessária interpretação do artigo 36 como um rol exemplificativo de condutas anticompetitivas, ainda que possa ser melhor utilizado quando a autoridade realiza estudos de mercado.

3. A Lei no 12.529/2011 estabelece, no §2o do artigo 36 que: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." As definições da Lei 12.529/2011 relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas, da forma como são aplicadas, para identificar poder de mercado de plataformas digitais? Se não, quais as limitações?

Resumo:

Para análise da posição dominante em mercados digitais é necessário

considerar outros fatores para além dos previstos no art. 36 da Lei 12.529/2011, até porque o §2º é uma presunção e não a única regra para assunção de posição dominante. Afinal, a entrada de empresas ou negócios atuantes em ecossistemas é diretamente influenciada pelos efeitos de rede diretos e indiretos das plataformas - ou seja, a tendência é de uma concentração ainda maior decorrente da atração de usuários ser proporcional ao tamanho e a capilaridade de atuação da plataforma.

Por exemplo, ainda que o WhatsApp Pay não detenha 20% (vinte por cento) do mercado de meios digitais de pagamento, é fundamental considerar que o WhatsApp detém 99% (noventa e nove por cento) de um mercado verticalmente relacionado e com relação conglomerada, o de mensageria. No mesmo sentido, ainda que o Meta Threads tenha surgido há pouco, deve ser considerada também a relevância do grupo econômico da Meta e também a integração dessa nova plataforma com outras, em especial o Instagram.

Também é necessário considerar, para além da verticalização e da possibilidade de alavancagem de mercados relacionados, a atuação em conglomerado e em ecossistemas das plataformas digitais. Ao utilizar seu poder em mercados adjacentes, em discriminação a concorrentes e parceiros comerciais, as plataformas digitais podem abusar de seu poder econômico e prejudicar a concorrência e consumidores.

Dessa forma, a análise de posição dominante em mercados digitais devem considerar, dentre outros fatores, a (i) atuação em conglomerado, (ii) a alavancagem e autopreferenciamento em outros mercados, (iii) o compartilhamento de dados, (iv) o compartilhamento de infraestrutura (armazenamento de dados, por exemplo).

4. *Algumas condutas com potenciais riscos concorrenciais tornaram-se relevantes nas discussões sobre plataformas digitais, incluindo: (i) a discriminação econômica por algoritmos; (ii) falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes em determinadas circunstâncias; (iii) o uso descomedido de dados pessoais coletados, associados a eventuais condutas discriminatórias; e (iv) o efeito de alavancagem de um produto da própria plataforma em detrimento de outros concorrentes em mercados adjacentes; entre outras. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?*

Resumo:

A atuação em forma de conglomerado possui diversas eficiências de mercado e pode gerar facilidades para consumidores. Entretanto, acarreta concentração de poder não somente em um mercado, mas em diversos mercados relacionados. Em casos de abuso, portanto, há maior chance dos efeitos deletérios serem amplificados. A título de exemplo, quando há compartilhamento de dados num conglomerado, há possibilidade de geração de riscos relacionados à alavancagem de posição por meio do cruzamento de dados pessoais em mercados correlatos, podendo levar a criação de vantagens irreplicáveis aos demais concorrentes.

Potencialmente qualquer conduta prejudicial ao mercado pode ser considerada anticompetitiva, visto que o art. 36 é meramente exemplificativo, algo que é positivo justamente pela dinamicidade do mercado e da dificuldade de regular condutas na mesma velocidade que são realizadas. Já que se trata de um rol exemplificativo, o ponto central, portanto, é a interpretação da autoridade concorrencial - seja em casos concretos e da consequente jurisprudência, seja por meio da realização de estudos de mercado.

Entretanto, sem prejuízo da aplicação da lei concorrencial, uma regulação mais específica poderia trazer mais segurança jurídica. Uma regulação ex ante de mercados digitais deveria trazer vedações mais nítidas, como ao compartilhamento de dados indevido, além tornar obrigatória a interoperabilidade (sob parâmetros de proteção de dados), diminuindo os custos de mudança de plataforma e facilitando tanto o multihoming quanto uma concorrência mais efetiva. Outros exemplos podem ser extraídos de eventuais estudos de mercado a serem realizados pela autoridade

concorrencial e também pela inspiração em legislações estrangeiras, como é o caso do Digital Markets Act (DMA), da União Europeia, desde que interpretado conforme o contexto específico brasileiro.

5. Em relação ao controle de estruturas, é necessário algum tipo de adaptação nos parâmetros de submissão e análise de atos de concentração que busque tornar mais efetiva a detecção de potenciais danos à concorrência em mercados digitais? Por exemplo: mecanismos para revisão de aquisições abaixo dos limites de notificação, ônus da prova e elementos para análise – como o papel dos dados, entre outros – que contribuam para uma abordagem holística sobre o tema.

Resumo:

O Cade deve ser menos leniente com concentrações potencialmente danosas - dado que é muito baixa a taxa de reprovação e até mesmo de negociação ou imposição de condicionantes para a aprovação de operações. Atos de concentração centrados em dados carregam preocupações relacionadas ao fortalecimento do poder de mercado das plataformas por meio da ampliação no uso de dados pessoais para alavancagem. Devem ser também considerados os riscos de killer acquisitions, com grande potencial para diminuir a concorrência.

Sugere-se a inserção de novos critérios alternativos aos já existentes de notificação de atos de concentração, como (i) atualização e alternativas aos critérios de faturamento bruto no Brasil, (ii) maior utilização da “válvula de escape” (art. 88, §7º da Lei 12.512/2011), (iii) obrigatoriedade de notificação de operações de gatekeepers e (iv) inversão do ônus da prova para certos casos.

De forma adicional, sugerimos (v) mecanismos de ampliação da participação social e (vi) a criação de uma Coordenação-geral de Análise Antitruste (CGAA) especializada no setor de tecnologias digitais.

Contribuição adicionais:

O Cade deve ser menos leniente com concentrações potencialmente danosas - dado que é muito baixa a taxa de reprovação e até mesmo de negociação ou imposição de condicionantes para a aprovação da operação. Por exemplo, em 2022, dentre os 660 atos de concentração notificados, somente 6 foram

aprovados com acordo em controle de concentrações (ACC), somente 1 foi aprovado com restrições unilaterais e nenhum foi reprovado¹³. Inclusive, nesse mesmo ano, foi aprovado o ato de concentração Microsoft/Activision, que está sendo questionado pela Federal Trade Commission nos Estados Unidos.

ACs centrados em dados carregam preocupações relacionadas ao fortalecimento do poder de mercado das plataformas por meio da ampliação no uso de dados pessoais para alavancagem de mercado. Devem ser também considerados os riscos de killer acquisitions (aquisição de concorrentes nascentes para inviabilizar contestabilidade do mercado e manter seu poder econômico), com grande potencial para diminuir a concorrência.

Atuais critérios de notificação

Atualmente, temos três critérios para notificação obrigatória, dispostos nos arts. 2º e 88 e seguintes da Lei nº 12.529/2012 (de valores atualizados pela Portaria Interministerial 992/2012), complementados também por normas infralegais do Cade (em especial, o Regimento Interno do Cade e a Resolução Cade nº 33/2022)

- (1) produção de efeitos ou potencialidade de produção de efeitos da operação no território brasileiro;
- (2) tipo de operação societária (fusão, aquisição, incorporação, contrato associativo, consórcio ou joint venture, excluídos os de licitação)
- (3) critério quantitativo, que atualmente é somente baseado no faturamento anual no Brasil das partes (R\$750 milhões para uma parte e R\$75 milhões para outro grupo econômico)

Por fim, o Cade também possui uma válvula de escape a esse terceiro critério: "Art. 88, §7º: é facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo". Ressalta-se, entretanto, que esse dispositivo foi utilizado poucas vezes desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.¹⁴

Sugere-se a inserção de novos critérios alternativos aos já existentes de notificação de atos de concentração:

(i) Atualização e alternativas ao critério de faturamento bruto no Brasil

¹³ CADE. Relatório Integrado de Gestão 2022. 2022. Pp. 58-61. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/Transpar%C3%Aancia%20e%20Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Contas/2022/RIG_2022_Cade.pdf.

¹⁴ MISALE, Guilherme; PROENÇA, José Marcelo. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do Art. 88. Conjur. Mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opinio-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc>.

O critério de faturamento (1) está quantitativamente desatualizado, mas (2) também é insuficiente como único critério substantivo (para além da territorialidade e do tipo de operação). Ainda que ele seja justamente o responsável por não abarcar operações relevantes em mercados digitais, ele também acaba fazendo com que operações não tão relevantes sejam notificadas para a autoridade, enquanto outras que seriam relevantes não o são. Desta maneira, é importante que ao nível infralegal se aumente o valor do faturamento disposto na Portaria Interministerial 992/2012 e/ou atualize-o anualmente (o que poderia ocorrer, inclusive, por uma imposição legal de atualização monetária).

Desta maneira, a autoridade deixa de precisar analisar ACs sumários que potencialmente não representam riscos ao mercado (e, caso haja alguma dúvida, ainda poderia utilizar a válvula de escape do art. 88, §7º, para demandar sua notificação).

Entretanto, é importante também que se atualize a legislação para que se tenham critérios alternativos ao de faturamento. Algumas possibilidades já existentes em outras legislações são: (1) faturamento global; (2) faturamento conjunto das partes, (3) quantidade de usuários (para mercados digitais), (4) concentração de mercado resultante (entretanto, como já ressaltado, esse último critério pode ser de difícil implementação), (5) valor da operação, dentre outros. Ressalta-se que esses critérios não são excludentes e nem adicionais ao de faturamento de cada uma das partes no Brasil, mas são critérios alternativos para abarcar operações que não podem ter sua complexidade medida nos atuais termos e, por esse motivo, acabam deixando passar importantes operações.

(ii) válvula de escape

Ressalta-se que, apesar da alteração para notificações ser necessária, os atuais critérios também podem ser melhor aproveitados. Em especial, com uma melhor utilização da válvula de escape do art. 88, §7º, para determinação da notificação de atos de concentração que não atinjam os atuais critérios de faturamento, mas que suscitam algumas preocupações, inclusive em termos de concentração de dados podendo gerar eventual abuso de poder econômico. O Idec tentou suscitá-lo ao realizar uma denúncia para apuração do ato de concentração Google-FitBit, mas o caso foi arquivado.¹⁵ O parágrafo foi pouco utilizado no advento da atual lei concorrencial e em nenhuma vez foi usado em

¹⁵ IDEC. Idec solicita ao Cade investigação da compra da Fitbit pela Google. 15 jul. 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-solicita-investigacao-da-operacao-de-compra-da-fitbit-pela-google> Acesso em: 26/04/2024.

mercados digitais.¹⁶⁻¹⁷

(iii) Obrigatoriedade de notificação de operações de gatekeepers

Ainda, dentro de eventual regulação econômica, pode-se utilizar da inspiração europeia do DMA (Digital Markets Act, da União Europeia) para obrigatoriedade de notificação de concentrações realizadas por gatekeepers "quando as entidades participantes da fusão ou o alvo da concentração fornecerem serviços de plataforma central ou quaisquer outros serviços no setor digital ou permitirem a coleta de dados".

(iv) Ônus da prova

Para mercados em que há baixa transparência e alto potencial de concentração (pelas características já mencionadas, como as externalidades de rede), uma medida relevante também pode ser a inversão do ônus da prova. A assimetria informacional entre representantes e representados deve ser considerada na análise probatória. Especialmente em um contexto em que o segredo comercial protege as condutas das plataformas digitais.

(v) Também são necessárias outras reformas nas notificações de atos desconcentração e análise se AC, como o fomento a maior *participação social*, com intervenções de terceiros interessados que não sejam somente do mercado afetado. O âmbito concorrencial vem tradicionalmente visto como um âmbito estritamente técnico, o que pode ser positivo para fins de embasamento das suas decisões, mas reduz-se sua legitimidade quanto há menor engajamento de diferentes atores. Desta maneira, sugere-se o fomento de intervenções de diferentes agentes interessados na causa. Ademais, que o Cade abra mais consultas públicas e esteja mais aberto a receber contribuições da sociedade civil. Concretamente, duas possibilidades positivas de participação seriam (1) para fins de elaboração da sua agenda prioritária (ao nível da Presidência do Cade) e (2) para recebimento de comentários sobre estudos de mercado (especialmente ao nível do Departamento de Estudos Econômico), além do já mencionado (3) fomento à intervenção de diferentes terceiros interessados. Para tanto, a autoridade tem que reconhecer que o jargão concorrencial pode não ser apreendido por toda a sociedade, mas ainda assim há muitas contribuições de interessados que poderiam ser úteis para a

¹⁶ MISALE, Guilherme; PROENÇA, José Marcelo. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do Art. 88. **Conjur.** Mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opinioao-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc>>. Acesso em: 26/04/2024.

¹⁷ RENZETTI, Bruno; SAITO, Carolina. O Controle de Concentrações em Plataformas Digitais: uma análise crítica dos limites e potencialidades do art. 88, §7º da Lei nº 12.529/2011. Revista de Defesa da Concorrência, v. 11, n. 2, p. 67-86, dec. 2021. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/1075>> Acesso em: 25/04/2024.

autoridade.

(vi) Sugere-se, também, a *criação de uma Coordenação-geral de Análise Antitruste (CGAA) especializada no setor de tecnologias digitais*. Ainda que a CGAA-1 seja responsável por esse setor, sua competência está compartilhada com mercados de naturezas muito diversas (de agronegócio e de produtos diferenciados). Desta maneira, considerando as preocupações que esses mercados têm, a criação de uma Coordenadoria própria incentiva decisões cada vez mais aceleradas, técnicas, sofisticadas e pode propiciar maior diálogo com outros interessados, como o terceiro setor.¹⁸

III – Desenho de eventual modelo regulatório de regulação econômica pro-competitiva

6. O Brasil deveria adotar regras específicas de caráter preventivo (caráter ex ante) para lidar com as plataformas digitais, visando evitar condutas nocivas à concorrência ou a consumidores? A lei de defesa da concorrência – com ou sem alterações para lidar especificamente com mercados digitais – seria suficiente para identificar e remediar problemas concorrenciais efetivamente, após a ocorrência de condutas anticompetitivas (modelo ex post) ou pela análise de atos de concentração?

Resumo:

Sim, é essencial que uma lei responsável por regular mercados digitais tenha disposições sobre obrigações prévias. Tal medida traz segurança jurídica para as plataformas para determinar de antemão quais condutas são danosas e garantem aos consumidores um regime mais protetivo, sem prejuízo da correta aplicação da legislação antitruste (preferencialmente atualizada, nos termos do previamente disposto). A delimitação dessas obrigações, entretanto, assim como na União Europeia, deve ser baseada no aprendizado de condutas que sabidamente são prejudiciais aos consumidores e ao

¹⁸ MOTTA, Lucas Griebeler da. Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/documentos/analise-multijurisdicional-de-aquisicoes-centradas-em-dados-diagnostico-atual-e-propostas-de-politica-publica-para-o-brasil/>. Acesso em: 25/04/2024.

mercado.

Além disso, caso as condutas fossem analisadas ex post, a nova legislação não se diferenciaria muito da atual lei de antitruste, aumentando o risco de sobreposição de competência e bis in idem. Na prática, portanto, uma abordagem generalista e meramente principiológica, como da redação original do PL 2768, terminaria por não endereçar suficientemente os abusos econômicos das plataformas.

Para responder a essa questão, destacamos quais condutas deveriam ser incorporadas como obrigações na regulação ex ante: (i) *vedar o autopreferenciamento*; (ii) *limitar concentrações não somente em mercados horizontalmente relacionados, mas também verticalmente integrados ou de atuação conglomerada*, o que deve ser aplicado tanto no âmbito concorrencial e regulatório, quanto na reparação estrutural e na limitação a favorecimentos e compartilhamento de dados; (iii) *garantir a liberdade de contratação em produtos e/ou serviços operados por controladores de acesso essencial*; (iv) *descentralização na oferta de publicidade* (v) *garantir a interoperabilidade e portabilidade de dados*, visando viabilizar o surgimento de modelos de negócio alternativos e o direito à escolha dos consumidores; (vi) *vedação ao cruzamento e compartilhamento de dados dentro o mesmo grupo econômico* e (vii) *vedação no uso de dados pessoais sensíveis para perfilização* e (viii) *exclusão dos dados coletados de forma ilícita ou tratados de forma abusiva*.

Contribuições adicionais:

OBRIGAÇÕES A SEREM INCORPORADAS NA REGULAÇÃO EX ANTE

i. Vedar o autopreferenciamento

O autopreferenciamento pode ocorrer enquanto favorecimento dos próprios produtos ou serviços numa plataforma digital. Esta alavancagem discriminatória está relacionada à verticalização ou à atuação em conglomerados e ecossistemas. Ao impulsionar seu poder em um mercado adjacente, em discriminação a concorrentes e parceiros comerciais, as plataformas digitais abusam de seu poder econômico e prejudicam a concorrência e consumidores.

Um dos principais exemplos do autopreferenciamento em plataformas digitais foi o caso Google Shopping. Na situação, a plataforma manipulava seu algoritmo de comparação de preços para favorecer sua própria ferramenta. Na União Europeia, a empresa foi multada em 2,4 bilhões de dólares, a maior multa até então, além da imposição de obrigações. Já no Brasil, o caso foi

investigado pelo Cade e arquivado por falta de provas.¹⁹ Ainda, o caso Google Shopping influenciou diretamente no DMA, que proíbe esta conduta pelas plataformas classificadas como gatekeepers. Além disso, temos também casos relativos à Amazon, no comércio eletrônico.²⁰

Além de um abuso do poder econômico, o autopreferenciamento também pode acabar indicando prática abusiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor, caso haja manipulação do livre arbítrio e a legítima expectativa dos consumidores ao utilizar-se do desconhecimento desses em relação à prática. Desta maneira, trazer essa vedação previamente seria uma maneira de harmonizar com segurança jurídica leis que já são aplicáveis (ou deveriam ser aplicadas) a essas situações.

Assim, com objetivo de mitigar os riscos do monopólio das plataformas e da verticalização das plataformas, a regulação de plataformas deverá vedar o autopreferenciamento, de forma semelhante ao DMA e ao American Innovation and Choice Online Act (AICO), projeto de lei que tramita nos EUA. Ainda que o caso Google Shopping tenha sido arquivado no Brasil, isso ocorreu somente por falta de provas e, desde seu julgamento, a preocupação global com esse tipo de conduta tem aumentado.

ii. limitar concentrações não somente em mercados horizontalmente relacionados, mas também verticalmente integrados ou de atuação conglomerada ou em ecossistema

A atuação em conglomerado ou verticalização, que se caracteriza pela prestação de mais de um serviço/produtos de forma adjacente ou complementar, deve ter atenção especial na regulação econômica de plataformas digitais. Ou seja, não é porque um ato de concentração não é de um concorrente direto no mesmo mercado que a operação não poderia trazer preocupações concorrenciais. São exemplos da atuação em conglomerado: (i) fornecer anúncios e também ser uma rede social; (ii) ter um restaurante e também ser uma plataforma de entregas para terceiros e (iii) ter um marketplace e também vender produtos próprios.

O modelo de negócios das plataformas digitais se caracteriza pela coleta de

¹⁹ Para mais informações, acesse: G1. Justiça europeia rejeita recurso do Google e mantém multa de 2,4 bilhões de euros. G1, 10 nov. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/11/10/justica-europeia-rejeita-recurso-do-google-e-mantem-multa-de-24-bilhoes-de-euros.ghtml>> Acesso em: 15/06/2023.

²⁰ KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, vol. 126, p. 710, 2016. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=yjlj>. Acesso em: 25/04/2024.

dados pessoais para exploração econômica, logo a atuação em mercados verticalmente relacionados (ou melhor, em conglomerado ou em ecossistema, já que não necessitam ser interdependentes em uma mesma cadeia) tende a alavancar a atuação da plataforma, gerando riscos à economia digital, como já abordado na questão relativa ao compartilhamento de dados. Ainda, é importante considerar que as aquisições centradas em dados, vão além das verticais e horizontais que orientam as análises do antitruste clássico. A atuação em conglomerado das plataformas digitais é “transversal” ou mesmo “pulverizada”, podendo ser observada também em mercados não intuitivos.

A verticalização e atuação conglomeral e em ecossistema por si só não necessariamente precisam ser proibidas, mas os efeitos e as preocupações na atuação verticalizada, em conglomerado ou ecossistema têm que ser analisadas no caso-a-caso com maior atenção e celeridade do que tem sido realizado. Nesse sentido, recomenda-se:

1. no âmbito concorrencial, a revisão dos critérios de notificação dos atos de concentração;
2. no âmbito regulatório, a determinação da obrigatoriedade da notificação de atos de concentração das plataformas reguladas, em especial àquelas já mais concentradas;
3. em alguns casos, a determinação do unbundling - ou seja, a separação de serviços de maneira a não "lock in" consumidores. No mínimo, deve haver a limitação de favorecimento e de compartilhamento de dados entre empresas de um mesmo grupo econômico. Concretamente, há a proposta da organização internacional Artigo 19 de *unbundle* serviços de hospedagem e de curadoria de conteúdo em grandes plataformas digitais;²¹

iii. Liberdade de contratação em produtos e/ou serviços operados por controladores de acesso essencial

Outra disposição do DMA que deve ser incorporada à regulação de mercados digitais brasileira é a garantia da possibilidade de desinstalação de aplicação de software supostamente obrigatória e pré-instalada. A impossibilidade de fazê-lo é uma forma de privilegiar determinar aplicações do mesmo grupo econômico de produtores de hardware ou com relação privilegiada, prejudicando concorrentes. Em lojas de aplicativo deve ser ofertada a possibilidade técnica de instalação de todos os aplicativos.

O Cade abriu inquérito administrativo, ainda em andamento, para apurar se o

²¹ ARTICLE 19. Taming Big Tech: a pro-competitive solution to protect free expression. Article 19, 2021. Disponível em: <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2023/02/Taming-big-tech-UPDATE-Jan2023-P05.pdf>> Acesso em: 25/04/2024.

Google abusou de sua posição dominante em relação ao Android, seu sistema operacional para dispositivos móveis do Google.²² Afinal, o Android é o líder de mercado, sendo usado em cerca de 80% dos smartphones em todo o mundo e o consumidor recebe o sistema operacional com todos os serviços do conglomerado, tanto aqueles essenciais ao funcionamento do sistema, quanto outros não essenciais, como redes sociais.

No mesmo sentido, o controlador não pode exigir aos utilizadores profissionais e finais que utilizem determinado serviço de pagamento, especialmente serviços próprios como o pagamento via WhatsApp Pay em relação à plataforma de mensageria WhatsApp.

iv. Descentralização na oferta de publicidade

Compreendemos que, ainda que haja redução de custos de transação ao se integrar a publicidade com outros serviços, é necessário que a regulação de plataformas descentralize a oferta de publicidade, que está diretamente relacionada ao modelo de negócio das plataformas digitais. É necessário considerar que as plataformas protagonizam todas as etapas de compra e venda dos anúncios. O Google, por exemplo, é acusado de autopreferenciamento ao favorecer seus próprios produtos em etapas distintas do processo de compra e venda de anúncios.

Há preocupação também com a utilização discriminatória de dados, além da utilização de maneira anticompetitiva. Esse tema pode ser, inclusive, objeto de análise do Cade, devido ao privilegiamento de anúncios promovidos pela Google e pela Meta na semana de votação do PL 2630.²³

Tamanho é a influência do Google no mercado de publicidade, que a Comissão Europeia considera que a solução mais eficaz seria separar parte dos serviços da Google.²⁴ No mesmo sentido, a Artigo 19 sugere a separação entre hospedagem e curadoria de conteúdo em grandes plataformas digitais, ou seja, a mesma plataformas não poderia ser responsável pela criação de perfis e

²² Para mais informações, acesse: LIS, Laís. Cade decide apurar se Google adotou no Brasil práticas anticompetitivas com Android. G1, 11 jun. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/11/cade-decide-apurar-se-google-adotou-no-brasil-praticas-anticompetitivas-com-android.ghtml>> Acesso em: 09/11/2023.

²³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade abre investigação contra Google e Meta para apurar abuso de posição dominante nas discussões sobre o PL das Fake News. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-abre-investigacao-contra-google-e-meta-para-apurar-abuso-de-posicao-dominante-nas-discussoes-sobre-o-pl-das-fake-news>> Acesso: 25/04/2024.

²⁴ GHEDIN, Rodrigo. Comissão Europeia acusa Google de monopólio em publicidade digital. Núcleo Jor, 14 jun. 2023. Disponível em: <<https://nucleo.jor.br/curtas/2023-06-14-comissao-europeia-google-monopolio-publicidade/>> Acesso em: 12/07/2023.

postagem e pelos algoritmos das plataformas.²⁵

Além disso, alguns elementos necessários para a coibição e a remediação dos impactos negativos sobre a oferta e qualidade de produtos e serviços digitais decorrentes da alta concentração de mercado são:

- fornecimento de informação clara e objetiva dos conteúdos oriundos de publicidade, os contratantes e o valor do contrato.
- caso seja um conteúdo direcionado em decorrência de perfilização de dados, a plataforma deve dar transparência aos critérios e dados utilizados para escolha do usuário-consumidor alvo da publicidade.

v. Interoperabilidade e portabilidade de dados

A restrição ao compartilhamento e a portabilidade de dados pode estar relacionada a diversas condutas anticompetitivas, em especial: (i) negativa de acesso a uma utilidade essencial, a partir da doutrina das essential facilities; (ii) venda casada e (iii) recusa de negociar.²⁶ Dessa forma, a interoperabilidade de dados é um remédio importante para (i) viabilizar o surgimento de modelos de negócio alternativos e, conseqüentemente, (ii) garantir o direito à escolha por parte de consumidores, desde que garantida a proteção de dados pessoais.

É importante considerar que a proteção de dados dos consumidores - ou seja, a promoção da concorrência e o empoderamento do titular de dados não deve ocorrer em contraposição à sua proteção e à LGPD. Ou seja, deve haver um necessário balanço entre a utilização da interoperabilidade para promoção da concorrência sem deixar de proteger outros direitos - em especial, a proteção de dados pessoais e o direito dos consumidores.

A regulação poderia mitigar os problemas relacionados à falta de interoperabilidade por meio da priorização de protocolos abertos, para que não se crie padrões excludentes e concentrados. Ressalta-se, no entanto, que a interoperabilidade pode ocorrer de diversas maneiras: (i) para o cumprimento de legislações já existentes (como a determinação do art. 25 da LGPD para tratamento de dados pessoais pelo poder público); (ii) por iniciativa própria das plataformas, respeitadas as legislações vigentes; (iii) enquanto condicionante para a aprovação de um ato de concentração (a "compra" de uma empresa), de modo a não impedir a competição; (iv) enquanto remédio concorrencial em

²⁵ ARTICLE 19. Taming Big Tech: a pro-competitive solution to protect free expression. Article 19, 2021. Disponível em: <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2023/02/Taming-big-tech-UPDATE-Jan2023-P05.pdf>> Acesso em: 12/07/2023.

²⁶ CRAVO, Daniela Copetti. O Direito à Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 347-366.

caso de condenação por abuso de posição dominante; (v) enquanto termo de um acordo para cessação de uma conduta anticompetitiva e (vi) por imposição regulatória para plataformas digitais, como feito pelo DMA.

vi. Vedação ao cruzamento e compartilhamento de dados entre controladores do mesmo grupo econômico

Esse é um critério extremamente relevante, que inclusive está presente em outras regulações pelo mundo, como no Digital Markets Act (DMA) na União Europeia.

No compartilhamento de dados entre empresas de um mesmo grupo econômico há um grande risco de abuso de sua posição dominante ao gerar riscos relacionados à alavancagem de posição a partir de mercado correlato ou de autopreferenciamento/self-preferencing. Essa é uma grande preocupação da atuação de plataformas digitais em ecossistemas - que, apesar de ter suas vantagens, também traz diversos riscos aos consumidores, à concorrência e à proteção de dados.

Isso porque, em mercados digitais, dados são ativos relevantes para a performance e competitividade das empresas, mas podem levar a situações de fechamento de mercado e, em caso de empresas que também atuam em mercados adjacentes, o cruzamento de dados (a partir do compartilhamento de dados, por exemplo), criando uma vantagem irreplicável por concorrentes. Rememora-se que as grandes empresas de tecnologia atuam não somente em um mercado, mas também de maneira verticalizada (atuando em mercados complementares de uma mesma cadeia de consumo/fornecimento) e especialmente conglomeral e em ecossistemas. Ressalta-se que essas atuações em ecossistemas não são restritas somente ao universo estritamente digital: muitas empresas de tecnologia têm, inclusive, se inserido em outros mercados para competir com mercados tradicionais, como é o caso dos serviços de pagamento,²⁷ de plataformas de saúde e de infraestrutura física para o provimento desses serviços digitais.

Como inspiração de algumas dessas condutas e como elas foram discutidas no Brasil, esse abuso pôde ser observado (1) na aquisição da FitBit pela Google, (2) na mudança da política de privacidade do WhatsApp e (3) na atuação da Google e da Meta em relação ao PL 2630. Os três casos tiveram contribuições técnicas do Idec para levantar justamente as discussões dispostas nesta contribuição.

(1) Caso Google-FitBit (2020)

²⁷ CONTRI, Camila Leite; CARVALHO, Vinícius Marques de; MATTIUZZO, Marcela. Perspectivas e Controvérsias nas Inovações Regulatórias no Sistema Financeiro de Pagamentos. São Paulo: Editora Singular, 2023. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/626149>. Acesso em: 25/04/2024.

Nessa compra de empresa produtora de relógios inteligentes pela gigante da tecnologia, a coleta de dados pessoais sensíveis (de saúde) pela FitBit (e que agora são compartilhados com a Google) fortalece o poder da Google em mercados da economia digital e podem alavancar sua posição em outros mercados, tanto em termos de perfilização para anúncios como em mercados ligados à saúde. Recordar-se que dados de saúde são meritoriosos de proteção especial na legislação de proteção de dados devido à sua potencial irreplicabilidade e seu potencial uso discriminatório.

Diante desses riscos, o Idec enviou uma representação para que o Cade analisasse o ato de concentração. A operação não seria notificada no Brasil por não atingir os critérios legais de faturamento, mas, dada a relevância do caso, o Idec suscitou a utilização da competência subsidiária do Cade para que determinasse sua notificação no Brasil. Entretanto, o procedimento de apuração de ato de concentração foi arquivado.²⁸ Já na União Europeia, o Google se comprometeu a não utilizar, por 10 anos, dados de localização, saúde e bem-estar dos usuários da Fitbit para fins de direcionamento de anúncios. As medidas envolviam apenas usuários no Espaço Econômico Europeu, mas a empresa afirmou que elas seriam estendidas para todos os países.²⁹ De qualquer maneira, esta condicionante pode ser demasiado limitada para a importância que esses dados têm no modelo de negócios das empresas - motivo pelo qual é essencial que avancemos numa regulação que proíba essas práticas de antemão.

(2) Caso Mudança da Política de Privacidade do WhatsApp (2021)

Já o segundo caso foi analisado por quatro autoridades, após denúncia do Idec: MPF, Cade, Senacon e ANPD, esta última tendo liderado o processo.³⁰ O caso gerou uma recomendação conjunta entre as autoridades, mas a principal ameaça aos consumidores, o compartilhamento de dados entre as empresas, sequer foi analisada em profundidade até o momento.

(3) Atuação da Google e da Meta na semana da votação do PL 2630 (2023)

Para além do caso Google Shopping, o Cade também tem pendente de análise

²⁸ IDEC. Idec solicita ao Cade investigação da compra da Fitbit pela Google. Idec, 15 jul. 2020. Disponível em:

<<https://idec.org.br/noticia/idec-solicita-investigacao-da-operacao-de-compra-da-fitbit-pela-google>> Acesso em: 05/06/2023.

²⁹ SILVA, Victor Hugo. Google agora é dono da Fitbit após concluir aquisição bilionária. Tecnoblog, 2021. Disponível:

<<https://tecnoblog.net/noticias/2021/01/14/google-agora-e-dono-da-fitbit-apos-concluir-aquisicao-bilionaria/>> Acesso em: 05/06/2023.

³⁰ Caso Whatsapp: proteção de dados dos usuários permanece ameaçada. Idec, 27 maio 2022. Disponível em:

<<https://idec.org.br/noticia/caso-whatsapp-protacao-de-dados-dos-usuarios-permanece-amecada>> Acesso em: 05/06/2023.

um procedimento administrativo (em fase de Procedimento Preparatório, ou seja, de análise se há competência do Cade no assunto) sobre o tema. O procedimento foi aberto pelo Superintendente Geral após denúncias de pessoas físicas e também pelo Senador Randolfe Rodrigues (sem partido).³¹ O procedimento trata da apuração de abuso de posição dominante das plataformas Google e Meta por supostamente utilizarem indevidamente suas plataformas para realizar campanhas em desfavor do PL 2630, o que poderia ser considerado uma medida de auto-preferenciamento de seus próprios interesses.³² O processo também conta com ofício com contribuições da Senacon, que também analisa caso semelhante (contra a Google) do ponto de vista do direito do consumidor, que contou inclusive com emissão de medida cautelar para impedir o privilegiamento de certos anúncios.³³

Nos dois primeiros casos (Caso Google-GitBit e Caso WhatsApp), a solução insatisfatória das autoridades brasileiras demonstra a necessidade de uma regulação econômica que endereça a questão. Com objetivo de mitigar os riscos aqui levantados, reitera-se que a regulação deve conter mecanismos para uma disposição de proibição de compartilhamento de dados entre empresas de um mesmo grupo econômico sem consentimento informado, prévio, expresso e específico dos consumidores acerca do compartilhamento;

vii. Vedação no uso de dados pessoais sensíveis para perfilização

Outro aprendizado com o AC Google-FitBit é a necessidade de proibição da utilização de dados pessoais sensíveis para fins de perfilização e direcionamento de publicidade. Em razão do potencial discriminatório dos dados sensíveis sua coleta e tratamento deve se orientar melhor interesse dos usuários, salvo seu expresso e qualificado consentimento em contrário. É igualmente necessária a proibição da utilização de dados pessoais de crianças e adolescentes para personalização e direcionamento de publicidade (art. 227 CRFB).

viii. Exclusão dos dados coletados de forma ilícita ou tratados de forma abusiva

³¹ CADE. Cade abre investigação contra Google e Meta para apurar abuso de posição dominante nas discussões sobre o PL das Fake News. 02 maio 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-abre-investigacao-contra-google-e-meta-para-apurar-abuso-de-posicao-dominante-nas-discussoes-sobre-o-pl-das-fake-news>> Acesso em: 25/04/2024.

³² CADE. Procedimento Preparatório nº 08700.003089/2023-85. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLijH0OLyFQRJBKyyt97aSMch_VP6nl3noMik2oHwMMG1ZOgV6EGw> Acesso em: 25/04/2024.

³³ SECOM. Ministério da Justiça exige mudanças de divulgação do Google sobre o PL que trata da responsabilidade de big techs. 02 maio 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/05/ministerio-da-justica-exige-mudancas-de-divulgacao-do-google-sobre-o-pl-que-regula-acoes-de-big-techs>. Acesso em: 25/04/2024.

O controlador de acesso essencial, ao violar as obrigações e vedações relacionadas a dados pessoais impostas pela regulação discutida, deve, como forma de sanção, ser obrigado a excluí-los, inclusive os dados derivados desses.

6.1. Qual a combinação possível dessas duas técnicas regulatórias (ex ante e ex post) para o caso das plataformas digitais? Qual abordagem seria recomendável para o contexto brasileiro, considerando ainda os diferentes graus de flexibilidade necessários para identificar de forma adequada os agentes econômicos que devem ser foco de eventual ação regulatória e das obrigações correspondentes?

Resumo:

Na regulação ex ante haverá obrigações específicas às plataformas digitais, de maneira que a aplicação do antitruste tradicional adequado à realidade da economia digital (conforme a pergunta 2) continuará a ser aplicado em situações não contempladas na regulação ex ante. Espera-se, então, que as regulações ex ante e ex post sejam instrumentos alinhados na promoção de mercados digitais mais justos. É possível que sejam firmados Acordos de Cooperação Técnica (ACT) entre autoridades competentes para aplicar cada regulação, sendo necessário ter um efetivo plano de trabalho para garantir exequibilidade e eficiência na cooperação.

Igualmente, podem ser criados memorandos de entendimento (MoU) entre as autoridades para delimitação mais explícita de competência, como feito no passado entre Cade e Bacen, por exemplo.

Uma terceira possibilidade é a delimitação legal dessa divisão de atribuições. Isso ocorre, por exemplo, em atos de concentração no setor de telecomunicações, no qual também há competência de análise por parte da Anatel em matérias regulatórias (de concorrência no setor de telecomunicações), sem prejuízo da análise concorrencial por parte do caso.

É necessário considerar que a regulação ex ante terá um escopo mais ampliado ao se relacionar a outros princípios da ordem econômica, em especial, à defesa dos consumidores. Além disso, conforme a pergunta 5, o antitruste, ainda que majoritariamente numa atuação ex post, mantém sua relevante função de análise prévia no tocante ao controle de estruturas por

meio da análise de atos de concentração.

7. Jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pro-competitivos – como as novas regras da União Europeia, a legislação japonesa e a proposta regulatória do Reino Unido, entre outras – optaram por um modelo assimétrico de regulação, diferenciando o impacto das plataformas digitais a partir de seu segmento de atuação e em função de seu porte, como é o caso dos gatekeepers no DMA europeu.

7.1. Uma legislação brasileira que introduzisse parâmetros para a regulação econômica de plataformas digitais deveria ser simétrica, abrangendo todos os agentes deste mercado ou, ao contrário, assimétrica, estabelecendo obrigações apenas para alguns agentes econômicos?

Resumo:

A regulação deve ser assimétrica. É essencial que a futura regulação não somente diferencie condutas para mercados em específicos, como também leve em conta as capacidades econômicas dos agentes para a regulação não criar externalidades negativas no mercado.

Considerando que o objetivo da regulação é tornar a concorrência em mercados digitais mais justa e equânime, se torna fundamental considerar as diferentes capacidades econômicas (e, inclusive, de tratamento de dados) das plataformas. Uma regulação simétrica tem potencial de causar um impacto desproporcional em plataformas menores, tendo efeito inverso ao foco da regulação: pode acabar afetando a inovação e impedindo a concorrência, de maneira a desproporcionalmente favorecer justamente as plataformas que já são dominantes.

As grandes plataformas digitais - *gatekeepers* ou as que desfrutam de um “status de mercado estratégico” (SMS, em inglês) - detêm um poder de mercado substancial e consolidado, atuando como “porta de entrada” aos usuários profissionais e finais, que ficam sujeitos às suas normas, arquitetura e modelo de negócio exploratório. Os efeitos desse poder de mercado são generalizados ou, no mínimo, significativos, impactando as relações de consumo e a concorrência, a proteção de dados, o controle dos meios de comunicação e, até mesmo, a democracia e a soberania nacional.

Do ponto de vista quantitativo, é possível inferir critério para a regulação assimétrica, como: (i) participação de mercado (marketshare), (ii)

faturamento, (iii) quantidade de pessoas usuárias (comerciais e não-comerciais). Esses tipos de classificação quantitativos são relevantes em especial para uma regulação econômico-concorrencial, mas não deixam de ser importantes elementos em outros tipos de regulação de plataformas.

Ademais, quando necessário, também diferenciar as obrigações aplicáveis a plataformas com diferentes funcionalidades (por exemplo, numa análise de diferenciação entre redes sociais e plataformas de mensageria).

7.2. Caso a resposta seja no sentido de adoção de regulação assimétrica, quais parâmetros ou referências deveriam ser utilizados para esse tipo de diferenciação? Quais seriam critérios (quantitativos ou qualitativos) deveriam ser adotados para identificar os agentes econômicos que devem ser objeto de regulação de plataformas no caso brasileiro?

Resumo:

É necessário que a regulação crie critérios CUMULATIVOS (por exemplo, gatekeeper, em quais mercados atua e quantidade de usuários) e ALTERNATIVOS (por exemplo, faturamento). Em especial, é também importante ter VÁLVULAS DE ESCAPE (por exemplo, quando uma plataforma não chega a ter a quantidade de usuários em específico, mas ainda sim representa alto riscos), especialmente devido à dinamicidade desses mercados e, portanto, a dinamicidade de preocupações que podem surgir. A necessidade de critérios cumulativos e alternativos foi consenso na consulta pública do CGI.br sobre regulação de plataformas digitais.³⁴

Em nossa contribuição apresentamos alguns critérios possíveis: (i) *Valor de mercado ou faturamento*; (ii) *Participação de mercado (market share)*; (iii) *Quantidade de usuários e de clientes*; (iv) *Serviço essencial de plataforma*;

É importante que a regulação priorize a combinação de critérios com fins de inferir com maior precisão as plataformas digitais que devem cumprir a regulação assimétrica. Em um paralelo ao Digital Markets Act (DMA), acreditamos que a definição de controladores de acesso deve estar relacionada, principalmente, aos critérios de quantidade de usuários no território nacional e participação no mercado (vertical, horizontal e em

³⁴ CAPPI, Juliano; OMS, Juliana. Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais. São Paulo: CGI.br, 2023. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf> Acesso em> 24/04/2024.

conglomerado). Sendo flexível para considerar a essencialidade do serviço e os riscos que a plataforma apresenta ao exercício de direitos fundamentais e ao acesso aos usuários profissionais e finais à Internet.

Contribuição adicional:

É necessário que a regulação crie critérios CUMULATIVOS (por exemplo, em quais mercados atua e quantidade de usuários) e ALTERNATIVOS (por exemplo, faturamento). Em especial, é também importante ter VÁLVULAS DE ESCAPE (por exemplo, quando uma plataforma não chega a ter a quantidade de usuários em específico, mas ainda sim representa riscos), especialmente devido à dinamicidade desses mercados e, portanto, a dinamicidade de preocupações que podem surgir. A necessidade de critérios cumulativos e alternativos foi consenso na consulta pública do CGI.br sobre regulação de plataformas digitais.³⁵

A seguir, apresentamos alguns critérios:

i. Valor de mercado ou faturamento;

Esse critério é importante para entender a dimensão das empresas. Entretanto, não é adequado considerar isoladamente o valor de mercado ou faturamento como critério para a classificação de plataformas digitais. Trata-se de um critério relevante, mas muito dinâmico, que pode ser alterado drasticamente em um breve período, tanto com aumento do faturamento ou a redução, que poderia ocorrer inclusive artificialmente para que não se atinja um determinado critério legal. Por este motivo, sugere sua utilização, mas também aliada a outros critérios alternativos, ainda que não se alcance o valor de faturamento.

Ainda, devido aos efeitos de rede e tendência ao monopólio, é possível que uma plataforma digital estrategicamente não obtenha lucro em um primeiro período para angariar o mercado e os usuários e posteriormente passar a explorar economicamente os dados pessoais dos usuários.

Por exemplo: o WhatsApp não possuía faturamento suficiente no Brasil quando da sua compra pelo Facebook (Meta), a ponto deste ato de concentração não ter sido notificado no Brasil. Porém, a plataforma já possuía (i) participação de mercado relevante no Brasil e (ii) quantidade de usuários relevante. O mesmo ocorreu quando da compra do Instagram pelo Facebook. Ainda que as

³⁵ CAPPI, Juliano; OMS, Juliana. Sistematização das Contribuições à Consulta sobre Regulação de Plataformas Digitais. São Paulo: CGI.br, 2023. Disponível em: <https://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/20231213081034/sistematizacao_consulta_regulacao_plataformas.pdf> Acesso em> 24/04/2024.

plataformas possam ter tido uma relevância menor antes da sua aquisição, considerando o conglomerado que integrariam é importante pensar no poder que iriam adquirir. Futuramente, discussão justamente sobre o compartilhamento de dados no grupo econômico da Meta emergiu e está pendente de decisão, após cooperação entre Cade, Senacon, MPF e ANPD.

O referencial do faturamento é relevante, mas é necessário que se analise a insuficiência da intervenção de autoridades concorrenciais no passado para garantir uma intervenção regulatória atualizada com os aprendizados de experiências passadas. E uma das insuficiências que vem sendo estudada é justamente a fragilidade de um critério quantitativo unicamente baseado em faturamento - no caso do antitruste, para a obrigatoriedade da notificação de um ato de concentração.

Caso esse critério seja utilizado, recomenda-se que seja aliada a outros critérios alternativos.

ii. Participação de mercado (market share);

Tratando de mercados digitais, com forte tendência ao monopólio pelas características já descritas em respostas anteriores, a participação do mercado é um fator determinante para compreender o impacto da plataforma aos usuários e na economia digital. É fundamental também que a regulação crie mecanismos que avaliem a integração vertical e, em especial, o efeito de conglomerado dos grupos econômicos envolvidos.

O art. 36, §2º da Lei 12.529/11, estabelece que a posição de dominante pode ser presumida em relação às empresas ou grupo de empresas que controlarem 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. Ocorre que a entrada de empresas ou negócios atuantes em ecossistemas é diretamente influenciada pelos efeitos de rede diretos e indiretos das plataformas - ou seja, a tendência é de uma concentração ainda maior decorrente da atração de usuários ser proporcional ao tamanho e a capilaridade de atuação da plataforma.

Por exemplo, ainda que o WhatsApp Pay não detenha 20% (vinte por cento) do mercado de meios digitais de pagamento, é fundamental considerar que o WhatsApp detém 99% (noventa e nove por cento) de um mercado relacionado, o de mensageria. Ainda que o Meta Threads tenha surgido há pouco, deve ser considerada também a relevância do grupo econômico da Meta e também a integração dessa nova plataforma com outras, em especial o Instagram.

Considerando que o objetivo da regulação é tornar os ambientes competitivos mais justos e equânimes, o critério de participação de mercado é muito importante. Trata-se de uma forma de verificar os riscos que esses atores representam aos mercados digitais.

Há, porém, um contraponto na adoção desse critério: para utilizá-lo, seria necessário fazer uma análise da estrutura de mercado previamente à delimitação do objeto regulatório (para averiguar se a plataforma possui participação de mercado suficiente para ser enquadrada por esse critério na regulação). Isso traz camadas adicionais de complexidade para a entidade que fará esse tipo de análise: mesmo antes de analisar se há eventual tipo de ilícito, até mesmo para delimitar o objeto regulatório, além de que a delimitação de mercados relevantes é complexa nesses mercados justamente por sua atuação em ecossistemas e pela dificuldade de aplicação do conceito de substituíbilidade. Desta maneira, este poderia ser um dos critérios, mas poderia ser acrescido de outras alternativas facilitadas para a definição do objeto regulatório (por exemplo, ter critérios que sejam alternativos). Ainda, há de se avaliar a capacidade institucional da autoridade de realizar frequentemente esses tipos de análise a priori.

iii. Quantidade de usuários e de clientes;

O critério de quantidade de usuários também deve ser considerado durante a regulação, assim como está sendo utilizado em legislações europeias e no Projeto de Lei nº 2630/20. A depender de seu objetivo, deve-se separar os usuários não-comerciais e os usuários comerciais.

Esse critério pode ser utilizado dentro de diferentes períodos de tempo. Por exemplo, no Digital Markets Act da União Europeia o critério de "usuários ativos por mês".

Esse é um critério que, de maneira positiva, repassa o ônus da prova para as plataformas, mas também exige um monitoramento por parte da autoridade em verificar a informação (i) com certa frequência, especialmente para plataformas com valores limítrofes e (ii) a veracidade das informações prestadas.

Ainda, a quantidade em si deve ser objeto de reflexão em termos de competitividade e assimetria regulatória: para alguns objetivos de regulação não parece fazer sentido abarcar plataformas que não tenham uma quantidade de usuários como as big techs, por exemplo. Isso deve ser analisado a depender da falha de mercado que se busca corrigir.

Por fim, é também importante ter alguma válvula de escape. Ou seja, ter uma possibilidade de incluir na regulação plataformas que não atinjam esse número de usuários, mas que por outros motivos possam necessitar ser objeto de maior escrutínio regulatório - por exemplo, o fato de ser uma plataforma utilizada massivamente por crianças e adolescentes (que gozam de um status de proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro). Ressalta-se, porém, que esse critério deve garantir um mínimo de segurança jurídica, sendo necessário haver alguns parâmetros objetivos para a inclusão de plataformas que não atinjam esse critério.

iv. Serviço essencial de plataforma;

Serviços cuja finalidade esteja relacionada ao exercício da cidadania, que devem estar entre as prioridades da regulação. É necessário que os serviços prestados sejam orientados pelo melhor interesse dos usuários, sendo vedado que seus dados sejam utilizados para exploração econômica por parte das plataformas.

Ressalta-se que, ainda que tenha um escopo mais limitado, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) já ressalta a centralidade da internet para o exercício da cidadania (Art. 7º). De maneira semelhante, pode haver uma ampliação desse reconhecimento para a camada das aplicações, a depender de sua relevância para a população.

Sobre a tipologia de quais seriam serviços essenciais de plataformas, novamente depende do objetivo da regulação. Um exemplo é encontrado no Digital Markets Act (DMA) na União Europeia, que caracteriza os "core platform services".

v. Controle essencial de acesso (gatekeeper);

Esse critério (ou algum semelhante) é muito importante para que a legislação abarque plataformas que efetivamente suscitam maiores preocupações, quando estamos falando de regulação econômica.

COMPARAÇÃO COM O DMA

Acreditamos que critérios combinados na definição assimétrica de regulação de plataformas digitais é a melhor alternativa. Nesse sentido, a definição de controladores de acesso deve relacionar os critérios anteriores, em especial a quantidade de usuários no território nacional e o critério de participação de mercado considerando o efeito de conglomerado, além do tipo de plataforma. Ainda, o conceito de controle de acesso deve ser flexível para considerar a essencialidade do serviço e os riscos aos direitos sociais e fundamentais.

A expressão surge nesse contexto a partir do Digital Markets Act (DMA)³⁶⁻³⁷, a regulação europeia de mercados digitais. Para tal legislação, os gatekeepers são empresas que oferecem "serviços essenciais de plataforma", como redes sociais, mecanismos de busca, sistemas operacionais e serviços de

³⁶ EUROPEAN COMMISSION. Remarks by Commissioner Breton: Here are the first 7 potential "Gatekeepers" under the EU Digital Markets Act. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_3674> Acesso em: 07/07/2023.

³⁷ CONTRI, Camila Leite; SECAF, Helena e ZANATTA, Rafael A. F. Com o DMA, regulação de plataformas digitais já é realidade. Jota, 09 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/com-dma-regulacao-plataformas-digitais-ja-e-realidade-09122021>> Acesso em: 26/06/2023.

compartilhamento de vídeo. Para serem enquadrados, os serviços devem possuir impacto significativo no mercado interno europeu, operarem um ou mais gateways importantes para os clientes e desfrutarem (ou que ter a previsão para tanto) uma posição consolidada e durável em suas operações.

A determinação de uma empresa como gatekeeper é feita com base em critérios quantitativos (econômicos e referentes ao número de usuários) e qualitativos. Especificamente (i) se a empresa à qual pertence tiver um volume de negócios anual no Espaço Econômico Europeu (EEE) igual ou superior a 6500 milhões de euros nos três últimos exercícios financeiros, ou se a capitalização bolsista média ou o valor justo de mercado equivalente da empresa à qual pertence tiver ascendido a, pelo menos, 65 mil milhões de euros no último exercício financeiro, e se prestar um serviço essencial de plataforma em, pelo menos, três Estados-Membros; (ii) se prestar um serviço essencial de plataforma com mais de 45 milhões de utilizadores finais ativos mensalmente, estabelecidos ou situados na União, e mais de 10 mil utilizadores profissionais ativos anualmente, estabelecidos na União, no último exercício financeiro.

Esses critérios, no entanto, são presunções: é possível que uma empresa que os atenda as refute, demonstrando por meio de indicadores suficientemente embasados o motivo pelo qual não se enquadra na categoria de gatekeeper. Igualmente, é possível que a Comissão Europeia fundamentadamente designe uma plataforma digital provedora de serviço essencial como um gatekeeper mesmo que esta não atinja os limites presumidos. Uma vez enquadrado como gatekeeper, no entanto, a plataforma está sujeita a uma série de obrigações. Essa válvula de escape também é importante para que se atinja o objetivo principal de reconhecer uma plataforma como gatekeeper: regular as plataformas que verdadeiramente suscitam preocupações.

8. Há riscos para o Brasil decorrentes da não adoção de um novo modelo regulatório pró-competitivo, especialmente considerando o cenário em que outras jurisdições já adotaram ou estão em processo para adotar regras específicas voltadas a plataformas digitais, levando em conta a atuação global das maiores plataformas? Quais benefícios poderiam ser obtidos pela adoção de uma regulamentação análoga no Brasil?

Resumo:

Há mais riscos decorrentes da manutenção do poder econômico das plataformas do que de eventuais efeitos adversos na implementação de uma regulação econômica de plataformas digitais.

A ausência de adoção de uma regulação pode significar a insuficiência de legislações brasileiras nos riscos relacionados às plataformas digitais e em mercados ainda mais concentrados. Com isso, perpetuam-se danos a consumidores e ao mercado, de maneira a prejudicar o florescimento de um ambiente digital transparente, não abusivo e efetivamente inovador.

A regulação ex ante será responsável por fomentar a inovação ao tornar viáveis modelos de negócio que não sejam baseados na exploração de dados pessoais. Tratando especialmente de serviços públicos ou de alto interesse social e político, é fundamental que as plataformas utilizadas não sejam voltadas à exploração de dados e que os modelos alternativos contemplem a inovação e a soberania digital. Ainda que para tanto seja necessário o estabelecimento de uma política de soberania digital, o controle do poder econômico exercido pelo PL também é fundamental.

A concentração de mercado e o abuso de poder econômico são tão grandes a ponto de se ter (1) pouca concorrência, (2) pouca possibilidade de escolha de consumidores (em termos de diversidade e, inclusive, de qualidade) e (3) impedir o surgimento de soluções mais inovadoras e protetivas de direitos (como a privacidade). Desta maneira, a atual dinâmica de inovação nesses mercados com diversas falhas é prejudicial não somente para o mercado, mas também para o surgimento de modelos alternativos que inclusive sejam mais protetores de direitos - por exemplo, plataformas com políticas de privacidade mais protetivas aos seus consumidores.

Essa inibição de modelos alternativos ocorre não somente pela concentração em si, mas pelo abuso dessa posição dominante por meio de condutas exclusionárias e exploratórias e também pela aquisição de concorrentes atuais ou nascentes e futuros.

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

Resumo:

Os riscos perpetrados pelas plataformas digitais demonstram como a ausência de regulação desses mercados pode ser prejudicial à defesa da concorrência, aos consumidores e à proteção de dados. Ao adotar uma

regulação pró-competição, o Brasil integrará as nações preocupadas com o poder e o potencial abuso que essas plataformas representam aos mercados digitais e, em um sentido mais amplo, a própria democracia.

Para além das falhas de mercado e os riscos já citados ao longo dessa contribuição, a ausência de regulação também irá contribuir para que os cidadãos brasileiros sejam reconhecidos como “de segunda classe” pelas plataformas estrangeiras.³⁸ Brasileiros compõem uma grande faixa do mercado consumidor de plataformas digitais, tendo seus dados pessoais explorados para fins de perfilização, publicidade e marketing personalizado. Além disso, o Brasil está na vanguarda da Governança da Internet, podendo utilizar-se dessa legitimidade para avançar na regulação das redes e, inclusive, servir de inspiração para outros países do Sul Global.

Considerando sua natureza global, o diálogo normativo entre as nações que já regularam e/ou estão em processo de regular os mercados digitais passa a ser muito relevante. Dessa forma, será possível construir uma regulação capaz de lidar com as falhas de mercado e os riscos aos titulares-consumidores e, ao mesmo tempo, não fragmentar o acesso às plataformas ou dificultar sua atuação.

IV – Arranjo institucional para regulação e supervisão

9. É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?

Resumo:

No caso de uma regulação ex ante de mercados digitais, a concentração das

³⁸ Na UE, a Meta possibilita que seus usuários decidam sobre o compartilhamento de dados com outras empresas do mesmo grupo, enquanto no Brasil o compartilhamento de dados sequer foi analisado pela ANPD. Ref: ALBUQUERQUE, Karolina. Meta permitirá que usuários europeus decidam sobre o rastreamento de dados entre os apps. 31 jan. 2024. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/279484-meta-permitira-usuarios-europeus-decidam-rastreamento-dados-entre-apps.htm>> Acesso em: 25/04/2024 e AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. ANPD conclui a análise de adequação da nova Política de Privacidade do WhatsApp à LGPD. 11 maio 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-conclui-a-analise-de-adequacao-da-nova-politica-de-privacidade-do-aplicativo-a-lgpd>> Acesso em: 25/04/2024.

competências de supervisão e fiscalização é essencial, devendo-se priorizar a independência e transparência. A ausência de um órgão regulador centralizado pode comprometer a aplicação da legislação e seu objetivo de garantir mercados digitais mais justos. Além disso, a centralização também garante maior segurança jurídica aos regulados.

Ao mesmo tempo, tratando-se de uma matéria tão transversal, é necessário garantir mecanismos de cooperação entre as diversas autoridades envolvidas - como a ANPD, o Cade, a Senacon, entre outras - de forma que todos contribuam na medida de suas atribuições e experiências.³⁹ É fundamental que as ações das entidades públicas sejam articuladas para impedir *bis in idem* e possibilitar a melhor atuação da administração pública, inclusive em termos de economicidade. Para isso, não basta a mera cooperação, sendo essencial a possibilidade de contribuição mediante pareceres e documentos jurídico-técnicos, por outras entidades. Ou seja, para além de serem firmados Acordos de Cooperação Técnica (ACT) entre autoridades, é também necessário ter um efetivo plano de trabalho para garantir exequibilidade e eficiência na cooperação. Outra possibilidade é a realização de memorandos de entendimento (MoUs), assim como o Cade tem o Banco Central. O compartilhamento de competência seria resultado das próprias articulações dos mercados digitais, devendo a regulação prever mecanismos de harmonização dessas entidades em razão das questões complexas e multitemáticas envolvendo-os.

Ainda é necessário a criação de mecanismos que garantam participação social. A participação da sociedade civil possibilita a contribuição técnica de organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos. Nesse sentido, a transparência pública deve ser prioritária e orientar a atuação do órgão regulador. Também seria ideal a criação de um conselho participativo multissetorial.

³⁹ No Reino Unido, por exemplo, houve a criação do Digital Regulation Cooperation Forum (DRCF), para reunir as autoridades concorrenciais, de proteção de dados, de comunicações e de serviços financeiros. A partir do DRCF, as autoridades de proteção de dados (Information Commissioner's Office, ICO) e a autoridade concorrencial (Competition Markets Authority, CMA) publicaram documento conjunto incentivando a cooperação interinstitucional em temas de mercados digitais. CONTRI, Camila Leite; SECAF, Helena e ZANATTA, Rafael A. F. Com o DMA, regulação de plataformas digitais já é realidade. Jota, 09 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/com-dma-regulacao-plataformas-digitais-ja-e-realidade-09122021>> Acesso em: 26/06/2023.

9.1. Em caso afirmativo, seria adequado criar um órgão regulador específico ou atribuir novas competências a órgãos já existentes? Quais mecanismos de coordenação institucional seriam necessários, tanto em um cenário envolvendo órgãos e instituições existentes, quanto na hipótese de criação de um novo regulador?

Resumo:

Tratando-se de um assunto complexo, é necessária uma entidade autônoma e independente para regulamentação, implementação e aplicação das sanções previstas na regulação de plataformas digitais. A autoridade deve ser dotada de autonomia administrativa, financeira e funcional, devendo ser locada na administração indireta.

Importa frisar que, independente da previsão do Projeto de Lei nº 2768, vê-se que a Anatel não é o órgão mais adequado para cumprir a função de reguladora de plataformas digitais. Em suma, reiteramos os argumentos levantados pela Coalizão Direitos da Rede (CDR) em nota técnica sobre o assunto, especialmente: (i) a Anatel não tem a expertise necessária nos temas de regulação de plataformas, além de ter falhado recorrentemente no cumprimento de suas atribuições no setor de telecomunicações; (ii) atribuir a regulação das plataformas à agência poderá agravar esse cenário, prejudicando o avanço da conectividade significativa no Brasil e levando os interesses econômicos das plataformas e empresas de telecomunicações a prevalecerem sobre os interesses dos usuários; (iii) a Anatel é historicamente refratária às considerações legítimas da sociedade civil e (iv) a centralização da regulação do setor de telecomunicações e de plataformas digitais pode trazer algumas contradições dos diferentes âmbitos regulatórios e de diversos interesses de seus agentes, a exemplo das presentes discussões sobre fair share e zero rating.

Nesse sentido, recomenda-se que a Anatel fortaleça seu importante papel institucional de regulação do setor de telecomunicações, central para a viabilização de diversos direitos. Para tanto, deve focar em sua missão presente, sem acumular novas atribuições.

Contribuições adicionais:

O CENÁRIO IDEAL É A CRIAÇÃO DE UMA ENTIDADE AUTÔNOMA PARA REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS

O Idec entende que nenhuma das instituições existentes contempla de maneira satisfatória as competências e expertise necessárias para a regulação de mercados digitais, já que hoje a finalidade das instituições está relacionada a temas correlatos, como dados pessoais, concorrência ou telecomunicações, sem a profundidade e compreensão necessárias para a regulação das plataformas digitais. Ademais, para evitar a captura de interesses de setores previamente regulados, o ideal seria a criação de uma autoridade em específico. Para tanto, seria necessário que o governo reconhecesse a importância do tema e dedicasse orçamento para esse desenho.

Em relação ao PL 2630, por exemplo, a Associação Data Privacy Brasil e o Instituto Vero, realizaram um estudo sobre as alternativas regulatórias disponíveis frente a necessidade de uma autoridade reguladora. A partir de quatro critérios de análise, (a) legalidade e percurso institucional; (b) risco de captura; (c) ganhos democráticos; e (d) expertise técnica, as entidades concluíram que o modelo de autoridade independente com conselho consultivo seria o ideal.⁴⁰

A ANATEL NÃO DEVE SER A AUTORIDADE DE REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS

Importa frisar que, até o momento, vê-se que a Anatel não é o órgão mais adequado para cumprir a função de reguladora de plataformas digitais. Em suma, reiteramos os argumentos levantados pela Coalizão Direitos da Rede (CDR) em nota técnica sobre o assunto:⁴¹ (i) a Anatel não tem a expertise necessária nos temas de regulação de plataformas, além de ter falhado recorrentemente no cumprimento de suas atribuições no setor de telecomunicações; (ii) atribuir a regulação das plataformas à agência poderá agravar esse cenário, prejudicando o avanço da conectividade significativa no Brasil e levando os interesses econômicos das plataformas e empresas de telecomunicações a prevalecerem sobre os interesses dos usuários; (iii) a Anatel é historicamente refratária às considerações legítimas da sociedade civil e (iv) a centralização da regulação do setor de telecomunicações e de plataformas digitais pode trazer algumas contradições dos diferentes âmbitos regulatórios e de diversos interesses de seus agentes, a exemplo das

⁴⁰ MENDONÇA, Julia; ZANATTA, Rafael A. F.; AGUIAR, Thais; DURIGAN, Victor. O Dilema da Autoridade: alternativas regulatórias no debate do Projeto de Lei nº 2630/2020. Disponível em: <https://assets-global.website-files.com/60244423a672eb5c9027e063/64ca96a4e38438560dd000a5_o-dilema-da-autoridade-no-2630.pdf> Acesso em: 25/04/2024.

⁴¹ CDR. Órgão independente de supervisão das plataformas é essencial, mas não pode ser Anatel. 28 abr. 2023. <<https://direitosnarede.org.br/2023/04/28/orgao-independente-de-supervisao-das-plataforma-s-e-essencial-mas-nao-pode-ser-anatel/>> Acesso em: 25/04/2024.

presentes discussões sobre fair share e zero rating.

Nesse sentido, recomenda-se que a Anatel fortaleça seu importante papel institucional de regulação do setor de telecomunicações, central para a viabilização de diversos direitos. Para tanto, deve focar em sua missão presente, sem acumular novas atribuições.

Na audiência pública “Competências de regulação e os mercados digitais” que discutia o PL 2768 e ocorreu na Câmara dos Deputados em 17/08/2023,⁴² ficou evidente o conflito de interesse e as preferências aos interesses das empresas de telecomunicações — suas atuais reguladas. Exemplo desse conflito de interesses é relativo ao suposto uso excessivo das big techs da infraestrutura de rede na discussão de “fair share”.

Outro exemplo de conflito de interesses entre big techs e empresas de telecomunicações são as práticas de “zero rating”, sobre as quais o Idec é contrário e defende uma utilização sem venda-casada aos consumidores, com uma alternativa lícita de fruição livre da internet móvel. Ao supostamente franquear o acesso às aplicações das big techs, as empresas de telecomunicações contribuíram para o monopólio das próprias big techs e, conseqüentemente, seu o excessivo da rede. É necessário compreender que não se trata de custo zero, afinal os custos da franquia já estão agregados aos valores pagos pelos consumidores - mesmo que esses não tenham liberdade para usufruir das aplicações como preferirem.

Em janeiro de 2023, a Coalizão Direitos na Rede (CDR) e entidades parceiras, como o Idec, apontaram as falhas e ilegalidades do atual modelo de franquia de Internet móvel ao Ministério da Justiça e solicitaram ações imediatas para a regulação e fiscalização das práticas de zero rating aplicadas por operadoras de telecomunicações nos planos de conexão à internet móvel.⁴³

Ainda, as big techs fazem investimento em infraestrutura, como mencionaram na mesma audiência pública supracitada. Ocorre que se trata de uma competência e obrigação das empresas de telecomunicações. Experiências relacionadas à fragmentação e a cobrança para tráfego na Internet diminuíram a qualidade do serviço ofertado aos consumidores, como apontaram representantes da Coreia do Sul em um painel do IGF de 2023 do qual a Anatel

⁴² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Audiência Pública “Competências de regulação e os mercados digitais”. Comissão de Desenvolvimento Econômico, 17/08/2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_bYYNWwJXzQ> Acesso 10/11/2023.

⁴³ CDR. CDR pede ao Ministério da Justiça e à Secretaria de Comunicação Social da Presidência regulação contra desigualdades na internet móvel. Disponível em: <<https://direitosnarede.org.br/2023/01/05/cdr-pede-regulacao-contra-desigualdades-na-inter-net-movel/>> Acesso em: 25/04/2024.

também participou.⁴⁴

⁴⁴ BUCCO, Rafael. IGF 2023 vai emitir alerta contra a fragmentação da Internet. Nic.br, 19 out. 2023. Disponível em: <<https://nic.br/noticia/na-midia/igf-2023-vai-emitir-alerta-contra-a-fragmentacao-da-internet/>> Acesso em: 10/11/2023.