

A hand holding a smartphone, with a network diagram overlay consisting of various nodes and connecting lines. The background is a dark blue, textured surface.

TOMADA DE SUBSÍDIOS

*CONTRIBUIÇÕES DO SLEEPING GIANTS BRASIL
A RESPEITO DE ASPECTOS ECONÔMICOS E
CONCORRENCIAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS*

FICHA TÉCNICA

Tomada de Subsídios nº 19995.000158/2024-38. Contribuições do Sleeping Giants Brasil a respeito de aspectos econômicos e concorrenciais de plataformas digitais.
(Maio, 2024)

DESENVOLVIMENTO:

Diretoria Jurídica
Sleeping Giants Brasil
Av. Guido Caloi, 1000 – Bl. 5 – 4º. Andar - Jd. São Luis
São Paulo – SP
CEP 05.802-140

contato@sleepinggiantbrasil.com
www.sleepinggiantbrasil.com

PROJETO GRÁFICO

Sleeping Giants Brasil

TOMADA DE SUBSÍDIOS

*CONTRIBUIÇÕES DO SLEEPING GIANTS BRASIL
A RESPEITO DE ASPECTOS ECONÔMICOS E
CONCORRENCIAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS*





TOMADA DE SUBSÍDIOS

CONTRIBUIÇÕES DO SLEEPING GIANTS BRASIL A RESPEITO DE ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Atualmente, o Brasil é um dos países com um dos maiores mercados digitais, se situando enquanto o 4º maior no mundo¹ e é destaque em listas em quaisquer parâmetros - e-commerce, mídias sociais, ativos digitais, etc. Tal fato, inclusive, já é um desafio à regulação econômica de plataformas digitais no país, pois seu uso pela população brasileira é bastante difundido e, ao mesmo tempo, diverso.

Neste sentido, nos parece bem-vinda a abertura de um diálogo com a sociedade sobre os aspectos econômicos e concorrenciais das plataformas digitais, na forma da tomada de subsídios aberta pelo Ministério da Fazenda em janeiro de 2024. Tal diálogo traz em si um debate sobre a possibilidade da necessária regulação de plataformas digitais que oferecem serviços e produtos em solo pátrio.

Entretanto, quando falamos em plataformas digitais de forma ampla, estamos falando de uma gama imensurável de serviços, setores, modelos e negócios e, claro, plataformas - nos mais diferentes tamanhos de empreendimentos. Por isso, respeitando a natureza da associação Sleeping Giants Brasil e o nosso know how, abordaremos apenas as plataformas de mídias sociais, serviços de mensageria instantânea, publicidade online e motores de busca.

Ademais, neste documento seguiremos os eixos propostos pelas perguntas presentes na tomada de subsídios, ainda que não respondendo questões ponto a ponto, mas trazendo reflexões sobre as questões levantadas.

I - RACIONALIDADE REGULATÓRIA

Ao abordar aspectos econômicos e concorrenciais, no mercado digital atual a alta concentração de poder de mercado em determinadas empresas escapam em muito à conquista de mercado descrita no § 1º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Neste sentido, tal realidade passa a produzir importantes falhas de mercado no ambiente digital, como a imposição e criação artificial de barreiras de entradas, assimetria informacional entre possíveis concorrentes e também entre usuários destas plataformas e as empresas criadoras.

A grande concentração de poder de mercado, de forma geral, coíbe a inovação e cria uma certa imunidade da empresa dominante à concorrência. Neste sentido, agentes que dominam certo mercado podem, por exemplo, adotar modelos de negócios que não sejam dirigidos pela demanda. Assim, mudanças que não agradem seus consumidores ou mesmo diminuem a qualidade de seu serviços, ou ainda, tomando decisões que restringem o acesso a dados para políticas públicas e pesquisa (do qual falaremos mais tarde), sem de fato sofrerem qualquer tipo de pressão de competidores. Isto porque sua predominância no mercado faz com que seus usuários tenham que se submeter às suas regras a despeito desta realidade.

A falta de regulação também cria uma grande concentração de poder econômico que tem como principais atores algumas poucas empresas estrangeiras, que faz emergir uma realidade anticompetitiva e particularmente desigual para os empreendedores brasileiros. Isto acontece pois, de forma geral, as maiores empresas do mercado digital, nos mais diversos setores, são estrangeiras - agindo

¹ Brand. O Brasil está entre os 4 maiores mercados digitais do mundo. 2022. Disponível em: <<https://brand.com.br/blog/o-brasil-esta-entre-os-4-maiores-mercados-digitais>>; Exent. O crescimento do Mercado de Mídia Digital nunca foi tão alto! Confira os dados. 2023. Disponível em: <<https://www.exent.com.br/crescimento-do-mercado-digital/>>.

como *gatekeepers* para a entrada brasileira no mercado digital - mesmo que dentro do nosso país.

Neste sentido, a regulação nacional é de extrema importância para proteger a iniciativa, inovação e empreendedorismo nacional - para além do mercado digital de forma geral. Assim, o olhar direcionado ao sul global e à realidade brasileira é crucial.

Para além disto, se entendemos que a defesa da concorrência é necessária para a proteção da economia de mercado, a regulação de aspectos econômicos e concorrenciais no mundo digital, mais do que nunca, falam sobre a concretização de direitos fundamentais, desde aqueles mais óbvios como os direitos do consumidor, chegando até a direitos fundamentais em sua versão mais clássica como a liberdade de expressão.

Isto é particularmente verdade no mercado digital das plataformas de mídias sociais, serviços de mensageria e de publicidade digital, nos quais, além do cenário até aqui descrito, também se aproveitam de sua posição majoritária para acumular e processar quantidades imensas dos dados de seus usuários - se aproveitando destas informações - o que não é acessível para a seus competidores.

Esta realidade tem impactos profundos na experiência dos usuários, que são considerados pela jurisprudência e doutrina como consumidores de serviços digitais, e no controle que as plataformas têm deste - e por consequência na efetividade dos direitos fundamentais.

Um exemplo emblemático, é o caso da empresa estadunidense Meta, responsável por três grandes plataformas, Facebook, Instagram e WhatsApp. Atualmente tal empresa acaba por controlar grande parte do mercado publicitário brasileiro, forçando serviços e produtos de inúmeros outros setores a se submeterem a seu modelo de negócio, com suas regras e políticas próprias, para poderem ter acesso a seus milhares de usuários. Ao mesmo tempo, a empresa, através de seus algoritmos, determina o que seus usuários podem ter de acesso - em termos de debate público e curadoria de conteúdo - de acordo com seus interesses comerciais - e não de acordo com os interesses de seus usuários ou com o interesse público. E, novamente, por usufruir dessa posição dominante, tais empresas não têm nenhum incentivo para a melhora de seus serviços em prol do interesse público, seja ele o mercado, dos usuários ou da sociedade.

Entretanto, a regulação, em especial de aspectos econômicos, deve se atentar para que a sua implementação não cause efeitos deletérios nos exatos objetivos que deseja alcançar. Neste sentido, é importante ter como foco a regulação assimétrica de grandes provedores de serviço - assim como o modelo europeu. Isto porque grandes plataformas agem como bloqueadores para inovação e competição no mercado digital - já que outros negócios precisam se submeter a seus modelos de negócios para poder estar no mercado.

É necessário, então, o estabelecimento de regras e obrigações que ao mesmo tempo protejam o mercado e promovam a concorrência e a inovação, abrindo espaço para novos empreendimentos. Porém, é crucial evitar o estabelecimento de obrigações gerais que, tendo como foco limitar o poder de empresas dominantes

(aumentando a concorrência e a inovação, ou mesmo a proteção do mercado e desenvolvedores brasileiros), acabe por impor obrigações demasiadamente onerosas a empreendedores menores e iniciantes.

Aqui vale mencionar a concentração e mercado em três mercados pertinentes:

- Concentração do mercado publicitário nas grandes plataformas internacionais, no caso Google e Meta, que submete todo o mercado brasileiro à sua publicidade online;
- Concentração do debate público em plataformas digitais (impacto na efetivação de direitos fundamentais);
- Concentração de mercado em mecanismos de buscas (Google);

II - SUFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO DO MODELO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA ATUAL

Em sua Constituição Federal, a sociedade brasileira optou pelo estabelecimento e fortalecimento de uma economia de mercado traduzido pela defesa da livre concorrência e da livre iniciativa. Isto está traduzido pelo art. 170 da CF/88 com a seguinte redação:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Neste sentido, o ordenamento brasileiro apesar de não punir a busca pela dominância de mercado, tem preocupação expressa com o abuso do domínio de mercado. Isto porque é pacífico que a defesa da concorrência é necessária para a manutenção de uma economia de mercado que impulse a inovação e mantenha a economia aquecida - importante para o desenvolvimento da nação de forma geral. Isto pode ser verificado pela redação dos § 4º e § 5º, do art. 173:

Art. 173 (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Ademais, o controle do abuso da posição dominante já é regulada pelo legislador brasileiro desde 1994, quando da edição da lei 8.884 de 1994, que elencou infrações à ordem econômica em seus artigos 20 e 21. Dezesete anos depois, a lei nº 12.529/2011 foi editada e reestrutura o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para continuar a mesma missão de proteção da concorrência e é atualmente a legislação que estabelece uma série de parâmetros para este fim.

Ademais, apesar de dispor no §1º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 que a “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores **não caracteriza o ilícito (...)**”, o *caput* e incisos do dispositivo, bem como o artigo seguinte, nº. 37 da referida lei, trazem a caracterização de condutas que caracterizariam o abuso de tal posição dominante.

Entretanto, a Lei nº 12.529/2011, que em breve completará 15 anos, precisa ser aprimorada para ser mais eficiente na regulação das plataformas digitais. Em um artigo de 2020, os acadêmicos Ciro Silva Martins e Laura Soares Miranda dos Santos publicaram na Revista da Defesa da Concorrência - publicação acadêmica oficial do CADE - o artigo “Abuso de Posição Dominante segundo a jurisprudência do CADE”. O trabalho analisa a jurisprudência criada pelo CADE ao longo de 10 anos (2009-2019) sobre o abuso da posição dominante e como o conselho formulou parâmetros para julgar os casos trazidos à sua atenção.

Neste sentido, é importante observar que o estudo afirma de forma categórica que a **lei 12.529/2011** não define de forma direta o conceito de abuso de posição dominante, então a análise da jurisprudência do CADE é fundamental para entender **se as definições da legislação supracitada relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas**, já que é a autoridade é necessária para traçar seus contornos nos casos concretos. Isto inclusive não é necessariamente ruim. A lei em si traz dois critérios:

um **critério abstrato** (20% ou mais do controle do mercado relevante) e um **critério concreto** (avaliação do agente para verificar se ele é capaz de alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições do mercado), verifica-se que, dependendo do mercado em análise, a aferição do poder de mercado baseia-se primordialmente no critério concreto e não no market share. Há prevalência na definição do poder de mercado a partir da influência do agente no mercado, ainda que este possua baixa participação. Outros casos ainda destacam a possibilidade de utilização de critérios variados para caracterizar a presunção de poder de mercado. (MARTINS e SANTOS, 2020, p. 173)

Entretanto, em suas conclusões o artigo também afirma que “a instrução nos processos administrativos envolvendo condutas unilaterais é extremamente exigente, o que dificulta a imputação de responsabilidade concorrencial nesses

casos” (MARTINS e SANTOS, 2020, p. 174). Isto é ainda mais preocupante quando falamos da economia digital, que tem complexidades ainda maiores em relação ao mercado tradicional.

Isto inclusive é trazido no trabalho de Martins e Santos. Foram analisados dentre a jurisprudência produzida pelo CADE três processos administrativos em que a empresa Google aparece como parte representada por potenciais condutas unilaterais anticompetitivas. Os três processos administrativos foram arquivados por motivos diferentes, mas em pelo menos dois o procedimento estabelecido se mostrou insuficiente para demonstrar os efeitos danosos - parte integral do *critério concreto* utilizado pelo conselho para caracterizar abuso. Ademais, o artigo aponta de forma expressa:

A economia digital possui a especificidade de operar em mercados com características diversas aos demais casos apresentados. Aqui encontram-se aspectos que merecem destaque, como o efeito em rede, que está relacionado às plataformas e a importância dos dados no meio digital, como ativo de imensa relevância. (MARTINS e SANTOS, 2020, p. 171)

Para tais aspectos, o CADE atual não possui recursos ou procedimentos dinâmicos que o possibilitem a caracterização do abuso de posição dominante - tão pouco a legislação aqui em análise.

Não fica claro se a conclusão da demasiada exigência na instrução dos processos administrativos do CADE é uma conclusão fruto direto dos casos da Google, mas estes com certeza fizeram parte significativa - dado que foram três processos, de um total de 22 ao longo de 10 anos.

Ademais, o diploma aqui analisado, tem como critério à submissão de análise pelo CADE o faturamento anual bruto de tais empresas - um critério obsoleto diante do contexto atual da economia digital, baseado em dados e do efeito de redes.

Quando observamos as tratativas acerca da regulamentação do mercado digital, é notável a atuação do CADE, o qual vem concentrando esforços em estudar e catalogar quais são as adaptações necessárias para que a regulamentação no mercado digital seja mais eficiente. Como exemplo, pode-se destacar o Caderno de Mercados de Plataformas Digitais, desenvolvido pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Por meio da referida pesquisa, é possível observar um levantamento jurisprudencial das notificações recebidas pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro entre os anos de 1995 e 2020, referente a atos de concentração no mercado digital. Como conclusões levantadas, o CADE aponta como principais desafios: (i) a forma de intervir no mercado digital, levando em consideração seu aspecto de ser amplamente variável e também que cada plataforma possui suas próprias características e necessidades de regulamentação; (ii) como enfrentar a conduta anticoncorrencial de exclusão por abuso de posição dominante por meio da concentração de dados; (iii) como aliar a proteção da privacidade e a política da concorrência. (BARBOSA, 2023, p. 31-32)

Tais conclusões fazem parte do trabalho “Concorrência em *Bits*: Proteção de Dados como um incentivo à concorrência no mercado digital” de Júlia Zanetti Barbosa, que a despeito de se tratar de um trabalho de conclusão de curso em graduação sob orientação do professor Dr. Anderson Lanzillo da UFRN, aponta como a rapidez da economia digital, a sua extraterritorialidade, e diversas outras características colocam desafios à defesa da concorrência que tornam necessária a reforma do diploma supracitado.

No caso do mercado digital, até mesmo exemplificado pelo caso do Google, a demora excessiva é ainda mais prejudicial, tendo em vista a velocidade que se permite a inserção e exclusão de informações. Desse modo, contar com uma previsão expressa legal que regulamente especificamente como a fiscalização deve lidar quando foram identificadas tais condutas é importante para que não se dependa de uma análise jurisprudencial que pode levar anos e se tornar obsoleta quando da sua conclusão. Portanto, são notórios os avanços proporcionados pelo CADE, porém não se pode deixar de aprimorar os processos de análise, principalmente regulamentar o procedimento, incluindo critérios específicos para as análises referentes ao mercado digital, uma vez que é bem mais sutil identificar um risco à concorrência nesse tipo de transação. (BARBOSA, 2023, p. 33)

Neste sentido, em congruência com aquilo trazido anteriormente, a defesa da concorrência significa também a defesa de interesses públicos como a defesa dos direitos dos consumidores - ao qual todos os negócios que operam no Brasil estão submetidos. Para que empresas possam competir em pé de igualdade, em um mercado que seja de fato de livre concorrência, tais direitos também devem ser refletidos no ordenamento de defesa da concorrência. Neste sentido, as infrações elencadas no artigo 36 da referida lei não abarcam tais providências e o próprio CADE vem enfrentando questões para se adaptar à nova realidade dentro do *framework* atual dado pela Lei 12.529/2011.

Em uma análise mais detida dos dispositivos é claro que o diploma entende por defesa da concorrência contra o abuso do poder econômico ou posição dominante como uma conduta estritamente entre empresas, ou ainda uma conduta contra o mercado, mas tendo como referência o comportamento de outras empresas - ainda que o rol ali disposto seja encarado como exemplificativo.

Queremos aqui chamar atenção para as condutas de domínio de posição dominante que impactam de forma decisiva a concorrência, mas que em primeiro lugar impactam a possibilidade de escolha informada pelo consumidor, em clara violação da lei consumerista. Isto, apesar de abarcado pelo CDC, não é visto pelo diploma supracitado como abuso de seu poder econômico até agora, o que no ambiente altamente concentrado das plataformas digitais já tem efeitos deletérios profundos.

Nesta seara, temos os 10 casos citados nos cadernos do CADE sobre os Mercados de Plataformas Digitais. Neste, os três casos da Google, por exemplo, foram arquivados, como citado anteriormente. Ao mesmo tempo, em abril de 2023, durante a votação do PL 2630/2020, ficou latente o uso por parte da empresa de não só seu poderio econômico, mas também de seu lugar de fornecedor de serviços em tecnologia da informação para impor sua agenda anti-regulação.

Fora no Brasil, empresas como Apple, Facebook, Spotify e, novamente, a Google, foram alvo de investigações e punições após processos pela lei europeia que regula os mercados digitais naquela região. A Apple, por exemplo, foi multada em 1,8 bilhões de euros em março deste ano após condutas anticompetitivas² em caso trazido à autoridade pela empresa de streaming Spotify. Da mesma forma, a Google foi punida em 2,4 bilhões de euros por abuso do seu domínio de mercado como motor de busca, dando uma vantagem ilegal a outros produtos da Google, o

² MCCALLUM, Shiona. Apple fined €1.8bn by EU for breaking streaming rules. BBC, 2024. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-68467752>>.

seu serviço de comparação de preços em violação da lei *antitruste* europeia³.

Neste sentido, a Europa abriu recentemente os primeiros procedimentos investigativos contra as Big Techs baseados no Digital Market Acts, uma regulação *ex ante* - diferentemente da maior parte da legislação antitruste, em geral *ex post* - que visa regular o mercado de plataformas digitais no bloco econômico^{4,5}.

Levando em consideração a realidade brasileira e as práticas de tais empresas, não há nada que aponte que tais condutas não possam estar acontecendo também no Brasil. Pelo contrário, os casos do Google trazidos ao CADE, ainda que não tenham tido uma condenação à plataforma, demonstram que é plausível entender que tais práticas acontecem também no Brasil (MARTINS e SANTOS, 2020, p. 171; CADE, 2021, p. 106-112). Portanto, não é que o Brasil seja imune a tais condutas, mas que de fato nos falta uma legislação que nos possibilite enquadrar tais condutas.

III - DESENHO DE EVENTUAL MODELO REGULATÓRIO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA PRO-COMPETITIVA

Quando falamos em regulação econômica e concorrencial de plataformas digitais, estamos falando de fato das **maiores empresas do mundo**, com faturamentos anuais maiores que o produto interno bruto de diversos países. Neste sentido, tais empresas são resultado de uma transformação social e econômica que representa uma mudança ainda mais profunda até mesmo das empresas internacionais convencionais que entendemos até então como as maiores forças econômicas do mundo - como por exemplo as empresas automobilísticas e da indústria de petróleo.

Por isso uma regulação concorrencial de tal mercado é **necessário a implementação de um forte agente regulador**, que tenha a possibilidade de, de fato, contrabalancear o forte poderio econômico global de tais empresas.

Além disso, é necessário **estabelecer uma série de obrigações as quais as plataformas digitais, de uma forma assimétrica, deveriam ser objeto**. A ideia de soluções pró competitivas, para minimizar os impactos que o controle de todos os aspectos da vida digital que tais empresas detém, significa não só olhar para as questões competitivas por si só, mas olhá-las a partir do ponto de vista do direito do consumidor também.

Se faz, portanto, imperativo que o Código de Defesa do Consumidor seja expressamente, por meio de lei, aplicado às plataformas digitais. Ou ainda que este seja modificado para regular de forma mais específica tal relação, já consagrada pela jurisprudência.

Neste sentido, trazemos três provisões objetivas que deveriam ser consideradas para tal regulação.

3 COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service - Factsheet. 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_17_1785>.

4 REUTERS. European regulators crack down on Big Tech. 2024. Disponível em: <<https://www.reuters.com/technology/european-regulators-crack-down-big-tech-2023-10-03/>>.

5 CHEE, Foo Yun; MEIJER, Bart. Apple, Google, Meta targeted in EU's first Digital Markets Act probes. Reuters, 2024. Disponível em: <<https://www.reuters.com/business/media-telecom/eu-investigate-apple-google-meta-potential-digital-markets-act-breaches-2024-03-25/>>.

Separação entre hospedagem e curadoria e curadoria de conteúdo: a proposta, promovida de forma internacional pela organização Artigo 19, se funda no fato de tais serviços serem de fato duas atividades diferentes, mas comumente apresentadas de forma conjugada pelas plataformas digitais - em especial aquelas baseadas em conteúdos de terceiro, como Facebook e TikTok. Entretanto, esse “kit” de serviços não precisa estar necessariamente vinculado. A oferta conjunta deles na verdade blindava as plataformas de pressões competitivas e restringe os usuários a qualquer alternativa - pois são eles que vão arcar com o ônus de optarem por serviços concorrentes.

Por isso, seria importante que a regulação deste mercado separasse os fornecedores destes dois serviços uma vez que se chegasse a certo poder de mercado, permitindo que outras empresas acessem sua plataforma para fornecer curadoria de conteúdos aos usuários. Importante dizer que isto não teria como objetivo proibir que certa empresa execute os dois, mas para permitir que outras empresas possam também prestar esse serviço, cabendo ao usuário escolher quem seria o curador de seu conteúdo. Tal opção regulatória promoveria a diversidade dos meios de comunicação digitais, de conteúdo, a concorrência entre empresas e um mercado digital mais diverso.

Obrigação de interoperabilidade: é o elemento básico do direito de escolha do consumidor. A necessidade de Interoperabilidade é instrumento importante para lidar com os resultados concorrenciais do chamado efeito de rede - quando um único provedor de serviços centraliza uma rede tão grande de usuários que fica virtualmente impossível que se opte por produtos de outras empresas, já que só se “existe” digitalmente dentro delas.

As grandes plataformas de redes sociais são mais capazes de atrair usuários do que as plataformas menores, porque o número de usuários numa plataforma aumenta diretamente os benefícios dessa plataforma para o utilizador. Este efeito de rede levanta barreiras significativas à entrada de concorrentes. As grandes plataformas também se beneficiam de economias de escala: o custo marginal de um novo usuário é muito pequeno em comparação com os elevados custos fixos para construir a plataforma. O escopo também favorece grandes plataformas; a sua presença numa gama de serviços (hospedagem, mensagens instantâneas, etc.) permite-lhes acumular grandes quantidades de dados dos consumidores, que concorrentes sem âmbito semelhante não conseguem recolher⁶. (ARTICLE 19, p. 22)

O efeito de rede deve ser enfrentado pois é um efeito deletério para as relações concorrenciais, dificultando e aumentando a barreira de entrada para outros competidores. Isto porque tais plataformas são baseadas em grandes quantidade de dados e é muito difícil convencer os usuários a migrar em número suficiente para gerar o mesmo volume de dados em outras plataformas. Entretanto, também do ponto de vista do direito consumerista, os usuários que querem “existir” na rede são obrigados a estar em determinada plataforma e consentir com suas políticas, obrigados, portanto, a também renunciar aos seus dados e ao direito de escolha, hoje considerados pela Constituição Federal, direitos fundamentais.

Temos diversos exemplos em que isso acontece, como a aderência ao WhatsApp para poder se comunicar no Brasil, por exemplo. Ademais, sistemas operacionais

⁶ Tradução livre: “Large social media platforms are more able to attract users than smaller platforms, because the number of users on a platform directly increases the benefits of that platform to the user. This network effect raises significant barriers to entry to competitors. Large platforms also benefit from economies of scale: the incremental cost of a new user is very marginal in comparison to the large fixed costs to build the platform. The scope also favours large platforms; their presence across a range of services (hosting, instant messaging, etc.) allows them to accumulate vast amounts of data from consumers, which competitors without similar scope cannot collect.”

proprietários incompatíveis entre si forçaram estudantes que, durante a pandemia, tiveram que aderir ao EAD ou ao trabalho remoto e tiveram que utilizar tais serviços, mais uma vez abrindo mão de seus dados e de seu direito de optar por um serviço diferente. Na literatura, essa forma de aderir às redes ficou conhecida pelo conceito de Jardins Murados⁷.

Neste sentido, a obrigação de interoperabilidade abre espaço para que as plataformas se comuniquem entre si, fazendo com que o usuário não precise criar contas e abrir mão de seus dados e direito de escolha em diversas plataformas, mas ainda sim poder se comunicar.

Obrigação de transparência e acesso a dados: umas das principais falhas de mercado, reconhecida pela doutrina, é a assimetria informacional. Neste sentido, olhando para os aspectos econômicos das plataformas digitais, e os diversos casos mencionados anteriormente sobre desvios nas condutas das plataformas digitais, se torna urgente o estabelecimento de medidas que permitam o consumidor e a sociedade como um todo, maior transparência em relação às plataformas. Seu modelo de negócio (baseado em publicidade digital) e também e também o seu *modus operandi*, através de algoritmos, deve ser objeto de transparência, ainda que reservando os segredos industriais.

O ordenamento brasileiro, bem como agências e organismos reguladores, impõem aos fornecedores de serviços e produtos brasileiros uma série de obrigações de transparência aos consumidores - um clássico exemplo são os rótulos dos alimentos que cada vez mais dispõem de informações que ajudam o consumidor a fazer uma escolha informada. Assim, um regime de transparência amplo deve ser aplicado aos provedores de aplicações na internet. Isto porque, muitas vezes o seu serviço é intrinsecamente ligado à informação e, por tanto, esta também deve ser objeto da possibilidade de escrutínio público - e que a sociedade seja informada sobre os possíveis danos e tenha acesso sobre a origem dos conteúdos que consomem.

Recentemente, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral criaram obrigações de transparência para a publicidade política durante as eleições de 2024. Entretanto, este não é um dispositivo novo, o DSA traz a necessidade de transparência geral para as plataformas digitais que possibilitam a promoção de conteúdos (impulsionamento) e publicidade digital de forma geral. Neste sentido, o tribunal reconhece a necessidade de que o usuário seja informado do maior número de dados possíveis sobre certo conteúdo que está consumindo, ao mesmo tempo que a plataforma deve se responsabilizar e ser transparente na forma como entrega tal serviço ao consumidor final.

Ademais, é muito importante que esta obrigação de transparência também atinja, para além do órgão regulador para os atos de polícia, mas também a pesquisadores brasileiros. Recentemente, um movimento de reservar o acesso às ferramentas de pesquisa somente, como o *Crowdtangle* da Meta, a universidades e acadêmicos do norte global tem levantado preocupações no meio de pesquisa brasileiro. Tal provisão está inclusive alinhada com diversos organismos internacionais. Documentos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

⁷ EIS, Diego. Sobre Jardins Murados: Centralização de conteúdo traz centralização de poder. 2020. Disponível em: <<https://medium.com/@diegoeis/sobre-jardins-murados-33e2a400b8e8>>.

Econômico (OCDE) e iniciativas da UNESCO, como o *Internet for Trust*⁸ e o documento *Safeguarding freedom of expression and access to information: guidelines for a multistakeholder approach in the context of regulating digital platforms*⁹. A exemplo deste fato, temos o como o documento *Facts not Fakes: Tackling Disinformation, Strengthening Information Integrity*¹⁰ da OCDE:

Implementar políticas para **aumentar a transparência, a responsabilização** e a pluralidade das fontes de informação: Isto inclui a promoção de políticas que apoiem um sector dos meios de comunicação social diversificado, plural e independente, com uma ênfase necessária no jornalismo local. **Isto inclui também políticas que podem ser utilizadas para aumentar o grau de responsabilização e transparência das plataformas digitais**, para que o seu poder de mercado e os seus interesses comerciais não contribuam para a disseminação da desinformação de forma desproporcional¹¹.

Não acessar essas informações significa não ter condições de desenvolver pesquisas e ciência a respeito dos fenômenos sociais aos quais estamos sujeitos. Além de reproduzir uma lógica colonial que aumenta as barreiras de entrada para novos competidores no Brasil e que é vedada pela Constituição Federal.

Concentração de serviços de publicidade programática: a concentração dos serviços de publicidade é, sem dúvidas, uma das principais causas das externalidades negativas que as plataformas digitais produzem para a Integridade da Informação, constituindo-se enquanto deletéria falha de mercado. Isso porque, grupos econômicos, como a Alphabet, exercem praticamente um monopólio em relação a pelo menos dois serviços de publicidade digital: a publicidade programática/monetização e o tráfego pago. Neste tópico, abordaremos a publicidade programática.

Os serviços de publicidade programática, como Google Ads, são os serviços responsáveis pela maior parte da remuneração do jornalismo e dos conteúdos nativos online. Desde a criação dos serviços de publicidade programática, o modelo de negócios do jornalismo online passou a estar baseado, quase integralmente, na venda de publicidade digital nos moldes oferecidos pelo Google. Nesse sentido, a existência de grupos econômicos que controlam a participação no mercado de anúncios online é um fato que possui repercussões sobre a independência e sustentabilidade do jornalismo, a governança dos veículos e a própria soberania nacional.

A título de exemplo, em janeiro de 2024, o pesquisador Charis Papaevangelou da Universidade de Amsterdam identificou que a Meta e o Google, entre 2017 e 2022, investiram mais de US\$ 400 milhões em veículos de mídia no Brasil. Segundo o pesquisador, o montante tornou o Brasil o segundo maior destino de investimentos diretos das empresas no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos. Papaevangelou considera que a estratégia das empresas deve-se ao fato de que o Brasil se tornou um importante centro de discussão regulatória no mundo e que, portanto, o investimento em empresas de mídia no Brasil emergiu enquanto

8 UNESCO. *Global Conference Internet For Trust, A global dialogue to guide regulation worldwide*. Disponível em: <<https://www.unesco.org/en/internet-conference?hub=71542>>.

9 UNESCO. *Safeguarding freedom of expression and access to information: guidelines for a multistakeholder approach in the context of regulating digital platforms*. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384031.locale=en>>.

10 OCDE. *Executive summary. Facts not Fakes: Tackling Disinformation, Strengthening Information Integrity*. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/facts-not-fakes-tackling-disinformation-strengthening-information-integrity_d909ff7a-en

11 Tradução livre: "Implementing policies to enhance the transparency, accountability, and plurality of information sources: This includes promoting policies that support a diverse, plural, and independent media sector, with a needed emphasis on local journalism. It also comprises policies that may be utilised to increase the degree of accountability and transparency of online platforms, so that their market power and commercial interests do not contribute to disproportionately vehicle disinformation".

estratégia para a capturar e plataformizar o jornalismo nacional¹².

Outro caso significativo é da Rádio Panamericana que dos R\$ 103 milhões de faturamento em 2022, cerca de 20 milhões decorreram apenas da monetização no YouTube, sem contabilizar a distribuição de anúncios pelo Google Ads para o conteúdo nativo da emissora em seu website¹³. Em 2023, contudo, a monetização da Jovem Pan no YouTube foi interrompida, permanecendo assim por mais de 10 meses. A Rádio Panamericana é não apenas a maior rede de rádio do Brasil, mas representa, também, a maior rede de rádio da América Latina. Nesse sentido, independentemente dos eventuais, justos e possíveis juízos de valor a respeito do comportamento da emissora, fato é que tornou-se evidente o poder da plataforma YouTube, também de propriedade da Alphabet, em interferir de maneira sistemática na comunicação social do país, de acordo com seus próprios desígnios.

Há de se destacar que ao menos duas das maiores empresas de mídia do Brasil, o Grupo Globo e a UOL, já desenvolveram serviços de publicidade programática digital, mas não conseguiram obter parcela significativa do mercado nacional, indicando que a concentração dos serviços é tamanha que a barreira de entrada tornou-se praticamente intransponível.

De maneira a enfrentar a falha de mercado que culmina na concentração dos serviços de publicidade digital, é recomendável a adoção de uma abordagem que compreenda enquanto diferentes os serviços de comercialização de publicidade digital e o serviço de inventariar *publishers* aptos ao recebimento de publicidade. Uma única empresa, nesse caso, não concentraria sozinha a capacidade de definir os *publishers* adequados ao recebimento de publicidade e a comercialização de anúncios digitais, controlando de maneira significativa o mercado e produzindo uma relação de dependência e controle sobre a mídia nacional.

Outro elemento que intensifica a desigualdade favorecendo o Google e outras plataformas em relação à mídia em geral é a existência de uma assimetria regulatória que beneficia empresas de publicidade digital em detrimento de outras empresas que possuem na publicidade a espinha dorsal de seu modelo de negócios. Isso porque, o art. 19 do Marco Civil da Internet têm sido interpretado enquanto uma exceção à responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiro não apenas em relação aos conteúdos orgânicos - quando, de fato, os provedores são apenas meros intermediários - mas também em relação aos conteúdos publicitários e impulsionados, hipóteses em que os provedores atuam como agentes ativos que, mediante o recebimento de uma contraprestação financeira, otimizam a exibição do conteúdo ao usuário final¹⁴.

Segundo parecer de Ana Frazão, contratado pelo Instituto Alana, em relação aos conteúdos publicitários para crianças, a responsabilidade das plataformas deve ser direta entre o Google e os anunciantes. Isso porque, nesses casos, estaria evidente que eventual dano não decorre meramente da “intermediação do

¹² Papaevangelou, C. (2024). *Funding Intermediaries: Google and Facebook's Strategy to Capture Journalism*. *Digital Journalism*, 12(2), 234–255. <<https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2155206>>

¹³ CASTRO, Daniel. *Sem YouTube, Jovem Pan perde 27 milhões e tem prejuízo*. Disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/sem-youtube-e-verba-de-bolsonaro-jovem-pan-perde-r-27-milhoes-e-tem-prejuizo-118778>>

¹⁴ FRAZÃO, Ana. *Ana Frazão Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes*. Disponível em: <<https://alana.org.br/?ed=download&guid=ebsgyz-emrnlh-omfvcy-eitagz-fjixrq--nahbze-cqybyt-fdezbx-ropemb-wgtoam>>

conteúdo de terceiros, mas, diretamente, da decisão da plataforma de veicular publicidade contextual em conteúdos infantis, motivo pelo qual fica fácil vislumbrar a responsabilidade da plataforma, ainda que responda solidariamente com o anunciante.” Ademais, o STJ no julgamento do REsp 1157228 entendeu que, em relação às emissoras de radiodifusão, pode-se reconhecer a responsabilidade da emissora nos casos de propaganda abusiva.

As situações apontadas indicam que a manutenção de uma interpretação que considere os provedores de publicidade digital imunes em relação aos anúncios publicitários implicará na solidificação de uma assimetria regulatória, impondo às empresas de mídia brasileiras um ônus excessivamente mais gravoso do que aqueles atribuídos às plataformas. Essa assimetria terminará por reproduzir as desigualdades, acentuando a concentração da publicidade digital nos provedores ao mesmo tempo em que seus principais concorrentes - as empresas de mídia tradicional - se verão sobremaneira onerados pela possibilidade de se verem responsabilizados por conteúdos publicitários danosos. São diversos os exemplos que demonstram a disseminação de golpes aplicados através da publicidade digital, inclusive em relação a programas e políticas públicas, como é o caso do Desenrola¹⁵ e o Voa Brasil¹⁶.

Quanto a essa questão, a adoção de uma abordagem que torne a regulação mais simétrica em relação aos provedores de publicidade digital e as empresas de mídia tradicional seria adequada para a superação das desigualdades concorrenciais, restabelecendo a livre concorrência no mercado de publicidade brasileiro.

Concentração de serviços de tráfego pago: já em relação ao tráfego pago (serviço que permite o ranqueamento de um determinado site dentro do mecanismo de busca do Google) a situação é ainda mais grave. O Google controla mais de 90% do mercado de buscadores no mundo, tendo como seu maior concorrente o Bing, que possui 3,4% da fatia de mercado¹⁷. Nesse sentido, a experiência dos usuários na *discoverability* - a capacidade de descobrir novos websites através de motores de busca - é quase integralmente concentrada pelo Google no Brasil e no Mundo. Os serviços de tráfego pago, nesse cenário, são serviços importantes para que - com a injeção de recursos financeiros - seja possível ampliar a visibilidade e a *discoverability* de um determinado domínio. Nesse sentido, como controlador do motor de busca, o Google é hoje a única empresa capaz de oferecer tal serviço, controlando virtualmente a capacidade dos usuários de “descobrirem” informações online, bem como de outros agentes de se verem “descobertos”, inclusive em relação àquelas informações de interesse público.

Em maio de 2023, após a aprovação do requerimento de urgência do PL 2630, a Universidade Federal do Rio de Janeiro identificou que o Google estava apresentando resultados enviesados a respeito do projeto de Lei, redirecionando

¹⁵ Santini, Rose Marie; Salles, Débora; Barros, Carlos Eduardo; Martins, Bruno; Moreira, Aléxis; Haddad, João Gabriel; Seade, Renata. (2023). *A Publicidade a Favor do Endividamento: Anúncios que Usam o Programa Desenrola Brasil para Golpes e Fraudes nas Plataformas Meta*. Rio de Janeiro: NetLab – Laboratório de Estudos de Internet e Redes Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Publicado em 25 de julho de 2023. Disponível em: <<https://netlab.eco.ufrj.br/post/publicidade-a-favor-do-endividamento-anuncios-que-usam-o-desenrola-brasil-para-golpes-na-meta>>

¹⁶ Salles, Débora; Santini, Rose Marie; Barros, Carlos Eduardo; Martins, Bruno; Haddad, João Gabriel; Gomes, Matheus; Seade, Renata. (2023). *‘Explore o Brasil por um Preço Incrível!’: Anúncios Que Usam o Programa Voa Brasil para Golpes e Fraudes nas Plataformas Meta*. Rio de Janeiro: NetLab – Laboratório de Estudos de Internet e Redes Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Publicado em 23 de outubro de 2023. Disponível em: <<https://netlab.eco.ufrj.br/post/anuncios-que-usam-o-programa-voa-brasil-para-golpes-e-fraudes-nas-plataformas-meta>>

¹⁷ BLOOMBERG, *O que mudou para o Bing, o buscador da Microsoft, um ano após a integração do ChatGPT*. Disponível em: <<https://www.bloomberglinea.com.br/negocios/bing-segue-sem-fazer-sucesso-mesmo-com-chatgpt-integrado/>>

seus usuários para resultados contrários ao projeto de lei, ao mesmo tempo em que ocultava veículos e conteúdos favoráveis ao projeto¹⁸.

Assim como em relação aos serviços de hospedagem e curadoria há de se adotar uma abordagem que considere-os serviços diferentes, também no caso dos motores busca, há de se considerar diferentes os serviços de ranqueamento orgânicos e pagos. Tal separação poderia viabilizar que outros atores econômicos possam oferecer, também, serviços de ranqueamento pago ou orgânico nos motores de busca.

IV - ARRANJO INSTITUCIONAL PARA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

Como dito anteriormente, para haver regulação é necessário um agente regulador. Em especial no cenário das plataformas digitais, em que as maiores empresas do mundo são as principais figuras, fica clara a necessidade de um órgão regulador forte, que consiga de fato estabelecer responsabilidades e obrigações ao setor.

Ao mesmo tempo, o CADE, apesar de ser um organismo antitruste tradicional, poderia sim ser esse órgão, por seu know how dos mercados e questões concorrenciais, mas também por ser conhecido pela sua solidez enquanto instituição.

Entretanto, para tal seria necessária uma reforma do conselho, inclusive com forte expansão de recursos e pessoal empregado em seu funcionamento, capaz de dar conta da tarefa em mãos. Neste sentido, os moldes da transformação ocorrida no o órgão antitruste britânico (o CMA, Competition and Market Authority) poderia servir de exemplo, com as devidas adaptações, para a reconfiguração do órgão brasileiros, com a criação de uma divisão digital. Assim, caberia ao CADE não somente o papel de órgão antitruste ex post, mas também o cargo de regulador ex ante do mercado digital.

Entretanto, os investimentos a serem feitos no CADE não são dispensáveis, quer seja o CADE esse órgão regulador, quer seja outra autoridade a ser criada para tal. Neste sentido, o investimento em um órgão regulador forte é imprescindível para o sucesso de uma política de regulação das plataformas.

BIBLIOGRAFIA

ARTICLE 19. Taming Big Tech: protecting freedom of expression for all. 2021. Disponível em: <https://www.article19.org/taming-big-tech-protecting-expression-for-all/>. Acesso em: 01/05/2024.

BARBOSA, Júlia Zanetti. Concorrência em *Bits*: proteção de dados como um incentivo à concorrência no mercado digital. Orientador: Anderson Souza da Silva Lanzillo. 2023. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal,

¹⁸ Santini, Rose Marie; Salles, Débora; Barros, Carlos Eduardo. (2023) *A guerra das plataformas contra o PL 2630*. Publicado em 01 de maio de 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2023-05/estudo-aponta-que-big-techs-agem-para-impedir-aprovacao-do-pl-2630>>

2023. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/54066>. Acesso em: 22 mar. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 408 f.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos de Mercados de Plataformas Digitais. 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 15 mar. 2024.

CADE. Mercados de Plataformas Digitais. Cadernos do Cade. Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – Cade. Agosto, 2021.

KELLER, Clara Iglesias. Regulação nacional de serviços na Internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 339 f.

MARTINS, C. S.; SANTOS, L. S. M. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistade-defesadaconcorrencia/article/view/498>. Acesso em: 22 mar. 2024.

