

Contribuição da Electronic Frontier Foundation à Tomada de Subsídios – *Aspectos Econômicos e Concorrenciais de Plataformas Digitais*

A Electronic Frontier Foundation (EFF) é uma organização internacional da sociedade civil que defende os direitos humanos e as liberdades fundamentais na nossa era digital, contando com apoiadores em quase 90 países ao redor do mundo. A EFF defende a privacidade, liberdade de expressão, competição e inovação por meio de litígio estratégico, análise e incidência em políticas públicas, ativismo e desenvolvimento de tecnologia. A missão da EFF é assegurar que a tecnologia apoie a justiça, a liberdade e inovação para todas as pessoas.

Agradecemos a oportunidade de enviar comentários a esta tomada de subsídios e reforçamos a importância de uma abordagem econômica e concorrencial no enfrentamento dos desafios atuais relacionados às plataformas digitais.

I Objetivos e racional regulatório

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

Muitas das preocupações atuais acerca dos efeitos problemáticos da concentração de poder em poucos e gigantes *players* atuantes nos mercados digitais poderiam ser enfrentadas, ou ao menos mitigadas, por meio de regulação econômica e concorrencial adequada desses mercados. Essas preocupações incluem, entre outras, a dominância nos meios e métodos de distribuição e acesso à informação *online*, a sustentabilidade do jornalismo e práticas danosas e desleais na análise e tratamento de dados.

Sob a perspectiva econômica e concorrencial, podemos mencionar os problemas decorrentes da exploração de efeitos de rede, dos entraves à troca ou ao uso de múltiplas plataformas pelos usuários (*multi-homing*), da concentração de enormes volumes de dados e da capacidade de analisá-los, das vantagens de economias de escala e de escopo e do controle insuficiente à integração vertical.

A economia digital trouxe grandes desafios ao instrumental tradicional da defesa da concorrência. Entre elas se destacam a não precificação convencional de produtos e serviços digitais; as complexidades de definir o mercado relevante diante de plataformas de múltiplos lados e de mercados digitais estruturados em relações de interdependência entre distintos atores, produtos e serviços; e estratégias de conquista do mercado que envolvem a operação com baixos níveis de faturamento ou mesmo prejuízo por determinado tempo ou em parte das atividades. Esses desafios possuem dimensão global, assim como os *players* dominantes dos mercados digitais, e afetam o contexto e o mercado brasileiros. Abordamos em resposta às próximas questões elementos específicos que merecem atenção do regulador brasileiro também tendo em conta alguns aspectos de nosso arcabouço jurídico concorrencial atual.

II Suficiência e 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?*

Consideramos importante que o arcabouço legal e institucional de defesa da concorrência incorpore instrumentos e métodos que permitam uma análise de mercados digitais que vá além da abordagem tradicional de definição de mercado relevante para uma que seja capaz de examinar ecossistemas digitais e identificar os *gatekeepers* enquanto controladores de gargalos críticos e orquestradores destes ecossistemas.

A elaboração em torno da comparação de mercados digitais a ecossistemas parte da verificação de relação de interdependência entre múltiplos serviços e produtos, bem como a interconexão estabelecida entre diferentes grupos de usuários. Nesta estrutura há atores que gozam de posição privilegiada, “com poder para decidir como o mercado é organizado e estruturado, assim como para influenciar a entrada e a alocação de valor entre os participantes da indústria” (Kira; Coutinho, 2022, p. 229). Com frequência, eles são a plataforma central do ecossistema e as outras empresas dependem desta intermediação para acessar seus consumidores. Não raramente tais *gatekeepers* controlam também outros ativos críticos do ecossistema e serviços que não são simples de reproduzir, como computação em nuvem e publicidade digital (Hornung, 2023, p. 8).

O arcabouço atual deve aprimorar seu instrumental e abordagem para analisar e atuar sobre esta dinâmica e sobre suas implicações para a privacidade e a proteção de dados do consumidor e para a competição e inovação em mercados digitais (ver respostas às questões 3 e 5).

Sobre o tema ver, entre outros: ZINGALES, N.;AZEVEDO, P. F. (orgs). A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas. FGV Direito Rio, 2022. KIRA, B.; COUTINHO, D.R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para mercados digitais (um dos artigos desta coletânea). HORNUNG, P. The Ecosystem Concept, the DMA, and Section 19a GWB. Journal of Antitrust Enforcement, 2023.

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?*

Entendemos que a abordagem discutida em resposta à pergunta anterior é chave para a análise de se uma empresa ou grupo de empresas tem posição dominante ou não.

Ademais, elencamos abaixo elementos que consideramos importantes à análise de poder de mercado e no abuso de posição dominante, em especial quanto as suas implicações para a privacidade e a proteção de dados do consumidor e para a competição e inovação em mercados digitais:

- Aumento ou tratamento excessivo (desproporcional) de dados dos consumidores;
- Redução na qualidade de serviços e produtos (o que também se relaciona com o item anterior, já que a garantia de privacidade e proteção de dados deve ser entendida como componente da qualidade de produtos e serviços);
- Combinação e fusão de bases de dados (*ver questão 5*);
- Práticas de auto-preferência (no contexto de integração vertical – *ver resposta à questão 5*);
- Redução da escolha do consumidor e efeitos deletérios à inovação em mercados digitais, em que se destacam questões relacionadas à:
 - “Killer acquisitions”. Estudo destaca que em 60% das aquisições realizadas pelo Google, Facebook e Amazon entre 2008 e 2018, as empresas-alvo tinham quatro anos ou menos de existência na data da operação (ARGENTESI, Elena et al, “Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment”, Journal of Competition Law & Economics, v. 17, n. 1, pp. 95–140, 2021). Deve-se incluir aqui também a aquisição de plataformas que não são potenciais competidores, mas que representam inovações relevantes para os consumidores, como o caso Meta-CrowdTangle (<https://www.platformer.news/meta-crowdtangle-shutdown-dsa-platform-transparency/> ; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2373)
 - Dinâmica de investidores de capital de risco de não investir em novos entrantes em nichos de mercado em que empresas incumbentes já dominam (*ver questão 4*);
 - Prática de renunciar a lucros para aprisionar (lock-in) usuários, incluindo consumidores (*ver questão 4*);
 - A adoção de meios técnicos ou ameaças legais para impedir ou evitar a interoperabilidade de softwares de terceiros com a plataforma *gatekeeper*, quando não justificado por preocupações legítimas de privacidade e segurança (*ver questão 4*);
 - Imposição de ônus injustificados a consumidores que buscam deixar a plataforma e levar seus dados e relacionamentos a um competidor.

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?

Elencamos abaixo condutas e preocupações que consideramos terem sido, até o momento, abordadas de maneira insuficiente pelo ferramental antitruste tradicional.

(i) Ecossistema de publicidade digital: opacidade, concentração de papéis na cadeia ad-tech e infraestrutura baseada em rastreamento e perfilamento massivos.

O ecossistema de tecnologia de anúncios (ad-tech) é complexo e opaco. Encontrar dados consistentes e padronizados sobre seu funcionamento interno e o fluxo de dinheiro da publicidade ao longo da cadeia de intermediários é tarefa extremamente desafiadora. Ademais, existe atualmente uma concentração prejudicial neste ecossistema. Google e Meta se beneficiam com sua atuação em três partes-chave da cadeia ad-tech (SSP, DSP e o mercado), além de competir com produtores de conteúdo (incluindo veículos jornalísticos) na colocação de publicidade em suas próprias plataformas. Por fim, este ecossistema se assenta sobre um sistema integrado de rastreamento, criação de perfis e direcionamento seletivo que pouquíssimos agentes têm condições de alimentar e operar, o que traz preocupações concorrenciais para além das relativas a direitos fundamentais.

(Ver: <https://www.eff.org/pt-br/deeplinks/2023/10/whats-goal-and-how-do-we-get-there-crucial-issues-brazils-take-saving-news-big> ; <https://www.eff.org/deeplinks/2023/05/save-news-we-must-shatter-ad-tech>)

(ii) Falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes

É preciso avançar na criação de um ecossistema digital mais interoperável. O foco de nossa elaboração são plataformas de redes sociais e de compartilhamento de conteúdo, como Facebook, X/Twitter e Youtube. Esse caminho envolve duas abordagens: (i) criar normas de interoperabilidade que devem ser observadas por plataformas incumbentes/*gatekeepers* (ver *questão 6*) e (ii) eliminar barreiras legais que incumbentes usam para afastar terceiros que querem interoperar com suas plataformas, ressalvados casos em que existam questões justificadas e legítimas quanto à privacidade e segurança.

(Ver: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/07/legislative-path-interoperable-internet> ; <https://www.eff.org/pt-br/node/104583> ; <https://www.eff.org/interoperablefacebook>).

(iii) Renúncia de lucros para aprisionar usuários

Plataformas digitais desafiaram a suposição econômica convencional de que a conduta predatória é irracional sem a possibilidade de recuperação em um curto espaço de tempo. Em vez disso, como essas plataformas apresentam fortes efeitos de rede, as empresas que adquirem uma grande base de usuários obtêm rapidamente uma vantagem quase insuperável. Isso fez com que empresas como a Amazon renunciassem aos lucros por muitos anos à medida que cresciam e consolidavam sua base de usuários. Atualmente, a Amazon controla mais de 47% do mercado de varejo on-line, o que lhe dá um poder significativo de fixação de preços.

(Ver: MARKMAN, J. The Amazon Era: No Profits, No Problem, FORBES (May 23, 2017), <https://www.forbes.com/sites/jonmarkman/2017/05/23/the-amazon-era-no-profits-no-problem/> ; CLEMENT, J. Clement. Projected retail e-commerce GMV share of Amazon in the United States from 2016 to 2021, STATISTA (Aug. 19, 2019), <https://www.statista.com/statistics/788109/amazon-retail-market-share-usa/>).

(iv) Favorecimento de atores incumbentes na dinâmica de investimentos

O crescimento das plataformas digitais incumbentes por meio de aquisições desviou o investimento e a inovação para as prioridades comerciais dessas empresas e não para o atendimento das necessidades do mercado que não correspondem a essas prioridades. Os investidores de capital de risco, que são fundamentais para o financiamento de novas empresas de tecnologia, falam de uma “zona de morte” (“kill zone”) em nichos de mercado que já são atendidos pelas empresas incumbentes, ou que poderão assim ser em breve. Esses investidores participam das conferências anuais das grandes plataformas de Internet para descobrir em quais mercados não devem investir, por entenderem que as vantagens das empresas incumbentes nesses mercados são insuperáveis. (Ver: American tech giants are making life tough for startups, THE ECONOMIST (June 2, 2018), <https://www.economist.com/business/2018/06/02/american-tech-giants-are-making-life-tough-for-startups>)

Por outro lado, novas entrantes que recebem financiamento estão cada vez mais sendo posicionados para aquisição pelas gigantes incumbentes, e não para investimento público ou privado como um concorrente independente. O mercado de capital para startups de alta tecnologia está, portanto, sendo direcionado para o crescimento das empresas estabelecidas, ao mesmo tempo em que diminui a concorrência.

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.

O controle de estruturas deveria analisar e abordar de forma adequada: (i) fusões relacionadas a dados; (ii) a perda de potenciais competidores por meio de aquisições; (iii) a conduta anterior de empresas participantes da fusão e de empresas semelhantes às envolvidas em uma fusão sob análise ao examinar os possíveis efeitos anticompetitivos e pró-competitivos. Detalhamos alguns pontos abaixo:

1. Integração vertical de plataformas digitais

O cenário atual de dominação de mercados digitais por pequenos grupos de empresas se deu em larga medida por uma série de fusões e aquisições verticais, que alçaram a escala e a posição destas empresas no mercado. Com o passar do tempo, essas aquisições deram às maiores empresas de Internet vantagens não replicáveis, incluindo um controle crítico sobre a

interconexão e a interoperabilidade e uma capacidade extraordinária de coletar e usar dados de e sobre usuários da Internet. No total, esse crescimento por meio de aquisições verticais reduziu substancialmente a concorrência em muitos mercados tradicionalmente definidos.

O enfrentamento dos danos decorrentes da integração vertical nos mercados digitais demanda abordagem que considere os pontos (iii) e (iv) apresentados em resposta à questão anterior (isto é, “renúncia de lucros para aprisionar usuários” e “favorecimento de atores incumbentes na dinâmica de investimentos”) e atenção especial a fusões relacionadas a dados.

Quanto às últimas, uma característica marcante de muitas aquisições verticais realizadas por grandes empresas de Internet é a aquisição de grandes quantidades de dados de consumidores. Um exemplo disso é a fusão de redes de publicidade de terceiros com empresas de pesquisa e redes sociais. A aquisição da Doubleclick pelo Google e a aquisição da Onavo pelo Facebook combinaram efetivamente dados sobre o comportamento de bilhões de usuários da Internet nos sites e aplicativos que eles mais usam com dados sobre os mesmos usuários identificáveis enquanto eles usam outros sites e aplicativos. Aquisições posteriores, reais e propostas, buscam ampliar a coleta de dados para as atividades dos usuários no mundo real, desde academias de ginástica (Fitbit) até a casa (Nest). Esses depósitos de dados sobre o uso da Internet pelos indivíduos não podem ser reproduzidos por nenhum concorrente em potencial, a menos que esse concorrente possa entrar simultaneamente nos diversos mercados em que as empresas incumbentes competem.

Além de aumentar as barreiras à entrada, o acúmulo de dados pelas empresas de tecnologia estabelecidas por meio de fusões lhes dá uma vantagem de informações que permite aquisições adicionais que limitam a concorrência. A aquisição do Instagram pelo Facebook por US\$ 1 bilhão e a do WhatsApp por US\$ 22 bilhões pareceram supervalorizar essas empresas e, de fora, pareceram ser aquisições verticais. Na verdade, o Facebook tinha dados detalhados sobre o uso que seus usuários faziam desses outros aplicativos, que foram coletados por meio de outra aquisição, a Onavo, fabricante de software de VPN. Esses dados mostraram que o Instagram e o Whatsapp estavam ganhando usuários às custas dos aplicativos concorrentes do Facebook e também mostraram o potencial dessas empresas para se tornarem concorrentes horizontais do Facebook em vários de seus principais mercados. Essas informações não eram evidentes para os órgãos reguladores ou para os mercados financeiros na época.

2. Controle de estruturas nos mercados digitais deve abordar com atenção e de forma específica fusões relacionadas a dados e a perda de potenciais competidores

Fusões relacionadas a dados: A análise de fusões entre empresas com grandes quantidades de dados sobre usuários ou clientes deve incluir a verificação se a combinação desses dados cria barreiras não replicáveis à concorrência em vários mercados relacionados. Em outras palavras, os efeitos da agregação de dados devem ser considerados além dos mercados relevantes identificados para medir o efeito direto da fusão sobre a concentração de mercado. Em particular, os efeitos da agregação de dados devem ser considerados em mercados caracterizados pelo uso de aprendizado de máquina e outras tecnologias de inteligência artificial, que dependem de grandes volumes de dados de treinamento de diversas fontes para chegar a resultados úteis. (Ver

MILLER, C. Big Data and the Non-Horizontal Merger Guidelines, 107 Cal L. Rev. 309, 327-28, 2019).

Perda de potenciais competidores: O histórico de aquisições do Facebook mostra que as aquisições de pequenas empresas com pouco impacto aparente no presente sobre a concorrência podem diminuir a concorrência e a inovação a longo prazo, e que esse impacto é previsível com informações suficientes. (Ver: SRINIVASAN, D. The Antitrust Case Against Facebook, September 10, 2018. <https://ssrn.com/abstract=3247362>). É importante que se analise o desempenho e as decisões de empresas semelhantes no mundo real para ajudar a determinar se um alvo de aquisição aparentemente pequeno poderia crescer, sem aquisição, e se tornar um concorrente relevante para a empresa adquirente.

3. Questões adicionais em relação ao arcabouço atual (sem a pretensão de esgotar os temas)

Notificação pré-fusão: O arcabouço atual do controle de estruturas tem como foco o volume de negócios. Os critérios de notificação prévia de atos de concentração do CADE levam em consideração apenas o faturamento bruto anual ou o faturamento total dos grupos econômicos envolvidos na operação. Devido aos altos volumes necessários para atingir o duplo limite estabelecido na legislação, as concentrações que envolvem empresas de tecnologia novas e inovadoras geralmente não são notificadas. Como resultado, a aquisição de novos participantes por empresas estabelecidas geralmente não está sujeita à análise *ex ante*. Essas concentrações apresentam um alto risco de eliminar a concorrência em potencial e de ser uma “killer acquisition”. No entanto, mesmo quando um dos atores envolvidos é uma grande empresa dominante, a transação normalmente não estaria sujeita à análise do CADE porque as empresas iniciantes (geralmente a empresa-alvo) não geram receita suficiente para exceder pelo menos o limite de R\$ 75 milhões.

Momento de análise da fusão: Embora a lei puna a conduta anticompetitiva considerando ações passadas com possíveis remédios estruturais como penalidades, o CADE não costuma aplicar remédios estruturais nesses casos. Assim, o principal vetor para examinar cuidadosamente a estrutura dos mercados e potencialmente aplicar remédios estruturais é a análise pré-fusão. Porém, como comentado acima, se os critérios de notificação pré-fusão não forem atendidos, a transação normalmente não será analisada. Nos casos em que não há notificação, o CADE tem apenas um ano após a consumação da fusão para requerer a submissão para a sua análise dos casos que não se enquadrem nos parâmetros da notificação pré-fusão.

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?*

Entendemos que a regulação efetiva de mercados digitais envolve a combinação de regulação *ex ante* com análise e remédios *ex post*.

Elencamos abaixo abordagens e/ou iniciativas regulatórias e legislativas que consideramos relevantes para abordar os problemas e preocupações apresentados nesta contribuição.

- Medidas relacionadas ao mercado de tecnologias de anúncios
 - Estabelecer restrições para que as empresas operem em duas ou mais partes da cadeia ad-tech. As grandes empresas de tecnologia devem escolher se querem representar o "lado da demanda", o "lado da oferta" ou oferecer o "mercado" onde ambos se encontram. Há um projeto de lei atualmente em discussão nos Estados Unidos que estabelece parâmetros nesta direção. (Ver: <https://www.lee.senate.gov/2023/3/the-america-act> ; <https://www.eff.org/deeplinks/2023/05/save-news-we-must-shatter-ad-tech>);
 - Aumentar a transparência do ecossistema de tecnologia de anúncios e do fluxo de gastos com publicidade. Por exemplo, exigindo que as plataformas de tecnologia de anúncios divulguem os critérios subjacentes (incluindo números) usados para calcular as receitas de publicidade e a audiência, com o respaldo de auditores independentes. Medidas neste sentido são sugeridas em <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/publications/2023/nov/algorithmic-attention-rents-theory-digital-platform-market-power> (seção 5.3).
- Regras estabelecendo a interoperabilidade de plataformas de redes sociais, com obrigações de interoperabilidade para as plataformas incumbentes/*gatekeepers*. Consideramos que a interoperabilidade de plataformas de mensagens privadas, abordagem adotada no *Digital Markets Act* da União Europeia traz desafios adicionais do ponto de vista da garantia de privacidade e segurança (Ver: <https://www.eff.org/deeplinks/2022/04/eu-digital-markets-acts-interoperability-rule-addresses-important-need-raises> ; <https://www.eff.org/deeplinks/2020/07/legislative-path-interoperable-internet> ; <https://www.eff.org/interoperablefacebook>). É possível estabelecer garantias adicionais para fortalecer o controle dos usuários a partir de direitos e salvaguardas estabelecidas no arcabouço legal de proteção de dados pessoais, como permitir que usuários decidam se um *gatekeeper* pode interligar suas contas e, com isso, rastrear e combinar os seus dados pessoais através de diferentes serviços (garantia que foi estabelecida no *Digital Markets Act*).

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?*

Especificamente em relação à interoperabilidade, entendemos que a regulação *ex ante* deve estabelecer a obrigação aos *gatekeepers* de fornecer interface de interoperabilidade. Neste caso (em atenção à questão 7), reforçamos que esta obrigação deve recair sobre as plataformas

dominantes (*gatekeepers*), a serem definidos partir de uma combinação de critérios que considerem, entre outros, o número de usuários e/ou o faturamento total nacional ou global.

Já a abordagem *ex post* deve garantir uma defesa aos terceiros competidores que buscam interoperar com plataformas incumbentes. (Ver “Unlocking Competitive Compatibility: Removing the Ceiling” em <https://www.eff.org/deeplinks/2020/07/legislative-path-interoperable-internet>). Essa proteção não deve prevalecer sobre as leis trabalhistas, de privacidade ou de proteção ao consumidor, mas se aplica frente à capacidade das empresas dominantes de obter medidas cautelares e/ou indenizações contra um interoperador).