Plataformas Digitais – que preocupações regulatórias?

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.4>

Margarida Melo Santos*

As plataformas digitais têm vindo a assumir grande relevância no panorama económico, político e social à escala mundial, desafiando os conceitos e as métricas “tradicionais”.

Do ponto de vista económico, é inquestionável o seu poder. De facto, e apenas como exemplo da sua verdadeira dimensão, destaca-se que o valor agregado das receitas das cinco maiores empresas tecnológicas (Facebook, Microsoft, Alphabet, Apple e Amazon) era, em 2019, equivalente ao Produto Interno Bruto (PIB) dos Países Baixos e cerca de quatro vezes superior ao PIB de Portugal¹.

Adicionalmente, estas plataformas atuam em diversos setores/mercados nos quais detêm um “poder de intermediação significativo” [ver Figura 1]. Por exemplo, a Google está presente em áreas de negócio como a dos sistemas operativos, nomeadamente para telemóveis, a dos motores de busca, a dos serviços de armazenamento (na *cloud*) e a dos serviços de publicidade, detendo nas duas primeiras uma posição muito significativa], o que lhes permite atuar como *gatekeepers*², ou seja, agir de forma independente em relação aos seus concorrentes e utilizadores, gozando, assim, de uma posição equivalente a uma posição dominante.

Este estatuto de *gatekeeper* decorre da posição privilegiada que as plataformas detêm em vários mercados multilaterais, que lhes permite usufruir de fortes efeitos de rede, controlar (ou mesmo condicionar) o acesso a terceiros e gerir dados relevantes.

* Membro da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM).

1 Fonte: <https://www.efe.com/efe/portugal/economia/receitas-de-amazon-apple-google-microsoft-e-facebook-cresceram-13-6-em-2019/50000443-4169637> para o valor das receitas das cinco maiores empresas tecnológicas e Pordata para o PIB em ambos os países.

2 Importa referir que não há uma definição clara de “*gatekeeper*” na legislação comunitária, embora as instituições europeias já tenham utilizado o termo, quer em contextos de investigação de práticas lesivas da concorrência (como, por exemplo, no caso M.2876 NewsCorp/Telepiu, parágrafo 198), quer regulatórios (a este respeito ver *Explanatory Memorandum of the Commission Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, COM(2018) 238, disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-238-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>). Numa perspetiva estritamente económica, uma empresa goza do estatuto de “*gatekeeper*” se controlar o acesso a produtos/serviços ou informações (ver CERRE *Report on Digital Markets Act: Making economic regulation of platforms fit for the digital age* (Dezembro 2020), coordenado por Alexandre de Stree).

Realça-se ainda que algumas plataformas digitais estão organizadas num ecossistema, o que lhes permite alavancar o seu poder de mercado para outros setores ou negócios em que operam, controlar os seus *inputs* e ativos-chave e beneficiar de amplas economias de escala e de gama.

	Google		amazon		Apple		facebook		Microsoft		NETFLIX	
	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank	Share	Rank
Cloud (IaaS) Revenues, 2018	4%	4	48%	1					16%	2		
Vocal assistance Smart speaker number, 2019	31%	2	32%	1	6%	6						
Device (mobile) Revenues, 2018					50%	1						
Operating systems (desktop) Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	1%	5			14%	2			77%	1		
Operating systems (mobile) Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	75%	1			23%	2			0,2%	5		
Browser Pages viewed, Nov-2018/Oct-2019	64%	1			15%	2			5%	4		
Online advertising Revenues, 2018	32%	1	3%	4			19%	2	2%	7		
E-commerce Revenues			n.a. ^(*)	1								
App store (mobile) Revenues (Android and iOS), Jun-2019	38%	2			62%	1						
Audio-visual content (VoD) Revenues, 2018	n.a.		n.a.		n.a.						51%	1

Figura 1
Quotas de mercado mundiais por área de negócio/mercado (2019).

Fonte: *Osservatorio sulle piattaforme online*, AGCOM.

Também do ponto de vista social e político o seu poder é tremendo. A adesão massiva dos cidadãos e dos consumidores a este tipo de plataformas traduz-se, por si só³, e também por via da publicidade, num aumento do valor dessas plataformas. É o caso, por exemplo do *Facebook*, cujo valor aumenta diretamente com o aumento do número de adesões, apesar de por esta via não haver um pagamento explícito por parte do comum utilizador.

O facto de tais plataformas estarem organizadas num ecossistema digital significativamente integrado, cujo valor reside igualmente na respetiva rede de contactos e no histórico de relações transacionais efetuadas, também contribui para a manutenção/aumento dos seus utilizadores, pois ao reduzirem os incentivos dos seus utilizadores finais a aventurarem-se fora do ecossistema, provocam efeitos de bloqueio à sua saída (também chamados efeitos de *lock-in*).

3 Ver Relatório do World Economic Forum, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class* (2011), disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf, no qual os dados são identificados como *'the new oil'* pela sua capacidade de gerar receitas e riqueza.

Essa posição estratégica incontornável nas áreas de negócio em que atuam é reforçada, nomeadamente, pela grande quantidade de dados que agregam e pelos algoritmos que utilizam – realidade esta muito distinta daquela que se observava nas indústrias tradicionais.

Se é verdade que, por um lado, ao recolherem uma grande quantidade de dados (sobretudo dados relevantes sobre as preferências dos utilizadores), as plataformas digitais são capazes e têm incentivos para oferecer aos utilizadores os produtos e os conteúdos mais relevantes, o que lhes permite segmentar e personalizar ainda mais a sua oferta, por outro lado, através da combinação dessa grande quantidade de dados, as plataformas têm a capacidade de limitar o acesso de terceiros, de beneficiar as empresas que fazem parte do mesmo ecossistema, dando destaque ou acesso preferencial aos seus próprios produtos ou serviços⁴, e de influenciar a escolha dos utilizadores (limitando-as, por vezes)^{5, 6}.

Também do ponto de vista político, as plataformas digitais, nomeadamente na área dos media, podem ter incentivos a influenciar a escolha dos utilizadores, moldando, de certa forma, a sua opinião, por via do controlo do discurso político que fazem através dos conteúdos disponibilizados, dando maior destaque (ou destaque exclusivo) a determinadas ideias ou mensagens em detrimento de outras, ameaçando, assim, a democracia⁷.

Seja no plano económico, seja no plano político e social, na essência estamos perante um problema de falta de transparência, que pode depois transformar-se num problema de exclusão e de discriminação, distorcendo o mercado ou a opinião.

O problema de falta de transparência não reside apenas na fraca perceção que os utilizadores têm do seu consentimento para a recolha de dados, mas também no próprio modelo de negócio das plataformas digitais, que assenta na transmissão massiva de dados e de informações entre empresas de um mesmo grupo ou

4 Por exemplo, de acordo com *The Markup*, os resultados disponibilizados numa pesquisa pelo motor de busca da Google incluem um número muito significativo de conteúdos da própria *Google*. Ver: <https://themarkup.org/google-the-giant/2020/11/10/introducing-simple-search>.

5 E se, de facto, a customização da oferta parece beneficiar os utilizadores, pois permite-lhes alguma economia de tempo, por outro lado, a listagem de produtos, serviços ou conteúdos ajustados aos interesses/necessidades dos utilizadores pode limitar o direito do utilizador a ser informado e a fazer uma escolha autónoma, o acesso à informação em geral e, portanto, a liberdade de pensamento e de expressão, o que constitui uma ameaça aos direitos e liberdades fundamentais, princípios base dos sistemas políticos democráticos.

6 A partir do momento em que o comportamento dos utilizadores *online* se torna previsível, nomeadamente as suas atividades, preferências e escolhas, esse comportamento também pode ser influenciado, ou mesmo manipulado, beneficiando económica e/ou politicamente determinadas empresas/entidades. Neste contexto, o poder deriva da posse de meios de alteração comportamental – ver Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism* (Profile Books, 2019), e Tim Wu, *Bigger Brother*, *The New York Review of Books*, 09.04.2020.

7 Recordar-se, a este propósito, o escândalo *Facebook-Cambridge Analytica*, que envolveu a recolha e o uso alegadamente indevidos de dados pessoais de milhares de utilizadores do *Facebook* para publicidade política, o que evidencia como os valores subjacentes às regras europeias de proteção de dados são essenciais para a democracia.

ecossistema, e que tem no seu 'core' um algoritmo customizado que permite que essas plataformas definam *rankings* que supostamente respondem de forma mais ajustada aos interesses/necessidades dos utilizadores.

Bom, então, a questão que se coloca, necessariamente, é “Como endereçar estes problemas?”, na medida em que a lei da concorrência se tem revelado insuficiente e pouco ágil na resposta aos mesmos.

1. Da regulação das plataformas digitais

Algumas preocupações identificadas acima resultam de fatores estruturais, pelo que se justifica que sejam avaliados e tratados, independentemente de qualquer comportamento abusivo por parte das plataformas digitais com poder de intermediação significativo. No fundo, ainda que possa não haver um abuso, há condições estruturais que levam a que seja difícil a entrada de empresas inovadoras que possam concorrer com as empresas estabelecidas. Por isso, é necessário e urgente criar instrumentos que permitam fomentar a inovação dessas plataformas e, simultaneamente, garantir a abertura e o pluralismo do ecossistema digital, de modo a existir uma justa concorrência e a assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

A ANACOM tem participado ativamente no debate europeu sobre um novo enquadramento regulatório para as plataformas digitais, nomeadamente no contexto do BEREC⁸, defendendo a definição de um quadro regulamentar *ex ante* aplicável às plataformas que atuam como *gatekeepers*⁹.

No passado dia 15 de dezembro de 2020, após um período de consulta pública, a Comissão Europeia apresentou duas propostas de regulamento: uma relativa ao Regulamento Serviços Digitais (DSA)¹⁰, que revê a diretiva de comércio eletrónico, com o objetivo de regular os serviços digitais, rebalanceando os direitos e responsabilidades dos utilizadores, plataformas intermediárias e autoridades públicas, e outra referente ao Regulamento Mercados Digitais (DMA)¹¹, para endereçar as preocupações concorrenciais colocadas pelas plataformas digitais que atuam como *gatekeepers*, que atualmente não são endereçadas pelas regras da concorrência.

2. O DMA, o DSA e o papel das Autoridades Reguladoras

Em traços gerais, as propostas de regulamento constituem um passo importante para endereçar algumas das preocupações que discutimos anteriormente, pois defi-

8 ORECE – Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas.

9 Ver Draft BEREC Report on the ex ante regulation of digital gatekeepers, disponível em: <https://www.berec.europa.eu/en/document-categories/berec/reports/draft-berec-report-on-the-ex-ante-regulation-of-digital-gatekeepers>.

10 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>.

11 Disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

nem um conjunto alargado de novas regras para todos os serviços digitais, incluindo *websites*, redes sociais, mercados e outras plataformas *online* que prestam serviços na União Europeia (UE), visando a criação de um espaço digital mais seguro, a proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores e o estabelecimento de condições equitativas para promover a inovação, a segurança, o crescimento e a concorrência.

Não obstante, também se reconhece existir margem para algumas melhorias das propostas.

A proposta de DMA contempla um amplo conjunto de deveres a que as plataformas designadas como *gatekeepers*^{12, 13} passarão a estar sujeitas, entre os quais se incluem os seguintes:

- Proibição de recorrer a quaisquer dados que não estejam disponíveis publicamente quando as plataformas concorram com utilizadores empresariais e, em particular, a dados que sejam gerados pela atividade desses utilizadores na plataforma¹⁴;
- Proibição de determinadas práticas consideradas desleais, como impedir os utilizadores de desinstalar *software* ou aplicações pré-instaladas¹⁵;
- Obrigação de garantia de portabilidade efetiva dos dados, permitindo, em particular, aos utilizadores finais exercerem o direito de portabilidade dos dados;
- Proibição de tratamento mais favorável dos serviços/produtos oferecidos pelo próprio *gatekeeper* ou por empresas do grupo, em detrimento dos serviços/produtos de terceiros;
- Obrigação de disponibilização gratuita a anunciantes digitais, a seu pedido, dos dados de desempenho e de toda a informação necessária relativa aos seus anúncios nas plataformas; e
- Obrigação de disponibilização aos utilizadores profissionais, ou a terceiros autorizados por um utilizador profissional, a título gratuito, do acesso a dados fornecidos ou gerados no contexto da utilização dos serviços essenciais de plataforma.

12 “Controladores de acesso” na versão portuguesa.

13 São consideradas *gatekeepers* as empresas que cumulativamente: (i) tenham uma posição económica forte, um impacto significativo no mercado interno e exerçam a sua atividade em vários países da UE; (ii) se enquadrem numa forte posição de intermediação, no sentido de ligarem uma alargada base de utilizadores a um grande número de empresas; e (iii) se encontrem (ou estejam prestes a se encontrar) numa posição consolidada e duradoura no mercado, que se prevê estável ao longo do tempo.

14 Veja-se, por exemplo, a decisão da CE respeitante à recolha, por parte da Amazon, de informação não pública, de forma sistemática, relativa às vendas feitas na sua plataforma por vendedores independentes, com os quais concorre diretamente no retalho, com o intuito de aumentar as vendas dos seus próprios produtos em França e na Alemanha. Adicionalmente, a CE abriu investigação sobre um possível tratamento preferencial das próprias ofertas retalhistas por parte da Amazon. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077.

15 Em janeiro de 2020, cerca de 50 organizações submeteram uma carta aberta à Google, na qual manifestavam a sua preocupação com as aplicações e o *software* pré-instalados nos equipamentos Android, impossíveis de desinstalar, que recolhiam informação sobre os seus utilizadores sem o seu consentimento.

No geral, as obrigações propostas parecem assegurar uma intervenção regulamentar rápida e criar um entendimento claro e comum das práticas consideradas lesivas que podem ser desenvolvidas pelas plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper*. Não obstante, com vista a garantir maior certeza regulatória e previsibilidade, o âmbito de aplicação das obrigações propostas deveria ser melhor clarificado.

Face às preocupações discutidas anteriormente, e nomeadamente as relativas aos algoritmos, importa realçar que a proposta de regulamento (DMA) prevê a possibilidade de a Comissão requerer o acesso às bases de dados e aos algoritmos das empresas no contexto da avaliação do cumprimento das obrigações a que as plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper* estão sujeitas¹⁶.

Esta proposta de regulamento confere à CE a competência exclusiva de avaliação do estatuto de *gatekeeper*, beneficiando do apoio de um comité consultivo¹⁷ no controlo do cumprimento das obrigações previstas.

Esta proposta beneficiaria com uma maior cooperação entre a CE e as autoridades nacionais independentes, que poderiam ter competências em particular ao nível: (i) da recolha de dados nacionais relevantes; (ii) da avaliação do cumprimento das medidas regulatórias; (iii) da recolha e tratamento de reclamações; (iv) da resolução de litígios.

Da proposta do DSA destacam-se os seguintes pilares: a segurança para os utilizadores, a transparência dos prestadores de serviços digitais¹⁸ e a efetiva aplicação da lei a todos eles, o que se concretiza num amplo conjunto de obrigações para os prestadores de serviços digitais – diferenciados em função da natureza do prestador –, entre as quais se incluem as seguintes:

- Remoção de bens, de serviços ou de conteúdos ilegais disponibilizados *online*;
- Proteção para utilizadores cujos conteúdos tenham sido erradamente suprimidos pelas plataformas;
- Maior transparência, nomeadamente quanto à publicidade *online* e aos algoritmos de recomendação de conteúdo aos utilizadores;
- Disponibilização do acesso às autoridades competentes aos dados essenciais do funcionamento das plataformas;
- Novas regras sobre a rastreabilidade das empresas nos mercados *online*, destinadas a facilitar a localização dos vendedores de bens ou serviços ilegais.

Esse enquadramento de supervisão será composto por autoridades reguladoras nacionais a designar por cada Estado-Membro e, em particular, um Coordenador nacional de Serviços Digitais, que deverá desempenhar as suas funções de forma

16 Ao abrigo do Artigo 19.º

17 Nos termos do Artigo 32.º e na aceção do Regulamento (UE) n.º 182/2011. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0182&from=PL>.

18 Nos artigos que integram o capítulo III.

independente, dispondo de amplos poderes de investigação e sancionatórios¹⁹. As autoridades nacionais competentes deverão coordenar a sua atuação no seio de um novo Conselho Europeu para os Serviços Digitais, à semelhança de outras entidades de coordenação já existentes, por exemplo, na área das comunicações electrónicas.

Tendo em conta o que se referiu anteriormente, destaca-se como muito positivo nesta proposta (DSA) a definição de um quadro com regras mais exigentes para as plataformas *online* de grande dimensão²⁰ e, nomeadamente, no que toca à opacidade dos algoritmos subjacentes às recomendações de conteúdo feitas aos utilizadores por essas plataformas, a imposição da publicação clara dos parâmetros usados nos sistemas de recomendação²¹.

Em resumo, esta resposta da UE às preocupações suscitadas pela rápida digitalização da sociedade e da economia é um ponto de partida para uma nova regulação que se considera imprescindível na criação de mercados mais concorrenciais e justos, em benefício dos cidadãos e empresas e da restauração dos valores da democracia.

19 Incluindo a aplicação de coimas até 6% do volume total de negócios das entidades em causa e a imposição de sanções pecuniárias compulsórias de até 5% do volume de negócios médio diário.

20 Estas são definidas como as que prestem serviços a mais de 10% de toda a população da UE (presentemente cerca de 45 milhões de utilizadores) e passam a responder perante uma nova estrutura de supervisão centralizada na Comissão Europeia, à qual serão conferidas competências de investigação e sancionatórias reforçadas, análogas às existentes atualmente no direito da concorrência.

21 Ver Artigo 29.º