

AO SENHOR DR. WALDIR ALVES, PROCURADOR-TITULAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL JUNTO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

VERSÃO PÚBLICA (ÚNICA)

Procedimento nº PR-DF-00029239/2021

Notícia de fato

Procedimento n. 1.00.000.008277/2021-68,

instaurado pela [Portaria nº 1, de 07 de maio de 2021](#), pelo Representante do MPF junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica

IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, já qualificada nos autos deste processo, tendo em vista a importância do caso, das ilegalidades e das consequências negativas à ordem econômica e aos consumidores, vem apresentar complemento à notícia de fato de 31 de março de 2021, trazendo maiores subsídios para colaborar com este i. Ministério Público Federal junto ao CADE, nos termos a seguir.

SUMÁRIO

SÍNTESE DESTA MANIFESTAÇÃO	4
PRELIMINARMENTE: MUDANÇA NOS TERMOS DE USO E POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP	7
Relação intrínseca entre defesa do consumidor, proteção de dados e defesa da concorrência	7
Breve contextualização: o modelo de negócios do Facebook	10
Competência MPF-CADE	14
Principais pontos da notícia de fato apresentada pelo Idec	15
Outros desdobramentos do caso	17
REPERCUSSÃO DO CASO E ATUALIDADES: fatos sobre matérias diversas desde a operação Facebook-WhatsApp	24
Preliminarmente: informações enganosas e quebras nas promessas nas aquisições do Instagram e WhatsApp	25
Reações de autoridades a mudanças da política de privacidade de 2016 do WhatsApp	25
Conclusões prévias	26
Facebook-Alemanha	28
Decisão dos Estados Unidos da América e casos antitruste	28
Decisões atuais de outras autoridades do mundo contra a mudança na política de privacidade do WhatsApp em 2021	29
Turquia: Autoridade concorrencial	29
Índia: Autoridade concorrencial	29
Alemanha: Autoridade de dados de Hamburgo	31
Argentina: Autoridade Concorrencial	31
A QUESTÃO CONCORRENCIAL NESTE CASO	32
Mercado relevante	35
Participações de mercado e posição dominante	37
Poder de mercado	38
Zero rating: intensificação do poder de mercado por práticas anticompetitivas no setor de telefonia móvel	46
Abuso de posição dominante	49
III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de	

empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;	50
XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; e XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;	52
XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;	54
Existência de dois produtos e/ou serviços separados:	54
Existência de algum elemento de coerção	55
Existência de posição dominante no mercado principal ou condicionante:	55
Caracterização dos efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal	56
Racionalidade e efeitos líquidos das condutas	57
CONCLUSÕES E REQUERIMENTOS: DA INSUFICIÊNCIA DE RECOMENDAÇÕES, DA NECESSIDADE DE MEDIDA PREVENTIVA E DA NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL	59
<u>Documentos Anexos</u>	<u>62</u>

SÍNTESE DESTA MANIFESTAÇÃO

1. PRELIMINARMENTE: MUDANÇA NOS TERMOS DE USO E POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP

O Facebook possui modelo de negócios intensivo em dados e utiliza seu poder para se impulsionar em diversos mercados.

- 1.1. **Principais pontos da notícia de fato apresentada pelo Idec:** em 31/mar/2021, à ANPD, MPF-CADE e Senacon, este Instituto analisou (i) as alterações na política de privacidade, consentimento forçado e utilização dos dados dos consumidores; (ii) a atuação de outras autoridades e discriminação do cidadão brasileiro em face de tratamento privilegiado ao cidadão europeu; (iii) a violação ao direito à informação do consumidor e princípio da transparência da LGPD; (iv) a violação pela ausência de tratamento especial à criança e adolescente; (v) o abuso de poder dominante e aspectos concorrenciais; e apresentou (vi) conclusões e questionamentos.
- 1.2. **Outros desdobramentos do caso:** (1) Envio de manifestação da organização SumOfUs, incluindo parecer da Professora Maria Cecília Oliveira Gomes; (2) Envio de ofícios pela Defensoria Pública de São Paulo (Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON) à ANPD e à Senacon requerendo a suspensão imediata da alteração; (3) lançamento do movimento global "SaveWhatsApp"; (4) manifestação das organizações Coalizão Direitos na Rede (Brasil) e Al Sur (América Latina); (5) manifestação de parlamentares democratas norte-americanos contra as mudanças; (6) abertura deste procedimento no MPF-CADE; (7) cooperação entre MPF, ANPD, Senacon e CADE para a publicação de recomendações ao WhatsApp; (8) nova manifestação do Idec à ANPD, Senacon e MPF (3ª CCR), após as recomendações; (9) manifestação do WhatsApp se comprometendo a seguir as recomendações e a não tirar o acesso de usuários que não aceitaram a nova política por 90 dias; (10) indeferimento de liminar em ação civil pública proposta pelo Instituto Sigilo perante a 7ª Vara Cível do TJSP.

2. REPERCUSSÃO DO CASO E ATUALIDADES

- 2.1. Compra do WhatsApp pelo Facebook em 2014.** À época da integração, o Facebook afirmou que sequer poderia tecnicamente compartilhar os dados e que haveria uma estrutura separada. Entretanto, a informação de impossibilidade técnica não procedia, o que acarretou multa de 110 milhões de euros perante a Comissão Europeia pelo fornecimento de informações enganosas à autoridade.
- 2.2. Reações de Autoridades à mudança da política de privacidade de 2016:** multas pelas autoridades da (1) Itália (concorrencial); (2) Espanha (proteção de dados); e (3) acodo com o Reino Unido (proteção de dados);
- 2.3. Outros casos antitruste:** (1) Facebook Alemanha (2019); e (2) Investigações pela FTC e pelo HJC nos Estados Unidos;
- 2.4. Decisões atuais de autoridades contra a mudança na política de privacidade do WhatsApp de 2021:** (1) abertura de investigação Autoridade Concorrencial da Turquia; (2) abertura de processo pela Autoridade Concorrencial da Índia, confirmado pela Delhi High Court of Justice; (3) liminar da Autoridade de Dados de Hamburgo, na Alemanha, com duração de 3 meses, contra o tratamento de dados de usuários do WhatsApp pelo Facebook; (4) medida cautelar pela Autoridade Concorrencial da Argentina;

3. A QUESTÃO CONCORRENCIAL

- 3.1. Mercado relevante:** em mercados digitais, devemos colocar menos ênfase na análise de definição de mercado e maior ênfase nas teorias do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas;
- 3.2. Participações de mercado e posição dominante:** o Brasil é o 4º país que mais usa Facebook (130 milhões de usuários ativos) 2º país que mais utiliza WhatsApp (120 milhões de usuários ativos). O WhatsApp está presente em 98% dos celulares de brasileiros e é usado diariamente por 95% deles, sendo a principal fonte de informações para 79% da população brasileira. Existem outras plataformas de mensagem que cresceram nos últimos tempos (como o Telegram), mas isso não acarretou diminuição no uso do WhatsApp, mesmo com as críticas dos consumidores à mudança na política de privacidade, o que aponta para uma situação de lock-in dos consumidores e para uma

baixa rivalidade no mercado. Esse poder de mercado é intensificado pela prática do zero rating.

4. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

- 4.1. **Art. 36, §3º, incisos III e IV:** *há exploração abusiva de dados, exercício de poder de conglomerado que impede o exercício e rivalidade efetiva no mercado e aumenta barreiras à entrada e à expansão.*
- 4.2. **Art. 36, §3º, incisos XI e XII:** *o WhatsApp rompe a continuidade de prestação de serviço pelos usuários se recusarem a aceitar mudança unilateral que impõe compartilhamento obrigatório de dados que não seriam necessários para a execução do serviço. Além disso, o faz de maneira não transparente e forçando o consentimento do consumidor, que não possui possibilidade de opt-out.*
- 4.3. **Art. 36, §3º, inciso XVIII:** *o WhatsApp subordina o seu serviço à inclusão dos dados do usuário em outras plataformas da empresa Facebook, configurando venda casada.*

1. PRELIMINARMENTE: MUDANÇA NOS TERMOS DE USO E POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP

1.1. Relação intrínseca entre defesa do consumidor, proteção de dados e defesa da concorrência

1. A concentração do poder econômico é um dos maiores problemas a serem tratados pelo antitruste. Não é diferente em novos mercados, como o que ocorre na economia digital. Estudiosos e autoridades do mundo inteiro têm sido chamados a solucionar esse problema antigo, que é simplesmente exercer o controle sobre o poder econômico, segundo determina a Constituição Brasileira.
2. Acadêmicos como Tim Wu, tem chamado a atenção para o fato de que a concentração da economia tem se manifestado diariamente bem em frente dos nossos olhos e que *"as mais visíveis manifestações da tendência de consolidação"* são vistas pela *"centralização de indústrias de tecnologia antes abertas e competitivas em apenas um punhado de gigantes: Facebook, Amazon, Google e Apple"*¹.
3. Ao mesmo passo, cada vez mais é indispensável para o consumidor produtos e serviços oferecidos no mundo digital. Shoshana Zuboff² cunhou o termo capitalismo de vigilância (*surveillance capitalism*), que "unilateralmente reivindica a experiência humana como uma matéria-prima grátis para tradução em *behavioral data*" (dados de comportamento). Zuboff ressalta ainda que
"apesar de parte desses dados ser aplicada para melhoria de produtos e serviços, o resto é declarado como uma propriedade de excedente comportamental (proprietary behavioral surplus), que por meio de inteligência artificial, faz-se uma predição de quais produtos a pessoa pode querer, predição esta que é vendida no mercado (behavioral futures markets)".
4. Este ciclo tem feito as gigantes da tecnologia crescer e concentrar cada vez mais poder, com a venda de um suposto comportamento futuro da pessoa, com base

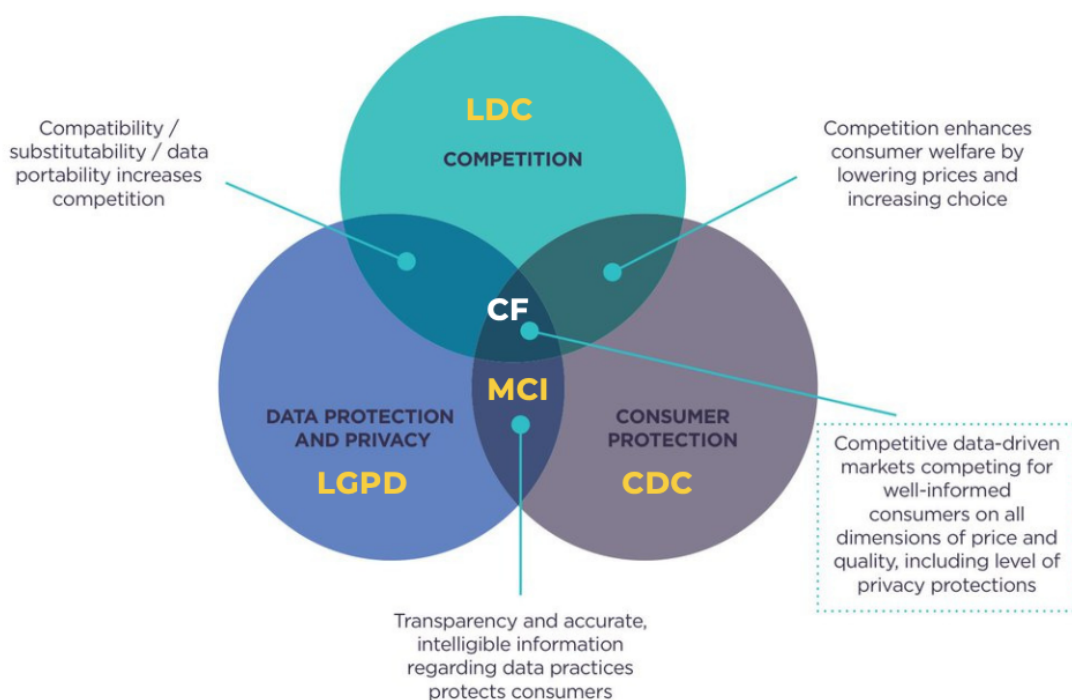
¹ Wu, Tim. **The curse of bigness:** Antitrust in the gilded age. Columbia Global Reports: Nova Iorque, 2018.

² Zuboff, Shoshana. **The age of Surveillance Capitalism.** Public Affairs: Nova Iorque, 2019.

nos dados e metadados que essa pessoa fornece consciente e inconscientemente.

- Atentas a essa realidade, mais recentemente, as autoridades de concorrência têm se debruçado sobre a necessidade de se compreender as questões de uma eventual sobreposição entre problemas relacionados à proteção ao consumidor, à proteção de dados pessoais e os reflexos que tais problemas podem ter para um mercado efetivamente competitivo.

Figure 1: Overlap between data protection, competition and consumer protection



Source: Adapted from the European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data, March 2014.

Imagem 1. Fonte: Adaptado de [ACCC Digital Platforms Inquiry - Final Report](#) (Jul/2019), p. 5.

- Todo esse cenário faz que seja necessário garantir e fortalecer a proteção do consumidor, a proteção dos dados e a competição nessa economia digital, conforme se verifica na imagem acima. Há casos que são paradigmáticos e estão no centro das três esferas, pois envolvem questões relacionadas aos três temas.
- É neste sentido que o Idec encaminhou, em 31 de março deste ano, notícia de fato a este *Parquet* Federal junto ao CADE, em manifestação também

encaminhada à **Secretaria de Defesa do Consumidor** (Senacon) e à recém-criada **Autoridade Nacional de Proteção de Dados** (ANPD).

8. Ressalta-se que tanto a cooperação interinstitucional quanto a cooperação internacional são fundamentais para correta avaliação de casos como este. Segundo Giovanni Butarelli, a troca de experiências entre as autoridades podem colaborar com o ajuste à realidade de *"suas ferramentas operacionais e modernizar sua resposta a um mundo em contínua transição"*, pois os *"ciclos de inovação curtos também significam pouco tempo para que funcionários e operadores "entendam" o que está acontecendo"*³. Oportuna, portanto, o envio conjunto de manifestação sobre o caso, requerendo atuação cooperativa entre as autoridades nacionais⁴.
9. Agora, por meio desta complementação dos fatos e de análise suplementar, o Idec vem, respeitosamente, apresentar nova contribuição, requerendo desde já a continuidade deste procedimento, para que (i) se determine a instauração do procedimento administrativo perante o Cade com a finalidade de analisar mais profundamente os impactos aqui fortemente destacados, (ii) seja requerida e concedida medida liminar impedindo a consolidação da mudança da política de privacidade e qualquer compartilhamento de dados entre WhatsApp e Facebook que não sejam estritamente necessários para a segurança do aplicativo, até o final das investigações e, (iii) em momento posterior, sejam determinadas as sanções cabíveis.
10. Para tanto, o Idec, **na parte 2**, envia uma síntese do processado, fornece informações adicionais, apresenta o contexto do antitruste em mercados digitais que pode influenciar o caso e destaca a importância de uma instrução focada na cooperação interinstitucional, inclusive com autoridades de outras jurisdições, e aberta ao público e com possibilidade (e provocação) da participação de terceiros, para maior completude de análise. Por fim, na **parte 3**, realiza a efetiva análise concorrencial das condutas e relaciona-as às infrações à ordem econômica dispostas na Lei 12.529/2011.

³ Butarelli, Giovanni. This is not an article on data protection and competition law. **CPI Antitrust Chronicle**, February, 2019. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-03-11_cpi_butarelli_en.pdf

⁴ Estão em anexo a **Notícia de Fato** (Anexo nº 04), enviada pelo Idec à ANPD, Senacon e MPF-CADE em 31/mar/2021; além de **Manifestação Complementar** (Anexo 15) enviado pelo Idec à ANPD, Senacon e MPF (3ª CCR) em 11/maio/2021. Esta manifestação hoje enviada ao MPF-CADE é a segunda parte do complemento à notícia de fato de 31/mar/2021.

1.2. Breve contextualização: o modelo de negócios do Facebook

11. Ao analisar os termos de uso e política de privacidade do WhatsApp, deve-se ter em mente o modelo de negócios ao qual está atrelado. Isto é, deve-se considerar quais empresas, produtos e funcionalidades estão envolvidos quando se realiza o compartilhamento de dados gerados num aplicativo (até o momento) de mensageria. Essa compreensão do contexto ao qual se direciona o fluxo informacional tem impactos sobre análises de transparência, de consentimento informado e livre, das expectativas e incolumidade das manifestações de vontade dos consumidores e dos limites da execução do contrato. Esta análise parte do modelo de negócios movido a dados, mas acarreta **grandes impactos na dinâmica concorrencial**, tanto **do ponto de vista de (in)viabilização de rivalidade efetiva no mercado** quanto do ponto de vista da **qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor**.
12. É necessário frisar que antes de 2014, o WhatsApp cobrava uma taxa anual pelo uso de seus serviços. Com a aquisição pelo Facebook, o modelo de negócios do aplicativo de mensageria é alterado para se integrar ao modelo de negócios do Facebook: baseado na monetização de dados pessoais e venda de anúncios.
13. Considerando que seus serviços têm, em geral, preço zero para o consumidor, a receita da *Big Tech* vem primordialmente de publicidade⁵. Conforme destacado por Lucas Griebeler da Motta⁶, como os dados pessoais são a principal matéria prima para as operações do Facebook, e a própria empresa reconhece que

⁵ Assim como declarado à SEC dos Estados Unidos da América: "***We generate substantially all of our revenue from selling advertising placements to marketers. Our ads enable marketers to reach people based on a variety of factors including age, gender, location, interests, and behaviors. Marketers purchase ads that can appear in multiple places including on Facebook, Instagram, Messenger, and third-party applications and websites.***" Disponível em: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680121000014/fb-20201231.htm>

⁶ Griebeler da Motta, Lucas. **Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados:** diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Data Privacy Brasil Research, 2021. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/05/dpbr_relatorio_data_driven_mergers_vf.pdf.

desenvolvimentos legislativos e regulatórios que aumentem a privacidade e garantam mais direitos ao usuário podem impactar negativamente as receitas da empresa. Esse fato é inclusive relatado à *Securities and Exchange Commission* (SEC), dos EUA⁷.

14. Nesse sentido, **a riqueza e funcionamento básico do Facebook está na coleta do máximo de dados possíveis de seus usuários** - que vão desde dados cadastrais, ao rastreamento de todo e qualquer movimento dado dentro e fora dos aplicativos do grupo comercial. Todos estes dados alimentam análises de comportamento de seus usuários, através de sistemas de inteligência artificial complexos, e resultam em análises preditivas do comportamento de seus (grupos de) usuários. Com base nestas análises movidas a dados, o Facebook, em sistema de leilão automatizado, veicula publicidade-marketing direcionados e personalizados. Conforme explicado por Maria Cecília Gomes, informações

⁷ "Proposed or new legislation and regulations could also significantly affect our business. For example, the European General Data Protection Regulation (GDPR) took effect in May 2018 and applies to all of our products and services used by people in Europe. The GDPR includes operational requirements for companies that receive or process personal data of residents of the European Union that are different from those previously in place in the European Union. **As a result, we implemented measures to change our service for minors under the age of 16 for certain countries in Europe that maintain the minimum age of 16 under the GDPR. We also obtain consent and/or offer new controls to existing and new users in Europe before processing data for certain aspects of our service.** In addition, the GDPR requires submission of personal data breach notifications to our designated European privacy regulator, the IDPC, and includes significant penalties for non-compliance with the notification obligation as well as other requirements of the regulation. **Similarly, the Brazilian General Data Protection Law recently took effect and imposes data privacy-related requirements on products and services offered to users in Brazil.** The California Consumer Privacy Act (CCPA), which took effect in January 2020, also establishes certain transparency rules and creates new data privacy rights for users, including more ability to control how their data is shared with third parties. **These laws and regulations are evolving and subject to interpretation, and resulting limitations on our advertising services, or reductions of advertising by marketers, have to some extent adversely affected, and will continue to adversely affect, our advertising business. For example, regulators have recently issued new guidance concerning the ePrivacy Directive's requirements regarding the use of cookies and similar technologies. In addition, effective December 2020, the ePrivacy Directive includes additional limitations on the use of data across messaging products and includes significant penalties for non-compliance. Changes to our products or business practices as a result of these developments may adversely affect our advertising business.** Similarly, there are a number of legislative proposals in the European Union, the United States, at both the federal and state level, as well as other jurisdictions that could impose new obligations or limitations in areas affecting our business. In addition, some countries are considering or have passed legislation implementing data protection requirements or requiring local storage and processing of data or similar requirements that could increase the cost and complexity of delivering our services." Disponível em: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680121000014/fb-20201231.htm>

obtidas através de outras plataformas do Grupo Facebook permitem o *profiling* - “prática de classificar pessoas e prever seu comportamento de acordo com hábitos de navegação e uso do aplicativo” - , o que, ainda segundo Gomes, “não corresponde apenas ao contexto do serviço de mensageria” (Doc. Anexo 6, Parecer da SumOfUs, p. 24)

15. Embora atualmente esta seja a principal fonte de receita da *Big Tech*, sua atuação é ainda mais complexa, diversificada e expansiva. Por um lado, há a pressão para monopolizar as comunicações e interações digitais dos consumidores - resultando em uma tendência agressiva de aquisições -, de modo a garantir o fluxo de dados para seus algoritmos; por outro lado, há também uma diversificação e expansão de serviços baseados em dados, que resultam em uma diversidade grande de ferramentas, como se verá a seguir.
16. O Facebook Inc. é composto por uma série de empresas⁸: Facebook Payments Inc, Facebook Payments International Limited, Onavo, Facebook Technologies, LLC e Facebook Technologies Ireland Limited, WhatsApp Inc. e WhatsApp Ireland Limited e CrowdTangle⁹.
17. Dentro do Facebook há uma imensa quantidade de produtos e serviços movidos a dados. A título exemplificativo, estas são algumas das ferramentas disponibilizadas a desenvolvedores pelo Facebook, nas categorias de produtos: **Inteligência artificial** (Ferramentas de IA; Pesquisa de IA; e Wit.AI); **AR/VR** (SparkAR Studio; Facebook 360; Oculus; Quill; React 360); **Ferramenta de negócios** (Anúncios de aplicativo; Eventos de Aplicativo; App Links; Comércio, Facebook Analytics, API de Conversões; Extensão e SDK Facebook para Empresas; Instagram; API de experiências instantâneas, Empregos no Facebook. API de Marketing, Messenger; Place Graph, entre outros); **Jogos** (Jogos Instantâneos, Vídeo de Jogos, Jogos na Nuvem; Serviços de Jogos; Anúncios interativos na nuvem); **Código aberto** (Portabilidade de dados; Detectron2; GraphQL; Hydra; Jest; React e React Native); **Publicação** (Audience Network, Instant Articles, Facebook Live API, Instagram); **Integração social** (Plugin de

⁸ <https://www.facebook.com/help/111814505650678?ref=dp>

⁹ Plataforma de análise social que ajuda editores e empresas de mídia a descobrir histórias que importam, medir seu desempenho social e identificar influenciadores em plataformas de mídia social.

grupo; Plugins Sociais; Compartilhamento no Stories; Compartilhamento no Facebook, Frame Studio); e **Presença social** (Portal e Portal+)¹⁰.

18. O Facebook Inc. possui diversas empresas diferentes, com uma infinidade de produtos e ferramentas voltadas para empresas, que vão desde inteligência artificial, com codificação de mensagens enviadas, análise de comportamento para leilão de anúncios, até auxílio de desenvolvimento de AR/VR, com ferramentas para ilustração, a ferramentas de negócios, como mecanismos para viabilizar comércio eletrônico ou ferramentas de rastreamento de usuários para cálculo de conversão dos usuários (finalização da compra), entrevista de empregos, jogos, Publicação, Ferramentas e serviços interativos para criadores de conteúdo, publishers e mídia, Integrações sociais. Novamente, a própria empresa declara à SEC quais são os seus produtos e serviços:

Facebook	<i>Facebook enables people to connect, share, discover, and communicate with each other on mobile devices and personal computers. There are a number of different ways to engage with people on Facebook and build community, including Facebook News Feed, Stories, Groups, Shops, Marketplace, News, and Watch.</i>
Instagram	<i>Instagram brings people closer to the people and things they love. It is a place where people can express themselves through photos, videos, and private messaging, and connect with and shop from their favorite businesses and creators. They can do this through Instagram Feed, Stories, Reels, IGTV, Live, Shops, and messaging.</i>
Messenger	<i>Messenger is a simple yet powerful messaging application for people to connect with friends, family, groups, and businesses across platforms and devices through chat, video, and Rooms.</i>
WhatsApp	<i>WhatsApp is a simple, reliable, and secure messaging application that is used by people and businesses around the world to</i>

¹⁰ Ver versão completa, com todas as ferramentas na página <https://developers.facebook.com/products/>.

	<i>communicate and transact in a private way.</i>
Facebook Reality Labs	<i>Facebook Reality Labs' augmented and virtual reality products help people feel connected, anytime, anywhere. Oculus Quest lets people defy distance with cutting-edge virtual reality (VR) hardware, software, and content, while Portal helps friends and families stay connected and share the moments that matter in meaningful ways.</i>

19. Trata-se de um emaranhado de empresas e ferramentas com seu funcionamento baseado em dados, que desempenham funções tanto complementares como não relacionadas. É um fluxo de informação tão complexo e de difícil compreensão até mesmo para especialistas. E essa complexidade é ainda mais incompreensível para o consumidor, vulnerável na relação de consumo, que simplesmente, ao ler a política de privacidade de dados do WhatsApp, não tem ideia que seus dados ali gerados/cedidos podem ser utilizados para veiculação de publicidade personalizada até mesmo fora do Facebook, Instagram ou então para leitura de comportamentos humanos através de inteligência artificial. Essa assimetria informacional foi também reconhecida pelo próprio CADE¹¹.
20. Portanto, os dados coletados, sob a expectativa do usuário de execução do serviço de mensageria, são compartilhados com diversas empresas do Grupo e com finalidades também diversas.

1.3. Competência MPF-CADE

21. Conforme ressaltado na primeira manifestação a este Ministério Público Federal junto ao Cade, ressalta-se a competência para atuar no controle de condutas anticoncorrenciais e na prevenção da concentração de mercado (art. 20 da Lei 12.529/2011), sempre na defesa dos interesses difusos (Constituição Federal, Art. 127 e 129, II c/c Lei Complementar nº 75/1993, Arts. 5º, II, "c", e 6º, III, "c"). Possuindo prerrogativa de atuar como fiscal da lei e da ordem jurídica em processos perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tem também

¹¹ Recomendações do CADE, ANPD, Senacon e MPF ao WhatsApp e Facebook, datado de 07 de maio de 2021, *Considerando* nº 21.

competência para instaurar inquérito e processo administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, dispensando procedimento preparatório está prevista no art. 136 do Regimento Interno do Cade¹².

1.4. Principais pontos da notícia de fato apresentada pelo Idec

22. Em janeiro de 2021, o **WhatsApp LLC** (“WhatsApp”) passou a anunciar alteração nos termos de uso da plataforma. Tendo em vista a enorme repercussão negativa, a empresa adiou o prazo para aceitação dos novos termos para 15 de maio, mas segue enviando notificações insistentes para o aceite das alterações. No entanto, permaneceram problemas nos termos de uso de adequação à **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**, ao Marco Civil da Internet e à legislação consumerista que precisavam ser enfrentados, bem como diversas dúvidas a respeito da governança de dados da empresa.
23. Razão pela qual este Instituto contribuiu com as autoridades competentes para a resolução do caso, em respeito ao direito fundamental de proteção dos dados pessoais dos consumidores, conforme demonstrado nos tópicos a seguir expostos.
24. A Carta Coex n. 80/2021, de 31 de março de 2021, foi encaminhada ao Diretor-Presidente da **Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)**, à **Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon/MJ)** e ao **Procurador-Titular do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF/CADE)**. Naquela missiva, este Instituto analisou (i) as alterações na política de privacidade, consentimento forçado e utilização dos dados dos consumidores; (ii) a atuação de outras autoridades e discriminação do cidadão brasileiro em face de tratamento privilegiado ao cidadão europeu; (iii) a

¹² Art. 136. Os tipos processuais tratados nesta seção serão instaurados [...] V-em face de representação advinda de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, das agências reguladoras, do Ministério Público que officie perante o Cade e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade; [...]

Parágrafo Único. A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, das agências reguladoras, do Ministério Público que officie perante o Cade e da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se, desde logo, o inquérito administrativo ou processo administrativo, conforme decidido pelo Superintendente-Geral.”

violação ao direito à informação do consumidor e princípio da transparência da LGPD; (iv) a violação pela ausência de tratamento especial à criança e adolescente; (v) o abuso de poder dominante e aspectos concorrenciais; e apresentou (vi) conclusões e questionamentos.

25. O Idec frisou ainda que, em setembro de 2016, quando houve essa drástica mudança da política de privacidade do *WhatsApp* para permitir o compartilhamento de dados do usuário, o Idec publicou o relatório “Consentimento Forçado?”¹³ que examina o caso em profundidade, além de ter encaminhado denúncia à Senacon e ao DPDC¹⁴, sobre as violações ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) e ao Marco Civil da Internet (MCI)¹⁵
26. Por fim, de forma específica, o Idec trouxe quarenta questionamentos, necessários para esmerada resolução deste caso, que versam sobre (i) discriminação de consumidores; (ii) compartilhamento de dados, finalidades e bases legais; (iii) Facebook Pay, Facebook Shops e Status; (iv) serviço de gerenciamento de comunicação no WhatsApp Business; (v) crianças e adolescentes; (vi) idosos; (vii) segurança de dados; e (viii) poder de mercado.
27. Este Instituto solicitou à ANPD e à Senacon atuação em cooperação, nos termos do Acordo de Cooperação Técnica firmado¹⁶, para solicitar esclarecimentos ao WhatsApp e Facebook, dando, assim, início a uma investigação conjunta acerca da adequação dos termos de uso e política de privacidade da empresa, além do

¹³ **Idec.** Consentimento forçado? Disponível em:

<https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-whatsapp-termos-de-uso.pdf>

¹⁴ **Idec.** Carta Idec 210/2016. Disponível em:

https://idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Carta%20Senacon_WhatApp_28092016.pdf

¹⁵ As alegações deste Instituto em 2016 foram de que houve: **(i)** violação do direito à informação (CDC, art. 6º, III) e de transparência no processamento de dados pessoais (MCI, art. 7º, VIII) por não explicar adequadamente quais dados são coletados e compartilhados; **(ii)** ausência de consentimento livre para compartilhamento de dados pessoais para terceiros, sem proporcionar a livre escolha (opt-in/opt-out), em violação ao artigo 7º, VII do MCI. O Instituto solicitou: **(i)** a instauração de procedimento administrativo para averiguar violação de direitos; **(ii)** a suspensão do compartilhamento de dados cautelarmente; e **(iii)** a cooperação entre órgãos para realizar a averiguação.

¹⁶ Dentre as ações conjuntas previstas no Acordo de Cooperação Técnica Nº 1/2021/GAB-SENACON/SENACON estão apoio institucional e intercâmbio de informações, uniformização de entendimento e coordenação de ações, elaboração conjunta de análises e notas técnicas e cooperação em ações de fiscalização acerca da proteção de dados pessoais no âmbito das relações de consumo (Cláusula primeira, a, c, e, g). O Acordo também estabelece o dever da ANPD de esclarecer seu posicionamento na interpretação e aplicação de normas que impactem o consumidor, com dever correlato para a Senacon (cláusula segunda, item b1 e d2).

deferimento da participação enquanto terceiro interessado desta associação de defesa dos consumidores nos procedimentos abertos.

28. Ao MPF/CADE solicitou-se a elaboração e o envio de representação para a instauração de inquérito administrativo para apuração das possíveis infrações à ordem econômica decorrente das condutas do Facebook e WhatsApp, bem como o envio daquela correspondência como "documento pertinente" para corroborar os fatos relevantes e esclarecer os objetos apresentados na representação.
29. Por fim, solicitamos às autoridades que determinem a suspensão das alterações dos termos de uso e política de privacidade previstas, bem como o compartilhamento de dados com o grupo Facebook para fins de publicidade-marketing e analytics.
30. Por meio do Ofício n. 5/2021/GABPR/ANPAD/PR, de 12 de abril deste ano, o Presidente da ANPD encaminhou a este Instituto a Nota Técnica nº 14/2021/CGF/ANPD, informando que já havia sido instaurado o processo administrativo n. 00261.000012/2021-04, mantido em sigilo, com o objetivo de apurar os fatos, entre outras informações. Em 23 de abril, o Idec reiterou o pedido de habilitação como terceiro interessado no referido procedimento.

1.5. Outros desdobramentos do caso

31. Para além da notícia de fato do Idec (Carta Coex n. 80/2021, de 31 de março de 2021, Anexo 4), há um grande movimento no Brasil e globalmente contra a mudança da política do WhatsApp de 2021. Alguns destes desdobramentos (os que possuem impacto direto no Brasil) serão apresentados neste capítulo, enquanto os atuais casos de autoridades sobre o tema em outras jurisdições serão analisados no item 2.6 abaixo.
32. Em 07 abril deste ano, a organização **Sum of Us** encaminhou à ANPD e Senacon solicitação de atuação para garantia dos Direitos da População¹⁷, juntando o Parecer sobre as alterações na política de privacidade e termos de uso do WhatsApp, elaborado pela Maria Cecília Oliveira Gomes, Professora e especialista em Privacidade e Proteção de Dados, de 25 de março de 2021 (Documento anexo).

¹⁷ Manifestação disponível em:

<http://www.sumofus.org/images/ManifestacaoSumOfUsSobreIlegalidadePoliticaWhatsApp.pdf>.

33. Ainda, em 20 de abril, foram encaminhados ofícios pela **Defensoria Pública de São Paulo (Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON)** à ANPD e à Senacon requerendo a suspensão imediata da alteração da política de privacidade até que ocorresse a necessária e preliminar análise completa sobre o assunto por todas as autoridades competentes, mormente diante dos indícios de que os princípios balizadores da LGPD, em especial, não estariam sendo respeitados, requerendo ainda a determinação da continuidade do acesso ao serviço¹⁸.
34. Em 30 de abril foi lançado o **movimento global "Save WhatsApp"**, contando com dezenas de organizações ao redor do mundo, para exigir uma ação quanto ao abuso corporativo referente à nova política de privacidade do WhatsApp, destacando os problemas para a competição, para os consumidores e para a privacidade¹⁹. Já em 03 de maio, a **Coalizão Direitos na Rede**, coletivo de 45 organizações acadêmicas e da sociedade civil que atuam em defesa dos direitos digitais, emitiu declaração sobre o caso, pedindo a suspensão da alteração da política de privacidade e da integração de dados entre WhatsApp e outras empresas do Grupo Facebook, assim como a continuidade da oferta do serviço aos usuários²⁰. Na mesma data, a **Al Sur**, junto com dezenas de outras organizações da América Latina, emitiu nota pela suspensão mundial da alteração nos termos de uso e política de privacidade, entre outros pedidos.²¹
35. No início de maio, **parlamentares democratas norte-americanos** emitiram uma carta²² expondo a insuficiência das garantias de privacidade na mudança da política do WhatsApp e o consequente potencial uso abusivo (*misuse*) dos dados

¹⁸ **Defensoria Pública de SP pede liminar contra mudança de termos do WhatsApp.**

Disponível em:

<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/27/defensoria-publica-de-sp-pede-que-governo-suspenda-atualizacao-do-whatsapp.htm>

¹⁹ <https://savewhatsapp.org/pt/>

²⁰ Coalizão Direitos na Rede. **Declaração da Coalizão Direitos na Rede sobre a atualização na política de privacidade do WhatsApp.** Disponível em: <https://direitosnarede.org.br/2021/05/03/a-nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp-e-o-direito-a-pr-otacao-de-dados-dos-brasileiros/>

²¹ Al Sur. **Manifestación de Al Sur y organizaciones de la sociedad civil latinoamericana sobre la nueva política de datos de WhatsApp.** Disponível em:

<https://www.alsur.lat/blog/manifestacion-al-sur-organizaciones-sociedad-civil-latinoamericana-sobre-n-ueva-politica-datos>

²²

<https://www.competitionpolicyinternational.com/democrats-ask-facebook-to-reverse-whatsapp-privacy-update/>

de usuários, intensificados pela impossibilidade de opt-out. Para além da crítica às notificações "persistentes", também ressaltaram a vulnerabilidade dos usuários com a intensificação de direcionamento de anúncios, que inclusive é contrária às promessas dos fundadores do WhatsApp e do Facebook, quando adquiriu a empresa.

36. Também no início do mês, este **Ministério Público Federal junto ao CADE publicou a Portaria nº 01/2021** ([DMPF-e 85/2021](#)²³), instaurando Procedimento Administrativo "para o acompanhamento geral do andamento da implementação da nova política de tratamento de dados do aplicativo WhatsApp". Como providências iniciais, além de apensar as contribuições do Idec ao procedimento, encaminhou a questão à SG-CADE e expediu ofícios à 3ª CCR do MPF, à Senacon, à ANPD e ao CADE.
37. Em 07 de maio, o **MPF, a ANPD, a Senacon e o CADE cooperaram para propor recomendações** sobre o tema da mudança da política de privacidade do WhatsApp, considerando os impactos na legislação consumerista, de proteção de dados, antitruste e os impactos a direitos difusos. Em linha com a manifestação enviada pelo Idec, as autoridades recomendam ao WhatsApp: (i) adie a vigência de sua Política de Privacidade enquanto não adotadas as recomendações sugeridas e após as análises dos órgãos reguladores; (ii) se abstenha de restringir o acesso dos usuários às funcionalidades do aplicativo, caso estes não adiram à nova política de privacidade, antes da análise pelos órgãos competentes; e (iii) adote as providências orientadas, nos termos da LGPD, no Relatório nº 9/2021/CGF/ANPD e Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD.
38. Ao Facebook, solicitaram que se abstenham de "realizar qualquer tipo de tratamento ou compartilhar dados recebidos a partir do recolhimento realizado pelo WhatsApp Inc. com base nas alterações da Política de Privacidade do aplicativo previstas para entrar em vigor no dia 15 de maio de 2021, enquanto não houver o posicionamento dos órgãos reguladores".
39. Em termos concorrenciais, são de destaque os seguintes considerandos (19 e seguintes), dos quais se extrai²⁴:

²³

http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/223082/DMPF_EXTRAJUD_20210511.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁴ https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2021/Recomendação_WhatsApp_-_Assinada.pdf

[19] CONSIDERANDO a existência e o desenvolvimento de literatura antitruste internacional sobre **dominância em mercados digitais, cujo abuso pode constituir infração à ordem econômica** nos termos do artigo 36 da Lei no 12.529/2011 e, por isso, **deve ser objeto de análise, estudo, prevenção e repressão pelo CADE;**

[20] CONSIDERANDO a **necessidade de uma atuação tempestiva e eficaz do CADE que vise evitar abusos de poder econômico** resultante de posição dominante de agentes econômicos, **especialmente em mercados disruptivos**, de maneira a fomentar o saudável desenvolvimento da arquitetura estrutural destes mercados conjuntamente com o **valor da livre concorrência e em prol de benefícios aos consumidores;**

[21] CONSIDERANDO a assimetria informacional que detém o CADE sobre resiliência estrutural dos mercados envolvidos, bem como dos potenciais efeitos sobre a concorrência referentes à política a ser implementada, especialmente considerando a ausência de um design regulatório prévio;

[22] CONSIDERANDO a **vantajosidade de uma sinalização do CADE integrada e coordenada** com as demais autoridades responsáveis pela regulação ou fiscalização de mercado, de forma a promover **maior previsibilidade e segurança jurídica** às decisões privadas de seus agentes;

[23] CONSIDERANDO que a comunicação da empresa WhatsApp da atualização de sua política de privacidade, informando que seus novos termos de serviço devem ser obrigatoriamente aceitos até 15/5/2021, **pode configurar eventual abuso de posição dominante por impor o rompimento da continuidade de prestação de serviço essencial de comunicação aos seus usuários em razão de recusa em submeterem-se à condição imposta de compartilhamento obrigatório de dados com a empresa Facebook e seus parceiros** (artigo 36, inciso IV c/c o § 3o, inciso XII, da Lei no 12.529/2011), o que requer uma atuação tempestiva e eficaz das instituições signatárias da Recomendação;

[24] CONSIDERANDO ser objeto de preocupação do MPF junto ao Cade que essa **imposição retire por completo a liberdade de escolha do usuário dependente da plataforma** – seja pessoa física ou jurídica – de autorizar ou não o compartilhamento de seus dados, e possa caracterizar o **rompimento de relação comercial de prazo indeterminado com base em condição comercial injustificável e anticoncorrencial**, nos termos do inciso XII do § 3o do artigo 36 da Lei 12.529/2011;

[25] CONSIDERANDO o propósito do MPF junto ao Cade de **fortalecer o serviço de proteção e de defesa da livre concorrência** e a necessidade de uma abordagem cautelosa para avaliação de supostas condutas unilaterais envolvendo mercados digitais, uma vez que plataformas de múltiplos lados podem utilizar seus mecanismos de inovação tecnológica e políticas comerciais como ferramentas para eliminar a concorrência, não sendo claro se tais ferramentas são indispensáveis para que atinjam eficiência e benefício aos consumidores; (grifo nosso)

40. Em 11/maio, o **Idec** enviou nova manifestação (Anexo 15) para a **Senacon, ANPD e Ministério Público Federal** (3ª CCR), em complemento à sua notícia de fato original (Carta CoEx nº 80/2021, Anexo 4), ressaltando especialmente (i) a violação ao direito de informação e o princípio de transparência dos termos de uso e política de privacidade do WhatsApp; (ii) a ausência de base legal, nos termos da LGPD, para o compartilhamento de dados pessoais com empresas do grupo Facebook e, por fim (iii) a abusividade desses termos e políticas.
41. Em 14/maio, estas autoridades noticiaram que **o WhatsApp "se comprometeria" com as recomendações**, tendo informado que não encerraria nenhuma conta e que os usuários brasileiros não perderiam acesso aos recursos do aplicativo nos 90 dias posteriores ao dia 15 de maio. No site do WhatsApp, no link "O que acontecerá quando os Termos de Serviço e Política de Privacidade atualizados entrarem em vigor?"²⁵, a empresa afirma que não apagará conta e não tirará acesso dos usuários "no dia 15 de maio de 2021", mas que eventualmente serão notificados "lembretes persistentes" que acarretará diminuição das funções do aplicativo.

25

<https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-happens-when-our-terms-and-privacy-policy-updates-take-effect>

O que acontecerá quando eu receber um lembrete persistente?

O uso dos recursos do WhatsApp será limitado até que você aceite os Termos de Serviço e a Política de Privacidade atualizados. Porém, nem todos os usuários terão essas mudanças ao mesmo tempo.

- Você não poderá acessar sua lista de conversas, mas ainda poderá atender chamadas de voz e de vídeo. Se você já recebe as notificações do WhatsApp, você poderá tocar nelas para ler e responder a mensagens e para retornar chamadas de voz e de vídeo perdidas.
- Após algumas semanas do uso limitado dos recursos, você não poderá mais receber chamadas nem notificações, e o WhatsApp não enviará mais mensagens e chamadas para seu celular.



Fonte: WhatsApp - O que acontecerá quando os termos de serviço e política de privacidade atualizados entrarem vigor? (sem data)²⁶

42. No meio tempo, as autoridades continuarão a realizar suas análises. A ANPD publicou um "FAQ" com orientações e informações²⁷ em seu site, além de disponibilizar nota técnica sobre o assunto (Doc. 20).
43. Ainda, em 17 de maio foi indeferida liminar pela 7ª Vara de São Paulo em Ação Civil Pública proposta pelo "Instituto Brasileiro de Defesa da Proteção de Dados Pessoais, Compliance e Segurança da Informação" (Instituto Sigilo) em face da

²⁶

<https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-happens-when-our-terms-and-privacy-policy-updates-take-effect>

²⁷ <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/a-nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp>

mudança da política do WhatsApp²⁸, sob o argumento de que não haveria *"efetivo monopólio a ponto de considerar que a proposta de atualização do termo de uso seja uma relação abusiva de fornecedor x consumidor"*. Data máxima vênia, apesar da referida decisão judicial em sede de tutela antecipada, as questões concorrenciais relacionadas ao caso devem ser dirimidas também pela autoridade concorrential e após uma instrução mais aprofundada sobre o poder de mercado das empresas.

44. Ainda verifica-se que, apesar do adiamento possibilitar maior tempo para escrutínio das autoridades, o comprometimento do WhatsApp é incompleto. Em primeiro lugar, algumas perguntas ainda não foram respondidas, como (i) se os usuários que aceitaram forçadamente o consentimento e sem esclarecimento suficiente já terão seus dados compartilhados com o Facebook; (ii) se estes terão seus dados compartilhados a partir de 15 de maio ou se dados históricos (anteriores a 15 de maio) também podem ser compartilhados, dentre outras diversas questões; (iii) não está claro quando ocorrerá o "lembrete persistente" que limitará recursos do WhatsApp aos que não aceitarem a mudança. Em segundo lugar, promessas públicas não são suficientes.
45. Os esforços para cooperação são louváveis, especialmente por envolverem autoridades com competências das mais diversas. Não obstante, recomendações não têm caráter vinculante, sendo necessário que haja um compromisso vinculativo para garantir que não haja retrocessos nem descumprimento às importantes recomendações. Em complemento a este compromisso vinculante, é também importante ressaltar a necessidade de se analisarem as infrações já efetivadas através desta conduta, conforme será analisado no tópico III. O Idec compreende o esforço e a cautela das autoridades ao analisar um feito tão complexo, mas também enfatiza que os danos dessas condutas já estão sendo produzidos.
46. Desta maneira, tendo em vista a aproximação do prazo para mudança (15 de maio deste ano), com envio constante (e insistente) de notificações para os usuários aceitarem as alterações, e o risco de maiores danos aos consumidores, o Idec vem, respeitosamente, com a finalidade de aprofundamento dos debates e auxílio a este *Parquet* Federal, encaminhar a presente contribuição.

²⁸ Processo nº 1046324-90.2021.8.26.0100.

2. REPERCUSSÃO DO CASO E ATUALIDADES: fatos sobre matérias diversas desde a operação Facebook-WhatsApp

47. Pedimos vênia desde já para expor uma linha do tempo do caso, não exaustiva, desde a compra do WhatsApp pelo Facebook, analisando como o caso tem sido tratado em diversas jurisdições, com enfoques em abusividades diversas às leis consumeristas, de proteção de dados e concorrenciais.
48. Esta linha do tempo inclui: (i) as aquisições do WhatsApp e do Instagram pelo Facebook; (ii) as reações de autoridades à mudança na política de privacidade de 2016; (iii) análises de autoridades antitruste na investigação de diferentes condutas anticompetitivas do Facebook (e WhatsApp); e, por fim, (iv) a reação de autoridades à mudança na política de privacidade de 2021.
49. É uma história de promessas descumpridas, multa por informações enganosas na aquisição da empresa, multas de autoridades de dados, de defesa do consumidor e concorrencial, determinação de não compartilhamento de dados com o Facebook e decisões mais duras de autoridades antitruste, da Turquia e da Índia, especialmente com relação à alteração da política de privacidade de 2021.



Fonte: elaboração própria.

2.1. Preliminarmente: informações enganosas e quebras nas promessas nas aquisições do Instagram e WhatsApp

50. Recorda-se que o Facebook também está sob escrutínio da autoridade norte-americana²⁹. Mais especificamente, trata-se de sua integração com o Instagram. Isso porque, à época da notificação do ato de concentração, as preocupações levantadas foram descartadas porque o Facebook havia afirmado que não integraria as bases de dados do Instagram e que não se tratariam de serviços concorrentes, já que esta rede social seria somente para a utilização de "filtros de fotos". Claramente não foi o que ocorreu.
51. Há também sérias preocupações da integração com o Facebook e o WhatsApp. Novamente, à época da integração, o Facebook afirmou que sequer poderia tecnicamente compartilhar os dados e que haveria uma estrutura separada. Entretanto, a informação de impossibilidade técnica não procedia, o que acarretou multa de 110 milhões de euros perante a Comissão Europeia pelo fornecimento de informações enganosas à autoridade³⁰. Tal punição acabou por ser somente representativa, dado que representava parcela ínfima do valor da operação (US\$ 16 bilhões). Ou seja, a multa não representou nem 1% do valor da compra e está bem díspar com o faturamento das empresas.
52. Para além dos impactos estritamente concorrenciais, autoridades de proteção de dados também responsabilizaram o Facebook pelo funcionamento do WhatsApp - algo que poderia e deveria ter sido analisado adequadamente em sede de ato de concentração. Um *enforcement* mais adequado às preocupações levantadas naquele momento poderia ter prevenido a ocorrência desses ilícitos que também estão ligados à enorme concentração de mercado e à diminuição do bem-estar do consumidor.

2.2. Reações de autoridades a mudanças da política de privacidade de 2016 do WhatsApp

53. Na **Itália**, a empresa foi condenada em 3 milhões de Euros pela autoridade concorrencial, por induzir os usuários do WhatsApp a aceitar integralmente os novos termos de uso, em particular o compartilhamento de dados com o

²⁹ <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>

³⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369

Facebook³¹. Já na **Espanha**, as empresas foram multadas em 600 mil Euros pela autoridade de proteção de dados³², pelo compartilhamento de dados sem o consentimento do usuário e pelo tratamento de dados pelo Facebook para seus próprios fins e também sem consentimento do consumidor.

54. A autoridade do **Reino Unido** (*Information Commissioner's Office*)³³ também se debruçou sobre o caso. Segundo a autoridade britânica, o compartilhamento em benefício dos negócios do Facebook, numa base controlador-controlador viola princípios da proteção de dados e implicaria em desvio de finalidade original, visto que não há base legal para o compartilhamento de dados com terceiros, pois não há consentimento livre e informado e tampouco legítimo interesse - podendo ser demonstrado, contudo, no caso de compartilhamento com finalidade de segurança, aplicadas técnicas para proteção do titular, como anonimização e produção de relatório de impacto. Nesse caso, a empresa firmou um acordo com a autoridade britânica, em 2018, que vem sendo acompanhado pela Autoridade da Irlanda.

2.3. Conclusões prévias

55. Desse quadro (e especialmente pela diferenciação entre usuários da União Europeia e outros usuários no mundo, considerando o acordo com o ICO) decorre outro aspecto, em que se observa **um *double standard***, que cumula com uma política de privacidade especial para os titulares de dados da União Europeia ou Reino Unido.
56. Desde 2016, todos os usuários do WhatsApp (exceto os poucos que não aderiram ao restrito *opt-out* oferecido por 30 dias e os que são beneficiados com políticas de privacidade distintas), são forçados a compartilhar dados como: (i) informações de registro, como o número de telefone; (ii) endereço de IP (*Identification Protocol*); (iii) informações sobre o dispositivo utilizado; (iv) dados

³¹ **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**. Sanzione da 3 milioni di euro per WhatsApp, ha indotto gli utenti a condividere i loro dati con Facebook. Disponível em:

<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2017/5/alias-8754>

³² **Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)**. La AEPD sanciona a WhatsApp y Facebook por ceder y tratar, respectivamente, datos personales sin consentimiento. Disponível em:

<https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-aepd-sanciona-whatsapp-y-facebook-por-ceder-y-tratar>

³³ **The Guardian**. WhatsApp sharing user data with Facebook would be illegal, rules ICO

<https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/14/whatsapp-sharing-user-data-facebook-illegal-ico-gdpr>

de transações; e (v) informações sobre como você interage com outros (incluindo negócios) ao Facebook.

57. Com as novas alterações nos termos de uso de 2021, novas categorias de dados serão compartilhadas, como informações de pagamento e novas interações com negócios, contudo sem qualquer opção de oposição ao compartilhamento. Caso não concorde com as atualizações, a única saída para o usuário seria "*apagar sua conta*". **Essa nova atualização - em que o usuário é obrigado a consentir, caso contrário perderá o acesso ao aplicativo, - não vale para a Europa.**
58. Para além de sérias preocupações quanto ao respeito da legislação de proteção de dados de diversos países e com a degradação da privacidade, trata-se de exemplo atual e paradigmático do **descumprimento de promessas informais** perante as autoridades antitruste de não integrar as bases de dados nem prejudicar a experiência do consumidor.
59. **O caso do Facebook-WhatsApp mostra que uma análise e um enforcement insuficientes da operação tem consequências mais graves no futuro e em diferentes esferas.** É melhor prevenir, frente a diversos danos potenciais, do que remediar - muito mais custosa e longamente - depois. Em sede de controle de condutas, isso pode ser sanado através de medida preventiva, como será argumentado no próximo capítulo.
60. Enquanto isso, o Facebook alega que se trata de atualização para melhorar a experiência do usuário. Entretanto, a impossibilidade de discordância é simbólica de que não se trata de mudança visando ao benefício dos usuários, mas ao benefício da própria empresa a partir do aprimoramento da publicidade direcionada (decorrente do tratamento de maior quantidade e maior exatidão de dados), ainda sem considerar o ponto de vista do consumidor (e possivelmente descumprindo diversas legislações).
61. Tratam-se de estratégias importantes às quais o Idec tem trazido para a discussão: **um crescimento artificial a partir de uma forte estratégia de aquisições e em detrimento ao bem-estar do consumidor, prejuízos estes que não foram suficientemente endereçados quando da análise de concentrações** (até porque até mesmo as operações mais relevantes do Facebook, a compra do WhatsApp e do Instagram, não foram abrangidas pelos

atuais critérios de faturamento e, à época, também não foram avocadas nos termos do art. 88, §7º).

2.4. Facebook-Alemanha

62. O imenso poder de mercado que o Facebook goza resultou no envolvimento de diversas autoridades concorrenciais na análise dos termos de uso da empresa e sua política de integração de dados.
63. Em 2019, a autoridade concorrential alemã decidiu que o Facebook não poderia integrar, sem o consentimento voluntário do titular, os dados dos serviços do seu grupo empresarial ou coletados de websites de terceiro. Considerou-se que a extensão com que a empresa coleta, integra e usa os dados de seus usuários constitui um abuso de poder dominante³⁴. O caso está pendente de recurso.

2.5. Decisão dos Estados Unidos da América e casos antitruste

64. No processo da Federal Trade Commission (FTC), publicizado em dezembro de 2020³⁵, expõe-se a estratégia agressiva do Facebook em comprar plataformas concorrentes (ou futuras concorrentes) ou de valor estratégico no tratamento de dados - no caso, respectivamente Instagram e WhatsApp. Em ambos os casos, o Facebook havia afirmado que não integraria os dados com as companhias recém adquiridas, mas pouco tempo depois o fizeram. Da mesma maneira que a Google, o Facebook tinha feito uma afirmação pública que não iria integrar os dados, mas sem que isso tivesse sido formalizado.

³⁴

Disponível

em:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. O tribunal federal reafirmou a decisão da autoridade concorrential, no entanto, este mês, remeteu o caso ao Tribunal Europeu de Justiça (Cf.) <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/german-legal-dispute-over-facebook-data-use-sent-to-european-court-of-justice/>).

³⁵

Notícia

disponível

em:

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>.
Complaint em: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>

65. Tal conduta foi também reportada no *House Judiciary Committee*³⁶. O Comitê reconheceu a ubiquidade da Google na economia digital e sua característica de infraestrutura para produtos e serviços centrais online. O Comitê ainda afirmou que a Google estabeleceu sua posição de dominância através de diversas aquisições, tendo realizado a compra de 260 companhias em 20 anos, muitas delas que nem foram analisadas.

2.6. Decisões atuais de outras autoridades do mundo contra a mudança na política de privacidade do WhatsApp em 2021

2.6.1. Turquia: Autoridade concorrencial

66. Em 11/jan/2021, a Autoridade Concorrencial da Turquia lançou uma investigação ex-officio ao Facebook e WhatsApp e interrompeu o compartilhamento de dados do WhatsApp com outras empresas do Facebook³⁷.
67. Além disso, a decisão afirma que, com base no fundamento de que a aplicação da prática pode estar sujeita a danos graves e irrevogáveis até que seja proferida a decisão final, devem ser tomadas medidas provisórias no âmbito do artigo 9 da Lei nº 4054 (Proteção da Concorrência) e, portanto, neste contexto, o Facebook deve cessar os termos de uso em relação ao compartilhamento de dados de usuários do WhatsApp na Turquia a partir de 8 de fevereiro de 2021 e notificar todos usuários que aceitaram ou não a notificação de que foi interrompida a execução das novas condições de compartilhamento de dados até 8 de fevereiro de 2021.

2.6.2. Índia: Autoridade concorrencial

68. Em 24/mar/2021, a Comissão de Concorrência da Índia (CCI) abriu um processo *ex officio* (*Suo Moto Case No 01 of 2021*) contra o WhatsApp e o Facebook em relação às recentes mudanças na política de privacidade do WhatsApp.

³⁶

Disponível

em:

https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519

³⁷

<https://www.gentemizerozer.com/insights/detail/52/the-whatsappocalypse-turkish-competition-board-launches-in-depth-investigation-against-facebook-and-whatsapp>

69. A Comissão recorda já ter investigado mudança anterior da política de privacidade do WhatsApp (de 2016) no *Vinod Gupta Case*, mas afirma que os fatos atuais são diversos, já que a mudança de 2016 permitia *opt-out* do compartilhamento de informações ao Facebook, ainda que por uma janela curta de 30 dias.
70. Os argumentos de que o Facebook não deveria ser parte do caso e de que o assunto não seria de competência da Comissão foram afastados. Isso porque o Facebook é beneficiário da mudança da política de privacidade e porque o tema pode envolver diferentes autoridades com diferentes abordagens para os mesmos problemas. Isso porque, *in verbis*:

"A Comissão considera que em um ecossistema movido a dados, a lei antitruste precisa examinar se a coleta excessiva de dados e o quanto sua subsequente utilização ou compartilhamento pode ter implicações anticompetitivas, o que requer escrutínio antitruste. [...] Em mercados digitais, uma coleta de dados irrazoável/excessiva e seu compartilhamento podem dar uma vantagem competitiva a players dominantes e podem resultar em efeitos abusivos e exclusionários, que são sujeitos a exame sob a lei antitruste." (tradução e grifos nossos, p. 8, §13)

71. É também afastado o argumento de que a Comissão estaria agindo preventivamente, ao invés de realizar uma análise *ex post*. Isso porque a conduta já ocorreu através do anúncio da mudança da política de privacidade e, portanto, o tempo já estaria correndo para que os usuários aceitem ou não a mudança. De qualquer maneira, a Comissão também teria obrigação de prevenir práticas que estão prestes a serem cometidas.
72. Por fim, após analisar a participação e o poder de mercado do WhatsApp na Índia, as barreiras à entrada e a conduta em si, a Comissão concluiu (i) que a natureza *"take-it-or-leave it"* da mudança na política de privacidade significa que não há consentimento voluntário e que não foram oferecidas escolhas granulares apropriadas aos usuários; (ii) que a mudança é injusta com os usuários e não é transparente; (iii) que o compartilhamento de dados ultrapassa a expectativa legítima de usuários em relação à qualidade e segurança do WhatsApp e (iv) que a concentração de dados WhatsApp-Facebook por si só já pode trazer preocupações concorrenciais, inclusive devido à degradação de parâmetros concorrenciais não-preço e por seus efeitos exclusionários decorrentes da integração cruzada de dados e da abusividade da conduta.

73. As empresas recorreram da decisão da **CCI para a Delhi High Court of Justice**, que, em 22/04/2021, proferiu decisão entendendo que não havia excesso de jurisdição no caso, sob o fundamento de que há de fato uma questão concorrencial sendo julgada pela CCI³⁸.

2.6.3. Alemanha: Autoridade de dados de Hamburgo

74. No dia 11 de março de 2021, o Comissário de Hamburgo para Proteção de Dados e Liberdade de Informação (*HmbBfDI*) emitiu uma liminar³⁹ com duração de três meses impedindo o Facebook de tratar dados pessoais do WhatsApp. De acordo com a decisão, não existe base legal válida para o tratamento de dados executados pelas companhias, independentemente do consentimento concedido, uma vez que sua maneira de obtenção não é transparente nem voluntária. Nesse tópico, a decisão também faz menção ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, pois os procedimentos de obtenção de consentimento para essa categoria de titulares deve ser realizado de maneira ainda mais diligente. Além disso, a decisão também explicita a inobservância de princípios de proteção de dados.
75. No entanto, um porta-voz do WhatsApp afirmou à imprensa⁴⁰ que a ordem é baseada em um "mal-entendido" sobre o propósito e efeito da atualização do WhatsApp e, portanto, entendem que a decisão não tem base legítima. Dessa maneira, a companhia compreende que as alegações estão erradas e que a liminar não afetará a implementação da atualização.

2.6.4. Argentina: Autoridade Concorrencial

76. Em 13 de maio de 2021, a *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia da Argentina* decretou medida cautelar contra a alteração da política de privacidade

³⁸ INDIA. Delhi High Court. W.P.(C)-4378/2021. Disponível em: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/24-04-2021/NAC22042021CW43782021_153656.pdf

³⁹ HAMBURGO. Hamburg Data Protection Authority (HmbBfDI). Anordnung des HmbBfDI: Verbot der Weiterverarbeitung von WhatsApp-Nutzerdaten durch Facebook. Disponível em: <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2021/05/2021-05-11-facebook-anordnung>

⁴⁰ CNBC. Facebook has been told to stop processing German WhatsApp data. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2021/05/11/facebook-has-been-told-to-stop-processing-german-whatsapp-data.html>.

do WhatsApp porque estas poderiam "lesionar a concorrência e o interesse econômico geral"⁴¹.

77. A decisão determina de modo objetivo ao Facebook e ao WhatsApp que: "(i) se abstenga de implementar y/o suspenda la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de la aplicación WhatsApp en la Argentina, por el término de 180 (ciento ochenta) días o hasta la finalización de la presente investigación, lo que suceda primero; (ii) se abstenga de intercambiar datos en el sentido establecido en la actualización antes mencionada, incluso en los casos en los que los usuarios de WhatsApp hubieran aceptado dicha actualización; y (iii) comunique a sus usuarios, a través de la aplicación WhatsApp o mediante el sitio web oficial de la compañía el texto completo de la decisión a adoptarse en virtud del presente."⁴²
78. Ressalta-se que o WhatsApp tem penetração em 76% dos celulares de argentinos, enquanto esse número é ainda maior no Brasil, sendo superior a 90% no Brasil.

3. A QUESTÃO CONCORRENCIAL NESTE CASO

79. Como já exposto, a alteração na política de privacidade do WhatsApp em 2021 não é isolada, é mais um elemento de um longo encadeamento de atos potencialmente contrários à ordem econômica. Essas condutas foram intensificadas pela aquisição do WhatsApp pelo Facebook (além da aquisição do Instagram), operação na qual o Brasil não chegou a analisar, já que não se enquadrava nos critérios do art. 88 da Lei 12.529/2011⁴³.

⁴¹ Argentina. Comercio Interior dictó una medida cautelar contra Facebook para evitar que WhatsApp acceda a información privada de los usuarios. Disponível em:

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/comercio-interior-dicto-una-medida-cautelar-contr-facebook-p-ara-evitar-que-whatsapp-0>

⁴² O teor completo da decisão está no anexo 21, e está disponível em https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cautelar_whatsapp_facebook.pdf

⁴³ Desde já, o Idec pontua sua preocupação com a insuficiência dos critérios de notificação de atos de concentração, especialmente para mercados digitais. O critério de faturamento pode ser um threshold importante, mas tem se demonstrado insuficientes, sendo necessários outros parâmetros que ensejem a notificação. Essa insuficiência poderia ser parcialmente sanada com a melhor utilização do art 88, §7º, o qual permite que o CADE determine a notificação de outros atos de concentração (que não os que atendam aos critérios dos incisos de seu caput) segundo critérios de conveniência e oportunidade. Não obstante, o CADE utiliza pouco essa faculdade - desde a vigência da Lei

80. Nesse sentido, o Idec enfatiza a urgência em se ter um processo de apuração dessas condutas. Em não tendo sido realizada a análise do ato de concentração Facebook-WhatsApp no Brasil⁴⁴, essa apuração se torna duplamente relevante, pois não foram avaliados os possíveis impactos negativos à concorrência decorrentes da operação - e que aqui foram intensificados.
81. Desta maneira, para analisar as implicações concorrenciais das condutas unilaterais aqui denunciadas, o Idec discorrerá sobre os seguintes pontos: (i) mercado relevante; (ii) posição dominante; e (iii) abuso de posição dominante.
82. Antes, porém, cabe um esclarecimento. O WhatsApp, perante outras autoridades no mundo, tem afirmado que esta questão não é relativa à concorrência, mas somente a dados. Respeitosamente, como o Idec já pontuou em sua notícia de fato inicial, trata-se de tema complexo que, sim, possui impacto na temática de dados e em suas legislações aplicáveis (especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados, "LGPD"), de competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), além da temática consumerista, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação em âmbito nacional pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon); mas inegavelmente também possui claros impactos concorrenciais.
83. Isso porque o tratamento de dados é um diferencial competitivo de relevância crescente em uma sociedade cada vez mais digitalizada. Nesse sentido, a proteção de dados e a privacidade representam um importante aspecto de demonstração da qualidade de um produto por um viés cada vez mais prezado do ponto de vista do consumidor enquanto tomador dos produtos e serviços. Mais ainda, **em ecossistemas intensivos em dados, o antitruste deve analisar o potencial impacto anticompetitivo do tratamento desses dados, em especial a coleta excessiva e o seu compartilhamento, e as consequências na dinâmica competitiva, especialmente no fechamento do mercado.** Reconhecimento semelhante já foi explicitado pela autoridade indiana na análise deste caso e pelo próprio CADE, nas Recomendações conjuntas ao Facebook e ao WhatsApp (nos Considerandos 19 e seguintes).

12.529/2011, foi utilizado somente cinco vezes. [O Idec enviou uma representação para a análise do ato de concentração Google-FitBit](#), porém o pedido de instauração de APAC ainda não foi analisado.

⁴⁴ Pelo então não enquadramento do WhatsApp nos critérios de faturamento do art. 88 da Lei 12.529/2011.

84. Em concreto, vislumbra-se a degradação da privacidade dos consumidores através do compartilhamento de dados para outra empresa, o que (i) não seria necessário para o fornecimento do serviço, não havendo justificativa objetiva para ocorrer; (ii) se afasta da legítima expectativa do consumidor quanto à qualidade, segurança e outros aspectos do serviço, além de ser pouco transparente em seus termos, (iii) ainda alavanca a posição já dominante do grupo Facebook, vez que o cruzamento de dados pode aumentar ainda mais a vantagem competitiva e (iv) entrincheira-se o grupo Facebook, inviabilizando o exercício de uma rivalidade efetiva. Ou seja, trata-se de prática de empresa dominante de degradar parâmetros não-preço de concorrência, mas que também impactam o bem-estar do consumidor, destoa de sua legítima expectativa, não possui justificativa objetiva para ocorrer e cria barreiras à entrada. Em suma, trata-se de conduta que possui claros efeitos negativos no ambiente concorrencial.
85. Nesse sentido, argumenta-se que não somente o grupo Facebook (incluindo o WhatsApp) possui posição dominante, como também abusa dela. De modo geral, o WhatsApp age com independência e indiferença não só perante seus concorrentes, mas também perante seus usuários-consumidores, afetando as condições de mercado e elevando as barreiras à entrada e à expansão. Mais especificamente, entende estarem configuradas as condutas dispostas no Art. 36, caput, incisos II, III e IV; §2º⁴⁵; e §3º, incisos III, IV, XI, XII e XVIII, da Lei 12.529/2011.

⁴⁵ "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

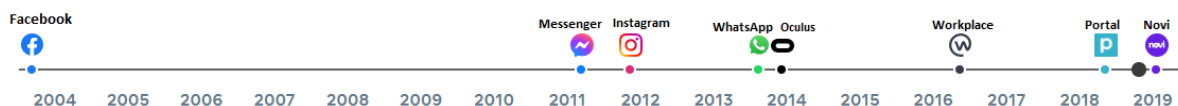
§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:"

86. Algumas destas implicações concorrenciais já foram objeto de declaração pelo MPF-CADE, pela SG e pela Presidência do CADE, nos considerandos 19 e seguintes das Recomendações conjuntas (junto à Senacon, MPF e ANPD) ao WhatsApp⁴⁶.
87. Passa-se, então, ao mérito das condutas praticadas. Em sendo a denúncia de uma conduta unilateral, analisada pela regra da razão, esta argumentação será dividida nos seguintes tópicos: (i) mercado relevante; (ii) posição dominante e (iii) abuso de posição dominante.

3.1. Mercado relevante

88. Trata-se de um grupo econômico que possui atuação em diversos mercados. Prova disso são algumas de suas aquisições dispostas no site do Facebook, que apontam para uma diversificação no mercado tecnológico, em um processo de ampliar exponencialmente seu escopo de uma rede social para uma *big tech* com diversas atuações, como demonstrado no primeiro tópico e sintetizado na linha do tempo de aquisições abaixo.



Fonte: Adaptado do site do Facebook (about.fb.com)

89. Pontuam-se essas atuações diversas, dado que uma das acusações aqui feitas é que o Facebook alavanca seu poder de mercado, primordialmente do próprio

⁴⁶ Em especial os considerandos 23 e 24: "[23] **CONSIDERANDO** que a comunicação da empresa WhatsApp da atualização de sua política de privacidade, [...] **pode configurar eventual abuso de posição dominante por impor o rompimento da continuidade de prestação de serviço essencial de comunicação aos seus usuários em razão de recusa em submeterem-se à condição imposta de compartilhamento obrigatório de dados com a empresa Facebook e seus parceiros** (artigo 36, inciso IV c/c o § 3o, inciso XII, da Lei no 12.529/2011) [...] [24] **CONSIDERANDO** ser objeto de preocupação do MPF junto ao Cade que essa **imposição retire por completo a liberdade de escolha do usuário dependente da plataforma** – seja pessoa física ou jurídica – de autorizar ou não o compartilhamento de seus dados, e possa caracterizar o **rompimento de relação comercial de prazo indeterminado com base em condição comercial injustificável e anticoncorrencial**, nos termos do inciso XII do § 3o do artigo 36 da Lei 12.529/2011" (grifo nosso);

Facebook enquanto rede social, para outros diversos mercados, de modo a exercer poder de conglomerado.

90. Mais especificamente sobre o Facebook e o WhatsApp, à primeira vista, poder-se-ia dizer que se tratam dos mercados de redes sociais e de trocas instantâneas de mensagens. Entretanto, essa delimitação desconsideraria a interação entre os diferentes lados dessa **plataforma de múltiplos lados**, na qual são exacerbadas as **externalidades de rede** (a atração de mais usuários, conforme seu número aumenta), inclusive **externalidades de rede cruzadas/indiretas** (entre os diferentes lados da plataforma, como os usuários atraindo anunciantes, ou empresas para o WhatsApp Business). Essa análise implica que a atuação do Facebook e do WhatsApp, além de incluir os dois mercados supracitados, também inclui o mercado de anúncios, o mercado de pagamentos (pelo novo WhatsApp Pay, que foi sujeito à análise do CADE [Processo [08700.002871/2020-34](#)] e recém aprovado pelo Banco Central⁴⁷), dentre outros diversos mercados.
91. Não obstante, ressalta-se a dificuldade em se delimitar o mercado relevante, o que necessita de ampla instrução. Nesse sentido, é o argumento de Tim Wu, em *The Attention Merchants*, que chega a provocar a ampliação dessa delimitação, frente ao *modus operandi* de plataforma mercadoras de atenção, as quais se monetizam mais quanto mais dados tratados e utilizam estratégias de adição:
- "Já vimos o modus operandi básico do comerciante: chamar a atenção de coisas aparentemente gratuitas, coisas grátis e depois revendê-las. Mas uma consequência desse modelo é uma dependência total em ganhar e manter a atenção [...], [uma] corrida para um poço sem fundo."*⁴⁸
92. Frente à complexidade dessa delimitação, o Idec tecerá considerações sobre as concepções genéricas de mercado, utilizando a atual delimitação da autoridade indiana em sua análise atual deste mesmo caso, enquadrando o WhatsApp como "serviço de troca de mensagens over the top (OTT) através de smartphones". Na

⁴⁷

<https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/whatsapp-pagamentos-banco-central-libera-servico-no-brasil.ghml>

⁴⁸ WU, Tim. **The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads**. Vintage, 2017. Cap 1. Do original: "We've already seen the attention merchant's basic modus operandi: draw attention which apparently free stuff and then resell it. But a consequence of that model is a total dependence on gaining and holding attention [...], [a] race to a bottomless bottom."

concepção inicial do Idec, isso inclui também Messenger, Instagram e Telegram, por exemplo.

93. Ressalta-se, desde logo, que essa compreensão genérica é também decorrente da assimetria informacional quanto aos dados exatos de mercado (conforme reconhecido pelo CADE⁴⁹). Entretanto, isto não significa que não se tenham informações suficientes para subsidiar uma investigação, mas que a delimitação de mercado relevante pode não ser tão essencial em mercados digitais, como ressaltado por diversas autoridades e em diversos relatórios recentes em mercados digitais, como é o caso do ["Competition Policy for the Digital Era"](#), relatório elaborado à Comissão Europeia em 2019.

*"No mundo digital, os limites [na delimitação de] mercado podem não ser tão claros como na "velha economia". Além disso, a interdependência dos "lados" [das plataformas digitais] se tornam uma parte crucial na análise [...]. Desta maneira, argumentamos que, **em mercados digitais, devemos colocar menos ênfase na análise de definição de mercado e maior ênfase nas teorias do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas**"*

94. Desta maneira, será dada justamente maior ênfase à teoria do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas. Antes, entretanto, serão apresentados dados que corroboram o poder de mercado dessas plataformas e a caracterização dessas condutas.

3.2. Participações de mercado e posição dominante

95. Para análise de poder de mercado, são apresentados dados sobre a relevância do Facebook e do WhatsApp nos mercados brasileiros e mundial. Frente à supramencionada dificuldade na delimitação de mercado e à assimetria informacional de seus dados, apresentam-se dados utilizados em pesquisas públicas.
96. Em seguida, é contextualizado um elemento que consolida ainda mais esse poder: as estratégias de "zero rating".

⁴⁹ Recomendações ao WhatsApp, Considerando 21: "*CONSIDERANDO a assimetria informacional que detém o CADE sobre resiliência estrutural dos mercados envolvidos, bem como dos potenciais efeitos sobre a concorrência referentes à política a ser implementada, especialmente considerando a ausência de um design regulatório prévio;*"

3.2.1. Poder de mercado

97. O Brasil é o **4º país com mais usuários no Facebook no mundo**⁵⁰ e o **2º país com mais usuários no WhatsApp** (atrás somente da Índia)⁵¹. Mais especificamente sobre o WhatsApp, é inegável que ele seja há anos a plataforma de mensagens instantâneas mais utilizada no Brasil.

	Facebook	WhatsApp
No Brasil (2020)	130 milhões de usuários ativos	120 milhões de usuários ativos
No mundo (2020)	2,2 bilhões de usuários	2 bilhões de usuários ⁵²

Fonte: Folha e Tecmundo⁵³.

98. Comparando o WhatsApp com outros serviços de mensagens semelhantes, temos as seguintes informações:

⁵⁰ <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>

⁵¹ <https://www.take.net/blog/whatsapp/whatsapp-no-brasil/>

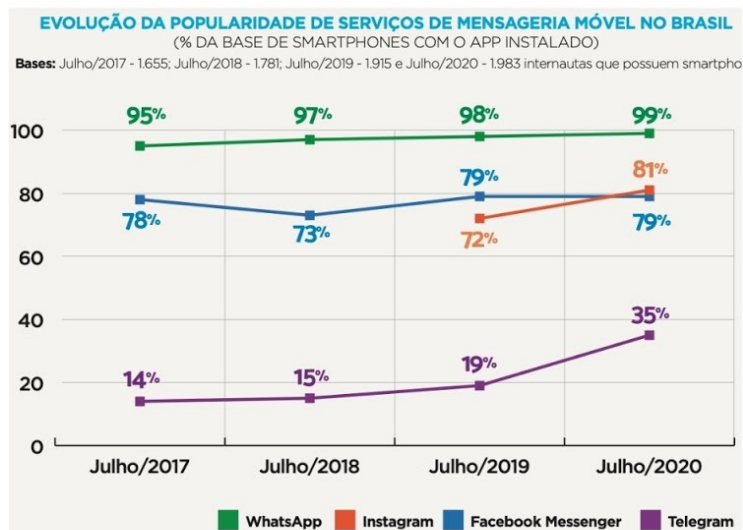
⁵² Sendo que mais de meio bilhão de usuários do WhatsApp utilizam o Status diretamente <https://www.oberlo.com.br/blog/estatisticas-whatsapp>

⁵³

<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml>

e <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/153570-brasil-4-pais-usuarios-facebook-quarentena.htm>

<https://resultadosdigitais.com.br/blog/redes-sociais-mais-usadas-no-brasil/>



Fonte: [MobileTime](https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mensageria-no-brasil-agosto-de-2020/) (ago/2020)⁵⁴.

99. Pelos dados acima, extraem-se três conclusões importantes:

⁵⁴ <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mensageria-no-brasil-agosto-de-2020/>

- 99.1. Em primeiro lugar, é facilmente perceptível que o WhatsApp não é somente dominante, mas também tem sua **dominância persistente** - e até crescente - nos últimos anos.
- 99.2. Em segundo lugar, **os concorrentes mais próximos ao WhatsApp** (em uma concepção ampla de aplicativos de comunicação), **são justamente as outras duas grandes companhias do próprio grupo Facebook**, o Messenger e o Instagram, que também têm seus dados integrados às empresas do Facebook. Ou seja, as alternativas mais disseminadas no mercado não são verdadeiramente alternativas, sendo uma demonstração clara da dominância não somente do WhatsApp, mas também de outras plataformas do grupo Facebook. Esse triunvirato pode trazer problemas quando são integrados a ponto de haver alavancagem da posição de um para outro - como ocorre com a integração de dados do WhatsApp ao Facebook
- 99.3. **Por fim, o WhatsApp é indispensável aos brasileiros.** Em termos técnicos, as externalidades de rede foram exacerbadas a ponto dos consumidores estarem sujeitos ao efeito *lock-in* (de aprisionamento), tanto é que 0% dos entrevistados nesta mesma pesquisa⁵⁵ afirmaram que apagariam o aplicativo. Este efeito também impacta na perpetuação da utilização do aplicativo, com o usuário enviesado a utilizar a plataforma que sempre utilizou. Trata-se de viés estudado pela economia comportamental. No limite, essa dominância pode levar a um equilíbrio em situação próxima a um monopólio natural, com todos os seus efeitos negativos, inclusive a dificuldade de agentes entrarem e permanecerem no mercado.
100. Um contra argumento seria que, nos últimos tempos, alguns usuários estariam baixando aplicativos rivais, como Telegram, e "migrando" para outras plataformas. Entretanto, essa informação isolada é falaciosa e pode induzir a erro.
101. Isso porque, mais recentemente, **efetivamente foi constatado um aumento nos downloads de aplicativos rivais de mensagem, como o Telegram e o Signal.** Uma das justificativas é justamente a discordância com o "pegar ou largar" decorrente da mudança da política de privacidade do WhatsApp. Isso

⁵⁵ <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mensageria-no-brasil-agosto-de-2020/>

aponta para um sentido de *multi-homing* (utilização de mais de uma plataforma do mesmo tipo), entretanto isso não significa aumento efetivo da rivalidade nem que os usuários do Brasil estejam livres do efeito *lock-in*.

102. **O aumento do download de outras plataformas não é proporcional à diminuição do uso do WhatsApp.** Pelo contrário, a tendência tem sido a manutenção da utilização do WhatsApp - e até de seu crescimento⁵⁶ -, conforme se extrai da seguinte tabela, com dados de 2021:

APLICATIVOS DE MENSAGEM (Dados de jan/2021)			
	WhatsApp	Telegram	Signal
Aumento de instalações (comparativo jan/2021 e 2020)		+18%	
Frequência de uso: diário/ quase todo dia	95%	45%	29%
Popularidade: presença nos celulares de brasileiros	98%	45%	12%

Fonte: [Techtudo](#) (08 de março de 2021)⁵⁷

103. A contextualização desses dados com os argumentos apresentados e com as condutas que aqui se acusam - e serão desenvolvidas no próximo tópico - apontam para duas outras conclusões:

- 103.1. Pode ter havido aumento da concorrência entre aplicativos de troca de mensagens, mas **não há rivalidade efetiva** entre os competidores do mercado brasileiro;

⁵⁶

<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/whatsapp-cresceu-mesmo-apos-polemica-sobre-regras-de-privacidade,57e0781f234b55940c1036cb29799d2ahy5o7l3g.html>

⁵⁷

<https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/telegram-cresce-e-esta-em-45percent-dos-celulares-d-e-brasileiros-diz-pesquisa.ghml>

- 103.2. Mesmo com críticas dos consumidores sobre a mudança na política de privacidade⁵⁸, o WhatsApp mantém sua dominância devido à **dependência nessa plataforma⁵⁹, que exacerba os efeitos de rede e acarreta efeito *lock-in* nos consumidores⁶⁰.**
104. Desta maneira, o Idec considera que os dados de aumento de *downloads* de plataformas alternativas de mensagem não devem ser vistos isoladamente, mas contextualizado se o *download* realmente implica mudança na utilização da plataforma, de forma a garantir maior competitividade, ou se é pouco relevante para uma rivalidade efetiva que iniciaria uma contestação do poder de mercado do Facebook. **Pelos dados presentes, a rivalidade é inefetiva e o poder de mercado do Facebook é incontestável.**
105. Ainda, é importante a análise do comportamento da demanda. Pesquisa recente do Banco Interamericano de Desenvolvimento mostra que o perfil do brasileiro usuário de telefonia móvel é de utilizar o aparelho primordialmente para acesso do WhatsApp e às redes sociais - mais do que para se informar. 97% dos brasileiros usam o celular para acessar o WhatsApp, enquanto somente 64% usam para acessar notícias.

⁵⁸ Ver: <https://parceirolegal.fcmlaw.com.br/lgdp/privacidade-nova-demanda-dos-consumidores/> e <https://tecnoblog.net/402914/whatsapp-adia-nova-politica-de-privacidade-apos-criticas/>

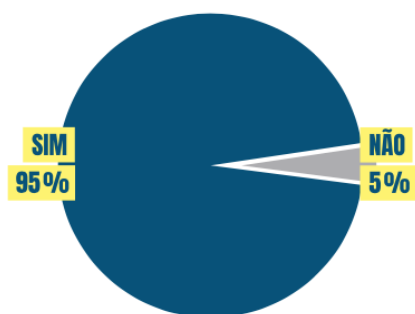
⁵⁹ E tal dependência foi intensificada no período de distanciamento social, sendo o WhatsApp uma fonte de educação, como pelo contato de professores com pais de alunos, e também para viabilização do trabalho remoto.

Ver:

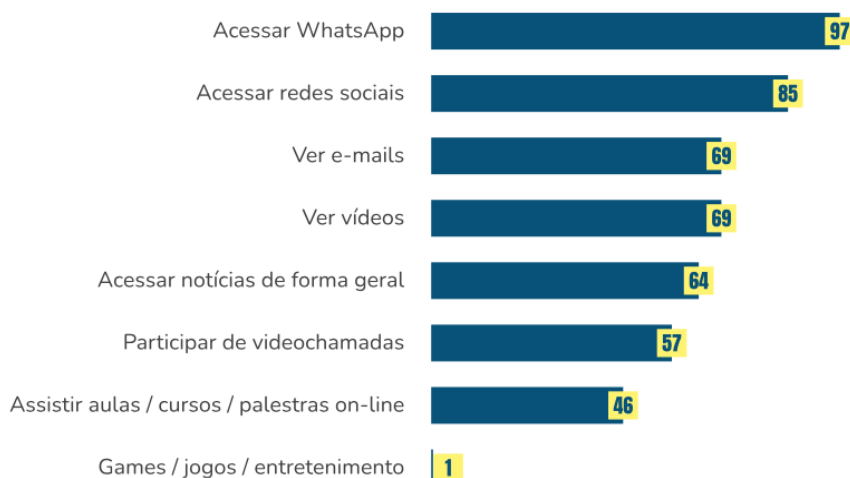
<https://noticias.r7.com/educacao/whatsapp-se-tornou-ferramenta-para-estudantes-sem-conexao-2203-2021>

⁶⁰ Lock-in é o efeito (ou a estratégia) de "aprisionamento" do usuário, tornando-o cativo. Este é um resultado da exacerbação das externalidades de rede, somada aos altos custos de migração para outra plataforma (*switching costs*) e pode acarretar barreiras à entrada de novos competidores que rivalizem efetivamente contra plataformas dominantes.

Finalidade do uso da internet no celular



Para qual finalidade tem acesso à internet no celular:



Fonte: Você tem acesso à internet no seu celular na cidade onde vive? (RU)
Base: Total: 13.250 / tem acesso à internet no celular: 12.558

Fonte: [BID](#) - Satisfação dos Cidadãos com os Serviços Públicos Digitais, p. 20
(2021)⁶¹

106. Inclusive, **79% da população brasileira usa o próprio WhatsApp como sua principal fonte de informações**⁶², superando, inclusive, canais

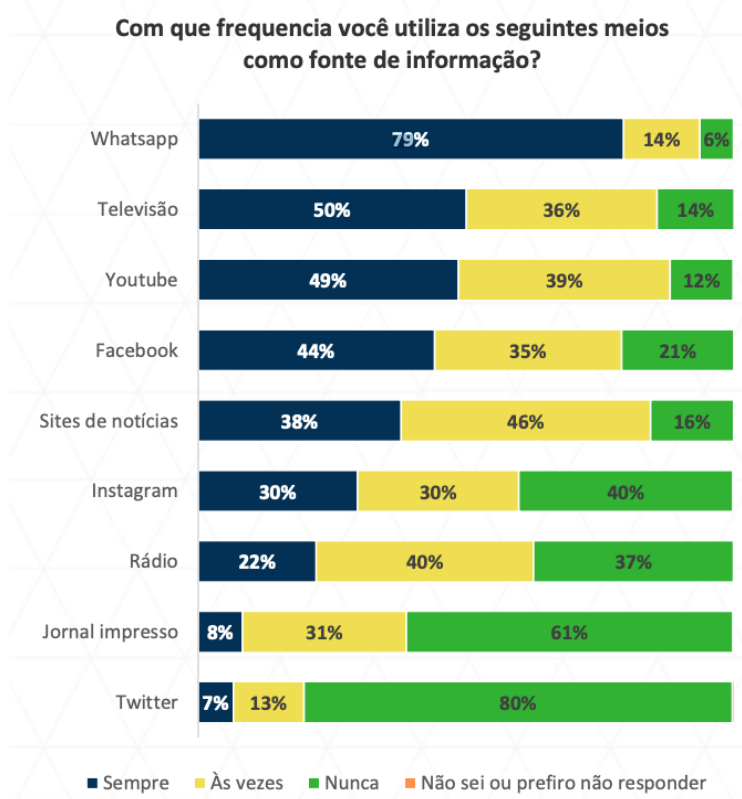
⁶¹ Publicação disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Transformacao-digital-dos-governos-brasileiros-Satisfacao-dos-cidadao-com-os-servicos-publicos-digitais.pdf>. Análise disponível em <https://www.telesintese.com.br/pesquisa-do-bid-aponta-que-brasileiro-tem-internet-no-celular-para-usar-o-whatsapp/>

⁶² <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/ouvidoria/dados/pesquisa-nov-2019-relatorio-completo>

tradicionais de informação, como jornais e revistas e até mesmo a televisão aberta.

WhatsApp é a principal fonte de informação

Perguntados sobre a frequência com que usam os meios de comunicação como fonte de informação, 79% dos entrevistados responderam que utilizam o Whatsapp sempre e 14% o utilizam às vezes. Outros meios indicados como os mais utilizados como fonte de informação foram televisão (50% sempre e 36% às vezes) e Youtube (49% sempre e 39% às vezes).



Fonte: Câmara dos Deputados e Senado Federal - Pesquisa DataSenado - [Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet](#) (Nov/2019)⁶³

107. Ressalta-se, por fim, que os dados apresentados se limitaram a mostrar a dominância do WhatsApp e do grupo Facebook como um todo do ponto de vista dos *usuários* e limitou-se ao mercado de aplicativos de comunicação; entretanto,

63

<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/ouvidoria/dados/pesquisa-nov-2019-relatorio-completo>

rememora-se que esse não é o único mercado no qual o grupo atua. Sua atuação inclui, mas não é limitada a, mercados como de pagamentos e de anúncios, onde no primeiro trimestre de 2021, o Facebook faturou cerca de US\$25,4 bilhões, com uma elevação de 46% comparado ao ano anterior⁶⁴.

108. A já demonstrada exacerbação das externalidades de rede também garante vantagens para o Facebook entrincheirar sua posição em mercados em que já é dominante e alavancar sua posição nesses mercados correlatos, resultando em ainda maiores barreiras à entrada e expansão.

3.2.2. Zero rating: intensificação do poder de mercado por práticas anticompetitivas no setor de telefonia móvel

109. Essa alta participação no mercado é intensificada pela prática de *zero rating* - a utilização de aplicativos online sem desconto da franquia de dados móveis. Essa prática é originada dos planos das operadoras (e não se tem clareza se há contratos com os aplicativos beneficiários) e é extremamente disseminado no Brasil, sendo que as principais plataformas nesses pacotes são justamente as integrantes do grupo Facebook (Facebook, WhatsApp, Instagram), conforme é facilmente perceptível nos sites das quatro principais operadoras de telefonia móvel no Brasil:

64

Ver: <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2021/Facebook-Reports-First-Quarter-2021-Results/default.aspx> e <https://tecnoblog.net/437412/facebook-tem-alta-no-faturamento-de-anuncios-em-meio-a-disputa-com-a-apple/>



Foto: Reprodução/TIM



Foto: Reprodução/OI



Foto: Reprodução/Claro



Foto: Reprodução/VIVO

110. No curto prazo, essa prática pode parecer benéfica aos consumidores; afinal, estes conseguem "economizar" sua franquia de dados ou até mesmo usar esses aplicativos depois da franquia de dados móveis em celulares pré-pago terem acabado. Não obstante, no longo prazo suas consequências são nefastas.
111. Isso porque não há incentivo para os consumidores utilizarem outras plataformas. Pelos dados apresentados no subtópico anterior, percebe-se, por exemplo, que outros aplicativos de mensageria têm ganhado mercado (como é o caso do Telegram), fato que tem se intensificado com a mudança da política de privacidade do WhatsApp anunciada em 2021. Entretanto, não é possível comprovar que os usuários efetivamente migraram de plataforma de modo a

dispersar o mercado - a tendência que vêm ocorrendo é a de manutenção da posição do WhatsApp.

112. O *zero rating* é mais uma prova de que não adianta haver diversidade de oferta se a competição não é exercida de modo efetivo. Nesse sentido, a demanda deve ser analisada do ponto de vista do consumidor, que tende a tomar as decisões mais "confortáveis", o que inclui continuar usando as mesmas plataformas. De acordo com o [Relatório Competition policy for the digital era](#) (Comissão Europeia, 2019)⁶⁵, as tendências dos consumidores também têm que ser consideradas na análise de poder de mercado:

*"A análise de poder de mercado tem que ser realizada caso-a-caso e deve considerar inspirações da economia comportamental quanto à **força dos vieses dos consumidores às opções 'default' (de fábrica) e gratificações de curto-prazo.**" (tradução nossa, p.4)*

113. Esse fator é intensificado pela já demonstrada dependência do WhatsApp não somente para fins de trocas de mensagens entre conhecidos, mas também para transações comerciais⁶⁶ (inclusive, não necessariamente por contas Business).
114. O impacto do zero rating ao efetivo exercício da concorrência foi considerado relevante a ponto deste MPF-CADE ter apresentado denúncia para instauração de inquérito administrativo sobre o tema. Não obstante, o IA [08700.004314/2016-71](#), instaurado a princípio somente em face de Claro S/A, Tim Celular S/A, Oi Móvel S/A e Telefônica Brasil S/A (VIVO), foi arquivado pela Superintendência Geral deste CADE - para o Idec, de maneira precipitada.
115. Este MPF-CADE trouxe sólidos argumentos para demonstrar a ilicitude da prática do ponto de vista concorrencial e regulatório (Lei Geral de Telecomunicações e Marco Civil da Internet, especialmente do ponto de vista da neutralidade de rede) e sinalizou a possibilidade de ampliação do polo passivo da demanda para também investigar as plataformas beneficiárias da medida.
116. Da denúncia (SEI nº [0380317](#)), extrai-se que plataformas também seriam beneficiárias da conduta e, inclusive, só conseguiriam esse poder de barganha

⁶⁵ <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁶⁶ Ver: <https://pordentrodeminas.com.br/variedades/tecnologia/2020/07/a-importancia-do-whatsapp-para-os-negocios/>

por conta de sua posição dominante no mercado, como extrai-se dos seguintes tópicos de síntese do documento:

*"v) Tal prática configura violação à ordem econômica, uma vez que distorce a competição no mercado, constituindo obstáculo ao crescimento de empresas concorrentes e ao ingresso de novos entrantes, além de **desestímulo à inovação no campo dos aplicativos**, distorção à liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que configura forte incentivo para o aumento de preços para a contratação de dados por parte dos provedores e consumidores; [...]*

*vii) A adoção de tal prática pelas quatro operadoras já constitui restrição com potencial de causar sérios prejuízos à concorrência e aos consumidores, incentivando cada vez mais um ambiente de **diferenciação de condições de acesso à internet com base no poder econômico dos aplicativos dominantes no mercado**, [...] **prática que vem se tornando cada vez mais disseminada e prejudicará sobremaneira a entrada, oferta e competição na Internet;***

*viii) Visualiza-se a possibilidade de ampliação do polo passivo de eventual procedimento investigatório e apuratório a ser desenvolvido no âmbito do CADE, a fim de que as demais partes celebrantes de negócios jurídicos com as Operadoras para desenvolvimento da prática em apreço nesse documento, qual seja, zero-rating, **sejam também responsabilizadas**, no caso de ser constatado que se trata de um acordo, amplamente falando, e não de uma conduta unilateral implementada pelas operadoras."⁶⁷ (grifo nosso)*

117. Ou seja, esse tópico não é novidade para o MPF-CADE nem para o CADE. Cabe analisar agora as implicações para além do ponto de vista das operadoras.

3.3. Abuso de posição dominante

118. Com o panorama supramencionado (que aponta para alto poder de mercado por parte das empresas), é possível então adentrar no mérito das condutas praticadas.

67

IA

08700.004314/2016-71.

SEI

nº

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62q277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdwvqY-iuSRHhTUT41r_AHFJH2m5H5nHISyOUB61CERs.

119. Conforme mencionado, entende-se estarem configuradas as condutas dispostas no Art. 36, caput, incisos II, III e IV; §2º⁶⁸; e §3º, incisos III, IV, XI, XII e XVIII, da Lei 12.529/2011.

*3.3.1. **III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços:***

120. A exploração abusiva de dados e concentração de dados por si só já pode ser um problema concorrencial, conforme bem pontuado pela autoridade indiana neste caso (Anexo 07) e pelas Recomendações ao WhatsApp, Considerando nº 19. Essa preocupação é exacerbada para empresas integradas verticalmente ou atuantes em mercados correlatos, quando há incentivos ao fechamento de mercado e ao aumento de custos rivais.
121. Esse movimento pode ser multiplicado pelas típicas altas externalidades de rede e custos de migração nos mercados digitais, mas sua exacerbação também pode ocorrer através do exercício de poder de conglomerado e alavancagem do poder para outros mercados, aumentando as barreiras à entrada ou à expansão, inviabilizando uma rivalidade efetiva. Mesmo que tanto o Facebook quanto o WhatsApp tenham poder de mercado, o Facebook é um beneficiário direto e imediato dessa atualização ao ampliar ainda mais sua base de dados e

⁶⁸ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º 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.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

capacidade de perfilização, convertidas em maior acurácia no direcionamento (e portanto na venda de espaços) de anúncio.

122. No momento, não há rivalidade efetiva com essas plataformas, especialmente com o WhatsApp - porque, como já mencionado, mesmo que o download de outros aplicativos tenha aumentado, o WhatsApp ainda é utilizado *diariamente* por mais de 90% dos brasileiros que possuem celular. Com a mudança da política de privacidade a consequente maior integração de dados entre Facebook e WhatsApp, pode-se levar a uma situação de fechamento do mercado e consequentes danos ao ambiente concorrencial.
123. Tais problemas são intensificados pelo *zero rating*. É necessário afastar o mito de que a abordagem "pegar ou largar" da mudança aumentaria a concorrência, já que, a princípio, consumidores preocupados com privacidade teriam incentivos a mudar de plataforma. Essa informação é falaciosa devido ao efeito lock in: conforme já demonstrado, embora tenha aumentado a participação dos concorrentes, (1) não se tem indícios de que esse aumento será duradouro, especialmente porque (2) isso não implicou em diminuição no uso do WhatsApp.
124. Ainda, é de se ressaltar o esforço de desenvolvimento de interoperabilidade entre empresas no grupo Facebook, enquanto não adotam protocolos gerais para interoperabilidade com os concorrentes. A falta de interoperabilidade acarreta o fechamento do ecossistema de dados e a monopolização do fluxo de dados, que resulta em um enorme diferencial competitivo difícil de ser replicado, considerando o tamanho do grupo econômico, aumentando os custos de migração (switching costs) e impactando fortemente as barreiras à entrada.
125. Num contexto de informação imperfeita, estratégias predatórias como estas, que fecham o ecossistema de dados, podem ser instrumentalizadas de modo a afastar potenciais entrantes.

3.3.2. XI - **recusar a venda** de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; e XII - **dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;**

126. Há uma alteração unilateral da Política de Privacidade com a abordagem "pegar ou largar". Ou seja, o grupo Facebook, dominante tanto através do Facebook quanto do WhatsApp (e em outros mercados), impõe, como bem disposto nas recomendações das autoridades, no Considerando 23:

"o rompimento da continuidade de prestação de serviço essencial de comunicação aos seus usuários em razão de recusa em submeterem-se à condição imposta de compartilhamento obrigatório de dados com a empresa Facebook e seus parceiros".

127. Desta maneira, caso os consumidores não aceitem a alteração - que inclusive é injustificável para o cumprimento do serviço estrito do WhatsApp - os consumidores desproporcionalmente são obrigados a sair da plataforma, da qual dependem.
128. Adicionalmente, os "usos e costumes comerciais" também são efetivados, na prática, pela legítima expectativa dos consumidores e pela boa-fé contratual. No caso em concreto, essa expectativa legítima está longe de ser efetivada, já que o compartilhamento desses dados não seria necessário para a continuidade do uso do WhatsApp.
129. A isto, soma-se o fato de que os termos da mudança são pouco claros, baseados em conceitos genéricos e informações incompletas (como quando afirmam que o uso "inclui" uma finalidade, mas não é limitada a esta). **Ou seja, além da recusa e das barreiras impostas na relação usuário-plataforma, a informação é pouco transparente e o consentimento é forjado e forçado, não havendo escolha granular, e não há possibilidade de opt-out.**
130. Por fim, a análise se torna complexa porque o inciso XI fala em condições de "pagamento" normais. Considerando que o art. 36, §3º, é um rol exemplificativo, essa compreensão pode ser ampliada para se adequar aos mercados digitais:

considerar pagamento não somente como preço, mas como outras contrapartidas.

131. Isso porque apesar do preço ser zero, o pagamento exigido são os dados - que são monetizados através de publicidade. O WhatsApp, anteriormente à aquisição pelo Facebook, se disse contrário à monetização de dados de seus usuários para fins de publicidade; entretanto, com a alteração da política de privacidade - tanto a de 2016 quanto a atual -, são tratados não somente os dados diretamente relacionados ao fornecimento do serviço do WhatsApp, mas também há compartilhamento de dados com outras empresas do grupo econômico Facebook em alguns casos, sem que as finalidades (ou as limitações das finalidades) de compartilhamento estejam claras.
132. Nesse sentido, pode-se considerar que há a prestação do fornecimento de mensageria fora das condições normais de pagamento ou dos costumes comerciais, vez que se vincula o fornecimento do serviço ao fornecimento e monetização dos dados dos consumidores sem haver qualquer limitação e proporcionalidade às expectativas (ou costumes) dos consumidores.
133. A recusa do serviço caso o consumidor não aceite realizar o “pagamento” por meio da cessão ilimitada e não controlável de seus dados pessoais é ainda agravada pelo fato da *“oferta contratual constante dos termos de uso e da política de privacidade não dariam conta da dimensão exata do custo não precificado de uso do serviço pelo consumidor”*⁶⁹. Em suma, a recusa do fornecimento do serviço de mensageria do WhatsApp, para aqueles consumidores que não aceitam o compartilhamento de seus dados com o Facebook, foge às condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

⁶⁹ Considerando nº 16 da Recomendação conjunta.

3.3.3. **XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;**

134. A venda casada do ponto de vista concorrencial é diversa à consumerista. Do ponto de vista consumerista, o CDC determina que trata-se de prática abusiva que por meio da qual o fornecedor condiciona “o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos” (art. 39, inc. I, CDC).
135. Já do ponto de vista concorrencial, submete-se a um teste de quatro etapas: (i) existência de dois produtos e/ou serviços separados; (ii) existência de algum elemento de coerção; (iii) existência de posição dominante no mercado principal ou condicionante; (iv) caracterização dos efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal⁷⁰.

3.3.3.1. *Existência de dois produtos e/ou serviços separados:*

136. WhatsApp e Facebook são considerados, sob o ponto de vista do consumidor (e, portanto, de demanda), serviços distintos. O WhatsApp, enquanto aplicativo estritamente para a troca de mensagens (e, atualmente, tende para compra de produtos e pagamento diretamente pela plataforma). Prova dessa percepção é que os consumidores viram com estranheza esse compartilhamento⁷¹.
137. Ressalta-se que não seria possível afastar essa afirmação pela alegação de que Facebook e WhatsApp seriam produtos integrados/um composto de múltiplas partes, justamente pelo comportamento da demanda: os consumidores diferenciam os serviços e viram com surpresa (e indignação) a mudança.

⁷⁰ AP n. 08700.005025/2007-07, Voto Cons. Relator Ricardo Machado Ruiz, p. 12 (24/06/2010) *apud* NETO, Caio Mario da Silva Pereira; AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Col Direito Econômico: Direito Concorrencial**. Saraiva Educação SA, 2017, p. 145.

⁷¹

<https://www.tecmundo.com.br/whatsapp/109941-usuarios-whatsapp-mostram-insatisfeitos-privacidade.htm>

3.3.3.2. *Existência de algum elemento de coerção*

138. O consentimento forçado com a abordagem “pegar ou largar” ou “tudo ou nada” é um claro exercício abusivo de poder. A falta de informação, aliada à notificação insistente para o aceite das mudanças é significativa apontando para a coercitividade (e abusividade).
139. Mais significativa ainda é a declaração da empresa ao ampliar o prazo de aceitação para depois de 15/maio (informação divulgada em 07/maio), quando afirma que “[a]pós um período de várias semanas, o lembrete que as pessoas recebem eventualmente se tornará persistente”⁷². Ou seja, o tempo de aceite dos termos foi ampliado, mas a abordagem coercitiva também foi ampliada, o que, em termos práticos, pode resultar no aceite dos novos termos pela maioria dos consumidores.
140. Ressalta-se ainda que o consumidor que não possui Facebook pode ter seus dados compartilhados para essa plataforma que nem deseja se relacionar. Ou seja, além de se tratarem de dois serviços distintos, o consumidor está sendo forçado a adquiri-los conjuntamente (e, em alguns casos, para além do compartilhamento forçado de dados, isso também significa coerção para “entrar” em outra plataforma ao ter seus dados lá sendo monetizados).

3.3.3.3. *Existência de posição dominante no mercado principal ou condicionante:*

141. A posição dominante e o poder de mercado foi demonstrado dos dois lados, tanto do WhatsApp quanto do Facebook, em tópico acima. Recorda-se: o grupo Facebook tornou-se popular desde sua chegada ao Brasil em 2007, o país tornou-se o 4º com mais usuários no mundo e ao decorrer dos anos houve ampliação no número e na quantidade de usuários de seus aplicativos, sendo notável a predominância de mercado do WhatsApp, com uma frequência de uso diária por cerca de 95% dos brasileiros com celular e o fato de ser o 2º país com mais usuários.
142. Em mercados tradicionais, a alegação de que os dois serviços seriam dominantes seria contraintuitiva para a caracterização de venda casada, já que geralmente a

72

<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/apos-polemica-whatsapp-amplia-prazo-para-aceitar-nov-as-regras,2b05ebbc54b1781fbc46c7d53d229f82f53ybppl.html>

venda casada busca compensar o desinteresse ou o desconhecimento em outro produto em serviço. Não obstante, em se tratando de mercados digitais, existem algumas peculiaridades que devem ser adaptadas, também de modo a acompanhar a dinamicidade dos mercados.

143. Em primeiro lugar, o fato de que não se trata de serviço vendido no sentido monetário de preço, mas no sentido de que há monetização por outras maneiras - no caso, monetizam-se os dados.
144. Em segundo lugar, porque o fluxo de dados é justamente o ponto de interesse: há uma busca de que o grupo Facebook monetize não somente os dados do próprio Facebook (e outras plataformas de seu grupo econômico, como o Instagram) como também do WhatsApp, ou de qualquer espaço (aplicativo, site etc.) em que fluam dados pessoais, sendo que o WhatsApp:
- 144.1. Já chegou a alegar que nem haveria possibilidade de integração dos seus dados com o Facebook (e foi multado pela Comissão Europeia por esse motivo)⁷³,
- 144.2. Disse que sempre continuaria criptografado de ponta-a-ponta e
- 144.3. Afirmou que nunca monetizaria os dados de seus usuários para fins de publicidade-marketing e *analytics*⁷⁴.

3.3.3.4. Caracterização dos efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal

145. Por fim, com essa integração, prejudica-se o exercício de uma rivalidade efetiva, tornando-se irreplicável a riqueza da base de dados dos usuários do Facebook-WhatsApp, aumentando as barreiras à entrada e expansão de competidores e contribuindo para a manutenção de sua posição dominante.
146. Estando os quatro passos presentes na conduta, pode ser constatada também a ocorrência de venda casada. Passa-se, enfim, à análise dos efeitos líquidos da conduta:

⁷³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_17_1369

⁷⁴ https://www.huffpost.com/entry/zuckerberg-facebook-whatsapp_n_4848205

3.3.4. Racionalidade e efeitos líquidos das condutas

147. Em sendo denunciadas condutas unilaterais, é necessário verificar (i) sua posição dominante e poder de mercado; (ii) analisar as condutas; (iii) demonstrar se o fechamento do mercado seria uma conduta racional; e (iv) analisar os efeitos líquidos da conduta, balanceando os prejuízos à concorrência com eventuais eficiências compensatórias. Os dois primeiros tópicos já foram desenvolvidos, e agora se passa à análise da racionalidade e de seus efeitos líquidos.
148. Um contraponto à racionalidade da conduta seria a dinamicidade dos mercados digitais e a "destruição criativa" de novos monopólios mais eficientes. Não obstante, é perceptível que o grupo Facebook tem mantido sua dominância há 17 anos⁷⁵ e, inclusive, tem crescido sua participação. A concorrência existente é entre aplicativos do próprio grupo Facebook, existindo poucas alternativas fora do grupo que se demonstrem relevantes. Mesmo o WhatsApp, que vem sendo criticado pelos consumidores por sua mudança de privacidade, ainda cresceu após este anúncio⁷⁶.
149. Mais do que mera eficiência, isso significa que faltam alternativas viáveis. Conforme já pontuado, as externalidades de rede em mercados digitais impedem uma migração massiva para plataformas alternativas e, na prática, percebe-se a dependência dos usuários no aplicativo.
150. Ressalta-se que esta conduta impacta não somente os aplicativos de redes sociais e mensageria, mas também confere um poder ainda maior ao Facebook em anúncios. Os dados coletados - inclusive, alguns dados de um aplicativo que se diz criptografado de ponta-a-ponta - e integrados de diferentes plataformas dizem muito sobre os indivíduos, suas preferências pessoais, seus interesses e suas tendências de compra.

⁷⁵

<https://www.sos.com.br/rio-das-ostras/noticias/tecnologia/facebook-a-evolucao-dessa-rede-social-desde-a-sua-criacao>

⁷⁶

<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/whatsapp-cresceu-mesmo-apos-polemica-sobre-regras-de-privacidade,57e0781f234b55940c1036cb29799d2ahy5o7l3g.html>

151. A integração de dados ocorre desde 2016, agora, com a política de privacidade de 2021, consolida-se a integração de dados e ainda a expande, considerando que novos serviços são implementados no WhatsApp, o que gera uma nova categoria de dados que são compartilhados, tendo em vista os serviços de pagamento as lojas de empresas no aplicativo (Facebook Pay e WhatsApp Pay) e o serviço de gerenciamento das comunicações no WhatsApp Business⁷⁷.
152. Com essa integração, essa base de dados torna-se irreplicável, especialmente porque não há protocolos de interoperabilidade dos dados desses aplicativos. Como a remuneração das plataformas supostamente gratuitas vem justamente da venda de anúncios, é racional que o grupo Facebook feche o mercado para lucrar mais com o direcionamento das propagandas em suas plataformas. Entretanto, ressalta-se que o WhatsApp sempre alegou que não monetizaria os dados de seus usuários⁷⁸. Assim como quando o WhatsApp afirmou que não teria capacidade de integrar os dados com o Facebook e foi multado pela Comissão Europeia, trata-se de informação enganosa.
153. Esses problemas não podem ser equilibrados com eventuais eficiências (como economias de escala e escopo, redução de assimetrias de informação, garantia de qualidade do produto e redução dos custos de transação), já que quem se beneficia com esses elementos não são os consumidores, mas somente a plataforma dominante.
154. Desta maneira, por mais que a conduta traga eficiências, elas são absorvidas pelo próprio grupo econômico Facebook e, talvez, por anunciantes que terão perfilização mais direcionada aos consumidores (mas não terão acesso a essa informação em si), sem que isso seja compreendido de modo transparente nem que seja necessariamente querido - até porque, como já argumentado, o consentimento é forçado.
155. Ou seja, a conduta pode trazer efeitos positivos relativos à economia de escopo na integração de alguns dados das plataformas. Não obstante, essas eficiências não compensam os efeitos prejudiciais à concorrência devido ao (i) fechamento de mercado, (ii) da imposição de dificuldades (que beira a recusa) no relacionamento com usuários que não aceitem as condições

⁷⁷ Para ver explicação do funcionamento desses serviços e os dados coletados ver doc. Anexo X, item IV, E. Novas categorias de dados e novos serviços.

⁷⁸ https://www.huffpost.com/entry/zuckerberg-facebook-whatsapp_n_4848205

desproporcionalmente impostas na mudança da política e (iii) da imposição de que, para usar uma plataforma, é necessário também compartilhar seus dados com uma segunda plataforma, mesmo que não tenha relação com aquela. Desta maneira, os efeitos líquidos da conduta são negativos.

156. Em suma, na linha do que foi exposto na Portaria nº 1, de 7 de maio de 2021, deste MPF/CADE (DMPF-e nº 85/2021):

*"as condutas noticiadas podem **ferir a própria finalidade da legislação antitruste** que é o bem-estar do consumidor repousado no binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha, expressos na maior qualidade e segurança dos produtos e serviços ofertados no mercado" (grifo nosso)*

4. CONCLUSÕES E REQUERIMENTOS: DA INSUFICIÊNCIA DE RECOMENDAÇÕES, DA NECESSIDADE DE MEDIDA PREVENTIVA E DA NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

157. Como apresentado em tópico acima, as autoridades realizaram um movimento importante de cooperação em prol da análise das condutas do WhatsApp e do Facebook. Entretanto, pela natureza não vinculante das recomendações apresentadas, o Idec respeitosamente requer maior aprofundamento, principalmente no endereçamento das questões concorrenciais envolvidas.
158. **Em primeiro lugar, pela natureza não vinculante de recomendações.** Experiências anteriores mostraram que a falta de vinculatividade de decisões ou alegações podem vir a ser descumpridas, como ocorreu com a integração do WhatsApp com o Facebook, sendo que na análise do ato de concentração pela Comissão Europeia afirmou-se que não seria possível integrar as bases de dados. Essa informação enganosa foi, inclusive, objeto de multa por parte da Comissão.
159. **Em segundo lugar, é necessário investigar as condutas já perpetradas pelo WhatsApp e pelo Facebook.** Como demonstrado no capítulo anterior, o WhatsApp e o Facebook possuem posição dominante no mercado e foram configuradas infrações à ordem econômica que precisam de célere investigação. É por este motivo que se requer a instauração de procedimento para apuração de infrações à ordem econômica. Em especial, o Idec requer que seja instaurado

diretamente inquérito ou processo administrativo, sendo desnecessária a instauração de procedimento preparatório, considerando que o CADE já manifestou pela sua competência nos Considerandos nº 19 e seguintes das Recomendações ao WhatsApp e ao Facebook.

160. **Por fim**, porque ele endereça aspectos importantes da mudança, mas não abrange aspectos como os dados históricos do WhatsApp e outros compartilhamentos do WhatsApp ao Facebook.
161. Por estes motivos, o Idec requer que este MPF-CADE:
1. **O protocolo da presente manifestação no processo administrativo aberto pelo MPF/CADE para posterior encaminhamento de denúncia à SG para instauração de inquérito administrativo ou processo administrativo**, nos termos do artigo 26, inciso IV, da Lei 8.625/1993, dos artigos 136, V e parágrafo único do RICADE e arts. 66 e seguintes da Lei 12.529/2011, para investigar o Facebook e o WhatsApp pelas infrações dispostas no Art. 36, caput, incisos II, III e IV; §2º; e §3º, incisos III, IV, XI, XII e XVIII, da Lei 12.529/2011.
 2. Caso entenda cabível, solicite uma **medida preventiva** que abranja os seguintes tópicos, inclusive tornando vinculantes as recomendações do CADE, MPF, Senacon e ANPD, para que seja determinado ao WhatsApp e ao Facebook:
 1. Suspensão da alteração da política de privacidade do WhatsApp até o julgamento final pelas autoridades administrativas para todos os usuários, inclusive para os usuários que já haviam aceitado forçadamente a mudança;
 2. Determinação à empresa que avise aos consumidores que a mudança da política de privacidade está suspensa até decisão das autoridades competentes;
 3. Determinação à empresa que se abstenha de compartilhar os dados e metadados dos consumidores com as demais empresas do Grupo Facebook, exceto para fins de segurança em que o Facebook atue como operador;
 4. Determinação à empresa que se abstenha de limitar a usabilidade do aplicativo em razão da não aceitação dos novos termos da política de privacidade, até a conclusão dos processos administrativos.

5. Determinação à empresa que se abstenha de forçar o consentimento dos consumidores;
3. Sejam **oficiados concorrentes do WhatsApp** para melhor instruir o processo, nos termos do art. 26, inciso I e II, da Lei 8.625/93;
4. **Comunique** o Idec de eventuais desdobramentos do procedimento em questão;
5. Seja o Idec determinada a habilitação do Idec como interessado no procedimento instaurado, requerendo a intimação dos resultados desta promoção para as providências de estilo;
6. Por fim, que seja a entidade subscritora comunicada de seu encaminhamento/resultado, fundamentadamente.

Termos em que,
pede deferimento.

De São Paulo/SP para Brasília/DF,
17 de maio de 2021.



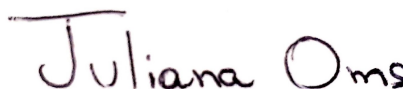
Diogo Moyses Rodrigues
Coord. Programa de Direitos Digitais



Michel Roberto Oliveira de Souza
OAB/SP 323.983



Camila Leite Contrí
OAB/SP nº 453.466



Juliana Oms
OAB/SP 442.657



Christian Tárik Printes
OAB/SP 316.680

Documentos Anexos

1. Relatório Idec. Consentimento forçado? Uma avaliação sobre os novos termos de uso do WhatsApp e as colisões com o Marco Civil da Internet. Idec, 2016.
2. Resposta da ANPD, Nota Técnica nº 14/2021/CGF/ANPD, de 09 de abril de 2021
3. Resposta da ANPD, OFÍCIO Nº 5/2021/GABPR/ANPD/PR, de 12 de abril de 2021
4. Manifestação Idec, encaminhada à Senacon e ANPD, em 11 de maio de 2021;
5. Manifestação Sum of Us, Solicitação de Atuação das Autoridades Brasileiras para Garantir os Direitos da População, de 07 de abril de 2021;
6. Parecer sobre as alterações na política de privacidade e termos de uso do Whatsapp, Prof. especialista em Privacidade e Proteção de Dados, Maria Cecília Oliveira Gomes, de 25 de março de 2021, a pedido da Sum of Us;
7. Decisão suo moto da CCI, Índia, de 24 de março de 2021;
8. Decisão da Corte de Delhi, de 22 de abril de 2021, sobre a decisão suo moto da CCI, Índia, de 24 de março de 2021;
9. Ofício da Defensoria Pública/SP - OF 33.2021 - PA NUDECON 05.2021 - Senacon;
10. Ofício da Defensoria Pública/SP - OF 34.2021 - PA NUDECON 05.2021 - ANPD
11. Recomendações MPF/CADE, 3ª Câmara PGR/MPF, Senacon, CADE e ANPD ao WhatsApp e Facebook (07 de maio de 2021)
12. Pesquisa [BID](#) - Satisfação dos Cidadãos com Serviços Públicos Digitais (Março 2021);
13. Nota Coalizão Direitos na Rede - A nova política de privacidade do WhatsApp e o direito à proteção de dados dos brasileiros (3 de maio de 2021);
14. Manifestação da AI Sur e entidades da América Latina sobre a nova política de dados do WhatsApp (04 de maio de 2021);
15. 2ª manifestação Idec à Senacon, ANPD e MPF (3ª CCR) sobre mudança na política de privacidade do WhatsApp;
16. Terra - WhatsApp cresceu mesmo após polêmica sobre regras de privacidade (07.05.2021).pdf

17. TechTudo - Telegram cresce e está em 45% dos celulares de brasileiros, diz pesquisa _ Redes sociais (08.03.2021).pdf
18. El País. Brasil e Índia encabezan la rebelión global contra las nuevas condiciones de WhatsApp. 15 de maio de 2021.
19. Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD. Atualização da Política de Privacidade do WhatsApp. Processo/Documento nº 00261.000012/2021-04. 22 mar. 2021.
20. Argentina - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Nuevas Condiciones del Servicio y Políticas de Privacidad de WhatsApp. 17 maio 2021.
21. Argentina - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Medida Cautelar de 13 de maio de 2021