

Um Direito Antitruste para o século XXI

A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado

Parte 4

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Como se viu nos artigos anteriores, a política concorrencial norte-americana das últimas décadas, sob a influência clara e direta da Escola de Chicago, não apenas não entregou os resultados prometidos em termos de bem-estar do consumidor, como ainda gerou aumento da concentração empresarial que, por sua vez, trouxe a expropriação de consumidores e trabalhadores, bem como a diminuição do investimento e da inovação. Mais grave ainda, tais aspectos impactaram no aumento da desigualdade e no comprometimento do próprio crescimento econômico.

Mesmo sob a ótica do bem estar do consumidor, visto sob o critério da redução de preços, a metodologia de Chicago não apresentou bons resultados, já que a principal consequência do aumento da concentração foi o aumento de preços. Não é sem razão que Thomas Philippon¹, ao comparar as experiências norte-americana e a europeia, mostra que os trabalhadores e os consumidores estão perdendo muito mais nos Estados Unidos do que na Europa.

Longe de se restringirem apenas ao mundo real, as preocupações com o aumento da concentração de poder econômico também se estendem aos mercados virtuais. Não seria exagero dizer, inclusive, que os desafios concorrenciais gerados pela economia movida a dados e pelo protagonismo das grandes plataformas foram responsáveis por nova onda de críticas à Escola de

¹ *The Great Reversal. How America gave up on free markets.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2019, pp. 103-106 e 122.

Chicago, que ultrapassaram as fronteiras da comunidade antitruste para serem alvo de preocupações dos políticos, da imprensa e da própria sociedade civil.

Com efeito, passado um momento de euforia inicial, em que os mercados tecnológicos eram vistos como verdadeiras arenas de competição, abertos a inovações e a disrupções, sem barreiras à entrada e com a “concorrência a apenas um clique”, observa-se que não há como negar os efeitos preocupantes da concentração de mercados também nos mercados digitais.

Por mais que se entenda que, no mundo virtual, a competição nos mercados é substituída pela competição pelos mercados, o que se tem visto é a inexistência de concorrência em nenhum desses dois planos, já que os grandes agentes estão exercendo suas posições dominantes, quando não monopolistas, de forma muito confortável e estável ao longo do tempo e ainda obstando a concorrência potencial por meio da aquisição de qualquer concorrente que, no futuro, possa contestar o seu poder.

Os desafios ainda são potencializados pelas plataformas digitais, modelos de negócios caracterizados por mercados de dois ou mais lados em que a plataforma exerce o papel de conexão e *matchmaking*, dentre inúmeros outros². Tal modelos de negócio apresenta diversas características que tornam a competição *nos mercados* muito difícil, tais como a dinâmica *the winner takes it all* – o ganhador leva tudo –, a existência de mercados de múltiplos lados onde os consumidores estão normalmente no lado gratuito³, os efeitos indiretos de rede e a vasta acumulação de dados por apenas um pequeno número de *players*. Daí inclusive a tendência de serem monopólios virtuais⁴.

O crescente protagonismo das plataformas digitais apresenta um duplo efeito no plano concorrencial: (i) criação de dinâmica concorrencial própria sobre a utilização e processamento dos dados no seu âmbito, o que impossibilita ou torna consideravelmente difícil a concorrência no mercado de dados e processamento fora delas e (ii) e fomento de crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços.

² Para maiores informações sobre as plataformas digitais, ver FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, pp. 635-670.

³ Fala-se em gratuito no sentido de que o usuário não precisa pagar pelos serviços em dinheiro, embora acabe pagando com os seus dados pessoais.

⁴ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. *Jota*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>>

A interação entre todos esses fatores é tão intensa que Ezrachi e Stucke⁵ afirmam que o surgimento de algoritmos, do *big data* e de superplataformas irá acabar com a concorrência, tal como nós a conhecemos hoje. Afinal, são muitas as esferas de poder que daí decorrem⁶.

A primeira delas é o **poder de conexão** (*gatekeeper power*), uma vez que as plataformas se propõem a colocar em contato agentes econômicos, consumidores e mesmo governos, muitas vezes sendo a única real opção para tornar todas essas interações possíveis.

O termo *gatekeepers*, como bem explica Karine Barzilai-Nahon⁷, refere-se aos agentes que, em razão de sua centralidade, exercem todas as formas de controle de informação no network que criam – tais como seleção, moldagem, timing, repetição, sonegação, entre outros – e ainda têm grandes poderes sobre os membros do network, na medida em que podem (i) “prender” usuários dentro da rede; (ii) proteger normas, informações, usuários e comunidades de entradas não desejadas; e (iii) ainda manter atividades em curso dentro da rede sem distúrbios.

As plataformas são, portanto, os centros de uma complexa teia de relações empresariais e não empresariais, cujo poder precisa ser adequadamente compreendido diante desse contexto de interconexão, bem como dos seus relevantes efeitos de rede. Dessa maneira, o número de conexões, bem como a sua variedade e sofisticação, precisam ser considerados pela autoridade antitruste, ainda mais diante do fato de que as plataformas são capazes de extrair vantagens de todos os usuários que dependam da sua infraestrutura, inclusive para efeitos de limitar a possibilidade de determinados agentes econômicos de buscar seus usuários de forma independente.

Outra importante dimensão das plataformas é o **poder de alavancagem**, (*leveraging power*), uma vez que não servem apenas como infraestruturas de conexão. É normal que integrem os mesmos mercados de

⁵ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press. 2016. p. 233.

⁶ Alguns dos desdobramentos do poder das plataformas que serão apresentados neste artigo, especialmente os poderes de conexão, alavancagem e extração de dados, são bem trabalhados em: KHAN, Lina. What makes tech platforms so powerful? In: *Digital Platforms and Concentration*. Disponível em: < <https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em 15.11.2018.

⁷ BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a theory of gatekeeping: a framework for exploring information control. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, v. 59, 2008, p. 1496.

vários dos seus usuários, circunstância que pode dar ensejo a que privilegiem os interesses próprios sobre os dos usuários.

As plataformas têm também o **poder de extração e exploração de dados pessoais**, uma vez que podem monitorar cuidadosamente os seus usuários e, por meio das interações e pegadas digitais destes, inferir grande soma de informação sobre eles, compreendendo-os melhor do que si próprios e podendo obter grandes vantagens em virtude desse conhecimento.

Outra importante dimensão de grandeza é a que decorre do **poder de comunicação**, especialmente no contexto atual, bem traduzido por Herbert Simon⁸, quando afirma que a riqueza de informação cria uma pobreza de atenção. Nesse sentido, as plataformas podem filtrar, selecionar e ordenar a informação que será dirigida aos seus usuários. Mais do que isso, podem moldar a informação de acordo com os seus interesses, por meio de diversas alternativas, tais como *agenda setting, framing*, dentre outras⁹.

Diante disso, Frank Pasquale¹⁰ denuncia a postura altamente contraditória que tem sido assumida pelas plataformas, ora invocando seu papel de mero intermediários para escusar-se da responsabilidade pelos danos, ora valendo-se de sua interferência no fluxo informacional, para, por exemplo, distorcer a ordem concorrencial, favorecendo seus próprios serviços em detrimento de seus competidores nos mecanismos de busca. Essa ambivalência, como ressalta o autor, assegura às plataformas o melhor dos mundos: usufruem dos direitos e do poder decorrentes de sua atuação como gestores do fluxo informacional e arcam com as responsabilidades de meros intermediários.

Tal poder é potencializado ainda diante de dois importantes fatores: (i) o número cada vez maior de usuários que se informa exclusiva ou principalmente por meio das plataformas¹¹ e (ii) a possibilidade de ser canalizado

⁸ SIMON, Herbert. Designing organizations for an information-rich world. In: GREENBERGER, M. *Computers, communications and the public interest*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1971.

⁹ Para a melhor compreensão do poder de comunicação e suas diversas estratégias, ver CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

¹⁰ PASQUALE, Frank. Platform Neutrality, PASQUALE, Frank. Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 17, nº 2, p. 487-513, 2016, p. 488. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2779270. Acesso em 22.7.2020.

cit., p. 495.

¹¹ SHEARER, Elisa; GOTTFRIED, Jeffrey. News use across social media platforms 2017. *Pew research center*. Disponível em: <<http://www.journalism.org/2017/09/07/news-use-across-social-media-platforms-2017/>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

para persuadir as pessoas, com o que deriva para o **poder de influência e de manipulação**.

Com efeito, por meio dos dados coletados dos usuários, as plataformas acumulam um grande poder econômico, o qual pode ser utilizado em detrimento de uma série de direitos destes últimos, tais como privacidade, autodeterminação informativa e mesmo identidade e cidadania¹².

Por essa razão, a utilização maciça de dados pessoais coloca os titulares de dados sob um triplo risco: (i) a coleta em si dos dados, o que já seria preocupante; (ii) a utilização dos dados para a construção de informações, perfis, classificações e julgamentos a seu respeito, que podem ser utilizadas para fins comerciais diversos; e (iii) a utilização dessas informações para manipular os próprios titulares, para os fins mais diversos, inclusive políticos.

Todo esse conhecimento ainda pode ser utilizado para, associado ao poder da comunicação, hoje também embasado nos estudos da biologia, neurociência e psicologia, manipular as pessoas, bem como tentar modificar suas crenças e opiniões¹³. Daí a afirmação de Tim Wu¹⁴ de que o verdadeiro negócio de muitas plataformas é influenciar consciências. Tem-se aí todas as condições para exercer aquela que, segundo Castells¹⁵, é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana.

Por fim, as plataformas ainda conseguem acumular uma significativa dimensão de **poder político**, já que podem usar o seu poder de manipulação para interferir em processos políticos e mesmo no resultado de eleições. Em recente palestra proferida no Stigler Center, Luigi Zingales¹⁶ resumiu essa dimensão de poder de uma maneira bem simples: ao contrário dos demais agentes econômicos, que sempre puderam oferecer dinheiro para os agentes políticos, as plataformas podem também oferecer diretamente votos.

¹² Sobre os riscos das plataformas digitais sobre os direitos da personalidade, ver FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹³ FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/premissas-para-a-reflexao-sobre-a-regulacao-da-tecnologia-16112017>>.

¹⁴ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016.

¹⁵ CASTELLS, Op. cit.

¹⁶ ZINGALES, Luigi. Digital plataformas and concentration. In: STIGLER CENTER. *2018 antitrust and competition conference*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=O_pxLvKQBE8> . Acesso em: 20 nov. 2018.

plataformas digitais vai muito além das definições mais tradicionais de poder econômico, normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. A variedade, a extensão e o impacto do poder econômico das plataformas é de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (*net states*)¹⁷.

Dessa maneira, muito mais do que o novo petróleo ou os maiores *inputs* da economia digital, os dados são hoje grande fonte de poder econômico, político e social. Por mais que o problema não seja uma exclusividade do Direito Antitruste, não pode ser ignorado por ele, na sua missão de lidar com os abusos do poder econômico.

Joseph Stiglitz¹⁸, por exemplo, é um dos autores que tem se dedicado a examinar as potenciais consequências do poder econômico dos gigantes da internet, para concluir que são maiores e mais perniciosas do que qualquer coisa que vimos no século XX, diante do seu enorme poder, que compreende inclusive o de manipular as pessoas.

Em sentido semelhante, Thomas Philippon¹⁹, ao também examinar as preocupações relacionadas às GAFAMs (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft e equivalentes), aponta inúmeros problemas decorrentes da concentração, tais como práticas de discriminação de preços e violações da privacidade.

Na verdade, para Philippon, o *big data* vem apenas exacerbando vários dos problemas concorrenciais decorrentes do excesso de concentração, tornando a livre entrada mais importante do que nunca. Daí concluir: “Big data without free entry might be worse than no big data at all. If we cannot ensure free entry (or credible contestability), then we are better off restricting the ability of firms to collect data. And if we are going to let these firms use our data on a large scale, then we must ensure free entry. What is unacceptable in the current environment is the combination of big data with no meaningful contestability of markets.”²⁰

¹⁷ WICHOWSKI, Alexis. Net states rule the world; we need to recognize their power. *Wired*, Disponível em: < <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁸ *Power, and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, New York: W.W. Norton & Company, 2019, p. 124.

¹⁹ *The Great Reversal. How America gave up on free markets*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2019, p. 265.

²⁰ Op.cit., p. 271.

Diante dos riscos concorrenciais, o autor sugere (i) ter grande preocupação com a aquisição de rivais e *startups* que poderiam ser os contestadores no futuro, (ii) adotar novos parâmetros de notificação, (iii) considerar a possibilidade de análise antitruste *ex post* e (iv) dar um sentido à portabilidade de dados como um vetor de dinâmica competitiva²¹.

Em sentido próximo, Tepper e Hearn²² mostram que *big techs* como Google e Facebook e devem muito do seu atual status e sucesso financeiro a erros da regulação e do antitruste, que as permitiram, dentre outras coisas, adquirir rivais e conquistar posições de monopólio²³. Daí mencionarem a síntese de Frank Pasquale, segundo o qual as *big techs* não são propriamente *market participants*, mas sim *market makers*, na medida em que podem se eximir da regulação ou subvertê-la de diversas maneiras, incluindo o lobby e a produção acadêmica financiada em seu próprio interesse²⁴: “The power of platforms makes them a diferente class of companies. They set the rules that govern their world. We simply live in it.”²⁵

É inequívoco, portanto, que o poder acumulado pelas plataformas digitais vai muito além das definições tradicionais de poder econômico, normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. A variedade, a extensão e o impacto do poder econômico desses agentes, na verdade, é de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (*net states*)²⁶.

Portanto, é inequívoco que a ausência de competição é algo que permeia as preocupações tanto do mundo real como do mundo digital, o que é mais uma razão para se refletir sobre o papel do Direito Antitruste para lidar com a atual realidade, tal como os próximos artigos da série passarão a expor.

²¹ Op.cit., pp. 273-275.

²² *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2019.

²³ Op.cit., p. 91.

²⁴ Op.cit., pp 91-96.

²⁵ Op.cit., p. 98.

²⁶ WICHOWSKI, Alexis. Net states rule the world; we need to recognize their power. Wired. Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/#:~:text=10%3A00%20AM-,Net%20States%20Rule%20the%20World%3B%20We%20Need%20to%20Recognize%20Their,Save%20this%20story%20for%20later..> Acesso em 22.7.2020. Cf. FRAZÃO, Ana. Fundamentos, cit.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-4-09092020

Publicado em 09/09/2020