

Regulação dos mercados digitais

Novas perspectivas para assegurar a adequada gestão das plataformas
gatekeepers

Ana Frazão

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

Parece não haver dúvidas de que as grandes plataformas digitais são os agentes econômicos e políticos mais importantes do nosso tempo e que seus modelos de negócio, apesar das diversas vantagens e eficiências, trazem também inúmeras externalidades e riscos, assim como apresentam importantes desafios que se projetam sobre diversas áreas jurídicas, dentre as quais o Direito Antitruste, o Direito do Consumidor, o Direito da Proteção de Dados e o Direito Eleitoral¹.

Daí a compreensível discussão sobre em que medida tais plataformas precisam estar sujeitas a uma regulação mais intensa, seja por meio da utilização de mecanismos já existentes, seja por meio da criação de novas soluções regulatórias.

Apesar de todas as controvérsias existentes sobre o assunto, dois fatos recentes mostram que podemos estar diante de novos horizontes para a regulação jurídica das plataformas digitais: (i) em maio, a Procuradoria de Washington moveu ação de responsabilidade diretamente contra Mark Zuckerberg em razão do caso *Cambridge Analytica* e (ii) em julho, o Parlamento Europeu finalmente aprovou o chamado *Digital Markets Act*.

Começamos com o primeiro fato, ou seja, a possibilidade de responsabilização pessoal de Mark Zuckerberg pelo escândalo *Cambridge Analytica*. Para a Procuradoria de Washington, o co-fundador e líder do Facebook participou pessoalmente das decisões que permitiram que a

¹ Ver, sobre o tema, relatório do governo norte-americano (https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519) e também o relatório do Stigler Center (<https://publicknowledge.org/wp-content/uploads/2021/11/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>)

Cambridge Analytica tivesse acesso indevido a dados pessoais de milhões de usuários para tentar manipulá-los na eleição de Trump. Segundo o Procurador Geral Karl Racine, a importância da iniciativa transcende o caso concreto, na medida em que envia aos líderes corporativos a mensagem de que eles serão responsáveis por suas ações².

Como já tive a oportunidade de demonstrar em trabalhos anteriores³, sem prejuízo da responsabilidade das sociedades e grupos empresariais envolvidos em ilícitos corporativos, a responsabilidade pessoal dos gestores, aí incluídos os controladores e os administradores das respectivas sociedades, pode ser um eficiente mecanismo para assegurar uma boa gestão. Tal medida pode ser ainda mais adequada em companhias com o perfil do Facebook, uma vez que Zuckerberg tem um nível de controle sem paralelo sobre as operações da empresa.

Outra vantagem da responsabilização pessoal de gestores é a de superar as limitações dos acordos que as grandes companhias têm feito para evitar o prosseguimento de medidas punitivas contra elas em casos de ilícitos corporativos. No caso específico do Facebook, é importante lembrar que, em 2019, a empresa firmou acordo com a *Federal Trade Commission* em razão do escândalo *Cambridge Analytica*, oportunidade em que pagou uma multa recorde de 5 bilhões de dólares supostamente para proteger Zuckerberg⁴.

Todavia, não é de hoje que muitos questionam que esse tipo de acordo, mesmo quando resulta em grandes multas, não tem sido realmente eficaz para a prevenção e endereçamento de ilícitos corporativos. Em livro recente, John Coffee Jr⁵, respeitado professor da *Columbia Law School*, mostra que a dinâmica atual - em que as companhias reconhecem o ilícito, pagam grandes multas e prometem não delinquir mais - pouco tem contribuído para evitar os ilícitos, razão pela qual propõe uma série de mudanças nesse cenário.

Dessa maneira, para além de outras alternativas que possam ser pensadas no tratamento da chamada delinquência corporativa, o acionamento de mecanismos de responsabilização pessoal de gestores pode ser um

2 <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/05/23/racine-zuckerberg-privacy/>

3 FRAZAO, Ana. *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*. Rio: Renovar, 2011.

4 <https://www.forbes.com/sites/graisondangor/2021/09/21/facebook-overpaid-ftc-fine-by-billions-to-protect-zuckerberg-lawsuits-say/?sh=6a6bf538352e>

5 COFFEE JR., John. *Corporate Crime and Punishment. The crisis of underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2000.

importante ingrediente desse pacote de medidas, especialmente diante de grandes gigantes como as plataformas digitais.

O segundo fato importante sobre o tema foi a aprovação, pelo Parlamento Europeu, do *Digital Markets Act*, que pretende regular os mercados digitais, tornando-os justos, livres e abertos por meio da imposição de uma série de obrigações de fazer e não fazer⁶.

Uma das premissas da nova regulação é o reconhecimento do papel significativo que as plataformas consideradas *gatekeepers* exercem no setor digital, uma vez que servem como verdadeiros portões de acesso para que usuários comerciais encontrem usuários finais e também possam se encontrar entre si. Essa é uma das razões que explica a posição dominante ou de monopólio de muitas dessas plataformas, cujo poder tende a ser durável e de difícil contestação.

A ideia do *Digital Markets Act* é, portanto, impedir, por meio de uma regulação *ex ante*, que esses *gatekeepers* possam impor condições abusivas para os seus usuários, assegurando abertura para inovação e competitividade, inclusive para o fim de facilitar o crescimento de plataformas menores, pequenas empresas e *startups*.

Verdade seja dita que foram muitas as discussões sobre a necessidade e a adequação de uma regulação *ex ante* para esse tipo de plataforma, o que persiste mesmo após o cenário de aprovação do DMA. Porém, é fato que há diversas evidências no sentido de que as regulações já existentes não conseguem endereçar os desafios gerados pelas grandes plataformas digitais.

Mesmo o controle de condutas realizado pelo Antitruste, por ser *ex post*, apresenta significativas limitações diante desses grandes agentes econômicos. Daí a pertinência de se pensar em uma regulação *ex ante* que, longe de afastar o Direito Antitruste ou outras searas, possa ser um importante complemento para estas.

Dentre as inúmeras condutas vedadas pelo DMA, por serem consideradas injustas ou limitadoras da contestabilidade, podem se destacar as seguintes: (i) combinações de dados pessoais obtidos pelos serviços centrais (*core services*) de tais plataformas com dados oriundos de qualquer outro

⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html#title2

serviço por elas ofertados ou com dados pessoais de serviços ofertados por terceiros; (ii) utilização, na competição com usuários comerciais, de qualquer dado que, não sendo publicamente disponível, que seja gerado por meio das atividades dos usuários; (iii) tratamento mais favorável, em serviços de *ranking*, a produtos ofertados pelo *gatekeeper* ou por parceiro em comparação a serviços ou produtos similares ofertados por terceiros, impondo-se a aplicação de condições justas e não discriminatórias para esse ranqueamento; e (iv) restrição técnica em relação à habilidade dos usuários finais de mudarem para outros *softwares* e serviços enquanto usam o sistema operacional do *gatekeeper*, incluindo a escolha do provedor de acesso da internet.

Do ponto de vista antitruste, a ideia central é a de que as plataformas não possam se engajar em condutas anticompetitivas mais consolidadas, como o *bundling* ou o *tying*, mas sobretudo não se utilizem de formas de abuso de posição dominante que decorrem precisamente do seu poder de *gatekeeper* e que podem envolver sérios conflitos de interesses, tais como o auto-favorecimento em detrimento dos usuários comerciais com os quais concorrem.

Além de inúmeras vedações, o DMA também impõe diversas obrigações positivas para manter a abertura e a maior transparência dos mercados, tais como (i) assegurar que os usuários comerciais possam oferecer a outros serviços de intermediação os mesmos produtos e serviços que ofertam aos usuários finais por meio da plataforma *gatekeeper*, pelos mesmos preços e condições; (ii) assegurar a usuários comerciais e provedores de serviços ancilares interoperabilidade com os sistemas operacionais, (iii) prover a anunciantes e publicadores, mediante requerimento e sem custo adicional, acesso as ferramentas de mensuração de performance e informações necessárias para que possam fazer suas verificações independentes e (iv) assegurar a portabilidade de dados.

Dessa maneira, é possível concluir que, em muitos casos, as inquietações concorrenciais são combinadas a outras preocupações, como é o caso da proteção de dados, inclusive de pessoas jurídicas, em uma clara sinalização de que o poder das plataformas *gatekeepers* precisa ser contido para a própria preservação dos mercados digitais e também para a proteção dos direitos dos usuários comerciais e finais.

É por essa razão que esses dois fatos recentes podem alterar consideravelmente o cenário da atuação das plataformas digitais, ainda que por estratégias distintas, de que são exemplos as iniciativas norte-americana e europeia. Seja pela utilização de mecanismos já existentes, como a responsabilização pessoal dos gestores, seja pela utilização de novos mecanismos regulatórios, de que é exemplo o DMA, tudo leva a crer que haverá esforços consistentes para implementar, pelo menos em relação aos *gatekeepers*, o princípio do equilíbrio entre poder e responsabilidade.

Publicado em 27/07/2022

Link:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/regulacao-dos-mercados-digitais-27072022>