

Por que uma regulação como o *Digital Markets Act*?

Justificativas para a regulação específica das plataformas digitais *gatekeepers*

Ana Frazão

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

A recente aprovação, pelo Parlamento Europeu, do *Digital Markets Act* renovou as discussões sobre a necessidade e a adequação de uma regulação cujo objetivo é criar obrigações para as plataformas *gatekeepers* em prol de um ambiente competitivo mais transparente, equitativo e não discriminatório.

Diante da iniciativa europeia, muitas perguntas podem ser traçadas: (i) os *gatekeepers* realmente precisam de uma regulação autônoma? (ii) não seria melhor endereçar os riscos e os eventuais danos causados pelos *gatekeepers* pelo Direito Antitruste? (iii) o modelo adotado pela União Europeia realmente resolve o problema?

Para tentar avançar em direção a respostas possíveis, é preciso entender, inicialmente, o protagonismo crescente que as plataformas digitais *gatekeepers* passaram a ter em nossas vidas. Diante das dificuldades naturais que cidadãos, empresas e governos passaram a ter para lidar com o excesso de informação e de possibilidades de interação econômicas e não econômicas – muitas das quais requerem o elemento de confiança – as plataformas *gatekeepers* passaram a assumir o importante papel de conexão, *matchmaking* e avaliação reputacional, dentre outras importantes funções.

Se tal protagonismo gera inúmeras eficiências e benefícios para os participantes dos diversos mercados interconectados, notadamente a redução de custos de transação relativos às relações econômicas e não econômicas que se

estabelecem por meio das plataformas, também geram diversos riscos e problemas concorrenciais.

Com efeito, diante da importância dos efeitos de rede, tanto os diretos como os indiretos, muitas dessas plataformas passaram a ser monopólios ou quase monopólios. Assim, os próprios efeitos de rede tornaram-se uma considerável barreira de entrada para novos agentes. Mesmo nos mercados que admitem mais de um *player*, o cenário tende a ser de concentração e de formação de oligopólios.

No que se refere às chamadas *big techs*, o seu poder agigantou-se a tal ponto que muitas delas se tornaram verdadeiros *net states*, já que possuem vários elementos tradicionalmente atribuídos ao estado, como um território virtual, os seus “cidadãos” usuários e também regras próprias, quando não igualmente sistemas de justiça e de adjudicação de direitos.

Tal cenário vem exigindo não apenas a ressignificação do poder econômico – cuja visão não pode mais ficar restrita à capacidade de aumentar preços, ainda mais quando se sabe que, em vários casos, tais agentes praticam “preço zero”, porque são remunerados pela extração de dados dos usuários – como também a sua interligação com outras formas de poder exercidas por tais agentes, tais como o poder político, o poder informacional e o poder de conexão¹.

Aliás, a própria terminologia *gatekeeper* remete a ideia de alguém que controla entradas e saídas e, portanto, passa a ser um gargalo essencial para todos os que precisam ou desejam ter acesso às possibilidades de conexão e interação oferecidas pelas plataformas.

Não é sem razão que várias das discussões relacionadas ao constitucionalismo digital têm nas plataformas *gatekeepers* o seu principal foco de preocupação. Afinal, dependendo do poder de determinada plataforma, estar fora dela – seja porque não se conseguiu nela ingressar, seja porque dela se foi expulso – pode equivaler a uma espécie de exclusão digital, com inúmeras e significativas limitações para os excluídos.

Acresce que, na maior parte dos casos, especialmente para usuários comerciais, não basta ter acesso à plataforma: as suas possibilidades de

1 Sobre o poder das plataformas digitais ver <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-poder-das-plataformas-digitais-11072017>.

interação e realização de negócios dependem também de como são avaliados e ranqueados, assim como da forma como a plataforma lista ou prioriza os potenciais fornecedores para os consumidores finais. Em outras palavras, não basta estar na plataforma; o posicionamento do usuário comercial é fundamental.

Sob essa perspectiva, o poder acumulado por muitas plataformas *gatekeepers* é tanto que há muito se fala na necessidade de que tais agentes observem garantias fundamentais, como o devido processo legal e o contraditório, no que diz respeito ao acesso, à permanência e ao posicionamento dos usuários em suas redes. Afinal, a partir do momento em que passam a ter poderes equiparáveis a dos estados, é compreensível que devam ter deveres e responsabilidades semelhantes².

Logo, como já foi apontado em importantes estudos sobre o tema, o enfrentamento do tema provavelmente exigirá um pacote de medidas, que vão desde a utilização de várias legislações já existentes - como a do consumidor, a do trabalho, a antitruste, a de proteção de dados - como também a criação de regulações específicas para a atuação de tais entes.

É nesse contexto que se deve entender, portanto, o *Digital Markets Act* que, como já se mencionou, pretende conter o enorme poder das plataformas digitais *gatekeepers*, a fim de assegurar o ambiente de livre e aberta competição pelo mérito.

Veja-se que, do ponto de vista de dinâmica competitiva, a atuação das plataformas *gatekeepers* pode apresentar diversas projeções, com seus riscos respectivos, dentre as quais as seguintes:

- **Relações entre as plataformas e os usuários não comerciais (consumidores):** Um dos principais focos de preocupações diz respeito ao fato de as plataformas poderem usar os dados dos consumidores para explorá-los de diversas maneiras, inclusive por meio de *dark patterns* e uma série de manipulações. Um dos temas centrais é a questão da discriminação de consumidores, tendo em vista que há incentivos para que esta ocorra com a finalidade exclusiva de extrair o máximo possível

2 Sobre o devido processo digital, ver <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/devido-processo-digital-20102021>.

de cada consumidor, o que, a depender do caso, pode inclusive prejudicar consumidores mais pobres.

- **Relações das plataformas entre si:** Por mais que muitas *big techs* reinem soberanas em vários dos seus mercados específicos, não se nega que há várias áreas de sobreposição entre as suas atuações, o que dificulta inclusive a delimitação de mercados relevantes. Não obstante, diante das barreiras à entrada, é cada vez mais difícil se pensar em novos concorrentes, razão pela qual se fala cada vez mais na importância da competição pelos mercados – ao contrário da competição nos mercados – e da necessidade de se evitar condutas como as *killer acquisitions*, uma vez que as empresas nascentes podem ser a única oportunidade de uma contestabilidade específica no futuro.
- **Relações entre as plataformas e usuários comerciais não concorrentes:** Diante da dependência e da importância do acesso, não estar na plataforma ou não estar bem posicionado pode ser crucial para o sucesso de uma empresa ou não. Daí as grandes preocupações com os critérios pelos quais as plataformas criam tais regras e as inúmeras possibilidades de abusos e favorecimentos indevidos que podem decorrer dessa situação.
- **Relações entre as plataformas e usuários comerciais concorrentes:** Para os agentes que dependem da plataforma para ter acesso aos mercados de consumo e ainda têm que concorrer com ela, que também oferta produtos ou serviços rivais, a situação fica ainda mais delicada, diante dos riscos de conflitos de interesses, auto-favorecimento e diversas outras práticas que subvertem a competição pelo mérito.

Diante desse contexto, é fácil entender as razões pelas quais o *Digital Markets Act* tem como foco as duas últimas hipóteses, em que se evidencia a possibilidade da plataforma de usar o seu poder de *gatekeeper* para direcionar o jogo competitivo de acordo com os seus interesses e controlar o ritmo da inovação.

Afinal, não há propriamente competição pelo mérito quando a plataforma pode priorizar, dentre vários dos seus usuários comerciais, alguns deles por critérios obscuros ou desconhecidos ou em razão de acordos de exclusividade ou outros mecanismos que podem restringir indevidamente a

competição. Da mesma forma, é difícil falar em competição pelo mérito quando a plataforma pode priorizar os seus próprios bens e serviços sobre os ofertados pelos seus usuários comerciais, além de poder se utilizar de diversas estratégias, como o subsídio cruzado.

No primeiro caso, não seria exagero se dizer que, sob vários aspectos, as plataformas digitais *gatekeepers* assemelham-se a *essential facilities*, de forma que a possibilidade e a qualidade do acesso serão fundamentais para o sucesso dos atores que dela dependem. Daí por que há que se ter regras transparentes e minimamente equitativas para garantir o acesso e evitar favorecimentos indevidos de determinados agentes sobre os outros.

Já no segundo caso, o problema pode ser ainda mais sério, pois são múltiplas as possibilidades de se distorcer a competição pelo mérito. Afinal, nesses casos, a plataforma é simultaneamente *player*, dona do campo onde a competição se trava, criadora das regras do jogo e juíza do próprio jogo.

Esse é o pano de fundo para se entender a importância de uma regulação como a do *Digital Markets Act*, como se explorará melhor no próximo artigo.

Publicado em 24/08/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/por-que-uma-regulacao-como-o-digital-markets-act-24082022>