

Por que o Antitruste não consegue resolver o problema dos *gatekeepers*?

Importância de uma regulação *ex ante*, nos moldes do *Digital Markets Act*

Ana Frazão

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

Na coluna da semana passada¹, procurei mostrar algumas das principais razões pelas quais uma regulação como o *Digital Markets Act* é necessária para resolver o excesso de poder acumulado pelas plataformas *gatekeepers* e os riscos à competição daí decorrentes.

Mesmo sob uma perspectiva econômica, já haveria várias falhas de mercado que justificariam, por si só, a regulação desses *gatekeepers*, como é o caso da assimetria informacional e da própria posição dominante ou quase monopolista de tais plataformas, especialmente no que diz respeito à oferta de um serviço do qual seus competidores dependem.

Não é sem razão que, no passado, já houve necessidade de soluções estruturais para evitar que agentes detentores de infraestruturas essenciais ou muito importantes para os seus rivais, como ferrovias e redes de telecomunicações, não pudessem abusar do seu poder.

Entretanto, ainda que o contexto dos *gatekeepers* apresente muitas semelhanças com tais exemplos, acaba sendo inovador em vários aspectos, os quais estão relacionados à economia movida a dados.

Em primeiro lugar, os *gatekeepers* digitais contemporâneos se destacam não apenas em razão do seu poder econômico, mas também devido ao

¹ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/por-que-uma-regulacao-como-o-digital-markets-act-24082022>

seu poder político e informacional, o que gera claras repercussões sobre a própria democracia².

A outra grande diferença em relação aos exemplos do passado é que as regras do jogo agora são ditadas por algoritmos, normalmente obscuros e protegidos por segredo de negócios, que potencializam o poder dos *gatekeepers*. Consequentemente, no âmbito competitivo, não se trata mais de a plataforma ser o rival que também é dono do campo, cria as regras do jogo e também é o juiz. Trata-se de ser o rival que também pode alterar as regras do jogo unilateralmente e a qualquer momento sem que os demais competidores nem mesmo percebam ou não possam reagir.

Isso permite aos *gatekeepers* impor aos usuários comerciais e não comerciais uma sujeição praticamente absoluta. Enquanto eles sabem tudo sobre os seus usuários, estes sabem pouco ou nada sobre aqueles, o que dá ensejo a uma verdadeira *black box society*, como descreve Frank Pasquale³. Para além da falta de transparência, ainda há diversos outros problemas dos julgamentos algorítmicos, como os erros e os resultados não intencionais.

A questão é tão grave que, como já tive oportunidade de explorar em artigo anterior⁴, compromete até mesmo a premissa adotada por vários defensores do livre mercado: a de que os mercados seriam eficientes porque partem da descentralização da informação. De forma contrária, os *gatekeepers* podem deter todas as informações sobre os seus usuários comerciais ou não, podendo utilizá-las para se antecipar ao movimento desses usuários, o que compromete até mesmo a ideia do contrato como instrumento de alocação de riscos. Afinal, se um determinado agente detém toda a informação sobre o outro

2 Se sempre houve fortes conexões entre o poder econômico e o poder político, elas precisavam ser mediadas, de alguma maneira, por estruturas democráticas, mesmo que estas fossem suscetíveis de captura e corrupção, enquanto que os *gatekeepers* conseguem exercer poder político sem qualquer tipo de mediação ou barreira. De fato, a diferença é que agora alguns *gatekeepers* podem influenciar diretamente o resultado de eleições a partir do grande e extenso controle que possuem sobre o fluxo informacional e das diversas estratégias que podem ser utilizadas para a personalização dos conteúdos, tais como *agenda setting*, *framing*, filtragem, ranqueamento, priorização e diversas outras maneiras de interferência direta na informação que cada usuário irá receber. O fato de que muitos *gatekeepers* decidem que conteúdo as pessoas terão acesso, quando terão acesso e como terão acesso abre inúmeras possibilidades de influência indevida e manipulação.

3 PASQUALE, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

4 Ver FRAZÃO, Ana. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020>.

contratante e as circunstâncias da contratação, ele pode agir em uma perspectiva de certeza e não mais de risco.

É por essa razão que os *gatekeepers* podem explorar não apenas os consumidores – por meio de diversas práticas, como a precificação individualizada voltada para extrair o máximo possível de cada consumidor⁵ – mas também os seus usuários comerciais, por meio de diversas estratégias, como discriminações abusivas e auto-favorecimentos, práticas em relação às quais os seus rivais não têm como reagir ou nem mesmo entender o que está acontecendo.

É esse o contexto que nos desafia a pensar sobre a necessidade de uma regulação de tais plataformas *gatekeepers* que, a exemplo do *Digital Markets Act*, procurem assegurar um ambiente competitivo com transparência, interoperabilidade e condições minimamente equitativas, proibindo os conflitos de interesse e as discriminações abusivas por parte do agente que detém o poder de conexão. É sob essa luz, inclusive, que se deve analisar as vedações *ex ante* do DMA, tais como a que impede que os *gatekeepers* possam combinar dados dos seus usuários comerciais, ou seja, utilizem dados a que têm acesso por conta de um serviço de conexão em outros mercados nos quais competem com esses usuários.

Com efeito, se assim não for, haverá incentivos para que o *gatekeeper* use os dados dos usuários comerciais para competir contra eles, em um cenário oposto ao defendido por Carissa Veliz⁶, segundo a qual agentes de tratamento deveriam ter deveres fiduciários em relação aos titulares de dados, de forma que somente poderiam utilizá-los em benefício desses titulares.

Por mais que saibamos que a proteção de dados apenas se estende às pessoas naturais – o que afastaria tal proteção para a maior parte dos usuários comerciais, que são pessoas jurídicas – fato é que há bons argumentos para sustentar que a competição pelo mérito exigiria que os *gatekeepers*

5 Ver <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-mito-da-soberania-do-consumidor-01122021>;
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/falacia-soberania-do-consumidor-08122021>;
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-personalizada-riscos-discriminacoes-abusivas-02022022>.

⁶ VELIZ, Carissa. *Privacy is Power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. Random House Publishing Group, 2021.

tivessem deveres fiduciários em relação aos usuários comerciais ou pelo menos não pudessem utilizar tais dados contra eles e em seu próprio benefício.

De tudo que foi exposto, observa-se que o poder dos *gatekeepers* está associado a um conjunto de incentivos perversos para que, diante do conflito de interesses que é inerente à situação, sejam praticadas condutas que distorcem a competição pelo mérito em desfavor dos usuários comerciais. Com isso, nem mesmo se assegura a visão de livres mercados proposta por libertários como Friedman, pois ela está associada a um mercado isento de fraudes e manipulações, bem como sujeito à competição livre e aberta⁷.

Essa é uma das razões pelas quais é difícil imaginar que o Direito Antitruste possa resolver tal problema sozinho, até porque o seu controle de condutas é *ex post*, casuístico, oneroso e demorado, ainda mais quando se trata de atos unilaterais em mercados digitais, em relação aos quais não há maior experiência passada para orientar muitas das análises necessárias. Acresce que, justamente por ser um controle *ex post*, a sua dimensão preventiva encontra diversas limitações, especialmente diante de danos irreversíveis ou de difícil reversibilidade.

Vale ressaltar que esse diagnóstico independe, de certa forma, das críticas que se faz ao excessivo estreitamento dos propósitos e das metodologias do Antitruste, em razão da influência que até hoje persiste da Escola de Chicago. Mesmo em um cenário de um Antitruste mais vibrante, que incorporasse outros elementos em suas análises que não apenas o preço ou outras variáveis suscetíveis de mensuração quantitativa, seria complicado imaginar que o Direito Antitruste pudesse resolver sozinho os desafios apresentados pelos *gatekeepers*, ainda que não se possa negar que *price fixation* ou a dependência excessiva do critério de maximização do bem estar do consumidor agravam o problema.

De toda sorte, o que precisa ser ressaltado é que o problema dos *gatekeepers* é realmente estrutural, a ponto de alguns autores, como Lina Khan⁸, sustentarem a necessidade de separação dos negócios, de forma que tais

7 Ver FRAZÃO, Ana. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-28042021>; <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-2-05052021>; <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-3-12052021>.

8 KHAN, Lina. The Separation of Platforms and Commerce The Separation of Platforms and Commerce Columbia Law School Scholarship Archive Scholarship Archive Faculty Scholarship Faculty Publications 2019. <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?>

agentes não poderiam nem mesmo atuar nos mercados em que os usuários de seus serviços de conexão atuam. Afinal, a sua posição cria natural conflito de interesses que pode ser facilmente explorado pelas plataformas para aumentar sua dominância, impedir a competição e frear a inovação.

Diante de tal alternativa, uma regulação *ex ante* bem feita pode ser uma alternativa intermediária entre a proibição de atuar em vários mercados e o cenário de se deixar o controle dos mercados restrito ao Antitruste. Por meio de regras apriorísticas de conduta, a regulação *ex ante* pode tentar assegurar a competição pelo mérito, disciplinando o mercado com uniformidade, deixando claras as regras do jogo, reduzindo complexidade e viabilizando a segurança jurídica.

Aliás, sobre tal tema, tem sido uma preocupação marcante a de que o Antitruste precisa reduzir complexidade, razão pela qual até mesmo se deveria cogitar do maior uso de presunções, inclusive no controle de estruturas. Nessa linha de orientação, vedações *ex ante* previstas por uma regulação própria, por mais que não sejam absolutamente perfeitas para todos os casos, o serão para a maioria deles, com a vantagem de orientarem o mercado de forma segura e com maior objetividade.

Não é demais lembrar que vedações *ex ante* em casos de conflitos de interesses são práticas relativamente corriqueiras inclusive no Direito Societário, em relação ao qual parte da defesa da superioridade da teoria do conflito formal vem precisamente da sua simplicidade e da segurança da sua aplicação.

Diante do poder dos *gatekeepers*, cuja magnitude já é preocupante por si só, independentemente da prova de qualquer abuso, parece realmente ingênuo acreditar que o Direito Antitruste é suficiente para resolver o problema. Considerando as inúmeras falhas de mercado já apontadas e os incentivos para a distorção da competição pelo mérito, é muito mais simples, coerente e eficaz criar regras para disciplinar a atuação de tais *gatekeepers*, impondo-lhes um pacote de obrigações de fazer e de não fazer que seja suficiente para impedir que seja ele o criador das regras do jogo competitivo e possa distorcê-lo em seu próprio benefício sempre que quiser.

31/08/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/por-que-o-antitruste-nao-consegue-resolver-o-problema-dos-gatekeepers-31082022>