



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

DIOGO DE ASSIS EIRA

**O PAPEL DOS GIGANTES DA INTERNET COMO *GATEKEEPERS* NO DIREITO
DA CONCORRÊNCIA**

*Análise do Controle de Estruturas no Direito da Concorrência e a Atuação de Network Gatekeepers na
Economia Digital*

Brasília
2019



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

DIOGO DE ASSIS EIRA

**O PAPEL DOS GIGANTES DA INTERNET COMO *GATEKEEPERS* NO DIREITO
DA CONCORRÊNCIA**

*Análise do Controle de Estruturas no Direito da Concorrência e a Atuação de Network Gatekeepers na
Economia Digital*

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação, elaborada sob a orientação do Prof. Angelo Prata de Carvalho.

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Diogo de Assis Eira

BANCA EXAMINADORA

Professor Angelo Prata de Carvalho (Orientador)
Universidade de Brasília

Professor Victor Fernandes
Universidade de São Paulo

Professora Maria Cristine Lindoso
Universidade de Brasília

Professor (a) _____ (Suplente)

Brasília, 2 de Dezembro de 2019.

FICHA CATALOGRÁFICA

de Assis Eira, Diogo
O Papel dos Gigantes da Internet como *Gatekeepers* no Direito da Concorrência - Análise do Controle de Estruturas no Direito da Concorrência e a Atuação de Network Gatekeepers na Economia Digital / Diogo de Assis Eira; orientador Angelo Gamba Prata de Carvalho. -- Brasília, 2019.

99p. Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.

1. Direito da concorrência. 2. Plataformas digitais. 3. Poder de mercado. 4. Network gatekeepers. I. Gamba Prata de Carvalho, Angelo, Mestre em Direito.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

EIRA, Diogo de Assis. 2019. O Papel dos Gigantes da Internet como *Gatekeepers* no Direito da Concorrência. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, número de páginas p. 99.

AGRADECIMENTOS

Parafrazeando meu estimado orientador “não existe pesquisa feita individualmente”. Na realidade, venho a acreditar que não existe caminhada ou até vida realizada individualmente. Então, para muito além deste trabalho e desta conclusão de curso, é preciso agradecer às pessoas que fizeram desta jornada, uma grande aventura.

Meu primeiro agradecimento é à minha família. Ainda que minha recente trajetória venha me ensinando que o termo não se obrigue a aqueles que compartilham conosco o mesmo sangue, não poderia deixar de citar nominalmente as três pessoas mais importantes da minha vida. Agradeço ao meu pai, Fernando, que sempre foi um grande exemplo, um grande profissional, uma fonte inesgotável de energia e força para alavancar nossa família e realizar nossos sonhos. Agradeço a minha irmã, Bruna, que me ensinou, desde pequeno, que brigar pelas coisas é bom (nem que seja por um abraço). Ela, que entre outros grandes aprendizados, me ensinou a amar aventuras, físicas e literárias, e que eu, realmente, sempre poderia contar com ela. Mas especialmente, agradeço e dedico este trabalho à Dona Mônica. A pessoa mais difícil e mais complexa deste mundo, mas também minha rocha e minha referência. Ela que me ensinou a ser a minha melhor versão e a aceitar as derrotas da vida, sabendo que eu sempre poderia me levantar de novo.

Em seguida agradeço aos meus amigos. Embora a vida ensine que as pessoas vêm e vão, alguns de vocês ficarão sempre comigo. A amizade é um lugar onde encontrei algumas das melhores pessoas com quem já tive o prazer de viver e por isso sou muito grato. Sem vitar nominalmente, lembro dos meus amigos de infância, meus amigos do Marista, os integrantes da 110, os membros do Bonde, os integrantes do MEJ, os membros da BJ e os tantos amigos da advocacia.

Por fim, gostaria de agradecer o Professor Ângelo Prata de Carvalho. Você foi uma luz neste processo e real inspiração. Continuarei sempre acompanhando sua trajetória e torcendo que, um grande potencial como o seu, torne-se tudo o que pode. Obrigado!

RESUMO

A emergência de uma nova economia digital e o surgimento de novos agentes econômicos questionam a capacidade do Direito da Concorrência e sua metodologia tradicional de propor respostas capazes de responder às novas demandas do mercado e particulares, no meio digital. Embora a doutrina venha desenvolvendo o tema das plataformas digitais satisfatoriamente, pouca atenção vem sendo reservada a teoria dos “*network gatekeepers*”. O tema, que merece maior esforço dogmático, trata de nova abordagem aos chamados “gigantes da internet” e propõem respostas a diversos questionamentos interpostos pela ação destes agentes digitais. A abordagem que tomou forma pela teoria das plataformas digitais e poder de plataforma, fala de *network gatekeepers* como plataformas digitais qualificadas por uma posição privilegiada. Nesse sentido, trata-se de plataformas digitais dominantes em seus mercados, mas que usufruem da posição que ocupam para exercer poder de mercado e influenciar de forma relevante seus usuários. Diante disso, o presente trabalho se propõe a buscar respostas para as seguintes perguntas: O que são *network gatekeepers*? O que seria poder de *gatekeeper*? Como o Direito da Concorrência pode responder aos reflexos do exercício do poder emanados por estes entes? Desta forma é possível, ao compreender a natureza destes entes e como isso se relaciona com a dinâmica do mercado digital, que consigamos enxergar as limitações inerentes à metodologia tradicional antitruste e porque a seara da concorrência não vem logrando êxito em tutelar, de forma satisfatória, a proteção aos agentes de mercado e aos particulares. Indo além, ao melhor definirmos a natureza do poder das plataformas e do poder dos *gatekeepers*, poderemos capturar a real dimensão dos poderes envolvidos nas relações travadas pelos gigantes da internet e propor uma nova abordagem capaz de responder as principais questões colocadas por estes novos entes digitais. Para tanto, pretende-se, em primeiro etapa, comentar a atual discussão teórica sobre a natureza destes agentes e do poder emanado por eles, para, em próxima etapa, criticar a recente jurisprudência internacional e propor uma nova abordagem ao tema. O presente trabalho pretende contribuir com o debate sobre o conceito dos *network gatekeepers*, bem como sugerir critérios para a sua identificação, e, na esfera do Direito da Concorrência, propor regime de responsabilidade especial aos *network gatekeepers*.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Plataformas digitais; Poder de mercado; Network gatekeepers.

ABSTRACT

The emergence of a new digital economy and the appearance of new economic agents question the ability of the competition law and its traditional methodology to propose answers capable of responding to the new market and private demands in the digital environment. Although the legal doctrine has been successfully developing the theme of digital platforms, little attention has been paid to the theory of network gatekeepers. The theme, which deserves greater dogmatic effort, proposes a new approach to the so-called “internet giants” and offers answers to several questions brought by the action of these digital agents. The approach that has come from the digital platform theory and the platform power theory speaks of network gatekeepers as digital platforms qualified by a privileged position. In this sense, these are dominant digital platforms in their markets, but they enjoy their position to exercise market power and to significantly influence their users. That said, this paper proposes to seek answers to the following questions: What are network gatekeepers? What is gatekeeper power? How can competition law respond to the reflexes of the exercise of power emanating from these entities? Thus, it is possible, by comprehending the nature of these entities and how it relates to the dynamics of the digital market, that we can see the limitations inherent in the traditional antitrust methodology and why the competition has been failing to defend market agents and individuals. Going further, by understanding the nature of the power of platforms and the power of gatekeepers, we will be able to capture the true dimension of the powers involved in the the internet giants’ relationships and propose a new approach capable of answering the key questions posed by these new digital entities. To this end, it is intended, firstly, to comment on the current theoretical discussion about the nature of these agents and the power emanating from them, in order to criticize the recent international jurisprudence and propose a new approach to the subject. This paper aims to contribute to the debate on the concept of network gatekeepers, as well as to suggest criteria for their identification, and, in the sphere of competition law, to propose a special liability regime to network gatekeepers.

Keywords: Antitrust Law; Digital platforms; Market power; Network gatekeepers.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| PLATAFORMAS DIGITAIS, GATEKEEPERS E O NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA | 11 |
| 1.1. A NOVA ECONOMIA DIGITAL | 11 |
| 1.2. AS PLATAFORMAS DIGITAIS | 13 |
| 1.2.1. <i>Mercados de Dois Lados e Multi-lados</i> | 17 |
| 1.2.2. <i>Mercado Movido a Dados Pessoais</i> | 19 |
| 1.3. REGULANDO PLATAFORMAS DIGITAIS E O PODER DE PLATAFORMA | 27 |
| 1.3.1. <i>Conceituando Plataformas Digitais</i> | 28 |
| 1.3.2. <i>A Anatomia das Plataformas Digitais</i> | 32 |
| 1.3.3. <i>Poder de Mercado e Plataformas Digitais</i> | 33 |
| 1.3.4. <i>O Poder de Plataforma</i> | 34 |
| 1.4. OS NETWORK GATEKEEPERS..... | 40 |
| 1.4.1. <i>O Poder de Gatekeeper</i> | 45 |
| 1.4.1.1. <i>O Poder de Gatekeeper – Controle sobre o Fluxo de Informações e Dados</i> | 46 |
| 1.4.1.2. <i>Gatekeeper Power – Controle sobre Processamento de Dados Pessoais</i> | 50 |
| 1.4.2. <i>Gatekeepers e Implicações ao Direito da Concorrência</i> | 51 |
| 1.4.3. <i>Ferramentas para Uma Nova Abordagem Antitruste</i> | 55 |
| JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL ANTITRUSTE E GIGANTES DA INTERNET COMO GATEKEEPERS | 61 |
| 2.1. INTRODUÇÃO..... | 61 |
| 2.2. BREVE ANÁLISE DOS CASOS – FACEBOOK/WHATSAPP E GOOGLE/WAZE | 63 |
| 2.2.1. <i>Um Resumo das Operações</i> | 63 |
| 2.2.2. <i>Os Objetivos Tutelados pela Política de Concorrência e a Metodologia Tradicional Antitruste</i> | 72 |
| 2.2.3. <i>A Metodologia Tradicional, seus Parâmetros e o Mercado Digital</i> | 74 |
| 2.2.4. <i>A Metodologia Tradicional Antitruste e seus Riscos à Privacidade dos Usuários</i> | 77 |
| 2.2.5. <i>Efeitos de Rede e Gatekeepers</i> | 84 |
| 2.3. UMA NOVA ABORDAGEM NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA | 89 |
| REFERÊNCIAS | 94 |

INTRODUÇÃO

A nova economia digital vem pondo o Direito da Concorrência em xeque. Enquanto assistimos, nas últimas décadas, à exponencial evolução tecnológica e à ruína das bases do mundo “moderno” perante a digitalização do mercado e da sociedade, o Direito da Concorrência sempre se posicionou como forte seara de proteção ao mercado e de promoção do bem-estar do consumidor. No entanto, com o surgimento da economia movida a dados e os novos agentes digitais, o paradigma vigente do direito antitruste pode estar “com seus dias contados”.

Enquanto as plataformas digitais, como agentes expoentes da nova economia, dominaram o mercado mundial na última década, ainda nos perguntamos: o que são plataformas digitais? Para além do poder de mercado desses agentes, questiona-se como este modelo de negócio dominou o mercado mais próspero deste século, o mercado de tecnologia e internet, e como esses agentes conseguem surfar na incerteza dos mercados digitais.

No cerne desses questionamentos estão os gigantes da internet, as maiores empresas de tecnologia do mundo. Como grandes plataformas digitais, esses agentes econômicos dominaram seus respectivos mercados e revolucionaram como agentes de mercado e consumidores consomem tecnologia e a própria internet. Por outro lado, sob a luz de recentes casos de abuso de poder destes gigantes, questiona-se qual a natureza destes agentes e qual a extensão de seu poder no mercado e na sociedade.

A presente pesquisa tem como metodologia o estudo da recente doutrina antitruste sobre a natureza dos novos agentes digitais – nomeadamente as plataformas digitais e os *network gatekeepers* – e a realização de estudo de caso, visando aplicar as teorias estudadas e criticar a metodologia tradicional antitruste. Este trabalho, de forma não ortodoxa, optou por dividir-se em dois capítulos. Nesse sentido, decidiu-se por elaborar um primeiro capítulo em que abarca-se o cabedal teórico acerca dos mercados movidos a dados, natureza e poder das plataformas digitais e natureza e poder dos *network gatekeepers*, e um segundo capítulo visando aplicar a referida teoria e criticar a abordagem atual do Direito da Concorrência.

Assim, mais detidamente, o presente trabalho iniciará sua análise objetivando demonstrar a natureza das plataformas digitais e sua forma qualificada: os *network gatekeepers* – como plataformas qualificadas por uma posição privilegiada,

capaz de fechar mercados e influenciar agentes econômicos e particulares de forma relevante.

O capítulo 1, como referencial teórico da pesquisa, comenta o surgimento da nova economia digital e da dinâmica de mercado que deu origem às plataformas digitais, como modelo de negócio. Em seguida, em análise da obra de Ana Frazão, pretende-se discutir a natureza das plataformas digitais e sua correlação com os mercados de dois lados e a economia movida a dados. A pesquisa continua por debater a contribuição da professora Lynskey e dos professores Moazed e Johnson sobre a dinâmica das plataformas digitais e sua anatomia. Como próximo passo, o capítulo explora a teoria do “poder de plataforma” e comenta suas aplicações no mercado digital. O capítulo entra em sua fase final com a análise de Lynskey, sobre a natureza e o poder dos *network gatekeepers*, e finaliza com algumas sugestões no sentido de identificar a posição privilegiada e como as jurisdições poderiam mitigar os efeitos dos poderes estudados.

O capítulo 2, por sua vez, pretende demonstrar como as jurisdições antitruste vêm compreendendo operações de controle de estruturas envolvendo *network gatekeepers* e demonstrar como a metodologia tradicional antitruste falha em seu objetivo de munir as jurisdições de ferramentas capazes de compreender a real dimensão das operações. Assim, o capítulo elege dois casos emblemáticos da jurisprudência internacional, envolvendo aquisição de agentes econômicos por *network gatekeepers*, para analisar. Em seguida, o trabalho, acompanhando o esforço analítico dos professores Stucke e Grunes, tece breves críticas aos pareceres exarados e à metodologia tradicional antitruste, com foco na consecução dos objetivos do Direito da Concorrência, nos parâmetros tradicionais e nos riscos percebidos nas esferas não mercadológicas sob os direitos dos indivíduos. Por fim, este trabalho comenta como a teoria do poder de plataforma e a teoria do poder de *gatekeeper* poderiam ser úteis para apurar o método de análise e prover respostas aos contatados danos a agentes de mercado e usuários das plataformas digitais.

Desta forma, o presente trabalho pretende, ao analisar a natureza dos novos agentes digitais, demonstrar a mudança da dinâmica de mercado que oportunizou a obsolescência da metodologia tradicional antitruste – voltada a aferição de existência e quantificação de poder. Com isso, sob a perspectiva de que o Direito da Concorrência – superando a herança da Escola de Chicago - deve realizar a Política da Concorrência e proteger consumidores e agentes econômicos a despeito de

eventuais mudanças na lógica dos mercados, pretende-se criticar as limitações da atual ferramenta antitruste e propor a incorporação das teorias estudadas como forma de modernizar a análise da concorrência e prevenir potenciais danos ao mercado e aos direitos fundamentais dos usuários digitais.

CAPITULO 1

Plataformas Digitais, *Gatekeepers* e o Novo Direito da Concorrência

1.1. A Nova Economia Digital

A acessibilidade à internet e a evolução tecnológica propuseram grandes mudanças ao mundo que conhecíamos há poucos anos. Com o nascimento de uma nova realidade digital, a capacidade de conectividade e a potência da inteligência artificial vêm abrindo novos caminhos antes pertencentes à ficção. Nesse contexto, o mundo analógico vem dando espaço ao nascimento de novos fenômenos sociais-tecnológicos e de uma nova economia digital.

O fluxo de dados é um dos alicerces do novo mercado digital. Nesse sentido, ergue-se um forte mercado de dados sob a demanda cada vez maior de agentes econômicos instruídos por estratégias movidas a dados (*data-driven*)¹ e ávidos pela captura do mercado digital e seus usuários.

Nós estamos testemunhando uma corrida armamentista competitiva por dados (em oposição a mais privacidade) – a corrida para conectar o “bucket de dados” com o “bucket de dinheiro” por muitas companhias de tecnologia e investidores. O *Big Data* está em papel pivotal na estratégia de tomada de decisão de muitas empresas. Cada vez mais empresas estão adotando modelos de negócios e estratégias *data-driven* para obter e sustentar um diferencial competitivo baseado no uso de dados sobre seus rivais² (tradução livre).

Impulsionada por essa demanda, a inserção do mercado digital na vida dos usuários representa um nova interface entre o mercado e a vida privada dos particulares, onde o fluxo constante de dados fornecidos por nossos dispositivos

¹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 19-21

² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 1.

eletrônicos possibilita o acompanhamento em tempo real da vida dos consumidores/usuários. A economia digital alcança profundamente tanto a esfera mercadológica, quanto a esfera não mercadológica; seus usuários são tanto consumidores quanto cidadãos; e o poder digital impacta ambos.³

Nesse sentido, a economia digital potencializou outro mercado: os mercados de atenção. Wu⁴, em comentário à lógica dos mercados de atenção, comenta “Capture a atenção das pessoas em troca de um pouco de diversão e então revenda isso para empresas que patrocinam a diversão”⁵ (tradução nossa). Embora essa dinâmica – atrair a atenção de particulares e vender a interação para terceiros (em geral anunciantes de produtos e serviços) – não seja nova, a tecnologia vem permitindo uma intensidade de interação e, conseqüente, a comercialização de uma quantidade de tempo e “atenção” cada vez maior, conforme oferta diferentes formas de “diversão” ou “distrações” aos usuários.

Enquanto diferentes agentes do mercado, autores e entes governamentais⁶ expõem os benefícios econômicos da penetração do mercado digital e das externalidades positivas referentes à transparência⁷, questiona-se quais os negócios jurídicos realmente estão sendo travados no meio digital e quais os riscos impostos aos particulares, quando estes não mais têm controle ou visibilidade sobre o trânsito de seus dados pessoais. Indo além, compreendendo que o aparato regulatório não é

³ GERBRANDY, Anna. *Conceptualizing Big Tech as Modern Bigness*. Submission for Panel 2 “Shaping competition policy in the era of digitalization”. 2019. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/anna_gerbrandy.pdf em 30/10/2019.

⁴ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

⁵ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital. pp. 859.

⁶ A OCDE, em informe, comentou como a evolução do mercado digital e o aumento da transparência impacta positivamente o mercado e seus concorrentes ao “aumentar e eficiência pela redução de custo de procura de consumidores e por permitir que concorrentes comparem suas performances” (tradução nossa). Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Roundtable on Information Exchanges between Competitors under Competition Law*. Nota da delegação dos Estados Unidos, DAF/COMP/WD(2010) 117. Disponível em <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/09/17/269282.pdf> em 24/10/2019.

⁷ Ezechiel e Stucke elucidam como as transformações tecnológicas modificaram nosso mundo e a forma como interagimos entre nós e com o mercado. Neste sentido, fala-se dos benefícios da penetração tecnológica como a implementação de uma série de tecnologias que democratizaram comodidades (como o advento das compras online) e livraram os consumidores da influência dos negócios locais. Já sobre as externalidades positivas da transparência, os autores citam a capacidade de comparação em tempo real de preços e qualidade de produtos a venda, o que reduz a “assimetria informacional” entre consumidores e vendedores. A diminuição da “assimetria informacional”, por sua vez, importaria diretamente no aumento do bem-estar do consumidor. EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 1-4

totalmente capaz de mitigar os riscos impostos por estes negócios jurídicos, quem são os agentes econômicos que reivindicaram o poder de decidir sobre estas transações e ocupam o cerne do meio digital?

Nesta investigação, um novo player ganha destacada relevância pela sua posição privilegiada, influência dominante e pelo potencial impacto de suas atividades no modo de vida de particulares: as plataformas digitais. Ocupando o cerne da nova economia digital, estes agentes incorporaram a expertise do tratamento de dados às suas estratégias comerciais e dominaram o mercado mundial nos últimos anos.

Frente ao fenômeno das plataformas digitais e seus impactos social-mercadológicos, constatamos sermos incapazes de prever ou responder, com a velocidade necessária, aos saltos tecnológicos, novas interfaces e novas práticas de mercado sob o paradigma da atual metodologia antitruste⁸. Como veremos no decorrer deste trabalho, as plataformas digitais desafiam os parâmetros da doutrina tradicional do direito da concorrência e impõem a necessidade de irmos além das análises tradicionais, em vista proteger os direitos fundamentais dos particulares e limitar as ações destes entes no mercado.

1.2. As Plataformas Digitais

As plataformas digitais dominaram o mercado mundial nos últimos anos. Como introduz Tirole⁹, em 2017, as maiores companhias globais já exploravam o mercado utilizando esse modelo de negócio. Enquanto ficam claras as evidências da vantagem competitiva¹⁰ do modelo de negócio adotado pelos gigantes da internet¹¹,

⁸ Thales Lemos, ao realizar breve análise acerca de alguns dos mais relevantes casos da jurisprudência antitruste internacional, descreve a falta de consenso entre as autoridades antitruste sobre como analisar poder de mercado e enquadrar as plataformas digitais e mercados de dois lados. LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 201-216.

⁹ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

¹⁰ KIM, Nancy S; TELMAN, D. A. Jeremy. *Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent*. pp. 8. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2573477. Acesso em: novembro 2019.

¹¹ Sobre o termo “gigantes da internet” para se referir a aquelas empresas de tecnologia que dominam o ambiente online, como a Google, Facebook, Yahoo e Microsoft. Argumentamos que devido a seu tamanho e dominância no mercado, essas empresas exercem autoridade semigovernamental e poder de monopólio que tornam o consentimento dos usuários para coleta de seus dados insignificante” (tradução nossa).

resta saber o que de fato são plataformas digitais e como esse modelo de negócio foi capaz de capturar a economia global perante tantas mudanças e a uma enorme dificuldade de prever o futuro de mercados emergentes.

Nesse sentido, a professora Ana Frazão¹² nos dá pistas a respeito do significado desse fenômeno ao demonstrar como as plataformas digitais são predominantemente marcadas pela capacidade de promover a interação entre polos do meio digital. Assim, as plataformas são capazes de manipular o fluxo de conexões, no meio digital, entre agentes, de forma a promover o aumento do volume de transações por meio da alocação de custos entre os polos.

Verdadeiros intermediários digitais, as plataformas atuam ao potencializar os “efeitos de rede”¹³ e tendem¹⁴ a ocupar mercados de dois lados ou multi-lados, ao utilizarem-se de sua capacidade de deslocar custos de um mercado para outro, ofertando racionalidade econômica ao modelo de negócio.

Como a referida autora esclarece, as plataformas digitais atuam sobre uma lógica de conectividade. Nesta esteira, Katz e Shapiro discutem como, ao atraírem usuários diferentes, as plataformas ofertam valor ao seus usuários por meio de interações coordenadas. Esses fenômeno chamado “efeitos de rede” se daria pela criação de benefícios derivados da coordenação de interações entre usuários de uma rede com interesses compatíveis ou complementares¹⁵.

A ideia central dos efeitos de rede, segundo Evans e Schmalensee, é a de que , em determinados casos, o valor de um serviço é diretamente condicionado pela quantidade de consumidores que o utilizam. Desse modo, a medida em que crescem o número de consumidores, tal conjunto passa a atrair cada vez mais usuários. As inter-relações são denominadas,

¹² FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I. Editora D'Plácido. 2018. pp. 635-670.

¹³ Em “Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans”, Evans e Schmalensee esclarecem que as inter-relações entre consumidores são denominadas *redes*, ao passo que a relação positivas entre consumidores são denominadas *efeitos de rede*. EVANS, David; SCHMALENSSEE, Richard. *Network effects: march to the evidence, not to the slogans*. Antitrust Chronicle. 2017. Disponível em <http://mitsloan.mit.edu/shared/ods/documents/?DocumentID=4243> em 18/11/2019.

¹⁴ Como esclarece Frazão, embora possamos levantar a existência de plataformas atuando em mercados de um lado, em sua maioria, as plataformas digitais tendem a se organizar em mercados de dois lados ou multi-lados visando usufruir do poder inerente aos efeitos de rede presentes neles.

¹⁵ KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. *Systems competition and Network effects*. The journal of economic perspectives. v. 8, n. 2. 1994. pp. 94-95.

portanto, *redes*, ao passo que as interações positivas entre os consumidores são denominadas *efeitos de rede*¹⁶.

Como estratégia geral, as plataformas procuram fomentar grandes bases de usuários e estimular a interação entre eles. Sobre seus objetivos, Mansell¹⁷ esclarece: “O interesse do proprietário da plataforma é, ao agregar conteúdo e moldar o fluxo do tráfego, auferir lucro e obter alta visibilidade na ecologia do mercado” (tradução nossa).

Portanto, por meio de contratos eletrônicos, no momento da adesão, as plataformas adquirem o direito de extrair dados pessoais dos usuários, enquanto atraem clientes ao ofertar o acesso qualificado¹⁸ a usuários e comunidades. Para tal, as plataformas digitais gozam de grande adaptabilidade para se inserir em diferentes mercados da economia digital e ofertam uma diversa gama de atrativos¹⁹ tanto para clientes, quanto para sua base de usuários²⁰.

O fenômeno das plataformas não é recente ou exclusivo do meio digital, embora, recentemente, venha ganhando cada vez mais importância e notabilidade na economia digital²¹. As plataformas analógicas²² compreendem uma diversidade de negócios que utilizam-se das mesmas premissas de conexão de agentes econômicos com particulares. Nesse sentido, o sucesso das plataformas digitais enuncia que a migração do modelo de negócio para o meio digital proporcionou um crescimento do potencial dos agentes que o adotaram. No entanto, na esteira de Frazão²³ e Tirole²⁴

¹⁶ FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido. 2018. pp. 639.

¹⁷ MANSELL, Robin. *Platforms of power*. Intermedia, 2015. pp. 02. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/61318/> em 28/10/2019.

¹⁸ O acesso é qualificado dá-se por meio do processo de *matching* que é fruto de um complexo trabalho de extração de dados pessoais e tratamento para *profiling*.

¹⁹ Nesse sentido as plataformas digitais utilizam-se de diversas estratégias. Na atração de usuários podem, por exemplo, se posicionarem como fontes de entretenimento, facilitação de pagamento, redes sociais, ofertantes de bens e serviços. Já na atração de clientes, ofertam todo o tipo de interação qualificada e acesso a comunidades cada vez mais específicas, por exemplo, por meio de propagandas personalizadas, inteligência de mercado e rastreamento de clientes prévios e outros.

²⁰ MANSELL, Robin. *Platforms of power*. Intermedia, 2015. pp. 2-3. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/61318/> em 28/10/2019.

²¹ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton University Press. 2017. Versão Digital. pp. 652-655.

²² Refere-se a plataformas analógicas como as plataformas *off-line*. Dentre as plataformas analógicas, as emissores de televisão e as estações de rádio exerceram forte influência nas últimas décadas e consagram o modelo de plataformas analógicas dentro do mercado de dois lados ou multi-lados.

²³ FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido. 2018. pp. 637.

credita-se a inovação e acréscimo de potencial desse modelo de negócio à internet, que conferiu penetração e velocidade às plataformas digitais.

Ao analisar o nascimento e expansão de outros modelos de negócio – em especial as *network enterprises* –, Castells²⁵ comenta como o surgimento da internet impactou os novos agentes da economia digital e qual foi a contribuição desse suporte tecnológico para o sucesso desses modelos de negócio.

No entanto, se a *network enterprise* precedeu a difusão da internet, qual foi a contribuição específica desse suporte tecnológico para esse novo modelo de negócio? A resposta é: ela permitiu escalabilidade, interatividade, flexibilidade de gestão, *branding* e customização em um mundo de negócios conectados²⁶ (tradução nossa)

Manuel Castell ²⁷ explica como cada um elementos impactou positivamente os negócios da era da internet. O elemento escalabilidade, para o autor, conferiu grande adaptabilidade aos negócios, ao conferir a capacidade de evoluir e expandir, conforme a estratégia do negócio, utilizando-se dos baixos custos com ativos inutilizados, visto que todos ativos podem ser reprogramados e adaptados a situação da empresa. A interatividade em tempo real, por sua vez, conferiu melhor qualidade de informações e maior ajuste entre sócios dos negócios. A flexibilidade de gestão tem a ver com o suporte tecnológico provido pela internet para gestões descentralizadas, quando as empresas precisavam auto gerir-se, ao mesmo tempo que encaravam o desafio de expandir suas operações e diversificar sua composição, visando atender cada novo projeto/desafio. O elemento *branding* versa sobre a possibilidade de obter constante resposta de toda sua cadeia produtiva (bem como de vendas e outros), no sentido a ter controle sobre o resultado final e o processo de inovação. Nesse sentido, o controle garantiria a experiência com a marca e a boa

²⁴ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton University Press. 2017. Versão Digital. pp. 652-655.

²⁵ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. pp. 67-78.

²⁶ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. pp. 76.

²⁷ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. pp. 76-77.

reputação. Por último, a customização é a capacidade de encontrar um meio termo entre usufruir dos ganhos de escala produtos/serviços de produção em massa e manter os consumidores satisfeitos com a produção de produtos/serviços customizados. Dessa forma a tecnologia serviria para encontrar nichos e focar a estratégia de customização em consumidores e grupos de forma eficiente.

1.2.1. Mercados de Dois Lados e Multi-lados

Nos mercados de dois lados, tanto ofertantes quanto compradores buscam a interação e se beneficiam com o aumento de agentes em ambos os lados. Conforme entendimento de Haucapp e Heimeshoff²⁸, a chave para entendermos um mercado de dois lados são os “efeitos de rede indiretos” – entendidos como o fenômeno em que o número de usuários em um mercado atrai mais usuários no outro mercado.

Entendendo o advento da internet enquanto mecanismo facilitador da expansão exponencial de contatos e interações entre agentes, as plataformas digitais se aproveitaram do fato de que, embora a possibilidade de conexão viesse aumentando proporcionalmente a penetração do uso da internet na população²⁹, os agentes econômicos agora enfrentavam altos custos para achar e fidelizar seus clientes em um emaranhado de dados.

Neste sentido, Prata de Carvalho³⁰, em comentário à obra “*The Nature of the Firm*” de Ronald Coase, explica como os agentes econômicos tendem a se organizar em “firmas”, objetivando a redução de custos de transação, tendência que, na nova economia digital, conduz ao surgimento das plataformas digitais.

A percepção desse estado de coisas aponta, assim, para a conclusão fundamental de Coase: a de que, tendo em vista que

²⁸ HAUCAPP, Justus; HEIMESHOFF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition on market monopolization?*. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. n. 83. Janeiro 2013. pp. 3-4.

²⁹ Em 2019, a penetração da internet na população mundial cresceu para 57%, enquanto no Brasil alcançou cerca de 70% da população. Nesse sentido, mais de 149 milhões de brasileiros já integram a economia digital. PAG BRASIL. *Relatório Digital 2019*. 28/02/2019 – Disponível em <https://www.pagbrasil.com/pt-br/insights/relatorio-digital-in-2019-brasil/> em 28/10/2019.

³⁰ CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Sociologia do poder nas redes contratuais*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23.

existem custos de utilização do mecanismo de preços – especialmente na negociação e na conclusão de contratos para cada operação de troca, o que requer a agregação de informações suficientes para a percepção das condições do mercado –, a formação de uma organização que conte com autoridade para alocar recursos reduz esses custos.³¹

Assim, as plataformas digitais se especializaram em criar essas pontes, por meio de algoritmos movidos a dados, entre agentes econômicos e consumidores, visando reduzir custos de conexão³² (ao encontrar a base de clientes) e custos de marketing (ao melhorar a inserção dos agentes nos nichos corretos) a partir de um refinado processo de *profiling e matching*³³.

Por consequência, a relação entre as plataformas digitais e os mercados de dois lados se estabelece em meio a proposta de responder a demanda de ofertantes/clientes por meio da capacidade de influenciar o volume de transações com usuários, ao deslocarem custos de um mercado para outro, cobrando mais de um lado e reduzindo o valor pago pelo outro³⁴.

Por exemplo, durante uma audiência do comitê de comércio e judiciário do Senado Americano, o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg respondeu ao Senador Hatch³⁵:

Senador Hatch – Bem, se sim [sobre a possibilidade de sempre haver uma versão gratuita do Facebook], como você sustenta um modelo de negócio no qual os usuários não pagam pelo seu serviço?

³¹ CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Sociologia do poder nas redes contratuais*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23.

³² EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 5-6.

³³ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 5.

³⁴ FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido. 2018. pp. 636-638.

³⁵ Transcrição da audiência de Mark Zuckerberg no comitê de comércio e judiciário do Senado Americano ocorrida em 09/04/2018. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark-zuckerbergs-senate-hearing/> em 27/10/2019.

Mark Zuckerberg – Senador, nos publicamos anúncios.
(tradução nossa)

O caso acima ilustra como as plataformas digitais subvertem a lógica do mercado tradicional e podem criar ambientes de custo próximos a zero para acesso, reprodução e distribuição das atividades de seus usuários, ao subsidiarem sua operação deslocando custos a seus clientes (ofertantes). Essa lógica, do ponto de vista do usuário, de acordo com Goodson³⁶, ganha novos contornos ao subverter também a percepção sobre o custo dos produtos “gratuitos”. Em *“If You're Not Paying For It, You Become The Product”*, o autor comenta a imposição de novos termos de uso pela Google e como a lógica de fruição de serviços e produtos “gratuitos”, no meio digital, dá-se, na verdade, em troca da privacidade – na forma de dados pessoais- dos usuários, que alimentam o negócio de publicidade online das plataformas. Tim Wu³⁷, em comentário as declarações de Tim Cook (CEO da Apple), que deram origem ao título do artigo da Forbes, repisa como é tênue o balanço entre a oportunidade de produtos e serviços (“diversão gratuita”) e o ônus exploração de dados cada vez mais sensíveis. Nesse sentido, o autor versa sobre como a batalha entre Google e Apple vem mudando as estruturas do mercado de atenção e permeia o debate sobre a privacidade dos usuários.

1.2.2. Mercado Movido a Dados Pessoais

A grande disponibilidade de dados é uma das bases do mercado digital contemporâneo. Os autores Eyrachi e Stucke³⁸ esclarecem que, conforme a utilização de dados foi se comprovando como grande diferencial competitivo, a tendência de adoção de estratégias movidas a dados veio se consolidando e alimentou a demanda por um mercado de dados.

³⁶ GOODSON, Scott. *If You're Not Paying For It, You Become The Product*. Forbes Magazine. Março 2012. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/marketshare/2012/03/05/if-youre-not-paying-for-it-you-become-the-product/#6dbbeb915d6e> em 18/11/2019.

³⁷ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital. pp. 881-885.

³⁸ EZRACHI, Ariel; Stucke, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 19-21.

Os dados pessoais³⁹ ganharam importância mercadológica cada vez maior conforme a tecnologia permitiu a vinculação a pessoais “reais”, tornando-se verdadeira extensão de suas personalidades no meio digital⁴⁰. A possibilidade de alimentar grandes bases de dados e processá-los por algoritmos, permitiu a criação de ferramentas cada vez mais precisas e capazes de prever tendências e comportamentos humanos. Para além da potencial exploração econômica destas informações, Maria Cristine Lindoso⁴¹ comenta a crescente preocupação com o poder derivado dos relacionamentos virtuais e a preocupação com a seara da proteção de dados.

Na seara dos relacionamentos em tempos virtuais, a proteção aos dados pessoais é a de maior relevância, seja porque enseja discussões sobre privacidade e personalidade, seja porque permite atribuir comportamentos e informações a usuários específicos⁴².

Compartilhando desta preocupação, Ana Frazão⁴³ versa sobre a importância dos dados sob a ótica do Direito da Concorrência e afirma que “mais do que um insumo ou uma moeda, os dados correspondem a grandes fontes de poder na medida em que podem ser convertidos em informações úteis para os mais diversos propósitos”. Nesse sentido, a autora bem explica que o negócio de dados não se trata do mero acesso a dados e da sua consolidação, mas do seu processamento voltado a

³⁹ Lindoso chama a atenção que para o correto entendimento do que são dados pessoais precisamos compreender a identidade como seu aspecto fundamental. Por sua vez, identidade seria “aquilo que define pessoas e que as torna passíveis de serem reconhecidas, diante de terceiros, por suas atitudes e características”.

⁴⁰ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 243.

⁴¹ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 241-262.

⁴² LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 243.

⁴³ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 181-199.

transformá-los em informações (como vantagem competitiva) e, posteriormente, poder de mercado. Dessa forma, o Direito da Concorrência vem se importando cada vez mais com o acesso a dados e capacidade de processamento como verdadeiras bases do poder de mercado, no meio digital.

Como vimos, o modelo de negócio das plataformas digitais se baseia na promoção de transações entre clientes e usuário, por meio do fomento à interações entre estes polos. No entanto, essa operação tem por pano de fundo a verdadeira expertise das plataformas digitais: extrair, tratar e transformar dados, em especial dados pessoais. Assim, enuncia-se que os ambientes de “custos zero” promovidos pelas plataformas digitais não são verdadeiramente gratuitos, já que a moeda de troca são os dados pessoais dos usuários⁴⁴.

A participação das grandes plataformas no mercado de dados gera efeitos a todo o plano concorrencial. Como revisita Frazão⁴⁵, as plataformas proporcionam um duplo efeito sob a ordem econômica:

- (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 o processamento fora delas e (ii) e o fomento da crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços.

Os negócios jurídicos que perpassam as atividades de extração e tratamento de dados pessoais, visando a alimentar o mercado de publicidade digital, utilizam-se de procedimento de processamento de dados composto por duas fases essenciais: o processo de *profiling* e o processo de *matching*. Como bem explica Auvinen⁴⁶, o processo de *profiling* é o tratamento dos dados coletados por meio da

⁴⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 188.

⁴⁵ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 183.

⁴⁶ AUVINEN, Heidi. *Profiling of users in online platforms*. Platform Value Now Project. Maio 2018. Disponível em <http://platformvaluenow.org/signals/profiling-of-users-in-online-platforms/> em 20/10/2019.

interação com usuários e a criação de verdadeiros cadastros virtuais, que cruzam e identificam dados pessoais de diversas bases e fontes.

coleta, análise e aplicação de dados dos usuários como parte funcional de uma plataforma. Isso significa que algoritmos são usados para acessar e processar vastas quantidades de dados, como dados pessoais, antecedentes e registros de comportamento online (tradução nossa)

A Comissão Europeia, em análise ao caso Facebook/WhatsApp⁴⁷, comentou sobre como ocorre a criação e gestão de cadastros virtuais por plataformas digitais:

O cadastro do usuário corresponde a identidade online do usuário, oferecendo informações em relação ao emprego do usuário, escola/universidade frequentada, status de relacionamento, aniversário, evento de vida marcantes e etc., bem como gostos e interesses (ou seja, música, filmes, etc.). Um usuário, geralmente, selecionam a que nível as informações em seu perfil são acessíveis ao público (tradução nossa)

O *matchmaking*, ou processo de *matching*, por sua vez, é o direcionamento, de dados, conteúdos, publicidade e propostas, patrocinados por clientes da plataforma, à usuários potencialmente “interessados” (ou que podem se interessar). O processo trata de uma complexa análise, por meio de algoritmos, dos cadastros virtuais dos usuários das plataformas, com o intuito de identificar padrões de interesse e comportamento e utilizá-los para promover o aumento de interações e, por seguinte de negócios jurídicos entre usuários e clientes da plataforma. Lindoso⁴⁸

⁴⁷ COMISSÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP. 03/10/2014. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf em 10/11/2019.

⁴⁸ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia

comenta como as relações nos meios digitais provém poder aos agentes digitais, através do conhecimento sobre a esfera privada do usuário, e como funciona o processo de *matching*.

quando um anúncio é disponibilizado para um usuário, todo um sistema estruturado em modelos matemáticos já calculou quem é esse usuário, em que local se encontra e quais seus principais interesses e atividades; já é de conhecimento do sistema seu potencial financeiro, quanto pretende gastar na compra daquele produto específico e até quais são seus receios sobre aquela compra. Ou seja, o intenso relacionamento com a tecnologia faz com que ela possua conhecimento sobre absolutamente tudo na esfera da vida humana. Há uma manipulação no processo decisório através das estruturas matemáticas sobre as quais não se tem controle, não se tem regulação, e, muitas vezes, sequer se tem conhecimento da existência⁴⁹

O processo, do ponto de vista econômico, busca diminuir os custos de conexão ao qualificar as interações ao selecionar usuários, cujos cadastros virtuais demonstrem traços favoráveis aos negócios jurídicos propostos pelos clientes. Da mesma forma, esse processo tende a melhorar a entrega de valor agregado conforme os algoritmos vão evoluindo a velocidade de processamento e as bases de dados da plataforma comportam mais dados qualificadores aos cadastros virtuais. Ezrachi e Stucke⁵⁰ comentam brevemente como esse processo é utilizado por plataformas de compras e pode auxiliar os consumidores ao lhes conferirem mais dados e aumentarem a eficiência dos processos decisórios.

jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 250-252.

⁴⁹ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 251.

⁵⁰ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 4-7.

plataformas de compras online oferecem a seus usuários ferramentas interativas para identificar os produtos e serviços que combinam com suas preferências. A combinação de parâmetros definidos pelos usuários, como preço máximo e avaliação média de outros usuários, com o algoritmo da própria plataforma, como acessórios que combinam com o item que o consumidor está considerando, significa que a plataforma online pode destilar para os consumidores um volume bem maior de informações relevantes que ele teriam de qualquer outra forma, possibilitando que decisões de compra sejam feitas de forma mais eficiente (tradução nossa)⁵¹.

As plataformas digitais, dentro do contexto da economia movida a dados, tornam-se o cerne destas preocupações não só pela posição privilegiada, que possibilita a extração massiva de dados pessoais, mas pela influência que as plataformas exercem na vida dos particulares e pela falta de transparência⁵² que o processo de extração, tratamento e compartilhamento de dados envolvem.

O poder que estes agentes detêm sobre os dados pessoais, como extensão da personalidade⁵³ dos indivíduos no meio digital, impacta diretamente a discussão⁵⁴ relativa ao direito de privacidade⁵⁵ e a ética no processamento de dados. Acontece

⁵¹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 5.

⁵² LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 252.

⁵³ Lindoso invoca a proteção aos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro ao comentar “A personalidade é expressamente protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro e encontra sua definição na espécie de “direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”, caracterizados por serem “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”, como bem entende o art. 11 da Constituição Federal de 1988.”.

⁵⁴ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 245.

⁵⁵ Ferraz Júnior logra êxito em conceituar, de forma instrumental, o instituto do direito à privacidade ao comentar que “privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de

que, como Lindoso⁵⁶ esclarece, o processamento de dados e propagação de informações, realizado pelos grandes players digitais, é realizado sem grande transparência ou vínculo com modelos inidôneos e, por vezes, com o objetivo de manipular usuários. Assim, a presença desse poder causa dois problemas distintos “(i) violação aos direitos de privacidade; (ii) discriminação estatística a partir da manipulação de processos decisórios”⁵⁷.

Na mesma esteira, um relatório⁵⁸ da *UK Competition and Markets Authority* (CMA) – autoridade antitruste britânica – enuncia como o processo de *profiling*, como ferramenta de diferenciação e discriminação, pode ser utilizado como artifício para manipular usuários e impor piores condições de transação a eles. Nesse sentido, a extensão coleção de dados permitiria às grandes plataformas entender padrões de qualidade mínimos, para mercados ou nichos, e ofertar produtos, serviços e oportunidades com qualidade inferior. Essa discriminação se sustentaria com base na assimetria informacional, identificada pelos algoritmos, e na exploração do preço de reserva dos usuários – o máximo custo que o cliente está disposto a pagar pela menor qualidade que ele está disposto a aceitar⁵⁹.

Indo além da obscuridade acerca dos objetivos do processamento de dados, a própria base do processo de *profiling* é problemáticas. Como elucidada Lindoso⁶⁰, os algoritmos processadores são “contaminados” pela subjetividade humana - valores e preferências de quem os cria. Nesse sentido, as correlações estatísticas destes algoritmos, voltadas a identificação de padrões, podem ser eivadas

dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 88, pp. 440, jan. 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841> em 21/11/2019.

⁵⁶ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 253-254.

⁵⁷ LINDOSO, Maria Cristine Branco. Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 254.

⁵⁸ CMA. *The commercial use of consumer data: Report on the CMA's call for information*. CMA 38. Junho 2015. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf em 21/11/2019.

⁵⁹ LYNKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 19-20.

⁶⁰ LINDOSO, Maria Cristine Branco. O processo decisório na era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 91-106.

de padrões discriminatórios e preconceituosos. Como a autora apresenta, por exemplo, já foram identificados diversos casos em que, em processos de concessão de crédito, algoritmos utilizavam-se de critérios discriminatórios – prática conhecida como *racial profiling*⁶¹.

correlações estatísticas sobre o local de compra daquele indivíduo, sua raça, nomes tipicamente atribuídos a brancos ou negros, seu local de moradia, dentre outras informações, para inferir o potencial de adimplemento de dívidas daquele indivíduo.⁶²

À luz desses fenômenos, Mendes⁶³ lembra que projeto constitucional regulou o fenômeno da informação, se preocupando com o processo de circulação informacional e seu efeito sobre os direitos fundamentais. Assim, a autora repisa que a evolução da estrutura de comunicação e informação interage diretamente com o complexo de direitos fundamentais por meio de três elementos principais:

- a) a dependência dos indivíduos em relação à infraestrutura de comunicação e informação;
- b) os riscos individuais que o processamento e a utilização de informação podem causar;
- c) a influência do processamento e da utilização de informações no sistema de direitos fundamentais como um todo.⁶⁴

⁶¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. pp. 162. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

⁶² LINDOSO, Maria Cristine Branco. O processo decisório na era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 97.

⁶³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

⁶⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. pp. 163. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

Por fim, a professora⁶⁵ reitera que na conflituosa relação entre mercado digital e proteção a dados, o direito de proteção não é absoluto e pode ser limitado. Corroborando pra isso que a própria lógica do mercado digital – como mercado de atenção⁶⁶ – pressupõem a troca de bens e serviços pela “ausência de privacidade”. Assim, sob olhar mais atento aos efeitos e distorções das práticas dos agentes digitais, avança-se sobre as tentativas de compreender e regular o poder das plataformas digitais.

1.3. Regulando Plataformas Digitais e o Poder de Plataforma

O embate que permeou a criação das estruturas de governança da internet sempre envolveu preocupações sobre a influência de agentes interessados em encampar esse processo de regulação. Na esteira de Lysnkey⁶⁷, enquanto, durante o processo, muito se falava da intervenção dos Estados no processo, o resultado final desvendou uma estrutura que se afastou muito da visão libertária dos projetos originários. A atual governança da internet permitiu uma forte participação dos agentes privados nos principais debates a cerca de regulação e proteção dos usuários, enquanto os Estados dependem cada vez mais destes entes para fazer valer as normas impetradas em suas jurisdições⁶⁸.

Conforme estes agentes digitais participam ativamente da regulação do seu próprio meio e atividades econômicas, inclusive na promoção do “interesse público”, eles ganham cada vez maior influência sobre os particulares e poder sobre o exercício de seus direitos no meio digital. Dentro da lógica do mercado de atenção⁶⁹, a crescente integração entre os meios “reais” e digitais representam real perigo a coesão social.

⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. pp. 185-189. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

⁶⁶ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

⁶⁷ LYSNKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 1-3.

⁶⁸ No entendimento de Lysnkey, os Estados operam junto a entes privados para fornecer bens públicos e promover o “interesse público” por meio de leis, responsabilidades e a possibilidade de influenciar no comportamento online de particulares.

⁶⁹ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital. pp. 859.

Como invoca Gerbrandy⁷⁰, quando tratamos dos gigantes da Internet – por ela conceituados como “*modern bigness*” – a combinação entre poder econômico e digital aponta para a eminência de desafios para nossa sociedade nas searas da democracia, direitos fundamentais e vidas individuais. Na mesma lógica, estes entes representam um duro desafio ao Direito, no sentido a enunciar a dificuldade que as jurisdições tem em lidar com as mudanças da economia digital.

Soma-se a esses desafios o processo histórico⁷¹ de desconfiança contra os grandes agentes econômicos no Direito da Concorrência, o que atrai o olhar atento a possíveis efeitos negativos do exercício de poder de mercado. Nos ensinamentos de Motta⁷², o poder de mercado alude à habilidade de um agente econômico de elevar os preços acima de algum nível competitivo de forma lucrativa. Por sua vez, o exercício de poder de mercado é capaz de gerar perda de bem estar do consumidor ao elevar artificialmente os preços em um mercado relevante.

Como lembra Gerbrandy⁷³, o Direito da Concorrência contemporâneo, sob forte influência da doutrina econômica neoliberal, é fortemente centrado na proteção do bem estar do consumidor e eficiências de mercado. Sob essa plataforma de inspiração econômica, estas jurisdições são confrontadas por novos fenômenos da economia digital, como a emergência do poder de plataforma, sob forte desconfiança de sua capacidade de resposta a efeitos percebidos fora da esfera do mercado.

1.3.1. *Conceituando Plataformas Digitais*

⁷⁰ GERBRANDY, Anna. *Conceptualizing Big Tech as Modern Bigness*. Submission for Panel 2 “Shaping competition policy in the era of digitalization”. 2019. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/anna_gerbrandy.pdf em 30/10/2019.

⁷¹ Gerbrandy elucida que as preocupações relativas a influência de companhias poderosas sob a democracia e proteção da liberdade individual pode ser traçada no processo histórico do desenvolvimento do Direito da Concorrência europeu e americano.

⁷² MOTTA, Massimo. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Massimo Motta, Lúcia Helena Salgado; tradução Lúcia Helena Salgado – 1. Ed. – Rio de Janeiro; Elsevier, 2015.

⁷³ GERBRANDY, Anna. *Conceptualizing Big Tech as Modern Bigness*. Submission for Panel 2 “Shaping competition policy in the era of digitalization”. 2019. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/anna_gerbrandy.pdf em 30/10/2019.

O estudo sobre os efeitos do poder de plataforma vem ganhando força na agenda regulatória de jurisdições antitruste ao redor do mundo⁷⁴. Neste sentido, a elevação das plataformas digitais e do poder de plataforma a objetos regulatórios exige um processo de conceituação de ambos⁷⁵, no sentido a promover melhor acurácia do esforço regulatório e a debater se há a necessidade da criação de um regulamento próprio ou se o foco será em adaptar regulamentos existentes.

Acompanhando a tendência mundial, a jurisdição antitruste europeia vem investindo em um conceito capaz de abarcar a amplitude do modelo de negócio das plataformas digitais, sem perder foco nas peculiaridades destes entes que desencadeiam os efeitos do poder de plataforma.

Em oposição a eleição das plataformas digitais como foco do projeto regulatório, a obra de Lynskey⁷⁶ traça argumentação sob o pretexto de demonstrar a nebulosidade do termo “poder de plataforma” e invoca a necessidade de uma abordagem regulatória focada em condutas que possam ferir a concorrência e não na conceituação de novos entes. Nesse sentido, ela inicia por segmentar e criticar separadamente os termos “plataforma” e “poder”, com intuito de demonstrar a inadequação do objeto regulatório.

Analisando o termo “plataforma”, a autora o declara como fluido e abrangente. Nesse tocante, atrai a experiência da jurisdição antitruste europeia para demonstrar a dificuldade de conceituação dos entes “plataformas digitais”.

Como a professora invoca, em 2015, o Parlamento Europeu lançou um relatório apontando que “uma plataforma digital fornece uma base (tecnológica) para entregar ou agregar serviços/conteúdo de provedores de serviço/conteúdo para usuários-finais”⁷⁷ (tradução nossa). Em seguida, fruto de outra iniciativa, em 2016, a *European Commission’s Digital Single Market Communication* conceituou plataformas, em uma consulta pública, como “uma empresa que opera em mercados de dois (ou multi) lados, que usa a Internet para permitir interações entre dois ou mais

⁷⁴ Além da experiência europeia e Americana, se destaca os esforços regulatórios da jurisdição antitruste holandesa no trato a plataformas digitais.

⁷⁵ LYNKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 5.

⁷⁶ LYNKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 4-9.

⁷⁷ Relatório TNO. *Digital Platforms: an analytical framework*. (n 21) 11; European Parliament. *Challenges for Competition in a Digitalised Economy*. Estudo do ECON Committee, Julho de 2015.

grupos interdependentes, mas distintos, de usuários, de modo a gerar valor para pelo menos um dos grupos” (tradução nossa).

Na visão de Lynskey⁷⁸, o esforço europeu além de demonstrar a complexidade da conceituação, ainda ressalta uma dúvida central: qual seria o recurso/característica especial das plataformas digitais que mereça uma regulação específica?

Analisando o processo argumentativo de Orla Lynskey⁷⁹, a primeira definição, apresentada pela jurisdição europeia, é tida como ampla e procura abarcar toda diversidade de plataformas digitais. Já a segunda definição preocupa-se mais em capturar o elemento-chave do modelo de negócio e elege a relação com mercados de dois lados (ou multi-lados) como este artifício. Nesse ponto, Lynskey é categórica em afirmar que ambas as definições são falhas e não possibilitam responder de forma satisfatória a questão de qual seria a razão da demanda pela regulação específica.

Sobre a primeira definição, a crítica recai sobre a dificuldade de estabelecer as diferenças entre plataformas digitais e plataformas analógicas, sob a ótica de sua operação. Ainda, a autora repisa sua inconformidade com a eleição da referida “base tecnológica” como elemento capaz de merecer regulamentação específica, no sentido a afirmar que “ser digital” não é o bastante. Já a segunda definição, que tem como base a participação em mercados de dois lados, é igualmente alvo de críticas pela autora. Em sua argumentação, ela explicita que a atuação em mercados de dois lados é amplamente conhecida e trabalhada pela teoria econômica e que vinculação desta característica às plataformas digitais, além de arbitrária, seria inconsistente. A autora⁸⁰ levanta que a participação em mercados de dois lados não é, obrigatoriamente, uma característica incorporada por todas as plataformas digitais, invocando o exemplo da Netflix (que atua ofertando serviços diretamente aos seus usuários). Nesse sentido, a característica faria parte da estratégia de negócios da maioria das plataformas digitais e não da natureza dos entes.

Dessa maneira, o presente trabalho não adere ao entendimento de Lynskey sobre a nebulosidade dos conceitos ofertados à “plataformas digitais”. Embora a argumentação carregue grande mérito e indique vários dos desafios que as jurisdições

⁷⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 4-6.

⁷⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 4-6.

⁸⁰ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 5.

enfrentam com o tratamento a agentes digitais, a experiência internacional logrou êxito em construir conceitos capazes de capturar a essência do modelo de negócio e vem justificando cada vez mais um novo olhar regulatório para os entes.

Sob esta ótica, Frazão⁸¹ eferece rica contribuição ao processo de definição da natureza das plataformas digitais.

“plataformas digitais podem ser compreendidas como instrumento que, em regra, possibilitam a interação de pelo menos duas partes ou dois polos. Por mais que se possa cogitar de plataformas de apenas um lado, a maior utilidade do modelo ocorrerá nos mercados de dois lados”.

Indo além⁸², Moazed e Johnson conceituam o modelo de negócios das plataformas digitais:

A plataforma é um modelo de negócio que facilita a troca de valor entre dois ou mais grupos, o consumidor e o produtor. [...] Para que essas trocas ocorram, plataformas aproveitam e criam grandes redes escaláveis de usuários e recursos que podem ser acessados sob demanda. Plataformas criam comunidades e mercados que permitem que usuários interajam e transacionem.⁸³ (tradução nossa)

Como aludido, os conceitos supracitados colaboram com o processo de resposta às principais dúvidas lançadas por Lynskey. Assim, esclarecem que o elemento essencial à nova regulação são os efeitos sistêmicos derivados da capacidade de conexão das plataformas digitais, cujas eficiências econômicas são potencializadas pelos efeitos de rede e pela potência da internet/tecnologia.

Neste sentido, estes agentes econômicos são capazes de transformar sua capacidade de conectividade em poder econômico/digital e posição privilegiada. As

⁸¹ FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido, 2018. p. 637.

⁸² MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin's Press, 2016.

⁸³ MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin's Press, 2016. pp. 79.

plataformas digitais, utilizando-se de sua posição central na economia digital e dominância no mercado de atenção, exercem poder de mercado em diversos nichos relevantes e forte influência na esfera privada de seus usuários, o que tornam as plataformas digitais um ente merecedor de um novo tratamento regulatório.

1.3.2. A Anatomia das Plataformas Digitais

Enquanto negócios tradicionais geram valor através da prestação de um serviço ou da manufatura de um produto, Moazed e Johnson⁸⁴ nos explicam que as plataformas digitais geram valor criando conexões e “manufaturando” transações. Assim, em *ultima ratio* as plataformas possibilitam a criação de valor ao facilitarem transações.

A ideia é simples, mas estes agentes enfrentam um duro desafio: “como fazer com que potencialmente milhões de pessoas se comportem do jeito que elas querem” (tradução nossa). Os autores⁸⁵ explicam que as plataformas digitais desenvolvem quatro atividades principais, no sentido a enfrentar esse desafio – construção de uma audiência, *matchmaking*, oferecer ferramentas e serviços essenciais e definir regras e padrões.

O estudo das plataformas digitais apresenta uma série de variações do modelo de negócio e adaptações voltadas à mercado específicos, mas Moazed e Johnson⁸⁶ propõem uma interessante segmentação, com base na proposta de valor ofertada pelas plataformas. As primeiras, chamadas de plataformas de troca, geram valor ao otimizarem trocas entre consumidores e produtores, reduzindo os custos de transação. Já as segundas, denominadas plataformas de criação, geram valor ao ofertar ferramentas e infraestrutura para que produtores possam criar seus programas, aplicativos e conteúdos e distribuí-los à usuários da plataforma digital.

Como visto, a classificação é especialmente relevante ao considerarmos a crescente necessidade de entendermos as relações travadas entre plataformas digitais,

⁸⁴ MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin’s Press, 2016. pp. 105-106.

⁸⁵ MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin’s Press, 2016. pp. 107-109.

⁸⁶ MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin’s Press, 2016. pp. 110-118.

agentes de mercado e usuários e como destas relações emana o “poder de plataforma”.

1.3.3. Poder de Mercado e Plataformas Digitais

Orla Lynskey⁸⁷, em sua análise sobre o termo “poder”, logra êxito em elucidar a necessidade de um novo olhar do Direito da Concorrência. Como esclarece, o termo “poder”, na doutrina tradicional econômica, tende a ser reduzido a “poder de mercado”.

A autora⁸⁸ recorre a Cohen⁸⁹, para demonstrar como a economia digital traz consigo uma série de distorções e exige inovações aos velhos conceitos e pressupostos da análise econômica do Direito da Concorrência. Neste exercício, para demonstrar a incapacidade de resposta de alguns destes conceitos e procedimentos, a professora Cohen critica fortemente um dos procedimentos desta seara do direito – a definição de mercado relevante. Em sua argumentação Cohen demonstra que a definição de mercado relevante é uma ferramenta baseada em testes de substituíbilidade, focada em preços, pelo lado da demanda. No entanto, estes testes não são adequados “em mercados em que as ofertas são gratuitas no ponto de acesso, mas subsidiadas por meio de propaganda ou outros meios de receita” (tradução nossa).

Em seguida, Lynskey⁹⁰ aborda outro desafio para a utilização do poder de mercado como referencial no mercado digital: a incerteza de que ele existe ou que existem possibilidades de exercê-lo nestes mercados. Como a professora⁹¹ demonstra, o poder de mercado é derivado de vários fatores, como a participação de mercado do agente e a estrutura/dinâmica do mercado relevante. Neste sentido, mesmo em situações onde o agente econômico detêm um alto market-share, se existirem

⁸⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 7-9.

⁸⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 7-9.

⁸⁹ COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. 2016.

⁹⁰ LYNSKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 8.

⁹¹ LYNSKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 8-9.

evidências da impossibilidade de exercício de poder de mercado, como alta competitividade e inexistência barreiras de mercado, a tendência é pela não consideração do indicativo de poder de mercado. Isso se daria pela forte influência da teoria econômica neoliberal, cuja influência dominante no Direito da Concorrência propõem abordagens não intervencionistas e o uso extensivo de análises de custo sobre benefícios da regulação/intervenção no meio econômico.

Em continuidade, a autora⁹² invoca que embora seja perceptível, a usuários e agentes econômicos, a posição privilegiada e o poder das plataformas digitais, o Direito da Concorrência é incapaz de determinar a presença de poder de mercado, em seus testes, pela dinâmica volátil dos mercados, alta taxa de inovação e transformação e pelas, tidas como baixas, barreiras de mercado⁹³. Assim, apesar de restar claro a existência e exercício de poder pelas plataformas digitais, a atuação das jurisdições antitruste vem se limitando a investigar eventuais abusos, visto o apego a análise tradicional do poder de mercado.

Frente a esse paradoxo, Frazão⁹⁴ pugna pela superação da influência exercida pela Escola de Chicago (teoria econômica neoliberal), que ao seu ver confinou seus propósitos a questões de eficiência econômica, levando a uma desconstitucionalização do Direito da Concorrência. Em detida análise a autora ainda reitera sua preocupação sobre a atual visão estreita da matéria ao reivindicar que “a proteção do bem estar do consumidor não pode ficar restrito à sua proteção contra o aumento de preços, devendo igualmente abranger outras esferas de proteção, dentre as quais a preservação da sua individualidade, identidade e cidadania”.

1.3.4. O Poder de Plataforma

⁹² LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 7-9.

⁹³ Há quem argumente que o baixo-custo de tecnologia computacional e a disponibilidade a baixo-custo de bases de dados compõem indícios de inexistência de barreiras de mercado, mas Lynskey argumenta pela ingenuidade desta abordagem que ignora os efeitos de rede e posição privilegiada destes agentes perante seus concorrentes e perante os usuários.

⁹⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 183.

Como invoca Cohen⁹⁵, a regulação econômica tem, em geral, dois objetivos principais: facilitar o surgimento e manutenção de estruturas de mercado que possibilitem a justa concorrência e prevenir danos à saúde e segurança públicas. Conforme observamos, diante da natureza e extensão do poder concentrado pelas plataformas digitais, fica inequívoco que suas definições e adequada mensuração fogem, em muito, das enquadradas pelas tradicionais análises do poder econômico. Sob esse entendimento, alguns autores propõem nova análise e conceituação destes agentes visando compreender melhor a natureza e extensão do poder de plataforma.

Lemos⁹⁶ ressalta a necessidade de uma reformulação do paradigma do Direito da Concorrência ao comentar o discurso proferido, em 2018, por Makan Delharin – líder da divisão antitruste do Department of Justice (DOJ) dos Estados Unidos -, em que ele reconhece que as jurisdições antitruste precisam rever a adaptabilidade e limitações de seus arcabouços jurídicos.

Estou ciente que alguns nesta audiência acreditam que as leis antitruste existentes são mal equipadas para endereçar as questões de concorrência que surgiram na economia de plataformas digitais, e que como resultado da falta de adaptabilidade das leis antitruste em geral, houve um aumento prejudicial na concentração da indústria, juntamente com uma variedade de outros males sociais (tradução nossa)

Por sua vez, a necessidade do estudo e adaptação do paradigma do Direito da Concorrência nasce da natureza fluida e interconectada dos mercados informacionais e da economia digital. A mudança da lógica do mercado demanda perceber a inadequação de alguns conceitos cunhados sob o paradigma do mercado tradicional (onde projeta-se bens com propriedades fixas e limites ao acesso de informações dos consumidores). Sob a ótica da evolução da análise concorrencial,

⁹⁵ COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. pp. 375-376. 2016. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2714072> em 22/10/2019.

⁹⁶ LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 205.

Julie Cohen⁹⁷ projeta a transição do foco da análise antitruste, em mercados digitais, da poder de mercado (*market power*) para o poder de plataforma (*platform power*).

Capturando a natureza ampla do poder de plataforma, a autora⁹⁸ conceitua termo como “o poder de vincular mercados, a primeira vista separados, e/ou restringir a participação em mercados usando protocolos técnicos”⁹⁹ (tradução nossa). Este rico esforço logra êxito em combinar a capacidade conectiva das plataformas digitais e sua capacidade de fechar mercados, ao ocupar o cerne da economia digital, demonstrando a capacidade econômica e a forma como estes entes podem exercer influência dominante no mercado. No entanto, ao conceito falta invocar outras facetas da influência exercida por estes entes, em especial sob os particulares, trazidos por Frazão em sua obra.

Percebendo a necessidade de compreender e controlar eventuais excessos e práticas destes agentes, Frazão¹⁰⁰ produz detida análise do poder exercido pelas plataformas digitais. Para tal, ela visita as diversas interfaces e relações travadas pelo modelo de negócio para extrair as diferentes oportunidades de exercício de poder e influência.

Embora o modelo de negócio das plataformas digitais envolva a oferta de fortes infraestruturas de conexão, estes agentes econômico tendem a fazer parte ou controlar conglomerados empresariais atuantes em diversos mercados, inclusive em mercados ocupados por seus clientes e usuários. Neste sentido, a autora¹⁰¹ ressalta a primeira faceta do poder de plataforma: o *poder de alavancagem (leverage power)*. Sobre o poder de alavancagem, refere-se a ele como aquele capaz de privilegiar seus próprios interesses¹⁰² em detrimento dos interesses de seus clientes e usuários, ao utilizar-se de sua capacidade financeira e possibilidade de fechamento de mercado,

⁹⁷ COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. pp. 374. 2016. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2714072> em 22/10/2019.

⁹⁸ COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. pp. 374. 2016. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2714072> em 22/10/2019.

⁹⁹ COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. pp. 374. 2016. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2714072> em 22/10/2019.

¹⁰⁰ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 184-187.

¹⁰¹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

¹⁰² Um exemplo do exercício do poder de alavancagem é a multa aplicada pela autoridade europeia ao Google no caso *Google Shopping*, onde constatou-se que a plataforma abusou de posição dominante para garantir vantagem ilegal para sua subsidiária, em detrimento de seus concorrentes. Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm em 06/11/2019.

por meio da verticalização de mercados. Um bom exemplo do exercício irregular deste poder, é a multa aplicada à Google no caso Google/Google Shopping¹⁰³, em que a Comissão Europeia decidiu que a plataforma estava abusando de sua dominância ao conferir vantagem competitiva a sua subsidiária Google Shopping, em detrimento de outras plataformas de compra online.

Como a professora¹⁰⁴ reitera, as plataformas digitais também gozam de relevante *poder de extração e exploração de dados pessoais* de seus usuários. Tal capacidade importa em possibilitar o monitoramento de seus usuários e suas interações, inferindo uma grande quantidade de informações sobre eles e visando obter vantagens estratégicas a partir delas.

Uma das facetas mais poderosas e impactantes das plataformas digitais perante seus usuários, é o *poder de comunicação*. Tal poder é tido como a capacidade de filtrar e selecionar as informações que podem chegar até seus usuários¹⁰⁵. Manuel Castells¹⁰⁶, ao analisar processo de comunicação, levanta “a comunicação acontece ativando mentes para que compartilhem um significado” (tradução nossa). O autor, ao estudar como se criam notícias na mídia e como as histórias são selecionadas e interpretadas pelas pessoas¹⁰⁷, demonstra como o poder da comunicação permeia a atividade de manipular sentimentos, valores e emoções na construção de interpretações pré-determinadas, pelo locutor, para as mensagens emitidas.

Enquanto *agenda-setting*, *priming* e *framing* são mecanismos-chave na construção da mensagem, a entrega das mensagens na mídia também depende de operações específicas que diminuam a autonomia da audiência de interpretar as mensagens¹⁰⁸ (tradução nossa)

¹⁰³ COMISSÃO EUROPEIA. Press Release - Case Google/Google Shopping. 26/06/2017. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784. Disponível em 18/11/2019.

¹⁰⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

¹⁰⁵ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

¹⁰⁶ CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 137.

¹⁰⁷ CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 155-165.

¹⁰⁸ CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 158.

No exercício do poder de comunicação são utilizadas várias técnicas, no sentido a garantir a influência na formação da narrativa e mensagem percebida pelos espectadores. Castells¹⁰⁹ destaca, dentro do processo, três técnicas principais – *framing*, *agenda-setting* e *priming* - e elucida como elas impactam o processo de formação da interpretação dos particulares. A técnica de *framing* consiste em selecionar e dar enfoque a algumas facetas específicas de um fato ou problema. O *framing* é essencial para construir na mente do expectador a narrativa desejada. A técnica de *agenda-setting* tem a ver com o empenho de enfoque especial em um assunto ou problema específico. A técnica tem como objetivo aumentar a atenção dada ao assunto e influenciar no que os expectadores estão pensando. Por fim, o *priming* é a técnica referente a sugerir aos expectadores que determinada fato tem que ser sua referência para avaliação de fatos, eventos e pessoas. O *priming* é tido como uma extensão do *agenda-setting* e tem como objetivo influenciar a opinião dos expectadores sobre determinado assunto.

Sob esta perspectiva, os interesses dos controladores de uma plataforma digital podem influenciar diretamente na formação do universo informacional de seus usuários, o que afeta diretamente o exercício de seus direitos fundamentais.

O poder de comunicação ainda tende a ser potencializado pela crescente tendência mundial de usuários se informarem exclusivamente ou principalmente por plataformas digitais e pela possibilidade da plataforma ser canalizada para influenciar seus usuários. A uso das plataformas para influenciar seus usuários ocorreria de forma velada (ao formatar o acesso de informações do usuário) e sem que os mesmos possam perceber a influência, o que desencadearia o chamado *poder de influência e manipulação*¹¹⁰.

A relevância do *poder de influência e manipulação*, no contexto de plataformas digitais, é cada vez mais relevante no meio digital. Como vimos, a capacidade destes agentes de converter massivas bases de dados extraídos de particulares em poder econômico não encontra real limitação na maioria das

¹⁰⁹ CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 157-159.

¹¹⁰ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185-186.

jurisdições. Assim, como repisa Ana Frazão¹¹¹, os efeitos sentidos fora da esfera econômica, a se falar do uso do poder econômico a despeito de “uma série de direitos destes mesmos usuários, tais como privacidade, autodeterminação informativa e mesmo identidade e cidadania” ainda encontram-se em real vácuo jurídico, amplamente aproveitado por estes agentes econômicos.

Ainda, a autora invoca a detenção de real *poder político*¹¹² por parte das plataformas digitais. Isso, porque a presença das plataformas na vida dos particulares, somada a tendência de se informar por meio destes entes e o poder de influência, conferiria a estes agentes econômicos a capacidade de interferir e manipular processos políticos indiretamente. A obra¹¹³ ainda faz breve referencia às eleições de Trump (Estados Unidos) e Bolsonaro (Brasil), como cases da utilização das plataformas como ferramentas políticas e seus impactos.

Por fim, a autora invoca o *poder de conexão (gatekeeper power)*¹¹⁴, como o poder de posicionar-se no centro da economia digital como grande infraestrutura de conectividade. Nesse sentido, as plataformas digitais propõem a conexão de agentes econômicos, usuários, consumidores, governos e outros interessados, formando “centros de uma complexa teia de relações empresariais e não empresariais, cujo poder precisa ser adequadamente compreendido diante desse contexto de interconexão”.

Dentro da perspectiva de conectividade, por muitas vezes as plataformas digitais se apresentam como a única alternativa de conexão no meio digital. Assim, considera-se que, para além da alta capacidade de converter dados pessoais em poder econômico e a capacidade de influenciar seus usuários, é o *poder de conexão (gatekeeper power)* que garante a posição privilegiada destes atores e consolida a necessidade das autoridades da concorrência empregarem análise diferenciada à estes entes.

¹¹¹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185-186.

¹¹² FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 186-187.

¹¹³ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 186-187.

¹¹⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 184-185.

A professora Ana Frazão ainda assevera que esta urgência ganha mais força quando percebe-se ocasiões onde a posição ocupada pela plataforma, baseada no número, variedade e sofisticação de suas conexões, lhe confere características de um verdadeiro *network gatekeeper*. Ao usufruir desta posição, as plataformas seriam capazes de “extrair vantagens de todos os usuários que dependam da sua infraestrutura, inclusive para efeitos de limitar a possibilidade de determinados agentes econômicos buscarem seus usuários de forma independente.”¹¹⁵.

Assim, dentre as plataformas digitais, haveria aquelas chamadas de *network gatekeepers*, que, de forma qualificada, ocupam esta posição privilegiada e exercem poder de plataforma potencializado, oriundo de seu poder econômico e influência relevante, sob o mercado e usuários.

1.4. Os *Network Gatekeepers*

Como apresentamos, nos últimos anos, foram escritos uma série de artigos e publicações sobre os novos fenômenos da economia digital. Em especial, obras muito ricas vêm sendo produzidas sobre o novo paradigma do Direito da Concorrência, plataformas digitais e Big Data. No entanto, a complexidade e variedade de temas nos impede de contemplar toda a magnitude destes temas. Assim, pretende-se elucidar um tema menos comentado e prosseguir o debate sobre plataformas digitais: os chamados *network gatekeepers*.

Ainda em 2015, a União Europeia destacou, em comunicado vinculado a sua estratégia de construção de um mercado digital único europeu, a preocupação com plataformas digitais que vinham assumindo posições privilegiadas no mercado.

Algumas plataformas online evoluíram para se tornar players competitivos em vários setores da economia e o jeito que usam o seu poder de mercado levanta uma série de questões que justificam análises mais aprofundadas além da aplicação do

¹¹⁵ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

Direito da Concorrência em casos específicos.¹¹⁶ (tradução nossa)

Esta afirmação é tida para Lynskey¹¹⁷ como um marco da transição da postura dos reguladores sobre a regulação de plataformas digitais. Para a autora, trata-se da diáspora de um enfoque na regulação passiva – *ex post regulation* – que traduz-se na regulação a partir do esforço corretivo e na reparação de danos, para o enfoque na regulação ativa – *ex ante regulation* – voltada a projeção e prevenção de eventuais danos.

Sob essa perspectiva, a professora¹¹⁸ explana seu apoio ao esforço regulatório, mas critica fortemente o enfoque ao poder de plataforma. Em sua visão, o poder de plataforma, como objeto regulatório, tende a ser inadequado por atrair conceitos fluidos (acerca da conceptualização do modelo de negócio das plataformas digitais) e limitados (sobre a vinculação do termo poder à ideia de poder de mercado do Direito da Concorrência). Em sua argumentação, Orla Lynskey urge pela regulação focada em condutas e processos, a despeito do enfoque em entes (plataformas digitais).

Em “Regulating Platform Power”, Orla Lynskey¹¹⁹ desprende notável análise à plataformas digitais específicas, que ocupariam “um papel pivotal no ecossistema digital” (tradução nossa) e cujo o tamanho, modelo de negócio e capacidade de conexão lhe daria a alcunha de “*market-maker*”. Na mesma esteira, Mansell¹²⁰, ao comentar sobre as empresas dominantes no cenário digital na Grã-Bretanha (utilizando-se do top 10 websites mais acessados em 2014, identificou que oito utilizavam-se do modelo de negócio de plataformas digitais), explicita sua atenção especial às plataformas que operam como “*market-makers*”:

¹¹⁶ COMITÊ ECONÔMICO SOCIAL EUROPEU E COMITÊ DE REGIÕES. Comunicado da Comissão para o Parlamento Europeu. *A Digital Single Market Strategy for Europe*. COM 192. 2015.

¹¹⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 3.

¹¹⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 4-6.

¹¹⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 9.

¹²⁰ MANSELL, Robin. *Platforms of power*. Intermedia, 2015. pp. 02. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/61318/> em 28/10/2019.

Essas empresas operam como *market-makers* ou orquestradores – como intermediários- na cadeia de valor da mídia digital. As vezes, eles funcionam explicitamente como gatekeepers para o conteúdo e informações digitais, bloqueando e filtrando em linha com seus acordos de termo de serviço ou com política estatal e regulação sobre proteção de dados, aplicação e vigilância de direitos autorais. Em outro casos, suas atividades não são transparentes (tradução nossa)

Compartilhando da preocupação exarada por alguns estudiosos acerca das plataformas digitais que exercem a posição de gatekeeper, é relevante o entendimento de Lynskey sobre a necessidade da absorção da doutrina sobre network gatekeepers na metodologia antitruste.

Ao ocupar o cerne da economia digital, estas plataformas qualificadas tendem a ocupar posição de tamanha importância (ao exemplo das plataformas que operam sistemas operacionais, sistemas de buscas e outros), que sua operação é essencial para o funcionamento de outras plataformas e outros agentes econômicos. Como alerta Lynskey¹²¹, uma plataforma qualificada poderia “manipular o processamento e apresentação de informações para sua própria vantagem comercial, ou exercer a seu critério a retirada de acesso a sua estrutura ou a seus usuários sem aviso” (tradução nossa).

Nos parece claro que o referido poder perpassa a esfera do poder de plataforma, mas tende a suplantá-lo no sentido a utilizar uma posição qualificada para exercer real poder de mercado ao limitar o acesso a mercados e a manipular o fluxo de informações relevantes a particulares. Assim, debruçados sobre o esforço regulatório em torno de plataformas que ocupam a posição de network gatekeepers, analisamos brevemente o processo de conceituação do termo e suas implicações.

O termo “*network gatekeeper*”, apresentado por Barzilai-Nahon¹²², ainda que não específico à discussão na seara do Direito da Concorrência, trata de traduzir a relação de controle do fluxo de informações por uma entidade. Karine Barzilai-Nahon

¹²¹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 9.

¹²² BARZILAI-NAHON, Karine. *Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control*. Journal of the American Society for Information Science and Technology, 59(9): 2008 pp. 1493-1512.

define *network gatekeepers* como entidades capazes de controlar, limitar e moldar o fluxo informacional, decidindo o que passa ou não suas estruturas.

A evolução do termo proposta por Laidlaw¹²³ nos aproxima muito do contexto que trabalhamos. Para Emily Laidlaw, *informational gatekeepers* seriam atores não estatais com a capacidade de alterar o comportamentos de outros, quando o Estado tem uma capacidade limitada para isso. Indo mais a fundo, a autora crítica as tradicionais teorias sobre gatekeepers, afirmando que em geral, estas obras focam-se somente nas más condutas dos agentes sujeitos a influência/controlado dos *network gatekeepers* (normalmente chamados de *gated*).

Laidlaw¹²⁴ contribuiu de forma assertiva ao propor uma nova forma de categorizarmos gatekeepers, propondo uma segmentação entre os diversos *network gatekeepers*. Assim, ele afirma existirem os “*internet gatekeepers*” e os “*internet informational gatekeepers*”.

Nesse sentido, a autora¹²⁵ introduz os *internet gatekeepers* como controladores do fluxo de informações, que poderiam ser responsabilizados caso falhassem em gerir o conteúdo presente em suas plataformas. Sob outra perspectiva, os *internet informational gatekeepers*, embora detenham a mesma capacidade (controlar o fluxo informacional), deteriam o poder de impactar na “participação e deliberação da cultura democrática” (tradução nossa). Em análise aos conceitos cunhados por Laidlaw, entendemos que os *internet gatekeepers*¹²⁶ se aproximam dos servidores de dados, enquanto os *internet informational gatekeepers* poderiam ser equiparados às plataformas digitais e aos *network gatekeepers*. Por fim, a autora reitera que responsabilidades adicionais podem ser impostas aos *internet informational gatekeepers*, em vista seu poder e controle sobre fluxo de dados, conteúdos e acessibilidade à informações.

Em comentário ao trabalho de Laidlaw, Lynskey¹²⁷ propõe duas críticas ao conceito introduzido, afirmando que o mesmo teria logrado sucesso em destacar o

¹²³ LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* (2010) 24(3) *International Review of Law, Computers & Technology* 263, 265.

¹²⁴ LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* (2010) 24(3) *International Review of Law, Computers & Technology* 263, 265.

¹²⁵ LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* (2010) 24(3) *International Review of Law, Computers & Technology* 263, 265.

¹²⁶ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10-11.

¹²⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10-11.

poder digital mas falhado em determinar o porquê de a posição merecer esforço regulatório.

A primeira crítica consiste no uso do paradigma da “influência na cultura democrática” como justificativa para a imposição de responsabilidades robustas aos *gatekeepers*. Como a autora¹²⁸ repisa, os amplos conceitos abririam margem para interpretarmos que qualquer ação de um *gatekeeper* que ferisse os direitos ou dignidade de um particular mereceriam o esforço regulatório.

Já a segunda, sob outra ótica, explica que dentro do conceito da economia digital, as ações interpostas pelos *gatekeepers* importam em mais do que o controle do fluxo informacional. A autora¹²⁹ recorre a Helberg, KönigsLöw e Noll¹³⁰, que em sua obra explicita como a maior parte das preocupações relativas a influência dos *gatekeepers* está mais atrelada ao controle do acesso a indivíduos e a como o relacionamento entre *gatekeepers* e usuários é moldado, do que com o controle informacional.

Pode-se dizer que, se o esforço regulatório focado no poder de plataforma elege uma tecnologia/modelo de negócio como cerne de seus trabalhos, a empreitada volta a *network gatekeepers* volta-se a ocupação de uma posição privilegiadas e as práticas danosas ao mercado e particulares derivadas desta. No entanto, as análises são complementares. Enquanto a análise¹³¹ às plataformas digitais desencadeia a necessidade de uma nova metodologia antitruste capaz de mensurar o poder econômico destes entes, a análise voltada às plataformas que ocupam a posição de *gatekeeper* enuncia a necessidade de uma olhar voltado ao poder de controle sobre o fluxo informacional e suas repercussões sobre mercados e os direitos fundamentais de seus usuários.

Sob esse raciocínio, entende-se que os *network gatekeepers* (ou meramente *gatekeepers*) nada mais são do que plataformas digitais qualificadas pela ocupação de posição privilegiada, que lhes permite, além de transformar dados pessoais em poder de mercado, exercer o controle sob o fluxo informacional podendo

¹²⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10 -11.

¹²⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10 -11.

¹³⁰ HELBERGER, Natali; KÖNIGSLÖW, Katharina Kleinen-von; VAN DER NOLL, Rob. *Regulating the new information intermediaries as gatekeepers of information diversity*. 2015. pp. 50-51.

¹³¹ OECD. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. Disponível em www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm em 03/12/2019.

fechar mercados e influenciar de forma relevante particulares e agentes econômicos, a partir do meio digital. Assim, uma nova metodologia antitruste poderia, em muito, se beneficiar de uma abordagem em duas etapas à estes agentes digitais.

Aa primeira etapa enfocaria o poder de plataforma, em detrimento do conceito de poder de mercado, onde analisaria-se as plataformas digitais e os eventuais impactos oriundos das relações estabelecidas por elas, na esfera mercado e na esfera social, a partir de parâmetros não-econômicos, capazes de mensurar variações de “qualidade” nos mercados afetados. A abordagem, dentre outros efeitos, possibilitaria delimitar melhor o impacto das Operações e eventuais danos aos particulares e mercado.

Já na segunda etapa, analisaríamos a posição de *network gatekeeper* e uma eventual responsabilidade diferenciada para aqueles que a ocupam. Assim, aquelas plataformas que, ao congregarem poder (a partir das novos parâmetros escolhidos – como poder de mercado, número de conexões, controle sobre grandes bancos de dados e etc) e posição privilegiada (no sentido a ser essencial ao funcionamento de um mercado, poder exercer influência relevante em particulares, poder controlar o fechamento do mercado para outros entes e etc) estariam sob efeito de responsabilidade e tratamento diferenciado, semelhante aos agentes de mercados detentores de poder de mercado elevado.

1.4.1. O Poder de Gatekeeper

Como vimos, uma das bases mais questionadas da metodologia tradicional do Direito da Concorrência é vinculação estrita da noção de poder à perspectiva do poder de mercado. Nesta esteira, ao analisar plataformas digitais em posição de *gatekeeper*, exige-se novo estudo acerca dos poderes exercidos por estes poderosos atores digitais: o *poder de plataforma* e o *poder de gatekeeper*

Como exposto nesse trabalho, a tradicional metodologia antitruste falha em capturar a natureza do poder dos entes digitais. Assim, ao colocarmos em foco um dos poderosos agentes da economia digital, pretende-se esclarecer como o poder econômico e a influência social são instrumentalizados.

Explorando a lógica de poder da economia digital e seus atores, Orla Lynskey¹³², em comentário à obra de Laidlaw, ratifica sobre a natureza do poder exercido pelos *gatekeepers*.

Ainda que um *internet informational gatekeeper* possa ter “poder de mercado”, no sentido delineado acima, tal poder não é indispensável: uma teoria sobre “*gatekeepers*” está preocupada com o poder sobre o fluxo de informações. O poder de *gatekeeper* é, portanto, distinto do poder de mercado em termos de como é mensurado e em termos do seu potencial impacto em direitos e interesses de particulares (tradução nossa)

O conceito atrai o poder de controle do fluxo informacional para a análise antitruste. Como Lynskey bem explicita, o anúncio do fracasso da análise econômica tradicional, atrai a necessidade de uma nova abordagem para a metodologia antitruste no meio digital.

1.4.1.1. O Poder de Gatekeeper – Controle sobre o Fluxo de Informações e Dados

Com o objetivo de demonstrar os efeitos do exercício do poder de *gatekeeper*, Orla Lynskey¹³³ tece breve análise sobre os poderes destes entes e como o desdobramento de sua influência afeta particulares, agente econômicos e o mercado como um todo.

A primeira parte proposta é sobre o poder de controle sobre o fluxo de informações e dados. Como enuncia a autora, “*gatekeepers* controlam o fluxo de informações e acesso de indivíduos e moldam o relacionamento entre usuários e plataformas”¹³⁴ (tradução nossa).

No meio digital, existe verdadeiro monopólio do controle do fluxo informacional, exercido pelos gigantes da internet, em que encontra-se poucas

¹³² LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10.

¹³³ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 10-12.

¹³⁴ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 12.

exceções¹³⁵. Por exemplo, mesmo no caso de conteúdos controlados ou de acesso/disseminação proibida pelos Estados, os agentes estatais recorrem a ajuda dos *gatekeepers* para exercer esse controle de rede¹³⁶. Na prática, os *network gatekeepers* têm o poder-responsabilidade de habilitar ou desabilitar o acesso/disseminação de certa informação na rede e controlar a forma como se dá esse acesso. Sobre outra ótica, determina “a extensão em que cada indivíduo pode usufruir dos benefícios de direitos e liberdades estabelecidos, como o direito à liberdade de expressão” (tradução nossa)¹³⁷.

O poder de *gatekeeper* sobre o fluxo informacional se manifesta, na esfera digital, de diversas formas, mas uma das facetas mais relevantes é a capacidade de excluir conteúdo/agentes das plataformas digitais (tornando-os inacessíveis aos usuários) ou limitando o acesso de provedores de conteúdo à usuários.

Devido a natureza estrutural dos *network gatekeepers*, estes agentes são capazes de “fechar os portões” de suas estruturas para provedores específicos¹³⁸, o que muitas vezes significa a exclusão deste agente de todo um mercado ou a limitação de sua atuação à parcela não sustentada por este *gatekeeper*. Evidentemente, o fechamento de um mercado para novos entrantes ou o entrantes específicos seria uma preocupação à seara da concorrência, mas a atuação de *gatekeepers*, nesse sentido, pode ir além, impactando profundamente a fruição dos direitos de privacidade e proteção de dados¹³⁹.

O case dos *gatekeepers* que operam sistemas operacionais, como a Apple e Google, e a sua relação com os aplicativos que habitam seus “*walled garden*”¹⁴⁰ demonstra como o poder de *gatekeeper* afeta agentes econômicos (aplicativos e produtores de conteúdo) e como estabelece-se verdadeira relação de dependência econômica entre os operadores de sistemas operacionais e aplicativos¹⁴¹. Neste

¹³⁵ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 12-13.

¹³⁶ Sobre a ação dos agentes digitais em colaboração a política estatal, cita-se o trabalho de combate da Internet Watch Foundation a disseminação de imagens de abuso de crianças.

¹³⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 13.

¹³⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 16-17.

¹³⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 13.

¹⁴⁰ MEYER, Brian. “*Why is iOS a Walled Garden?*”. Apple Gazette, 2013. Disponível em <http://www.applegazette.com/opinion/why-does-apple-hide-ios-in-a-walled-garden/> em 09/11/2018.

¹⁴¹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 14-15.

contexto, os *gatekeepers*, de acordo com as regras de sua plataforma e sob pretexto de melhorar os serviços prestados a seus usuários, selecionam os aplicativos concorrentes em seu sistema operacional e bloqueiam o caminho entre usuários e provedores de conteúdo/aplicativos indesejados.

Um “walled garden” é um ambiente fechado (por exemplo, um sistema operacional) onde o operador controla o acesso dos aplicativos, conteúdos e serviços que podem ser acessados. Ao permitir apenas aplicativos aprovados na loja de aplicativos da Apple, a Apple procura garantir uma melhor interoperabilidade, sincronização e segurança, ainda que este sistema possa também limitar a autonomia dos usuários (tradução nossa)

De acordo com dados da StatCounter¹⁴² relativos ao período de outubro de 2018, IOS (Apple) e Android (Google), as gigantes do mercado de sistemas operacionais para celulares, controlam mais de 99% do mercado global de smartphones. No mercado, em específico, é clara a situação de oligopólio e detenção de poder de mercado, o que gera real dependência econômica por parte dos provedores. Nesse sentido, os provedores de aplicativos passam pelo crivo dos *gatekeepers* com o objetivo de adentrarem seus “walled gardens” e, conseqüentemente, o mercado.

Esse desdobramento do poder de *gatekeeper* pode ter conseqüências nefastas diretas para agentes econômicos e indiretas para particulares. Do lado dos agentes econômicos, o exercício de poder de mercado dos *gatekeepers* pode importar em tanto no fechamento de mercado¹⁴³, quanto a imposição de condições¹⁴⁴ de operação mais favoráveis aos operadores. Já para os particulares, falamos aqui de uma limitação indireta da fruição de seus direitos de escolha de provedores de conteúdo,

¹⁴² Dados disponíveis em <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide/#monthly-201810-201910> em 09/11/2019.

¹⁴³ Como vimos, no mercado de aplicativos para smartphones, dois operadores dominam e controlam o mercado como *gatekeepers*. Aqui falamos da possibilidade destes operadores limitarem a entrada de novos entrantes (funcionando como barreiras de mercado) ou excluírem agentes econômicos atuantes, com base em critérios ou diretrizes discricionais dos operadores.

¹⁴⁴ Em sua obra Lynskey, relata casos em que *gatekeepers* exigiram condições especiais, como acesso aos dados dos usuários de aplicativos. Em específico, o autor relata como o Financial Times decidiu sair da Apple Store, em vista a demanda por dados de seus clientes/usuários.

mas também da falta de controle sobre os parâmetros usados como critérios de exclusão¹⁴⁵.

O caso dos bloqueio a aplicativos PET – *privacy enhancing technology* (ou “tecnologia de melhora de privacidade”) -, tecnologias criadas visando melhorar a privacidade dos usuários ao utilizar aplicativos em seus dispositivos, é simbólico para nosso estudo. Lynskey invoca o caso Disconnect/Google, onde o aplicativo Disconnect foi excluído do sistema Android, para demonstrar o exercício do poder de *gatekeeper*. O aplicativo, que tinha como função principal impedir outras aplicações de extraírem dados sobre o tráfego de usuário na rede, foi excluído por não seguir as diretrizes da plataforma Android. Como comenta a autora, em manifestação, a Google afirmou que “Há muito proibimos aplicativos que interferem no funcionamento de outros aplicativos – como alterando a seu funcionamento ou removendo sua maneira de ganhar dinheiro” (tradução nossa).

Em tese, as ações tomadas pelo *gatekeeper* não são ilegais – no sentido que tanto as atividades de extração de dados, quanto as regras para participação dos sistemas operacionais foram previamente acordadas -, no entanto, um estudo mais aprofundado destes negócios jurídicos releva uma outra realidade. Zuboff¹⁴⁶, em comentário a aquisição da Nest pela Google, demonstra como os gigantes da internet agem, de forma estratégica, no sentido a adquirir empresas e auferir vantagem competitiva a partir delas, no meio digital. No entanto, dentro da lógica da internet das coisas, o caso é usado para elucidar como os termostatos da Nest eram utilizados como porta de captação de informações relevantes de seus usuários. Para ter acesso “legal” a estes dados, as companhias impunham termos de serviço “onerosos” a seus usuários, sob o risco de mal funcionamento ou ausência de suporte total.

Neste sentido, para além do uso abusivo de termos de uso e outras práticas ilícitas, resta claro que, mesmo quando agentes dominantes do meio digital atuam dentro da legalidade, fica sob sua júdice o poder sobre a fruição dos direitos de privacidade e escolha dos particulares delegados aos *network gatekeepers*.

Estes gigantes agentes privados, ao impor novos termos de uso, projetam como serão os novos contornos dos direitos de privacidade no meio digital e decidem

¹⁴⁵ Embora os critérios de admissão e exclusão, bem como os termos de uso e cooperação, utilizados por essas plataformas sejam de cunho privado, a falta de transparência desta operação importa diretamente na perda de bem-estar do consumidor que não tem como saber de tal limitação e tomar medidas conta ela.

¹⁴⁶ ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism : the fight for a human future at the new frontier of power*. First edition - PublicAffairs. 2018. pp. 14.

como acompanharão os usuários e como os seus dados pessoais serão utilizados. Da mesma forma, ao estabelecer regras privadas sobre a entrada em suas plataformas, delimitam quem participará ou não do mercado, quais modelos de negócios e ideias são aceitos e qual o padrão de qualidade usufruído pelos usuários. O caso dos aplicativos PET é simbólico, pois demonstra como as plataformas digitais “legislam” em seu favor, em detrimento do que seria “melhor” para o usuário e, ao fazerem isso, ferem diretamente a privacidade e indiretamente o direito de escolha dos particulares. Os particulares tem sua privacidade tolhida diretamente ao não poderem decidir sobre o fluxo de suas informações e como os agentes econômicos as utilizarão. E o direito de escolha dos usuários é ferido, indiretamente, no sentido que as plataformas tomam para si o direito de definir, de forma não transparente, o que faz parte do universo de escolhas dos usuários, mesmo que a despeito do seu interesse.¹⁴⁷

1.4.1.2. Gatekeeper Power – Controle sobre Processamento de Dados Pessoais

Do poder sob o controle dos *gatekeepers* deriva a capacidade de controlar o fluxo de informações pessoais de seus usuários¹⁴⁸. Como visto, atuando sobre o modelo de negócio de plataformas digitais, os network gatekeepers realizam extensa atividade de processamento de dados, *profiling*, *matching* e outros no sentido a potencializar a atratividade dos ambientes que controlam para seus clientes. No entanto, as atividades de extração de dados pessoais são controladas pelas legislações de proteção de dados – a exemplo da Lei Geral de Proteção de Dados instaurada que entrou em vigor no Brasil em 2018.

Em teoria, estas legislações tem como objetivo controlar o uso, o tráfego e a comercialização de dados, impondo princípios ao tratamento de dados, melhora dos sistemas de processamento e armazenamento e proteção aos direitos de personalidade.

Por mais que enxerguemos as jurisdições no mundo se modernizando e adotando melhorias no controle ao fluxo de dados, a posição estratégica ocupada pelos gatekeepers na economia digital levanta sérias preocupações relativas a forma

¹⁴⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 17-18.

¹⁴⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 18-20.

pela qual a reserva de dados processados detida por estes agentes molda o relacionamento entre eles, agentes econômicos e particulares.

Como já vimos, o processo de *profiling*, no meio digital, é o processamento de dados pessoais na criação de cadastros virtuais vinculados a pessoas físicas. Como Lynskey¹⁴⁹ levanta “ao coletar e selecionar dados, os *gatekeepers* podem cadastrar usuários de suas plataformas e, dessa forma, indivíduos se tornam visíveis ou elegíveis para os *gatekeepers*” (tradução nossa). Nesse sentido, uma das preocupações relevantes é como os *gatekeepers* nos enxergam e vendem esta visão a seus clientes. O processamento de dados pessoais, por meio do processo de *profiling*, baseia-se em critérios e modelos humanos, o que pode importar em um fenômeno de discriminação ou diferenciação estrutural¹⁵⁰. Por sua vez, a falta de transparência sobre o processo e seus critérios limitam a visibilidade a cerca dos estímulos recebidos pelos usuários e mitigam a possibilidade de combater eventuais tentativas de manipulação¹⁵¹.

1.4.2. *Gatekeepers e Implicações ao Direito da Concorrência*

A mudança do paradigma proposto representa a quebra de conceitos estabelecidos e a superação da forte influência da Escola de Chicago no Direito da Concorrência, razão pela qual encontramos resistência na doutrina¹⁵² e nas jurisdições antitruste.

Como bem explicita Lemos¹⁵³, embora vivamos um “boom de produção doutrinária” sob os temas da nova economia digital, não são só os diferentes autores que divergem sobre como tratar os novos fenômenos e as novas dimensões do poder econômico, mas também as principais jurisdições.

¹⁴⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 19.

¹⁵⁰ LINDOSO, Maria Cristine Branco. O processo decisório na era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 91-106.

¹⁵¹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 20-23.

¹⁵² VALERO, Jorge. *No regulation needed for online 'gatekeepers', experts tell Commission*. The Euractiv Network. Outubro 2015. Disponível em <https://www.euractiv.com/section/digital/news/no-regulation-needed-for-online-gatekeepers-experts-tell-commission/> em 19/11/2019.

¹⁵³ LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 207.

Alimentando este debate, parte da doutrina, invocando as características dos mercados informacionais e as novas conformações do mercado digital, já aponta para a inadequação da metodologia tradicional antitruste. Tais críticas recaem principalmente sobre a definição de mercado relevante e o foco da análise sobre poder econômico, baseados fortemente em parâmetros como participação de mercado e outras abordagens mais adequadas a mercados tradicionais.

Neste tocante, Lemos¹⁵⁴ acrescenta críticas a sobre como o uso de testes focados em preço, pelo lado da demanda, como o SSNIP – “*small but significant and non-transitory increase in price*” (ou “pequeno mas significativo e não transitório aumento de preço” -, pode gerar distorções nas análises concorrências, já que nestes mercados os serviços podem ser oferecidos a custo zero. Ele continua ressaltando a necessidade da consideração de outros fatores para constatação da existência de poder de mercado, visto que a competição em mercados tecnológicos são baseados em diferenciação e qualidade, e não preço¹⁵⁵.

Ainda assim, parte da doutrina defende a manutenção da lógica antitruste e defende que a análise de plataformas digitais deveria ser mais branda que a empregada em agentes de mercado ordinários¹⁵⁶.

Do ponto de vista da Política da Concorrência, é importante notar que os efeitos de rede por vezes fazem os grandes tamanhos das plataformas indispensáveis para alcançar uma eficiência de utilização da plataforma. Portanto, altos níveis de concentração de mercado não podem simplesmente ser interpretados da mesma maneira como em mercados convencionais sem efeitos de rede¹⁵⁷ (tradução nossa)

¹⁵⁴ LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 209.

¹⁵⁵ LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 209. Ver também STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. pp. 107-110. 2016.

¹⁵⁶ HAUCAPP, Justus; HEIMESHOF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition on market monopolization?*. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. n. 83. Janeiro 2013. pp. 3-5.

¹⁵⁷ HAUCAPP, Justus; HEIMESHOF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition on market monopolization?*. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. n. 83. Janeiro 2013. pp. 4.

Indo além, Frazão¹⁵⁸ ainda comenta como o movimento objetivando mudar a abordagem da análise antitruste não significaria a ampliação de seu objeto, mas sim a imposição do controle jurisdicional ao poder econômico (tal qual o projeto constitucional brasileiro dita):

Ademais, nada justificaria a retração do Direito da Concorrência diante desse desafio porque o seu foco é precisamente o controle do poder econômico, motivo pelo qual não poderá se desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais dos usuários, decorrente ou não de violações aos seus direitos de personalidade – já que pode haver casos em que a coleta de dados seja lícita –, se converte em poder econômico. Dessa maneira, não se trata de ampliar, de forma indesejável, o objeto do Direito da Concorrência ou de flexibilizar excessivamente as suas finalidades, mas tão somente de endereçar a circunstância de que o manejo dos dados é uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico.¹⁵⁹

Sobre a experiência brasileira, este movimento de superação dos preceitos neoliberalistas - advindo da Escola de Chicago - na seara da concorrência ganha ainda mais força pelo fenômeno de constitucionalização¹⁶⁰, onde a busca pela aplicação de princípios “deontológicos e vinculantes” e pela realização do plano constitucional, exige um olhar atento a essa nova realidade.

Ana Frazão elucida como o Direito da Concorrência brasileiro sofreu duro processo de “desconstitucionalização”, em especial sob a vigência da pregressa Lei 8.884/94. O processo, sob o pretexto de dar maior coerência à seara do direito,

¹⁵⁸ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 187-189

¹⁵⁹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 189.

¹⁶⁰ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

importou na afirmação de que as eficiências econômicas seriam a finalidade exclusiva do Direito da Concorrência¹⁶¹. A autora, apresenta como a forte influência da Escola de Chicago resultou em: (a) um estreitamento do escopo do Direito da Concorrência – que se afastou da economia política; (b) uma minimização do Direito da Concorrência – que se restringiu aos casos de ineficiência; e (c) a presunção de que os mercados funcionam bem, seria difícil conquistar e manter participação de mercado e a lógica do mercado geraria mais eficiências do que a intervenção estatal¹⁶².

Para além das controvérsias relativas as dificuldades de mensuração das eficiências econômicas propostas pela Escola de Chicago, as bases da constitucionalização do Direito da Concorrência se fundam na incompatibilidade do reducionismo dos objetivos impostos à seara do Direito e as diretrizes da ordem econômica constitucional¹⁶³.

Em um Estado Democrático de Direito, todas as relações de poder, incluindo o poder econômico, devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais, as garantias institucionais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a considerações de custo-benefício, tão comuns ao raciocínio puramente político¹⁶⁴

Sobre esta esteira, a carta magna brasileira, em seus artigos 170 e 173, §4º, evidencia a preocupação do legislador com as dinâmicas do mercado e dita como o projeto constitucional pretende coibir o exercício de poder de mercado e ofertar

¹⁶¹ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. pp. 146-148.

¹⁶² FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. pp. 147.

¹⁶³ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. pp. 153.

¹⁶⁴ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. pp. 151-152.

proteção à concorrência e aos consumidores¹⁶⁵. Seguindo esta tese, a própria Lei 12.529, em seu artigo 1º, abraça o projeto constitucional e indica como a interpretação a respeito das leis antitruste brasileiras projetam a intenção do legislador em proteger o mercado e o particular.

Assim, o processo de constitucionalização, no Brasil, dá forte indicação da superação do paradigma da tradicional metodologia antitruste e projeta um novo olhar objetivando a manutenção das proteções constitucionais ao mercado e consumidor, a despeito de mudanças na lógica do ambiente digital e social.

1.4.3. Ferramentas para Uma Nova Abordagem Antitruste

Em breve síntese, vimos como nos últimos anos a tecnologia e a internet foram agente promotores de drásticas mudanças em nossa sociedade e mercado. Os fenômenos originados dessa nova lógica e do mercado digital desafiam o atual arcabouço jurídico em suas diversas esferas e exigem um novo olhar regulatório, bem como novas metodologias. Dentro da seara do Direito da Concorrência, dois agentes econômicos ressaltam-se pelos desafios impostos a análise tradicional de poder e a delimitação de seus impactos perante agentes de mercado e particulares: as plataformas digitais e os *network gatekeepers*. Como vimos, a análise tradicional do Direito da Concorrência, sob forte influência da Escola de Chicago e da economia neoliberal, não é mais capaz de perceber e tratar as formas de poder exercidos por estes entes.

Para além desta breve recapitulação, devemos contextualizar que, embora um cenário de ampla concorrência e melhoras das estruturas do mercado e serviços prestados seja amplamente divulgada pelos defensores de abordagens menos intrusivas, diversos estudos e artigos¹⁶⁶ vem sendo veiculados defendendo a ideia de que vivemos um momento de declínio da concorrência. Há quem diga, inclusive, que os gigantes da internet cresceram e se consolidaram sob a sombra de uma legislação

¹⁶⁵ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. pp. 140.

¹⁶⁶ Entre outros cito o artigo do The Economist sobre a diminuição dos índices de concorrência nos Estados Unidos. THE ECONOMIST. *Business in America. The problem with profits*. Disponível em <https://www.economist.com/news/leaders/21695392-big-firms-united-states-have-never-had-it-so-good-time-more-competition-problem> em 09/11/2019.

leniente e incapaz de perceber movimentos estratégicos, porém danosos à lógica de mercado¹⁶⁷.

Sob a perspectiva da necessidade de uma mudança nas estruturas do Direito contemporâneo, com enfoque especial à análise antitruste, nos laçamos sob o desafio de procura e propor novas abordagens que ofertem respostas às dúvidas lançadas neste presente trabalho.

Nesse sentido, Ana Frazão¹⁶⁸, comenta sobre como os critérios tradicionais da avaliação de poder econômico – como faturamento, volume de vendas e poder de mercado – podem não ser mais adequados quando vislumbramos a lógica dos mercados digitais. Tais parâmetros, como objeto de análise, são relevantes, mas isoladamente não conseguem capturar a dinâmica competitiva das conexões funcionais – essencial ao mercados digitais -, a autora menciona alguns indicadores de poder econômico que podem ser adicionados à análise tradicional antitruste:

- Volume e demais características dos dados à disposição de determinado agente econômico;
- Capacidade de processamento dos dados, bem como de reunir, controlar e gerenciar dados e informações;
- Capacidade de conexão e grau de dependência ou necessidade dos diversos usuários envolvidos;
- Capacidade de alavancagem e de extrair benefícios da integração de vários negócios;
- Incentivos para privilegiar seus próprios serviços sobre os serviços dos usuários;
- Capacidade de fechamento de mercados;
- Capacidade de influenciar usuários;
- Grau de proteção dos dados pessoais dos usuários, bem como o grau de transparência em relação à política de dados pessoais;

¹⁶⁷ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 26.

¹⁶⁸ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 193-195.

- Grau de transparência e accountability em relação aos algoritmos utilizados nos negócios;
- Extensão com que o negócio de dados é exercido, inclusive para fins de se saber se compartilham dados com outros agentes e para que efeitos;
- Possibilidade de portabilidade dos dados pessoais dos usuários;
- Diante de adoção de legislações sobre dados pessoais, avaliação das vantagens competitivas acumuladas anteriormente;
- Estratégias e recursos utilizados em publicidade, marketing e captação de usuários em todos os mercados envolvidos;
- Ritmo e estratégia de crescimento, expansão, investimento e diversificação;
- Ritmo e estratégia de inovação;
- Ritmo do crescimento do valor de mercado e do aumento do valor das ações;
- Verbas gastas em lobby e patrocínio de estudos e pesquisas.¹⁶⁹

Antecipando eventuais críticas à análise a dificuldade de quantificar ou simplificar a análise destes novos indicadores, em comparação a abordagem tradicionalmente empregada, a autora lembra que “a avaliação e a quantificação de eficiências também sempre foram sujeitas a inúmeras controvérsias, mesmo à luz da metodologia tradicional de Chicago”¹⁷⁰. A professora continua ao repisar que, embora exista premente necessidade de mudança, é necessário compreender a miríade de

¹⁶⁹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 193-195.

¹⁷⁰ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 195.

reflexões por trás destes indicadores e como eles se comunicam com as diferentes realidades da nova economia digital¹⁷¹.

A inserção de novos elementos na análise antitruste exige e representa uma dura quebra com a tradição da Escola de Chicago e projeta êxito em capturar efeitos ocorridos fora da esfera mercadológica. Obviamente, não se trata de mudança leviana, mas a promessa de ofertarmos uma análise mais sóbria às jurisdições e proteção aos particulares e agentes econômicos, justifica os embates necessários a transição de uma regulação *ex-post* para uma regulação *ex ante*¹⁷².

Adentrando ainda mais neste tema, entendemos ser preciso olhar com mais atenção ao controle de estruturas do Direito da Concorrência. As últimas décadas, sob a influência da análise tradicional antitruste, permitiram a realização de fusões e aquisições envolvendo os gigantes da internet e outros players do meio digital ou não. No entanto, sob o olhar mais atento do poder de plataforma e do poder de *gatekeepers*, podemos concluir que, uma nova delimitação de poder de mercado, teria condão para modificar a análise de algumas destas operações e poderia ter garantido a manutenção, tanto de um melhor nível de bem-estar do consumidor, quanto do potencial exercício de direitos fundamentais e de personalidade¹⁷³.

Como veremos no capítulo a seguir, uma análise mais detida aos contornos do poder de mercado no meio digital, poderia ter evitado perdas nestes dois indicadores e contribuído para a construção de um cenário mais competitivo.

Assim, para além da análise do poder de plataforma, compreendo que, na esteira de Laidlaw¹⁷⁴, exige-se a introdução de uma noção de responsabilidade majorada e tratamento diferenciado às plataformas que ocupam a posição de network gatekeepers. A emergência de um player capaz de congrega capacidade de conectividade, transformar dados em poder econômico, influenciar a opinião e vivência de particulares e de controlar a presença de agentes econômicos em mercados enuncia para mim a premência de um regime especial de responsabilidades.

¹⁷¹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 195.

¹⁷² LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 3/28-29.

¹⁷³ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 190-193.

¹⁷⁴ LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* 24(3) International Review of Law, Computers & Technology. 2010. pp. 263 -265.

Na esfera do controle de estruturas, esse regime deve atrair as mesmas responsabilidades e tratamento dispensado a aqueles agentes de mercado detentores de poder de mercado elevado¹⁷⁵. Este novo regime de responsabilidade, além de afastar as dificuldades relativas a mensuração de poder de mercado em mercados informacionais ou digitais, tende a delinear melhor a dinâmica de mercado e introduzir uma forma efetiva de abordarmos as plataformas digitais que exercem posição privilegiadas – os chamados gigantes da internet.

Bruno Drago¹⁷⁶, em excelente trabalho acerca dos sistemas de responsabilidade especial, versa sobre como empresas ocupantes de posição dominante detêm uma responsabilidade especial de autoavaliação do impacto de suas atividades. Nesse sentido, o desrespeito desta responsabilidade gera “presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado”, que admitiria prova em contrário. Drago¹⁷⁷, então, afirma que tal regiem de responsabilidade importaria em verdadeira inversão do ônus da prova, entre outras consequências relevantes à efetiva tutela da Política da Concorrência.

Para determinarmos a ocupação de posição privilegiada sistematizamos sugestões ofertadas pela doutrina¹⁷⁸, entre outras abordagens, com o objetivo de ofertar novos indicadores que possam melhor demonstrar os efeitos do poder de *gatekeeper*, como por exemplo:

➤ Efeitos perceptíveis no mercado:

¹⁷⁵ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 28.

¹⁷⁶ DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes*. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2015.

¹⁷⁷ DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes*. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2015. pp. 386-392.

¹⁷⁸ Ver LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* 24(3) *International Review of Law, Computers & Technology*. 2010. FRAZÃO, Ana. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido. 2018.. FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. GERBRANDY, Anna. *Conceptualizing Big Tech as Modern Bigness*. Submission for Panel 2 “Shaping competition policy in the era of digitalization”. 2019. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/anna_gerbrandy.pdf em 30/10/2019. LEMOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MANSELL, Robin. *Platforms of power*. Intermedia, 2015. pp. 02. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/61318/> em 28/10/2019.

- Essencialidade da operação da plataforma para outros agentes econômicos (dependência);
 - Capacidade de fechar mercados para agentes econômicos específicos;
 - Capacidade de impor condições favoráveis a plataforma em negociações com agentes econômicos;
 - Capacidade de beneficiar empresa específica, em benefício próprio, que participe das atividades da plataforma;
- Efeitos atinentes aos usuários:
- Capacidade de discriminar, de forma relevante, usuários;
 - Capacidade de obstruir, de forma não transparente, a fruição de direito de expressão e liberdade de expressão dos usuários;
 - Capacidade de moldar os conteúdos apresentados à usuários, influenciando, de forma relevante, sua maneira de ver o mundo;
 - Capacidade de limitar, de forma não transparente, o direito de escolha sob quais serviços, aplicativos ou fornecedores de conteúdo o usuário pode ter acesso.

A adaptação a um novo paradigma compreende uma série de dificuldades, mas procura-se propor uma abordagem razoável e capaz de compreender a complexidade e a natureza das plataformas digitais e de suas versões qualificadas. Neste sentido, Frazão¹⁷⁹ nos dá algumas respostas ao invocar a necessidade de utilizarmos cada vez mais experimentos que constatem os efeitos e impactos destes novos agentes na construção de uma nova metodologia, para que a ferramenta seja capaz de compreender a realidade digital e responder a ela de forma satisfatória.

Na avaliação da posição dominante das referidas plataformas,

¹⁷⁹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 195.

também é muito importante se valer de estudos empíricos que mostram as reações dos consumidores. Nesse sentido, não são poucos os estudos que comprovam como muitas das plataformas podem alterar, facilmente, o estado de humor ou as opiniões dos usuários ou mesmo serem instrumentos de propagação de ideias para os mais diferentes efeitos, inclusive para o fim de modificar o resultado de eleições.

Assim, após a construção de uma base teórica a respeito da natureza e poder dos novos agentes digitais – nominalmente, as plataformas digitais e os *network gatekeepers*, propõem-se testarmos a eficácia das teorias estudadas e verificar como as jurisdições antitruste veem encarando os desafios colacionados. Neste sentido, avança-se sobre uma breve análise de casos da recente jurisprudência da concorrência, buscando criticar as decisões tomadas sob a égide da análise tradicional antitruste e ressaltar os riscos a que foram expostos antes do mercado e particulares, no meio digital. Ainda, analisa-se como as decisões prolatadas compreenderam os elementos dos mercados digitais e qual o raciocínio utilizado para concretizar os objetivos do Direito da Concorrência.

CAPITULO 2

Jurisprudência Internacional Antitruste e Gigantes da Internet como *Gatekeepers*

2.1. Introdução

Este segundo capítulo pretende, a partir da análise de dois casos emblemáticos da jurisprudência internacional, comentar a abordagem empregada pelas autoridades antitruste e demonstrar como é necessário implementar uma nova metodologia ao Direito da Concorrência, instruída pelas noções de poder de plataforma, poder de *gatekeeper* e a nova dinâmica dos mercados digitais.

Em vista a profundidade do tema escolhido, o objeto do nosso estudo será as análises de controle de estrutura envolvendo plataformas digitais em posição de

network gatekeepers – ressaltando em especial, operações cujo impacto perpassasse tanto a esfera mercadológica, quanto social – visando propor crítica à atuação das jurisdições e demonstrar como a abordagem empregada foi incapaz de compreender a total dimensão do poder envolvido e os potenciais impactos na esfera dos direitos fundamentais dos usuários.

A análise proposta acompanha as críticas interposta sobre os casos por alguns autores, mas destaco as contribuições de Stucke e Grunes¹⁸⁰ que comentam que, apesar dos experts verem pouco avanço nos últimos anos, ao analisar uma série de fusões no mercado movidos a dados, enxergam como as jurisdições europeia e norte americana começam a enfrentar as questões inerentes a mercados impactos pelo Big Data.

A metodologia empregada em nossa análise pretende, ao indicar os objetivos tutelados, entender os parâmetros utilizados e determinar os riscos das operações (em especial aqueles não considerados), elucidar como uma nova abordagem poderia suplantar as limitações impostas pela metodologia tradicional e propor melhor compreensão da dimensão das operações analisadas.

A escolha dos casos analisados, dentre tantos outros casos relevantes da jurisprudência internacional, deu-se, principalmente, sob a perspectiva de demonstrar os impactos do poder de plataforma e do poder de *gatekeeper* sobre operações de controle de estrutura da esfera antitruste. Neste sentido, busca-se ressaltar a repercussão dos poderes aludidos no capítulo 1 sob a dimensão mercadológica e a dimensão social (em especial versando sobre danos à direitos fundamentais) dos casos analisados.

O primeiro caso proposto foi a operação entre o gigante das redes sociais – Facebook – e o gigante dos aplicativos de comunicação – WhatsApp . O caso provém o contexto para conjurarmos como a análise econômica tradicional falha em apontar efeitos percebidos no meio social e os riscos da manutenção desta análise à fruição de direitos fundamentais dos usuários. O segundo caso, envolvendo o gigante dos sistemas de busca – Google – e o gigante dos sistemas de navegação guiada – Waze –, foi selecionado por contribuir para a análise dos impactos sobre os mercados afetados e resalta os riscos da manutenção da análise, em vista o crescimento da concentração de poder no mercado digital.

¹⁸⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 69.

2.2. Breve Análise dos Casos – Facebook/WhatsApp e Google/Waze

Sob o pretexto de compreender melhor a metodologia tradicional antitruste e os desafios de uma nova abordagem, analisaremos os emblemáticos casos Facebook/WhatsApp e Google/Waze.

O caso Facebook/WhatsApp foi notificado em diversas jurisdições antitruste do mundo em 2014. O FTC - *Federal Trade Commission* – (jurisdição antitruste norte americana) analisou o caso e o aprovou sem restrições, mas não comentou publicamente sobre os efeitos da Operação. A autoridade americana publicou apenas uma nota em que repisa o compromisso assumido pelas partes em manter os acordos prévios relativos à proteção de privacidade dos usuários e a obrigação de obter consentimento anterior a qualquer modificação relativa a sua política de proteção a dados.¹⁸¹ Nesse sentido, a análise estudada será o entendimento exarado pela Comissão Europeia¹⁸² (jurisdição antitruste europeia) datada de 10/04/2014.

A notificação do caso Google/Waze foi realizada simultaneamente em várias jurisdições antitruste no mundo em 2013. Da mesma forma, o FTC analisou o caso e o aprovou sem restrições, mas não lançou qualquer nota oficial sobre os efeitos da Operação. Desta forma, enfoca-se o parecer exarado pela OFT - *Office of Fair Trading* (antiga jurisdição antitruste britânica).

2.2.1. Um Resumo das Operações

Em breve resumo, o caso Facebook/WhatsApp versa sobre a aquisição da WhatsApp, uma provedora de aplicativos para celular voltados a serviços de

¹⁸¹ FTC - Press Release. FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition. Federal Trade Commission Web Site. 10/04/2014. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed> em 21/11/2019.

¹⁸² COMISSÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP. 03/10/2014. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf em 10/11/2019.

comunicação (WhatsApp), pela Facebook, uma provedora de sites online e aplicativos para celular voltados a gestão de redes sociais. A Facebook fornecem a usuários, de forma gratuita, acesso a uma plataforma digital onde participam de redes sociais (Facebook), podem se comunicar com outros usuários (Facebook Messenger) e acessar recursos de compartilhamentos de conteúdo digital – fotos e vídeos (Instagram). A operação envolveu três das maiores redes sociais do mundo¹⁸³ - Facebook, WhatsApp e Instagram – impactou mais de um bilhão de usuários¹⁸⁴. A operação se passou, primordialmente, no mercado de aplicativos de serviços de comunicação, mas exigiu análise aos mercados de redes sociais e publicidade digital.

A operação é relevante pois ambas as partes ofertavam seus serviços e produtos de forma gratuita e os mercados afetados são conectados por uma conexão racionalidade econômica, o que representou grande desafio à análise antitruste¹⁸⁵.

O caso Google/Waze versa, por sua vez, sobre a aquisição da Waze, uma provedora de aplicativos de serviços de navegação guiada, pela Google, o gigante do mercado de serviços de busca online, em 2013. A aquisição tem papel ímpar na jurisprudência internacional pois discutiu tanto o papel do mercado de dados de mapeamento, como insumo ao mercado de publicidade digital (publicidade comportamental), quanto a relação de “*frenemy*”¹⁸⁶ entre agentes econômicos e as grandes plataformas – *network gatekeepers*.

Os casos Facebook/WhatsApp e Google/Waze fornecem um rico contexto para a análise crítica à metodologia tradicional antitruste. Indo além, ambos são ótimo objeto de estudo para demonstração das preocupações concorrências oriundas da lenta modernização do Direito da Concorrência e a busca pela concretização dos objetivos da Política da Concorrência. Como o *The Economist*¹⁸⁷ comenta, ao citar o advento dos gigantes da internet, preocupações concorrências surgem do tratamento não

¹⁸³ Dados disponíveis em <https://www.digitalinformationworld.com/2019/01/most-popular-global-social-networks-apps-infographic.html> em 11/11/2019.

¹⁸⁴ BETTIOL, Heloisa. *Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁸⁵ BETTIOL, Heloisa. *Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁸⁶ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 145-158.

¹⁸⁷ THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*. Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

paritário empregado a agentes econômicos, quando a estes não são impostos regimes de responsabilidade ou limites capazes de impedir distorções artificiais aos mercados.

Muito dessa reação negativa em relação a tecnologia é mal orientada. A presunção de que os grandes negócios são necessariamente vis é completamente errado [...] Mas as grandes plataformas tecnológicas, particularmente Facebook, Google e Amazon, realmente levantam preocupações sobre competição justa. Isso é parcialmente porque elas, por vezes, se beneficiam de exceções legais¹⁸⁸ (tradução nossa)

Neste sentido, são muitas as observações sobre a inadequação das análises propostas aos casos. No caso Facebook/WhatsApp, a Comissão Europeia, seguindo a metodologia tradicional antitruste, elegeu as eficiências econômicas como prioridades da análise e não aprofundou-se sobre os efeitos na esfera não mercado lógica, em especial sobre um direito extremamente afetado: o direito à privacidade dos usuários¹⁸⁹. Nesse sentido, após breve e limitada análise sobre os efeitos relativos a concentração de dados nos mercados, a Comissão utilizou-se dos modelos de negócio das partes para definir mercados relevantes afetados pela Operação (mercados de serviço de comunicação eletrônica, serviços de redes sociais e serviços de publicidade online), sendo o escopo territorial o espaço econômico europeu. A Comissão reiterou que as requerentes não competiam diretamente como redes sociais, em vista modelo de negócio e proposta de valor entregue aos clientes, e que a WhatsApp não atuava no mercado de publicidade online, já que a WhatsApp não vendia espaços publicitários em sua plataforma, sendo assim a análise se aprofundaria, prioritariamente, no mercado de aplicativos de serviços de comunicação *mobile*.

De acordo com Stucke e Grunes¹⁹⁰, a despeito da análise exarada pela Comissão Europeia, a concorrência no caso específico acompanha a complexidade das relações travadas no meio digital. Neste sentido, ambas as partes atuavam no

¹⁸⁸ THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*. Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

¹⁸⁹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 74-75.

¹⁹⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 76-77.

mercado de atenção¹⁹¹ e tinham a infraestrutura para competir tanto pela extração de dados de usuários, quanto pela potencial conversão destes dados em publicidade online. Acontece que, a proposta de definição de mercados estanque não é compatível com a natureza do meio digital e da economia movida a dados, onde todos os agentes competem pela atenção dos usuários e pela possibilidade de obter seus dados.

Por outro lado, a agência europeia elaborou uma inovadora análise sobre a teoria do dano no caso em dois cenários, em que explorou a sobre a possibilidade de compartilhamento de dados dos usuários do WhatsApp para promoção das atividades da Facebook e a utilização do WhatsApp como espaço publicitário. Sobre o primeiro cenário, a Comissão Europeia entendeu que, visto que o WhatsApp não extraia dados de valor e não armazena as conversas de seus usuários, não havia o que se cogitar em relação a uma movimentação que possibilitasse o compartilhamento de dados por falta de incentivos. Além disso, em oportunidade, as partes declararam que não tinham intenções de modificar os termos de uso para alterar a prática de extração de dados. Assim, a Comissão entendeu que não haveria porque aventar incremento da capacidade de extração de dados da adquirente, oriundo da Operação. Sobre o segundo cenário, levantando que, mesmo se a Facebook utiliza-se o WhatsApp como espaço publicitário, ainda existiria forte concorrência no mercado de dados, a autoridade decretou que a Operação não representava possibilidade de incremento à suas atividades de publicidade online.

Como os autores Stucke e Grunes¹⁹² afirmam, a conclusão partiu de uma compreensão limitada sobre a natureza do mercado de dados e importou na concentração ainda maior do poderio da Facebook sobre o mercado de dados pessoais.

Em continuidade à análise econômica, a agência adentrou a possibilidade de exercício de poder de mercado a partir da Operação. A Comissão, em conformidade com a metodologia tradicional, utilizou-se do parâmetros de participação de mercado e anunciou que as participações de mercado combinadas no mercado relevante seriam elevadas (30%-40%). No entanto, em linha com o proposto pelas parte, a autoridade da concorrência considerou que a natureza do mercado

¹⁹¹ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

¹⁹² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 75-77.

digital – baixas barreiras de mercado, alta taxa de inovação e forte crescimento – tornaria o parâmetros de participações de mercado efêmero e desligado da realidade.

A oportunidade é única para repisarmos as dificuldades encontradas pela jurisdição na análise de outras dimensões de poder que não apenas o poder de mercado. Enquanto os parâmetros da análise tradicional apontaram para a ausência do poder de mercado, Stucke e Grunes¹⁹³ tecem dura crítica a argumentação lançada pelo órgão para afastar a possibilidade de exercício de poder de mercado. O autor comenta como órgão, sem maiores análises, pressupôs a inexistências de barreira de entrada pela “natureza” do mercado digital. Nesse sentido, os professores repisam que não só os mercados digitais possuem barreiras de entrada, como a operação as reforçou¹⁹⁴.

De encontro a esta análise, em análise ao caso Google/Waze, temos o cenário onde um aplicativo vinha rivalizando com as iniciativas de ambas plataformas dominantes – Google Maps e Apple Maps. Neste contexto, ao contrário da decisão exarada no caso Facebook/WhatsApp, a análise da OFT¹⁹⁵ inovou ao compreender que ambos os serviços eram prestados de graça e os parâmetros utilizados deveriam ser não econômicos – nominalmente inovação e qualidade, quando esclareceu que:

a fusão pode resultar na perda de um concorrente crescente e inovador na forma da Waze que provém uma restrição a Google e pode prover um restrição ainda mais forte a diante no suprimento de aplicativos de navegação passo-a-passo para aparelhos mobile (tradução nossa)

Stucke e Grunes¹⁹⁶, versando sobre o caso, navegam pelas duas etapa da dinâmica do mercado de publicidade digital e como tem-se os dados de mapeamento como insumos. A primeira etapa seria identificar os usuários da plataforma pela sua localização, enquanto a segunda seria combinar estes dados com a base de dados presente em seu perfil e observar oportunidades de inserção de publicidade

¹⁹³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 75-79.

¹⁹⁴ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 158-165.

¹⁹⁵ OFT. ME/6167/13 – Case Google/Waze. 11/11.2013. Disponível em <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20160124234622/https://www.gov.uk/cma-cases/motorola-mobility-holding-waze-mobile-ltd> em 18/11/2019.

¹⁹⁶ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 93-99.

comportamental. Nesse sentido, temos que geolocalização e dados de mapeamento são de suma importância para anunciantes e que as plataformas digitais, ao ocuparem este mercado, “podem rastrear onde as pessoas estão e influenciar onde elas irão ao prover informações sobre anunciantes próximos” (tradução nossa).

No entanto, em breve análise, o OFT acabou não desafiando a Operação por entender que a Waze não impunha real competição à Apple ou à Google por não ter usuários suficientes para rivalizar com os players. Os professores Maurice Stucke e Allen Grunes¹⁹⁷ tecem uma completa análise crítica a decisão e como ela estabeleceu bases perigosas ao direito antitruste europeu.

O primeiro ponto levantado é o critério utilizado pela autoridade antitruste para comparar a competitividade da Waze perante as plataformas detentoras de sistemas operacionais. Como os autores¹⁹⁸ esclarecem, a incapacidade da Waze de crescer de forma escalar foi utilizada como base para afastar a possibilidade da mesma de competir com as plataformas operacionais, o que seria um indício de que a operação não traria mudanças significativas ao mercado. Esse critério é duramente criticado pois ignora a dinâmica do mercado e corrobora para a concentração de poder nas mãos das plataformas. Em primeira análise porque a estrutura do mercado – alta concentração de poder em players que controlam o acesso à usuários – torna difícil a concorrência. Nesse sentido, o próprio OFT¹⁹⁹ reconheceu que a Microsoft, em sua parceria com a Nokia e com muito mais recursos, teria dificuldade em rivalizar com estes players nesse mercado.

Em seguida, os autores²⁰⁰ chamam atenção para o uso da Apple como concorrente do Android no mercado de aplicativos de navegação, enquanto na realidade os custos de migração de um aplicativo para outro seriam impraticáveis. Isso porque a Apple compete, com a Google, na venda de smartphones/sistemas operacionais, mas opera o Apple Maps somente no IOS, o que faria que, para migrar de um aplicativo para outro, o usuário devesse comprar um novo smartphone. Com

¹⁹⁷ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 93-99.

¹⁹⁸ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 95-96.

¹⁹⁹ O OFT em passagem reconhece que mesmo a Microsoft, teria dificuldade em competir nesse mercado. “No entanto, dado que o IOS e o Android contabilizam mais que 80% das vendas de smartphones, esses provedores alternativos podem estar em desvantagem ao ter um acesso menos à base de usuários que a Google ou a Apple para atualizar seus respectivos mapas” (tradução nossa).

²⁰⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 96-99.

isso, o único provável concorrente do Google Maps seria a Waze. Da mesma forma, os professores comentam como o raciocínio do OFT criou bases perigosas ao Direito da Concorrência ao propor que a Operação só importaria riscos ao mercado caso a Waze se postasse como concorrente relevante. No entanto, esse raciocínio não carrega bases sólidas no tocante que a Operação tratava de um agente controlador de mais da metade do mercado e que a transação acarretaria no reforço de sua posição privilegiada.

Um aspecto constatado como inibidor de barreiras de mercado, em ambos os casos foi o fenômeno de “*multi-homing*”, que importa na utilização simultâneas de dois ou mais aplicativos, por um só usuário e a existência de um grande número de competidores e entrantes no mercado. Esses fatores afastariam a possibilidade de exercício de poder de mercado, por apontarem a substituíbilidade dos fornecedores e forte concorrência. No entanto, em ambos os casos o argumento encontra-se fragilizado. No caso Facebook/WhatsApp, a Comissão teria falhado em perceber que, quanto maior a escala dos agentes digitais, menor o efeito do “*multi-homing*”²⁰¹, visto que a lógica do mercado de comunicação é: quanto maior a rede do aplicativo, maior a chance dos meus contatos estarem nela e maior o meu interesse de utilizá-la. Já no caso Google/Waze, o efeito do “*multi-homing*” é mitigado pela possibilidade de instalação prévia de aplicativos detidos pelos próprios sistemas operacionais.

Se tratando de operações envolvendo plataformas digitais, ambas as autoridades antitruste analisaram os efeitos de rede presentes nas operações. No caso Facebook/WhatsApp, a Comissão Europeia demonstrou seu entendimento acerca de sua natureza ao comentar que “efeitos de rede surgem quando o valor de seu produto/serviços, para seus usuários, cresce com o número de outros usuários do produto/serviço” (tradução nossa). Ainda que, na época, as parte já fossem consolidadas algumas das maiores redes sociais do mundo, a Comissão Europeia entendeu que haveriam diversos fatores que mitigariam a possibilidade de fechamento de mercado ou de limitação de acesso à base de clientes à concorrentes. A agência levantou que os baixos custos de entrada no mercado e de troca de aplicativos por

²⁰¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 168.

usuários, junto a alta competitividade e número de novos entrantes, tornavam improvável a utilização de posição privilegiada²⁰².

Os efeitos de rede foram analisados pela OFT no caso Google/Waze²⁰³, no sentido a entender se a Waze teria capacidade de se posicionar como competição relevante à Google. No entanto, a autoridade entendeu que, para tal a Waze teria que ter uma escala de usuários maior que detinha, o que importava dizer que ela não podia desencadear efeitos de rede capazes de rivalizar com a rival.

A Comissão Europeia, em análise ao caso Facebook/WhatsApp reiterou que as partes não controlavam ou operavam nenhuma parte essencial da rede, como um sistema operacional, razão pela qual concluíram que as mesmas não teriam a capacidade de fechar mercados ou aumentar substancialmente o custo de transição de um aplicativo para outro. Da mesma forma, a OFT não considerou corretamente o papel dos *network gatekeepers*, em especial os controladores de sistemas operacionais, na Operação. Neste sentido, ambos os pareceres oportunizam breve análise ao poder de plataforma e poder de *gatekeeper*, no caso.

Em relação ao poder de plataforma, no caso Facebook/WhatsApp, observa-se os efeitos da Operação sobre os poderes de plataforma da Facebook. Em especial, a aquisição importou no reforço ao *poder de extração e exploração de dados* (com a fornecimento de mais portas de contatos com o usuário e oportunidades de extração de dados) e ao *poder de influência e manipulação* (ao prover acesso a mais dados privados dos usuários e poder utiliza-los para moldar a forma com que os usuários recebem informações no meio digital). Neste sentido, a Operação que foi aprovada sem restrições, mas caso a Comissão Europeia tivesse compreendido a real dimensão dos poderes envolvidos, poderia ter, ao menos, incluído restrições, como a imposição de sistemas de *accountability*²⁰⁴, visando mitigar possíveis abusos e desvios futuros no uso de dados pessoais dos usuários.

Já no caso Google/Waze, o poder de plataforma foi afetado pelo reforço do *poder de comunicação* (ao potencializar a capacidade de selecionar dados e informações pertinentes aos usuários por meio dos dados de geolocalização) e do

²⁰² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 79.

²⁰³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 95.

²⁰⁴ GUIMARÃES, Marcelo. *Repercussões concorrenciais da internet das coisas*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 317-319.

poder de conexão (ao melhorar os algoritmos da google e tornar seus produtos – infraestrutura de conexão - ainda mais essencial aos outros agentes econômicos). Da mesma forma, uma análise munida da “teoria do poder de plataforma” poderia ensejar a aplicação de remédios como a venda do Google Maps ou a prevenção da pré-instalação de aplicativos de navegação nos celulares com sistema operacional Android.

Já em análise ao poder de *gatekeeper* nas Operações, no caso Facebook/WhatsApp, a seara afetada é a seara social. Então ainda que a Facebook, como um dos *network gatekeepers*, seja parte estrutural do negócio que alimenta o mercado digital, o mercado de dados pessoais e que a racionalidade da Operação importasse em reforçar a posição privilegiada do *gatekeeper*, o impacto mais gravoso foi sentido pelos usuários do meio digital. A operação oportunizou o reforço ainda maior do poder de *gatekeeper* - como influência sobre os usuários – ao possibilitar tanto o fluxo de dados de uma rede social para outra, como a tomada de mais meios de interação entre particulares e a Facebook.

O poder de *gatekeeper* no caso Google/Waze ganha contornos diferentes pela dinâmica de “*frenemy*” entre o *network gatekeeper*, controlador de sistemas operacionais, e os aplicativos que ocupam seus “*walled gardens*”. Os autores explicam essa interface entre desenvolvedores independentes e plataformas digitais.

Desenvolvedoras independentes de aplicativos são tanto amigas, quanto inimigas, das super plataformas que controlam sistemas operacionais mobile, como o Android e a IOS da Apple. Elas são amigas quando as super plataformas querem atrair desenvolvedores de aplicativos e usuários para o sistema operacional. Elas são inimigas quando as super plataformas podem querer que seus usuários utilizem seu próprio aplicativo de mapeamento concorrente²⁰⁵ (tradução nossa)

Obviamente o poder destas super plataformas – atuando como *network gatekeepers* – levanta o questionamento sobre as possibilidades de sucesso para estes

²⁰⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 93.

agentes econômicos envolvidos nestes relacionamentos de “*frenemy*”²⁰⁶, em vista a capacidade destes agentes de fecharem mercados ou limitarem o acesso à usuários no lado “inimigo” (onde os agentes e plataformas competem). Assim, a Operação, ao não considerar a lógica de funcionamento do mercado de aplicativos mobile, acabou por reforçar o poder de *gatekeeper* da Google, que agora poderia impor barreiras de entrada, não econômicas, cada vez maiores a novos entrantes do mercado de navegação guiada e privilegiar suas subsidiárias.

Em um cenário onde apenas dois players dominavam o mercado, a aquisição, mesmo sob a própria lógica do OFT, representava um movimento para eliminação de uma potencial ameaça ou futuro rival. Visto a qualidade de insumo essencial aos negócios operados pelas plataformas digitais dos dados de navegação, qualquer agente econômico que pretendesse alcançar a escala necessária para obter efeitos de rede capazes de rivalizar com os da Google ou Apple, necessariamente, teria que contar com a tecnologia semelhante a detida pela Waze. Nesse sentido, uma análise que leva-se em conta a “teoria do poder de *gatekeeper*”, poderia ter impostos remédios à Operação, ou até mesmo negá-la, em vista o aumento do poder do agente que já controlava o mercado e os impactos aos particulares.

A nítida dificuldade encontrada pelas jurisdições em suas análises denota como a metodologia tradicional antitruste não mais responde as demandas de proteção a um mercado em rápida digitalização e seus consumidores/usuários. Nesse sentido, questiona-se se o Direito da Concorrência ainda logra êxito em tutelar os objetivos que o fundaram e, na experiência brasileira, foram consagrados pela projeto constitucional.

2.2.2. Os Objetivos Tutelados pela Política de Concorrência e a Metodologia Tradicional Antitruste

O exercício que realizamos é especialmente importante para evidenciar a mudança de um paradigma consolidado no Direito da Concorrência. Então, para tal, contextualiza-se brevemente o que é a Política de Concorrência e os objetivos tutelados por ela. Para além, demonstra-se como a metodologia tradicional antitruste

²⁰⁶ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016. pp. 145-158.

veio se concentrando em torno de uma abordagem baseada em preço, em detrimento a abordagens baseadas em “qualidade”, e como isso apresenta-se atualmente como uma limitação à atuação dos órgãos da concorrência.

Em rico estudo sobre a construção da Política da Concorrência nos Estados Unidos e Europa, Massimo Motta²⁰⁷ demonstra como o embate entre poderosos agentes econômicos e o Estado veio construindo a Política da Concorrência que conhecemos hoje. Em breve esforço, o autor conceitua a Política de Concorrência como “o conjunto de políticas e leis que asseguram que a concorrência no mercado não seja restringida de maneira a reduzir o bem-estar econômico”²⁰⁸.

Continuando, o autor²⁰⁹ elucida que a política da concorrência congrega o relacionamento entre seu principal objetivo – a promoção do bem-estar econômico - e outros objetivos relevantes – como a defesa de pequenas empresas, a promoção da integração de mercado, a promoção da liberdade econômica, o combate à inflação e a promoção da justiça e equidade.

Nesse sentido, a digitalização do mercado impõem a esse paradigma novos desafios e exige uma releitura destes objetivos. Como comenta Stucke e Grunes²¹⁰, parte da dificuldade advinda do processo de modernização da metodologia antitruste, em vista o tratamento à agentes de mercados movidos a dados e a proteção de direitos fundamentais, é o entendimento do que seria privacidade e como compreender danos à privacidade. Acontece que, as jurisdições, acostumadas com abordagens de preço e danos tangíveis, apontam certa dificuldade em compreender a natureza de danos à direito fundamentais que, normalmente, são “não econômicos e menos tangíveis, como a perda de personalidade e autonomia”²¹¹ (tradução nossa).

²⁰⁷ MOTTA, Massimo. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Massimo Motta, Lúcia Helena Salgado; tradução Lúcia Helena Salgado – 1. Ed. – Rio de Janeiro; Elsevier. pp. 02-29. 2015.

²⁰⁸ Motta explica que o bem-estar econômico é o conceito-padrão usado para medir o desempenho de um mercado. Nesse sentido, o bem-estar aumenta conforme o preço cobrado se aproxima do custo de produção e diminui conforme aproxima-se do preço de monopólio (maior preço que um monopolista poderia cobrar).

²⁰⁹ MOTTA, Massimo. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Massimo Motta, Lúcia Helena Salgado; tradução Lúcia Helena Salgado – 1. Ed. – Rio de Janeiro; Elsevier. pp. 17-26. 2015.

²¹⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. pp. 141-146. 2016.

²¹¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. pp. 143. 2016.

Como os autores²¹² reconhecem, inserir novas ferramentas capazes de compreender as dimensões do dano à “qualidade” (não econômicos) não seria uma tarefa fácil, mas, conforme observamos a crescente presença das atividades empresariais na vida privada dos consumidores, acentua-se a necessidade do Direito da Concorrência se ocupar da proteção dos direitos fundamentais dos particulares.

Voltando-nos à metodologia tradicional antitruste e suas limitações, Stucke e Grunes²¹³ explicam como a abordagem antitruste veio migrando para aspectos cada vez mais mensuráveis – enfoque em fenômenos de preço e eficiências. Essa análise econômica baseada em preço então introduziu fatores econômicos de fácil mensuração, que são desproporcionalmente importantes a metodologia tradicional, enquanto fatores não-econômicos e fatores de difícil mensuração são ignorados.

Nesse sentido, embora fique clara a necessidade de uma nova metodologia antitruste, no sentido a fornecer uma nova abordagem a mercados digitais e negócios movidos a dados, parte da doutrina ainda resiste ao movimento de modernização do Direito da Concorrência, isolando ainda mais a seara antitruste ao estudo das eficiências econômicas. O presente trabalho, em sentido contrário, tem como objetivo demonstrar a existência de fenômenos relevantes que justificariam uma larga revisão dos parâmetros do Direito da Concorrência.

2.2.3. *A Metodologia Tradicional, seus Parâmetros e o Mercado Digital*

O caso Facebook/WhatsApp²¹⁴, perante a Comissão Europeia, é marcado pelo emprego da metodologia tradicional antitruste e é um ótimo objeto de estudo às limitações e desvios da ferramenta sob a perspectiva dos impactos a esfera social e direitos fundamentais.

²¹² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. pp. 141-146. 2016.

²¹³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. pp. 107-110. 2016.

²¹⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP. 03/10/2014. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf em 10/11/2019.

Como comentado por Lynskey²¹⁵, o caso Facebook/WhatsApp exemplifica como, mesmo quando a jurisdição pode constatar a presença de poder de mercado, a metodologia tradicional, utilizando-se de seus parâmetros-padrão (preço, qualidade, escolha e inovação), é incapaz de reconhecer flagrantes danos a direitos fundamentais dos usuários de plataformas digitais. No caso analisado, os direitos fundamentais afetados foram, principalmente²¹⁶, a privacidade e a proteção a dados pessoais, mas é nítido como a metodologia não munuiu a autoridade de qualquer ferramenta capaz de perceber os efeitos, a longo prazo, sob os relacionamentos digitais e os riscos presentes na esfera não-econômica.

Ainda, corroborando com os argumentos de Stucke e Grunes²¹⁷, Bettiol²¹⁸ destaca o pioneirismo da análise, que logrou êxito em ser a primeira a analisar, na esfera antitruste, os mercados de dois lados das plataformas digitais, onde produtos e/ou serviços são gratuitos, mas foi “limitada”. Conforme elucidada, a autoridade falhou ao não considerar a real dinâmica dos mercados digitais, não preveniu-se sobre o compartilhamento de dados futuro entre as partes, o que gerou real dano a privacidade dos usuários.

Indo além, Pasquale²¹⁹ alerta que “focando miopeamente nos ganhos de eficiência que podem ser temporários ou exagerados, [autoridades da concorrência] encobrem, ao longo do tempo, as patologias da concentração corporativa” (tradução nossa). Enquanto, a concentração corporativa assola os mercados digitais, a metodologia tradicional antitruste não é capaz de ofertar respostas aos avanços empreendidos pelos *network gatekeepers*. O caso Google/Waze, como visto, provém o contexto necessário para compreendermos como o foco em ganhos de eficiência mascaram a existência de outras formas de poder, como o poder de plataforma e o *poder de gatekeeper*.

²¹⁵ LYNKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.2017. pp. 16.

²¹⁶ Mendes elucidada como toda interação com o sistema informacional do mercado digital impacta, simultaneamente, todo um complexo de direitos fundamentais voltados a personalidade dos indivíduos. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

²¹⁷ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 69.

²¹⁸ BETTIOL, Heloisa. *Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 249.

²¹⁹ PASQUALE, Frank. *Privacy, Antitrust and Power*. *George Mason Law Review* 1009-1011. 2013

No caso, em específico, embora não fosse possível constatar poder de mercado capaz de comprovar competição relevante entre as partes, a autoridade falhou em compreender a dinâmica de mercado onde a Google, como *gatekeeper*, reforçaria sua posição de mercado – absorvendo um potencial futuro concorrente²²⁰ – e teria ainda mais incentivos para limitar o acesso a um mercado em que ele controlava – por meio de barreiras de entrada artificiais²²¹.

A atual metodologia antitruste é fortemente marcada por análises de fatores mensuráveis – mais especificamente, efeitos de curto prazo de preço e efeitos de curto prazo de eficiências econômicas. No entanto, como alerta Stucke e Grunes²²², esta abordagem é inadequada para mercados digitais, onde produtos e serviços podem ser gratuitos, consumidores não estão acostumados a pagar monetariamente pelo o que consomem e danos são difíceis de quantificar.

Então, se qualidade é um fator tão importante para a análise de mercados mais complexos e interligados, porque preço é ainda o foco da metodologia antitruste e porque não utilizar análises prioritariamente baseadas em fatores não-econômicos? Os autores elucidam como a influência da Escola de Chicago e suas teorias de autocorreção dos mercados foi essencial para que autoridades antitruste e cortes judiciais adotassem cada vez mais parâmetros de fácil mensuração, no sentido a responder as questões de porque intervir na esfera do mercado²²³. A influência da experiência americana e da Escola de Chicago se expandiu e deu forma a como a maior parte das jurisdições antitruste analisam suas operações.

Assim, como Frazão²²⁴, Stucke e Grunes²²⁵ repisam a necessidade da superação da influência da Escola de Chicago e de um novo olhar a análise antitruste no sentido a elucidar como a atual abordagem baseada em preços é incapaz de considerar fatores econômicos relevantes como inovação e riscos sistêmicos, mas também não-econômicos como privacidade, direito de escolha e liberdade de

²²⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 95-97.

²²¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 97-99.

²²² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 107-110.

²²³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 110.

²²⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 183.

²²⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 125-126.

expressão. Isso, porque no mercado digital – mercado movido a dados – os fatores mais importante para determinarmos os contornos do poder de mercado de cada agente são não-econômicos.

Concorrência, se houver alguma, primeiramente tem lugar em diversas áreas: primeiro, sob parâmetros que não preço (como qualidade, que inclui proteções à privacidade e inovação) no lado “grátis” do mercado; segundo, sob o lado “pago” do mercado multi-lados (como publicidade); e terceiro, entre as empresas para coletar dados de valor como insumo relevante entre diferentes mercados²²⁶ (tradução nossa)

2.2.4. A Metodologia Tradicional Antitruste e seus Riscos à Privacidade dos Usuários

Em detida análise ao caso Facebook/WhatsApp, Stucke e Grunes²²⁷ realçam como a Operação demandou uma nova abordagem e que a jurisdição fosse além da lógica de testes de preço. Afinal, embora centrais na Operação, os dados transacionados não estavam sendo vendidos e os serviços ofertados aos usuários eram gratuitos. Visto que a Comissão foi incapazes de empregar nova metodologia, Orla Linskey²²⁸ critica a aprovação, sem restrições da Operação, e a sua fundamentação, que baseou-se no argumento de que as partes não competiam entre si e que o cenário mercadológico não seria relevantemente afetado.

Em sentido contrário a decisão proferida, a autora²²⁹ pede maior atenção à dinâmica do mercado digital e aos riscos de operações semelhantes no mercado digital. Em especial, ela ressalta como a consolidação do conjunto massivo de dados, facilitada pela fusão, possibilitou uma limitação do controle dos usuários sobre o

²²⁶ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 116.

²²⁷ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 74-84.

²²⁸ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.2017. pp. 16.

²²⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.2017. pp. 16-17.

fluxo de seus dados pessoais²³⁰. Sob este raciocínio, os usuários não teriam informações ou poder para contestar a Operação ou seus efeitos, tornando a saída da rede social a única opção daqueles que não teriam interesse no compartilhamento destas informações entre redes. Finalmente, a aprovação da Operação importou em dano real ao direito de privacidade e ao controle sobre informações pessoais de um grande número de usuários.

Como relatado, uma das conclusões levantadas na fase de análise de mercado foi a de que as partes não competiam efetivamente²³¹. O diagnóstico, baseado nos mercados relevantes afetados, do ponto de vista da metodologia tradicional, está “correto”, pois as partes não atuavam nos mesmos segmentos “tradicionais. No entanto, novamente, o aparato metodológico se descolou da realidade do mercado digital e não proveu à jurisdição qualquer informação a cerca dos efeitos oriundos da operação – seja na esfera mercadológica ou na esfera social -, tais quais uma potencial queda de qualidade pós-fusão, a longo prazo, ou do cerceamento do direito de escolha dos usuários (sobre os serviços prestados e sobre o compartilhamento de seus dados pessoais). Os professores Stucke e Grunes²³² esclarecem a complexidade das relações de concorrência travadas na Operação:

O que é interessante aqui é que a concorrência ocorre em diferentes níveis: em um primeiro nível, empresas concorrem para atrair consumidores para gastarem seu tempo em suas plataformas e, para aquelas com modelos de negócio baseados em publicidade, pelo seus dados pessoais; em um segundo

²³⁰ Surpreende a posição adotada pela Comissão Europeia, quando jurisprudência anterior da mesma casa já havia elucidado o potencial impacto competitivo do *Big Data* e sua importância como aspecto da concorrência. A aquisição da Tele Atlas pela TomTom²³⁰ no mercado de base de dados para mapas digitais navegáveis, notificado à Comissão Europeia em 2008, foi um marco jurisprudência para as operações envolvendo *Big Data*. Acontece que a Comissão Europeia reconheceu que a motivação da Operação se baseava na busca de um diferencial competitivo através de uma estratégia baseada no controle de dados – tendência cada vez maior nas fusões envolvendo gigantes da internet. Assim, a agência antitruste entendeu que a obtenção de acesso ao *Big Data* tinha valor competitivo e que o acesso a uma maior velocidade de processamento de um volume e variedade de dados seria uma barreira de mercado relevante. COMISSÃO EUROPEIA. Comp/M.4854 - TomTom/Tele Atlas. 14/05/2008. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf em 11/11/2019.

²³¹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.2017. pp. 16.

²³² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press., 2016. pp. 76.

nível, empresas concorrem sobre os meios de coleta de dados pessoais, que são nesse caso os aplicativos de mensagens. Em um terceiro nível, as empresas competem no lado de publicidade “pago” da plataforma multi-lados. (tradução nossa)

Sob a lógica da complexidade dos mercados movidos a dados, a fusão Facebook/WhatsApp poderia, potencialmente, prejudicar diferentes grupos: (i) anunciantes, ao diminuir potenciais concorrentes e importando no aumento de taxas de publicação; (ii) usuários de aplicativos de mensagem, pela diminuição da pressão de inovação diminuir a o investimento na entrega dos produtos, impondo menor qualidade, inovação e proteção à privacidade a dados; e, (iii) concorrentes, ao reforçar o poder de *gatekeeper*, possibilitando a incorporação de uma nova tecnologia e modelo de negócio à plataforma e o uso da nova subsidiária como barreira de entrada, impedindo novos agentes menores de entrarem ou de alcançarem a escala necessária para obter efeitos de rede relevantes²³³.

Como visto, o mercado digital demanda uma análise mais completa sobre a realidade do uso de dados como insumo e como vantagem competitiva. Assim, embora as partes não competissem, do ponto de vista de produto, no mesmo mercado, competiam diretamente no mercado de atenção²³⁴ (primeiro nível), por tempo de exposição. Em seguida, ambas as plataformas digitais tinham a infraestrutura para competir no segundo nível, utilizando-se dos seus aplicativos para obter dados de seus usuários, mas, é óbvio que, a Facebook tinham real vantagem competitiva ao compararmos a sua capacidade de processamento (oriundo do seu modelo de negócio). Por fim, apenas a Facebook competia num terceiro nível (na comercialização de espaços publicitário), mas nada impedia que a WhatsApp, em futuro próximo ocupasse um lugar nesse interface competitiva²³⁵.

Apesar da visão “miope” sobre a dinâmica de concorrência, o caso, de fato, inovou ao considerar o acúmulo de dados por plataformas digitais como potencial dano a concorrência. Nesse sentido, a autoridade antitruste elaborou duas

²³³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press., 2016. pp. 75-77.

²³⁴ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

²³⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press., 2016. pp. 76.

hipóteses dentro da lógica da teoria do dano²³⁶: a) introdução de publicidade no WhatsApp; b) Uso do WhatsApp como potencial fonte de dados para melhorar o processo de *matching* das atividades de publicidade nas plataformas da Facebook, fora do WhatsApp. No entanto, embora a Comissão tenha citado o crescente valor da privacidade e segurança, como parâmetros não-econômicos na análise do Direito da Concorrência, a análise, em ambos os cenários, falhou em compreender a lógica não-econômica.

Acompanhando este entendimento, ao realizar estudo às repercussões do *Big Data* na seara da concorrência, Guimarães²³⁷ tece duras críticas às atuações da Comissão Europeia e do FTC na Operação Facebook/WhatsApp. A inabilidade de ambas as jurisdições, no sentido de se adaptar ao mercado digital e de compreender os riscos e efeitos da Operação, teria gerado análises “limitadas”. Nesse sentido, a Comissão teria aprovado a Operação, apesar das preocupações levantadas pelo autor como: o acúmulo de dados controlados por uma só empresa (análise que não foi empregada) e a análise completa da concentração de dados em apenas um lado da plataforma (mercado de publicidade).

Continuando, uma das principais passagens do processo, a autoridade europeia opinou que a Operação não importava em conceder ao Facebook uma maior capacidade de extração e processamento de dados²³⁸. Isso porque, a autoridade considerou que o compartilhamento de dados, entre partes, não seria provável em vista da dificuldade técnica, o baixo valor das informações detidas pelo WhatsApp e pela necessidade de impor novos termos de uso aos usuários da plataforma, que permitisse a extração de uma gama maior de dados. Da mesma forma, ao afastar preocupações relativas ao mercado de dados pessoais – como inteligência de mercado –, a agência apresentou uma estimativa de participação de mercado relativa à provisão de dados de usuários na rede detida por agentes de mercados, como forma de estimar que existiria

²³⁶ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 76-79.

²³⁷ GUIMARÃES, Marcelo. *Repercussões concorrenciais da internet das coisas*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 317-319.

²³⁸ BETTIOL, Heloisa. *Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 251.

uma reserva de dados no mercado suficiente para rivalizar com as bases controladas pela Facebook²³⁹.

Esse entendimento nos parece deveras descolado com a realidade do mercado digital e elucida o porque das críticas à abordagem tradicional econômica. A análise falha ao não compreender a dinâmica competitiva do mercado de dados. Como explica Stucke e Grunes²⁴⁰, aos mercados em que o *Big Data* se insere e que os agentes econômicos adotam, cada vez mais, estratégias movidas a dados, importa não só extrair o maior volume e variedade de dados, mas também construir uma capacidade de processamento e aplicação destes dados crescente. Nesse sentido, a parte da racionalidade econômica da aquisição do WhatsApp, pela Facebook, reside na aquisição de um novo canal de dados pessoais e monitoramento de usuários, bem como na aquisição de um player que poderia ser estratégico para algum agente que pretendesse rivalizar, futuramente, com a Facebook.

Da mesma forma, os autores elucidam o entendimento falho da autoridade sobre a natureza do mercado de dados. “Ainda que uma estimativa da participação de mercado de todos os dados coletados na rede seja interessante, dados não são fungíveis” (tradução nossa), comentam Stucke e Grunes²⁴¹. Nesse sentido, dados não tem valor intrínseco, seu valor e utilidade vão depender do sujeito e contexto apresentado. Da mesma forma, o fato de haver um conjunto de dados de usuários disponíveis no mercado não significa que os concorrentes das partes terão acesso ao tipo de dados que poderiam conferir vantagem competitiva e poder de mercado à Facebook. Em seguida, os professores anunciam “dados não são bens públicos”²⁴² (tradução nossa), ao comentar que, embora a Facebook não controle todos os dados, isso não quer dizer que tais dados estão disponíveis para concorrentes ou potenciais entrantes. Isso quer dizer que para afastar preocupações concorrenciais, as autoridades antitruste teriam que estimar qual o controle as partes tem sob os dados efetivamente necessários para concorrer no mercado.

²³⁹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 77-79.

²⁴⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 1-2 e 79-84.

²⁴¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 79.

²⁴² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 80.

Complementarmente, a Comissão Europeia²⁴³, em análise ao riscos da integração das atividades de extração de dados das partes sob a privacidade dos usuários, declarou:

Para efeitos da presente decisão, a Comissão analisou a potencial concentração de dados apenas na extensão em que é provável fortalecer a posição da Facebook no mercado de publicidade online ou em qualquer sub-segmento do mesmo. Qualquer preocupação relacionada a preço derivada de um aumento na concentração de dados sob controle da Facebook como o resultado da Transação não recai sobre o escopo das leis da concorrência da UE, mas sob o escopo das lei de proteção de dados da UE (tradução nossa)

Então, podemos dizer então que o órgão, mesmo compreendendo o risco aos direitos fundamentais dos particulares envolvidos, afastou a competência da jurisdição da concorrência europeia. Ao analisar apenas o impacto e riscos da concentração de dados em um lado da plataforma – nesse caso, o mercado de publicidade online –, Stucke e Grunes afirma que a autoridade errou ao "considerar apenas um lado da fotografia"²⁴⁴. Os autores comentam como a concentração de dados afeta os múltiplos lados de uma plataforma e podem, inclusive, constituir barreiras de mercado, impedindo a entrada em diversos mercados²⁴⁵.

Em seguida, Stucke e Grunes²⁴⁶ citam o caso *Asnef/Equifax*, na Corte de Justiça da União Europeia (CJEU), para elaborar como a degradação de proteções de privacidade pode violar a legislação antitruste. Os autores comentam como a exigência de mais dados pessoais dos usuários ou a oferta destes dados para terceiros como condição a entre de seus produtos/serviços “grátis”, já foi na jurisprudência

²⁴³ COMISSÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP. 03/10/2014. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf em 10/11/2019.

²⁴⁴ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press.. 2016. pp. 81.

²⁴⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press.. 2016. pp. 81.

²⁴⁶ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 81.

européia, equiparado a um aumento de preço ou à degradação da qualidade desses produtos/serviços. Nesse sentido, a despeito de infringir a seara da proteção de dados, ações de degradação da privacidade podem gerar diretamente danos à concorrência.

Por fim, os professores comentam a pressuposição, da Comissão Europeia, da dinâmica de mercado sobre a proteção da privacidade dos usuários. A lógica era que, os consumidores prontamente perceberiam a degradação da qualidade dos produtos²⁴⁷ – com a exigência de uma maior quantidade de dados em contrapartida aos produtos – e migrariam para provedores rivais de aplicativos, o que naturalmente controlaria os impulsos em torno da diminuição da “qualidade” dos serviços ofertados e protegeria os direitos dos usuários. Stucke e Grunes realçam que, embora esse comportamento pudesse se comprovar verdadeiro para a dinâmica de aumento de preços e queda de performance, pós fusão, a Comissão não logrou êxito em capturar qual a real capacidade dos consumidores de perceber o declínio de qualidade e o seu padrão de comportamento. Nesse sentido, o ensinamento de Solove²⁴⁸ sobre o comportamento dos usuários, no meio digital, nos parece mais adequado a explicar como de fato esses relacionamentos se desenvolvem:

- (1) as pessoas não leem as políticas de privacidade;
- (2) se as pessoas leem, elas não as entendem;
- (3) se as pessoas leem e as entendem, elas normalmente não tem conhecimento o suficiente para fazer uma decisão informada; e
- (4) se as pessoas leem, as entendem e podem fazer uma decisão informada, suas escolhas podem ser prejudicadas por várias dificuldades de tomada de decisão.

Com os movimentos²⁴⁹ da Facebook, visando instrumentalizar os dados provenientes do WhatsApp, as bases utilizadas pela Comissão para afastar preocupações concorrencias vieram ao chão e denotaram ainda mais a fragilidade da

²⁴⁷ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 82.

²⁴⁸ SOLOVE, Daniel. *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*. 126 Harvard Law Review. 2013.

²⁴⁹ Facebook e WhatsApp, em postagem em seu blog oficial, anunciaram o início do compartilhamento de dados e a imposição de um novo termo de uso. Informações disponíveis em <https://blog.whatsapp.com/10000627/Um-olhar-para-o-futuro-do-WhatsApp?> em 11/11/2019.

argumentação interposta pela agência. Embora em 2017, em resposta as informações enganosas apresentadas pela Facebook, com o objetivo de omitir seus planos de integração da atividade de extração de dados conjunto, a Comissão Europeia tenha multado a empresa em 110 milhões de euros, a ação *ex-post* não teve condão para reverter os danos perpetuados ao direito de privacidade dos usuários.

Assim, para além da efetiva competição entre as partes, a Comissão acabou por não compreender a dimensão da Operação, que além de mitigar a concorrência em si – com a absorção de um promissor player do mercado pelo *gatekeeper* -, possibilitou o aumento do *poder de extração e manipulação de dados*²⁵⁰ da plataforma, ao lhe conferir o poder de rastreamento de seus usuários em uma nova esfera: as conversas privadas pelo WhatsApp, e do *poder de influência e manipulação*²⁵¹ sob seus usuários, ao permitir um conhecimento ainda maior sobre a vida e preferências dos particulares, o que importa num poder maior de selecionar conteúdos e moldar a forma que os mesmos pensam e absorvem informações.

Como vimos, a metodologia tradicional antitruste, aplicada ao caso Facebook/WhatsApp, foi incapaz de compreender a real dimensão do poder envolvido na operação e corroborou para a imposição de danos aos direitos dos usuários. A análise continua por perpassar outra dimensão que carece da atenção necessária pela Comissão Europeia em casos envolvendo *network gatekeepers*: os efeitos de rede e o mercado digital.

2.2.5. *Efeitos de Rede e Gatekeepers*

Como vimos anteriormente, o mercado vem migrando de uma perspectiva analógica para um processo cada vez maior de digitalização. Conforme as estruturas do mercado vem alcançando a esfera privada dos consumidores e os mesmos tornam-se usuários, o Direito da Concorrência enfrenta o desafio de evoluir no sentido a

²⁵⁰ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

²⁵¹ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185-186.

refletir se continua capaz de tutelar seus objetivos e proteger o mercado e os particulares dos exercícios de poder de mercado.

Sob esta perspectiva, elegemos um novo ente da economia digital como objetivo da análise, em vista o poder que detém e sua função estrutural na nova economia. Os *network gatekeepers* são plataformas digitais qualificadas, que ocupam forte posição privilegiada, cujo poder de mercado e capacidade de controlar o fluxo informacional possibilita fechar mercados e influenciar de forma relevante particulares e agentes econômicos. Os *network gatekeepers* são agentes fortemente influenciados pelos efeitos de rede²⁵² e tornam-se um objeto relevante por elucidar as limitações da metodologia tradicional antitruste frente a uma nova ótica sobre barreiras de entrada e o poder dos agentes digitais.

A doutrina tradicional antitruste defende que o exercício de poder de mercado não é plausível quando a entrada de novos agentes no mercado é tempestiva (geralmente dentro de dois anos), provável (lucrativa para um novo entrante) e suficiente (novos entrantes conseguiriam capturar uma parcela de mercado capaz de impedir o exercício de poder de mercado), mas há pouca discordância de que pode-se manter e exercitar poder de mercado em segmentos com barreiras de entrada²⁵³.

Embora a natureza dinâmica e forte crescimento dos mercados digitais tenha lhes conferido nos últimos anos um forte poder de inovação e a entrada de novos players, isso não quer dizer que os mercados não tenham barreiras de entrada e que suas estruturas venham mudando com o tempo. Caso utilizemos os critérios tradicionais para entender a possibilidade de entrada em mercados digitais – como capital de investimento, know-how técnico/tecnológico, custo de transição de provedores e outros – talvez possamos afirmar que as barreiras de entrada são baixas²⁵⁴. No entanto, como Stucke e Grunes²⁵⁵ realçam, caso isso fosse verdade

²⁵² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 157-158. Ver também LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017.

²⁵³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 157-158.

²⁵⁴ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 158.

²⁵⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 160.

nenhum grande player digital poderia exercer poder de mercado diminuindo a qualidade²⁵⁶ de mercado relevante.

No entanto, essa não é a realidade do mercado digital, como vimos na análise do caso Facebook/WhatsApp, quando a Facebook implementou um novo termo de uso aos usuários do WhatsApp e impôs a perda de bem estar do consumidor, através da diminuição da qualidade²⁵⁷ do produto. Os autores justificam então que, na realidade, os grandes players digitais – como os *network gatekeepers* - usufruem-se de outras barreiras de mercado chamados “data driven network effects” (ou efeitos de rede movidos a dados).

Como apresentamos anteriormente, os *network gatekeepers* utilizam-se dos efeitos de rede, oriundos dos mercados de dois lados e da economia digital, para exercer seu poder tanto sobre o mercado, quanto sobre o fluxo de informações que se apresenta a particulares. Os professores comentam brevemente sobre os efeitos de rede tradicionais diretos e indiretos²⁵⁸. Os efeitos de rede diretos são aqueles que advém do uso do produto ou da rede por mais pessoas. Assim, quanto mais pessoas utilizam o produto, maior o valor para o usuário. Por outro lado, os efeitos indiretos são aqueles derivados do uso daquele produto ou rede mais vezes por essas pessoas. O valor do produto, então, tende a crescer por que ele é muito utilizado.

Em breve comentário ao caso Facebook/WhatsApp, Stucke e Grunes²⁵⁹ comentam como a análise compreendeu não haverem barreiras de entrada sob à ótica da metodologia tradicional, mas considerou efeitos de rede diretos na aquisição. A autoridade antitruste acabou afastando os efeitos de rede como fonte de exercício de poder de mercado com base na ideia de *multi-homing*²⁶⁰ e não prosseguiu na análise aos demais efeitos de rede presentes na fusão.

Os autores comentam, em seu livro “*Big Data and Competition Policy*”, a existência de três outros tipos de efeitos de rede na economia movida à dados: “*scale*

²⁵⁶ Nota-se que em mercados digitais, fatores não econômicos como a qualidade são por vezes mais relevantes que as análises centradas em preço. Isso porque em diversos mercados os produtos e serviços são ofertados a preço zero ou marginal a zero, o que evade a dimensão das análises de preço.

²⁵⁷ Entende-se aqui, como visto anteriormente, qualidade como parâmetro não econômico e relativo a perda do direito sobre o fluxo de dados pessoais dos consumidores.

²⁵⁸ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 162-163.

²⁵⁹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 164-165.

²⁶⁰ Como já trabalhamos, multi-homing é a ideia de que usuários utilizam simultaneamente dois ou mais aplicativos com as mesmas funções. Os baixos custos de migração e de aquisição de aplicativos, em um mercado onde os produtos e serviços são gratuitos, garantiria que o poder de mercado conferido pelos efeitos de rede não pudesse ser exercido.

of data effect” (efeito de escala de dados), “*scope of data effect*” (efeito de escopo de dados) e “*spill-over effect*” (efeito de transborde).

Os efeitos de escala de dados²⁶¹ nascem da contribuição constante de dados que usuários dão, ativa ou passivamente, ao utilizar os agentes digitais. Os também chamados de “*learn by doing effects*” (ou efeitos de aprender fazendo – tradução nossa) advém do ciclos de feedback constante dado por usuários que aperfeiçoam os produtos e serviços. A escala de dados alcançada por grandes players digitais, combinada a tecnologia artificial e *machine learning*, gera um diferencial competitivo relevante e de alto valor agregado. Nesse sentido, esse efeito pode ser utilizado para aumentar a qualidade dos serviços prestados, mas é também fonte de uma maior dominância e verdadeira barreira de entrada ao impor um nível de “qualidade” a agentes que não tem o mesmo acesso a escala de dados e usuários.

O caso Google/Waze, por sua vez, demonstra perfeitamente como o uso do efeito dos efeitos de escala de dados podem ser incorporados como forte vantagem competitiva e relevantes na análise concorrencial²⁶². Embora, a OFT tenha declarado que a Waze não tivesse escala para competir com a Google no mercado relevante, o órgão falhou em compreender a racionalidade da Operação. A Waze, sob olhar do *network gatekeeper*, ofertava um modelo de negócio fortemente baseado na contribuição dos usuários para a melhora de seus sistemas de navegação (efeitos de escala de dados). Ao contrário dos aplicativos detidos por Google e Apple, que se empenhavam em construir e atualizar seus próprio mapeamento digital, a Waze vinha crescendo sua base de usuários por meio de uma oferta de qualidade crescente – mapas e sistemas de navegação atualizados em tempo real. Assim, embora a Waze, muito por causa do poder emanado pelas duas *gatekeepers* no mercado²⁶³, não tivesse a escala, do ponto de vista de número de aplicativos instalados, para rivalizar com a Google, o agente digital tinha o potencial para, ao utilizar-se destes efeitos de rede quebrar o monopólio da Google sobre os dados de rastreamento de usuários (essenciais para o negócio das plataformas digitais). Nesse sentido, a Operação

²⁶¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 170-185.

²⁶² STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 171-173.

²⁶³ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 95-97.

reforçou fortemente o *poder de extração e exploração de dados*²⁶⁴ da Google, bem como não observou o exercício do poder de *gatekeeper* exercido pela gestora de sistemas operacionais²⁶⁵.

Os efeitos de escopo de dados²⁶⁶, sob a mesma dinâmica da escala de dados, advém da melhora nos ciclos de feedback ao ampliar a variedade de dados, presentes em seus bancos de dados, visando a melhoria de seus produtos e serviços.

Por sua vez, os efeitos de transborde²⁶⁷ são aqueles derivados do acúmulo de dados de um usuário pela utilização constante de uma plataforma. Utilizando-se da grande quantidade e variedade de dados de uma pessoa, as plataformas digitais são capazes de melhorar seu processo de *profiling* e personalizar a entrega de seus produtos e serviços. Os efeitos de transborde são intimamente ligados com a lógica do mercado de atenção²⁶⁸. Conforme os agentes digitais buscam cada vez mais atrair usuários, em busca de seu o “tempo”, exploram continuamente o aperfeiçoamento de seus cadastros virtuais, o que gera cada vez mais vantagem competitiva e por conseguinte mais vantagem econômica.

Por fim, os autores²⁶⁹ em reflexão aos efeitos de rede, na economia movida a dados, ressaltam como estes podem ser diferenciais competitivos. Os efeitos listados contribuem vastamente par o aumento do volume, variedade, velocidade e valor dos bancos de dados detidos pelas grandes plataformas. Da mesma forma, os contínuos ciclos de melhoria, potencializados por estas plataformas, oportuniza a melhora de seus algoritmos constantemente. A melhora de seus algoritmos importa na melhora da sua qualidade de entrega, o que provém maior controle sobre a obtenção e perda de novos usuários.

esses quatro efeitos de rede (tradicionalis, escala de dados, escopo de dados/aprendizado por erro, escopo de dados e

²⁶⁴ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 185.

²⁶⁵ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 95-97.

²⁶⁶ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 186-199.

²⁶⁷ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 186-199.

²⁶⁸ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

²⁶⁹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 200-205.

transborde) provém empresas online dominantes um espaço de manobra para se empenhar em comportamento anticompetitivos para manter ilegalmente seus monopólios²⁷⁰ (tradução nossa)

Sob essas perspectiva, os efeitos de rede são verdadeiras vantagens competitivas proporcionais à escala dos agentes digitais. Assim, os *network gatekeepers*, em posição estrutural do mercado digital, tendem a utilizar ao máximo destes efeitos no sentido a criar barreiras de entrada não tradicionais²⁷¹. Os efeitos de rede serão aqui utilizados para criar padrões de qualidade e entrega a usuários, derivados do controle destes players sob dados e acesso a usuários e mercados, possibilitando o fechamento ou limitação de mercados a outros agentes.

2.3. Uma Nova Abordagem no Direito da Concorrência

Após breve estudo sobre a recente jurisprudência internacional antitruste envolvendo gigantes da internet e comentários sobre as limitações da metodologia tradicional, é evidente que as jurisdições ainda não lograram êxito em compreender a dinâmica do mercado digital ou dos poderes que os agentes digitais detém. Nesse sentido, esta pesquisa pretende fazer breve análise sobre as sugestões, apresentadas por parte da doutrina, para ofertar respostas aos impactos ensejados pelos gigantes da internet e a posição de *gatekeeper* que ocupam.

O the Economist, em seu artigo “*How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*”²⁷², nos dá algumas sugestões ao analisar os desafios vividos pelas jurisdições antitruste. De acordo com a publicação, o complexo trabalho de lidar com os gigantes da internet rivaliza com a dificuldade que as jurisdições tiveram no passado para lidar com os grandes player empresariais. Frente aquele desafio, as

²⁷⁰ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 204.

²⁷¹ STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016. pp. 200-205.

²⁷² THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*. Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

jurisdições decidiram por forçar a separação de grande empresas, como a Standard Oil em 1911, e propor nova regulação à AT&T, sob uma abordagem de utilidade pública. Como o próprio veículo sugere, tais abordagens, embora tratando-se de desafios de mesma magnitude, não lograriam êxito em compreender a complexidade imposta pela economia digital e a necessidade da escala para fornecimento das eficiências, distribuídas também com consumidores.

Assim, a publicação²⁷³ comenta uma série de sugestões e como elas impactariam o atual cenário da economia digital. O primeiro pacote de soluções se baseia em melhorar as leis da concorrência atuais e dar novos direcionamentos às jurisdições. Neste sentido, sugere-se direcionar e munir os ordenamentos com metodologias capazes de identificar se uma operação pode acabar neutralizando potenciais rivais. Como o *The Economist* elucida, tal movimentação, provavelmente, teria impedido operações como Google/Instagram ou Google/Waze, no sentido que ambas teriam sua racionalidade na neutralização de potenciais rivais. Ainda, para garantir que as plataformas não favoreceriam seus próprios produtos sobre os de rivais, grupos de supervisão poderiam ser estabelecidos para deliberar as reclamações de rivais. Por fim, deveríamos acabar com a imunidade sobre responsabilidade de conteúdo vinculado, o que aproximaria as plataformas das responsabilidades detidas pelos meios de comunicação.

O segundo pacote de soluções²⁷⁴ propostas aprofunda-se em uma nova forma de ver os mercados digitais. Em especial, é proposto uma nova mentalidade acerca do papel dos dados como moeda de troca nos mercados digitais e a necessidade de leis mais rígidas sobre a propriedade e transação de dados, capazes de proteger melhor direitos individuais. Nesse sentido, o periódico sugere dar mais controle às pessoas sobre o controle de sua informação, como forçar a disponibilização dos dados de uma pessoa para outras empresas ou obrigar as plataformas a conceder bancos de dados avulsos para competidores em troca de uma taxa. Os requerimentos de compartilhamento de dados poderiam ser personalizados conforme o tamanho das plataformas, por exemplo, mas significariam um enorme incentivo a concorrência e diminuição efetiva aos poderes de *gatekeeper* – emanados

²⁷³ THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition.* Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

²⁷⁴ THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition.* Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

pelos gigantes da internet. Como o periódico comenta “esses mecanismos iriam tornar dados de uma coisas que os titãs acumulam, para suprimir a concorrência, em algo que os usuários compartilham para promover a inovação”²⁷⁵.

Guimarães²⁷⁶ acompanha o entendimento de seria possível prover respostas aos avanços dos gigantes da internet por meio da melhor das legislações e suas aplicações. Neste sentido, sugere que, como regra no Direito da Concorrência, quando operações impactarem outros aspectos concorrências, que não os puramente econômicos (como a concentração de dados ou o direito à privacidade de usuários), estas sejam aprovadas com restrições, visando implementar mecanismos de *accountability* que possam mitigar potenciais riscos a longo prazo. Da mesma forma, Frazão²⁷⁷, visando melhor munir as jurisdições de um ferramental adequado à economia movida a dados, contribui ao debate sugerindo o direcionamento de incorporação de novos parâmetros às análises da concorrência.

Na mesma esteira, Orla Lynskey²⁷⁸, debruçada sobre o tema dos *network gatekeepers*, sugere que a difícil tarefa de compreender e prover respostas aos entes ocupantes da posição de *gatekeeper* teria êxito ao impor um regime de responsabilidade especial, tal qual aquele atribuído a empresas detentoras de grande parcela de poder de mercado.

Assim que nós tivermos um melhor entendimento desse poder de *gatekeeper*, nós poderemos, então, considerar se esse crescente poder é suficiente, por si só, para justificar sua regulação. Nós teremos que considerar se a regulação social severia impor uma responsabilidade espacial a empresas com poder de *gatekeeper* análoga à ‘responsabilidade especial’ imposta a firmas com poder de mercado pela lei da concorrência. O papel estruturante dos *gatekeepers* –

²⁷⁵ THE ECONOMIST. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*. Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

²⁷⁶ GUIMARÃES, Marcelo. *Repercussões concorrenciais da internet das coisas*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 319.

²⁷⁷ FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 193-195.

²⁷⁸ LYNKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 25-27.

direcionando indivíduos para conteúdos e serviços sobre mais de um trilhão de páginas na internet – deve por si só ser adequado para justificar esse ônus especial²⁷⁹

A rica proposta da célebre autora, no sentido a advogar tanto pela modernização da metodologia antitruste, quanto a imposição de um regime de responsabilidade especial às plataformas digitais, que ocupam o papel de *gatekeeper* tende a responder a maior parte dos questionamentos interpostos por essa pesquisa. Enquanto a modernização da metodologia é urgente para curar a “miopia” com a qual as jurisdições antitruste, atualmente, analisam os mercados digitais, a imposição de um novo regime de responsabilidade limita, até certo ponto, as ações dos *network gatekeepers* e impõem um olhar mais detido sobre eles na esfera da concorrência. Ainda, a imposição desse regime de responsabilidade se justifica não só pelo poder de influenciar grande número de usuários, mas também pela capacidade de transformar dados em poder de mercado e utilizar-se dos efeitos de rede para fechar mercados e limitar acesso a insumos e usuários no meio digital.

Em vista a jurisdição brasileira, ainda que reconheça-se a resistência a estas propostas, que significariam a interposição de novo paradigma ao Direito da Concorrência, o projeto sustenta-se no Brasil por força do movimento de constitucionalização do direito antitruste. Como elucidado por Frazão²⁸⁰, o Direito da Concorrência, alinhado ao projeto constitucional brasileiro, não pode se eximir de proteger o mercado e os direitos detidos pelos usuários, mesmo que isso signifique afastar-se do paradigma vigente e se reconstruir em torno de seus objetivos primordiais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou contribuir, ainda que brevemente, com o debate sobre a mudança do paradigma do Direito da Concorrência e a emergência dos *network gatekeepers*, como fenômeno da nova economia digital.

²⁷⁹ LYNSKEY, Orla. *Regulating 'Platform Power'*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017. pp. 27.

²⁸⁰ FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

Em seu primeiro capítulo, através da observação de recentes trabalhos sobre a natureza dos novos agentes digitais – nominalmente plataformas digitais e *network gatekeepers* – elucidou-se os recentes movimentos doutrinários visando responder os desafios propostos pela emergência do mercado movido a dados e sua interface com o Direito da Concorrência.

Como observamos, embora vivamos um “boom” de produção doutrinária acerca das plataformas digitais, a interessante abordagem de *network gatekeepers* não vem recebendo a atenção que merece, tanto da doutrina, quanto pelas jurisdições antitruste. Neste sentido, é importante esclarecer que a abordagem propõem relevante método de análise às relações travadas pelas grandes plataformas digitais e propõem rica sugestões às dificuldades vividas pelos ordenamentos para controlar os efeitos inerentes à essas relações nas esferas mercadológicas e sociais.

Em contrapartida, no segundo capítulo, a análise dos casos propostos demonstrou como a metodologia tradicional antitruste encontra sérias limitações para compreender a dimensão do poder envolvido nas operações em que *network gatekeepers* estão presentes. A constatação desta falha importa diretamente na urgência de uma renovação, visando frear o ímpeto das aquisições patrocinadas pelos gigantes da internet nos mercados digitais. Da mesma forma, a metodologia não provém nenhum ferramental capaz de mensurar os efeitos das operações nas searas não econômicas, o que representa real risco ao usufruto de direitos fundamentais dos usuários na esfera digital.

Assim, o trabalho pretendeu ressaltar a necessidade de uma nova abordagem ao Direito da Concorrência e urgir pela detida consideração da incorporação da “teoria do poder de plataforma” e “teoria do poder de gatekeeper” às análises exaradas pelas jurisdições antitruste.

REFERÊNCIAS

- AUVINEN, Heidi. *Profiling of users in online platforms*. Platform Value Now Project. Maio 2018. Disponível em <http://platformvaluenow.org/signals/profiling-of-users-in-online-platforms/> em 20/10/2019.
- BARZILAI-NAHON, Karine. *Toward a Theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control*. Journal of the American Society for Information Science and Technology, 59(9): 2008 pp. 1493-1512.
- BETTIOL, Heloisa. *Implicações do Big Data na análise de atos de concentração. Uma breve análise do caso Facebook/WhatsApp*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Sociologia do poder nas redes contratuais*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *Communication Power*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 157-159.
- CMA. *The commercial use of consumer data: Report on the CMA's call for information*. CMA 38. Junho 2015. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf em 21/11/2019.
- COHEN, Julie. *The Regulatory State in the Informational Age*. Theoretical inquiries in Law, vol. 17:369. 2016.
- COMISSÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP. 03/10/2014. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf em 10/11/2019.
- _____. Press Release - Case Google/Google Shopping. 26/06/2017. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784. Disponível em 18/11/2019.

COMITÊ ECONÔMICO SOCIAL EUROPEU E COMITÊ DE REGIÕES. Comunicado da Comissão para o Parlamento Europeu. *A Digital Single Market Strategy for Europe*. COM 192. 2015.

DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes*. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2015.

EVANS, David; SCHMALENSSEE, Richard. *Network effects: march to the evidence, not to the slogans*. Antitrust Chronicle. 2017. Disponível em <http://mitsloan.mit.edu/shared/ods/documents/?DocumentID=4243> em 18/11/2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. Relatório TNO. *Digital Platforms: an analytical framework*. (n 21) 11; European Parliament. *Challenges for Competition in a Digitalised Economy*. Estudo do ECON Committee, Julho de 2015.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and the perils of algorithm-driven economy*. Harvard University Press. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, São Paulo*, v. 88, pp. 440, jan. 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841> em 21/11/2019.

FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica*. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, Tecnologia e Inovação – Volume I*. Editora D'Plácido. 2018.

FTC - Press Release. FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition. Federal Trade Commission Web Site. 10/04/2014. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed> em 21/11/2019.

GERBRANDY, Anna. *Conceptualizing Big Tech as Modern Bigness*. Submission for Panel 2 “Shaping competition policy in the era of digitalization”. 2019. Disponível em

https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/anna_ge_rbrandy.pdf em 30/10/2019.

GOODSON, Scott. *If You're Not Paying For It, You Become The Product*. Forbes Magazine. Março 2012. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/marketshare/2012/03/05/if-youre-not-paying-for-it-you-become-the-product/#6dbbeb915d6e> em 18/11/2019.

GUIMARÃES, Marcelo. *Repercussões concorrenciais da internet das coisas*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HAUCAPP, Justus; HEIMESHOFF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition on market monopolization?*. Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. n. 83. Janeiro 2013.

HELBERGER, Natali; KÖNIGSLÖW, Katharina Kleinen-von; VAN DER NOLL, Rob. *Regulating the new information intermediaries as gatekeepers of information diversity*. 2015. pp. 50-51.

KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. *Systems competition and Network effects*. The journal of economic perspectives. v. 8, n. 2. 1994. pp. 94-95.

KIM, Nancy S; TELMAN, D. A. Jeremy. *Internet Giants as Quasi-Governmental Actors and the Limits of Contractual Consent*. pp. 8. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2573477. Acesso em: novembro 2019.

LAIDLAW, Emily. *A framework for identifying Internet information gatekeepers* (2010) 24(3) International Review of Law, Computers & Technology 263, 265.

LE MOS, Thales de Melo e. *Gigantes da internet. Novas formas de poder empresarial e desafios para o Direito Antitruste*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. *Conflitos no uso da tecnologia do big data: violação de privacidade e discriminação pelo processamento de dados*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. O processo decisório na era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Empresa, mercado e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LYNSKEY, Orla. *Regulating ‘Platform Power’*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017. 2017.

MANSELL, Robin. *Platforms of power*. Intermedia, 2015. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/61318/> em 28/10/2019.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica. Base de dados Minha Biblioteca. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/> em 21/11/2019.

MEYER, Brian. “*Why is iOS a Walled Garden?*”. Apple Gazette, 2013. Disponível em <http://www.applegazette.com/opinion/why-does-apple-hide-ios-in-a-walled-garden/> em 09/11/2018.

MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. *Modern Monopolies: what it takes to dominate the 21st-Century economy*. New York: St. Martin’s Press, 2016.

MOTTA, Massimo. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. Massimo Motta, Lúcia Helena Salgado; tradução Lúcia Helena Salgado – 1. Ed. – Rio de Janeiro; Elsevier, 2015.

OFT. ME/6167/13 – Case Google/Waze. 11/11.2013. Disponível em <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20160124234622/https://www.gov.uk/cm-a-cases/motorola-mobility-holding-waze-mobile-ltd> em 18/11/2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Roundtable on Information Exchanges between Competitors under Competition Law*. Nota da delegação dos Estados Unidos, DAF/COMP/WD(2010) 117. Disponível em <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2014/09/17/269282.pdf> em 24/10/2019.

OECD. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. Disponível em www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm em 03/12/2019.

PAG BRASIL. *Relatório Digital 2019*. 28/02/2019 – Disponível em <https://www.pagbrasil.com/pt-br/insights/relatorio-digital-in-2019-brasil/> em 28/10/2019.

STUCKE, Maurice. GRUNES, Allen. *Big Data and Competition Policy*. The Oxford University Press. 2016.

PASQUALE, Frank. *Privacy, Antitrust and Power*. *George Mason Law Review* 1009-1011. 2013

SOLOVE, Daniel. *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*. 126 *Harvard Law Review*. 2013.

THE ECONOMIST. *Business in America. The problem with profits*. Disponível em <https://www.economist.com/news/leaders/21695392-big-firms-united-states-have-never-had-it-so-good-time-more-competition-problem> em 09/11/2019.

_____. *How to tame the tech titans – The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumer and competition*. Jan 2018. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> em 09/11/2019.

TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

VALERO, Jorge. *No regulation needed for online ‘gatekeepers’, experts tell Commission*. The Euractiv Network. Outubro 2015. Disponível em <https://www.euractiv.com/section/digital/news/no-regulation-needed-for-online-gatekeepers-experts-tell-commission/> em 19/11/2019.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016. Versão digital.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. First edition - PublicAffairs. 2018.