DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

LAW, TECHNOLOGY AND INNOVATION

V. I

COORDENADOR:

LEONARDO PARENTONI

ORGANIZADORES:

BRUNO MIRANDA GONTIJO

HENRIQUE CUNHA SOUZA LIMA

editora D'PLÁCIDO

Scanned with CamScanner

DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

LAW, TECHNOLOGY AND INNOVATION

V. I

COORDENADOR:

LEONARDO PARENTONI

ORGANIZADORES:

BRUNO MIRANDA GONTIJO

HENRIQUE CUNHA SOUZA LIMA

editora D'PLÁCIDO

Scanned with CamScanner

Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Os Autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Enzo Zaqueu Prates
(Robot by Eucalyp from the Noun Project)

Diagramação
Conrado Esteves

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Parentoni, Leonardo; [Coord.] Gontijo, Bruno Miranda; Lima, Henrique Cunha Souza. [Orgs.]

Direito, tecnologia e inovação. Vol.1 -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-868-0

1. Direito. 2. Direito Tecnologia. I. Título.

CDU340 CDD340

Scanned with CamScanner

Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica

4.1

Ana Frazão[1]

1. Introdução

O que Google, Apple, Facebook, Twitter, Amazon, Ebay, Instagram, YouTube, LinkedIn, Twitch, Snapchat, Whatsapp, Waze, Uber, Handy, AirBnB, Pinterest, Square, Snapchat, Social Finance, Kickstarter, Mercado Livre e Submarino têm em comum? A resposta é que, apesar dos diferentes propósitos a que se prestam, os exemplos mencionados referem-se a plataformas digitais.

Tal modelo de interações e negócios resulta das recentes e profundas transformações da economia mundial, especialmente em virtude do advento da internet e das tecnologias da informação. Nesse contexto, o papel das plataformas digitais tem se mostrado central, diante de suas inúmeras eficiências, dentre as quais a de facilitar conexões e transações, encurtando o caminho entre pessoas e polos das cadeias de produção e consumo. Não é exagero dizer, portanto, que a internet e a economia digital são hoje dominadas pelas plataformas digitais[2].

Embora as plataformas digitais possam dar ensejo a diferentes tipos de interações, com distintos propósitos, é inequívoco que têm sido reiteradamente

---

[1] Advogada Sócia do escritório Gustavo Tepedino Advogados e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.

[2] MOAZED; JOHNSON, *Modern monopolies*: what it takes to dominate the 21st century economy [edição eletrônica]. Nova Iorque: St. Martin Press, 2016.

Scanned with CamScanner

utilizadas por grandes agentes econômicos que, por meio delas, operacionalizam grandes empreendimentos. Não é sem razão que, como mostra Jean Tirole[3], com base em dados de agosto de 2017, as maiores companhias globais são plataformas digitais – Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Facebook e Amazon –, assim como o são sete das dez maiores *startups* do mundo.

Apesar do crescente poder desses agentes, que vem despertando inúmeras preocupações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, ainda existem muitas controvérsias sobre o que são as plataformas digitais, quais as suas peculiaridades e funções e as consequências da sua utilização para o direito. É nesse contexto que o presente estudo pretende trazer uma reflexão inicial sobre as repercussões econômicas e jurídicas desse recente fenômeno, especialmente para o fim de entender como pode e deve ser regulado juridicamente.

2. A racionalidade econômica das plataformas digitais

2.1. A internet como meio propulsor dos mercados de dois lados

Como a racionalidade econômica das plataformas está muito associada às peculiaridades dos chamados mercados de dois lados, é importante compreender que tais mercados se caracterizam pela promoção da interação entre os usuários das pontas, de maneira a tornar possível a alteração do volume das transações mediante a alocação de maiores custos para um lado na mesma medida em que se reduzem os custos para o outro[4].

É o que ocorre, por exemplo, com os mercados de cartões de crédito, de *videogames*, de motores de busca, de sistemas operacionais e de aplicativos como o Whatsapp. Em todos eles, tem-se a necessidade de aproximação entre dois mercados, como ocorre, no caso dos *videogames*, entre jogadores e desenvolvedores, ou, no caso de sistemas operacionais (Windows, Android, Linux, OSX no Mac ou iOS no iPhone), entre usuários e desenvolvedores de aplicativos[5].

Em todos esses mercados, ambos os lados – como os ofertantes e compradores – precisam encontrar-se e interagir[6], com vistas a beneficiarem-se do aumento de participantes do outro lado. Entretanto, para que funcionem

---

[3] TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. New Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 379.

[4] Ver: ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-sided markets*: an overview. Disponível em: <http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

[5] TIROLE, Jean, Op. cit., p. 379.

[6] TIROLE, Op. cit.,p. 319.

Scanned with CamScanner

eficientemente, a aproximação entre os agentes de cada um dos lados precisa ser adequada e pertinente, conectando aqueles que tenham afinidades ou sejam complementares e, com isso, tenham maior probabilidade de entabular uma relação ou negociação recíproca. Como os custos dessa aproximação podem ser altos, cria-se importante espaço para que as plataformas os reduzam, facilitando a combinação dos interesses dos usuários (*matchmaking*).

É por essa razão que plataformas digitais podem ser compreendidas como instrumentos que, de regra, possibilitam a interação de pelo menos duas partes ou polos. Por mais que se possa cogitar de plataformas de apenas um lado, a maior utilidade do modelo ocorrerá precisamente nos mercados de dois lados[7].

Longe de serem meros instrumentos ou ferramentas, as plataformas digitais são, na verdade, o próprio modelo de negócio, caracterizado pela criação de sistemas de interação escaláveis, com grandes efeitos de rede, bem como pela conectividade. Conforme observa Choudary[8], as plataformas destacam-se das estratégias de negócios tradicionais justamente pelo fato de possibilitarem um ecossistema de constante interação entre os *players* para a permanente otimização de contatos e trocas econômicas.

Note-se, entretanto, que o fenômeno das plataformas não é exclusividade da economia digital, pois também estão presentes na economia real. A título de exemplo, feiras de hortifrutigranjeiros e supermercados também podem ser vistos como plataformas, na medida em que aproximam produtores de consumidores finais[9]. Por essa razão, muitos consideram que as plataformas, assim como os mercados que requerem o *matchmaking*, não são propriamente novidade, já existindo há bastante tempo[10]. É correto o diagnóstico de Jean Tirole[11], quando diz que as plataformas não são fenômeno peculiar à era digital; o papel da tecnologia não foi propriamente o de criá-las, mas sim de torná-las mais penetrantes.

Sob essa perspectiva, o elemento realmente inovador ou disruptivo é a internet, que levou a uma democratização sem precedentes da liberdade

---

7 Apesar de mencionarem as plataformas de um lado, Mcaffee e Brynjolfsson (*Machine, platform, crowd*: harnessing our digital future. Nova Iorque: W. W. Norton, 2017. pp. 200-225) mostram que a chave para muitas plataformas é precisamente o poder inerente aos efeitos de rede nos mercados de dois lados.

8 CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform scale*: how na emerging business model helps startups build large empires with minimum investment [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

9 Sobre supermercados como plataformas, ver: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

10 ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*. v. 4, n. 1, pp. 990-1029, jun. 2003. pp. 990-991.

11 TIROLE, Op. cit., p. 391.

Scanned with CamScanner

econômica e da livre iniciativa[12]. Podendo ser vista, em certo sentido, como uma plataforma de plataformas[13], a internet potencializou o alcance das plataformas digitais, possibilitando combinações de maneira extremamente rápida e com grande abrangência geográfica[14].

As explicações para isso, como mostram Andrew Mcafee e Erik Brynjolfsson[15], é que as plataformas digitais são ambientes caracterizados por custos marginais de acesso, reprodução e distribuição próximos a zero, possibilitando a obtenção das vantagens do que chamam de "economia do gratuito, perfeito e instantâneo" (*economics of free, perfect and instant*). Fica fácil entender, portanto, a importância atual das plataformas digitais, vistas como "guardiãs da economia digital"[16].

Todavia, assim como ocorre com as plataformas tradicionais, as plataformas digitais enfrentam o mesmo desafio de assegurar a maior eficiência possível nas transações dos mercados de dois lados. Segundo David Evans[17], para que os seus objetivos sejam atingidos de forma eficiente, pelo menos três requisitos são necessários: (i) grupos distintos de usuários do serviço oferecido pela plataforma; (ii) benefícios, por parte de membros de cada um dos grupos, decorrentes da coordenação de sua demanda com um ou mais membros do outro grupo, isto é, auferição de vantagens econômicas resultantes da aglomeração de sujeitos com determinados interesses; e (iii) capacidade da plataforma, como intermediário, de facilitar tal coordenação de maneira mais eficiente do que relações bilaterais entre membros de ambos os grupos.

Por ora, antes de se discorrer sobre o papel dos efeitos de rede nesses mercados, adverte-se que, diante do dinamismo da atividade econômica, nada impede que determinado negócio seja configurado de forma distinta e só posteriormente venha a se constituir como plataforma. Um bom exemplo nesse sentido é a Amazon, que inicialmente era verticalizada – ou seja, funcionava como uma revendedora de livros – e foi se tornando gradativamente uma plataforma, ao conectar vendedores e compradores.

---

12 MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. Op.cit..

13 É o que sustentam Andrew Mcafee e Erik Brynjolfsson (Op. cit., pp. 137-138), segundo os quais a própria internet, em certo sentido, pode ser considerada uma plataforma de plataformas, o que já mostra uma importante característica destas últimas: elas comumente podem ser construídas umas em cima das outras.

14 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers*: the new economics of multisided platforms [edição eletrônica]. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

15 MCAFEE; BRYNJOLFSSON, Op. cit., p. 137.

16 TIROLE, Op. cit.

17 EVANS, David. Some empirical aspects of multi-sided platform industries. *In*: _____. *Platform economics*: essays on multi-sided businesses. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Hot-Tubs/SSRN-id1974020.pdf> Acesso em: 06 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

2.2. A importância dos efeitos de rede indiretos para a estruturação e a precificação das plataformas

Enquanto os negócios usuais têm por foco principal a atração de clientes para a comercialização de bens ou serviços com intuito lucrativo, recebendo insumos de variados fornecedores, as plataformas precisam atrair dois ou mais tipos de usuários para permitir a sua interação mútua. Logo, os clientes são seu principal insumo[18], pois, como ensinam Alex Moazed e Nicholas Johnson[19], a raiz do sucesso das plataformas é que, diante de um mundo cada vez mais conectado, o patrimônio de uma empresa importa menos do que os recursos que ela pode conectar.

Com isso, as plataformas são os instrumentos por excelência para a obtenção de eficiências nos mercados de dois lados, mediante a produção dos chamados "efeitos de rede", assim entendidos os benefícios obtidos da coordenação propiciada pela interação entre vários sujeitos com interesses compatíveis ou complementares[20].

A ideia central dos efeitos de rede, segundo Evans e Schmalensee[21], é a de que, em determinados casos, o valor de um serviço é diretamente condicionado pela quantidade de consumidores que o utilizam. Desse modo, na medida em que cresce o número de consumidores, tal conjunto passa a atrair cada vez mais usuários. As inter-relações entre consumidores são denominadas, portanto, *redes*, ao passo que as interações positivas entre consumidores são denominadas *efeitos de rede*.

Há duas modalidades básicas de externalidades capazes de produzir efeitos de rede. Em primeiro lugar, as chamadas externalidades de uso (*usage externalities*), referentes ao fato de que a utilização da plataforma por um determinado usuário beneficia sujeitos de ambos os lados do mercado, ou seja, existem potenciais ganhos decorrentes da interação entre os usuários[22]. A título de exemplo, quanto mais consumidores utilizarem determinado cartão de crédito, mais incentivos terão os estabelecimentos para utilizar a referida bandeira[23].

---

18 EVANS; SCHMALENSEE, Op. cit., 2016.

19 MOAZED; JOHNSON, Op. cit.

20 KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. Systems competition and network effects. *The journal of economic perspectives*. v. 8, n. 2, pp. 93-115, 1994. Ver também: BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

21 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. Network effects: march to the evidence, not to the slogans. *Antitrust Chronicle*, set. 2017.

22 EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. *NBER Working Papers*. n. 18783, 2013.

23 ROCHET; TIROLE, Op. cit., pp. 646-647.

Scanned with CamScanner

Em segundo lugar, destacam-se as externalidades oriundas da participação (*membership externalities*), a partir das quais o sistema será mais valioso para os usuários de um dos lados quanto maior for a variedade de usuários agregados à plataforma pelo outro lado[24]. Assim, por exemplo, serviços de *delivery* de refeições – como aplicativos similares ao *iFood* ou *HelloFood* – serão mais desejados pelos consumidores na medida em que mais restaurantes forem cadastrados.

A partir daí, fica fácil entender o que são os efeitos de rede diretos, os quais, de acordo com Haucapp e Heimeshoff[25], estão relacionados com o tamanho da rede, na medida em que a utilidade que um usuário recebe de um serviço particular aumenta com o número crescente de outros usuários. É o caso das plataformas de telecomunicações, como o Skype, e das redes sociais como Facebook e LinkedIn.

Já os efeitos de rede indiretos, que ocorrem quando o número de usuários de um dos lados do mercado atrai mais usuários para o outro lado, são tão significativos para as plataformas que Haucapp e Heimeshoff[26] afirmam que um mercado só pode ser chamado de dois lados se os efeitos de rede indiretos forem de maior importância.

Dessa maneira, os efeitos de rede indiretos são a chave a compreensão dos mercados de dois lados[27], tanto no que diz respeito à sua estruturação – já que as plataformas enfrentam o *chicken-and-egg problem*[28], na medida em que nenhum lado pode emergir sem o outro e ambos se afetam reciprocamente – como no que diz respeito à precificação, que dependerá da maior ou menor elasticidade da demanda em cada um dos lados[29].

Tais pontos mostram que as características das plataformas digitais importam para a precificação dos serviços por elas ofertados. Nos mercados

---

[24] EVANS; SCHMALENSEE, Op. cit., 2013.

[25] HAUCAP, Justus; HEIMESHOFF, Ulrich. Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition or market monopolization? *International economics and economic policy.* v. 11, n. 1-2, pp. 49-61, fev. 2014. p. 51.

[26] HAUCAP; HEIMESHOFF, Op. cit., p. 51.

[27] HAUCAP, Justus; STÜHMEIER, Torben. Competition and antitrust in internet markets. In: BAUER, Johannes; LATZER, Michael. *Handbook on the economics of the internet*. Northampton: Edwalrd Elgar, 2016.

[28] A expressão refere-se, de forma jocosa, ao problema de se saber o que surgiu primeiro: o ovo ou a galinha.

[29] TIROLE, Op. cit.,pp. 383-384. Segundo o autor, as plataformas enfrentam o desafio de encontrar um modelo econômico viável que supere a controvérsia sobre a precedência de um lado com relação ao outro (*chicken-and-egg problem*) e assegure que as duas comunidades de usuários participem. Considerando que dependem da elasticidade da demanda e das externalidades de cada um dos lados do mercado e que os usuários se beneficiam da presença daqueles do outro lado, as plataformas precisam saber qual lado do mercado é mais interessado no serviço (menor elasticidade da demanda e maior propensão e probabilidade de pagar mais) e qual traz maior valor para o outro lado.

Scanned with CamScanner

de apenas "um lado", a eficiência pode ser alcançada tão somente por meio da negociação entre os polos da cadeia. Já nos chamados mercados de dois lados, nos quais a barganha entre os agentes é mediada por uma plataforma, a estrutura de preços é influenciada pela estratégia alocativa promovida pela plataforma para atrair mais sujeitos para um lado ou outro do mercado[30].

Por essa razão, como já se viu, concluem Rochet e Tirole[31] que só se considera determinado mercado como de dois lados se a plataforma for capaz de afetar o volume de transações cobrando mais de um lado e reduzindo o preço pago pelo outro lado na mesma medida. Em outras palavras, a estrutura de preços importa, de maneira que as plataformas devem elaborá-la de modo a comportar os interesses de ambos os lados[32].

Isso ocorre, ainda segundo Rochet e Tirole[33], porque, em determinados mercados, a interação entre vendedor e comprador não é afetada tão somente pelo nível dos preços – objeto principal da barganha entre as partes –, mas também por sua alocação. Nos mercados de dois lados, portanto, a intermediação da plataforma alterará fundamentalmente a dinâmica competitiva e mesmo a estrutura de incentivos aos quais estão submetidos os agentes, na medida em que essa será fortemente influenciada pela plataforma para que se obtenha maior eficiência.

Tanto é assim que é relativamente comum que plataformas digitais cresçam graças a preços muito baixos para um dos lados do mercado, o que atrai usuários para este lado e indiretamente possibilita que a plataforma tenha ganhos no outro lado[34]. Como a estrutura de preços entre os mercados tira grande vantagem das externalidades entre eles, um dos lados do mercado pode não pagar ou pode até ser subsidiado pelo outro[35].

2.3. As plataformas digitais no contexto da "economia da atenção"

Além das características já apontadas, muitas das quais se estendem a todo tipo de plataforma, é importante ressaltar outra especificidade das plataformas digitais: o fato de que, como aponta Jean Tirole[36], estão inseridas na

---

[30] Ver: PARKER, George; VAN ALSTYNE, Marshall. Platform strategy. *Boston University School of Management Research Papers*. n. 2439323, abr. 2014.

[31] ROCHET; TIROLE, Op. cit., 2006, pp. 664-665.

[32] ROCHET; TIROLE, Op. cit., 2006, pp. 664-665.

[33] ROCHET; TIROLE, Op. cit., 2006, pp. 649.

[34] TIROLE, Op. cit., p. 384.

[35] TIROLE, Op. cit., p. 384. Como apontam Haucapp e Heimeshoff (Op. cit., p. 52), é comum que um lado seja subsidiado pelo outro.

[36] TIROLE, Op. cit., pp. 379-380.

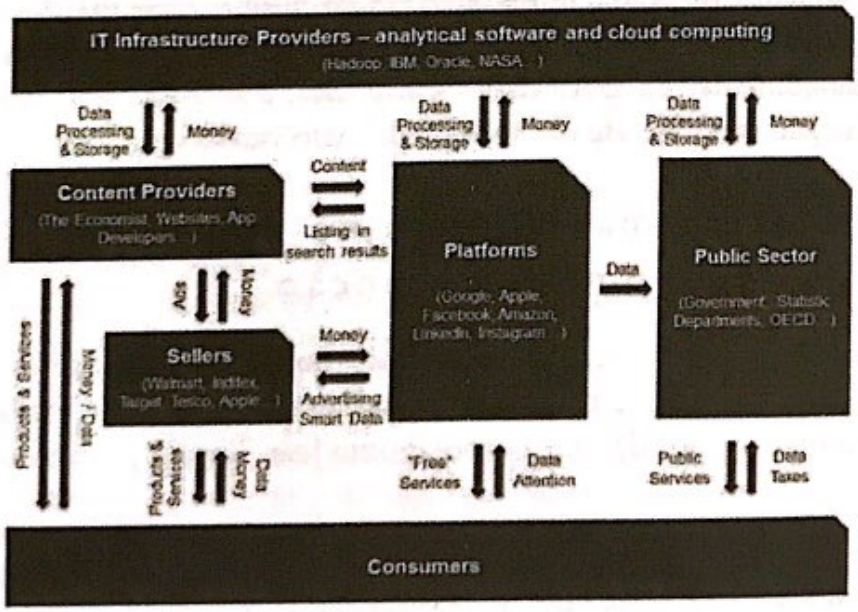
Scanned with CamScanner

chamada "economia da atenção" (*economics of attention*), o que traz importantes consequências para a sua estruturação, bem como para os riscos e os custos de transação das negociações respectivas.

A economia da atenção está relacionada a um dos maiores problemas da atualidade: a alocação de tempo e atenção das pessoas diante de uma miríade de atividades, negócios e relacionamentos possíveis. Nesse cenário, potencializado pelas facilidades trazidas pelo meio digital, os maiores custos de transação deixam de ser os tradicionais, como os de transporte, e passam a ser os de avaliar e escolher o que fazer ou adquirir e com quem fazer ou adquirir.

Como explica Tim Wu[37], a atenção dos usuários tornou-se um dos maiores bens a serem disputados pelos agentes da economia digital. Quanto mais tempo as pessoas passam em determinadas plataformas, mais intensamente estarão submetidas à publicidade e à coleta dos seus dados, assim como mais suscetíveis estarão a estratégias que visam influenciar e alterar suas preferências e visões de mundo[38].

Todo esse potencial, somado às características já vistas, acaba conferindo grande centralidade às plataformas na economia digital, na medida em que passam a exercer sofisticada intermediação entre provedores de conteúdo, vendedores de produtos e serviços, provedores de infraestrutura de TI, consumidores e mesmo o governo. Essa teia de relações é bem representada no gráfico elaborado pela OCDE[39] sobre o ecossistema do *big data*:



37 WU, Tim. *The attention merchants*: the epic scramble to get insideour heads. Nova Iorque: Knopf, 2016.

38 Ver: FRAZÃO, Ana. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

39 OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. 29-30 nov. 2016. p. 12.

Scanned with CamScanner

Tal cenário altera os incentivos e também os custos de transação envolvidos nas plataformas digitais. Segundo Jean Tirole[40], na economia da atenção, os custos de transação passam a estar associados a outros fatores, como as sinalizações por meio das quais os agentes procuram convencer potenciais parceiros sobre a sua confiabilidade, as leituras e as compreensões dessas sinalizações pelos destinatários e a seleção dos parceiros de relacionamentos ou negócios. Como tais tarefas são complexas e envolvem altos custos de transação, cria-se importante nicho para que plataformas sofisticadas possam ajudar as pessoas nessas tarefas.

Ao assim agirem, as plataformas digitais reduzem relevantes custos de transação e agregam valor para os seus usuários, contornando obstáculos que podem dificultar as transações[41] e oferecendo recursos preciosos para o aperfeiçoamento das combinações. Tais recursos vão desde informações sobre a qualidade do que é ofertado e a reputação dos agentes (de que são exemplos as diversas formas de *rating*) até recomendações sobre os produtos que correspondam aos gostos e preferências dos consumidores.

Se a finalidade básica de qualquer plataforma é a de possibilitar as melhores combinações, é necessário que existam ferramentas para realizar tal tarefa diante da matéria-prima de que normalmente dispõem: uma rica quantidade de dados dos seus usuários. É esse o insumo que possibilita, com a ajuda de poderosos algoritmos[42], a realização de prognoses mais efetivas, inclusive no que diz respeito às opções de negócios e relacionamentos. Como bem resume Jean Tirole[43], é por meio das plataformas que somos colocados em contato com os parceiros que são mais confiáveis ou mais adequados (*best suited*) para nossas necessidades.

O que precisa ser ressaltado é que tal objetivo dificilmente pode ser alcançado sem a utilização massiva dos recursos de *big data* e *big analytics*[44], ferramentas imprescindíveis para a economia da atenção. Logo, qualquer que seja o objetivo principal de uma plataforma eletrônica, pode-se afirmar que ela tem como negócio subjacente a coleta e a análise dos dados dos seus

---

[40] TIROLE, Op. cit., p. 381.

[41] Ver: MCAFFE; BRYNJOLFSSON, Op. cit., p. 224.

[42] FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos: perspectivas e riscos da sua crescente utilização. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>. Acesso em: 05 fev. 2018.

[43] TIROLE, Op. cit., p. 381.

[44] Ao passo que *big data* diz respeito às grandes quantidades de dados recolhidas por mecanismos digitais, *big analytics*, por sua vez, refere-se aos instrumentos de tratamento e análise dessas quantidades massivas de dados. Ver: MINELLI, Michael; CHAMBERS, Michele; DHIRAJ, Ambiga. *Big data, big analytics*: emerging business intelligence and analytic trends for today's businesses. New Jersey: Wiley, 2013.

Scanned with CamScanner

usuários, seja para utilizá-los em seu próprio favor, retroalimentando o seu sistema, seja para negociá-los com outros parceiros comerciais[45].

3. As plataformas digitais: aproximações e distinções com a chamada economia do compartilhamento

3.1. A economia do compartilhamento como uma dentre as inúmeras interações possibilitadas pelas plataformas digitais

Feita uma breve caracterização das plataformas digitais à luz dos elementos que explicam a sua racionalidade econômica, passa-se a analisá-las no contexto das discussões sobre a economia do compartilhamento, a fim de salientar os pontos de aproximação e distanciamento entre os dois conceitos ou propostas.

Adianta-se que tal cuidado é importante porque, como se verá em seguida, sendo a economia do compartilhamento apenas um dentre os inúmeros tipos de interação que podem ocorrer pela via das plataformas digitais, a referida distinção importa não por questões de preciosismo conceitual, mas sobretudo para efeitos da regulação jurídica.

Embora a expressão economia do compartilhamento seja controversa, ganhou notoriedade ao ser utilizada para se referir a relações de troca que se estabelecem *peer-to-peer*, consistindo, portanto, em relações eminentemente pessoais[46]. Isso se projeta igualmente na tradicional função econômica dos bens, já que, em muitos casos, o mesmo bem pode ser simultaneamente de uso pessoal e de uso compartilhado. Daí inclusive a ideia de atrelar a economia do compartilhamento ao acesso a bens e serviços subutilizados, de graça ou mediante o pagamento de taxa, diretamente pelos interessados[47].

Logo, a economia do compartilhamento diz respeito fundamentalmente à cooperação entre indivíduos autônomos a fim de assegurar o aproveitamento mais eficiente e racional de bens ociosos[48]. Segundo Sofia Ranchordás[49], a

---

[45] FRAZÃO, Ana. O poder das plataformas digitais: O que são e quais as suas repercussões sobre a regulação jurídica? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-poder-das-plataformas-digitais-12072017>. Acesso em: 05 fev. 2018.

[46] Nesse sentido, ver: SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy*: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism. Cambridge: The MIT Press, 2016.

[47] RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, pp. 6-7.

[48] RANCHORDÁS, Sofia. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*. v. 16, n.1, pp. 1-63, 2015.

[49] RANCHORDÁS, Sofia. Peers or professionals? The P2P-Economy and Competition Law. *European competition and regulatory law review*. v. 1, n. 4, pp. 1-14, 2017. pp. 6-7.

Scanned with CamScanner

economia *peer-to-peer* floresceu a partir das ideias de autonomia individual e de cooperação, partindo-se da premissa de que os cidadãos poderiam fazer tudo por si mesmos ou mediante o compartilhamento com seus pares.

É inequívoco que, para tais propósitos cooperativos, ganham substancial relevância as plataformas digitais, instrumentos poderosíssimos para facilitar a interação entre sujeitos. Como explica Jean Tirole[50], muito do que é conhecido hoje como economia do compartilhamento entra na categoria das plataformas digitais[51].

Contudo, como já se adiantou, nem tudo que ocorre por meio das plataformas digitais pode ser considerado economia do compartilhamento. O papel das plataformas na interação dos indivíduos que pretendem se conectar e/ou contratar pode variar bastante, havendo pelo menos três tipos de configurações bem distintas entre si: (i) as plataformas que viabilizam relações sem natureza lucrativa ou econômica, normalmente baseadas na possibilidade de cooperação para a troca de favores ou até para ações solidárias; (ii) as que propiciam interações econômicas entre partes com igual poder de barganha, facilitadas por plataforma digital que possibilite a conclusão do negócio jurídico; e (iii) aquelas plataformas que, assumidas por um agente empresarial, não apenas possibilitam negócios jurídicos, mas também controlam o conteúdo desses negócios, limitando consideravelmente o grau de autonomia dos usuários.

Nas duas primeiras hipóteses – interações não lucrativas ou interações entre pares facilitadas pelo meio virtual –, o aspecto de cooperação costuma ser claro, o que faz com que, sem prejuízo da relação existente entre os usuários com a plataforma, as interações entre os usuários tenham grande probabilidade de constituírem relações simétricas de natureza civil ou comercial. Nesses casos, há um terreno fértil para a cooperação *peer-to-peer* e, portanto, para a economia do compartilhamento.

Já no terceiro modelo, a cooperação paritária entre agentes cede lugar ao protagonismo do agente empresarial detentor do meio virtual ou da plataforma, que normalmente exerce atividade empresarial sobre o serviço ofertado, na medida em que sobre ela exerce o seu poder de direção. Assim, estabelece as regras e as cláusulas dos contratos, a forma como o serviço será prestado e, o mais importante, o preço dos serviços.

---

[50] TIROLE, Op. cit., p. 381.

[51] No mesmo sentido, conclui Sofia Ranchordás (2017, pp. 7-8) que, na economia *peer-to-peer*, as plataformas digitais ocupam um papel chave, pois estabelecem contato direto entre usuários e o que chama de pro-sumidores, assim como processam reservas, pagamentos, reclamações e informações a respeito da reputação de usuários e pro-sumidores. Longe de serem intermediários neutros ou hospedeiros de publicidade, elas redesenham as trocas econômicas, "datificam" (*datafy*) cada aspecto da transação e tornam-se indispensáveis para as partes nos mercados-alvo. Por isso, o seu sucesso depende da confiança e da qualidade dos serviços ofertados, motivo pelo qual apresentam um forte incentivo para o controle de qualidade e o declínio do amadorismo.

Scanned with CamScanner

É claro que tal circunstância não afasta o caráter inovador do modelo, que possibilita o exercício de atividade empresarial sem bens ou patrimônio tangível. É essa a razão pela qual o Uber não tem carros, assim como a Airbnb não tem imóveis. Entretanto, tal circunstância não impede que a plataforma possa exercer direção sobre os bens titularizados pelos usuários.

Em muitos casos, a plataforma pode chegar ao ponto de controlar o conteúdo dos negócios jurídicos, bem como suprimir a possibilidade real de contratação direta entre os usuários. Não é raro que até mesmo impeça que os usuários tenham maior conhecimento sobre as características pessoais uns dos outros, as quais são substituídas pelos mecanismos de avaliação reputacional do próprio sistema. Logo, mais do que um intermediador, a plataforma assume o papel de verdadeiro contratante entre as distintas pontas do *networking*[52].

Veja-se que a diferença é nítida: se um agente empresarial, por meio da plataforma, exerce apenas o papel de conector ou *matchmaker*, a relação jurídica que ele tem com os usuários das pontas não afasta a possibilidade de haver relação jurídica direta entre os usuários, até porque estes têm autonomia para decidir se, quando, com quem e como querem contratar. Por mais que haja algumas regras a serem cumpridas pelos usuários da plataforma, esses mantêm a autonomia privada em relação aos aspectos centrais do contrato, incluindo o preço.

Diferentemente ocorre no terceiro exemplo. Neste, fica mais difícil se falar em cooperação direta entre os usuários, uma vez que a plataforma assume poder de direção sobre os bens e serviços, o que é característica da atividade empresarial[53]. Exatamente porque os usuários não têm propriamente liberdade sobre os elementos centrais do contrato, fixados exclusivamente pelo agente empresarial detentor da plataforma, essa interfere diretamente no serviço ofertado tanto pela ótica dos prestadores – que ficam sujeitos aos aspectos da qualidade, padronização e preço impostos pelo agente empresarial detentor da plataforma –, como pela ótica dos usuários – que não têm outra opção senão aceitar a oferta de serviço predeterminada pela plataforma.

É fácil observar, portanto, que o terceiro modelo, longe da cooperação inerente à economia do compartilhamento, normalmente se baseia na centralidade de determinados agentes empresariais, que podem impor o seu poder de direção e hierarquia aos prestadores de serviços e aos bens destes

---

[52] A respeito da transformação das formas de contratação em virtude das tecnologias de informação e comunicação, ver: THE ECONOMIST. *Reinventing the deal*. The Economist. Disponível em: <http://www.economist.com/news/briefing/21676760-americas-start-ups-arechanging-what-it-means-own-company-reinventing-deal>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[53] FRAZÃO, Ana. Joint ventures contratuais. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 207, pp. 187-211, jul./set. 2015; FRAZÃO, Op. cit., 2017, pp. 209-225.

Scanned with CamScanner

– campo propício para o surgimento de relações de trabalho, autônomo ou subordinado –, ao mesmo tempo em que podem ofertar um serviço padronizado aos usuários por meio de contrato de adesão – campo propício para o surgimento da relação de consumo, tendo por objeto não propriamente a intermediação, mas sim o serviço efetivamente prestado.

Com isso, há o afastamento da proposta da economia do compartilhamento, a qual, como já visto, não deveria abarcar transações profissionais. É por esse motivo que autores como Sofia Ranchordás[54] reconhecem que muitas das plataformas atualmente existentes, como é o caso do Uber, encaixam-se mais facilmente no que se chama de *on demand or gig-economy* do que propriamente na *sharing economy*.

3.2. A crescente profissionalização das plataformas digitais e o seu distanciamento dos pressupostos da economia do compartilhamento

Nos termos do que já se adiantou na seção anterior, embora as plataformas digitais tenham um papel chave para a economia do compartilhamento, cada vez mais têm sido utilizadas de forma profissional, organizada e para outros propósitos. Consequentemente, como adverte Juliet Schor[55], aquilo que deveria ser uma prática transformadora vem sendo apropriada por grandes agentes empresariais.

De fato, muitos dos negócios que hoje são vulgarmente conhecidos como exemplos de economia do compartilhamento assemelham-se ao terceiro modelo mencionado na seção anterior, pois são protagonizados por grandes agentes empresariais, que normalmente atuam em mercados altamente concentrados e exercem de forma clara o seu poder de direção e organização sobre todos os serviços prestados.

Tal fenômeno é essencialmente dinâmico pois, mesmo plataformas que inicialmente eram compatíveis com os pressupostos da economia do compartilhamento, baseando-se na cooperação mais ampla entre os seus usuários das duas pontas, podem modificar o seu papel com o passar do tempo, assumindo a própria direção da atividade.

Para Sofia Ranchordás[56], é precisamente o que está acontecendo, uma vez que a economia *peer-to-peer* está se tornando crescentemente profissionali-

---

[54] RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, p. 7.

[55] SCHOR, Juliet. *The sharing economy*: reports from stage one. Disponível em: <https://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/TheSharingEconomy.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

[56] RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, pp. 10-11.

Scanned with CamScanner

zada, em razão de uma série de razões, tais como (i) a significativa pressão das plataformas para que seus usuários ofertem serviços similares aos profissionais, inclusive por meio de guias e diretrizes que os auxiliem a desenvolver serviços e facilidades para atrair mais usuários; (ii) a prática de preços máximos ou mínimos de acordo com os algoritmos de precificação disponibilizados pelas plataformas; e (iii) o sistema de avaliação *online*.

Daí a conclusão da autora[57] de que a economia do compartilhamento, ao longo do tempo, evoluiu de um modelo de *peer-to-peer,* que se beneficiou de uma leniência regulatória inicial devido aos seus objetivos informais e sustentáveis, para uma economia "quase profissional", em que os seus usuários são dirigidos pela busca do lucro e pela necessidade de receber excelentes avaliações e comentários. Um excelente exemplo seria a plataforma Airbnb, cujos imóveis estão começando a parecer com hotéis, deixando pouco espaço para a proposta de compartilhamento e de diversidade[58].

As repercussões da profissionalização das plataformas são inúmeras. Do ponto de vista do potencial inovador do fenômeno e da geração de riquezas e benefícios para a sociedade, Robert Reich[59] mostra que a economia do compartilhamento está se tornando uma economia do compartilhamento de sobras – "scraps" –, na medida em que grandes capitalistas estão auferindo a maior parte do valor do trabalho produzido sem assumirem a responsabilidade respectiva. Em sentido próximo, Richard Stallman[60] considera que a prática dominante do que se chama de "*sharing economy*" está mais próxima de uma "*piecework subcontractor economy*", o que fica ainda mais claro quando o modelo de negócio deixa de se basear igualmente no aproveitamento racional de bens ociosos[61].

Todavia, é do ponto de vista da regulação jurídica que o processo apresenta ainda maiores desafios. Com efeito, a partir do momento em que a economia do compartilhamento deixa de se basear na cooperação e na utilização dos bens ociosos, assumindo a feição de verdadeiros negócios dirigidos por grandes agentes empresariais, surge a questão sobre em que medida deveriam ser submetidas à mesma regulação que é imposta aos demais empresários.

---

57 RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, pp. 10-11.

58 RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, p. 3.

59 REICH, Robert. *The share-the-scraps economy*. Disponível em: <http://robertreich.org/post/109894095095>. Acesso em: 28 dez. 2017.

60 STALLMAN, Richard. *Reasons not to use Uber*. Disponível em: <https://stallman.org/uber.html>. Acesso em: 28 dez. 2017; STALLMAN, Richard. *Free software, free society*. Boston: Free software foundation, 2015. p. 101.

61 No caso do Uber, por exemplo, há muito que o modelo de negócio não se baseia apenas na utilização de carros particulares para o serviço. A empresa estimula motoristas ao aluguel de carros, como se observa em seu site (https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/aluguelveiculos-uber/)

Scanned with CamScanner

Com efeito, boas razões para a ausência de regulação jurídica sobre a economia do compartilhamento estão associadas ao seu propósito não lucrativo ou cooperativo, o que a situaria em uma área cinzenta em relação à qual a regulação dos serviços comerciais nem sempre seria de possível aplicação[62].

Ocorre que o argumento deixa de fazer sentido quando se está diante de grandes negócios, assumidos e executados de forma empresarial por um grande agente que exerce poder diretivo e controle sobre as transações por meio dela implementadas. Por mais que existam zonas de penumbra, em relação às quais nem sempre é possível fazer a diferenciação precisa, em muitos casos não há dúvidas de que o modelo de negócios é, em sua essência, empresarial.

O profissionalismo dos serviços prestados pelos usuários, qualquer que seja a sua relação com a plataforma, também é importante vetor para a regulação jurídica pois, segundo Sofia Ranchordás[63], ajuda a determinar se os pares competem no mesmo mercado com os profissionais regulares (licenciados), bem como estabelece qual o sistema regulatório que deve ser aplicado ao indivíduo (*peer*) a partir do momento que ele adquirir o status de profissional, qualquer que seja (empregado, trabalhador autônomo, empresário parceiro da plataforma etc.).

Para efeitos regulatórios, é fundamental, portanto, que se diferenciem os casos de plataformas que possibilitem aos usuários utilizar esporadicamente os seus bens ociosos daqueles casos de plataformas que possibilitem aos usuários que o façam profissionalmente[64]. No caso brasileiro, por exemplo, é a lei que define as características e as balizas de profissionalismo que são necessárias para que se considere alguém como empregado, como trabalhador autônomo ou como empresário. Consequentemente, o fato de as referidas atividades serem prestadas por meio de uma plataforma não afasta a sua qualificação jurídica, ainda mais diante do princípio da prevalência da realidade sobre a forma.

---

[62] Sofia Ranchordás (Op. cit., 2017, p. 8) bem resume o argumento que justificaria a mencionada zona de penumbra e a sua crítica: "In January 2014, Brian Chesky, the CEO Airbnb, stated in an interview for the Wall Street Journal: 'there were laws created for businesses, and there were laws for people. What the sharing economy did was create a third cathegory: People as businesses.' This statement might define the essence of the sharing economy but it does not fully reflect the evolution of the sector from the original concept (sharing a room) to the current reality (eg, luxury apartaments managed by professional companies."

[63] RANCHORDÁS, Op. cit., 2017, p. 10.

[64] Trata-se de tarefa complexa, razão pela qual a Comissão Europeia, ao propor *A European Agenda for the collaborative economy* reconhece não haver clareza sobre a partir de que ponto alguém se torna um profissional no contexto da economia do compartilhamento (COMISSÃO EUROPEIA. *A European agenda for the collaborative economy*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=EN>. Acesso em: 05 fev. 2018).

Scanned with CamScanner

É dessa prévia constatação, obtida a partir do diagnóstico do efetivo exercício de autoridade e poder dessas plataformas sobre os sujeitos que delas se utilizam e a existência de profissionalismo por parte desses sujeitos, que dependerá a resposta de como poderão ser reguladas as plataformas digitais, especialmente nas áreas de regulação dura[65], como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito da Concorrência, dentre outras.

4. As plataformas digitais no contexto dos novos negócios

4.1. O impacto da internet e das tecnologias da informação sobre os negócios

A seção anterior procurou demonstrar que a economia do compartilhamento não explica nem define a atuação de uma série de plataformas que exercem atividades essencialmente empresariais, organizando, gerindo, contratando e interferindo diretamente sobre os bens e serviços negociados no seu âmbito. Em casos assim, há boas razões para se sustentar que a regulação jurídica já existente para os negócios tradicionais – assim entendidos aqueles que não ocorrem no meio digital – poderia ser aplicada igualmente aos negócios virtuais ou novos negócios, incluindo as plataformas eletrônicas, ainda que com as devidas adaptações e modulações.

Um argumento contrário seria o de que, mesmo quando se distanciam da economia do compartilhamento, as plataformas digitais viabilizam negócios disruptivos ou tão afastados dos negócios tradicionais que a regulação jurídica destes últimos lhes seria imprestável. Ocorre que tal posição não se mostra correta.

Não se pretende, com isso, negar o aspecto de inovação e originalidade propiciado pelos novos negócios. É inquestionável que a internet e as tecnologias da informação vêm reconfigurando as interações humanas em todos os aspectos. Especificamente no tocante à seara empresarial, tais modificações são estruturais, na medida em que alcançam a relação das empresas com fornecedores e compradores, a sua administração, seus processos produtivos, suas

[65] As chamadas "áreas de regulação dura" são as searas jurídicas que, por protegerem interesses de ordem pública – como direitos transindividuais ou de vulneráveis –, contêm regime de responsabilidade que, além de cogente, privilegia a primazia da realidade sobre a forma, como ocorre no Direito do Trabalho, no Direito da Concorrência, no Direito do Consumidor, dentre outros. Ver: FRAZÃO, Ana. Networks e redes contratuais: desafios da crescente sofisticação e interdependência funcional entre contratos empresariais. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/networks-e-redescontratuais-04052017>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Scanned with CamScanner

relações de cooperação com outros agentes econômicos, seu financiamento, dentre várias outras áreas[66]. Nas palavras de Manuel Castells[67]: "*Os usos adequados da Internet tornaram-se uma fonte decisiva de produtividade e competitividade para negócios de todo tipo*".

Logo, está-se diante de um novo ambiente de mercado, caracterizado pela "*digitalização de praticamente tudo*"[68], no qual a informação constitui um dos bens mais valiosos para a agregação de valor a produtos e serviços[69], o que vem dispensando estruturas, empregados e procedimentos burocráticos que outrora eram o cerne da organização empresarial[70].

Não é por outra razão que autores como Raúl Katz[71] defendem que a economia digital constitui um "ecossistema" completamente novo, que deve ser interpretado segundo suas peculiaridades econômicas e sociais, por intermédio de conceitos e parâmetros analíticos que possam dar conta das mudanças ali compreendidas.

Todavia, é importante ressaltar que a regulação jurídica da atividade econômica tem como um dos seus objetivos precisamente o de se adaptar às inovações. A própria reformulação da técnica legislativa e regulatória, por meio de abordagens cada vez mais funcionais e menos conceitualistas, tem o propósito de assegurar que normas e procedimentos possam ter maleabilidade suficiente para se moldar às novas situações, assegurando o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Dessa maneira, em que pese o inquestionável aspecto inovador dos novos negócios digitais, tal circunstância não é razão para, por si só, afastar aprioristicamente a regulação jurídica já existente para os negócios tradicionais, ainda mais quando essa puder ser adaptada às peculiaridades das interações virtuais. Por mais que se exija grande prudência dos intérpretes e aplicadores das leis e normas em situações assim, não se pode entender que, por serem

---

[66] CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 56.

[67] CASTELLS, Op. cit., p. 56.

[68] BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The second machine age*: work, progress, and prosperity in a time of brilliant Technologies [edição eletrônica]. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2014.

[69] Ver: SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. *Information rules*: a strategic guide to the network economy. Boston: Harvard Business School Press, 1999.

[70] Ver: LEVY, Frank; MURNAME, Richard. *The new division of labor*: how computers are creating the next job market. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2004. Com a possibilidade cada vez maior de substituir atividades humanas por máquinas, robôs e computadores e com o dinamismo que caracteriza a chamada Era da Informação, abre-se espaço para que grandes empresas adotem estruturas organizacionais enxutas, com poucos empregados ou mesmo nenhum, ressignificando a organização e a divisão do trabalho diante da necessidade de flexibilidade para se adaptar às condições de mercado e mesmo às condições regulatórias.

[71] KATZ, Raúl. *El ecosistema y la economia digital em América Latina*. Madri: Ariel, 2015. p. 5.

Scanned with CamScanner

inovadores e digitais, tais negócios estão imunes a toda e qualquer regulação que se projete sobre a atividade econômica como um todo.

4.2. A problemática dos negócios (supostamente) disruptivos

Outro argumento que vem sendo insistentemente utilizado para afastar, em relação às plataformas digitais, a aplicação da regulação jurídica existente para os negócios tradicionais é o caráter disruptivo dessas. Nesse sentido, o conceito de disrupção vem sendo amplamente disseminado para designar a superação de modelos de negócio antigos por estratégias inovadoras capazes não somente de alterar os incentivos dos agentes de mercado e as curvas de demanda, mas também de criar novas demandas[72].

A primeira grande discussão sobre o tema envolve saber em que medida a disrupção se diferencia da inovação, considerando que esta última é uma característica inerente ao próprio capitalismo. Com efeito, Schumpeter[73] já mencionava, desde 1942, a ideia da inovação como destruição criativa, o que mostra que a regulação jurídica dos mercados, especialmente nas áreas "duras", já é naturalmente vocacionada a lidar com inovações destrutivas.

É por essa razão que é preciso refletir melhor sobre o que seriam tecnologias disruptivas e qual a sua efetiva repercussão sobre a regulação jurídica. Apesar de alguns esforços nesse sentido, o ponto ainda é bastante nebuloso, levantando indagações sobre a natureza supostamente disruptiva de todos os negócios da economia do compartilhamento.

Para Benkler[74], por exemplo, a internet e a possibilidade de cooperação desinteressada é que são fenômenos realmente transformadores. Daí por que, no seu entender, o que caracterizaria a chamada *networked information economy* é a lógica distinta do mercado. O elemento verdadeiramente disruptivo seria, portanto, a cooperação desinteressada, aspecto que obviamente não está presente em várias das plataformas digitais.

E nem se afirme que o *matchmaking* seria, por si só, o elemento disruptivo, pois como ensinam David Evans e Richard Schmalensee[75], muito do que os "*new market darlings*" fazem são propostas antigas – o que os autores chamam de "*old stuff*" –, que apenas são melhoradas e potencializadas a partir da tecnologia. Aliás, já se viu anteriormente que o modelo de plataformas

---

72 Ver: CHRISTENSEN, Clayton M. *The innovator's dilemma*: when new technologies cause great firms to fail. Boston: Harvard Business School Press, 1997.

73 SCHUMPETER, Op. cit.

74 BENKLER, Op. cit.

75 EVANS; SCHMALENSEE, Op. cit., 2016.

Scanned with CamScanner

não é exclusivo do ambiente digital e já vem sendo utilizado nos mercados de dois lados do "mundo real" há bastante tempo.

Tais provocações são lançadas não na intenção de propor conclusões apriorísticas nem sobre os pressupostos examinados nem sobre os diferentes modelos de negócio, os quais podem apresentar características distintas, a exigirem do jurista uma abordagem diferenciada. A finalidade das mencionadas colocações é mostrar que não podemos nos seduzir facilmente com categorias como economia do compartilhamento e disrupção.

Sob essa perspectiva, o papel disruptivo da tecnologia precisa ser visto com mais rigor, seja para se apurar melhor o que pode ser considerado disrupção, seja para se refletir melhor sobre em que medida as normas cogentes das áreas de regulação dura devem ser aplicadas nestes casos.

Apesar da complexidade da discussão proposta, uma conclusão preliminar já se adianta: se a grande eficiência dos novos negócios estiver decorrendo mais da sua habilidade de se furtarem à incidência das normas de regulação dura – especialmente do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor – do que propriamente dos elementos revolucionários de economia do compartilhamento e de disrupção, estamos diante de um sério problema, a exigir de todos nós um esforço concentrado para a busca de soluções regulatórias condizentes com os princípios da primazia da realidade sobre a forma e da necessária correspondência entre poder empresarial e responsabilidade.

Por outro lado, a ausência de regulação dos novos serviços pode gerar inúmeros problemas, especialmente quando esses concorrem com serviços tradicionais submetidos a uma vasta regulação setorial, com todos os custos econômicos correspondentes. Assim, é importante que haja certa harmonização da regulação dos serviços tradicionais com os "novos serviços"[76], sob pena de se gerarem muitas distorções.

Veja-se, como exemplo, a vertiginosa ascensão dos chamados serviços *over-the-top* (OTTs), meios virtuais de prestação de serviços de transmissão de voz, vídeo e dados que têm incisivamente desafiado as tradicionais indústrias de telecomunicações[77]. Geralmente estruturados por meio de plataformas digitais, uma das eficiências de tais serviços é que, a partir do argumento de que seriam substancialmente distintos dos serviços tradicionais de telecomunicações, não estariam sujeitos às normas regulatórias aplicáveis ao setor, aproveitando-se, portanto, de um aparente vazio regulatório.

---

[76] Ver: GAUCH, Stephan; BLIND, Knut. Technological convergence and the absortive capacity of standardization. *Technoogical forecasting & social change*. v. 91, pp. 236-249, fev. 2015.

[77] OCDE. Digital convergence and beyond: innovation, investment, and competition in communication policy and regulation for the 21st century. Disponível em: < http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP(2015)2/FINAL&docLanguage=En> Acesso em: 14 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

Em situações como essas, é fundamental verificar em que medida esses novos serviços são, de fato, substitutos dos serviços tradicionais ou se têm o condão de verdadeiramente romper com antigos padrões, de maneira a desenvolver o arcabouço regulatório que melhor conforme tais serviços[78].

Pode-se mencionar o exemplo da Uber, que, por mais que alegasse que presta tão somente o serviço de intermediação entre motoristas autônomos e passageiros, já teve declarada, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia[79], sua natureza de serviço de transporte, bem como já foi considerada empregadora pela Justiça britânica, constatando-se verdadeira relação de subordinação entre a plataforma e seus motoristas[80].

Por mais que os consumidores muitas vezes vislumbrem os novos serviços com muito otimismo, em razão do custo zero ou dos benefícios, não se pode ignorar que não existe propriamente gratuidade, já que os usuários "pagam" com seus dados pessoais e a possibilidade de serem facilmente acessíveis para fins de publicidade e outros propósitos comerciais. Ademais, os menores preços ou a melhor qualidade dos novos serviços podem decorrer de questões circunstanciais, já que os seus prestadores precisam desafiar os agentes econômicos tradicionais, a fim de conquistar mercados[81], e nada assegura que continuarão assim se não houver mais rivalidade.

Dessa maneira, muito embora a inovação tecnológica traga consigo importantes vantagens, não pode ser usada como pretexto para que os agentes econômicos simplesmente se evadam da regulação[82]. É preciso encontrar uma alternativa regulatória que possibilite o estímulo à inovação, ao mesmo tempo em que preserve a consistência da regulação setorial e os importantes interesses protegidos pelas áreas de regulação dura.

5. Os principais tipos de plataformas digitais e de funções por elas exercidas

Os capítulos anteriores procuraram mostrar a racionalidade que justifica o modelo de negócios das plataformas digitais, bem como a sua plasticidade,

---

78 OCDE, Op. cit.

79 TJEU, G.S., Ac. C-434/15, julg. 20.12.2017.

80 Ver: FRAZÃO, Ana. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela nos ensina? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016> Acesso em: 28 dez. 2017; FRAZÃO, Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influencia adoção de conduta uniforme? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016> Acesso em: 28 dez. 2017.

81 Nesse sentido: FRAZÃO, Op. cit., 2018, Prefácio, pp. 17-23.

82 Ver: ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. *Evasive entrepreneurship. Small Business Economics*. v. 47, n. 1, pp. 95-113, jun. 2016.

Scanned with CamScanner

na medida em que podem comportar diversos tipos de interação. Daí não se poder associar, de forma linear e apriorística, as plataformas digitais à economia do compartilhamento ou à disrupção, muito menos para o fim de justificar a imunidade delas em face da regulação jurídica.

Para avançar agora nas possibilidades e limitações da regulação jurídica sobre as plataformas digitais, é importante entender os seus principais tipos e funções, buscando verificar quais são os aspectos mais sensíveis para o direito.

Certo é que o rol de plataformas existentes acompanha a miríade de empreendimentos de sucesso da economia digital, bastando enunciar alguns exemplos para que se verifique a procedência dessa afirmação. Constituem plataformas, a título exemplificativo: Google, Apple, Facebook, Twitter, Amazon, Ebay, Instagram, YouTube, LinkedIn, Twitch, Snapchat, Whatsapp, Waze, Uber, Handy, AirBnB, Pinterest, Square, Snapchat, Social Finance, Kickstarter, Mercado Livre e Submarino. Por serem plataformas, todas essas empresas têm em comum a característica de não deterem diretamente os meios de produção, mas de criarem os meios de conexão entre os indivíduos que os detêm[83].

Daí a multiplicidade de atividades a que podem se dedicar as plataformas, que vão desde a prestação de serviços (como Uber e Airbnb) e venda de produtos (como Ebay e Amazon), até a realização de pagamentos (Paypal), investimentos (Funders Club), *networking* social (Facebook, LinkedIn, Tinder, Twitter), comunicação (Whatsapp, Skype, Snapchat, Dropbox), dentre inúmeros outros.

Apesar de compartilharem um modelo comum de negócios, cada uma dessas distintas atividades pode impor características específicas às plataformas digitais que a exercem. No caso das plataformas de comunicação, por exemplo, verifica-se que importante função do modelo de negócios, além do *matching* e da recomendação, é também de oferecer uma interface técnica para facilitar a interação entre os usuários[84]. Em alguns casos, o que se pretende, por meio da plataforma, é tão somente a interação indireta entre os usuários, tais como ocorre em plataformas de cartões de crédito e sistemas de pagamento, como o Paypal, que não colocam vendedores e compradores em contato direto.

Também é importante ressaltar que algumas plataformas digitais podem decidir agir, elas mesmas, como um dos lados do mercado. Segundo Jean Tirole[85], a Apple é um caso conhecido nesse sentido pois, no mercado de computadores pessoais, limita os aplicativos e *hardwares* que funcionam em seu sistema operacional desde 1980.

Não obstante as diversas atividades a que se prestam e as peculiaridades já retratadas, existe um leque comum de funções que são normalmente assumidas

---

[83] MOAZED; JOHNSON, Op. cit.

[84] Jean Tirole (Op. cit., p. 382) refere-se ao papel de tais plataformas em uma interação mais *smooth* entre os usuários.

[85] TIROLE, Op. cit., p. 388.

Scanned with CamScanner

pelas plataformas digitais. Segundo Alex Moazed e Nicholas Johnson[86], as principais funções seriam as seguintes: (i) *audience building*, que corresponde à criação de um *marketplace* líquido para atrair uma massa de produtores e consumidores; (ii) *matchmaking*, que, como já se viu, consiste na conexão entre os consumidores corretos para os produtores corretos, facilitando, (iii) oferta de ferramentas e serviços, tais como os de *rating* e recomendações, para apoiar transações e diminuir custos de transação, remover barreiras à entrada e tornar a plataforma mais valiosa com o tempo por meio dos dados coletados; e (iv) criação de regras e *standards* de comportamento, a fim de diferenciar o que é permitido do que é proibido.

Vale ressaltar que a classificação dos autores pode ser também adaptada para as plataformas que procuram aproximar pares para que possam negociar diretamente pois, igualmente nesse caso, será importante criar um *marketplace*, conectar inteligentemente aqueles mais propensos a contratar (*matchmaking*), prover as ferramentas e serviços necessários para as transações, bem como criar regras de comportamento.

Cada uma dessas funções mencionadas apresenta importantes desafios para a regulação jurídica. Dentre eles, podem ser citados o aspecto da proteção dos usuários e seus direitos de personalidade, a questão da validade das interações e contratos que são por meio delas implementados e também a responsabilidade civil de todos os envolvidos nesse processo, tanto da parte dos usuários, como da parte dos próprios agentes empresariais que exploram as plataformas digitais.

Como as plataformas ainda detêm a importante função de controle, gestão e, conforme o caso, igualmente de utilização comercial dos dados pessoais dos usuários, ainda há o problema delicado de como regular o negócio subjacente da coleta e utilização dos dados pessoais dos usuários[87].

Não se pode ignorar que, dentre as funções usuais assumidas pelas plataformas digitais encontra-se a de regular todas as relações que nela ocorrem, o que, como aponta Jean Tirole[88], abrange aspectos como a competição entre vendedores, a regulação de preços, o monitoramento de qualidade e a oferta de informação. Sob essa perspectiva, a própria plataforma pode ser vista como um regulador dos mercados, o que gera obviamente um conflito potencial ou efetivo com a regulação jurídica tradicional.

Na ausência de uma reflexão jurídica mais consistente sobre os meios de atuação e as responsabilidades dos agentes envolvidos nas plataformas, têm elas se aproveitado do vazio jurídico ou de zonas de penumbra das áreas de regulação dura, para, por meio da já mencionada função de criação de regras

---

[86] MOAZED; JOHNSON, Op. cit.

[87] Ver: O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy [edição eletrônica]. Nova Iorque: Crown, 2016.

[88] TIROLE, Op. cit., 391-392.

Scanned with CamScanner

e procedimentos, terem a sua atuação totalmente regida pela regulação que elas mesmas criam, ou seja, pela autorregulação.

Por essa razão, é fundamental que se possa avançar na compreensão da multiplicidade de funções das plataformas digitais, a fim de se estabelecer, com maior nitidez, as áreas suscetíveis à autorregulação e as áreas que precisam continuar sujeitas à heterorregulação. Expostas essas considerações, a próxima seção cuidará da exposição de alguns dos desafios apresentados pelas plataformas digitais ao direito que têm ensejado uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de regulação específica das atividades desses agentes.

6. Os desafios para a regulação jurídica das plataformas digitais

6.1. Tecnologia e regulação

Vistas todas as peculiaridades das plataformas digitais, resta agora tentar mapear os principais desafios para a sua regulação jurídica. O tema tem como pano de fundo as discussões relacionadas à regulação da tecnologia como um todo, diante do qual surgem diversas perguntas: mais regulação, menos regulação ou total ausência de regulação? Regulação nova e específica ou adaptação da regulação já existente? Autorregulação ou heterorregulação? Que outras fontes e formas de regulação, além do direito, devem ser pensadas na sociedade da informação? Para que deve servir a regulação da tecnologia?

Mais do que uma reconfiguração de todas as categorias jurídicas e da adaptação da regulação já existente, os impactos da tecnologia nas vidas dos indivíduos levantam provocações a respeito de uma questão fundamental, que diz respeito a saber se é possível e desejável que a tecnologia se converta, ela própria, no principal regulador de comportamentos, tornando o direito secundário ou mesmo inócuo. Tal discussão, que tem desdobramentos sobre temas sensíveis, como soberania estatal e democracia, é das mais importantes da nossa época.

Ao passo que a tecnologia pode ser libertadora, pode também ser perigoso instrumento de dominação, uma vez que a sua escolha não é neutra e, no atual contexto, acaba sendo feita, em grande parte, por grandes agentes empresariais, sem transparência, *accountability* ou qualquer filtro democrático, podendo estar a serviço exclusivo dos interesses econômicos daqueles que a detêm. É essa precisamente a situação de várias das plataformas digitais mencionadas. Assim, o recuo da regulação jurídica estatal em prol da regulação pela tecnologia, longe de possibilitar um ambiente mais igualitário, levaria, na verdade, ao domínio dos grandes gigantes da tecnologia, alguns já chamados de *net states*[89].

[89] WICHOWSKI, Alexis. *Net states tule the world*; we need to recognize their power. Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Scanned with CamScanner

Adotada a premissa de que sociedades complexas que pretendam ser minimamente organizadas precisam de algum tipo de regulação, a tecnologia jamais será propriamente uma alternativa à regulação, mas sim uma forma própria de regulação. E, a depender de quem escolhe a tecnologia e da utilização que a ela será dada, a alocação de recursos e direitos, bem como a própria estruturação da sociedade e dos Estados, podem ser consideravelmente alteradas. Nesse sentido, pode-se mencionar o importante estudo de Lessig[90], segundo o qual o direito é apenas uma das formas de regular a tecnologia – e muito provavelmente uma das mais frágeis –, ao lado de normas sociais, normas de mercado e da arquitetura, ou seja, dos códigos que governam o comportamento dos agentes no meio virtual.

Na atualidade, conforme assevera Michèle Finck[91], o modelo predominante para as plataformas é o da autorregulação, uma vez que tais agentes sistematicamente determinam os termos e condições para seu uso, definindo as regras que governarão os comportamentos dos indivíduos naquele espaço. No entanto, a defesa da autorregulação não pode significar a evasão à regulação estatal, que deve traçar parâmetros a partir dos quais tais agentes podem desenvolver suas atividades e mesmo sua competência autorregulatória.

Vale notar que mesmo autores liberais, como Richard Epstein[92], sustentam que acreditar em um mercado completamente livre e independente de qualquer ação estatal que funcione de maneira efetiva seria um erro de proporções épicas. O que se deve buscar, na verdade, não é a ausência de regulação, mas a regulação adequada e desejável[93], sempre atenta ao estímulo à inovação e à eficiência dinâmica[94].

---

90 LESSIG, Lawrence. *Code*. 2.ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

91 FINCK, Michèle. Digital regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy. *LSE Working Papers*. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=165004066095104076080100126007011105123084002028060035065096018069124076109 105006118025018021022008009118082125087116007067124108054086029012101031098019112091082108017075052125098105118005028082009106110066122067111112097118094113089103095116112081070&EXT=pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

92 EPSTEIN, Richard. Can technological innovation survive government regulation? *Harvard Journal of Law & Public Policy*. v. 36, n. 1, pp. 87-104, 2013. p. 88.

93 EPSTEIN, Op. cit., p. 88. Ver também: BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto; ZINGALES, Nicolo. Law of the land or law of the platform? Beware of the privatisation of regulation and police. In: BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo. *Platform regulations*: how platforms are regulated and how they regulate us. Rio de Janeiro: FGV, 2017. Ver também BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de direito administrativo*. v. 273, pp. 123-163, set./dez. 2016. pp. 138-141.

94 WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, pp. 313-328, 2012.

Scanned with CamScanner

6.2. Superando a dicotomia entre os novos serviços e os serviços tradicionais

No plano teórico, a compreensão da regulação dos novos serviços propiciados pela tecnologia e pelas plataformas digitais tem se colocado normalmente a partir de perspectiva maniqueísta, em que as alternativas são extremas: ou se entende que os novos serviços não se diferenciam, na essência, dos serviços já existentes, motivo pelo qual devem estar amplamente submetidos à regulação destes, ou se entende que os novos serviços são totalmente diferentes e únicos, motivo pelo qual devem ser imunes à regulação já existente.

Todas as controvérsias apontadas são ainda travadas em ambiente no qual o *lobby* tanto dos agentes já atuantes no mercado – a favor de uma equiparação linear dos novos serviços aos serviços da economia tradicional – como dos entrantes – contra qualquer tipo de equiparação e, de certa forma, a favor da ausência de regulação em relação aos novos serviços – tem um grande peso, ao qual se somam inúmeras estratégias de *marketing*, para seduzir e convencer o poder público e a população sobre a qualidade dos novos serviços e a inadequação da regulação sobre eles.

Observa-se, nesse contexto, a necessidade imperiosa de exame mais atento do problema, que possa considerar as semelhanças e diferenças entre os novos serviços e os já existentes, bem como os impactos dessa comparação para a questão da regulação, tanto a setorial como a geral. Embora não haja respostas prontas para o problema, algumas premissas podem ser anunciadas desde já.

A primeira delas é que a correta compreensão dos novos serviços requer provavelmente uma posição intermediária entre as alternativas extremas de que estes ou são "mais do mesmo" ou são totalmente diferentes dos serviços tradicionais. Na verdade, embora não se possa negar que os novos serviços tenham suas diferenças e originalidades, esses se apresentam como substitutos dos serviços tradicionais, exercendo relevante pressão competitiva sobre estes. Analisando os novos serviços sob um ponto de vista funcional, fica difícil negar que existem semelhanças e graus de substituibilidade suficientes entre os novos serviços e os da "economia tradicional" para justificar a discussão sobre se a regulação prevista para estes deveria alcançar também os primeiros.

Dessa maneira, não obstante as especificidades, diferenças, eficiências e inovações dos novos serviços, tais aspectos não são suficientes para justificar um total isolamento destes, do ponto de vista regulatório e concorrencial, diante dos demais serviços. Por mais que se trate de análise necessariamente casuística, em alguns casos pode ser sustentável que, em face das grandes semelhanças, a melhor solução possível seja uma regulação uniforme para os novos serviços e os serviços tradicionais.

A segunda observação é que a regulação dos novos serviços precisa estar atenta às suas repercussões concorrenciais. Embora possa ser defensável que

Scanned with CamScanner

os novos serviços não devam estar sujeitos à mesma regulação dos serviços tradicionais, ainda mais quando essa é considerada inadequada e falha mesmo em relação a estes, é inequívoco que tais deficiências regulatórias se potencializam quando são aplicadas apenas aos serviços já existentes.

Em recente reportagem, a *The Economist*[95] mostra que grandes plataformas, como Facebook e Google, causam preocupações à justa competição porque normalmente se beneficiam da ausência de regulação em detrimento de serviços equivalentes prestados no mundo real. Como exemplos, mencionam que, ao contrário dos veículos tradicionais de publicação, as plataformas usualmente não respondem pelos atos dos seus usuários.

Por essa razão, o argumento da inadequação da regulação dos serviços tradicionais como justificativa para manter os novos serviços imunes do ponto de vista regulatório pode gerar uma série de distorções concorrenciais, fazendo com que apenas os agentes anteriormente estabelecidos estejam sujeitos aos custos e aos ônus da regulação já existente, enquanto os entrantes dos novos serviços estão na situação ideal de total liberdade e ausência de regulação.

Tal aspecto mostra como a questão regulatória está intrinsecamente ligada à questão concorrencial e que a discussão sobre a regulação dos novos serviços deve ser pensada também à luz de novas alternativas para a regulação dos serviços tradicionais, a fim de que ambos os setores estejam sujeitos a regulações adequadas e que não gerem ônus ou facilidades exageradas para nenhum dos segmentos.

Com efeito, a intervenção do estado deve ser eficaz para propiciar a competição pelo mérito entre serviços com considerável grau de substituibilidade, não parecendo justificável a opção apriorística de se manter a regulação dos serviços tradicionais – muitas vezes antiquada e geradora de inúmeros custos e ineficiências – enquanto não se regulam os novos serviços. A regulação dos novos serviços requer, portanto, harmonia e coerência com a regulação dos serviços tradicionais, podendo exigir a reforma da regulação destes últimos.

A terceira observação é que a regulação deve estimular a inovação e os novos arranjos contratuais que se mostram como alternativas eficientes para as novas demandas da realidade, reduzindo custos de transação e apresentando diversos benefícios. Entretanto, alguns limites precisam ser observados. De fato, a redução de custos de transação não pode ser obtida exclusivamente a partir da fuga deliberada de alguns focos de regulação, especialmente em áreas que, como são os casos do Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito da Concorrência, Direito Ambiental e Direito Tributário, lidam com normas cogentes que asseguram interesses públicos indisponíveis da maior relevância ou tutelam vulneráveis.

---

[95] THE ECONOMIST. *The new titans.* And how to tame them. 20 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

Nesse sentido, a criatividade empresarial não pode se furtar à observância de normas imperativas. Em relação a tais áreas, não há dúvidas de que os novos serviços devem ser regulados ou até mesmo sujeitos integralmente às regulações já existentes, até porque estas normalmente se baseiam em conceitos econômicos de maior abrangência, a fim de impor as responsabilidades respectivas ao efetivo titular do poder empresarial, qualquer que seja a forma do exercício desse poder ou da atividade por ele desenvolvida.

Trata-se, na verdade, da implementação do princípio da prevalência da realidade sobre a forma, tão caro a searas que lidam com interesses públicos indisponíveis. Tal questão está relacionada ao desafio de entender em que medida a tecnologia muda a essência dos serviços ofertados ou, na verdade, simplesmente propicia novos formatos e configurações do mesmo serviço, sem afetar substancialmente a natureza ou a essência deste, muito menos para o fim de impossibilitar a aplicação da regulação específica que sobre este se projeta.

Conclui-se, portanto, que há boas razões para justificar a regulação dos novos serviços, embora, em alguns casos, haja a necessidade de adaptações para contemplar as suas peculiaridades e equacionar adequadamente os interesses que sobre eles se projetam, especialmente no que diz respeito ao estímulo à inovação, por um lado, e a preocupação com a eficácia de normas cogentes que incidem sobre a atividade econômica, por outro lado. De toda sorte, é fundamental que as soluções regulatórias pensadas para os novos serviços, o que pode envolver até mesmo a corregulação[96], sejam harmônicas e coerentes com a regulação dos serviços tradicionais, sob pena de se gerar sérias distorções regulatórias e concorrenciais.

No intuito de ilustrar o que foi exposto acima, vale mencionar duas recentes e importantes iniciativas no sentido de uma regulação mais abrangente das plataformas digitais. Em comunicado de maio de 2016, a Comissão Europeia[97] procurou delinear os aspectos centrais das plataformas, ressaltando a necessidade de elaboração de arcabouço regulatório equilibrado, capaz de comportar o desenvolvimento e crescimento das plataformas, bem como de garantir o atendimento de princípios protegidos pela legislação comunitária, a exemplo das normas concorrenciais, consumeristas e de proteção de dados pessoais.

No mesmo sentido, o Ministério de Assuntos Econômicos e Energia alemão editou, em 2017, um *White Paper*[98] sobre a regulação das plataformas

---

[96] FINCK, Op. cit., p. 16. A corregulação seria o mecanismo de construção do arcabouço regulatório aplicável às plataformas pela colaboração entre entidades públicas e privadas, com vistas a assegurar tanto as peculiaridades dos mercados em questão quanto os objetivos de políticas públicas almejados pelo Estado.

[97] COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. 25 maio 2016.

[98] ALEMANHA. *White paper*: digital platforms. Digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation. Alemanha: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2017.

Scanned with CamScanner

digitais, de maneira a, em consonância com a orientação externada pela Comissão Europeia, garantir: (i) a higidez concorrencial dos mercados virtuais; (ii) a criação de condições justas de contratação nos mercados de telecomunicações; (iii) a criação de normas concorrenciais capazes de adequada e proativamente endereçar distorções competitivas; (iv) o estabelecimento de um arcabouço legal claro sobre o uso de dados; (v) o desenvolvimento de mecanismos transparentes de certificações referentes à proteção de dados; (vi) a introdução de deveres básicos de transparência e informação para plataformas digitais; (vii) o incremento da segurança e a simplificação das transações comerciais virtuais; e (viii) a criação de ambientes de testes para novos modelos de negócios, com vistas a verificar a adequação das normas aplicáveis a estratégias de negócios ainda não efetivadas.

Como já se adiantou no início desta seção, não há respostas prontas para os problemas regulatórios emergentes das plataformas digitais, que operam em mercados altamente complexos e rapidamente mutáveis, a cada dia apresentando desafios aos entes regulatórios e aos próprios agentes econômicos. No entanto, é fundamental que a regulação das plataformas digitais esteja comprometida não apenas com o desenvolvimento de um ambiente destinado ao florescimento de negócios inovadores, mas também com a garantia de cumprimento dos princípios regentes da atividade empresarial, especialmente aqueles relacionados à proteção de interesses difusos e de vulneráveis.

6.3. Os desafios para a regulação jurídica dos gigantes da internet

A preocupação sobre a regulação jurídica aplicável às plataformas digitais torna-se ainda mais grave diante daquelas plataformas que, em razão da posição dominante que já adquiriram ao longo dos últimos anos, são hoje conhecidas como gigantes ou titãs da internet. A discussão torna-se ainda mais premente diante do fato de que, após um período de certa inação das autoridades reguladoras, houve uma visível mudança de postura em vários segmentos, sendo a recente multa de 2,7 bilhões de dólares aplicada contra o Google pela União Europeia um importante exemplo[99].

As preocupações que hoje se projetam sobre os gigantes da internet são de várias ordens, incluindo o fato de que, como bem resume a *The Economist*[100], tais agentes, longe de apenas competirem em um mercado, tornam-se crescentemente o próprio mercado. Daí o receio justificável de que usem o seu poder para proteger e ainda aumentar ainda mais a sua dominância, mesmo em

[99] Ver: SCOTT, Mark. Google fined record $2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*. 27 jun. 2017.

[100] THE ECONOMIST. *The new titans*. And how to tame them. 20 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

detrimento dos consumidores, ainda mais quando as barreiras para a entrada nos mercados estão crescendo.

Prossegue a reportagem mostrando a necessidade de se ter muito cuidado com as concentrações e com o tratamento dos dados pessoais dos usuários, considerados a verdadeira moeda do ambiente digital. No que diz respeito à primeira questão, a preocupação é com operações que podem neutralizar uma ameaça competitiva a longo prazo, aspecto que, se tivesse sido considerado na época, provavelmente poderia ter prevenido a aquisição do Whatsapp pelo Facebook ou do Waze pelo Google. Já no que diz respeito aos dados, a ideia é assegurar aos usuários maior controle sobre suas informações, inclusive para o fim de torná-las disponíveis em tempo real para outras empresas, bem como se cogitar de instrumentos de compartilhamento ou cessão de dados com as demais empresas, ainda que de forma remunerada.

Em sentido próximo, recente reportagem do *Wall Street Journal*[101] acentua a dominância de vários desses agentes nos Estados Unidos, onde a Alphabet tem 89% do mercado de buscas, 95% de jovens adultos usam o Facebook e a Amazon responde por 75% das vendas de livros online. As firmas que não são monopolistas são duopolistas, já que Google e Facebook absorvem 63% do gasto online no ano passado, Google e Apple proveem 99% dos sistemas operacionais de celulares, enquanto Apple e Microsoft ofertam 95% dos sistemas operacionais de computadores. Segundo a reportagem, muito se vem falando sobre a cisão de tais empresas, a exemplo do que já ocorreu com a Standard Oil e com a AT&T.

Artigo recente de Roger McNamee[102] retoma o alerta que Marc Andressen já havia dado em 2011, para advertir que os gigantes da internet estão engolindo a economia mundial. Alerta o autor para os dois principais tipos de riscos: (i) os relacionados aos usuários, considerando que plataformas como Facebook, Google, Amazon, Alibaba e Tencent usaram técnicas comuns em propaganda e cassinos para promover o vício psicológico; e (ii) os geopolíticos, considerando os danos que podem ser causados na esfera política – de que os casos Brexit e eleição presidencial norte-americana de 2016 são exemplos.

Ainda menciona o autor os riscos para a própria democracia, diante da perda do debate público, uma vez que a ideia de que os filtros dão aos usuários apenas o que eles querem tem o efeito de polarizar as populações, deixando os usuários suscetíveis a manipulações de todos os tipos e destruindo a legitimidade das instituições democráticas.

Todas essas questões mostram como a ausência de uma regulação jurídica adequada para as plataformas digitais, especialmente as gigantes, é preocupante

---

[101] IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

[102] MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

e o problema precisa ser enfrentado com urgência. Embora a experiência mostre ser possível a existência de rivalidade entre plataformas em determinados segmentos – vendas de imóveis, atividades de turismo e sites de namoro –, em muitos casos não é o que está acontecendo. Na verdade, como explica Jean Tirole[103], o modelo de negócios é propenso à formação de monopólios naturais em razão dos efeitos de rede e das economias de escala.

Daí a necessidade de envidar esforços para que se saiba qual é o ponto de equilíbrio entre os benefícios que decorrem do agigantamento de tais plataformas – notadamente as economias de escala e os efeitos de rede indiretos[104] – e os riscos e danos à concorrência e aos consumidores, especialmente quando analisados no médio e no longo prazo. Nesse sentido, ainda que o Direito da Concorrência não seja o único instrumento para endereçar todas essas questões, certamente é um dos principais e mais estratégicos.

7. Considerações finais

O objetivo do presente artigo foi, ao lado de explicar a racionalidade econômica e a importância das plataformas digitais na atualidade, advertir para o fato de que a associação necessária do modelo de negócios à economia do compartilhamento ou à disrupção nem é correta nem pode servir de fundamento para afastar aprioristicamente a regulação jurídica já existente sobre a atividade empresarial.

Com efeito, nas plataformas empresariais, em que serviços são prestados de forma remunerada, profissional e habitual, por meio do controle ou poder de direção da própria plataforma, não há razões para se sustentar uma imunidade das plataformas à regulação jurídica já existente, ainda mais quando esta, do ponto de vista funcional, pode ser perfeitamente adaptada para a economia digital.

A partir dessas premissas, buscou-se demonstrar que o primeiro passo para a regulação adequada das plataformas digitais – seja por meio de novas regulações, seja por meio da adaptação da regulação existente, setorial ou não

---

[103] TIROLE, Op. cit., p. 398.

[104] Segundo Evans and Schmalensee (Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*. v. 667, 2008), estes são os maiores benefícios decorrentes da concentração de poder adquirida pelas plataformas. Por essa razão, sustentam Haucapp e Heimeshoff (Op. cit., pp. 51-52) que, no tocante às plataformas digitais, a concentração deve se vista de modo diverso e mais condescendente do que é vista em relação aos negócios reais, já que o seu tamanho é indispensável para que atinjam uma utilização eficiente e a concorrência pode levar à perda de eficiência por meio dos efeitos indiretos. Acreditam os autores, portanto, que tais estruturas, exatamente em razão dos efeitos de rede, tendem a ser eficientes, assim como observam que não é claro como a concentração de mercado e os benefícios do consumidor são relacionados nessas plataformas nem se tais mercados são naturalmente convergentes para um monopólio.

Scanned with CamScanner

– é encontrar alternativas que, de um lado, possibilitem o desenvolvimento da inovação sem gerar distorções competitivas, e, de outro, garanta o atendimento dos diversos interesses envolvidos nessas atividades, especialmente aqueles que são protegidos pelas áreas de regulação dura, uma vez que correspondem a valores constitucionais da mais alta relevância.

Referências

ALEMANHA. *White paper*: digital platforms. Digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation. Alemanha: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2017.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de direito administrativo*. v. 273, pp. 123-163, set./dez. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*, Lisboa: Edições 70, 1975.

BELLI, Luca; FRANCISCO, Pedro Augusto; ZINGALES, Nicolo. Law of the land or law of the platform? Beware of the privatisation of regulation and police. In: BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo. *Platform regulations*: how platforms are regulated and how they regulate us. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

BENKLER, Yochai. The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The second machine age*: work, progress, and prosperity in a time of brilliant Technologies [edição eletrônica]. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2014.

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

CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform scale*: how na emerging business model helps startups build large empires with minimum investment [edição eletrônica]. Cambridge: Platform Thinking Labs, 2015.

CHRISTENSEN, Clayton M. *The innovator's dilemma*: when new technologies cause great firms to fail. Boston: Harvard Business School Press, 1997.

COMISSÃO EUROPEIA. *A European agenda for the collaborative economy*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=EN>. Acesso em: 05 fev. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões. 25 maio 2016.

Scanned with CamScanner

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. Small Business Economics. v. 47, n. 1, pp. 95-113, jun. 2016.

EPSTEIN, Richard. Can technological innovation survive government regulation? *Harvard Journal of Law & Public Policy*. v. 36, n. 1, pp. 87-104, 2013.

EVANS, David. Some empirical aspects of multi-sided platform industries. In: _____. *Platform economics*: essays on multi-sided businesses. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Hot-Tubs/SSRN-id1974020.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2018.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. Network effects: march to the evidence, not to the slogans. *Antitrust Chronicle*, set. 2017.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers*: the new economics of multisided platforms [edição eletrônica]. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. *NBER Working Papers*. n. 18783, 2013.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*. v. 667, 2008.

FINCK, Michèle. Digital regulation: designing a supranational legal framework for the platform economy. *LSE Working Papers*. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=165004066095104076080100126007011105123084002028060035065096018069124076109105006118025018021022008009118082125087116007067124108054086029012101031098019112091082108017075052125098105118005028082009106110066122067111112097118094113089103 095116112081070&EXT=pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

FRAZÃO, Ana. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; PRATA DE

CARVALHO, Angelo Gamba. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 58-63.

FRAZÃO, Ana. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela nos ensina? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela-01112016>. Acesso em: 28 dez. 2017.

FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos: perspectivas e riscos da sua crescente utilização. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Scanned with CamScanner

FRAZÃO, Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influencia adoção de conduta uniforme? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016>. Acesso em: 28 dez. 2017.

FRAZÃO, Ana. Joint ventures contratuais. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 207, pp. 187-211, jul./set. 2015.

FRAZÃO, Ana. Networks e redes contratuais: desafios da crescente sofisticação e interdependência funcional entre contratos empresariais. Jota. Disponível em: < https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/networks--e-redescontratuais-04052017> Acesso em: 05 fev. 2018.

FRAZÃO, Ana. O poder das plataformas digitais: O que são e quais as suas repercussões sobre a regulação jurídica? *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-poder-das-plataformas-digitais-12072017> Acesso em: 05 fev. 2018.

GAUCH, Stephan; BLIND, Knut. Technological convergence and the absortive capacity of standardization. *Technoogical forecasting & social change*. v. 91, pp. 236-249, fev. 2015.

HAUCAP, Justus; HEIMESHOFF, Ulrich. Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition or market monopolization? *International economics and economic policy*. v. 11, n. 1-2, pp. 49-61, fev. 2014.

HAUCAP, Justus; STÜHMEIER, Torben. Competition and antitrust in internet markets. In: BAUER, Johannes; LATZER, Michael. *Handbook on the economics of the internet*. Northampton: Edwalrd Elgar, 2016.

IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

KATZ, Michael; SHAPIRO, Carl. Systems competition and network effects. The journal of economic perspectives. v. 8, n. 2, pp. 93-115, 1994.

KATZ, Raúl. *El ecosistema y la economia digital em América Latina*. Madri: Ariel, 2015.

LESSIG, Lawrence. *Code*. 2.ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LEVY, Frank; MURNAME, Richard. *The new division of labor*: how computers are creating the next job market. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2004.

MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

MCAFFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Machine, platform, crowd*: harnessing our digital future. Nova Iorque: W. W. Norton, 2017.

MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

Scanned with CamScanner

MINELLI, Michael; CHAMBERS, Michele; DHIRAJ, Ambiga. *Big data, big analytics*: emerging business intelligence and analytic trends for today's businesses. New Jersey: Wiley, 2013.

MOAZED, Alex; JOHNSON, Nicholas. Modern monopolies: what it takes to dominate the 21st century economy [edição eletrônica]. Nova Iorque: St. Martin1 Press, 2016.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction*: how big data increases inequality and threatens democracy [edição eletrônica]. Nova Iorque: Crown, 2016.

OCDE. Digital convergence and beyond: innovation, investment, and competition in communication policy and regulation for the 21st century. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP(2015)2/FINAL&docLanguage=En>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. Disponível em: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf>. Acesso em 14 jan. 2018.

PARKER, George; VAN ALSTYNE, Marshall. Platform strategy. *Boston University School of Management Research Papers*. n. 2439323, abr. 2014.

RANCHORDÁS, Sofia. Peers or professionals? The P2P-Economy and Competition Law. *European competition and regulatory law review*. v. 1, n. 4, pp. 1-14, 2017.

RANCHORDÁS, Sofia. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. Minnesota Journal of Law, Science and Technology. v. 16, n.1, pp. 1-63, 2015.

REICH, Robert. The share-the-scraps economy. Disponível em: <http://robertreich.org/post/109894095095>. Acesso em: 28 dez. 2017.

RITZER, George; JURGENSON, Nathan. Production, Consumption, Prosumption, *Journal of Consumer Culture*, v. 10, n. 1, pp. 13-36, 2010.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: an overview. Disponível em: <http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*. v. 4, n. 1, pp. 990-1029, jun. 2003.

SCHOR, Juliet. The sharing economy: reports from stage one. Disponível em: <https://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf/TheSharingEconomy.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

Scanned with CamScanner

SCOTT, Mark. Google fined record $2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*. 27 jun. 2017.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. *Information rules*: a strategic guide to the network economy. Boston: Harvard Business School Press, 1999.

STALLMAN, Richard. Reasons not to use Uber. Disponível em: <https://stallman.org/uber.html>. Acesso em: 28 dez. 2017; STALLMAN, Richard. Free software, free society. Boston: Free software foundation, 2015.

SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy*: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism. Cambridge: The MIT Press, 2016.

THE ECONOMIST. Reinventing the deal. The Economist. Disponível em: <http://www.economist.com/news/briefing/21676760-americas-startups--arechanging-what-it-means-own-company-reinventing-deal>. Acesso em: 28 dez. 2017.

THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. 20 jan. 2018.

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

WICHOWSKI, Alexis. Net states tule the world; we need to recognize their power. Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/>. Acesso em: 28 dez. 2017.

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

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, pp. 313-328, 2012.

WU, Tim. In the grip of the new monopolists. *The Wall Street Journal*. 3 nov. 2010.

Scanned with CamScanner