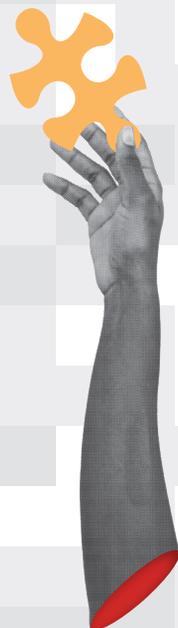


PREFÁCIO

VINICIUS MARQUES DE CARVALHO



DADOS, MERCADOS DIGITAIS E CONCORRÊNCIA



ORGANIZAÇÃO

RAFAEL A. F. ZANATTA
CAMILA LEITE CONTRI
HELENA SECAF



DADOS, MERCADOS DIGITAIS E CONCORRÊNCIA

ORGANIZAÇÃO

RAFAEL A. F. ZANATTA

CAMILA LEITE CONTRI

HELENA SECAF

Copyright © 2022 by Editora Letramento

Diretor Editorial | Gustavo Abreu
Diretor Administrativo | Júnior Gaudereto
Diretor Financeiro | Cláudio Macedo
Logística | Vinícius Santiago
Comunicação e Marketing | Giulia Staar
Assistente de Marketing | Carol Pires
Assistente Editorial | Matteos Moreno e Sarah Júlia Guerra
Designer Editorial | Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira

CONSELHO EDITORIAL JURÍDICO

Alessandra Mara de Freitas Silva	Henrique Garbellini Carnio
Alexandre Moraes da Rosa	Henrique Júdice Magalhães
Bruno Miragem	Leonardo Isaac Yarochevsky
Carlos María Cárcova	Lucas Moraes Martins
Cássio Augusto de Barros Brant	Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
Cristian Kiefer da Silva	Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo
Cristiane Dupret	Onofre Alves Batista Júnior
Edson Nakata Jr	Renata de Lima Rodrigues
Georges Abboud	Salah H. Khaled Jr
Henderson Fürst	Willis Santiago Guerra Filho.

Todos os direitos reservados. Não é permitida a reprodução desta obra sem aprovação do Grupo Editorial Letramento.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D121	Dados, mercados digitais e concorrência / Anna Binotto ... [et al.] ; organizado por Camila Leite Contri, Helena Secaf, Rafael A. F. Zanatta. - Belo Horizonte, MG : Letramento ; Casa do Direito, 2022. 230 p. ; 15,5cm x 22,5cm. Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5932-239-8 1. Direito. 2. Direito digital. 3. Dados. 4. Mercados digitais. 5. Concorrência. I. Binotto, Anna. II. Castro, Bruno Braz de. III. Contri, Camila Leite. IV. Bariviera, Eliz Marina. V. Secaf, Helena. VI. Proença, José Marcelo Martins. VII. Mendonça, Júlia Fernandes de. VIII. Camargo, Juliana Novaes Bueno de. IX. Jones, Luana. X. Barrios, Lucas de Góis. XI. Motta, Lucas Griebeler da. XII. Mattiuzzo, Marcela. XIII. Silva, Paula Guedes Fernandes da. XIV. Lana, Pedro de Perdigão. XV. Zanatta, Rafael A. F. XVI. Título. CDD 340.0285 CDU 34:004
2022-3571	

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito digital 340.0285
2. Direito digital 34:004



Rua Magnólia, 1086 | Bairro Caiçara
Belo Horizonte, Minas Gerais | CEP 30770-020
Telefone 31 3327-5771



CASA DO DIREITO
é o selo jurídico do Grupo
Editorial Letramento

EXPEDIENTE

ELABORAÇÃO

Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa

ORGANIZAÇÃO/COORDENAÇÃO

Rafael A. F. Zanatta
Diretor da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa
Camila Leite Contri
Advogada do Programa de Telecomunicações e Direitos Digitais
Helena Secaf
Pesquisadora da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa

ORGANIZAÇÕES ENVOLVIDAS

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

O Idec é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos que atua para proteger e ampliar os direitos dos/as consumidores/as, de forma independente de governos, partidos políticos e empresas. Nosso trabalho é mantido com recursos de projetos de fundações filantrópicas e por doações de pessoas físicas que acreditam na importância do que fazemos. Desde 1987 representamos consumidores/as de todo o país na luta por relações de consumo mais justas e éticas, especialmente nas áreas de telecomunicações e direitos digitais, serviços financeiros, saúde, alimentação adequada e saudável, mobilidade, energia e consumo sustentável.



Coordenação Executiva

Carlota Aquino Costa – Diretora Executiva

Igor Rodrigues Britto – Diretor de Relações Institucionais

Georgia Carapetkov – Gerente de Programas e Projetos

Revisão de Comunicação

Fernando Gentil – Analista de Comunicação

Jornalista Responsável

Daniel Torres – Coordenador de Comunicação

Imprensa

Para esclarecimentos sobre o documento e entrevistas, entrar em contato com a Associação pelo e-mail: imprensa@idec.org.br.

Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa.

A Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que promove a proteção de dados pessoais e outros direitos fundamentais diante da emergência de novas tecnologias, desigualdades sociais e assimetrias de poder. Conta com uma equipe multidisciplinar de diferentes regiões brasileiras que desenvolve pesquisas de interesse público, notas técnicas, textos de análise sobre assuntos emergentes, formações com agentes decisórios e com a sociedade de um modo geral. A Associação acredita que a proteção de dados pessoais é um dos fundamentos da democracia e que precisa ser vista a partir da perspectiva da justiça social e assimetrias de poder. Assim, trabalha para a promoção de uma cultura de proteção de dados e para que os direitos digitais sejam direitos fundamentais de todas e todos, conduzindo pesquisas abertas ao público, orientadas por um forte compromisso social e com financiamento ético. Para mais informações sobre a organização, impacto de seus projetos e como pesquisas são apoiadas, visite www.dataprivacybr.org



Diretores

Bruno Bioni e Rafael A. F. Zanatta

Coordenadoras gerais de projetos

Mariana Rielli e Marina Meira

Líder de projeto

Johanna Monagreda

Pesquisadores

Eduardo Mendonça, Gabriela Vergili, Hana Mesquita, Helena Secaf, Jaqueline Pigatto, Júlia Mendonça, Marina Garrote, Mikael Servilha, Nathan Paschoalini, Pedro Saliba e Thaís Aguiar

Analista de Incidência

Vinícius Silva

Administrativo e Comunicação

Eduardo Barros, Elisa Bayón, Erika Jardim, Horrara Moreira, João Paulo Vicente, Júlio Araújo, Matheus Arcanjo, Rafael Guimarães, Roberto Júnior e Willian Oliveira

Imprensa

Para esclarecimentos sobre o documento e entrevistas, entrar em contato com a Associação pelo e-mail: imprensa@dataprivacybr.org

Licença

Creative Commons – É livre a utilização, circulação, ampliação e produção de documentos derivados desde que citada a fonte original e para finalidades não comerciais.

Esta obra teve apoio e financiamento da Open Society Institute,
em cooperação com a Open Society Foundations
*Supported by a grant from the Foundation Open Society Institute
in cooperation with the Open Society Foundations*

INFORME

Os capítulos a seguir representam única e exclusivamente as visões das pessoas autoras que os subscrevem e não representam necessariamente a visão de nenhuma instituição ou pessoa envolvida com a organização deste livro.

- 9** **PREFÁCIO**
Vinicius Marques de Carvalho
- 11** **APRESENTAÇÃO**
Rafael A. F. Zanatta
Igor Britto Rodrigues
Camila Leite Contri
Helena Secaf
- 19** **ASPECTOS CONCORRENCIAIS DE REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS:
INOVAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DE MERCADOS DIGITAIS**
Camila Leite Contri
- 37** **UMA QUESTÃO COMPLEXA: AS APROXIMAÇÕES DO
CADE COM A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**
Helena Secaf
Júlia F. Mendonça
Rafael A. F. Zanatta
- 73** **OBJETIVOS DO ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS: A (RE)
CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA CONCORRENCIAL**
Anna Binotto
Marcela Mattiuzzo
- 91** **OPORTUNIDADES PERDIDAS DE ANÁLISE DE ACESSO
A DADOS PESSOAIS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO:
REFLEXÕES SOBRE MAGALU PAGAMENTOS/HUB PREPAID
E LOJAS AMERICANAS/HORTIGIL HORTIFRUTI**
Daniela Copetti Cravo
Lucas Griebeler da Motta

- 113** **POLÍTICAS DE PRIVACIDADE E CONDUTAS EXCLUSIONÁRIAS: REFLEXÕES A PARTIR DE CASOS ENVOLVENDO PLATAFORMAS DIGITAIS**
José Marcelo Martins Proença
Lucas de Góis Barrios
- 135** **STREAMING WARS: CONCORRÊNCIA NOS TEMPOS DE DATA-DRIVEN CREATIVITY**
Juliana Novaes
- 165** **ANÁLISES SOBRE A POSSÍVEL INTERSEÇÃO ENTRE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO EUROPEU DE CONCORRÊNCIA**
Paula Guedes Fernandes da Silva
- 191** **DIÁLOGOS ENTRE DIREITOS INTELECTUAIS E PROTEÇÃO DE DADOS: O SISTEMA DA CONCORRÊNCIA**
Eliz Marina Bariviera
Pedro de Perdigão Lana
- 205** **REFLEXÕES A RESPEITO DA PUBLICIDADE DIRECIONADA NAS REDES SOCIAIS - UMA ANÁLISE DO FACEBOOK E DO INSTAGRAM**
Luana Jones de Souza Moura da Silva
- 226** **SOBRE OS COORDENADORES**
- 227** **SOBRE OS AUTORES**

PREFÁCIO

Vinicius Marques de Carvalho¹

Não é de hoje que os debates voltados a mercados digitais têm ganhado relevância. No contexto do direito da concorrência, em particular, sua prevalência é notável já por pelo menos uma década. Não devemos no entanto presumir que, por tratar-se de uma discussão que se alonga no tempo, sua complexidade tenha diminuído ou tenham-se desenvolvido consensos relevantes a respeito do assunto, muito pelo contrário. Talvez o único consenso que tenhamos atingido na seara antitruste em relação à economia digital é precisamente que ela apresenta grande complexidade. Mais recentemente, é possível também afirmar que se intensificou a percepção, ao menos em certas jurisdições, de que o tema merece estar no centro dos debates concorrenciais e, em certos casos, ser complementado por esforços regulatórios – é o que ocorreu, por exemplo, na União Europeia, com a conhecida promulgação do Digital Markets Act e do Digital Services Act, e o que se tenta fazer também nos Estados Unidos da América, com uma combinação de esforços da Federal Trade Commission e do Congresso.

Sendo assim, os esforços do Idec e do Data Privacy Brasil de dar protagonismo a esse debate e, mais especificamente, de buscar engajar a sociedade civil brasileira nessa agenda são relevantes e merecem ser celebrados. No Brasil, não obstante o terceiro setor tenha sido crucial no desenvolvimento de muitas pautas voltadas aos direitos digitais e à regulação da internet como um todo, não há propriamente tradição de

1 Ministro de Estado da Controladoria Geral da União (CGU) e Professor de Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP). Foi Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de 2012 a 2016; Secretário de Direito Econômico (2011-2012), especialista em políticas públicas e gestão governamental (EPPGG) do Governo Federal (2006-2016), Professor Visitante na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2014-2015) e Yale Greenberg World Fellow (2016).

que se envolva em discussões antitruste. As razões são múltiplas, passando desde dificuldades de priorização de agenda - tendo em vista tão ampla gama de temas a serem abordados, quanto a distância desses atores do vocabulário e da prática antitruste, que realmente denotam algumas peculiaridades.

O caminho que foi percorrido até aqui e que de certa forma culmina nesse livro é já um percurso a ser comemorado. Esse projeto se insere num contexto mais amplo, do qual inclusive faço parte enquanto professor coordenador do Nuced na Faculdade de Direito da USP, de aproximar o antitruste de um público que, no mais das vezes, não tem contato com esse campo jurídico. Nesse caso específico, houve não só a promoção de um curso especificamente voltado a avançar a agenda de concorrência e dados, como também a produção de material, pelos próprios alunos, sobre o assunto.

Evidente, é claro, que a jornada não deve terminar por aqui e que ainda há muito a ser feito. Na realidade, como bem destaca um dos textos parte desse livro, uma das principais perguntas que se coloca para o antitruste hoje é o que queremos dessa política pública. O mais importante de se notar é que a resposta a esse questionamento será tanto melhor quanto mais plural for a sua construção. O papel da política de defesa da concorrência deve ser construído, debatido e pensado coletivamente; inclusive, é preciso explicitar os objetivos que se pretende com essa política para que o processo de efetivo atingimento seja reflexo de um consenso não apenas tecnocrático, mas efetivamente democrático.

Entendo que atingir esse nível de maturidade passa por iniciativas como essa. Parabenizo os institutos e, é claro, os autores, por se proporem a fazer parte dessa empreitada. Certamente, ganha a defesa da concorrência brasileira.

APRESENTAÇÃO

Rafael A. F. Zanatta²

Igor Britto Rodrigues³

Camila Leite Contri⁴

Helena Secaf⁵

O crescimento exponencial dos mercados digitais não é novidade. À medida que a exploração econômica de dados pessoais se torna cada vez mais lucrativa, bases de dados e técnicas de tratamento de dados se tornam um ativo cada vez mais valioso, criando novas estratégias comerciais e modelos de negócios baseados em dados. Dados coletados e tratados pelas empresas, antes tidos como insignificantes, podem ter papel fundamental no marketing, no desenvolvimento e aperfeiçoamento de produtos e serviços, inteligência de negócios, dentre outros, graças aos avanços nas técnicas computacionais de produção de conhecimento sobre bases de dados.

Como antecipado por Viktor Mayer-Schonberger e Kenneth Cukier em 2013, a soma das capacidades de correlações estatísticas, novas fontes de informações (metadados de dispositivos e softwares, termos de busca e dados sobre geolocalização) e a força de processamento de dados dos computadores no século XXI produzem uma “nova habili-

2 Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa.

3 Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

4 Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

5 Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa.

dade social”⁶ de gerar informações preditivas e produzir insights sobre bens e serviços com alto valor econômico. No interior desse capitalismo informacional, há uma profunda mudança quantitativa, relacionada à quantidade inédita de informação armazenada, e uma mudança qualitativa, relacionada a uma transformação na capacidade de produção de conhecimento a partir de correlações estatísticas em bases de dados e novas técnicas de perfilização.

A estruturação dos chamados mercados digitais é decorrente de um conjunto de transformações econômicas, tecnológicas e sociais das últimas décadas. São indissociáveis os processos de expansão comercial da Internet, estruturação de cadeias globais de manufaturas de smartphones e computadores pessoais, consolidação de protocolos internacionais de redes móveis (3G e 4G), extração de valor a partir de técnicas estatísticas de mineração de dados, desenvolvimento científico de técnicas de aprendizado por máquinas e surgimento de uma lógica econômica dos mercados de múltiplos lados, reorganizando a economia política a partir da lógica da “plataforma”⁷. É neste contexto de “plataformização” que surgem as chamadas Big Techs, empresas com um protagonismo dominante nessa economia que modulam seus negócios em torno da coleta e tratamento de dados pessoais, bem como expandem seu poder por meio de fusões e aquisições centradas em dados. Isso, somado às características particulares dos mercados digitais, dá a essas empresas vantagens para, continuamente, expandir seu domínio sobre mercados.

Temos, assim, um cenário em que pouquíssimas empresas concentram a partir de um conjunto imenso de volume de dados dos seus usuários, um enorme poder não só econômico como político, abrindo espaço para novas formas de abuso deste poder. A complexidade se intensifica ainda mais quando lembramos que dados pessoais, ainda que sejam ativos centrais, são, ao mesmo tempo, objetos cuja proteção

6 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think**. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

7 Um dos elementos do capitalismo informacional é o “poder de plataforma”, na expressão de Julie Cohen, ou seja, o poder de conectar mercados anteriormente separados e limitar a participação em mercados pelo uso de protocolos técnicos. COHEN, Julie. The Regulatory State in the Information Age, **Theoretical Inquiries in Law**, n. 17, Issue 2, Jul., 2016, p. 369-414.

é um direito fundamental. Isto é, para além da defesa da concorrência, a proteção de dados pessoais é fundamento da economia digital (tal como já previsto no Marco Civil da Internet).

Esse cenário tem impulsionado discussões sobre a suficiência do instrumental tradicional do direito concorrencial para lidar com as Big Techs e outros fenômenos próprios dos mercados digitais. Há um desafio enorme sobre como enfrentar os desafios postos por essa nova lógica competitiva: os atuais critérios de análise do direito antitruste abarcam as complexidades dos mercados digitais? Faz sentido o direito antitruste desconsiderar fatores de privacidade e proteção de dados em sua análise? Quais as implicações de continuar a se usar preço como um parâmetro em mercados de “preço zero”?

Diversas autoridades concorrenciais têm enfrentado a discussão ativamente, visto a urgência do fortalecimento da concorrência entre corporações e o estabelecimento de práticas de mercado mais justas. O Brasil não está de fora da tendência, embora tenha tratado da questão de maneira mais tímida, ainda sem implementar reformas legislativas.

Apesar da importância social deste debate - visto que o controle de poucas empresas sobre uma variedade imensa de dados pessoais em diversas frentes envolve riscos de violações sistemáticas de direitos fundamentais e inclusive ameaças de rompimento de estruturas democráticas -, o engajamento da sociedade civil em matérias antitruste é baixo. A ausência de mecanismos efetivos de participação, linguagem e conhecimento muito técnicos exigido para uma atuação significativa no ramo e uma baixa percepção social da importância do direito concorrencial para pilares democráticos são fatores que contribuem para essa baixa participação social.

Diante disso tudo, em uma parceria entre o Data Privacy Brasil e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), nasce o projeto **Antitruste e regulação na economia digital**, apoiado pela Open Society Foundations (OSF). Fundamentalmente, partimos da percepção de que a atual legislação antitruste brasileira pode avançar para contemplar os avanços da economia do século XXI e superar o descompasso entre a teoria e a realidade das economias de plataforma e economias multifacetadas.

Norteados pelos objetivos de fomento de um debate antitruste plural no Brasil, incentivo a políticas de descentralização da economia digital

e fortalecimento de práticas de mercado mais justas, levando em consideração o papel dos dados pessoais no desenvolvimento dessas atividades, o projeto foi desenvolvido por meio de múltiplas abordagens: capacitação da sociedade civil; engajamento e conscientização do público; advocacia voltada para *data-driven mergers* e grupo de estudo regional sobre regulação e concorrência. As temáticas do projeto demonstraram a importância de trazer discussões e consolidar conhecimentos, o que buscamos concretizar neste livro. Antes de passar para essas importantes discussões, cabe pontuar essas atuações, que ocorreram entre 2020 e 2021 em duas frentes: litigância e produção de conhecimento.

Na frente de **litigância**, levantamos preocupações quanto à *aquisição da FitBit pela Google*. A operação foi analisada por autoridades estrangeiras, como a Comissão Europeia, mas não seria analisada pelo Brasil, devido aos atuais critérios de notificação de atos de concentração (no caso, o critério de faturamento não seria atingido). Apresentamos uma representação para abertura de procedimento de apuração de ato de concentração para que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) exercesse sua competência subsidiária de determinar a notificação de outros atos de concentração. O objetivo da ação era questionar a insuficiência dos atuais critérios de notificação frente à dinamicidade de mercados digitais e a importância de bases de dados, tornando insuficiente o foco no critério de faturamento.

Ainda sobre esse tema, a primeira ação de **produção de conhecimento** foi a realização de *webinar sobre “Concentração na Economia de Dados”*, que contou com a participação de Camila Leite (Idec), Ana Frazão (ex-conselheira do Cade), Ioannis Kouvakas (Privacy International) e Rafael A. F. Zanatta (Data Privacy Brasil).

Avançando nas críticas, publicamos do relatório *“Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: Diagnóstico Atual e Propostas de Política Pública para o Brasil”*, produzido pelo consultor Lucas Griebeler (Universidade de Chicago), apresenta recomendações para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tratar de aquisições voltadas a dados pessoais, baseado no diálogo com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD). Neste tópico, foram trazidas ainda intersecções do direito da concorrência com a privacidade e a proteção de dados.

Ainda neste tópico, participamos do Fórum da Internet no Brasil (FIB), evento organizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e preparatório para o *Internet Governance Forum*, organizado pela Organização das Nações Unidas (ONU). O painel, intitulado “*Proteção de dados e concorrência: para onde vamos?*” (disponível no site do evento), focou nas competências institucionais e intersecções entre os regimes de direito concorrencial e direito à proteção de dados e contou com a participação multissetorial de Marina Sayuri Kitayama (à época, representante do Data Privacy Brasil), Camila Leite Contri (Idec), Lucas Griebeler da Motta (Universidade de Chicago), Marcela Mattiuzzo (VMCA) e Patrícia Sakowski (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e com a moderação de Rafael A. F. Zanatta (Data Privacy Brasil).

Um dos caminhos possíveis discutidos no painel foi a regulação concorrencial de plataformas digitais. Utilizando a inspiração que estava sendo discutida à época da União Europeia, criamos um *Grupo de Estudos sobre o Digital Markets Act* (DMA). Contamos com a participação de diversos especialistas estrangeiros, como Vanessa Turner (BEUC, UE); Nicolo Zingales (FGV-Rio, Brasil); Maria Paz Canales (Derechos Digitales, Chile) e Tommaso Valletti (Imperial College London, UK).

Pensando em como esse debate poderia ser refletido no Brasil e na América Latina, fomos selecionados para realizar o painel *Tropicalização do DMA* na RightsCon 2022, maior evento de direitos humanos e direitos digitais do mundo. Moderado por Helena Secaf (Data Privacy Brasil), contamos com Maria Luisa Stasi (Article 19), apresentando a perspectiva e importância da sociedade civil europeia na formulação do DMA; Agustín Reyna (BEUC), comentando o papel prático da sociedade civil no aprimoramento da DMA; Camila Leite (Idec), expondo o cenário brasileiro (conjuntura do Cade, as disposições concorrenciais presentes no PL das Fake News e perspectivas futuras) e, por fim, Michel Souza (Derechos Digitales), focando em experiências, casos e autoridades latino-americanas.

Por fim, partindo da premissa de que para fomentar o debate anti-truste no Brasil de maneira representativa e justa é imprescindível que a sociedade civil como um todo compreenda as questões, oferecemos, também, o curso gratuito *Dados, Mercados Digitais e Concorrência*. Ministrado por três especialistas, Marcela Mattiuzzo, Lucas Griebeler da Motta e Bruno Braz de Castro, o curso contou com a seleção de 40 estudantes de diversos setores e abordou questões relativas a fusões,

apresentando a interseção cada vez mais relevante entre uma economia impulsionada por dados, mercados digitais e direito antitruste/concorrencial.

Da consolidação de aprendizados do curso “Dados, Mercados Digitais e Concorrência”, realizado em uma parceria da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor” nasce esta obra: uma seleção de artigos que contribuem com a pauta de intersecção entre proteção de dados e direito concorrencial, reunindo artigos elaborados por professores, alunos e coordenadores do curso.

A obra se inicia com o artigo “Aspectos Concorrenciais de Regulação de Plataformas: Inovação e Características de Mercados Digitais”, no qual Camila Leite Contri delinea as características dos mercados digitais, relacionando-as com aspectos concorrenciais e regulação de plataformas. Seguido pelo artigo “Uma Questão Complexa: As Aproximações do Cade com a Proteção de Dados Pessoais”, escrito por Helena Secaf, Júlia F. Mendonça e Rafael A. F. Zanatta, que realiza uma análise descritiva e conjuntural acerca da aproximação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com relação às “inter-relações” entre o direito concorrencial e o direito à proteção de dados pessoais.

Os dois artigos que seguem são contribuições dos professores do curso. “*Objetivos do Antitruste e Mercados Digitais: A (Re)Construção de uma Política Pública Concorrencial*”, escrito por Anna Binotto e Marcela Mattiuzzo, propõe uma revisão histórica sobre o papel prestado pela defesa da concorrência, organizando o debate atual sobre os objetivos da política concorrencial, reacendido na última década dada a preocupação em adaptar as ferramentas tradicionais do campo às novas instigações apresentadas pela economia digital. O fio condutor é a pergunta: “o que queremos do antitruste?”, uma ferramenta de combate à concentração econômica e desigualdades socioeconômicas ou manutenção de uma função instrumental, corrigindo falhas de mercado na medida do estritamente necessário? Daniela Copetti Cravo e Lucas Griebeler da Motta, por sua vez, demonstram, a partir da análise de casos concretos, como o Cade não tem considerado de maneira significativa o assunto de dados pessoais no âmbito da análise de atos de concentração no artigo “*Oportunidades Perdidas de Análise*

de Acesso a dados Pessoais em Atos De Concentração: Reflexões sobre Magalu Pagamentos/Hub Prepaid e Lojas Americanas/Hortigil Hortifruti”.

Por fim, os cinco artigos selecionados como vencedores do Edital. “*Políticas de Privacidade e Condutas Exclusionárias: Reflexões a Partir de Casos Envolvendo Plataformas Digitais*”, escrito por José Marcelo Martins Proença e Lucas de Góis Barrios, traça reflexões a partir de casos de antitruste nacionais e internacionais sobre as convergências e tensões entre os regimes concorrencial e de proteção de dados pessoais e o papel a ser desempenhado pela autoridade antitruste nesse contexto. Juliana Novaes, em “*Streaming Wars: Concorrência Nos Tempos De Data-Driven Creativity*” examina o papel das plataformas de streaming dentro do mercado audiovisual, sob uma ótica do direito da concorrência, analisando os possíveis efeitos anticompetitivos gerados na verticalização nos serviços de streaming a partir da discussão em torno do tratamento massivo de dados sobre consumidores como vantagem comercial. Paula Guedes Fernandes da Silva, em “*Análises sobre a Possível Interseção entre Proteção de Dados e o Direito Europeu de Concorrência*”, busca compreender, a partir do direito concorrencial europeu, a necessidade da interseção entre a proteção de dados pessoais e o regime concorrencial no contexto atual dos mercados digitais. “*Diálogos entre Direitos Intelectuais e Proteção de Dados: o Sistema da Concorrência*”, por Eliz Marina Bariviera e Pedro de Perdigão Lana, conclui pela necessidade de fomento das relações entre autoridades públicas que lidam com esses temas, bem como pela necessidade de equilíbrio entre concorrência e inovação. E, por fim, Luana Jones de Souza Moura da Silva, em “*Reflexões a Respeito da Publicidade Direcionada nas Redes Sociais – uma Análise do Facebook e do Instagram*”, por meio de análise bibliográfica e legislativa, escolhe as Facebook e Instagram para analisar a capacidade do mercado digital de instigar em seus consumidores práticas consumeristas, ainda que inconscientemente, graças ao monitoramento integral do seu comportamento como usuário de redes sociais.

Esperamos que, para além de uma fonte de consulta e inspiração, esta obra possa contribuir como um pontapé inicial no debate sobre a necessidade de um diálogo normativo e institucional entre os regimes, que, embora distintos, possuem preocupações semelhantes com inovação, contenção de abusos e bem-estar coletivo. É fato que ainda há um caminho a ser não só seguido, como trilhado, mas movimentar o debate é um começo fundamental.

ASPECTOS CONCORRENCIAIS DE REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS: INOVAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DE MERCADOS DIGITAIS

Camila Leite Conti⁸

8 Mestranda em Direito Comercial e Bacharel em Direito na USP, com dupla graduação pela Universidade de Lyon III (França). Atualmente, é advogada e pesquisadora em Telecomunicações e Direitos Digitais no Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec).

RESUMO Plataformas digitais são centrais em diversas discussões sobre os benefícios e malefícios das tecnologias. Nesse sentido, discutem-se diversos modos de se regular essas plataformas, mas para uma maior efetividade de qualquer tipo de regulação de plataformas é necessário compreender suas características, suas dinâmicas competitivas e os impactos dessas intervenções à inovação nesses mercados. Conclui-se pela necessidade de ponderar essas características, enquanto background robusto que contribui para as escolhas de política pública na regulação de plataformas.

PALAVRAS-CHAVE

Mercados digitais. Regulação de plataformas. Inovação. Direitos digitais.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Características de mercados digitais. 3. Aspectos de inovação em mercados digitais. 4. Relação entre características de mercados digitais, aspectos concorrenciais e regulação de plataformas. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

As plataformas digitais têm tomado um aspecto central na discussão pública e na discussão jurídica, seja do ponto de vista do poder das *big techs*, da disseminação de *fake news*, da moderação de conteúdo, do vício nas telas, dos limites aos usos para crianças e adolescentes, de políticas de privacidade cada vez mais intrusivas, dentre outros. Todas essas questões merecem aprofundamento acadêmico, mas um aspecto que permeia cada uma é entender as características das plataformas que intensificam a potencialidade da ocorrência dessas condutas. Nesse sentido, as características destas plataformas digitais merecem um devido aprofundamento, seja do ponto de vista de sua dinâmica competitiva (considerando a dominância de grandes plataformas), seja dos limites de sua influência (positiva ou negativa) à inovação, de modo a se criar um panorama para uma melhor conformação de regulações a estes ecossistemas.

Justifica-se a escolha da análise da concorrência em mercados digitais pela relevância e atualidade do tema, como comprovada por diversos relatórios de autoridades antitruste e de organizações pelo mundo, e pela intersecção render um vasto campo de pesquisa. Mais especificamente, justifica-se o recorte de aspectos *concorrenciais* da regulação porque, além da intensa discussão sobre as melhores maneiras de se regular as plataformas digitais, de um ponto de vista geral, é essencial que se tenha uma visão sobre as especificidades dessas plataformas para que a regulação atinja nível satisfatório, isto é, conformidade dos mercados às finalidades pretendidas, sem desincentivar à inovação e/ou prejudicar os consumidores finais enquanto fruidores desses produtos e serviços.

Sem uma pretensão exaustiva, pretende-se, portanto, realizar uma análise interdisciplinar (i) da delimitação das características de mercados digitais, (ii) de considerações sobre a influência da inovação na dinâmica e nas características desses mercados e, por fim, (iii) da exposição de sua relevância para a regulação das plataformas, de modo a apresentar um panorama que auxilie na elaboração de regulação de plataformas num sentido mais amplo. Espera-se que este artigo incentive pesquisas futuras sobre termos mais específicos dessa regulação, considerando as especificidades aqui apresentadas.

2. CARACTERÍSTICAS DE MERCADOS DIGITAIS

Assim, antes de adentrar no mérito, é necessário um panorama de temas ligados ao mercado em questão e suas especificidades. Para tanto, primeiramente, serão expostas características dos mercados digitais, essenciais para a compreensão da peculiaridade da análise desses mercados. Nessa análise interdisciplinar, serão utilizados essencialmente alguns dos principais relatórios acadêmicos e de autoridades antitruste sobre o assunto, quais sejam: (i) *Competition Policy for the Digital Era* (Comissão Europeia)⁹; (ii) “*Stigler Report*” (Universidade de Chicago)¹⁰; (iii) Documento de trabalho de concorrência em mercados digitais (DEE-CADE)¹¹ e (iv) *BRICS in the digital economy*¹².

Os mercados digitais aqui são compreendidos, delimitadamente, enquanto plataformas digitais intermediárias de conexão entre dois ou mais grupos, portanto como **plataformas de dois lados**¹³ ou até múltiplos lados, conciliando e balanceando os interesses de anunciantes e usuários de modo a incrementar a geração de valor de sua plataforma. Como exemplo, citam-se as redes sociais: por um lado, temos os interesses dos usuários de se conectarem com os seus pares; por outro, o interesse dos anunciantes em atingi-los através da publicidade.

Essa é uma importante fonte de monetização. Nas plataformas de múltiplos lados inseridas na economia digital¹⁴, em geral, os usuários têm acesso gratuito ao conteúdo, de modo com que o lucro decorra da venda de anúncios, que visam à conversão desses usuários a compradores, de modo a haver interdependência na demanda de ambos

9 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019.

10 SCOTT MORTON, 2019.

11 SAKOWSKI; LANCIERI, 2020.

12 CADE, 2019, p. 156.

13 Mercados digitais podem possuir uma compreensão muito mais ampla. Entretanto, para fins deste artigo, é suficiente a delimitação às plataformas digitais, que adquirem destaque através de sua função de intermediárias. Ainda, mercados digitais não são os únicos a possuírem plataformas de integração entre consumidores e anunciantes; como outro exemplo, cita-se o mercado de revistas e jornais.

14 Para além das redes sociais, as plataformas de múltiplos-lados também apresentam interdependência na demanda. Como exemplo de mercados não-digitais que se enquadram nessa categoria, temos os *shopping centers*. C.f. EVANS, 2013, p. 5.

os lados¹⁵. Assim, os usuários são atraídos pelos conteúdos acurados e de qualidade, e, os anunciantes, pelo melhor direcionamento e taxas de conversão¹⁶. Ainda, apesar de não possuírem característica única a diferenciá-los dos mercados clássicos, possuem uma estrutura quando analisados alguns fatores de relevância¹⁷, além de terem como destaque a preponderância de inovações (analisada no último item deste capítulo) e o uso intensivo de dados.

Primeiramente, pode-se destacar suas **economias de escala e de escopo**. De escala porque, assim como em diversos mercados “tradicionais”, o custo diminui proporcionalmente com a expansão da plataforma, com baixos custos marginais/incrementais de produção e custos altos fixos/ou *sunk costs* - até porque, de forma geral, são plataformas baseadas no tratamento de dados, comumente associados à categoria de bens não-rivais. De escopo, porque a diversidade de ecossistemas e serviços dá uma forte vantagem competitiva às plataformas.

Além disso, produzem **externalidades de rede**. Em outros termos, a conveniência de se utilizar uma plataforma aumenta conforme o número de usuários a utilizá-la, seja aumentando a quantidade de usuários (no mesmo lado da plataforma, portanto efeitos de rede diretos), seja aumentando o interesse do outro lado da plataforma (como para anunciantes, que são os efeitos de rede indiretos)¹⁸. Assim, uma plataforma que já tenha grande aderência de usuários tenderá a manter (e até aumentar) sua posição dominante, enquanto novos entrantes enfrentam um desafio cada vez maior, já que terão que atrair uma massa crítica de usuários para gerar suas próprias externalidades de rede¹⁹, podendo levar a um equilíbrio em condição de monopólio natural.

Por fim, e como pressuposto de todas essas características, os mercados digitais são **marcados pela coleta e tratamento massivo de dados**, especialmente por suas características de não-rivalidade e não-exclusividade. Não somente pela detenção dos dados em si, mas com o desen-

15 Ibidem, p. 2-3.

16 YUN, 2018, p. 5.

17 SAKOWSKI, LANCIERI, 2020, p. 12.

18 Ou seja, “é difícil coordenar a migração em massa de consumidores”. C.f. SAKOWSKI; LANCIERI, 2020, p. 12.

19 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 5.

volvimento arrebatador das tecnologias, a capacidade de tratamento de dados é exponencialmente intensificada, potencializando inovações. Assim, os dados adquirem centralidade, sendo o principal insumo e o principal *driver* competitivo nesses mercados, a ponto dessas empresas serem consideradas “dadopólios” (*data-opolies*)²⁰. Entretanto, há preocupações concorrenciais que decorrem do uso desses dados como forma a excluir rivais - afirmação que costuma ser rebatida com o argumento, também criticado, da defesa de que a concorrência estaria na distância somente de um clique (*one click away*), dada a suposta facilidade de troca de plataformas²¹.

Por outro lado, esses dados também podem levar ao fornecimento de serviços potencialmente melhores através da personalização da experiência dos usuários. Através deste direcionamento, também se permite uma predição acurada de demanda, criando valor para as plataformas e potencialmente gerando maior compatibilidade entre seus dois, ou mais, lados.²²

Desta maneira, não obstante a aparente gratuidade aos consumidores, esses serviços são remunerados de forma diferente da tradicional, tendo esses dados papel-chave na lucratividade da plataforma e no enviesamento do comportamento de consumidores²³. Esse enviesamento é também decorrente da personalização de serviços, que gera o efeito de *lock-in* (ou aprisionamento) dos consumidores naquela plataforma, aumentando os *switching costs* (custos de troca para outra plataforma) e, conseqüentemente, aumentando os custos rivais.

Todas essas características apontam para uma qualidade específica de competição: *winner takes all* (“o vencedor fica com tudo”). Ou seja, concorre-se *pelo* mercado e não *no* mercado. Isso porque, especialmente devido às supramencionadas externalidades de rede diretas e indiretas, quanto maior a quantidade de integrantes de uma plataforma, maior a aderência de novos usuários de ambos os lados.

20 STUCKE, 2018.

21 A qual pode ser contra-argumentada a partir do efeito de (altos) custos de troca de plataforma, ou *switching costs*, que serão analisados a seguir.

22 CADE et al., 2019, p. 6.

23 SAKOWSKI; LANCIERI, 2020, p. 13.

Ainda, quem detém posição de destaque nesses mercados tende a se enraizar - ou *cement*, no termo comumente utilizado em inglês - nessa posição, especialmente devido às economias de escala e às externalidades de rede, dificultando a remoção da plataforma dessa posição dominante. Ou seja, chega-se numa situação em que há concentração em um único agente “ultra-dominante”, o que se denomina efeito de *tipping*²⁴.

Alguns consideram que essa concorrência *pelo* mercado levaria a um monopólio “fraco”; entretanto, o maior problema é que esse efeito, aliado aos efeitos de rede, aumentam as **barreiras à entrada e à expansão** de concorrentes (ou potenciais concorrentes) e também pode acarretar **incentivos à prática de condutas anticompetitivas**²⁵⁻²⁶. Esse também é um dos motivos pelo qual há a necessidade de uma atenção ainda maior das autoridades antitruste, sendo discutida, inclusive, a criação de uma autoridade específica para assuntos ligados à complexidade dos mercados digitais²⁷⁻²⁸⁻²⁹. Pelo mesmo motivo, defende-se também a necessidade da regulação *ex ante* de plataformas.

Ainda, para incentivar novos entrantes de modo em que seja possibilitada uma diversidade na oferta e o exercício de uma pressão competitiva, muito se discute sobre a necessidade de assegurar **portabilidade e interoperabilidade de dados** (dos usuários, de uma plataforma para a outra) e **multi-homing**³⁰, tanto em termos regulatórios (podendo ser

24 Ibidem, p. 14.

25 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 2-3.

26 A ponto da *The Economist*, em substituição ao termo GAFAs, ter criado seu próprio acrônimo “BAADD” (remetendo à ideia de *bad*, “mau” em inglês): *too big, anti-competitive, addictive and destructive to democracy* (muito grande, anti-competitiva, viciante e destrutiva à democracia. C.f. SMITH, 2019.

27 SCOTT MORTON et al, 2019, p. 83-85.

28 KIMMELMAN, 2020.

29 DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT & HOME OFFICE OF THE UNITED KINGDOM, 2019.

30 *Multi-homing* é a capacidade de consumidores utilizarem mais de uma plataforma simultaneamente, definição esta que importa na delimitação de mercado relevante no que concerne ao produto. Mais especificamente, “[e]m plataformas de múltiplos lados, a precificação e os resultados do mercado dependem, dentre outras coisas, se os clientes escolhem uma única plataforma (single-homing) ou

um incentivo à cooperação tendente à inovação)³¹ como na configuração de remédios em caso de alavancagem de poder de mercado em conglomerados. Nesse ponto, é ressaltada a importância não somente da regulação, mas também de um diálogo constante entre autoridades antitruste e de proteção de dados.

No Brasil, esse diálogo entre os temas concorrenciais/antitruste e de proteção de dados parece estar começando a se construir, considerando a assinatura do Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), firmado no início de 2021³². Ressalta-se que a ANPD, apesar de recém criada, tem desempenhado um papel relevante na construção de cooperações institucionais com outras autoridades, incluindo tanto o CADE quanto a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e que possui competência para a aplicação das normas e das sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/1990) e Marco Civil da Internet (MCI, Lei nº 12.965/2014). Ambas as cooperações são relevantes para a criação de um ambiente abrangente de ligação entre proteção de dados, antitruste e defesa dos consumidores.

Retornando ao ponto central, outra questão de destaque é que muitos dos agentes dos mercados digitais, movidos pelas economias de escopo e pelo uso intensivo de dados, atuam em mercados **verticalmente** relacionados ou em conglomerados, como é o caso da Google. Dada essa integração (ou hibridéz no negócio, já que se atua simultaneamente como operador de plataforma e concorrente dos participantes do mercado), uma preocupação nesse mercado é o incentivo econômico à

usam mais de uma plataforma simultaneamente (multi-homing). [...] Em geral, existem diferentes motivos para os clientes [optarem por] multi-homing. O motivo mais evidente aparenta ser a diferenciação de produtos, ou seja, a diferença entre os serviços da plataforma, como em termos de funcionalidades. [...] Entretanto, mesmo plataformas que oferecem serviços/funcionalidades semelhantes podem se diferenciar em termos de comportamento dos clientes em seu uso. Assim, mesmo que as plataformas não se diferenciem no comportamento dos clientes, diferenciações “endógenas” podem evoluir, induzidas pela composição de seus clientes” (tradução livre). C.f. OCDE, 2018.

31 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 127.

32 ANPD, 2021.

alavancagem discriminatória (ou de auto-preferência, favorecimento de produtos próprios ou *self-preferencing*) através de *platform envelopment*³³ (“embrulho de plataformas”). Esta conduta ocorreria ao impulsionar seu poder em um mercado adjacente, em discriminação a concorrentes e parceiros comerciais³⁴. Para além da Google, uma discussão atual sobre o assunto é a mudança da Política de Privacidade do WhatsApp para maior integração de seus (meta)dados com o Facebook³⁵.

Por fim, a **natureza global** dos diversos agentes econômicos que atuam em mercados digitais, como consequência dos seus modelos de negócio, escala e escopo, cria desafios que necessitam de uma análise aprofundada e uma verdadeira política pública voltada ao fenômeno³⁶. Os elementos de concorrência, dinâmica e inovação são avaliados precisamente para que seja possível realizar uma análise empírica de como esse desafio vem sendo enfrentado por autoridades antitruste, especialmente a brasileira.

Ressalta-se, entretanto, que alguns desses aspectos não são exclusivos de mercados digitais. Algumas dessas características, como as economias de escala e de escopo, são conceitos econômicos influentes também em outros mercados. Entretanto, dada a dinamicidade dos mercados digitais, tais características são intensificadas nesse âmbito.

33 “Através da prática de embrulho de plataformas, o provedor do mercado de uma plataforma (o mercado original) pode entrar em outro mercado de plataforma (o mercado-alvo) e combinar suas próprias funcionalidades com aquelas do alvo em um pacote multi-plataformas que balança relações de usuários compartilhados. ‘Embrulhadores’ capturam marketshare através do fechamento de mercado do acesso a usuários por incumbente; e em fazer isso, eles prejudicam as externalidades de rede que previamente protegiam o incumbente” (tradução livre). Quando ocorre através de condutas de auto-preferência, moldam-se as regras da plataforma original para fornecer um melhor resultado aos seus próprios serviços. C.f. EISENMANN et al, 2011 *apud* CONDORELLI; PADILLA, 2020.

34 OCDE, 2018.

35 O assunto está sob controvérsia e, desde 2021, está sendo analisado por diversas autoridades no Brasil, incluindo de proteção de dados (ANPD), de direito do consumidor (Secretaria Nacional do Consumidor, “Senacon”) e de direito concorrencial (CADE). Inclusive, em abril de 2022 o Ministério Público Federal (MPF) abriu uma nova investigação em relação ao compartilhamento de dados. C.f. SOPRANA, 2021; GOULART, 2022.

36 SCOTT MORTON et al., 2019, p. 6-7.

3. ASPECTOS DE INOVAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS

Após a apresentação das características específicas de mercados digitais, faz-se necessário tecer comentários sobre mercados intensivos em inovação, buscando a construção de uma breve diferenciação entre inovação pró-competitiva e inovação predatória. Essa diferenciação será relevante para a imposição de limites da atuação de plataformas sob um ponto de vista regulatório. Tal tópico é relevante especialmente porque a inovação é uma defesa importante utilizada pelas plataformas incumbentes para justificar algumas condutas. No entanto, essa defesa não pode ser usada de modo descontextualizado, ignorando possíveis malefícios de certas condutas.

Quando analisamos mercados tecnológicos, é insuficiente considerá-los sob uma perspectiva estática, sendo necessário enquadrá-los dentro do conceito de uma **concorrência dinâmica** - ou seja, relacionando as atividades presentes com as condições de mercado futuras³⁷. Dentro deste conceito está justamente a inovação, que impulsiona a velocidade das transformações desses mercados, chamados de “intensivos em inovação”, havendo altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como constantes disrupções. À vista disso, a inovação exerce um papel transversal no assunto, destacando-se como grande insumo e *driver* competitivo, muitas vezes de importância superior ao preço na análise de estratégias empresariais, dada sua importância no longo prazo³⁸.

Esses não são os únicos mercados fortemente influenciados pela inovação. Mercados como farmacêuticos e automobilístico, por exemplo, também são intensivos na utilização de inovação - neste caso, no âmbito da propriedade industrial, que garante importantes vantagens competitivas aos seus detentores. Entretanto, a disrupção na economia digital atinge velocidade nunca antes vista, (i) abrangendo diversos processos, modelos de negócios e características; (ii) estando em constante e permanente evolução, não obstante sua (iii) desorganização, sem seguir rígidos protocolos; além de que (iv) a proteção ao *player* inovador em mercados digitais não se dá somente por direitos de pro-

³⁷ GINSBURG, 2012, p. 14.

³⁸ CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 126-7.

priedade intelectual, mas por ser o primeiro a exercer aquela inovação e se aproveitar das externalidades de rede³⁹.

A competição pela inovação chega a ser considerada por JOSEPH SCHUMPETER⁴⁰ o objetivo central da concorrência para a geração de progresso. Essa “destruição criadora/criativa” pode beneficiar consumidores, já que, de regra, para atrair clientes (em mercados competitivos), empresas oferecem produtos e serviços com menor preço e/ou maior qualidade que os rivais, além de permitir uma eficiente conexão entre usuários e entre usuários e anunciantes, de modo a promover o bem-estar do consumidor e disseminar o varejo online.

Nos mercados disruptivos, as autoridades, os reguladores e legislativos utilizam a retórica da inovação como a principal justificativa de eficiência a ser ponderada com possíveis danos a outros bens jurídicos. Se antes essa eficiência era justificada por preço em mercados tradicionais, agora, especialmente por muitos desses mercados serem de “preço zero”, foca-se nos fatores não-preço - como as próprias políticas de privacidade, enquanto fatores de qualidade desses serviços. Desta maneira, a inovação passa a se tornar mais central ao levar o progresso através do desenvolvimento tecnológico, aliada à diversidade de produtos e serviços e, conseqüentemente, no longo prazo, ao bem-estar do consumidor. Entretanto, considerações acríicas sobre a inovação podem ser incompletas e até mesmo trazer resultados nefastos.

Não obstante o uso positivo da inovação para garantir um papel de maior relevância no jogo competitivo, a aplicação exagerada da “destruição criadora/criativa” justificaria qualquer conduta, podendo implicar graves distorções, incluindo o que chamamos de “inovação predatória”, que paradoxalmente seria um desincentivo à inovação. Neste ponto, apesar da inconclusividade empírica da relação entre concentração e inovação, é de se ressaltar a posição de KENNETH ARROW, o qual defende que uma estrutura pulverizada é mais tendente ao desenvolvimento tecnológico⁴¹. Como provoca PAULA FORGIONI, “[a] final, garantidos a posição dominante e os lucros de monopólio, o que

39 Ibidem, p. 35.

40 SCHUMPETER, 1961, p. 108-113.

41 FERNANDES, 2020.

resta do estímulo de inovar?”⁴² Neste sentido, é inegável a interrelação entre concorrência, inovação e necessidades e limites à intervenção regulatória.

Na prática, entretanto, têm se tornado comum a adoção dessas estratégias ambíguas de inovação - que são tanto disruptivas (favoráveis ao consumidor) quanto predatórias (danosas à promoção da concorrência e da inovação) -, ao mesmo tempo em que se discutem potenciais danos a outros bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Isso é provado, por exemplo, pelo aumento de investigações abertas contra plataformas digitais no mundo todo, especialmente contra as *big techs* - referenciadas pelo acrônimo GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Ainda, levanta-se a discussão se essas condutas teriam ocorrido caso houvesse um arcabouço regulatório mais robusto aplicável a essas plataformas.

Entretanto, um dos maiores desafios da Era Digital é compreender até que ponto uma inovação é pró ou anticompetitiva e, conseqüentemente, até que ponto intervir. Isso porque decisões antitruste têm um grande impacto no mercado, podendo acabar por ser uma sinalização desincentivadora à inovação⁴³. Está aqui um dos principais pontos de complexidade na análise antitruste de mercados digitais.

Como um estudo de mercados dinâmicos e baseados em inovação acaba por depender de previsões futuras, o decisor de política pública tem de ponderar entre o risco de um falso positivo (condenando-se uma inovação competitiva) ou o risco de um falso negativo (sendo leniente frente a uma inovação anticompetitiva). Essa escolha depende do nível de intervenção ao qual o regulador está disposto a assumir. Em sendo um exercício de estimação, tais potenciais danos são sujeitos à subjetividade e incerteza, tornando-se complexa essa mensuração⁴⁴ - e é aqui que entra em ação a necessidade de escolha de priorização de política pública que a regulação dará (de maior ou menor intervenção no mercado). É o que se trata a seguir.

⁴² FORGIONI, 2018, p. 333.

⁴³ FORGIONI, 2018, p. 203-4.

⁴⁴ Ibidem.

4. RELAÇÃO ENTRE CARACTERÍSTICAS DE MERCADOS DIGITAIS, ASPECTOS CONCORRENCIAIS E REGULAÇÃO DE PLATAFORMA

Tendo em vista o contexto apresentado, tanto das características de mercados digitais quanto os comentários sobre a relevância da inovação no tema, é de se destacar que, do ponto de vista regulatório, há de se lidar com escolhas. De modo geral, com limitação de pessoal, orçamento e por escolhas de política pública, é necessário priorizar certas áreas.

Ao se lidar com uma área tão intrinsecamente dinâmica, como é a tecnologia, autoridades têm de reconhecer seu papel de dupla instrumentalidade, almejando tanto garantir os objetivos econômicos (evitando os efeitos negativos do liberalismo), quanto – e especialmente – os objetivos político-sociais (enquanto *instrumentos* na implementação destas políticas públicas)⁴⁵. Essa construção vale tanto para a regulação *stricto sensu* quanto para a regulação *lato sensu*, a qual também inclui o direito concorrencial, enquanto campo responsável pela garantia de concorrência em mercados e de bem-estar do consumidor.

Um dos temas prioritários da agenda de tecnologia é a regulação de plataformas. Vemos isso do ponto de vista de *fake news*, de moderação de conteúdo, mas também de um ponto de vista mais estrutural, considerando a relevância que essas plataformas têm em nossa sociedade. Mais recentemente, temos também a proposta do *Digital Markets Act* (DMA) para regular as plataformas no âmbito da União Europeia.

Utilizando a terminologia do DMA, isso é válido especialmente para as plataformas consideradas *gatekeepers*. Dentre elas, temos aquelas sintetizadas no acrônimo GAFAM. Em sendo plataformas dominantes - ou seja, por sua relevância entre usuários e conseqüente enorme poder de mercado -, elas possuem uma responsabilidade especial de não prejudicarem os consumidores e de não utilizarem seu poder para favorecerem a si próprias ou impedirem o desenvolvimento de outras plataformas.

Ou seja, são inegáveis os benefícios dessas plataformas aos consumidores, mas isso não as isenta de problemas. Isso porque a atual as-

45 FORGIONI, 2018, p. 91-2.

censão exponencial⁴⁶ dos mercados digitais, por um lado, satisfaz os consumidores, que em geral possuem e usufruem destes serviços, ao menos em um dos lados da plataforma (do próprio usuário), a preço zero ou a baixo custo comparativo e com direcionamento aos seus próprios interesses (com publicidade individualizada, por exemplo). Entretanto, discute-se o outro lado da moeda: o possível efeito de barrar entradas no mercado, limitar as escolhas e diminuir a qualidade do serviço oferecido ao consumidor e de ser uma inovação predatória ao impedir o desenvolvimento de outras tecnologias.

Desta maneira, em mercados dinâmicos (como os mercados digitais), essa escolha de política pública tem sua importância ainda mais intensificada. Isso porque se deve considerar o alto índice de inovação e, conseqüentemente, criatividade dos agentes econômicos ao atuarem nos mercados. A ponderação entre coibição dos abusos sem impactar negativamente o incentivo à inovação e disrupção é um difícil desafio na delimitação do *quanto* a regulação deve interferir (e, no limite, no quanto as próprias autoridades devem interferir)⁴⁷.

Olhando essas características por um ponto de vista crítico, não se pode deixar de pontuar que a doutrina se divide em como atacar esse grande fenômeno. Sobre o tema, há quem defenda a correção dos problemas desses mercados através de uma regulação *ex ante* (até pelos custos e pelo tempo despendido em uma análise concorrencial *ex post*), incluindo temas de intersecção com direito do consumidor, direito industrial e proteção de dados.

Apesar dessa estratégia levantar a preocupação com a rigidez de uma regulação uniforme, além do risco de captura⁴⁸, ainda pode ser uma saída importante para lidar com os desafios postos. A União Europeia parece ter liderado o caminho para regular as plataformas de modo

46 Fala-se em “atual ascensão exponencial” pelo desenvolvimento intensificado desses mercados e da maior atenção antitruste ao fenômeno. Entretanto, ressalta-se que o escrutínio antitruste sobre esses mercados é muito anterior à análise de plataformas digitais no modelo da atualidade, ocorrendo desde a década de 1980, a partir da criação de computadores e softwares de uso pessoal. C.f. CADE et al. 2019.

47 OCDE, 2019, p. 88.

48 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 126.

mais abrangente, especialmente as plataformas dominante (*gatekeepers*), na sua proposta de *Digital Markets Act*⁴⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito da teoria, objetivou-se a apresentação de um panorama das especificidades dos mercados digitais, que se distanciam cada vez mais da análise tradicional e estática da tecnologia e das dinâmicas competitivas nesse mercado. Para tanto, foram analisados aspectos de concorrência dinâmica e aspectos de inovação, além da apresentação das características centrais da economia digital.

A regulação tem um caráter fortemente técnico, mas nenhuma técnica é neutra. Há sempre uma orientação política por trás. Desta maneira, para diminuir a insegurança e imprevisibilidade, é necessário deixar essa política pública explícita - e, espera-se, submetida a um debate social. Isso é ainda mais relevante de ser aplicado a mercados que são tão dinâmicos e disruptivos como as plataformas digitais. É por esse motivo que se apresentou um panorama compreensivo das características dos mercados digitais e sua dinâmica competitiva.

Deve-se inserir esse panorama na escolha de política pública da regulação, ponderando sobre a inclinação do pêndulo para uma postura mais conservadora ou mais incisiva a esses mercados. Neste sentido, deve também ser ponderado o nível de intervenção no mercado e no seu impacto no desincentivo à inovação e, por outro lado, na leniência de autoridades, o que poderia levar a uma intensificação de distorções decorrentes do poder das plataformas.

Assim, ainda mais em mercados de concorrência dinâmica, é essencial que haja equilíbrio entre inovação e regulação, notadamente considerando esses aspectos concorrenciais e essas dinâmicas que implicam características específicas a esses mercados. Desta maneira, abre-se um importante espaço para a Academia densificar seus estudos na temática, especialmente tendo como parâmetro essas características e a experiência atualmente proposta na União Europeia (*Digital Markets Act*), para que haja devido aprofundamento no desenvolvimento da política voltada a esses mercados.

49 EUROPEAN COMMISSION, 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANPD. ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica. **Gov.br**. 02 jun. 2021. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>.
- CADE et al. **BRICS in the digital economy: competition policy in practice**. 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. 2019. 156 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-sobre-economia-digital-em-reuniao-do-brics>.
- CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **Competition Policy for the digital era: Final Report**. Bruxelas: European Commission, 2019 Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT & HOME OFFICE OF THE UNITED KINGDOM. **Online Harms White Paper**, abr. 2019. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf.
- EISENMANN et al. 2011 *apud* CONDORELLI, Daniele; PADILLA, Jorge. Harnessing Platform Envelopment in the Digital World. **Journal Of Competition Law & Economics**, [S.L.], v. 16, n. 2, p. 143-187, 18 abr. 2020, p. 144-153. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.
- EUROPEAN COMMISSION. *Digital Markets Act Proposal* (COM/2020/842). 15 dez. 2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.
- EVANS, David S. **The Consensus Among Economists on Multisided Platforms and its Implications for Excluding Evidence that Ignores It**. 13 abr., 2013, p. 5. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2249817.
- FERNANDES, Victor O. **Abuso de posição dominante e incentivos à inovação nos mercados digitais: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica**. 2020. Tese (Doutorado em Direito - Versão da Qualificação) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- FORGIONI, Paula A.. **Os Fundamentos do Antitruste**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018
- GINSBURG, Douglas H; WRIGHT, Joshua D. Dynamic Analysis and The Limits of Antitrust Institutions. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 1, p. 12-48, 2012, p. 14
- GOULART, Josette. Ministério Público Federal abre investigação contra WhatsApp. **Veja**. 12 abr. 2022. Disponível em <https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/ministerio-publico-federal-abre-investigacao-contra-whatsapp/>

- KIMMELMAN, Gene. **Key Elements and Functions of a New Digital Regulatory Agency**. Digital Platforms & Democracy Project of the Harvard Kennedy School Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy. 12 fev. 2020. Disponível em <https://shorensteincenter.org/key-elements-and-functions-of-a-new-digital-regulatory-agency/>.
- OCDE. Implications of E-commerce for Competition Policy – **Background Note by Secretariat**. 06 jun. 2018, p. 37-8. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf).
- OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. 2018. Disponível em www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.
- SAKOWSKI, Patrícia A. M; LANCIERI, Filippo Maria. **Documento de Trabalho DEE-CADE nº 005/2020: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**, ago 2020. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisao dosrelatoriosespecializados.pdf.
- SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 108-113.
- SCOTT MORTON, Fiona et al. Committee for the study of digital platforms: Market structure and antitrust subcommittee report. **Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business**, 2019.
- SMITH, Evan. The Techlash Against Amazon, Facebook and Google - and What they can do. **The Economist**. 20 jan. 2019. Disponível em <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do>.
- SOPRANA, Paula. Política de privacidade do WhatsApp é questionada no Ministério da Justiça e na ANPD. **Folha de S. Paulo**. 06 abr. 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/privacidade-do-whatsapp-e-questionada-no-ministerio-da-justica-e-na-anpd.shtml>
- STUCKE, Maurice E.. Should we be concerned about data-opolies?. Washington: **Georgetown Law Technology Review**, v. 275, n. 2, p. 275-324, 2018.
- YUN, John M. Understanding Google's Search Platform and the Implications for Antitrust Analyses. **Journal Of Competition Law & Economics**, [S.L.], v. 14, n. 2, p. 311-329, 1 jun. 2018, p. 5. Oxford University Press (OUP). Disponível em <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhy009>.

UMA QUESTÃO COMPLEXA: AS APROXIMAÇÕES DO CADE COM A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Helena Secaf⁵⁰

Júlia F. Mendonça⁵¹

Rafael A. F. Zanatta⁵²

50 Mestranda e Bacharel pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDESP/FGV). cursou um semestre letivo na universidade Columbia Law School (NY) por meio de programa de intercâmbio acadêmico. Integrante do Grupo de Estudos em Direito da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais da EDESP/FGV. Advogada e pesquisadora no Data Privacy Brasil desde setembro de 2020, atualmente como Pesquisadora do projeto sobre Vigilância nas Fronteiras.

51 Advogada formada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora na Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. Presidente do Laboratório de Inovação e Direitos Digitais da UFBA (LabiD²).

52 Diretor da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. É mestre pela Faculdade de Direito da USP e doutorando pelo Instituto de Energia e Ambiente da USP. Mestre em direito e economia pela Universidade de Turim. Alumni do Privacy Law and Policy Course da Universidade de Amsterdam. Research Fellow da The New School (EUA). Membro da Rede Latino-Americana de Vigilância, Tecnologia e Sociedade (Lavits). Membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (Iberc).

RESUMO O ensaio realiza uma análise descritiva e conjuntural acerca da aproximação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com relação às “inter-relações” entre o direito concorrencial e o direito à proteção de dados pessoais, dinâmica entendida como uma “questão complexa”. Para tal, coletou-se e se analisou evidências do interesse da autarquia pelo tema, quais sejam: (i) documentos do Departamento de Estudos Econômicos (DEE/Cade), (ii) processo de assinatura do Acordo de Cooperação Técnica com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), e (iii) participação de representantes do Cade em eventos e debates públicos *online* em 2021. Em seguida, analisou-se o comportamento do tribunal no julgamento de três atos de concentração recentes que giraram em torno da temática de dados pessoais: Stone-Linx, Magalu-Hub e Claro-Serasa. Por fim, conclui-se pelo reconhecimento da complexidade das mencionadas “inter-relações” e, apesar da prudência de movimentos cautelosos, reconhece o espaço o ajuste gradual das lentes analíticas.

PALAVRAS-CHAVE

Proteção de dados pessoais. Direito Concorrencial. Autoridade de Proteção de Dados Pessoais (ANPD). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A hipótese da inércia; 3. Metodologia de coleta e análise de materiais 4. As evidências do interesse do Cade pela proteção de dados pessoais; 4.1. Estudos do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade); 4.2. O processo de assinatura do Termo de Cooperação Técnica com a ANPD; 4.3. A participação de representantes da autarquia em eventos e debates públicos em 2021; 5. A “questão complexa” à luz de três casos; 5.1. Caso Stone-Linx (Ato de Concentração no 08700.003969/2020-17); 5.2. Caso Magalu-Hub (Ato de Concentração no 08700.000059/2021-55); 5.3. Caso Claro-Serasa (Ato de Concentração 08700.006373/2020-6); 5.4. Síntese da análise dos casos; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em maio de 2021, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) assinaram um Termo de Cooperação que intrigou a comunidade jurídica brasileira. Quais seriam os limites de atuação das duas Autoridades em casos concretos sobre usos abusivos de dados pessoais, abuso de posição dominante, avaliação de atos de concentração e análise de condutas nos mercados digitais? Não oferecemos uma resposta para essas perguntas, que pairam no ar. O episódio, no entanto, enseja uma reflexão de conjuntura detalhada sobre o sentido desta cooperação e as intenções do Cade em se aproximar de uma temática complexa: a proteção de dados pessoais.

Este ensaio oferece uma análise descritiva e conjuntural sobre o envolvimento do Cade com a problemática das “inter-relações” entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais. Partindo de uma estratégia de pesquisa marcadamente empírica, nós analisamos uma espécie de dilema institucional enfrentado pelo Cade. Como delimitar, precisamente, o escopo de atuação da autoridade concorrencial em um cenário movediço, cinzento e nebuloso? Como mediar os anseios de uma possível expansão de sua jurisdição diante das especificidades dos mercados digitais? Como lidar com as “pontes”⁵³ e as “ligações familiares”⁵⁴ entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais na prática, como defendem os acadêmicos hoje? Como identificar espaços possíveis de atuação mantendo a tradição pré-existente e as delimitações legais sobre as competências de uma autoridade concorrencial?

Nós chamamos essa problemática de “uma questão complexa” e apresentamos indícios de uma situação de incômodo e desajuste que se apresenta como impulsionador de pequenas mudanças institucionais. Contrariando nossa hipótese inicial de pesquisa, de uma resistência institucional do Cade de enfrentar a problemática da proteção de dados pessoais pela linguagem interna do direito concorrencial,

53 KIRA; SINHA; SRINIVASAN, 2021.

54 COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017.

identificamos uma situação mais complicada do que uma simples definição de uma posição conservadora ou progressista diante da intersecção entre antitruste e proteção de dados pessoais. Há indícios de posições ambivalentes e mobilizações institucionais de construção de expertise e “capacidades institucionais”⁵⁵. Ao mesmo tempo em que o Cade está produzindo estudos, pesquisas e acordos de cooperação técnica para complementar expertises de concorrência e proteção de dados pessoais, ele tem enfrentado essas intersecções de forma muito tímida e limitada em casos concretos. Por isso falamos de uma certa ambivalência.

Este capítulo possui uma orientação bastante descritiva. O que oferecemos é uma espécie de descrição de um momento bastante particular vivido pelo Cade, a partir da observação de documentos oficiais, estudos técnicos, posicionamentos e casos decididos (*Stone-Linx*, *Magalu-Hub* e *Claro-Serasa*).

A junção desses vários elementos oferece uma narrativa com um certo sentido, apesar de limitada e inevitavelmente especulativa. Esta especulação, baseada em textos e recursos audiovisuais, não nos permite cravar uma resposta definitiva sobre o “futuro do Cade” ou sobre uma possível onda renovatória com diferentes matrizes ideológicas diante dos impasses trazidos pelas plataformas digitais.⁵⁶ Permite, no entanto, revelar camadas e nuances desta “questão complexa”⁵⁷ que envolve a afetação dos cânones e métodos de trabalho do direito da concorrência pelas orientações normativas da proteção de dados pessoais, diante de um cenário de concentração econômica por grandes plataformas de aplicações de Internet, falhas de mercado e práticas lesivas aos direitos fundamentais.

2. A HIPÓTESE DA INÉRCIA

É importante esclarecer desde logo que este artigo partiu de uma hipótese inicial que consistia na percepção de que, embora o Cade tenha mostrado um interesse constante na capacitação em privacidade

⁵⁵ DAVIS, 2005.

⁵⁶ WRIGHT; PORTUESE, 2020.

⁵⁷ Alguns autores defendem que há uma “relação muito mais complexa” entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais. (KERBER; ZOLNA, 2022).

e proteção de dados pessoais, ele revelaria, ao mesmo tempo, uma espécie de força conservadora que o faria atuar de maneira a evitar esses assuntos em sua atuação institucional, adotando uma postura reativa. Essa hipótese, no entanto, não foi integralmente verificada com base nos materiais coletados e analisados.

Esse interesse na capacitação foi percebido e demonstrado por meio dos estudos robustos do Departamento de Estudos Econômico (DEE) relacionados ao tema, da participação de representantes da autarquia em eventos e debates públicos sobre a privacidade e proteção de dados, por meio da assinatura do Termo de Cooperação Técnica com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e pelo discurso de cooperação institucional que culminou nessa assinatura. A força inercial, por sua vez, seria demonstrada por meio da análise de jurisprudência recente, na qual pensamos que o tribunal do Cade teria evitado análises relacionadas a dados pessoais, acomodando-se em uma análise dita “clássica e conservadora”⁵⁸. Essa força inercial não foi confirmada.

Embora o núcleo desses julgados não toque diretamente nas questões pertinentes à proteção de dados pessoais e privacidade, as discussões feitas entre os Conselheiros e Conselheiras durante as sessões de julgamento demonstram que a questão não está passando despercebida pela autarquia, que tem se movimentado, ainda que timidamente, para lidar com as preocupações desse fenômeno *apesar* das amarras normativas e jurisprudenciais do direito concorrencial.⁵⁹

Nesse sentido, a hipótese do conservadorismo foi desbancada e deu lugar à conclusão de que, ao invés de inerte, o Cade tem começado a se movimentar, embora de maneira pouco coordenada e instituciona-

58 Para uma análise dita conservadora, que nega uma agenda intitulada como “neobrandeisianana” ou “antitruste populista” (termo bastante controverso), ver SHAPIRO, 2018. Para uma análise no Brasil, defendendo que o controle de estruturas e de condutas deve ser revisto considerando que a aplicação pura do ferramental antitruste é insuficiente para mitigar os efeitos de comportamentos abusivos nos mercados e ecossistemas digitais, ver KLEIN; DOMINGUES; GABAN, 2021.

59 Até mesmo tangenciando o debate acerca da potencial limitação do ferramental antitruste para isso, conforme será especificado mais adiante, no voto-vogal da Conselheira Paula de Azevedo no caso “Stone-Linx” (Ato de Concentração no 08700.003969/2020-17).

lizada. Isto significa dizer que, apesar de não ser possível afirmar que o Cade esteja ativamente caminhando para mudanças normativas e institucionais que abarquem preocupações relativas à proteção de dados, também não é correto afirmar que essas preocupações não estejam aparecendo nos debates da autarquia, ainda que por meio de votos-vo-gais ou em falas esparsas nas sessões de julgamento.

3. METODOLOGIA DE COLETA E ANÁLISE DE MATERIAIS

Para chegar a essa conclusão, nós separamos a coleta e análise de materiais em dois momentos. O primeiro consistiu na coleta e análise de diferentes materiais referentes à autarquia que pudessem indicar as evidências do interesse pela proteção de dados pessoais. O segundo consistiu na análise das decisões.

A. PRIMEIRO MOMENTO

Especificamente, neste primeiro momento, os materiais coletados e analisados foram: (i) os estudos produzidos pelo DEE referentes ao tema (i.e. Documento de Trabalho N°002/2021: “Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados” e Documento de Trabalho N°005/2020: “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”); (ii) o processo de assinatura do Termo de Cooperação Técnica com a ANPD, com foco no discurso de cooperação institucional e (iii) a participação de representantes da autarquia em eventos e debates públicos em 2021.

Com relação a esta última categoria, este artigo se valeu da ferramenta disponibilizada no site institucional do Cade: o repositório de eventos on-line que ocorreram desde 2020 e que trataram do que a autoridade classificou como “temas relevantes ao trabalho desenvolvido na autarquia”⁶⁰. Fez-se uma varredura deste material e, dos 90 eventos disponibilizados, 17 tratavam do tema de mercados digitais (aproximadamente 19%), número que reforça a relevância desse assunto para a autoridade. Desses 17 vídeos, 06 contaram com a presença de representantes do Cade, enquanto 03 deles foram eventos organizados pela própria entidade.

⁶⁰ Ver: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/repositorio-de-webinars>

B. SEGUNDO MOMENTO

Os casos selecionados, por sua vez, consistiram em três atos de concentração: (i) *Stone-Links* (Ato de Concentração no 08700.003969/2020-17); (ii) *Magalu-Hub* (Ato de Concentração no 08700.000059/2021-55) e (iii) *Claro-Serasa* (Ato de Concentração 08700.006373/2020-6).⁶¹ Eles foram escolhidos com base na atualidade, repercussão e, fundamentalmente, na pertinência referente a impactos sobre privacidade e dados pessoais (ainda que isso não tenha sido mencionado na decisão). Guiamos nossa leitura pela tentativa de encontrar menções à privacidade e proteção de dados e incluímos na análise não somente o voto vencedor, mas os votos-vogais, possíveis recursos e o acompanhamento do julgamento na Plenária nas gravações das respectivas sessões de julgamento. Nos tópicos a seguir, serão apresentadas as principais conclusões a partir da análise desses materiais.

4. AS EVIDÊNCIAS DO INTERESSE DO CADE PELA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como notado por diferentes acadêmicos, é nítido que o Cade vem apresentando um interesse significativo em se aproximar de discussões envolvendo proteção de dados e direito concorrencial, acompanhando um movimento internacional.⁶² Essa aproximação é visível pela elaboração de estudos pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE/Cade), pela presença dos representantes da autarquia em diversos eventos sobre o tema, bem como por ações institucionais como a assinatura de acordo de cooperação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais. Tais pontos serão aprofundados a seguir.

⁶¹ Este artigo inicialmente tinha incluído nesses a investigação referente ao caso *Bradesco-Guiabolso* (Processo Administrativo no 08700.004201/2018-38). No entanto, entendemos que a análise teria de contemplar as diferenças pertinentes ao julgamento de conduta com relação aos demais três casos de controle de concentração. Assim, por conta do espaço limitado deste artigo, optamos por não incluir a análise deste processo.

⁶² ZANATTA; RENZETTI, 2019. ZANATTA; ABRAMOVAY, 2019. PONCE, 2020. FRAZÃO; SANTOS, 2020.

4.1. ESTUDOS DO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (DEE/CADE)

Em 2020, o Cade lançou um edital - inovador, em suas palavras -, visando à contratação de consultores técnicos especializados para aprimorar e implementar filtros econômicos para detecção de cartéis e concorrência em mercados digitais.⁶³ Foram abertas três vagas: (i) uma para proposta de aprimoramento e implementação de filtros econômicos para a detecção de cartéis; (ii) uma para estudo sobre concorrência em mercados digitais; e (iii) outra para estudo sobre concorrência e proteção de dados, em que se estabeleceu os “produtos esperados” entregáveis como um “Estudo de *benchmarking* internacional sobre a estrutura, funções e inter-relações das instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados” e um “Estudo sobre as interfaces de proteção de dados e defesa da concorrência”.

Em agosto do mesmo ano, foi lançado pelo DEE, setor da autarquia voltado para assegurar a atualização das decisões e promover a cultura da livre concorrência no Brasil,⁶⁴ o Documento de Trabalho N°005/2020: “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”⁶⁵. Com a ressalva de que os achados “não necessariamente representam a visão do Cade”⁶⁶, tal relatório analisou as principais publicações de autoridades de antitruste e importantes centros de pesquisa sobre a temática, tendo como objetivo tanto “sumarizar ao Cade e à sociedade a visão de seus pares internacionais”, quanto embasar o aprimoramento da política interna da autarquia para “garantir a atualização técnica e científica de sua atuação”.

O relatório de Filippo Lancieri e Patrícia Sakowski analisou as perspectivas de diferentes países a partir de 21 relatórios internacionais, com enfoque nas peculiaridades inerentes ao funcionamento dos mercados digitais, a definição de mercado relevante e menções específicas à importância do uso de dados em tais mercados. Apesar de grande parte dos relatórios fazerem menção ao tema, apenas quatro deles se

63 CADE, 2020.

64 CADE, 2021b.

65 LANCIERI; SAKOWSKI, 2020.

66 LANCIERI; SAKOWSKI, 2020, p. 133.

debruçam de maneira mais direcionada: dois produzidos no Reino Unido - um em 2017⁶⁷ e outro em 2019,⁶⁸ -, um do Stigler Center da Universidade de Chicago (EUA)⁶⁹ e um da União Europeia.⁷⁰

Tais documentos não focam em discussões envolvendo proteção de dados pessoais: analisam a lógica do uso de dados como *input*, de forma a possibilitar a personalização de ofertas e inferência de comportamento. Destaca-se também o fato de que empresas grandes, com mais oferta de produtos, acabam obtendo acesso a uma maior quantidade de dados, e de maior qualidade, o que permite o desenvolvimento de melhores produtos e obtenção de vantagens concorrenciais.⁷¹

O relatório do Cade não tinha como objeto de estudo tópicos específicos de proteção de dados pessoais ou uma avaliação substantiva sobre os pontos de conexão entre essas duas áreas jurídicas no sentido de “laços familiares” ou imbricações normativas com relação aos direitos fundamentais.⁷² Desse modo, não foram feitas grandes análises sobre a convergência entre essas áreas, dado o recorte e escopo pensado pelos autores. O estudo concentrou-se em uma compreensão dos mercados digitais de maneira mais ampla, o que, apesar importante e possivelmente reforçar o argumento de que o Cade está buscando capacitação e atualização para qualificar seus debates internos, não é o foco central da análise do presente artigo.

Por outro lado, o Documento de Trabalho N°002/2021: “Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados”⁷³, lançado em junho de 2021, ficou com o encargo de analisar de maneira mais específica como ocorrem as relações entre as instituições de proteção de dados e concorrência no contexto internacional e como essas experiências podem

67 COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2017.

68 O estudo, antes de ser publicada sua versão final, foi objeto de consulta pública. (COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, 2019).

69 ZINGALES; ROLNIK; LANCIERI, 2019.

70 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019.

71 LANCIERI; SAKOWSKI, 2020, p. 20-22.

72 COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017.

73 RAFFOUL, 2021.

contribuir para a atuação do Cade, com as devidas adaptações para a realidade brasileira.

O *benchmarking* buscou analisar “inter-relações” entre concorrência e proteção de dados pessoais a partir de dois prismas. Primeiro, nos reflexos das leis de proteção de dados pessoais na atuação interna das instituições de defesa da concorrência. Segundo, nas interações existentes entre agências de defesa da concorrência e proteção de dados pessoais.⁷⁴ A pesquisa não apresentou argumentos normativos sobre a possível atuação do Cade, mas apresentou diversas situações de destaque em casos concretos, com especial ênfase a casos da Alemanha e Austrália. Houve uma grande preocupação descritiva, focada nos arranjos institucionais das Autoridades de Concorrência. Houve, também, ênfase no caso *Bundeskartellamt* sobre abuso de posição dominante do Facebook e as imposições de restrições na coleta de dados pessoais. O relatório aponta que “o avanço tecnológico tem aproximado cada vez mais as duas searas jurídicas” e que agências independentes podem agir em colaboração para contribuir com o fortalecimento das relações institucionais e observar “os preceitos legais envolvidos”⁷⁵.

Por sua vez, ao abordar o panorama brasileiro, com base nas experiências internacionais mapeadas e apresentadas, o próprio documento propõe algumas ações que podem ser adotadas pelo Cade, tais como: (i) a observância das diretrizes da ANPD em decorrência da realização de tratamento de dados pessoais; (ii) a cooperação técnica entre Cade e a ANPD, devido à utilização da livre concorrência como um dos fundamentos da LGPD; (iii) a avaliação pelo Cade de eventuais modificações procedimentais em decorrência da presença de questões de proteção de dados na defesa da concorrência; e (iv) a avaliação pelo Cade da possível criação de área técnica especializada em questões correlatas a proteção de dados.

Tais estudos podem ser lidos como uma espécie de “aquecimento” ou preparação institucional, no nível de pesquisa, para o avanço de decisões institucionais mais robustas no futuro. Eles sinalizam uma abordagem cautelosa do Cade de buscar a construção de capacidades e co-

74 RAFFOUL, 2021, p. 13.

75 RAFFOUL, 2021, p. 36.

nhcimentos basilares para uma intersecção mais substancial. Apesar de não existir uma orientação normativa em sentido forte, e tampouco um compromisso de seguir uma tendência de outras Autoridades, esta abordagem sinaliza uma estratégia do Cade no plano institucional: a reunião de expertise técnica e subsídios sobre a atuação de outras autoridades diante de um cenário bastante complexo, que desafia as próprias concepções sobre competência e jurisdição da Autoridade.⁷⁶

4.2. O PROCESSO DE ASSINATURA DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA COM A ANPD

A primeira aproximação mais direta entre o Cade e a ANPD ocorreu em maio de 2021, com a cooperação entre as citadas entidades, junto ao Ministério Público Federal (MPF) e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) com relação à nova política de privacidade do aplicativo de mensagens Whatsapp. Na oportunidade, por meio de uma recomendação conjunta, as entidades apontaram que a política de privacidade e as práticas de tratamento de dados apresentadas pelo aplicativo poderiam ocasionar violações aos direitos dos titulares em questão.⁷⁷ Como resultado, o Whatsapp respondeu afirmando que se comprometeria em fazer as adequações sugeridas,⁷⁸ fator que demonstra que a cooperação interinstitucional pode ser bastante profícua, inclusive para casos que estejam relacionados com proteção de dados pessoais.

Reforçando a relevância da cooperação entre entidades, o Cade e ANPD decidiram formalizar a atuação em conjunto, no final de maio do mesmo ano, por meio da assinatura de um Acordo de Cooperação Técnica (ACT), visando o compartilhamento de informações, estudos, pesquisas e experiências “nas matérias em que há intersecção das suas respectivas áreas de competências”⁷⁹.

O acordo estabelece diversas obrigações comuns que são expressas por meio de ações como: (i) o compartilhamento de conhecimentos e experiências nas respectivas áreas de atuação; (ii) a promoção de

76 KIRA; SINHA; SRINIVASAN, 2021.

77 MPF; SENACON; CADE; ANPD, 2021.

78 ANPD, 2021c.

79 CADE, 2021a, p. 9.

ações educativas conjuntas sobre procedimentos e práticas de difusão da livre concorrência nos serviços de proteção de dados pessoais; e, principalmente, (iii) a cooperação, quando necessário, em casos de Atos de Concentração em transferência ou outros tratamentos de dados pessoais.⁸⁰

Quanto a obrigações específicas de responsabilidade do Cade, o documento menciona: (i) comunicação imediata à ANPD sobre a instauração de processo administrativo em desfavor de agentes econômicos que atuem nos setores regulados pela autoridade; (ii) compartilhamento com a ANPD de documentos, estudos, pesquisas, informações e experiências em sua área de atuação; (iii) solicitação, quando oportuno, de análise e manifestação da ANPD acerca dos processos submetidos ao Cade e que digam respeito à proteção de dados pessoais; (iv) comunicação à ANPD de qualquer fato, ato, negócio ou situação de que tomar conhecimento em virtude da sua atuação e que possa caracterizar indícios de infração às normas de proteção de dados pessoais, em especial, as concernentes à livre concorrência e à ordem econômica; (v) realização de estudos, em parceria com a ANPD sobre infrações à ordem econômica relacionadas a dados pessoais.

Segundo o Diretor-Presidente da ANPD, Waldemar Gonçalves Ortunho Junior, o ACT possui como objetivo combater “às atividades lesivas à ordem econômica e o fomento e a disseminação da cultura da livre concorrência nos serviços que vindicarem a proteção de dados pessoais”⁸¹. O presidente do Cade, Alexandre Barreto, também se pronunciou sobre o assunto no *press release* da assinatura do acordo, ressaltando que a atuação da ANPD é “imprescindível em um cenário atual de Big Data em que os dados possuem elevado valor econômico, ocorrendo uma proximidade crescente entre as esferas da concorrência e da proteção de dados”⁸². A estratégia de divulgação para imprensa pode ser vista como uma sinalização política de um alinhamento em defesa de uma atuação integrada, em fortalecimento a ambas as Autoridades.

Em uma análise mais aprofundada, nota-se que o ACT deixa margens para muitas dúvidas sobre divisão de competências em proces-

80 CADE, 2021a

81 ANPD, 2021a.

82 ANPD, 2021.

sos administrativos. Não é claro, como sugerem alguns autores, se a Autoridade de Proteção de Dados Pessoais deveria se manifestar primeiro diante de uma discussão sobre práticas anticompetitivas em razão de efeitos manipulativos de *dark patterns* em grandes plataformas digitais.⁸³ Tampouco há um detalhamento sobre o papel da ANPD diante da análise de atos de concentração centrados em dados e procedimentos operacionais específicos.⁸⁴

Em artigo recente, Nicolo Zingales e Bruno Renzetti defendem que o Cade poderia reformar sua análise de atos de concentração de ecossistemas de plataformas digital (EPDs) e transferir o ônus da prova em casos em que um orquestrador “adquire integralmente ou empobreça substancialmente um outro EPDs que esteja operando no mesmo espaço competitivo”⁸⁵. Zingales e Renzetti também sugerem que, como parte do formulário de notificação, deve existir a divulgação dos “tipos de dados pessoais e concorrencialmente sensíveis em posse das partes do ato de concentração”⁸⁶, de modo a permitir descobertas mais robustas sobre vantagem competitiva derivada dos dados. O Acordo de Cooperação Técnica entre Cade e ANPD não apresenta nenhum caminho institucional do modo como isso pode ser conduzido. Ele é bastante genérico e permite apenas futuras cooperações em uma abordagem caso a caso.

4.3. A PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTES DA AUTARQUIA EM EVENTOS E DEBATES PÚBLICOS EM 2021

Um fato notável que identificamos em nossa pesquisa é a presença consistente de membros do Cade em debates, *lives* e webinários no ano de 2021 sobre a temática de concorrência e dados. Isso pode ser explicado por uma série de motivos. Primeiro, pois, como disse o Presidente do Cade em um dos eventos analisados, há uma cultura de participação e de diálogo com partes interessadas. Segundo, pois, em razão da pandemia de Covid, houve uma facilitação para participação em eventos virtuais em razão da redução drástica dos custos de

83 KERBER; ZOLNA, 2022.

84 GRIEBELER DA MOTTA, 2021.

85 ZINGALES; RENZETTI, 2022, p. 48.

86 ZINGALES; RENZETTI, 2022, p. 49.

deslocamento e tempo dedicado a um evento. Terceiro, pois há uma efervescência da temática sobre “plataformas digitais”, acompanhada por uma série de movimentos acadêmicos por organizações como Fundação Getúlio Vargas e o IBRAC, organização civil sem fins lucrativos que agrega profissionais do direito que possuem atuação em defesa da concorrência e regulação.

Nota-se, também, uma diversidade de espaços de engajamento, tipos de eventos e atuação de representantes do Cade, sendo difícil argumentar que há um domínio de eventos empresariais que pudessem representar uma espécie de captura dos reguladores ou eventos organizados por *think tanks* que representam os interesses das Big Techs.⁸⁷ Entre os eventos virtuais que foram analisados encontram-se desde seminários técnicos com acadêmicos, eventos de notória participação da sociedade civil organizada (como o Fórum da Internet do Brasil) e encontros orientados a um público especializado internacional.

Em toda a amostra analisada, uma característica marcante observada é que os representantes do Cade, mesmo quando apresentaram posições mais “conservadoras” em suas falas, transpareceram ciência e conhecimento das implicações atreladas à convergência entre as áreas, reforçando a hipótese de que, mesmo que de maneira pouco coordenada, a autarquia vem buscando compreender essa interlocução e seus desafios.

Para serem abordadas de maneira mais aprofundada no presente texto, foram selecionadas as falas com reflexões mais diretas sobre a “inter-relação”⁸⁸ entre proteção de dados pessoais e concorrência, para além do debate da compreensão de mercados digitais de maneira mais ampla. Outro critério utilizado foi a seleção de participações que, apesar de contarem com o *disclaimer* de que seriam opiniões pessoais, foram mais críticas ou propositivas com relação à atuação da autarquia.

Não é nosso objetivo detalhar exaustivamente as falas dos representantes do Cade nos eventos. Como síntese, o que podemos afirmar é que: (i) há uma grande preocupação com a identificação de ilícitos concorrenciais e a manutenção de uma gramática que opere dentro

⁸⁷ BANK; DUFFY; LEYENDECKER; SILVA, 2021, p. 5-10.

⁸⁸ RAFFOUL, 2021.

conceitos já estabelecidos no direito concorrencial,⁸⁹ (ii) há uma clara preocupação, pelos representantes do Cade em sinalizar que há movimentações institucionais em andamento,⁹⁰ em especial os estudos técnicos realizados (discutidos acima) e o Acordo de Cooperação Técnica, citado constantemente após junho de 2021; (iii) há uma preocupação com a clareza do objeto da transação em casos como *Claro-Serasa*, *Hub-Magalu* e *Stone-Linx*, sendo notável a preocupação com benefícios para consumidores e os riscos existentes com o tratamento de dados pessoais⁹¹.

Os representantes do Cade, em especial os Conselheiros, evitaram falar sobre casos específicos e, em alguns casos, fizeram *disclaimers* sobre as opiniões serem pessoais e não representativas de uma visão colegiada e institucionalizada. No entanto, é notável que há uma percepção de uma “uma questão complexa” que não pode ser solucionada de forma simples e com nenhum tipo de bala de prata.

Com a saída de Alexandre Macedo em outubro de 2021 e o início do mandato de Alexandre Barreto de Souza como Superintendente-Geral do Cade, é de se esperar um tipo de postura atenta às inter-relações, como ocorreu na aprovação sem restrições da aquisição da empresa de pagamentos Hub Prepaid pela Magalu Pagamentos, do Grupo Magalu. Na ocasião, o Cade concluiu que as obrigações contratuais e regulatórias estabelecidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais seriam suficientes para impedir eventual utilização indevida de dados pessoais pelo Grupo Magalu, dando ênfase às questões de dados pessoais.⁹² No

89 Ver, como exemplo, a participação do Conselheiro do Cade Luiz Augusto Hoffmann na live “A intersecção entre direito concorrencial, direito do consumidor e a proteção de dados”, organizada pelo IBMEC e realizada em abril de 2021.

90 Ver, como exemplo, o painel “Proteção de Dados e Concorrência: para onde vamos?”, realizado no Fórum da Internet no Brasil, edição nº 11, em julho de 2021, o qual contou com a participação da Superintendente-Adjunta, Patricia Alessandra Morita Sakowski.

91 Ver, como exemplo, o painel “4th IBCI - Privacy, Data Protection, and Competition”, o qual contou com a participação da Conselheira, Lenisa Prado.

92 Ver o posicionamento de Alexandre Barreto Souza no julgamento do recurso interposto pelo Mercado Pago, terceiro interessado: “Rotineiramente, com alguma frequência, o Cade é chamado para opinar sobre políticas e searas que, em minha opinião, são fora da sua área de atuação. Questões ambientais, trabalhistas, tribu-

caso *Claro-Serasa*, como será visto, Barreto de Souza também manifestou-se contra o acordo entre o birô de crédito e a operadora de telefonia móvel. O caso notabilizou-se pelas preocupações manifestadas pelo Ministério Público Federal em torno do compartilhamento indevido de dados pessoais de clientes da Claro para incremento das metodologias de pontuação de risco de crédito da Serasa. O caso também evidenciou a complexidade dos debates sobre proteção de dados pessoais dentro do Cade.

Com a nomeação de Victor Oliveira Fernandes como conselheiro do Cade, com mandato de quatro anos, é possível que haja maior ênfase aos debates sobre proteção de dados pessoais, considerando que Fernandes foi chefe de gabinete do ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal. O novo conselheiro participou das discussões dos precedentes mais importantes do STF sobre o caráter autônomo do direito fundamental à proteção de dados pessoais e tem demonstrado interesse crescente em questões sobre orquestração do comportamento dos consumidores, por meio da análise massiva de dados pessoais, em plataformas digitais.⁹³

Dado o perfil dos membros do Cade e o conjunto de narrativas mobilizadas em eventos públicos em 2021, é provável que a “questão complexa” continue a ser debatida e, eventualmente, mobilizada em casos paradigmáticos - que, atualmente, é limitada nos casos já decididos.

tárias, de *proteção de dados*... Na linha do que o Cade tem feito, acho que é um cuidado grande em separarmos as questões e não avançarmos além da nossa competência. Agora, sem dúvida, conselheiro Braidó, os desafios que vem junto com a conformação desse novo mercado e economia digital deve, sim, ser objeto de uma análise criteriosa e atenta por parte do Cade e de todas as instituições brasileiras. Informo que estamos, sim, fazendo diversos estudos e análise acerca desse tema, temos alguns processos abertos na SG que tratam desse tema, de maneira geral. Nosso departamento de estudos econômicos e nosso economista chefe - está aqui para corrigir, não me deixa me equivocar - tem estudos abertos acerca desse tema. Sem dúvida é um desafio enorme para este conselho lidar, neste mercado, em face dessa nova conformação do mercado” (SOJ 175, min. 2h10).

93 DA SILVEIRA; FERNANDES, 2019.

5. A “QUESTÃO COMPLEXA” À LUZ DE TRÊS CASOS

Dado o escopo e o espaço limitado do presente artigo, os casos aqui tratados não contarão com uma análise detalhada do racional da decisão do Cade, mas, após uma breve explicação das operações em questão, focará em como a autarquia lidou com as possíveis preocupações referentes à proteção de dados pessoais.

Vale ressaltar que atribuições do Cade são definidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e complementadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade) aprovado pela Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012, e alterações posteriores. As operações analisadas integram as funções *preventivas* do Cade, que envolvem analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. Os casos aqui analisados não envolvem investigações sobre cartéis ou condutas nocivas à livre concorrência, que integram as funções *repressivas* do Cade.⁹⁴

Todas as operações, conforme será delineado, embora tenham sido aprovadas sem restrição, contaram com debates tangenciais sobre privacidade e proteção de dados: seja por meio de uma notificação a outras autoridades (ANPD e Anatel), de debate nas sessões de julgamento ou por votos-vogais. Essas aparições não são ordenadas nem institucionalizadas e, por vezes, a necessidade do Cade se preocupar com proteção de dados é vista com receio e desconfiança. Não obstante, o debate não é inexistente.

A seguir, analisamos os casos *Stone-Linx*, *Magalu-Hub* e *Claro-Serasa*. O objetivo desta análise é evidenciar as dificuldades práticas com a inter-relação entre proteção de dados pessoais e direito da concorrência, diante dos objetivos institucionalizados de atuação do Cade.

5.1. CASO *STONE-LINX* (ATO DE CONCENTRAÇÃO NO 08700.003969/2020-17)

A operação consistiu na aquisição por meio da incorporação de ações pela STNE Participações (“Stone”) da totalidade das atividades da Linx S.A. (“Linx”). A operação *Stone-Linx* movimentou R\$ 6,7 bilhões.

⁹⁴ Sobre as divisões entre funções preventivas e repressivas, ver RAGAZZO, 2005.

A Stone é uma empresa integrante do Grupo Stone, que atua na prestação de serviços de pagamentos, incluindo o desenvolvimento de estrutura tecnológica para a captura, transmissão e processamento de dados e liquidação de transações. A Linx, por sua vez, é uma empresa brasileira de tecnologia baseada em nuvem, com foco na oferta de software de gestão empresarial, por meio do modelo de negócio de software como serviço (*software-as-a-service* – SaaS). Em outras palavras, o caso envolvia uma empresa de tecnologia especializada em meios de pagamento (a Stone é conhecida por sua “maquininha” nos comércios) e uma empresa focada em dados, com soluções de *ecommerce*, hub de marketplaces, personalização e busca, *retargeting* e soluções baseadas em *Client Relationship Management*. Com enfoque em diversos segmentos, a Linx oferece serviços para entender o comportamento de clientes em lojas físicas, sites e redes sociais, para criar as melhores estratégias de venda.

A operação foi aprovada sem restrições em junho de 2021, com base no Parecer Técnico 4/2021/CGAA2/SGA1/SG⁹⁵. Identificou-se como possíveis preocupações concorrenciais a sobreposição horizontal, a integração não-horizontal dentre diversos elos do ecossistema que envolve gestão, crédito e meios de pagamento no varejo nacional, com especial atenção para capacidades, incentivos de fechamento de mercado e efeitos anticompetitivos decorrentes da operação. Essas possíveis preocupações, no entanto, foram descartadas na análise conduzida.

O debate envolveu, fundamentalmente, a controvérsia sobre o acesso a “informações concorrencialmente sensíveis” e não a preocupação de que dados pessoais pudessem colocar pessoas naturais em situação de risco. Essa preocupação foi levantada por empresas como Adyen e Cielo, mas foi refutada pela Superintendência-Geral (SG), que entendeu que o resultado do ato de concentração não caracterizava acesso indevido a dados de concorrentes, bem como concluiu que o compartilhamento traria ganhos de rivalidade e benefícios ao bem-estar do consumidor. A SG também afastou a possibilidade de adoção de remédios, em razão de prejuízos à inovação sem o devido teste de mercado.

As empresas Adyen, Banco Safra S.A. e Totvs S.A., interpuseram recurso da decisão, que, em apertada síntese, decorre do acesso que a

95 CADE, 2021d.

Stone teria a dados estrategicamente relevantes proporcionados pelo negócio da Linx, gerando vantagem competitiva baseada na assimetria informacional em favor da Stone. Dado que da operação nasceria uma integração de serviços complementares entre uma parte com posição dominante em softwares de gestão empresarial no varejo com outra, com dominância em aquisição, caracterizando uma concentração conglomeral nas indústrias de software de gestão de empresas e a de serviços financeiros, incluindo soluções de pagamento e concessão de crédito, o Relator entendeu ser necessário uma análise mais aprofundada, por meio do ferramental analítico proporcionado pelo Guia⁹⁶ para análise de concentrações não-horizontais da Comissão Europeia.

O recurso foi negado e o Plenário, por unanimidade, manteve a decisão de aprovação da operação, sem restrições, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Para decidir, o voto divide os tipos de informações que a Linx teria acesso em três categorias, conforme o escopo dos dados, e profere análise referente a cada uma delas: (i) *informações gerenciais* dos estabelecimentos comerciais; (ii) *informações referentes ao relacionamento de estabelecimentos comerciais*; e (iii) as *taxas cobradas*, notadamente MDR e antecipação. Em todas as categorias, no entanto, a autoridade entendeu não existirem justificativas concorrenciais para barrar a operação.

No entendimento do Cade, o acesso a essas informações não caracteriza nenhum tipo de violação ou concorrência desleal, visto que se tratam de informações de propriedade do estabelecimento, e não de concorrente, representam parcela ínfima do mercado de aquisição e porque estão disponíveis a outras instituições que realizam conciliação de recebíveis ou que participarão do Open Banking.⁹⁷ A conclusão de que os dados são de propriedade do estabelecimento, no entanto, está baseada em uma interpretação que não pode ser feita à luz da LGPD, considerando a inexistência de uma dimensão proprietária com relação aos dados pessoais e a garantia de titularidade às pessoas naturais,

96 EUROPEAN COMMISSION. 2008.

97 Para uma análise de vários casos recentes do Cade envolvendo criptomoedas, Nubank, Guia Bolso e meios de pagamento e suas intersecções com a agenda de Open Banking, ver BISELLI, 2021.

conforme art. 17 da LGPD.⁹⁸ O voto diz: “[...] a própria exposição de motivos da Resolução Conjunta que dispõe sobre a implementação do Open Banking deixa claro que o titular dos dados é o consumidor – no caso, o estabelecimento comercial” e cita o Voto 44/2020-CMN, de 30 de abril de 2020, que aprovou o Voto 111/2020-BCB, que propõe dispor sobre a implementação do Open Banking:

(...) Importante ressaltar que o consumidor é reconhecido como o titular dos seus dados pessoais; no caso do Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a Lei no 13.709, de 14 de agosto de 2018, reforçará e sistematizará, a partir de sua entrada em vigor, a tutela desses dados. Com o Open Banking, o consumidor financeiro pode consentir com o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas de instituições financeiras e de pagamento, caso vislumbre algum benefício com esse compartilhamento, a exemplo do acesso a serviços financeiros adequados ao seu perfil”.

Por fim, conclui que é necessário que a atuação do Cade esteja inserida no contexto geral e o contexto do Open Banking é um esforço de, dentre outras coisas, aumentar a competitividade nos mercados financeiros, bem como incentivar a inovação nesse setor. Apesar da unanimidade na votação, as Conselheiras Lenisa Prado⁹⁹ e Paula de Azevedo escreveram votos-vogais que chamaram atenção. Prado levantou algumas preocupações que, embora não justifiquem reprovação da operação ou a sua aprovação condicionada a remédios, são relevantes: para além de tangenciar preocupação referente a possíveis abusos relacionados a poder de portfólio/poder conglomerado e constatar sobre o dinamismo do mercado, ressaltou preocupação com relação aos efeitos e à regulação dos uso dos dados e informações.

Prado descreveu os dados como elementos imateriais que, cada vez mais, por conta de rápidos avanços tecnológicos e da perspectiva de uso avançado da inteligência artificial, têm se tornado - justificadamente - um ponto de atenção do antitruste, ao mesmo tempo que ponderou sobre o quanto a abordagem regulatória poderia ser mais eficiente para lidar com um tema complexo do que a análise casuística do antitruste. A

98 Sobre a impossibilidade de uma dimensão proprietária com relação aos dados pessoais, ver DONEDA, 2021. SARLET; DONEDA; MENDES, 2022. Sobre o histórico dos direitos da personalidade com relação aos dados pessoais no Brasil, ver DONEDA; ZANATTA, 2022, p. 35-53.

99 CADE, 2021f.

Conselheira ressaltou sua posição de que a atuação regulatória não traz prejuízo à atuação do Cade na perspectiva preventiva ou na sua função repressiva e justifica a necessidade de aproximação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais. Como decisão, propôs a expedição de ofício ao Banco Central, a fim de que esta autarquia tenha conhecimento da operação e avalie eventuais impactos na regulação de “Open Banking”, e à ANPD, para que esta tenha conhecimento da operação e avalie eventuais impactos no seu escopo de atuação.

A Conselheira Paula de Azevedo, por sua vez, trouxe à tona o debate acerca da (in)suficiência do ferramental antitruste para lidar com essas novas problemáticas e ressaltou a necessidade de se definir qual deve ser o nível de interferência do direito concorrencial:

(...) A presente operação suscita preocupações que envolvem temáticas cada vez mais recorrentes para autoridades da concorrência ao redor do mundo, relacionadas aos efeitos de concentrações conglomeradas e de acúmulo de dados concorrencialmente relevantes, sobretudo na análise de operações e condutas em mercados digitais ou financeiros. Essas temáticas muitas vezes desafiam a metodologia tradicional de análise antitruste e impõem a necessidade de desenvolver novos conceitos e teorias para apreender as novas formas de exercício de poder de mercado e seu eventual abuso. Esse empenho é imprescindível para que o Direito da Concorrência mantenha sua relevância como instrumento de efetivação dos princípios da ordem econômica constitucional e não se torne obsoleto diante das transformações que afetam o ambiente econômico e concorrencial.

O caso teve poucas repercussões institucionais na ANPD, que estava praticamente se estruturando no primeiro semestre de 2021. A Stone continuou um processo de aquisição de empresas de software, após a aprovação da operação com Linx, empresa que opera com modelo de *software-as-service*. Em 2022, após o caso *Stone-Linx*, a empresa adquiriu 50% da Reclame Aqui, que possui mais de 30 milhões de usuários e 500 mil empresas cadastradas. O core business da empresa está na produção de rankings automatizados e avaliação de empresas com base nas informações produzidas pelos consumidores.

5.2. CASO MAGALU-HUB (ATO DE CONCENTRAÇÃO NO 08700.000059/2021-55)

O caso em questão envolvia a Hub Prepaid Participações S.A. (“Hub”), cujas empresas prestam serviços de conta digital e cartão pré-pago diretamente para seus clientes, bem como constituem como

uma plataforma de Banking as a Service (BaaS) e a Magalu Pagamentos Ltda. (“Magalu”), uma instituição de pagamentos controlada pela Magazine Luiza, que, por sua vez, atua no comércio varejista de bens duráveis por meio de plataforma multicanal diversificada e integrada

A operação consistia na aquisição de 100% do capital social da Hub pela Magalu. Foi definido como relevante o mercado nacional de emissão e administração de cartões pré-pagos e soluções de pagamento. A operação foi aprovada sem restrições nos termos do Despacho nº 383/2021,¹⁰⁰ acolhidas as razões expostas em Parecer Técnico.¹⁰¹

Mais uma vez, a preocupação foi levantada por um terceiro: o Mercado Pago. A preocupação da empresa girava em torno da possibilidade de uniformização do mercado e das vantagens competitivas indevidas que seriam ganhas pelo Grupo Magazine após a operação, visto que a Hub, empresa adquirida, já tinha prestado serviços de soluções de pagamento ao Mercado Pago e, portanto, deteria informações de seus clientes. Como a Magazine Luiza é concorrente do Mercado Livre, a operação acarretaria “[...] efeitos antitruste deletérios decorrentes do acesso do Grupo Magazine Luiza a tais dados”¹⁰².

No que tange essa constatação, o Parecer concluiu que, além de o Mercado Pago não ter demonstrado objetivamente como esses efeitos ocorreriam, essa seria uma questão contratual, de lide privada entre Mercado Pago e Hub, cuja matéria não afetaria negativamente o ambiente concorrencial, uma vez que os dados armazenados pela Hub, se acessados, não teriam o condão de conferir vantagem competitiva tanto pela sua natureza,¹⁰³ quanto por serem dados desatualizados. Para o Cade, a uniformização de mercado só seria possível caso a Magalu conseguisse acessar essas informações após a conclusão da operação, e tivesse “[...] algum tipo de solução tecnológica que se antecipasse

100 CADE, 2021c.

101 CADE, 2021f.

102 CADE, 2021f.

103 Especificamente, o acesso a esses dados não seriam um risco concorrencial porque [...] não implica a garantia de extrair informações de perfis de usuários (compradores ou vendedores), dados específicos de conta de usuários, relacionamento entre usuário e plataforma (Mercado Livre), condições comerciais conferidas aos usuários, que podem representar informações que acarretaria alguma vantagem competitiva e potencial de dados ao ambiente concorrencial”. CADE, 2021f.

ou tivesse uma reação tempestiva a qualquer estratégia comercial ou de precificação de produtos/serviços ou de diferenciação de serviços oferecidos pelo Mercado Livre”¹⁰⁴.

Por fim, não só concluiu pela ausência de efeitos anticompetitivos, como indicou que não seria descabido argumentar que o acesso a dados mais gerais de transações do Mercado Pago geraria, na realidade, maior concorrência no *marketplace* (de produtos de consumo) ao permitir a “possibilidade do Magalu ofertar propostas comerciais alternativas aos vendedores do Mercado Livre”¹⁰⁵, identificados pelo acesso a base de dados passada por esta empresa.

O Mercado Pago não se contentou com a análise e interpôs recurso¹⁰⁶ contra a decisão, entendendo que a SG não teria investigado devidamente os riscos concorrenciais da operação. Pediu que o Tribunal aprofundasse a análise do caso, a qual deveria partir de uma perspectiva de *data-driven merger*, ou aquisição movida a dados, por compreender que o interesse na base de dados da Hub - e não nos seus serviços - seria a motivação e racionalidade da operação. A preocupação com o acesso a esses dados previa a possibilidade de a Magalu se aproveitar das estratégias comerciais do Mercado Pago desenvolvendo uma série de estratégias competitivas, [...] voltadas para aliciar seus clientes, com ofertas personalizadas baseadas na sua política comercial. Assim, ainda que existissem obrigações contratuais, legais e regulatórias impedindo o acesso indevido, as partes teriam incentivos para rompê-las. No recurso, os advogados argumentaram:

(...) A aquisição do conjunto de dados armazenados pela Hub permite que o Grupo Magazine Luiza adote as mesmas estratégias implementadas até recentemente pelo Grupo Mercado Livre, seu principal concorrente, o que pode levar a um desvio ilegal de clientela e a um cenário de uniformização de práticas de mercado, em que o Grupo Magazine Luiza oferece ao mercado menos do que ofereceria em um cenário de plena competição, com claros prejuízos ao consumidor final.

104 CADE, 2021f.

105 CADE, 2021f.

106 MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA. Recurso em face do Despacho 383/2021 (CADE, 2021c).

De acordo com a petição do Mercado Pago, o Mercado Livre construiu sua base de clientes devido a sua eficiência econômica e atratividade em termos de plataforma. Para o Mercado Pago, o ato de concentração diz respeito ao acesso, aproveitamento e uso, pelo Grupo Magazine Luiza, de “informações concorrencialmente sensíveis” do seu maior concorrente, em especial dados transacionais de compras (endereço do estabelecimento comercial, compras de cada vendedor, dados sobre classificação econômica, código de compra, valor de compra), dados pessoais, como nome e CPF do comprador.

A decisão sobre o recurso focou exclusivamente na questão de acesso a dados, mas entendeu que não assistia razão ao Mercado Pago, porque (i) a operação não é relevante do ponto de vista concorrencial, o que torna questionável que dela possam resultar impactos anticompetitivos sobre os mercados afetados e (ii) porque existem salvaguardas de ordem contratual, legal e regulatória¹⁰⁷ suficientemente robustas para impedir que os dados sejam disponibilizados e explorados pela Magalu. A Conselheira Relatora entendeu que:

(...) as disposições da LGPD, em conjunto com as demais obrigações contratuais e regulatórias, intensificam os incentivos para que a Hub adote comportamentos conformes, ao passo em que mitigam os incentivos de que ela venha a atuar de forma diversa, tendo em vista as várias esferas em que pode vir a ser responsabilizada e penalizada pela exploração ilícita dos dados.

Dado que a Hub não possui queixas ou suspeitas sobre tratamentos indevidos aos dados a que tem acesso, não haveria indícios de que essas obrigações seriam desrespeitadas. Também foram feitas considerações sobre a mitigação dos riscos dada a possibilidade de anonimização desses dados, visto que não seria possível realizar estratégias de aliciamento perante clientes que não podem ser identificados.

107 As obrigações regulatórias referem-se às exigências do BACEN (Circular 3.978/2020; Circular 3.680/2013; Circular 3.683/2013) de que as instituições de pagamento têm de manter à disposição do regulador uma série de dados coletados por, no mínimo, dez anos. Essas obrigações regulatórias, no entanto, não autorizam essas instituições a dispor desses dados para qualquer outro fim que não aqueles regulatórios, nem mesmo transferi-los para terceiros não envolvidos na relação cliente e instituição. As obrigações contratuais firmadas entre Hub e Magalu corroboram com esse compromisso.

A Conselheira ainda justificou o porquê de não concordar com as proposições de remédios estruturais e comportamentais sugeridas pelo Mercado Pago. Estruturalmente, sugeriu-se a segregação dos dados relativos aos clientes do Mercado Pago, seguido da transferência desses dados a outra entidade que pudesse guardá-los pelo período regulatório determinado. Rejeita-se essa ideia porque (i) o Mercado Pago não demonstrou se isso é, de fato, possível em termos regulatórios e (ii) seria infactível separar da Hub todos dados de todas as entidades concorrentes da Magalu. Em termos comportamentais, sugeriu-se um reforço de cumprimento daquilo que as disposições contratuais, legais e regulatórias já previnem, cujo descumprimento “submeterá as Requerentes à responsabilização em variadas esferas, havendo, inclusive, a possibilidade de que se acione o controle de condutas para averiguar a ocorrência de prática anticompetitiva”.

Conforme consta na Certidão de Julgamento, o Plenário negou, por unanimidade, o provimento ao recurso e manteve a decisão de aprovação da operação sem restrições proferida pela Superintendência-Geral, no Despacho nº 383/2021, nos termos do voto da Conselheira Relatora. Embora a votação tenha sido unânime, na sessão de julgamento, o Conselheiro Luis Braidó, ao ressaltar a recente interação entre empresas financeiras e mercados varejistas no Brasil, deixou como recomendação a SG e ao Cade de maneira geral o estudo, análise e monitoramento de práticas de troca de informações sensíveis de empresas online.

A isto, respondeu o então Presidente do Cade, Alexandre Barreto de Souza, reforçando a importância do tema e de estudos - que já têm sido conduzidos pela autarquia-, mas chamando atenção para uma cautela referente às limitações de competência:

(...) Sabemos que a discussão sobre a utilização de dados nesse contexto de economia digital e seus reflexos concorrenciais devem, sim, ser objeto de preocupação por parte da autoridade antitruste e esse é um assunto de acalorado debate entre as agências antitruste mundo afora, em todos os fóruns de discussão esse tema vem à tona. Agora, no caso concreto, [...] o que foi trazido em sede de recurso é uma preocupação com eventual utilização inadequada de dados, com algum reflexo concorrencial. E esse aspecto, *a gente tem que ficar permanentemente atento para verificar em que momento se atrai a competência do Cade*. Me explico melhor: o uso indevido de dados por um concorrente, utilizando dados de outro, é um problema? Não tenho dúvida. É um problema concorrencial? Há que se verificar no

caso concreto. No caso em análise, eu não tenho de cabeça os dados de *share*, mas podemos afirmar inequivocamente que não há posição dominante nem antes nem após a operação, de forma que não havendo possibilidade de abuso de posição dominante, teríamos que refletir se seria o caso de atuação do Cade ou não.

Este caso também não foi notificado à ANPD e tem sido criticado pela literatura especializada pela análise pouco prudente diante das coerentes denúncias dos advogados do Mercado Pago. Zingales e Renzetti sustentam que:

Considerando que os dados são uma das forças motrizes por trás dos ecossistemas de plataforma digital, e que a fusão *Magalu/Hub* apresenta claras preocupações considerando os dados, uma análise mais prudente e cuidadosa dos potenciais efeitos anticompetitivos seria justificável. Por exemplo, seria interessante explicitar os usos potenciais de dados pessoais e transacionais, mesmo reconhecendo os obstáculos legais e técnicos ao uso fora do escopo das obrigações regulatórias impostas às instituições de pagamento.¹⁰⁸

Vale ressaltar que, apesar de a LGPD ter sido utilizada como um parâmetro normativo e regulatório que produziria contenção de ilicitudes e abusividades - uma mera pressuposição -, pouco se debateu sobre usos potenciais de dados pessoais e usos de informações “concorrencialmente sensíveis”. Caso as regras do Cade fossem invertidas - como sustenta Tommaso Valletti, que defende a inversão do *burden of proof* em atos de concentração deste porte¹⁰⁹ -, o resultado, em termos substanciais de discussões e análises empíricas, poderia ter sido outro.

5.3. CASO CLARO-SERASA (ATO DE CONCENTRAÇÃO 08700.006373/2020-6)

Este caso refere-se a um contrato de prestação de serviços entre a Claro S.A. (“Claro”) e Serasa Experian S.A. (“Serasa”), um bureau de crédito, visando à cessão de base de dados da Claro para a Serasa.

A Serasa, utilizando esses dados como insumos, deveria investir no desenvolvimento de tecnologias e soluções que pudessem agregar valor aos dados cedidos pela Claro. Embora a decisão não deixe público quais são os dados objeto desta cessão - o que foi objeto de debate pela

108 ZINGALES; RENZETTI, 2022, p. 35-36.

109 VALLETTI; ZENGER, 2019. KOKKORIS; VALLETTI, 2020.

Boa Vista S.A. (“Boa Vista”) -, a parceria previa uma relação de exclusividade: os dados fornecidos pela Claro, especificamente no âmbito do contrato, não poderiam ser compartilhados com concorrentes da Serasa, bem como a Serasa não poderia fornecer a concorrentes da Claro essas novas soluções e produtos desenvolvidos especificamente a partir dos dados cedidos.

Claro e Serasa argumentaram que a operação não suscitaria riscos de fechamento de mercado, pois (i) informações semelhantes podem ser obtidas de diversos outros players do mercado; (ii) mantém a independência das Requerentes na oferta de produtos e serviços em seus respectivos mercados; e (iii) viabiliza a oferta ao mercado de novos produtos e serviços, que terão sua qualidade aprimorada como resultado da operação.¹¹⁰

A decisão do Cade foi fundamentada com base no Parecer Técnico,¹¹¹ o qual definiu o mercado relevante como o de serviços de informações de crédito¹¹², mercado de dois lados (fontes e consulentes) em que os bureaus de crédito viabilizam “[...] uma avaliação mais precisa por parte das empresas interessadas em tomar decisões sobre gerenciamento de risco de crédito e de negócios”¹¹³ por meio de uma ampla base de informações dos usuários. Isto significa dizer que os insumos deste mercado são os dados dos usuários.

O Cade entendeu que as potenciais preocupações concorrenciais (principalmente o risco de sobreposição horizontal, por conta da atuação da Claro como fornecedora de dados aos bureaus de crédito, e de fechamento de mercado¹¹⁴ para bureaus concorrentes, por conta da

110 CADE, 2021e.

111 CADE, 2021e.

112 Mercado já analisado nos casos “Quod” (AC 08700.002792/2016-47) e “BoaVista/Equifax (Ato de Concentração nº08012.006726/2011-90) conforme citado no Parecer em questão.

113 CADE, 2021e.

114 Especificamente, a SG analisou o potencial risco concorrencial relativo ao fechamento de mercado para bureaus concorrentes das Requerentes e entendeu que essa possibilidade não seria confirmada em razão da aprovação da operação, principalmente pelo fato de que hoje não existem contratos vigentes entre a Claro e demais empresas para comercialização das informações as quais serão fornecidas de forma exclusiva para a Serasa, e também porque tanto as Requerentes quanto duas

previsão contratual de exclusividade), não apresentavam, no caso concreto, indícios de preocupações relevantes o suficiente para reprová-la operação.¹¹⁵

Apesar disso, movimento relevante aconteceu na Plenária, durante a 178ª Sessão Ordinária de Julgamento¹¹⁶, onde se julgava a proposta de avocação, proposta pela Conselheira Lenisa Rodrigues Prado¹¹⁷: o representante do Ministério Público Federal junto ao Cade, Waldir Alves, apontou a relevância do caso no que tange à natureza telefônica dos dados compartilhados, propondo que a decisão do tribunal do Cade fosse comunicada à Anatel e a ANPD.

Compartilhando da preocupação expressa pela Boa Vista de que a terminologia “dados” utilizada no formulário de notificação não permitiria a compreensão do contexto da operação, trouxe à tona o fato

das concorrentes consultadas no teste de mercado realizado por esta SG (QUOD e SPC Brasil) afirmam que dados dessa natureza podem ser obtidos por outros bureaux junto a outras prestadoras de serviço.

115 A Conselheira Lenise Prado, em seu voto, explicitou um conjunto de preocupações que deveriam ser aprofundadas pelo Cade: “[...] A Operação deve ser analisada como um joint venture contratual (e não como um contrato associativo, que é de notificação obrigatória apenas quando há concorrência no mercado objeto do contrato), deve ser aprofundada a análise de possibilidade de fechamento de mercado. A afirmação simplista de que os dados fornecidos pela Claro podem ser obtidos por outros bureaux por outras formas, e que atualmente ela não fornece os dados objetos da parceria para nenhum outro bureau, desconsidera questões importantes. A Serasa é a líder do mercado de serviços de informações de crédito negativo de pessoas físicas e jurídicas e a Claro é uma gigante das telecomunicações. Essa parceria daria a vantagem competitiva do pioneiro para a Serasa (que já detém provável posição dominante), em uma estrutura de mercado que pode funcionar como uma plataforma (com potencial negative feedback loop) em relação a um insumo valioso (os dados), que pode fortalecer as características de the winner takes all do mercado de plataforma; tudo isso protegido pela exclusividade contratual. Instrução adicional seria necessária para esclarecimento destes pontos e chegar a uma decisão mais robusta e mais segura por parte do CADE.”

116 CADE, 2021.

117 Conforme publicação no Diário Oficial da União, em 18 de junho de 2021, o Plenário, por maioria, não aprovou a proposta de homologação constante do Despacho Decisório nº 11/2021 e manteve a decisão da Superintendência-Geral, de aprovação da operação, sem restrições. Vencida a Conselheira Paula Azevedo, o Conselheiro Luis Braido e o Presidente do Cade.

desses dados serem regulados por legislação específica de telecomunicações que tratam do direito à privacidade¹¹⁸, o que deve ser protegido pela ANPD por força do art. 55-J, IV da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Isto é, como compete à ANPD a fiscalização e aplicação de sanções em caso de tratamento de dados pessoais realizado em descumprimento à legislação, no caso em tela, a legislação de telecomunicações também passa ser um objeto de proteção pela ANPD. O MPF argumentou que a Anatel e a ANPD deveriam se manifestar sobre potenciais violações aos direitos básicos dos consumidores, considerando que os dados seriam extraídos dos aparelhos celulares dos clientes da Claro, sem uma concepção clara sobre *quais dados seriam tratados* e para *quais finalidades*.

Em um “racha de quatro votos a três”¹¹⁹, o Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica aprovou o acordo entre Claro e Serasa, para uso dos dados de clientes da operadora pelo bureau de crédito. Mas, com base na colocação de Alves, o Plenário decidiu notificar o caso à Autoridade Nacional de Proteção de Dados e à Anatel. (DOU, Nº 113, sexta-feira, 18 de junho de 2021).

5.4. SÍNTESE DA ANÁLISE DOS CASOS

Como se observa nos três casos - *Stone-Linx*, *Magalu-Hub* e *Claro-Serasa* -, o Cade deparou-se com discussões complexas, que poderiam ser analisadas por uma intersecção mais robusta entre os valores normativos da proteção de dados pessoais e a defesa da concorrência, apesar dos esforços tangenciais de atores individualizados em trazer à tona algumas dessas preocupações.

Em nenhum desses casos, por exemplo, o valor central de autodeterminação informativa e do controle sobre o fluxo de dados pessoais é colocado como uma dimensão relevante para análise do aumento de bem-estar do consumidor, defendido pelo próprio direito concorrencial.¹²⁰ E, embora ainda não seja evidente para outras autoridades antitruste, também não é evidente, para o Cade, por que a privacidade

118 Especificamente: os artigos art. 3 e 19, VI e XIX da Lei de Telecomunicações (Lei 9.472/1997) e o artigo 3 da Resolução Anatel 632/2014.

119 GROSSMANN, 2021.

120 COLANGELO, 2019.

importa na análise sobre ilícitos concorrenciais e como ela pode ser utilizada como elemento de discussão sobre aumento de eficiências nos mercados para além de uma visão centrada em preço e utilidade monetária ao consumidor.¹²¹ Como defende Katherine Kamp:

(...) a coleta e uso de dados pessoais não é tanto um preço pago, mas um custo objetivo imposto aos consumidores no processo de transações digitais. A extensão desse custo é reflexo da qualidade do serviço em questão. Devemos estar mais preocupados com as consequências dessas revelações para os consumidores, do que com o que o fornecedor ganha com cada revelação incremental de dados do consumidor. Um problema crítico para os consumidores e para o processo competitivo é que, atualmente, esses custos estão ocultos e os consumidores quase não têm poder para resolvê-los. Além dos danos diretos ao bem-estar do consumidor, essas práticas de dados ocultos impedem criticamente a concorrência para melhorar a privacidade que, de outra forma, poderia melhorar o bem-estar do consumidor.¹²²

Na nossa avaliação, os casos evidenciam três importantes pontos. O primeiro seria uma dificuldade de mobilização dos argumentos de proteção de dados pessoais dentro das possíveis chaves de análise anti-truste, imposta fundamentalmente pelas limitações das regras e lógicas de investigações atuais. Com isso, não se quer dizer que o sistema concorrencial não comporte uma análise que leve em conta direito a proteção de dados como um pilar fundamental para a concorrência, mas somente que o olhar tradicional do antitruste não foi treinado para captar chaves de leitura da privacidade como parte do bem estar do consumidor ou da necessidade de um processo competitivo respeitoso aos direitos fundamentais como aspectos responsáveis por garantir a lisura do processo competitivo.¹²³

O segundo ponto consiste na percepção de uma utilização mais pontual, e de reforço argumentativo, da LGPD, especialmente para argumentar que a legislação traria compromissos normativos de contenção de abusividades. Por fim, o terceiro e último ponto consiste no reconhecimento de uma incerteza sobre como se articular institucional-

121 KEMP, 2020.

122 KEMP, 2020, p. 632.

123 Para um estudo sobre novas teorias do dano, incluindo (i) aumento de preços não monetários, (ii) redução de qualidade pela violação à privacidade, (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, (iv) preferência por serviços e produtos próprios, ver KIRA; COUTINHO, 2021, p. 82-103.

mente com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, um desafio que se apresenta para ambas as entidades e que esperamos que deva ser equilibrado com o amadurecimento da discussão, a partir das reflexões aqui propostas. O ACT, nesse sentido, não se encerra como ato final e acabado. Ele inaugura oportunidades para um detalhamento maior de como as competências podem ser articuladas em casos onde uma avaliação sobre novos tipos de danos são cabíveis para uma decisão do Cade. Será diante de casos concretos, como “Claro-Serasa”, que essa nova dinâmica poderá ser colocada em marcha. Isso pode cumprir um objetivo normativo previsto na LGPD de articulação com órgãos e entidades com competências sancionatórias (Art. 55-K, Parágrafo único, Lei 13.709/2018, incluído pela Lei 13.853/2019).

6. CONCLUSÃO

A aproximação do Cade com a proteção de dados pessoais é uma questão complexa que se apresenta em camadas multiníveis. Em uma camada, é possível observar uma movimentação por parte do DEE e uma movimentação acadêmica relevante, por meio da produção de estudos, *benchmarkings*, notas técnicas e documentos de avaliação da experiência de outras autoridades. Em outra, embora não se possa falar exatamente de um movimento, não há uma total inércia do tribunal quanto às problemáticas de proteção de dados e privacidade nos atos de concentração que envolvem o manuseio ou transferência de dados pessoais, contrariando a hipótese inicial de nossa pesquisa.

Enquanto esse primeiro movimento indica interesse, perplexidade e curiosidade intelectual por parte do Cade em avaliar em que medida o debate sobre proteção de dados pessoais pode informar o campo do direito concorrencial, esse segundo aceno parece demonstrar uma preocupação tímida e incipiente sobre como enfrentar os desafios impostos pela dinâmica dos mercados digitais - que inevitavelmente agrupam, simultaneamente, questões concorrenciais e de proteção de dados pessoais.

Ainda que tal preocupação seja incipiente e que o sistema de concorrência tenha sido pensado para lidar com outra dinâmica mercadológica, entendemos esse começo de movimento do tribunal como um passo tímido, mas extremamente relevante. Este artigo partiu de uma hipótese binária: ou o Cade estaria ativamente promovendo reformas

institucionais e normativas a fim de abarcar no ferramental antitruste preocupações com privacidade e proteção de dados pessoais, ou a autarquia estaria numa posição inerte. O estudo dos casos jogou luz à complexidade da questão e, assim, é lógico fugir, também, de uma conclusão binária: esse começo de movimento, descoordenado, irregular, individualizado e cheio de contradições, embora não seja suficiente, é, sim, fundamental.

Há muito mais a ser feito e aprofundado e é cedo para uma análise crítica, principalmente considerando a natureza incipiente das colaborações entre Cade e ANPD. No entanto, corroborando com os argumentos de juristas como Beatriz Kira, Lucas Griebeler da Motta, Filippo Lancieri, Bruno Renzetti e Nicolo Zingales, entendemos que o Cade pode ampliar seu repertório conceitual e analítico e pode ter uma aderência maior aos problemas colocados pelos mercados digitais intensivos em dados, inaugurando um diálogo mais profundo e significativo sobre proteção de dados pessoais.

Essa movimentação pode fazer com que o Cade supere “uma limitação na capacidade de compreender os pontos de intersecção entre privacidade e antitruste”¹²⁴ e, assim, consiga responder de maneira mais acertada às ameaças à concorrência geradas pelos mercados digitais. A aproximação do Cade com a proteção de dados pessoais não precisa ser acelerada e atabalhoada. A complexidade das “inter-relações” exige, de fato, movimentos cuidadosos e um ajuste gradual das lentes analíticas. Trata-se de uma questão complexa que veio para ficar e renderá amplos debates.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANPD, ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica, ANPD, jun. 2021
- ANPD, ANPD e CADE assinam acordo de cooperação na próxima quarta-feira, ANPD, mai. 2021a.
- ANPD. WhatsApp se compromete a colaborar com Cade, MPF, ANPD e Senacon em relação à nova política de privacidade, ANPD, mai. 2021c
- BANK, Max; DUFFY, Felix; LEYENDECKER, Verena; SILVA, Margarida.
The Lobby Network: Big Tech's Web of Influence in the EU.
Brussels: Corporate Europe Observatory, 2021, p. 5-10.

124 ROCHA; CHAKMATI, 2020, p. 144.

- BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira. **Antitrust and regulatory remedies in an increasingly innovative financial services sector in Brazil**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2021.
- CADE, 178ª Sessão Ordinária de Julgamento. mai. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=908r__Be9Cs&tab_channel=ConselhoAdministrativodeDefesaEcon%C3%B4mica-Cade .
- CADE, Acordo de Cooperação Técnica n. 05/2021, Processo n. 08700.002088/2021-51. SEI n. 0902290. Brasília, mai. 2021a
- CADE, Cade contrata consultores técnicos para elaboração de estudos, CADE, dez. 2020
- CADE, Departamento de Estudos Econômicos do Cade comemora 12 anos, CADE, set. 2021b
- CADE, Despacho SG n. 383/2021, Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, Decisão de mar. 2021c
- CADE, Parecer 4/2021/CGAA2/SGA1/SG, Processo: 08700.003969/2020-17, mar. 2021d.
- CADE, Parecer 10/2021/CGAA2/SGA1/SG, Processo 08700.006373/2020-61, mai. 2021e
- CADE, Parecer 88/2021/CGAA5/SGA1/SG, Processo 08700.000060/2021-80, mar. 2021f
- CADE, Voto-vogal, Ato de nº 08700.003969/2020-17, Conselheira Lenisa Prado, 16 de jun. 2021g.
- COLANGELO, Giuseppe. Antitrust über alles. Whither competition law after Facebook?. **World Competition**, v. 42, n. 3, 2019.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Digital Comparison Tools Market Study: final report**. London: CMA, 2017.
- COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. **Online Platforms and Digital Advertising Market Study**. London: CMA, 2019.
- COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. **Common Market Law Review**, v. 54, p. 11-50, 2017.
- CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era. Report for the European Commission**, Brussels: European Commission, 2019.
- DA SILVEIRA, Paulo Burnier; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE's Decision and Takeaways for Digital Economy Issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019.
- DAVIS, Kevin E. Regulation of technology transfer to developing countries: the relevance of institutional capacity. **Law & Policy**, v. 27, n. 1, p. 6-3
- DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

- DONEDA, Danilo; ZANATTA, Rafael. Personality rights in Brazilian data protection law: a historical perspective. In: ALBERS, Marion; SARLET, Ingo (org.). *Personality and Data Protection Rights on the Internet*. Springer, Cham, 2022, p. 35-53.
- EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. *Official Journal of the European Union*, C. 265/6, p 1-20, 2008.
- FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Direito Público**, v. 17, n. 93, 2020.
- GRIEBELER DA MOTTA, Lucas. **Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil**. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021
- GROSSMANN, Luis. Com divisão interna, Cade aprova venda de dados de clientes da Claro para Serasa, **Convergência Digital**, 18/06/2021.
- KEMP, Katharine. Concealed data practices and competition law: why privacy matters. **European Competition Journal**, v. 16, n. 2-3, p. 628-672, 2020.
- KERBER, Wolfgang; ZOLNA, Karsten K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. **European Journal of Law and Economics**, p. 1-34, 2022.
- KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo. Ajustando as Lentes: novas teorias do dano para as plataformas digitais, *Revista de Direito da Concorrência*, v. 9, n. 1, junho, 2021, p. 82-103.
- KIRA, Beatriz; SINHA, Vikram; SRINIVASAN, Sharmadha. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, 2021.
- KLEIN, Vinicius; DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo. Quem tem medo de Lina Khan?, **Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, p. 309-331, set/dez, 2021
- KOKKORIS, Ioannis; VALLETTI, Tommaso. Innovation considerations in horizontal merger control. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 16, n. 2, p. 220-261, 2020.
- LANCIERI, Filippo; SAKOWSKI, Patrícia. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**, Documento de Trabalho n. 005/2020. CADE: Brasília, 2020.
- MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA. **Recurso em face do Despacho nº 383/2021** da Superintendência-Geral do Cade. Ato de Concentração n208700.000059/2021-55, 05 de abril 2021.
- MPF; SENACON; CADE; ANPD. **Recomendação n. 03/2021**. Certificação PGR-00158819/2021. Brasília, 07/05/2021.
- PONCE, Paula Pedigoni. Direito à portabilidade de dados:: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, p. 134-176, 2020

- RAFFOUL, Jacqueline. **Benchmarking internacional sobre as instituições de defesa da concorrência e de proteção de dados**. Brasília: CADE, 2021.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de direito da concorrência**, v. 6, n. 2, p. 1-7, 2005.
- ROCHA, Daniel Favoretto; CHAKMATI, Marina. Antitruste e Privacidade: PEREIRA NETO, Caio Maio (org.). Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p. 144.
- SARLET, Ingo Wolfgang; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Estudos sobre Proteção de Dados pessoais. São Paulo: Saraiva Educação, 2022
- SHAPIRO, Carl. Antitrust in a Time of Populism. **International Journal of Industrial Organization**, v. 61, p. 714-748, 2018
- VALLETTI, Tommaso; ZENGER, Hans. Increasing market power and merger control. **Competition Law & Policy Debate**, v. 5, n. 2, p. 40-49, 2019.
- WRIGHT, Joshua; PORTUESE, Aurelien. Antitrust populism: towards a taxonomy. **Stanford Journal of Law Business & Finance**, v. 25, p. 131-182, 2020.
- ZANATTA, Rafael; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, v. 33, p. 421-446, 2019
- ZANATTA, Rafael; RENZETTI, Bruno. Proteção de dados pessoais e direito concorrencial: razões de aproximação e potencialidades de pesquisa. **Revista Fórum de Direito da Economia Digital**, Belo Horizonte, v. 3, p. 141-170, 2019
- ZINGALES, Luigi; ROLNIK, Guy; LANCIERI, Filippo (org). **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report**. Chicago: University of Chicago, 2019.
- ZINGALES, Nicolo; RENZETTI, Bruno. Atos de Concentração e Ecossistemas de Plataforma Digital: Revisão da Experiência Brasileira. Texto de Discussão, **Social Science Research Network**, 2022, p. 48.

OBJETIVOS DO ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS: A (RE) CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA CONCORRENCIAL

Anna Binotto¹²⁵

Marcela Mattiuzzo¹²⁶

125 Bacharel em direito e doutoranda em Direito Comercial pela USP. Advogada. Membro da Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação da OAB/SP e gerente de projetos na rede Women in Antitrust.

126 Sócia de VMCA Advogados nas áreas de concorrência e proteção de dados. Doutoranda em Direito Comercial na USP, mestre e bacharel em direito pela mesma instituição. Coordenadora do Núcleo de Direito Concorrencial e Economia Digital da FDUSP e do GT LGPD do Comitê de Mercados Digitais do Ibrac. Foi assessora e chefe de gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e visiting researcher na Yale Law School. Foi professora do curso “Dados, mercados digitais e concorrência”, promovido pelo Data Privacy Brasil e pelo Idec em 2021.

RESUMO O artigo visa discutir os *objetivos do direito antitruste* – ou, de forma mais ampla, da política de defesa da concorrência, frente aos desafios impostos pela economia digital. Essa discussão voltou ao centro do debate público e da agenda política internacional impulsionada pela preocupação em adaptar as ferramentas tradicionais do antitruste às novas instigações apresentadas pela economia digital.

PALAVRAS-CHAVE

Mercados digitais. Antitruste. Direito Concorrencial. Políticas públicas.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Um passo atrás: localizando o debate. 3. A economia digital entre críticas e dilemas. 4. Revisão do papel da defesa da concorrência: o que queremos do antitruste.

1. INTRODUÇÃO

A economia digital impôs ao direito antitruste diversos desafios. Não à toa tem-se reconhecido que se trata de um dos assuntos mais relevantes no campo, no Brasil e no mundo (AZEVEDO, 2020). São muitos os desdobramentos deste debate¹²⁷: aspectos institucionais, relacionados, por exemplo, à capacidade técnica e à existência de recursos disponíveis às autoridades de defesa da concorrência, e também materiais, voltados mais propriamente à identificação de novas formas de comportamento anticompetitivo e, conseqüentemente, de novas “teorias do dano” (ou seja, a descrição estruturada das razões pelas quais uma determinada ação pode afetar negativamente a concorrência (COUTINHO; KIRA, 2021), entre outros.¹²⁸

Mas uma parte relevante dessas alterações diz respeito a um debate mais amplo e, talvez mais etéreo: aquele sobre os *objetivos do direito antitruste* – ou, de forma mais ampla, da política de defesa da concorrência. São muitas as perguntas que se colocam, mas poderíamos resumi-las, basicamente em: A que serve essa política? Quais interesses ela deve tutelar? Quais resultados práticos deve perseguir? Quais resultados e externalidades são toleráveis como seu produto?

É verdade que o debate a respeito dos objetivos do antitruste é antigo. Mas, na última década e, particularmente, nos últimos anos, a

127 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por seu Departamento de Estudos Econômicos, produziu um documento de trabalho que delinea estes desdobramentos no cenário brasileiro (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020).

128 Bruno Becker e Marcela Mattiuzzo sugerem, dentre estes desdobramentos “a título meramente ilustrativo, e utilizando a tradicional classificação do direito da concorrência entre controle de estruturas, repressão a condutas coordenadas e repressão ao abuso de posição dominante, pode-se listar alguns desses desafios: (i) práticas comerciais antes não existentes produzem efeitos competitivos desconhecidos e/ou ambíguos; (ii) o acesso a informações e o uso de algoritmos permitiram preços mais dinâmicos, desafiando paradigmas de condutas coordenadas; e (iii) a disrupção tecnológica de pequenas empresas e a maior velocidade nos ciclos tecnológicos levaram a questionamentos sobre a metodologia mais adequada para a análise de atos de concentração no âmbito do controle de estruturas.” (BECKER; MATTIUZZO, 2020, p. 42).

discussão voltou ao centro do debate público e da agenda política internacional, sobretudo impulsionado pela preocupação em adaptar as ferramentas tradicionais do campo às novas instigações apresentadas pela economia digital.

No centro da produção técnica e acadêmica sobre o tema – Estados Unidos da América (EUA) e Europa – o debate tem dividido estudiosos. De um lado, há aqueles que propõem um alargamento das funções e objetivos do antitruste, atribuindo-lhe papel central em uma nova economia política capaz de diluir estruturas de poder concentrado e desigualdades socioeconômicas (KHAN, 2020; KHAN; VAHEESAN, 2017). De outro, há aqueles que sugerem que o antitruste deve manter sua função instrumental de orientar a organização industrial, corrigindo falhas de mercado, apenas na medida do estritamente necessário – qualquer alargamento de sua função daria ao antitruste um caráter populista e não técnico (DORSEY et al., 2020). Este último discurso parece sugerir que se o antitruste for pautado pelos princípios econômicos da organização industrial, o *enforcement* concorrencial continuaria sendo feito nos mesmos padrões que vem sendo seguidos desde os anos 1970, depois da ascensão da Escola de Chicago: de forma excepcional, pontual e limitada à correção das falhas do livre mercado.

Essa narrativa é problemática porque ignora um fato notório para qualquer estudioso das ciências econômicas: a economia não é nem nunca foi uma ciência exata, mas sim uma ciência social. Como tal, há diversos debates e linhas distintas, mesmo dentro do que se convencionou chamar organização industrial. Os pressupostos econômicos defendidos pela Escola de Chicago e, em boa medida, abraçados pela política antitruste mundo afora não são fatos do mundo natural, descobertas científicas como a gravidade ou a relatividade. São construções teóricas, que como tal estão inseridas num contexto, partem de uma determinada visão de mundo e, mais importante, fazem parte de uma teoria mais ampla pautada por um projeto específico não só voltado a explicar o funcionamento de fenômenos sociais, mas fundamentalmente voltado a pautar o comportamento social de uma forma bastante específica; esse projeto é o neoliberalismo.

Esse artigo buscará, nas próximas páginas, refletir sobre o debate em torno dos objetivos do antitruste partindo dessa perspectiva.

2. UM PASSO ATRÁS: LOCALIZANDO O DEBATE

No clássico “O Nascimento da Biopolítica”, (FOUCAULT, 2008), uma das principais referências sobre o tema, Foucault esclarece que uma das principais diferenças do neoliberalismo para o liberalismo clássico é a adoção da liberdade econômica não só como um direito dos indivíduos ou uma zona que deveria ser garantida pelo Estado como fora do seu espaço de interferência, mas como efetivamente legitimadora do próprio Estado. Assim, na Alemanha do pós 2ª Guerra Mundial, a ideia do desenvolvimento econômico foi produtora de soberania, e esse fator foi essencial para o surgimento do neoliberalismo alemão que se seguiu. Esse movimento, que ficou depois conhecido como ordoliberalismo, pretendia, “adotar a liberdade de mercado como princípio organizador e regulador do Estado, desde o início da sua existência até a última forma das suas invenções” (FOUCAULT, 2008, p. 158–159). Mas para conseguir atingir esse resultado era preciso entender o mercado como algo diferente daquilo que era até então compreendido pelos liberais do século XVIII. Assim, o mercado deixa de ser o espaço da troca de bens e passa a ser o espaço da concorrência; a manutenção da concorrência, por sua vez, não se dá pela observância do *laissez-faire* porque – e nisso os ordoliberais divergem de forma essencial dos seus antecessores – a concorrência não é um dado do mundo, ela é um “princípio de formalização”, que “só aparecerá e só produzirá seus efeitos sob certo número de condições cuidadosa e artificialmente preparadas” (FOUCAULT, 2008, p. 163–164). O papel do Estado nesse processo seria central, servindo para limitar a atuação dos entes privados a fim de garantir a manutenção do espaço de competitividade, impedindo a formação de monopólios (visto até então como o desestabilizador maior da concorrência).

Entretanto, ainda que o ordoliberalismo tenha de fato se enveredado por esse caminho, o pensamento neoliberal austro-americano (que Foucault costuma denominar anarcocapitalismo) seguiu um rumo bastante diferente. Passou-se a sustentar que a intervenção do Estado deveria ser muito mais tímida, na medida em que a ameaça principal à concorrência - a prática de preços de monopólio – nunca poderia efetivamente se concretizar. Isso porque a prática desse preço expõe o agente monopolista “ao aparecimento de um fenômeno concorrencial

que se aproveitará da existência desses preços abusivos de monopólio para contrabalançar o monopólio” (FOUCAULT, 2008, p. 188).

Pois bem, mas se o Estado não intervém na economia a fim de garantir a manutenção da concorrência, resta saber afinal qual é o papel que desempenha nesse arranjo para permitir que a concorrência continue sendo o fiel da balança. De forma muito resumida, seria possível dizer que o Estado neoliberal se constrói como garantidor de uma estrutura institucional apta a preservar a propriedade privada, o livre mercado e o livre comércio, e é estruturado mormente para, de um lado, garantir o funcionamento dos mercados onde eles já existem, e, de outro, para criá-los onde eles ainda não foram estabelecidos (HARVEY, 2008, p. 12).

É partindo da base teórica neoliberal que, entre as décadas de 1970 e 1980 o mundo passou por uma convergência de fatores históricos que permitiu que essa forma de pensar ganhasse fôlego político. Na esfera jurídica, partindo também nos centros que impulsionaram a difusão do pensamento neoliberal, este pensamento se alastrou a diferentes campos, afetando de forma relevante a construção teórica e a aplicação prática do direito (BRITTON-PURDY et al., 2020, p. 1800–1806).

O direito antitruste não é exceção: na verdade, é um dos principais exemplos. A famosa Escola de Chicago representa justamente o desenvolvimento teórico de limitação do papel do Estado na regulação da concorrência, acompanhado da alta tolerância à formação de monopólios e estruturas de concentração de poder econômico (MIOLA, 2016, p. 655–656).

Robert Bork é notoriamente um dos principais precursores deste desenvolvimento. Em artigo publicado em co-autoria com Ward S Bowman Jr., no volume da *Columbia Law Review* de 1965 “*Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy*” (BORK, BOWMAN JR, 1965), muito antes do famoso *The Antitrust Paradox* consolidá-lo como grande referência conservadora no antitruste, Bork já esclarecia seu pensamento sobre o papel do antitruste. O primeiro parágrafo do texto diz que o antitruste tem vacilado “entre uma política para a preservação da concorrência e uma política para a preservação de concorrentes em relação a seus rivais mais enérgicos e eficientes” (BORK, BOWMAN JR, 1965, p. 363).

Os autores destacam que a tendência de privilegiar essa segunda leitura – que consideravam estar então em curso nos EUA – era não apenas incorreta, como efetivamente perigosa e altamente maléfica para a economia como um todo. Segundo eles, “o perigo advém de um equívoco fundamental e generalizado sobre a natureza e as virtudes do processo competitivo” (BORK, BOWMAN JR, 1965, p. 364). O processo competitivo, vale destacar, passou a ser compreendido em função da preservação da máxima eficiência¹²⁹ e do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), medido essencialmente pela redução dos preços pagos e do aumento da oferta (não se confundindo, portanto, com outras métricas tais quais garantia de emprego, acesso a serviços públicos, ou qualquer política típica de um estado de bem-estar social).

Ocorre que, se esse pensamento era não só teoricamente muito bem fundamentado como também convidativo naquele momento, ele tornou-se paulatinamente menos convincente com a passagem do tempo. Como dito, o pensamento de Bork e de muitos de seus seguidores foi amplamente adotado – em especial porque, além de desenvolverem uma teoria sobre como o *enforcement* antitruste deveria ser distinto, esses autores efetivamente preocuparam-se em detalhar como a análise das mais diversas condutas anticompetitivas deveria ser levada a cabo e desenvolveram ferramental econômico para isso. Mas com a chegada dos anos 2010, cerca de 30 anos depois do lançamento do *The Antitrust Paradox*, a realidade de certa forma se impôs. O crescimento econômico certamente foi observado mundo afora, mas, ao mesmo tempo, as desigualdades sociais foram enormemente ampliadas. Aos poucos, ganharam força movimentos de questionamento dos objetivos do antitruste como definidos por Chicago.

129 “Each productive resource moves to that employment where the value of its marginal product, and hence the return paid to it, is greatest. Output is maximized because there is no possible rearrangement of resources that could increase the value to consumers of total output. Competition is desirable, therefore, because it assists in achieving a prosperous society and permits individual consumers to determine by their actions what goods and services they want most.” (Bork & Jr, *The Crisis in Antitrust*, 1965, p. 365).

3. A ECONOMIA DIGITAL ENTRE CRÍTICAS E DILEMAS

O estopim dos movimentos de questionamento se deu com o fortalecimento e consolidação da economia digital. Especialmente a partir do momento em que companhias estadunidenses se firmaram enquanto plataformas globais, estruturadas na forma de grandes conglomerados (LIM, 2020), capazes de influenciar o comportamento de muitos usuários em muitos países, elas ganharam preponderância e maior atenção.

Uma característica essencial dessas plataformas é o fato de que vários de seus mercados são de preço zero, ou seja, mercados nos quais o usuário não paga um valor pecuniário pelo serviço ofertado, mas geralmente dispõe de algum outro elemento a fim de ter acesso àquele ambiente – é o caso de redes sociais e serviços de busca, mas também de servidores de e-mail, serviços de guarda de imagem, entre outros. Esse tipo de modelo de negócio é particularmente complexo para análises antitruste porque boa parte do ferramental teórico desenvolvido pela teoria econômica usa por base a variável preço.¹³⁰

Por exemplo, se há uma exclusividade de fornecimento entre duas empresas que efetivamente diminui preços no mercado, ainda que esse contrato aumente barreiras à entrada de outros agentes, é muito mais simples mensurar o impacto para o consumidor e argumentar que aquele movimento é benéfico para a concorrência. Na medida em que essa variável preço deixa de ser observável enquanto diferenciador, dois movimentos de certa forma paradoxais ocorrem: de um lado, passa-se a argumentar que o consumidor só estará sendo prejudicado nesse tipo de mercado em circunstâncias muito excepcionais, e no mais das vezes estará sendo beneficiado – afinal ele tem acesso a um grande número de bens e serviços sem custo adicional; de outro, enquanto a importância das plataformas cresce nas sociedades e elas passam a intermediar ou fazer parte de um número cada vez maior de interações relevantes, passa-se a questionar o seu poder (inclusive econômico).

130 Vale ressaltar que a teoria econômica neoclássica na qual o antitruste está em boa medida pautado não entende que o preço seja a única variável relevante da análise antitruste. A questão é que ele é o parâmetro de análise por excelência, em especial porque sua universalidade traz maior certeza e previsibilidade. Mas é importante destacar que os teóricos da Escola de Chicago, inclusive Bork, nunca defenderam que um mercado saudável seria aquele com menores preços, unicamente, e nem que o desenvolvimento posterior da teoria não reconheceu a relevância de variáveis como inovação, qualidade etc.

É nesse contexto que a economia digital é colocada na literatura como grande ilustração das limitações e contradições do antitruste preconizado pela Escola de Chicago. É a partir de reflexões sobre seus desafios que se alastraram os debates sobre revisão dos objetivos da política de defesa da concorrência. Trabalhos relevantes como os de Tim Wu e Lina Khan (assim como muitos outros) publicados nos últimos cinco anos são exemplos relevantes nesse sentido.

Tim Wu é responsável por uma das principais reflexões sobre a monopolização dos mercados digitais e seus efeitos para a política antitruste estadunidense, jogando luz, por exemplo, sobre a crença – até então extremamente dominante – de que a concorrência seria inerente a mercados altamente inovativos (estaria “a um *click* de distância”) e que não haveria espaço para monopolização (WU, 2018a, p. 87–88). Lina Khan, por sua vez, famosamente estudou o caso da Amazon para sintetizar as lacunas deixadas pelo antitruste tradicional, incapaz de fazer frente à arquitetura do poder econômico na economia moderna (KHAN, 2017). Em linha similar, é relevante notar o trabalho de Frank Pasquale, propondo uma série de interpretações alternativas à visão *mainstream* (ou neoliberal) ao que chama de capitalismo de plataformas (PASQUALE, 2016), e os trabalhos de Sandeep Vaheesan sobre a relação entre direito e economia do antitruste, de um lado, e política, de outro, com especial enfoque para as atividades das grandes empresas que dominam o mercado digital (VAHEESAN, 2014, 2018).

Não cabe aqui propriamente analisar se esses autores estão plenamente corretos em suas críticas nem se as propostas por eles feitas são efetivamente mais sólidas do ponto de vista teórico e desejáveis enquanto política pública, mas é inegável que sua crítica às interpretações classicamente dadas ao direito antitruste estadunidense ganhou muito fôlego nos últimos anos, sobretudo pela consolidação do que se convencionou chamar de *new brandeis movement* ou neobrandesismo¹³¹. Em breve resumo, os trabalhos do neobrandesiano têm em comum alguns elementos: (i) a compreensão de que a contenção ao poder econômico e à monopolização da economia é essencial à conso-

131 Em referência a Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos EUA entre as décadas de 1910 e 1930, “a strong proponent of America’s Madisonian traditions— which aim at a democratic distribution of power and opportunity in the political economy” (KHAN, 2018, p. 131).

lidação de uma sociedade democrática; (ii) que essa agenda vai muito além do direito antitruste (é o que chamam de uma agenda “antimonopólios” ou *antimonopoly*), e tem implicações jurídicas, econômicas e políticas; (iii) o entendimento de que ela não está voltada, necessariamente, a uma cruzada contra grandes empresas; (iv) mas que ela tem foco na garantia de um processo competitivo, afastando-se da noção de *consumer welfare* estritamente baseada em promoção de eficiência alocativa e redução de preços, como sugeria a Escola de Chicago; e (v) um afastamento da noção de que as “forças do mercado” se autorregulam (KHAN, 2018). Logo se vê que se trata de uma agenda que contesta a “virada” neoliberal que mencionamos acima (KHAN, 2020, p. 1665).

O neobrandeisianismo surgiu, inclusive, apelidado de *hipster* antitruste. O apelido foi dado pelos seus críticos, que argumentam que o movimento representaria uma espécie de nostalgia à era pré-Chicago (MEDVEDOVSKY, 2018), pois seus autores estariam se opondo a todo o desenvolvimento teórico e prático em direito, economia e *enforcement* antitruste construído desde então. Com isso, estariam buscando recuperar o uso da política antitruste como uma política essencialmente populista (DORSEY et al., 2020),

O discurso de que a política antitruste se desenvolveu, muito por conta dos desenvolvimentos da Escola de Chicago, como algo previsível, coerente e, manejável (“*workable*”) (WRIGHT et al., 2019, p. 369) é, em boa medida, verdadeiro. Realmente, o desenvolvimento do ferramental econômico – especialmente da teoria da organização industrial, acoplada à economia neoclássica e ao neoinstitucionalismo – e mais propriamente da aplicação desse ferramental à política pública antitruste são resultados de esforços dos teóricos da Escola de Chicago. Para muito além dos EUA, este ferramental passou a ser empregado por autoridades antitruste ao redor do mundo, promovendo, ao menos nessa dimensão material, algum grau de convergência e segurança jurídica (SAKOL; BLAIR, 2013; SOKOL, 2007). A suposta rejeição à técnica econômica e da política antitruste do tipo *evidence-based*, para perseguir objetivos supostamente populistas,¹³² colocando em risco

132 Dizemos supostamente, porque, em muitas ocasiões, a palavra populista é usada de forma bastante imprecisa. Não é correto (e nem honesto intelectualmente) dizer que qualquer resultado que beneficie a população é populista, ainda que esse seja um erro muito comum na literatura (e talvez especialmente na imprensa).

essa convergência, é uma das principais críticas aos neobrandesianos (WRIGHT et al., 2019, p. 295).

A disputa que se colocou entre pretensões revisionistas do direito e da política antitruste, culminando entre expoentes e críticos do movimento neobrandeiano, entretanto, pode suscitar um dilema, na prática, inexistente (ou, no mínimo, fraco). Em primeiro lugar, é preciso ressaltar uma vez mais que a economia não é nem nunca foi uma ciência exata capaz de fornecer respostas inquestionáveis aos problemas de que se ocupa. Pelo contrário, a economia é uma ciência social, que como tal possui correntes de pensamento, dissenso, e acalorados debates a respeito de qual é o melhor modelo de descrição da realidade e de como as mais diversas variáveis se relacionam e afetam a sociedade. Assim, meramente afirmar que o problema do neobrandeianismo é ignorar a ciência econômica parece um tanto quanto exagerado, afinal abandonar o bem-estar do consumidor não significa necessariamente abandonar qualquer parâmetro econômico como norteador do debate concorrencial. Esta afirmação ignoraria inclusive a existência de desenvolvimentos posteriores àqueles de Chicago, que foram bem sucedidos em questionar aquilo que Bork definiu como *consumer welfare*, e reposicionar essa ideia (HOVENKAMP, 2019, p. 110).

Também é verdade, no entanto, que até o presente momento os neobrandeianos não foram capazes de oferecer um ferramental decisório tão simples e objetivo como o de Chicago e que as premissas por eles defendidas podem sim desembocar em uma aplicação pouco cuidadosa do antitruste. Não parece razoável afirmar, porém, que a ideia neobrandeiana como um todo não se sustenta apenas por essa razão. Afinal, em boa medida o que esse movimento representa é um apelo para a retomada da economia política como central na agenda concorrencial e para o reconhecimento definitivo do antitruste enquanto política pública – uma realidade óbvia que, no entanto, é negligenciada ou lateralizada em diversas jurisdições, inclusive no Brasil.

Isso não significa tampouco que abraçar uma agenda “politizante” do antitruste seja um caminho proveitoso. Como dito, é extremamente comum que se argumente que substituir a previsibilidade dos modelos decisórios atuais (por menos ideais que sejam) por uma discricionariedade exacerbada e pouco clara das autoridades na promoção genérica da competição não faz sentido. O que se tem visto – e talvez esse caminho esteja ainda pouco delineado – é um movimento que busque

colocar o “processo competitivo” (WU, 2018b), no centro da agenda antitruste, ao invés do *consumer welfare*. Para além das dificuldades teóricas de se desenvolver esta ideia, inclusive à luz da compreensão ordoliberal da concorrência enquanto “princípio de formalização”, colocam-se diversas dificuldades práticas para lidar com casos concretos sujeitos ao *enforcement* antitruste. Entendemos que esse desafio, realmente, ainda está por ser endereçado pelos neobrandeisianos.

4. REVISÃO DO PAPEL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O QUE QUEREMOS DO ANTITRUSTE

Se o que pretende a corrente neobrandeisiana é ressignificar o processo competitivo e colocá-lo novamente no centro das preocupações – talvez de forma semelhante ao que foi feito anteriormente pelos ordoliberais – resta saber qual seria o resultado dessa empreitada no que diz respeito à política de defesa da concorrência atual. O que significa, afinal, privilegiar o processo competitivo? Qual o impacto concreto na análise de atos de concentração econômica (ou seja, negócios e transações sujeitos à aprovação prévia da autoridade de defesa da concorrência)? E na análise de condutas com objeto ou efeitos anticompetitivos?

Boa parte das propostas oriundas da agenda neobrandeisiana indicam, pelo menos de momento, para a construção de um ferramental regulatório e não efetivamente antitruste – ou seja, são endereçamentos focados em propostas legislativas que identificam categorias *ex ante* e buscam regular o mercado como um todo, ao invés de focar em práticas comerciais *ex post* e em condutas específicas de agentes econômicos específicos. De fato, mencionamos acima que o movimento teórico neobrandeisiano se coloca como proposta que excede o direito e política antitruste, objetivando uma agenda mais ampla, portanto esse movimento não nos parece contraditório ou deslocado.

Não é possível negar, no entanto, que ainda há um desafio a ser superado. A política antitruste está, por óbvio, inserida no bojo de uma política econômica muito mais abrangente. É por essa razão, inclusive, que faz sentido dizer que o antitruste é, na verdade, parte da política de defesa da concorrência de um país – que em regra significa a mobilização de um arsenal mais numeroso e robusto de ferramentas. Mas também é inevitável reconhecer que as autoridades antitruste em todo

o mundo mobilizam um arsenal específico, por meio de um sistema decisório igualmente específico e bem delineado, e que esse processo de resignificação da concorrência passa, ao menos parcialmente, por refletir sobre qual será o papel desses atores em particular.

Quando nos voltamos ao tema dos mercados digitais, e do papel da política de defesa da concorrência e do direito antitruste em sua regulação, não podemos nos distanciar do debate colocado acima: a revisão dos seus objetivos como forma de adaptar o antitruste à nova realidade social, política e econômica imposta pelos debates digitais deve ser lida em conjunção ao movimento mais amplo de contestação das suas bases.

É inevitável concluir que se o que se quer com essa agenda é transformá-la e retirar do antitruste o papel de mero braço do Estado enquanto garantidor de regras do jogo, como pretendem os neoliberais. Na verdade, busca-se conferir-lhe um papel muito mais amplo seja no atingimento de uma sociedade mais igualitária, na diminuição da concentração e das desigualdades de renda, na sustentabilidade dos meios de produção, da diluição das estruturas concentradas de poder econômico etc. Os desdobramentos dessa constatação para a regulação dos mercados digitais são imensos (BRITTON-PURDY et al., 2020, p. 1830).

O resultado prático para o antitruste em específico, no entanto, é pouco ou nada trivial. Para além de ser necessário um debate amplo que coloque essa questão de forma central e assim legitime as autoridades concorrenciais a seguirem por esse caminho, é também preciso reconhecer que, para o bem ou para o mal, essa não foi tarefa originalmente atribuída a boa parte das mais de 150 autoridades concorrenciais que existem hoje no mundo, inclusive a autoridade brasileira.¹³³ Essas autoridades foram gestadas e concebidas no seio da agenda neoliberal, transpostas aos países para promover essa mesma agenda, que nunca se preocupou com qualquer desses valores sociais como foco da política de Estado – afinal, grosseiramente, a ideia neoliberal é que as liberdades e capacidades individuais, via mercado, poderão atingir esses objetivos, não sendo papel do Estado promovê-las. Em outras palavras: talvez precisemos reconhecer que o antitruste como ele está

133 Um breve, porém, elucidativo relato sobre o movimento que levou ao estabelecimento de autoridades concorrenciais no mundo afora nos anos 1990 pode ser encontrado em um texto de Vinicius Marques de Carvalho (CARVALHO, 2020).

colocado hoje em boa parte do mundo – que vai muito além de EUA e Europa – não foi institucionalmente desenhado para responder a esses anseios. Redesenhar os objetivos do antitruste significará, portanto, redesenhar todo o modelo da política de defesa da concorrência, inclusive do ponto de vista institucional.

Não é à toa que os movimentos atuais – que, como já comentado, em regra ocorrem no seio de debates a respeito de mercados digitais – são de aproximação da agenda antitruste com uma agenda regulatória muito mais ampla. Por muito tempo, não havia “clareza ou consenso sobre se, e como, os mercados digitais seriam diferentes de mercados tradicionais, ou mesmo sobre como os modelos de negócio, inovação, dinâmica competitiva, estratégia de financiamento e precificação se dariam e organizariam nesses cenários” (BINOTTO; PONCE, 2019). Mas, se há poucos anos era necessário mapear e compreender as especificidades desses mercados, hoje já há muito material produzido desse sentido. Seguindo esta lógica, e certamente avançando o debate, algumas propostas estão sendo desenvolvidas, sobretudo em termos de criação de novas teorias do dano que sejam aptas, sobretudo, a analisar efeitos (potenciais ou atuais) à concorrência em mercados digitais.

Recentemente a Comissão Europeia divulgou duas propostas normativas, o Digital Services Act (DSA) (2020a) e o Digital Markets Act (DMA) (2020b). As propostas são frutos de alongadas discussões, e seus textos foram apresentados ao público ao final de 2020. Ambas buscam abordar a atuação de plataformas digitais, mas sob perspectivas distintas. Enquanto o DMA está mais propriamente preocupado com parâmetros competitivos e com a garantia de mercados abertos e livres, o DSA preocupa-se também com direitos fundamentais, conteúdo e, de forma geral, com o controle democrático das plataformas. Para isso, buscam definir quais dessas plataformas são “*gatekeepers*” e estabelecer desde regras que dizem respeito a transparência e *accountability*, até proibições para o auto-preferenciamento na oferta de bens e serviços – ou seja, a atuação de uma plataforma tanto como intermediária da relação entre consumidor final e fornecedor, quanto como concorrente dos fornecedores.

Ainda no contexto europeu, vale destacar os movimentos da Alemanha, provavelmente um dos Estados mais ativos em relação ao tema de mercados digitais. O país aprovou uma alteração em sua lei concorrencial, voltada também de forma bastante específica a capacitar

o *Bundeskartellamt* (BKA), órgão de defesa da concorrência nacional, para os desafios da economia digital. A principal mudança da lei foi dar ao BKA o poder de definir o que é uma empresa de “enorme relevância em diversos mercados”, e permitir que a autoridade efetivamente adote proibições *ex ante* em relação a tais agentes econômicos.¹³⁴

Do outro lado do Atlântico, os EUA publicaram, no final de 2020, um longo relatório, fruto de uma investigação do *House Judiciary Committee* sobre os mercados digitais (Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 2020). As recomendações feitas no relatório são segmentadas em três linhas principais: (i) a restauração da competição nos mercados digitais, (ii) o fortalecimento das leis antitruste e (iii) a revitalização do *enforcement* antitruste, englobando as mais diversas sugestões de remédios, desde a separação estrutural para proibição de atuação simultânea de plataformas em mais de um mercado, passando por vedação de autopreferência, exigência de interoperabilidade, entre outras.

No Brasil, essa também é uma realidade em curso (BINOTTO; KASTRUP, 2021; COUTINHO; KIRA, 2021), e o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem se esforçado para trazer concretização do debate internacional para a análise de casos concretos (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020). Mas há um amplíssimo caminho pela frente.

Não cabe aqui, nem seria possível no limitado contexto desse artigo, elaborar uma proposta robusta de como todo esse debate deveria ser absorvido no Brasil e o que ele deveria significar. Mas os exemplos acima demonstram que o antitruste se encontra numa encruzilhada, que questiona sua própria razão de ser: afinal, qual deve ser seu papel se forem questionadas as premissas de uma política neoliberal. Um caminho, defendido pela corrente neobrandeisiana, seria impor-lhe a tarefa de balancear valores da ordem econômica – como, por exemplo, os princípios do art. 170 da Constituição Federal brasileira – e assim expandir enormemente suas funções, o que também implicaria numa repaginação completa do seu método decisório. Esse percurso provavelmente passaria pela construção de um ferramental mais amplo e

134 Para uma breve revisão de todas as alterações aprovadas à lei alemã, vide publicação no site White & Case (HERRLINGER, KUHN, PETERSEN, PESCH, & MAIER-WITT, 2021).

abrangente, externo ao próprio antitruste, que permita que ele não seja a forma última ou mais relevante de intervenção do Estado na economia, e assim valores que não apenas a eficiência econômica sejam devidamente endereçados por autoridades tanto mais preparadas quanto mais legitimadas a discuti-los. Tudo indica que o debate está apenas começando e que seu desfecho ainda não pode ser visualizado de forma muito clara. O essencial, especialmente no contexto brasileiro, é que não passemos ao largo da discussão e efetivamente busquemos empreendê-la, para que, qualquer que seja o caminho tomado, ele seja fruto de uma opção consciente e refletida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, P. F. Prefácio. In: PEREIRA NETO, C. M. DA S. (Ed.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 14–18.
- BECKER, B. B.; MATTIUZZO, M. Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste. In: PEREIRA NETO, C. M. (Ed.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 40–83.
- BINOTTO, A.; KASTRUP, G. Ferramentas antigas para problemas novos? o que é possível apreender das recentes decisões do caso Google Shopping. **Revista de Direito e Novas Tecnologias**, v. 10, mar. 2021.
- BINOTTO, A.; PONCE, P. P. Próximos passos no debate de concorrência e mercados digitais. **Jota**, 28 set. 2019.
- BORK, Robert H; BOWMAN JR, Ward S.. Goals of Antitrust: a dialogue on policy. **Columbia Law Review**, v. 65, 1965.
- BRITTON-PURDY, J. et al. Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis. **Yale Law Journal**, v. 129, n. 6, p. 1784–1835, abr. 2020.
- COUTINHO, D. R.; KIRA, B. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, 2021.
- DORSEY, E. et al. Consumer Welfare & the Rule of Law: The Case Against the New Populist Antitrust Movement. **Pepperdine Law Review**, v. 47, n. 4, p. 861–916, 2020.
- FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HARVEY, D. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- HOVENKAMP, H. Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? **The Journal of Corporation Law**, v. 45, n. 1, p. 101, 2019.

- KHAN, L. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 9, n. 3, p. 131–132, 1 mar. 2018.
- KHAN, L. M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017.
- KHAN, L. M. The End of History Revisited. **Harvard Law Review**, v. 133, p. 1655–1682, 2020.
- KHAN, L. M.; VAHEESAN, S. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. **Harvard Law & Policy Review**, v. 11, 2017.
- KUHN, T.; PETERSEN, L.; PESCH, T. New Competition Law in Germany - 10th amendment to German Act against Restraints of Competition passed. **White & Case**. 20 Jan, 2021. Disponível em: <<https://www.whitecase.com/publications/alert/new-competition-law-germany-10th-amendment-german-act-against-restraints?s=Herrlinger,%20Kuhn,%20Petersen,%20Pesch,%20&%20Maier-Witt,%202021>>. Acessado em 19/04/2022
- LANCIERI, F. M.; SAKOWSKI, P. A. M. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ago. 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>> Acessado em 19/04/2022
- LIM, Y. Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era? **Journal of Korean Law**, v. 19, p. 47–62, 2020.
- Medvedovsky, K. Hipster Antitrust – A Brief Fling or Something More? CPI Antitrust Chronicle, 17 April, 2018. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Medvedovsky.pdf>>. Acessado em 19/04/2022
- MIOLA, I. Z. Competition law and neoliberalism: the regulation of economic concentration in Brazil. **Revista Direito & Práxis**, v. 7, n. 4, p. 643–689, 2016.
- PASQUALE, F. Two Narratives of Platform Capitalism. **Yale Law & Policy Review**, nar. v. 35, p. 309, 2016.
- SAKOL, D. D.; BLAIR, R. D. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement. **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2497, 2013.
- SOKOL, D. D. Monopolist Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age. **Berkley Business Law Journal**, v. 37, n. 4, p. 37, 2007.
- VAHEESAN, S. The Evolving Populisms of Antitrust. **Nebraska Law Review**, v. 93, n. 2, p. 370–428, 2014.
- VAHEESAN, S. The Twilight of the Technocrats' Monopoly on Antitrust? **The Yale Law Journal Forum**, 4 jun. 2018.

- WRIGHT, J. D. et al. Requiem of a Parradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. **Arizona State Law Journal**, v. 51, p. 294–369, 2019.
- WU, T. **The curse of bigness: antitrust in the new Gilded Age**. New York, NY: Columbia Global Reports, 2018a.
- WU, T. The “Protection of the Competitive Process” Standard. **Columbia Public Law Research Paper**, v. 14, n. 462, 2018b.

OPORTUNIDADES PERDIDAS DE ANÁLISE DE ACESSO A DADOS PESSOAIS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE MAGALU PAGAMENTOS/HUB PREPAID E LOJAS AMERICANAS/HORTIGIL HORTIFRUTI

Daniela Copetti Cravo¹³⁵

Lucas Griebeler da Motta¹³⁶

135 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre, Doutora e Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diretora Acadêmica da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procuradora do Município de Porto Alegre, órgão no qual exerce a função de Encarregada pela Proteção de Dados Pessoais. Ex-assessora do Ministério Público Federal com ofício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF/CADE). Foi Professora Substituta da Faculdade de Direito da UFRGS. É Professora na Faculdade de Direito da São Judas Tadeu.

136 Bacharel em Direito pela PUCRS. LL.M. pela Escola de Direito da Universidade de Chicago. Ex-consultor do Data Privacy Brasil para elaboração do primeiro relatório independente em âmbito global sobre aquisições multijurisdicionais centradas em dados no setor de tecnologia. Ex-consultor da Derechos Digitales para elaboração de relatório sobre metodologia de análise de atos de concentração no setor de tecnologia no Brasil, no Chile e no México. Foi professor do curso “Dados, mercados digitais e concorrência”, promovido pelo Data Privacy Brasil e pelo Idec em 2021. Este coautor não recebeu suporte financeiro de quaisquer entidades com interesse direto ou indireto nos assuntos abordados neste artigo. As opiniões apresentadas neste artigo decorrem exclusivamente de pesquisa acadêmica independente e, em nenhuma hipótese, representam o entendimento de clientes ou ex-clientes, bem como de quaisquer escritórios de advocacia dos quais o autor tenha feito, faça ou venha a fazer parte.

RESUMO O presente artigo discute casos recentes julgados pelo CADE em que este poderia ter realizado uma análise mais aprofundada do papel de dados pessoais em determinadas operações societárias. Ao discutir tal tema, os autores não estão sugerindo que as operações tratadas no artigo seriam sensíveis do ponto de vista concorrencial e de proteção de dados pessoais, mas apenas que deveria ter havido uma melhor compreensão de como dados pessoais poderiam impactar a dinâmica competitiva dos mercados afetados pelas operações examinadas. O presente artigo está dividido da seguinte forma: (i) introdução; (ii) oportunidades perdidas de análise de acesso a dados pessoais: (a) Magalu Pagamentos/Hub Prepaid; e (b) Lojas Americanas/Hortigil Hortifruti; e (iii) considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE

Interfaces entre concorrência e proteção de dados. Atos de concentração e dados pessoais. Magalu Pagamentos/Hub Prepaid. Lojas Americanas/Hortigil Hortifruti.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Oportunidades perdidas de análise de acesso a dados pessoais: (a) Magalu Pagamentos/Hub Prepaid; e (b) Lojas Americanas/Hortigil Hortifruti. 3. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Dados são uma das principais energias de mercados digitais, que são pautados por ciclos que se retroalimentam: quanto mais dados uma empresa possui, mais dados ela irá coletar em novas ações. Quanto mais dados a empresa coletar, mais personalizados serão os serviços prestados. Com melhores serviços, há mais usuários, os quais, por sua vez, garantirão mais dados. A depender do caso, isso é benéfico para todos.

Por causa disso, agentes econômicos acabam empreendendo diferentes técnicas para ter acesso a dados como insumo, como a disponibilização de serviços gratuitos¹³⁷ e desenvolvimento de várias ferramentas para coleta, armazenamento, processamento e consulta de dados, como *Big Data*, que possibilitou significativamente o desenvolvimento do mercado digital (OCDE, 2014).

À luz de estudos recentes de direito da concorrência, verifica-se que empresas de tecnologia que possuem faturamentos elevados adotam, em certa medida, um modelo de negócios que envolve uso intensivo de dados pessoais, obtidos a partir do grande número de usuários de suas atividades. Exemplos disso são Google, Facebook e seus respectivos conglomerados (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2016), mas, como será indicado neste artigo, empresas de porte menor quando comparadas a Google e Facebook, tais como Magazine Luiza e Lojas Americanas, também podem ser bons exemplos.

137 Verifica-se que nesse modelo a maioria dos serviços online são *two-sided* (de dois lados). Com isso, no intuito de atrair usuários, os fornecedores oferecem seus serviços (de busca ou de conteúdo) de forma gratuita – *free side*. Para gerar receitas necessárias para financiar esses serviços, os fornecedores realizam atividades de publicidade online, que é o *paying side*. Os dados pessoais são imprescindíveis nas duas pontas, ou seja, nos dois lados. Esses permitem que os serviços online forneçam um serviço de relevância e qualidade que atenda às expectativas dos usuários. Além disso, os dados são fundamentais para os serviços de busca, já que quando um usuário utiliza certa ferramenta de busca ele quer encontrar a resposta que mais satisfaça seus anseios: se alguém procura um serviço, ele não deseja apenas qualquer prestador, mas sim, por exemplo, aquele que esteja mais perto de sua localização (GERADIN; KUSCHEWSKY, 2013).

Embora dados sejam geralmente “gratuitos”, não-exclusivos e não-ri-
vais, o acesso a dados em larga escala e organizados para uma finalida-
de comercial ainda é difícil. A razão para tal é que a infraestrutura para
coleta, armazenamento e distribuição desses dados é normalmente in-
corporada por meio de barreiras tecnológicas, isso sem falar no custo
de desenvolvimento e melhoria de algoritmos; além disso, existem barre-
reiras legais e comportamentais ao acesso (LUNDQVIST, 2018).

Nessa senda, empresas acabam incorrendo em investimentos signifi-
cativos para coletar e armazenar mais dados – de titularidade de ter-
ceiros – e, na medida do possível, buscam impedir que outros terceiros
tenham acesso a tais dados (STUCKE, 2016) – como se fosse um direi-
to de propriedade intelectual sobre algo que não é – ou não deveria
ser – de titularidade da empresa, o que pode criar dificuldades para
desenvolvimento (FCT, 2013) de serviços horizontais ou complemen-
tares. Justamente em razão dessas dificuldades para acesso a dados,
empresas estabelecem acordos operacionais para compartilhamento de
dados ou adquirem outras empresas com valiosos bancos de dados nas
chamadas aquisições centradas em dados (*data-driven mergers*).

Aquisições centradas em dados podem ter ajudado algumas empre-
sas a obter dados pessoais para desenvolvimento de produtos e ser-
viços variados, em especial aqueles voltados para o mercado de pu-
blicidade online direcionada ou para possibilitar a entrada rápida em
outros mercados (MOTTA, 2021). A depender do caso concreto, é pos-
sível haver situações preocupantes causadas por efeitos de rede irreplicá-
veis que podem constituir barreiras à entrada ou exercício abusivo
de posição dominante por meio da adoção de políticas não necessaria-
mente benéficas aos interesses dos usuários e que tornam ainda mais
difícil a contestação de posições dominantes. Quando uma empresa
é bem-sucedida em um mercado, a atração de novos clientes acaba
sendo muitas vezes automática, o que contribui para o fenômeno do
“*winner takes all*”¹³⁸ – e reforça ainda mais os efeitos indicados acima.

138 Diante de tal contexto, e na tentativa de evitar um *underenforcement*, mui-
tas propostas e modificações têm surgido no ordenamento de diferentes jurisdic-
ções. Na Alemanha, foi prevista uma gama de práticas proibidas sob a nova dis-
posição da Lei alemã de Concorrência. Tais proibições podem ser impostas pelo
Bundeskartellamt às empresas reconhecidas como *paramountcross-market significance*
(BUNDESKARTELLAMT, 2020).

Esses aspectos devem ser levados em consideração no âmbito da análise antitruste de casos que podem acarretar algum tipo de consolidação de bancos de dados úteis para o desempenho das atividades das empresas envolvidas. Em razão dos critérios atuais de notificação de atos de concentração no Brasil (MOTTA, 2021), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) não analisou casos em que a discussão de consolidação de bases de dados teria sido salutar, como Facebook/Instagram, Facebook/WhatsApp, plataformas envolvidas que contam – e contavam à época de cada aquisição – com milhões de usuários no Brasil.

De acordo com informações públicas no melhor conhecimento dos autores, até a data da elaboração deste artigo não houve um caso em controle de concentrações em que o CADE tenha exercido jurisdição plena e examinado detidamente os temas de acesso e consolidação de bancos de dados pessoais e potenciais alterações de políticas de privacidade. Como o CADE sequer solicita que as partes prestem informações sobre esses aspectos, essas também não apresentam tais informações de maneira voluntária. Evidentemente, sem elementos para dar origem à discussão, a discussão não existe.

2. OPORTUNIDADES PERDIDAS DE ANÁLISE DE ACESSO A DADOS PESSOAIS

Não faltaram oportunidades ao CADE para análise do tema de acesso a dados pessoais; também não faltou oportunidade ao CADE para exercer a faculdade prevista no artigo 88, parágrafo 7º, para determi-

O governo britânico também está procurando soluções para enfrentar os desafios do mercado digital e uma Unidade dedicada aos Mercados Digitais será criada para introduzir e impor um novo código para governar o comportamento das plataformas que atualmente dominam o mercado (UK GOVERNMENT, 2020).

Na União Europeia, a Proposta de Regulamento relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais) determina uma série de obrigações ao agente considerado como *gatekeeper* (EUROPEAN COMMISSION, 2020).

Nos EUA, “é provável que o governo Biden continue com processos antitruste contra as grandes plataformas de tecnologia, que incluem alegações de impedir a interoperabilidade e a portabilidade de dados. O governo Biden também pode tentar impor uma regulação direta sobre interoperabilidade e portabilidade de dados” (tradução livre dos autores) (LANGENFELD; RING; CLARK, 2021).

nar que casos relevantes fossem submetidos para análise antitruste mesmo que não fossem de notificação obrigatória no Brasil (*clawback provision*). Uma oportunidade longínqua perdida foi a aquisição do DoubleClick pelo Google, notificada ao CADE em 2007 no Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11, que teve como fundamentos de decidir uma versão extremamente simplificada das decisões da Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2008) e da *Federal Trade Commission* (FTC, 2007) – replicando potenciais equívocos dessas autoridades estrangeiras.

Outro exemplo foi uma parceria comercial entre Telefônica e Phorm, notificada ao CADE no Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29, em que o CADE entendeu que proteção de dados pessoais é relevante, mas não é parte da sua missão institucional (MATTIUZZO, 2014, p. 60-67). Por meio da referida parceria, que ao que consta teria replicado outra firmada com a Oi, a Phorm passaria a ter acesso ao comportamento de usuários de internet com base nos dados coletados pelo provedor de serviços de telecomunicação, o que possibilitaria a oferta de campanhas de publicidade ainda mais personalizadas online¹³⁹, mesmo que sem consentimento prévio dos consumidores (Terra, 2011) (EDPS, 2014)¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Em 2021, o CADE teve a oportunidade de se deparar com o tema em, no mínimo, dois casos concretos: (a) Magalu Pagamentos/Hub Prepaid, notificado ao CADE por meio do Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, em que o tema de acesso a dados foi trazido por um terceiro interessado; e (2) Lojas Americanas/Hortigil

139 Por meio da parceria da Oi com a Phorm, foi desenvolvido o software Navegador, “que mapeava o tráfego de dados do consumidor na internet de modo a compor seu perfil de navegação. Tais perfis eram comercializados com anunciantes, agências de publicidade e portais da web, para ofertar publicidade e conteúdo personalizados”. Tal conduta, inclusive, foi considerada ilícita pelo Ministério da Justiça, que aplicou multa de R\$ 3,5 milhões. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-23/oi-autuada-monitorar-navegacao-usuarios-internet>>. Acesso em 29 de março de 2022.

140 Ver: <<https://www.telesintese.com.br/cade-pode-rever-parceria-entre-oi-e-phorm/>>. Acesso em 7 de março de 2022.

141 EDPS. **Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data**. Disponível em: <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en>. Acesso em 4 de fevereiro de 2022.

Hortifruti, notificado ao CADE por meio do Ato de Concentração nº 08700.004481/2021-80, em que o tema poderia ter sido explicitamente tratado pelo CADE ou por terceiros e, contudo, não o foi.

O presente artigo discutirá ambos os casos e, no que aplicável, tecerá comentários e proporá discussões relevantes a serem consideradas em situações futuras que envolvam mercados digitais e acesso a dados. Ao fazê-lo, os autores não estão questionando as decisões de aprovação exaradas pelo CADE – as quais foram razoáveis do ponto de vista anti-truste e envolveram mercados em que as partes enfrentam competição acirrada. Os autores em nenhuma hipótese pretendem criticar as empresas envolvidas nesses casos e/ou seus respectivos modelos de negócios. Os autores apenas indicam contrafactuais e oportunidades de análise perdidas pelo CADE para iniciar a construção de jurisprudência para definir o que seriam e o que não seriam aquisições centradas em dados para tratá-las de maneira distinta de aquisições tradicionais.

2.1. MAGALU PAGAMENTOS/HUB PREPAID¹⁴²

O caso diz respeito à aquisição, pela Magalu Pagamentos (parte do conglomerado varejista Magazine Luiza), de 100% das ações da Hub Prepaid e suas subsidiárias. Hub Prepaid é uma *fintech* que oferece serviços de pagamento para 4 milhões de clientes, principalmente contas bancárias digitais, cartões pré-pagos e serviços de processamento de pagamentos para clientes corporativos. O caso foi submetido ao CADE sob o rito sumário em 5 de janeiro de 2021 e aprovado pelo Tribunal do CADE em 15 de abril de 2021.

Magalu Pagamentos afirmou que tinha atividades limitadas no mercado de processamento de pagamentos porque não emite cartões pré-pagos e suas funcionalidades estão disponíveis apenas para o grupo Magazine Luiza, de modo que suas operações são voltadas para o mercado cativo. Segundo as partes, a operação não acarretaria sobreposições horizontais, mas poderia gerar, em certa medida, integração vertical entre as atividades de e-commerce do Magazine Luiza e as atividades de gestão de contas digitais da Hub Prepaid.

142 Parte desta análise foi feita por um dos autores no seguinte artigo: CANALES; SOUZA; MOTTA, 2014.

Após a operação, Magalu Pagamentos afirmou que seria entrante no mercado de meios de pagamento e deteria portfólio mais amplo de soluções a serem oferecidas a seus clientes, incluindo depósitos bancários gratuitos, operações de saque em dinheiro, compra de créditos de telefonia móvel, transferências eletrônicas, entre outros. As partes também solicitaram ao CADE dispensa da apresentação de outros dados de mercado relativos à operação. No formulário ao CADE, as partes não apresentaram informações específicas sobre em que medida a operação poderia impactar aspectos como acesso, consolidação, processamento e utilização de dados pessoais ou de concorrentes.

Em 19 de janeiro de 2021, Mercado Pago, plataforma digital de processamento de pagamentos do Mercado Livre, apresentou ao CADE petição solicitando habilitação de terceiro interessado. Mercado Pago alegou que, por meio da operação, Magalu Pagamentos e Magazine Luiza poderiam ter acesso a dados valiosos de concorrentes do grupo Magazine Luiza, incluindo lista de clientes, transações do Mercado Livre e outros marketplaces. Mercado Pago solicitou ao CADE que avaliasse efeitos conglomerados da operação e a medida em que tais dados poderiam fortalecer posições de mercado. Em 22 de janeiro de 2021, a Superintendência-Geral (“SG”) decidiu que o caso não seria elegível ao procedimento sumário e Mercado Pago foi admitido como terceiro interessado em 29 de janeiro de 2021.

As partes do ato de concentração responderam à alegação do Mercado Pago e afirmaram que: (i) Mercado Pago buscava proteger interesses particulares em detrimento de operação de concorrente mais eficiente; (ii) Mercado Pago também possui informações concorrentialmente sensíveis de concorrentes de seu controlador Mercado Livre; (iii) as baixas participações de mercado da Hub Prepaid são evidência *prima facie* de que a operação não suscita preocupações concorrentiais; (iv) Hub Prepaid armazena histórico de transações financeiras como resultado de obrigações regulatórias estabelecidas pelo Banco Central do Brasil (“BCB”) para identificar e prevenir casos de lavagem de dinheiro e atividades financeiras criminosas/suspeitas; (v) antes da operação, Hub Prepaid já era capaz de coletar dados sobre transações de pagamento, de modo que não haveria nexo de causalidade entre a operação e as preocupações suscitadas pelo Mercado Pago; (vi) embora a Hub Prepaid tenha acesso a determinados dados financeiros, ela não tem acesso a informações como quais produtos foram adquiridos, de

modo que as campanhas de marketing das partes não seriam afetadas pela operação; e (vii) dados de operações financeiras anteriores não são relevantes.

As partes indicaram quais dados a Hub Prepaid coleta de clientes: (i) nomes, identificação fiscal (CPF e CNPJ), datas de nascimento, nome da mãe, bem como endereços; (ii) onde e como clientes gastaram dinheiro, incluindo nome da loja, valor da transação, número de parcelas, tipo de transação (saque de dinheiro, compra com cartão físico ou digital), endereços e categorias das lojas, taxas aplicáveis, moeda e taxa de câmbio, dentre outros dados.

Em petição de 10 de fevereiro de 2021, o Mercado Pago solicitou ao CADE que aprofundasse a investigação no que tange aos seguintes pontos: (i) quais dados Hub Prepaid tem atualmente acesso, incluindo nomes dos principais clientes ativos nos mesmos mercados de atuação do grupo Magazine Luiza; (ii) como e para que fins os dados de Hub Prepaid seriam acessados, armazenados, processados e utilizados por Magazine Luiza; (iii) a relevância dos dados aos quais Magazine Luiza teria acesso após a operação; e (iv) razões pelas quais as partes não estariam dispostas a abrir mão de informações confidenciais armazenadas e processadas pelo Hub Prepaid. O Mercado Pago também afirmou que apenas impor uma política de *Chinese Wall* às partes, proibindo o grupo Magazine Luiza de usar dados do Hub Prepaid, não seria adequado porque esse tipo de remédio comportamental é de difícil monitoramento – e as partes da operação têm incentivos para infringi-lo.

Em 17 de março de 2021, a SG aprovou a operação. A SG descartou sobreposições horizontais porque Magalu Pagamentos realiza processamento de pagamentos apenas para o seu próprio grupo, de modo que Hub Prepaid não seria concorrente. Com relação à integração vertical, a SG decidiu que, como não há necessidade de alguém usar a Hub Prepaid para processar transações com Magazine Luiza (i.e., todos podem comprar itens nas lojas do Magazine Luiza independentemente da forma de pagamento), não haveria integração vertical, mas apenas alguma complementaridade entre as atividades das partes. A SG descartou preocupações conglomeradas ou verticais devido às baixas participações de mercado da Magazine Luiza (10-20% no mercado brasileiro de varejo online) e da Hub Prepaid (0-10% no mercado brasileiro de emissão de cartões pré-pagos).

A SG afirmou que não encontrou evidências de que o grupo Magazine Luiza tiraria proveito de dados coletados pela Hub Prepaid ou que tal uso seria prejudicial ao mercado brasileiro do ponto de vista antitruste. Um dos principais fundamentos para essa conclusão foi o fato de que o contrato de prestação de serviços entre o Mercado Pago e a Hub Prepaid, que dava à Hub Prepaid acesso a dados sensíveis do Mercado Pago, havia sido rescindido. A SG entendeu que a confidencialidade dos dados sensíveis é um assunto a ser tratado por meio de cláusulas contratuais e que dados de transações anteriores não são concorrencialmente relevantes porque padrões de consumo estão sempre mudando.

O Mercado Pago recorreu em 5 de abril de 2021 e requereu ao Tribunal do CADE que considerasse um cenário em que a operação fosse aprovada com condições, restringindo acesso, pelo grupo Magazine Luiza, a alguns dados detidos por Hub Prepaid¹⁴³. O caso foi atribuído à Conselheira Paula Farani, que, em 14 de abril de 2021, negou provimento ao recurso do Mercado Pago pelos seguintes fundamentos: (i) as definições de mercado relevantes adotadas pela SG estavam corretas, não havendo necessidade de investigação adicional à luz das baixas participações de mercado das partes; (ii) trata-se de uma aquisição conglomerada, que geralmente não suscita preocupações concorrenciais significativas, exceto em casos limitados em que as partes podem ter mais incentivos para práticas discriminatórias ou exclusionárias, o que pareceria não ser o caso neste ato de concentração; (iii) dependendo do caso, o acesso, por um concorrente, a dados de outro concorrente seria benéfico para consumidores, pois pode aumentar níveis de

143 Alternativamente ao pedido do Mercado Pago, o que poderia ser debatido é a possibilidade de aplicação de outros remédios, como a portabilidade ou interoperabilidade. A esse respeito, no caso Ticketmaster/Live Nation foi estabelecido que se qualquer cliente dos serviços primários de bilhetagem dos Réus optar por não renovar um contrato para serviços de bilheteria primária com os réus para alguns ou todos os seus locais, após o término desse contrato e a solicitação por escrito do cliente, os Réus devem no prazo de quarenta e cinco (45) dias fornecer ao cliente uma cópia completa de todos os Dados de Bilheteria do Cliente e de todos os Dados de Compradores de Bilhetes historicamente mantidos pelos Réus no curso ordinário dos negócios, num formato reutilizável pelo cliente (UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2020). Sobre a portabilidade de dados como um remédio antitruste, ver: CRAVO, 2022.

rivalidade entre concorrentes, que passarão a oferecer melhores condições comerciais a consumidores para deslocar a demanda de uma empresa para outra¹⁴⁴; (iv) existem disposições contratuais que proíbem a Hub Prepaid de compartilhar com terceiros ou usar dados de transações financeiras anteriores para outros fins que não cumprimento de obrigações regulatórias; (v) não há comprovação de que a Hub Prepaid teria infringido disposições contratuais ou normativas relativas à vedação indicada no item anterior; e (vi) a Lei nº 13.709/2018 (“LGPD”) proíbe o compartilhamento de dados pessoais sem o consentimento prévio das pessoas a quem tais dados pertencem¹⁴⁵.

Na visão dos autores, alguns argumentos utilizados para afastar alegações do Mercado Pago foram frágeis ou têm pouca relevância. Por exemplo, o CADE entendeu que: (i) a existência de cláusulas contratuais seria suficiente, por si só, para impedir que as partes envolvidas na operação trocassem entre si dados de consumidores e transações, esquecendo que esse tipo de limitação às vezes não é eficaz e de monitoramento factível (i.e., tais cláusulas podem ser simplesmente abolidas ou infringidas unilateralmente), como supostamente teria ocorrido

144 Esse argumento, apesar de razoável, precisa ser ponderado à luz de um contexto do bem-estar do consumidor. O agente econômico pode usar os dados para tornar o mercado mais competitivo num primeiro momento, porém, ao longo prazo, o ganho de mercado pode estimular condutas abusivas ou anticoncorrenciais. Além disso, o direito à proteção de dados pessoais, numa ponderação com a defesa da concorrência, não pode ser totalmente aniquilado pelo simples fato de que o acesso a dados promoverá mais concorrência. É preciso sopesar e prevenir eventuais danos aos direitos de personalidade e à privacidade. De acordo com Erika Douglas, em casos em que há interesses legítimos de privacidade de dados e de concorrência, ambas doutrinas devem ser tratadas como relevantes na determinação do alcance da conduta permitida. Nem a privacidade e nem a concorrência podem receber a presunção de primazia (DOUGLAS, 2021).

145 Deve-se ponderar que o consentimento não é a única base legal prevista nos artigos 7º e 11 da LGPD. Além disso, a necessidade do consentimento, quando ausentes outras bases legais, não garante que todo agente econômico de fato busque essa conformidade com a Lei. Ainda, o poder de mercado de certos agentes, que pode ser pautado em um *data advantage*, coloca-o em uma situação de conforto, sem grandes estímulos para cumprimento das normas de proteção de dados. Não é por acaso que o descumprimento das normas de proteção de dados e o uso de métodos anticompetitivos para o acesso a dados tornaram-se um sintoma claro de poder de mercado (EDPS, 2014).

no caso Google/DoubleClick (MOTTA, 2020); (ii) a LGPD, por si só, impediria que as partes transferissem dados de um local para outro sem o consentimento prévio dos titulares dos dados, como se a mera existência da lei implicasse conformidade automática e efetiva; e (iii) inexistência de provas sobre infrações contratuais relativas à confidencialidade de dados seria, por si só, suficiente para afastar quaisquer preocupações antitruste, como se as provas aplicáveis em outra seara fossem facilmente acessíveis a terceiros e ausência de atividades ilegais passadas necessariamente impedisse eventual ocorrência no futuro.

Em casos envolvendo mercados digitais e acesso a dados, baixas participações de mercado não podem ser sopesadas de forma isolada e sem uma análise holística da operação à luz dos objetivos e planos de expansão das partes¹⁴⁶. O acesso a dados tem o condão de dar uma vantagem competitiva significativa que não consegue ser aferida simplesmente por meio do critério de participação de mercado, em especial porque em operações com efeitos conglomerados diversos seriam os mercados e os usuários potencialmente afetados pela operação. Nesse ponto, é importante sopesar que dados de transações anteriores podem ser concorrencialmente relevantes por permitirem análise preditiva. Por meio dessa, é possível antecipar cenários futuros com base na análise de padrões de dados passados e verificar tendências de consumo.

Com relação ao argumento de que operações conglomeradas não suscitariam preocupações concorrenciais significativas, deve-se ponderar que tal premissa talvez precise ser revisitada em um contexto de mercados digitais e economia de dados. A ausência de evidências claras de malefícios imediatos decorrentes de combinação de dados em operações conglomeradas não deve servir, por si só, como justificativa para descartar a existência de potenciais malefícios futuros¹⁴⁷. Isso não

146 “Avaliações antitruste tradicionais de efeitos anticompetitivos e poder de mercado continuariam sendo relevantes, mas considerações legais potencialmente compensatórias relacionadas à privacidade de dados também devem ser consideradas” (tradução livre) (DOUGLAS, 2021).

147 A título de exemplo, cita-se recente caso envolvendo política de privacidade do WhatsApp dispendo sobre compartilhamento de dados entre WhatsApp e Facebook, que, diante de alegações de potencial abusividade, foi objeto de ação conjunta no Brasil do CADE, com Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), Ministério Público Federal (MPF) e Secretaria Nacional do Consumidor

quer dizer que toda aquisição centrada em dados seja prejudicial, mas sim que deve ser realizada análise aprofundada à luz de cada caso concreto. Para tal, deve a autoridade concorrencial ter poderes suficientes para determinar às partes a prestação de informações adicionais sobre novas funcionalidades e utilidades a serem exploradas em um cenário pós-operação.

No presente caso, o CADE não aprofundou a investigação em razão das baixas participações de mercado das partes, como se apenas esse fator fosse decisivo para fins de análise de aquisições centradas em dados. Em um cenário em que são apresentados argumentos razoáveis de preocupações envolvendo acesso e combinação de dados pessoais e dados de concorrentes, o CADE ao menos deveria ter consultado associações, o BCB, concorrentes, membros da academia e outros agentes de mercado. Em especial, o CADE poderia ter realizado cooperação com a ANPD para checar impactos da LGPD envolvendo o presente caso. A depender das conclusões e das evidências encontradas, não se poderia descartar a possibilidade da necessidade de uma eventual definição de mercado relevante autônomo para dados, em especial porque existem empresas especializadas em agregação de dados para venda a terceiros para fins comerciais.

Grande parte dos dados que Hub Prepaid coleta de clientes, conforme informado pelas partes, são dados pessoais nos termos do artigo 5º, inciso I, da LGPD, de maneira que requerem atenção maior e dever de conformidade com a LGPD, cuja observância também é fator relevante para concorrência, além de ser fator de qualidade que impacta o bem-estar do consumidor. Informações sobre como o dinheiro é gasto, valores, número de transações, dentre outras, são variáveis riquíssimas e por meio do uso de inferências podem revelar o perfil de cada consumidor e, a depender do nível de detalhamento, podem revelar também outros dados pessoais dos usuários. Com efeito, em sentido

(Senacon) por meio de uma recomendação, no intuito de proteger os direitos de consumidores e titulares de dados pessoais e mitigar potenciais efeitos sobre a concorrência. Trata-se de caso em que a atuação do CADE pode ter sido extemporânea porque a aquisição do WhatsApp deu-se em 2014, não foi analisada pelo CADE e, de acordo com a evolução das políticas de privacidade do Facebook e do WhatsApp, a troca de informações entre as duas empresas do mesmo grupo já vinha acontecendo há alguns anos.

diametralmente oposto ao que foi sustentado pelas partes do ato de concentração, a operação pode, sim, reforçar esforços de marketing do grupo Magazine Luiza.

Em adição aos elementos apontados pelo Mercado Pago, o CADE deveria ter analisado com atenção os seguintes aspectos: (i) possíveis efeitos de rede gerados pelo ato de concentração; (ii) potenciais efeitos de aprisionamento de consumidores (*lock-in*); (iii) base legal utilizada para o tratamento e transferência de dados pessoais; (iv) possível efeito de alavancagem por meio de acesso a dados de terceiros; (v) necessidade e adequação do tratamento dos dados; (vi) se as partes buscariam novo consentimento dos titulares dos dados após a operação; (vii) se as partes cumpririam com o dever de informar e seriam transparentes com relação às novas hipóteses de tratamento após a operação; (viii) se o novo tratamento de dados é compatível com a finalidade originária; e (ix) possibilidade de anonimização, minimização ou eliminação de dados pessoais para evitar uma vantagem competitiva desleal e danos de privacidade ao titular dos dados.

Por fim, este caso ilustra bem a importância da participação de terceiros no processo de análise de atos de concentração. Caso o Mercado Pago não tivesse suscitado os pontos discutidos acima em suas petições, é provável que o CADE nunca tivesse avaliado – independentemente se de maneira satisfatória ou não – efeitos competitivos derivados de acesso a dados de concorrentes e combinação de portfólios de dados. O caso também ilustra a importância da inserção de uma seção sobre aquisição/combinação de dados nos modelos de formulário de atos de concentração da Resolução nº 2/2012 do CADE (MOTTA, 2021).

2.2. LOJAS AMERICANAS/HORTIGIL HORTIFRUTI

O caso diz respeito à aquisição, pelas Lojas Americanas, de 100% do capital social da Hortigil Hortifruti, uma rede varejista de produtos frescos (pão, frutas, legumes, carnes e vegetais). O caso foi submetido ao CADE em 20 de agosto de 2021 sob o rito sumário, tendo a SG aprovado a operação em 17 de setembro de 2021.

De acordo com as definições de mercado relevante propostas pelas partes, a SG entendeu que a operação suscitaria: (i) integração vertical entre, de um lado, as atividades da Hortigil Hortifruti no mercado de varejo de autoatendimento, onde os clientes vão, selecionam os itens

que desejam adquirir e pagam em máquinas de *checkout* ou com o auxílio de funcionários, e, de outro lado, as atividades das Lojas Americanas no mercado de aplicativos de entregas; e (ii) integração vertical entre, de um lado, as atividades da Hortigil Hortifruti no mercado de varejo de alimentos e, de outro lado, as atividades das Lojas Americanas no mercado de serviços de processamento de pagamentos (“Ame Digital”). A SG não encontrou sobreposições horizontais como resultado das definições de mercado relevante que adotou para esta transação.

Com base nas informações fornecidas pelas partes, a SG distinguiu as atividades das Lojas Americanas entre *marketplaces online* e lojas físicas. As lojas físicas foram segmentadas em: (i) lojas tradicionais, com área média de vendas de 1.000m², até 60.000 itens e reposição imediata de prateleiras; (ii) lojas expressas, com área média de vendas de 400m², até 15.000 itens e serviços de logística integrada *just-in-time*; (iii) lojas locais, com área média de vendas de 100m², até 3.000 itens (a maioria voltada para alimentos de conveniência e bebidas prontas) e reposição diária de gôndolas; (iv) Lojas “Ame Go”, com área média de vendas de 50m², número limitado de itens (a maioria sendo alimentos de conveniência), incorporando soluções de processamento de pagamentos para compra rápida; e (v) lojas digitais, com área média de vendas de 70m², sendo 70% dos itens de produtos eletrônicos, incluindo serviços online-offline e outros serviços.

Levando em consideração as definições de mercado indicadas acima, conforme informações fornecidas pelas partes, Lojas Americanas e Hortigil Hortifruti não seriam concorrentes. A SG levou em conta os seguintes motivos: (i) lojas das Lojas Americanas não são focadas em alimentos *in natura*, mas sim na oferta de itens adquiridos para consumo imediato e/ou que são comprados por impulso (como doces e chocolates); (ii) lojas Hortigil Hortifruti são usualmente visitadas por pessoas que planejam previamente deslocar-se até lá para adquirir um maior número de itens, em sua maioria perecíveis; (iii) a despeito de existir alguma sobreposição entre itens vendidos pelas Lojas Americanas e pela Hortigil Hortifruti, há diferenças entre o perfil de comportamento e consumo dos clientes de cada empresa.

Para avaliar efeitos de integração vertical que afetariam a Hortigil Hortifruti e os serviços de entrega das Lojas Americanas, a SG analisou as participações de mercado, em termos de receita: (i) da Hortigil Hortifruti no mercado de vendas online de alimentos; e (ii) das Lojas

Americanas no mercado de aplicativos de entrega. Apenas as cidades em que ambas as partes tinham atividades concomitantes foram consideradas para efeito da operação (14 cidades dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo), apesar de a presença das Lojas Americanas no Brasil dar-se em âmbito nacional – o que dá a entender que a SG não considerou possibilidades de aumento de portfólio de itens e aproveitamento da capilaridade e dos canais de distribuição e marketing das Lojas Americanas. Uma vez que as participações de mercado de ambas as partes eram de 10-20% em cada espaço geográfico, a SG decidiu não examinar detalhadamente a operação. Aspectos envolvendo consolidação de bancos de dados não foram suscitados na instrução processual.

Em 5 de outubro de 2021, a Conselheira Paula Farani avocou a análise do caso ao Tribunal do CADE. Segundo entendimento da Conselheira, por mais que a operação não acarretasse fechamento de mercado ou elevados níveis de concentração, a SG não teria aprofundado a análise de efeitos não-horizontais da operação. Conforme voto da Conselheira, com o surgimento de ecossistemas digitais e mercados de dados, é necessário ponderar atentamente sobre dimensões de concorrência multimercado que não estão nitidamente presentes em mercados tradicionais. Referida Conselheira também apontou para o fato de que, apesar de a operação ter envolvido o grupo B2W (Lojas Americanas, Shoptime e Submarino), o qual possui aproximadamente 40% do mercado de varejo online, a SG não enviou qualquer ofício às partes e a terceiros para obtenção de informações adicionais.

A proposta de avocação não prosseguiu no Tribunal do CADE após exercício de voto de qualidade do Presidente Alexandre Cordeiro, o qual acompanhou voto do Conselheiro Sérgio Ravagnani, a quem a proposta de avocação foi atribuída. Em uma decisão de duas páginas, o Conselheiro Sérgio Ravagnani reafirmou a decisão da SG, no sentido de que participações de mercado inferiores a 10-20% seriam suficientes para descartar problemas concorrenciais em qualquer cenário, de modo que o aprofundamento da análise antitruste da operação seria desnecessário. A aquisição da Hortigil Hortifruti foi comparada à aquisição do Whole Foods pelo Amazon, em que se constatou que, a despeito da elevada participação do Amazon no mercado de varejo online, a participação de mercado do Whole Foods era de aproximadamente 2% nos Estados Unidos.

No entendimento dos autores, não obstante as partes desta operação atuarem em mercados competitivos, o CADE perdeu outra oportunidade de instrução processual envolvendo acesso a dados. Diferentemente do caso Magalu Pagamentos/Hub Prepaid, em que ao menos o assunto foi suscitado por terceiros, no presente caso a discussão não ocorreu. Isso não significa que a discussão fosse inaplicável, apenas que tanto o CADE quanto terceiros possivelmente não mapearam possibilidades de aquisição e combinação de bancos de dados entre um dos maiores grupos varejistas do país e uma rede varejista de alimentos com atividades significativas e que agregaria novos produtos ao portfólio do grupo B2W.

Por exemplo, as Lojas Americanas operam marketplace físico e online com ampla gama de produtos, oferecem cartões de crédito, serviços de entregas, marketing digital e soluções de processamento de pagamentos via Ame Digital. De fato, mesmo antes da operação, as Lojas Americanas já tinham acesso a um poderoso banco de dados interno. A combinação de dados pessoais capturados por meio de transações envolvendo as Lojas Americanas e outras empresas do grupo B2W, por si só, confere vantagem competitiva às Lojas Americanas. Não há nada de errado nisso. Entretanto, quando um grupo econômico de tal porte adquire terceiro que, ao menos em tese, poderia fornecer novas informações sobre padrão de consumo de alimentos das pessoas, pode haver incremento do portfólio de informações do grupo adquirente.

Tendo em vista que as Lojas Americanas atuam como marketplace para outras redes de varejo, inclusive de alimentos, não se pode descartar, ainda que hipoteticamente, a possibilidade de utilização de dados de terceiros para beneficiar campanhas próprias de marketing e transações intragrupo. Pertinência e relevância de bancos de dados não são variáveis necessariamente capturadas por meras participações de mercado em um ou outro mercado específico, de modo que cessar a análise de efeitos conglomerados da operação (incluindo impactos derivados e/ou sobre dados pessoais) não parece ter sido medida apropriada, em especial quando se avaliam impactos concorrenciais envolvendo operações de grupos econômicos que se enquadram no critério de presunção relativa de dominância.

Como suscitado pela Conselheira Paula Farani, teria sido salutar enviar ofícios a entidades com atividades no setor para obter diferentes visões sobre potenciais efeitos conglomerados envolvendo todas as atividades das Lojas Americanas e da rede Hortigil Hortifruti, não

apenas as atividades explicitamente mencionadas pelas partes. Ainda que não tenha sido tratado na proposta de avocação da Conselheira Paula Farani, esse é o típico caso em que o CADE deveria ter solicitado às partes informações adicionais sobre: (a) tipos de dados pessoais que elas atualmente coletam; (b) tipos de dados pessoais novos que elas planejam coletar; (c) planos para consolidação de bancos de dados entre grupo B2W e rede Hortigil Hortifruti; (d) oportunidades comerciais que imediatamente poderiam ser destravadas com a base de dados da Hortigil Hortifruti; e (e) planos para alterações de políticas de privacidade potenciais prejudiciais a clientes da rede Hortigil Hortifruti.

O corte estabelecido pela SG de apenas examinar participações de mercado nas cidades com atuação concomitante das Lojas Americanas e da Hortifruti Gil no mercado de entregas ignorou por completo os tópicos discutidos no parágrafo acima. Além disso, foi adotada visão estática de concorrência, que desconsiderou uma abordagem dinâmica em que as partes, ao menos teoricamente, poderiam combinar operações e passar a operar nacionalmente ou ao menos em novos mercados. Ao invés de ter aprovado o presente caso em cerca de um mês sob o rito sumário, a SG deveria ter utilizado amplos poderes de instrução neste caso para iniciar uma série de estudos setoriais em mercados digitais e pôr em prática o Acordo de Cooperação Técnica nº 5/2021 firmado com a ANPD – nem que seja para ações de advocacia da concorrência, educacionais e/ou promocionais envolvendo livre concorrência e proteção de dados pessoais. E, uma vez ciente desta operação, a ANPD poderia monitorar o mercado para verificar se a LGPD estaria sendo devidamente cumprida, em especial no que tange às obrigações de informação, consentimento e anonimização.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos casos expostos acima, é possível constatar que o CADE continua ignorando o assunto de dados pessoais no âmbito da análise de atos de concentração; ou, quando analisa, empreende um exame significativamente superficial que não produz discussões de políticas públicas ou efeitos concretos – e ao citar precedentes de outros países, o CADE apenas repete omissões de autoridades estrangeiras, cujas decisões sequer são aplicáveis ao Brasil em razão de diferenças de condições competitivas.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 115/2022, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, foi alçado à categoria de direito fundamental (artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal). O CADE não pode deixar de analisar dimensões não-preço de concorrência – como aquisições societárias que envolvam coleta, processamento e uso de dados pessoais – porque isso é de difícil quantificação. Do contrário, o CADE estaria indiretamente violando disposição constitucional.

Nos dois casos discutidos acima, o CADE perdeu a oportunidade de sinalizar ao mercado uma nova tendência para análise de atos de concentração: dados podem ser ativos valiosos que alteram dinâmicas competitivas; como tal, passarão a ser objeto de escrutínio rígido. Ora, se até mesmo aquisições de terrenos – o que parece ser muito menos problemático do ponto de vista de política antitruste – são detidamente examinadas pelo CADE, que se dirá da realização de análises similares a serem feitas em operações envolvendo dados pessoais?

Em casos envolvendo mercado digital e acesso a dados, baixas participações de mercado não podem ser sopesadas de forma isolada e sem análise holística da operação. O acesso a dados pode dar uma vantagem competitiva significativa que não consegue ser aferida simplesmente por meio do critério de participação – e, por essa razão, o CADE não deveria, por si só, cessar sua análise quando as participações de mercados das partes e seus respectivos grupos econômicos são baixas. Vale lembrar que a realização de instrução mais detalhada – o que é defendido neste artigo pelos autores – não equivale a bloqueio ou imposição de remédios a operações de terceiros, medidas extremas a serem tomadas à luz de cada caso concreto.

Argumentos quanto ao possível efeito competitivo do acesso a dados devem ser harmonizados com o bem-estar do consumidor e com a proteção de dados pessoais. Nessa mesma linha, razões de decidir pautadas na confiança da efetividade da LGPD precisam ser aperfeiçoadas, uma vez que a mera existência de lei não implica automaticamente que tal lei será cumprida por todos. E, a depender do caso, o descumprimento reiterado de leis – com ou sem a imposição de penalidades – pode sugerir um sintoma claro de poder econômico e de mercado que supera o poder dissuasório estatal.

Por fim, deve-se frisar que qualquer compartilhamento de dados pessoais em decorrência de um ato de concentração precisa observar os princípios de proteção de dados previstos no artigo 6º da LGPD, devendo as medidas tomadas para tanto serem documentadas para fins de avaliação de cumprimento com obrigações legislativas. Os titulares dos dados pessoais devem ser adequadamente informados sobre compartilhamento de dados com a empresa adquirente e sobre a possibilidade de exercício de determinados direitos, tais como revogação de consentimento em razão de alteração das regras do jogo e pedidos de anonimização – e para tal, CADE e ANPD, sem prejuízo de academia e entidades do terceiro setor, precisam trabalhar juntos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=DEC18FD2400B0BDA2E7F64AE44CB07F6.2_cid362?__blob=publicationFile&v=2. Acessado em 07/03/2022.
- BUNDESKARTELLAMT. **Abuse of Dominance in Digital Markets: Contribution from Germany**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2020\)32/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2020)32/en/pdf). Acessado em 08/02/2022.
- CANALES, Maria Paz; SOUZA, Michel Roberto de; MOTTA, Lucas Griebeler da. **Defining relevant markets in the digital era: lessons from merger control in Brazil, Chile, and Mexico** (forthcoming).
- CHAVES, Reinaldo. Oi é autuada por usar navegador para monitorar usuários na internet. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-23/oi-autuada-monitorar-navegacao-usuarios-internet>>. Acessado em 29/03/2022.
- CRAVO, Daniela Copetti. Data Portability: Potential Effects on Competition. **ABA (American Bar Association) Economics Committee Newsletter**, 04 jan. 2022.
- DOUGLAS, Erika. The New Antitrust/Data Privacy Law Interface. **The Yale Law Journal Forum**, 2021.
- EDPS. **Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data**. 2014. Disponível em: <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en>. Acessado em 04/02/2022.
- EUROPEAN COMMISSION. Mergers: **Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google**. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-426_en.htm>. Acessado em: 25/02/2022
- FTC. **Google agrees to change its business practices to resolve FTC competition concerns in the markets for devices like smart phones**,

- games, and tablets, and in online search.** Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>>. Acessado em 07/03/2022.
- FTC. **Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation.** 2007. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>>. Acessado em 06/04/2022.
- GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. **Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088>. Acessado em 07/03/2022.
- LANGENFELD, James; RING, Chris; CLARK, Samuel. **Regulating digital platforms: Interoperability and data portability.** *Concurrences*, nº 1-2021.
- LUNDQVIST, Bjorn. **Portability in Datasets under Intellectual Property, Competition Law, and Blockchain.** *Stockholm University Research Paper No. 62*, 2018.
- MATTIUZZO, Marcela. **Propaganda online e privacidade – o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste.** Brasília: Prêmio SEAE, 2014.
- MOTTA, Lucas Griebeler da. **Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil.** São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.
- MOTTA, Lucas Griebeler da. **Why We Should be Careful About Google's Promises in the Fitbit Deal.** *ProMarket*, 2020. Disponível em: <<https://promarket.org/2020/08/21/why-we-should-be-careful-about-googles-promises-in-the-fitbit-deal/>>. Acessado em 06/03/2022.
- OCDE. **Data-driven Innovation for Growth and Well-being.** Disponível em: <www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Acessado em 07/03/2022.
- STUCKE, Maurício E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy.** Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Terra. **CADE Pode Rever Parceria Entre Oi e Phorm.** 2011. Disponível em: <<https://www.telesintese.com.br/cade-pode-rever-parceria-entre-oi-e-phorm/>>. Acessado em 07/03/2022.
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. **Amended Final Judgment Case 1:10-cv-00139-RMC**, 2020.
- UK Government. **Press release: New competition regime for tech giants to give consumers more choice and control over their data, and ensure businesses are fairly treated.** Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/new-competition-regime-for-tech-giants-to-give-consumers-more-choice-and-control-over-their-data-and-ensure-businesses-are-fairly-treated>>. Acessado em 08/02/2022.

POLÍTICAS DE PRIVACIDADE E CONDUTAS EXCLUSIONÁRIAS: REFLEXÕES A PARTIR DE CASOS ENVOLVENDO PLATAFORMAS DIGITAIS¹⁴⁸

José Marcelo Martins Proença¹⁴⁹

Lucas de Góis Barrios¹⁵⁰

148 O presente trabalho constitui versão atualizada e expandida do artigo originalmente publicado na Revista Consultor Jurídico, em 6 de abril de 2021, sob o título “Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência”.

149 Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor do curso de Direito Societário, Concorrencial e de Compliance da FGV/GVLAW, doutor e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

150 Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP).

RESUMO O presente artigo busca refletir sobre como deve atuar a autoridade antitruste quando uma plataforma digital utiliza suas políticas de privacidade com um potencial exclusionário, abusando da sua posição dominante. Para tanto, são analisados casos recentes envolvendo diferentes plataformas digitais, no exterior e no Brasil e decisões adotadas por diferentes autoridades antitruste. A partir da análise dos casos, o trabalho traça reflexões acerca da relação entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais, incluindo suas convergências e tensões, do papel a ser desempenhado pela autoridade antitruste nesse contexto e das perspectivas de alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE

Privacidade. Proteção de dados pessoais. Concorrência. Plataformas digitais.

SUMÁRIO Introdução. 2. Exemplos de investigações recentes de supostas condutas exclusionárias envolvendo alterações de políticas de privacidade.

2.1. Caso Apple (App Tracking Transparency - ATT). 2.2. Caso Google (Privacy Sandbox). 2.3. Caso Bradesco/Guiabolso (interoperabilidade de sistema bancário). 3. Implicações para a defesa da concorrência, interação com proteção de dados pessoais e perspectivas de atuação.

3.1. A relação entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais.

3.2. O papel a ser desempenhado pelas autoridades antitruste. 3.3.

Perspectivas de alterações legislativas. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Um dos aspectos interessantes no debate atual sobre a interface entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais é o potencial excludente de determinadas políticas de privacidade e proteção de dados pessoais, com efeitos sobre o ambiente concorrencial.

O crescimento das plataformas digitais, em quantidade e em complexidade, muitas das quais operando em mercados de múltiplos lados, tem suscitado inéditos desafios às autoridades de defesa da concorrência, bem como intensos debates sobre o papel do direito concorrencial neste novo contexto. A centralidade dos dados pessoais em muitos desses negócios certamente representa um ingrediente a mais de complexidade na análise antitruste.

É certo que a exploração econômica de dados pessoais resulta em inúmeros benefícios aos consumidores e eficiências econômicas. Por outro lado, é também consenso na literatura que a evolução da computação e das tecnologias de processamento de informação expôs a risco a privacidade dos indivíduos. Tal panorama nos conduz ao seguinte questionamento: como deve proceder a autoridade antitruste quando uma plataforma digital resolve alterar suas políticas de privacidade, com possíveis restrições à concorrência?

A partir deste questionamento, o presente artigo busca explorar as possibilidades de aplicação do direito da concorrência, e sua interação com a proteção de dados pessoais. Sem pretensões de oferecer uma resposta conclusiva à pergunta, examinaremos exemplos recentes de alteração de políticas de privacidade em plataformas digitais, e, em seguida, apresentaremos os reflexos para a relação entre as políticas de defesa da concorrência e de proteção de dados pessoais.

2. EXEMPLOS DE INVESTIGAÇÕES RECENTES DE SUPOSTAS CONDUTAS EXCLUSIONÁRIAS ENVOLVENDO ALTERAÇÕES DE POLÍTICAS DE PRIVACIDADE

2.1. CASO APPLE (APP TRACKING TRANSPARENCY - ATT)

O primeiro exemplo de alteração de política de privacidade com efeitos concorrenciais é decorrente da nova funcionalidade introduzida pela Apple no sistema operacional iOS 14.5, que poderá restringir significativamente a coleta de dados pessoais por aplicativos em aparelhos celulares. Com o mecanismo introduzido, denominado *App Tracking Transparency* (ATT), o usuário pode negar autorização para que um determinado aplicativo realize o monitoramento através de diferentes aplicativos e sites de terceiros. Portanto, em princípio, o consumidor ganhou poder de decisão para proteger sua privacidade.

Entretanto, muitos agentes econômicos, especialmente aqueles que operam ou dependem de propaganda online, há anos realizam o monitoramento comportamental no sistema iOS para oferecer anúncios segmentados e alegam que tal mudança afetará significativamente seus negócios, uma vez que a maioria dos usuários optará por não ser rastreada. Argumenta-se que a mudança poderá impactar a experiência dos consumidores (e.g., com o recebimento de anúncios não relacionados aos gostos individuais), bem como prejudicar inúmeras empresas, de menor porte, que se valem da propaganda direcionada para vender produtos e serviços online.¹⁵¹

A mudança promovida pela Apple é investigada pela *Autorité de la Concurrence*, autoridade antitruste francesa, após diversas denúncias de associações do setor de publicidade online. Em análise preliminar, a autoridade negou o pedido de medida preventiva que buscava suspender a nova política de privacidade.¹⁵²

Na referida investigação, as denunciantes alegaram que a imposição da funcionalidade pela Apple constituiria abuso de posição dominante, em violação ao Artigo 102, parágrafos “a” e “d” do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) uma vez que, conforme

¹⁵¹ HAGGIN; HAGEY; SCHECHNER, 2021.

¹⁵² ARANZE, 2021.

argumentam, a imposição de solicitação de autorização do usuário constituiria, respectivamente, condição injusta (i.e., desnecessária e desproporcional) e prestação suplementar que, pela sua natureza e pelos usos comerciais, não teria ligação com o objeto dos contratos.

Não obstante, em cognição sumária, a autoridade francesa entendeu que a funcionalidade não impõe aos desenvolvedores de aplicativos restrições excessivas ou desproporcionais e está inserida em uma estratégia comercial já desenvolvida pela Apple desde longa data: diferenciação por meio de padrões de privacidade¹⁵³.

A decisão aponta ainda que o oferecimento de uma camada complementar de coleta de consentimento pode encontrar justificativa concorrencial. Assim, a *Autorité* afirmou: “as regras da concorrência não impedem que a Apple implemente sua própria coleta de consentimento, em complemento aos mecanismos de consentimento utilizados pelos desenvolvedores em cumprimento às exigências do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR), desde que essa decisão seja guiada pelo objetivo legítimo de proteger a privacidade dos usuários”¹⁵⁴.

Apesar de negar a medida cautelar, o caso permanecerá em investigação perante a autoridade francesa, a fim de apurar se a nova funcionalidade pode constituir uma prática anticompetitiva, no sentido de discriminação em benefício próprio (*self-preferencing*).

Também em decorrência da alteração da política de privacidade da Apple, o Facebook, até onde nos foi permitido pesquisar, considera promover uma ação antitruste, já que depende fortemente do mecanismo de monitoramento no sistema iOS¹⁵⁵. De outro lado, na China, uma rede de anunciantes e gigantes de tecnologia estão buscando, com apoio estatal, criar uma espécie de gambiarra – um identificador único próprio –, de modo a continuar monitorando os usuários; mas o

153 FRANÇA, 2021.

154 Tradução livre do original: “Ensuite, et en tout état de cause, les règles de concurrence n’interdisent pas à Apple de mettre en place son propre recueil du consentement, en complément des plateformes de consentement utilisées par les développeurs pour répondre aux exigences du RGPD, dès lors qu’une telle décision est guidée par l’objectif légitime de protéger la vie privée des utilisateurs”. (FRANÇA, 2021).

155 FACEBOOK, 2021.

risco de que seja bloqueado pela Apple no futuro não deve ser desconsiderado.¹⁵⁶

Além disso, a autoridade antitruste alemã abriu uma investigação contra a Apple com base nos novos poderes conferidos pela Section 19(a) do GWB, lei concorrencial do país, a fim de investigar a dominância da empresa em decorrência das regras impostas aos aplicativos no seu ecossistema. Entre as acusações a serem apuradas está uma denúncia conjunta formulada por representantes da indústria de publicidade e mídia a respeito das referidas mudanças promovidas no iOS 14.5 que reduzirão a coleta dos dados dos usuários para fins de publicidade online.

2.2. CASO GOOGLE (PRIVACY SANDBOX)

Outro caso que tem suscitado reflexões diz respeito à alteração que será implementada pelo Google nos padrões de privacidade do navegador Chrome: em decorrência do projeto “Privacy Sandbox”, o Google anunciou que brevemente passará a bloquear *cookies* de terceiros no navegador Chrome, substituindo-os por uma nova tecnologia desenvolvida pela empresa. Apresenta-se como justificativa para a mudança o oferecimento de mais privacidade aos usuários (i.e., através do agrupamento em *clusters* de perfilização), ao mesmo tempo em que a nova tecnologia também seria útil e eficiente para fins de publicidade segmentada.¹⁵⁷

Os *cookies* de terceiros são hoje o principal meio de identificação comum de usuários em diferentes *websites*. Além disso, atualmente o Chrome é incontestavelmente o navegador mais utilizado por usuários de todo o mundo, gozando de ampla participação de mercado¹⁵⁸. Dessa forma, em janeiro de 2021, a *Competition Markets Authority* (CMA), autoridade antitruste britânica, anunciou a abertura de uma investigação

156 MCGEE; YANG, 2021.

157 BINDRA, 2021. Entretanto, o projeto Privacy Sandbox foi objeto de crítica quando do seu lançamento, em 2019, pois, alegou-se, a tecnologia proposta continua sendo invasiva à privacidade; nesse sentido, e.g., CYPHERS (2019).

158 Estima-se que o Chrome detenha participação de mercado de 63,59% no mundo, e 79,77% no Brasil (conforme dados de fevereiro de 2021). Nesse sentido, cf. Statcounter. Disponível em: <<https://gs.statcounter.com/browser-market-share>>. Acesso em 29 out. 2021.

contra o Google, a fim de verificar se a mudança na política de privacidade poderá distorcer a concorrência no mercado de propaganda online ou reforçar a concentração no ecossistema do Google. A CMA destacou ainda que discute com a *Information Commissioner's Office* (ICO), autoridade de proteção de dados pessoais do país, formas de melhor acomodar as preocupações de privacidade dos consumidores sem distorcer a concorrência¹⁵⁹.

Vale destacar que, em julho de 2020, a CMA publicou um extenso relatório no qual apontou a existência de poder de mercado do Google nos mercados de propaganda online, declarando que o Google está protegido “por fortes vantagens de incumbência – incluindo efeitos de rede, economias de escala e acesso incomparável aos dados de usuários – de modo que os rivais em potencial não podem mais competir em igualdade de condições”¹⁶⁰.

Em junho de 2021, a CMA emitiu um comunicado anunciando que negociou compromissos com o Google, tais como (i) desenvolvimento e implementação de propostas que evitem distorções à concorrência e a imposição de termos injustos, (ii) limites substanciais sobre como o Google usará e combinará dados de usuários para fins de publicidade digital após a remoção de *cookies* de terceiros e (iii) não discriminação de rivais em favor de seus próprios negócios de publicidade e tecnologia de anúncios. Após uma fase de consulta pública, a autoridade atualmente analisa os compromissos propostos e continuará supervisionando a implementação das medidas¹⁶¹.

Nos Estados Unidos também ocorre discussão judicial relacionada à referida estratégia promovida pelo Google. Em dezembro de 2020, um grupo de 15 estados, liderados pelo Texas, ajuizou uma ação antitruste contra a empresa (uma das três em curso no país contra o Google). Nesta ação, os procuradores-gerais argumentam que a empresa usou seu poder de mercado para, dentre outras alegações, eliminar plata-

159 REINO UNIDO, 2021.

160 Tradução livre do original: “Both Google and Facebook (...) are now protected by such strong incumbency advantages – including network effects, economies of scale and unmatched access to user data – that potential rivals can no longer compete on equal terms” (REINO UNIDO, 2020, p. 5).

161 REINO UNIDO, 2021.

formas de publicidade independentes, forçando pequenas empresas e meios de comunicação a usarem seu ecossistema. De acordo com a ação, o projeto Privacy Sandbox faria parte desta suposta estratégia exclusionária que, conforme se alega, resultaria no reforço do poder de mercado da empresa¹⁶².

De acordo com a ação dos estados estadunidenses, o Privacy Sandbox forçará a migração de anunciantes para a plataforma do Google e, além disso, causará a elevação de barreiras e o fechamento dos mercados de publicidade online (“*ad exchanges*” e compras de anúncios, i.e., “*ad buying tools*”). Nesse sentido, os procuradores-gerais afirmam que a mudança em nome da privacidade seria, na verdade, “um estratagemma para promover o plano de longa data do Google de se beneficiar com a criação de um ecossistema fechado, fora da web aberta”¹⁶³.

2.3. CASO BRADESCO/GUIABOLSO (INTEROPERABILIDADE DE SISTEMA BANCÁRIO)

Recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, a autoridade concorrencial brasileira, também se debruçou sobre problema semelhante. Em 2019, a autarquia instaurou processo administrativo para apurar uma suposta conduta exclusionária por parte do Bradesco contra a *fintech* Guiabolso, que possui aplicativo voltado a gerenciamento de finanças pessoais, em decorrência de uma mudança nos padrões de interoperabilidade realizados pelo primeiro¹⁶⁴

O caso iniciou a partir da implementação pelo Bradesco de uma senha de acesso adicional randômica em seu sistema de *Internet Banking*, sob a justificativa de que tal medida seria necessária para garantir a segurança das informações de seus clientes. Entretanto, a referida mudança inviabilizou que o Guiabolso pudesse acessar informações dos consumidores e exercer sua atividade econômica. Até a efetivação

162 ROBERTSON; BRANDOM, 2021; ESTADOS UNIDOS, 2021.

163 Cf. original, “Google’s upcoming cookie changes in the name of privacy are a ruse to further Google’s longstanding plan to advantage itself by creating a closed ecosystem out of the open web”. (ESTADOS UNIDOS, 2021, p. 99). Vale destacar que o Google emitiu um comunicado negando as acusações. Nesse sentido: COHEN (2021).

164 Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

dessa mudança, a *fintech* acessava, com autorização do usuário (que fornecia suas senhas), os seus dados relativos às suas informações bancárias e financeiras armazenadas no *Internet Banking*, com o objetivo de oferecer a ele, usuário, serviços de gestão financeira e de crédito no ambiente do aplicativo.¹⁶⁵

O processo administrativo atualmente encontra-se suspenso, uma vez que, com o avanço das investigações, em 2020, o Bradesco firmou Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) com o Cade, mediante o pagamento de contribuição pecuniária no valor de R\$ 23.878.716,72¹⁶⁶. Por meio do referido acordo, o banco se comprometeu a desenvolver interfaces de interoperabilidade que viabilizem o acesso aos dados dos consumidores pela *fintech* até a entrada em vigor do *Open Banking* regulamentado pelo Banco Central, que define critérios de interoperabilidade¹⁶⁷.

3. IMPLICAÇÕES PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA, INTERAÇÃO COM PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO

Embora ilustrativos da complexa questão suscitada inicialmente, os exemplos acima apontam para um possível padrão emergente de atuação dos agentes econômicos na economia digital, qual seja, a utilização da privacidade e proteção de dados pessoais como justificativa para a construção de mecanismos e arquiteturas que, possivelmente, causam ou têm o potencial de causar restrição à concorrência, razão pela qual resultaram na abertura das investigações acima mencionadas.

A partir dos casos expostos acima, propõe-se três reflexões principais acerca (i) da relação entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais, (ii) do papel a ser desempenhado pelas autoridades antitruste e (iii) das perspectivas de alteração legislativa no tema. É o que passamos a expor a seguir.

165 BRASIL, 2019.

166 Requerimento de TCC nº 08700.003425/2020-47, homologado pelo Tribunal do Cade na 166ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 7 de outubro de 2020.

167 BRASIL, 2020.

3.1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CONCORRENCIAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como visto, os agentes econômicos nos casos analisados, de diferentes formas, promoveram alterações nas suas plataformas digitais, de modo a restringir a coleta de dados pessoais. Conforme alegado pelas empresas, as mudanças visam ou visavam a proteger a privacidade e proteção de dados pessoais dos usuários: seja oferecendo um mecanismo de escolha (Apple), substituindo uma tecnologia pré-existente (Google) ou simplesmente por razões de privacidade e segurança da informação (Bradesco).

Nota-se que a privacidade pode constituir uma alegação, pretensa ou não, para a promoção de condutas com potencial de restrição à concorrência. Tal constatação leva, inicialmente, a uma reflexão se existiria um conflito entre os objetivos do direito da concorrência e da proteção de dados pessoais.

Para alguns, os dois campos estariam em choque, uma vez que, enquanto a proteção de dados pessoais apresenta fundamentos para a restrição da circulação de dados pessoais (i.e., promovendo maior privacidade e controle pelos titulares), tais preocupações não necessariamente seriam compartilhadas pelo direito concorrencial, cujo objetivo seria, dentre outros, proteger a garantia institucional da concorrência e o bem-estar do consumidor.

Um exemplo, comumente mencionado, é que enquanto o direito concorrencial busca incentivar a abertura, isto é, o acesso a dados – essencialmente informação – como insumo à entrada e rivalidade nos mercados, a privacidade e proteção de dados pessoais poderiam funcionar como “entraves”. De modo análogo, mas simplificando drasticamente a realidade, regimes muito amplos de proteção à propriedade intelectual impedem o acesso ao conhecimento, funcionando como barreiras à inovação e à concorrência nos mercados.

Citando o projeto Privacy Sandbox, a autoridade britânica expressa sua “preocupação” no sentido de que as plataformas digitais como o Google incorporem “um incentivo para interpretar a regulamentação de proteção de dados de uma forma que fortaleça sua própria vantagem competitiva, negando a terceiros o acesso aos dados que são necessários para segmentação, atribuição, verificação e avaliação de taxas ou preços, preservando seus direitos para usar esses dados em seus

jardins murados [*walled gardens*]” em flagrante dissonância e prejuízo aos objetivos do antitruste¹⁶⁸.

Por outro lado, é também possível enxergar convergências entre as duas áreas. A defesa da concorrência e a proteção de dados pessoais compartilham da preocupação com o bem-estar dos consumidores. Desse modo, se os consumidores estão preocupados com a privacidade e uma plataforma oferece mais opções de controle e poder de escolha, seria possível levar tal aspecto em consideração na análise antitruste¹⁶⁹. A título exemplificativo, quando da decisão pela autoridade antitruste francesa mencionada acima, levou-se em conta uma pesquisa indicando a alta preferência dos consumidores franceses sobre a obtenção do consentimento prévio para utilização de seus dados¹⁷⁰. De modo semelhante, a possibilidade de incorporação de preocupações de privacidade foi admitida, em recente relatório, pela autoridade antitruste da África do Sul.¹⁷¹

Com efeito, um aspecto pertinente ao presente momento histórico diz respeito à aparente crescente preocupação dos consumidores com a privacidade de seus dados. À medida em que se tornam públicos

168 Tradução livre do original: “Our concern is that such platforms have an incentive to interpret data protection regulation in a way that entrenches their own competitive advantage, including by denying third parties access to data that is necessary for targeting, attribution, verification and fee or price assessment while preserving their right to use this data within their walled gardens”. (REINO UNIDO, 2020, p. 16).

169 Veja-se, nesse sentido, e.g., destacando a necessidade de que o direito da concorrência amplie o conceito de bem-estar do consumidor para além da eficiência econômica, de modo a resgatar “a importância da proteção ampla do consumidor”, incluindo, dentre outros aspectos, o controle sobre seus dados pessoais: FRAZÃO (2021, p. 535-552).

170 Em sua decisão, a autoridade concorrencial francesa destacou pesquisa realizada pela IFOP e CNIL segundo a qual 70% dos respondentes franceses indicaram ser indispensável que os agentes econômicos obtenham o consentimento antes que seja possível utilizarem os dados de navegação obtidos através de rastreadores (IFOP, 2020).

171 De acordo com a autoridade sul-africana, “Competitive dynamics in data markets that include personal data are influenced by the laws designed to protect personal data. However, the sole reliance on POPI [Protection of Personal Information Act, 2013] to address privacy-related concerns would be a mistake, as it cannot contest mergers or exploitative abuses”. (ÁFRICA DO SUL, 2020, p. 42).

e midiáticos os episódios envolvendo a utilização abusiva de dados pessoais, parece crescer na população a atenção quanto ao tratamento das suas informações pelas empresas. Daí porque a privacidade se destaca como um elemento de qualidade de produtos e serviços, levando os agentes econômicos a buscarem tal diferenciação competitiva¹⁷². Cumpre ao antitruste, portanto, estar atento às mudanças em relação às preferências dos consumidores nesse novo contexto¹⁷³, a exemplo do que fez a autoridade antitruste francesa.

Ademais, fundada em outra perspectiva, em princípio de maior atuação do antitruste para o setor em comento, defende-se que tanto o antitruste quanto a proteção de dados pessoais estão preocupados em mitigar assimetrias de informação e poder. Assim, nesta perspectiva, as garantias estipuladas na legislação de proteção de dados pessoais objetivando à promoção de maior transparência, controle e *accountability* podem funcionar como mecanismos de mitigação do poder econômico e seu abuso.

A esse respeito, por exemplo, as autoridades antitruste da França e Alemanha afirmam, em relatório conjunto, que a regulação de dados pessoais pode servir como parâmetro útil à análise da abusividade de determinadas condutas¹⁷⁴, cabendo a nós, desde logo, começar a refletir até onde pode e deve atuar a autoridade da concorrência nes-

172 Há diversos exemplos de serviços que se diferenciam pelos seus atributos de privacidade (e.g., o navegador Brave, o buscador Duck Duck Go, o aplicativo Signal, dentre outros). Além disso, um exemplo da crescente importância da privacidade (como elemento de qualidade) é a tendência de investimentos em *marketing*, pelos agentes econômicos, enaltecendo a privacidade como um dos atributos dos seus serviços. A esse respeito, por exemplo, veja-se as propagandas do Banco Itaú, veiculadas em televisão (ITAÚ, 2021).

173 Alerta semelhante foi feito por Herbert Hovenkamp: “[...] the argument for consumer harm appears to be getting weaker by the day. At the very least, consumers appear to be accommodating themselves to the change. They may actually prefer it.” (HOVENKAMP, 2021).

174 Nesse sentido: “(...) looking at excessive trading conditions, especially terms and conditions which are imposed on consumers in order to use a service or product, data privacy regulations might be a useful benchmark to assess an exploitative conduct, especially in a context where most consumers do not read the conditions and terms of services and privacy policies of the various providers of the services that they use”. (ALEMANHA; FRANÇA, 2016).

se sentido. Por exemplo, as penalidades devem se restringir apenas a multas, ou a determinação de venda de ativos e cisão das *big techs* devem ser opções?

A alegação dos agentes econômicos de que estão buscando atender a preferência dos consumidores por privacidade não deve, obviamente, ser enxergada com ingenuidade pelas autoridades antitruste. Os agentes econômicos são movidos por uma racionalidade que visa à maximização do seu proveito (*utility*) ou do seu lucro (*profit*),¹⁷⁵ de modo que, subjacente às alterações nas políticas e tecnologias empregadas por cada plataforma existe uma estratégia econômica bem definida com potencial de resultar na exclusão de concorrentes e na dominação de mercados.

Não é por outra razão que, a despeito da alegação do Google de que a remoção dos *cookies* de terceiros beneficiará a privacidade dos consumidores, a autoridade antitruste britânica optou por supervisionar o processo de implementação da nova tecnologia, a fim de garantir que ela não trará prejuízos à concorrência.

Considerando as inúmeras formas de desenho de mecanismos de políticas de privacidade, os casos ilustrados indicam a necessidade de uma análise concreta, caso a caso, a fim de verificar a ocorrência de abusividade ou não. Cumprirá à autoridade antitruste analisar se as condições impostas são *legítimas, objetivamente justificáveis e tecnicamente necessárias*. Além disso, deve-se verificar se existem mecanismos e arquiteturas alternativas, que assegurem os benefícios aos consumidores ao mesmo tempo que preservem a concorrência.¹⁷⁶

175 FORGIONI, 2018, p. 230.

176 Ao que nos parece, assim procedeu a Superintendência-Geral do Cade na análise do caso envolvendo Bradesco/GuiaBolso. Assim destacou a Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE: “No caso ora em análise, os argumentos apresentados pelo Bradesco tanto no sentido de segurança da informação quanto em relação à legislação de propriedade e guarda de dados bancários não parecem se sustentar, por todos os argumentos expostos na presente Nota Técnica, desde a robustez das soluções de segurança do GuiaBolso à Lei Complementar nº 105/2001 e a recém aprovada lei brasileira de proteção de dados pessoais”.

3.2. O PAPEL A SER DESEMPENHADO PELAS AUTORIDADES ANTITRUSTE

Outro aspecto que merece reflexão, a partir dos casos acima, diz respeito ao papel a ser exercido pela autoridade antitruste, tendo em vista a importância do diálogo com outras autoridades, notadamente com a autoridade de proteção de dados pessoais.

A despeito das diferentes abordagens atualmente em debate, diversas jurisdições se preparam para os novos desafios da economia digital. As experiências recentes ilustradas pelos casos trazidos apontam para a necessidade de cooperação entre autoridades de defesa da concorrência, defesa do consumidor e proteção de dados pessoais, bem como para a sincronização de políticas e uma abordagem multidisciplinar e holística para fazer frente aos desafios da economia digital. Recomendações de especial atenção para a celebração dessas cooperações entre as autoridades parecem-nos muito importantes e corretas a fim de que cheguemos a decisões efetivas em atendimento aos nobres objetivos do antitruste, da defesa do consumidor e da proteção de dados.

No caso referente ao Bradesco e Guiabolso, o Cade levou em consideração o fato de que o Banco Central implementaria o *Open Banking* no país em outubro de 2021, razão pela qual o TCC celebrado em outubro de 2020 pela autoridade antitruste com o Bradesco estava previsto para vigorar até a entrada em vigor da referida regulação, que disciplina o compartilhamento de dados no setor financeiro, o que apenas evidencia a importância de interação entre as diversas instâncias regulatórias para uma efetiva tutela da livre concorrência.¹⁷⁷

No Reino Unido, a investigação envolvendo as alterações promovidas pelo Google (Privacy Sandbox) está inserida em um contexto mais abrangente de aproximação entre as autoridades antitruste e de proteção de dados pessoais. Nesse sentido, em maio de 2021, ambas emitiram um comunicado conjunto destacando a comunhão de objetivos entre as políticas públicas e enaltecendo a importância da coerência regulatória. O documento destaca que “quaisquer áreas de tensão percebidas entre a concorrência e a proteção de dados podem ser superadas por meio da consideração cuidadosa das questões caso a caso,

177 BRASIL, 2020a.

com a aplicação consistente e apropriada da legislação de proteção de dados e concorrência, e por meio de estreita cooperação entre nossas duas organizações”¹⁷⁸.

No Brasil, entende-se como louvável a assinatura, em 2 de junho de 2021, do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) entre Cade e ANPD, por meio do qual ambas as autoridades buscarão “viabilizar ações a serem adotadas pelas partes, de forma conjunta e coordenada, quando da ocorrência de situações que interseccionam ambas as esferas de competência”¹⁷⁹. Dentre as obrigações mútuas estipuladas pelo ACT, destacam-se, por exemplo, (i) a solicitação de análises e manifestações acerca de processos que digam respeito às competências de cada autoridade, (ii) a informação de qualquer fato, ato, negócio ou situação que possa caracterizar indício de infração e (iii) a informação sobre propostas de acordos que digam respeito às competências da outra.

Resta saber como a referida cooperação funcionará na prática. A exemplo da interação que já ocorre entre Cade e outras agências reguladoras, há a expectativa de que, em sede de controle de condutas, a ANPD possa ser instada a se manifestar sobre condutas abusivas que envolvam o tratamento de dados pessoais com potencial de restrição à concorrência. De modo semelhante, em sede de controle de estruturas, a princípio, a ANPD poderá se manifestar acerca de operações que envolvam tratamento intensivo de dados pessoais com a aptidão para causar problemas concorrenciais.¹⁸⁰ Quando houver necessidade de acordo (e.g., TCC ou Acordo em Controle de Concentrações – ACCs), é possível imaginar o envolvimento da ANPD em discussões relacionadas à implementação de remédios concorrenciais, como a imposição de interoperabilidade ou portabilidade de dados pessoais, conforme a necessidade do caso para uma solução de tal natureza.

178 REINO UNIDO, 2021a.

179 BRASIL, 2021.

180 Ainda, muito se discute acerca da possibilidade de incorporação da privacidade e proteção de dados pessoais como um elemento de qualidade a ser tutelado pela autoridade concorrential, embora quase sempre se aponte as dificuldades de tal elemento na análise antitruste.

3.3. PERSPECTIVAS DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Algumas jurisdições estão também promovendo mudanças legislativas significativas. A Alemanha conduziu uma reforma recente em sua legislação concorrencial, incluindo diversos dispositivos que estabelecem padrões de análise e tipificação de condutas abusivas envolvendo dados¹⁸¹.

Já a União Europeia, através da proposta do Digital Markets Act (DMA), busca estabelecer um regime regulatório *ex ante*, complementar aos regimes antitruste e de proteção de dados pessoais, de modo a endereçar mais rapidamente preocupações advindas das grandes plataformas atuantes como *gatekeepers*¹⁸². Agora, passados quase 10 anos da aprovação da nossa segunda relevante lei da concorrência (Lei 12.529/2011), chegou a hora de pensarmos na sua reforma, com a inclusão de novos dispositivos e alteração de outros, já obsoletos?

Uma primeira alteração, que parece mais evidente, é a necessidade de criação de um novo critério de notificação com base no valor da operação, como fizeram outras jurisdições, a exemplo da própria Alemanha. Vislumbra-se que o § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, embora importante dispositivo, seja insuficiente para o *enforcement* concorrencial em mercados digitais, considerando a rapidez com que tais mercados mudam e a dificuldade de reversão da integração tecnológica de plataformas digitais. Dessa forma, reputa-se que seria melhor à segurança jurídica e à efetividade da atuação do Cade a análise *preventiva* das operações de alto valor e que não se encaixam nos atuais critérios de notificação do art. 88, I e II da Lei nº 12.529/2011.

Adicionalmente, embora o art. 36, § 3º da Lei nº 12.529/2011 constitua um rol exemplificativo de condutas, percebe-se na prática do Cade que tal rol é importante para a tipificação das condutas, conferindo maior fundamentação aos votos e pareceres da autarquia. Dessa forma, a princípio, seria possível a inclusão de condutas típicas praticadas por plataformas digitais no rol do § 3º, como dificultar a portabilidade e a interoperabilidade de dados, impedir outros agentes de processarem

181 ALEMANHA, 2021.

182 UNIÃO EUROPEIA, 2021.

dados relevantes para a concorrência¹⁸³, dentre outras condutas, sempre sujeitas à análise caso a caso.

Outra fonte de preocupação é o poder político decorrente do poder econômico das plataformas digitais. A título exemplificativo, um relatório recente investigou o *lobby* relacionado às políticas públicas voltadas à economia digital na União Europeia. O estudo identificou 612 empresas, grupos e associações comerciais promovendo *lobby* digital perante as autoridades europeias, sob um custo anual equivalente a € 97 milhões. O maior valor é originado das plataformas identificadas pelo acrônimo GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft), com um gasto anual conjunto de € 22,8 milhões. Ainda de acordo com o estudo, das 270 reuniões relacionadas aos pacotes Digital Markets Act (DMA) e Digital Services Act (DSA) – que buscam regular a atuação das grandes plataformas digitais –, 75% ocorreram com lobistas das empresas de tecnologia.¹⁸⁴

Como sabido, a influência política decorrente do poder econômico pode resultar em distorções à concorrência, uma vez que os agentes dominantes conseguem, mais facilmente, influenciar regulações em benefício próprio ou em prejuízo de concorrentes. Daí porque parece ser imperativo, como propõe o relatório, repensar as regras relativas à transparência (inclusive quanto às reuniões tidas com agentes políticos e autoridades públicas), bem como em relação ao fenômeno de *revolving doors*, por exemplo.¹⁸⁵

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou refletir acerca do papel do direito concorrencial tendo em vista o potencial exclusionário decorrente de determinadas políticas de privacidade e proteção de dados pessoais. Como ponto de partida da reflexão proposta, foram expostos os casos referentes à Apple (App Tracking Transparency – ATT), ao Google (Privacy Sandbox) e ao Bradesco/Guiabolso.

183 A título exemplificativo de tais alterações legislativas em outro país, veja-se as mudanças feitas pela Alemanha, com a inclusão da Section 19(a) no GWB.

184 BANK, 2021, p. 10-11. Em sentido semelhante, veja-se KERGUENO, 2021.

185 BANK, 2021, p. 43-44.

Os casos indicam que a privacidade dos consumidores pode servir de justificativa para condutas com o potencial de excluir concorrentes, resultando em domínio de mercados. Não obstante as convergências e tensões existentes entre antitruste e proteção de dados pessoais, apontadas ao longo deste trabalho, a princípio, entende-se que a partir de uma análise caso a caso, a autoridade antitruste pode verificar se as condições impostas por determinada política de privacidade são legítimas, objetivamente justificáveis e tecnicamente necessárias. Além disso, cumpre verificar se existem mecanismos e arquiteturas alternativas que assegurem os benefícios aos consumidores ao mesmo tempo que preservem a concorrência.

A cooperação entre as autoridades antitruste e de proteção de dados pessoais pode exercer um papel importante, no sentido de auxiliar na análise de comportamentos e operações levadas ao exame da autoridade concorrencial. Essa tem sido a abordagem do Reino Unido, enquanto no Brasil aguarda-se com expectativa os desdobramentos da cooperação a ser empreendida entre Cade e ANPD.

Por fim, mister salientarmos que as determinações constantes nas recentes legislações de proteção de dados, mesmo que consideremos algumas suposições da ocorrência de *lobby* dos setores econômicos com elevados níveis de concentração econômica para a consolidação dos textos legais, não podem ser interpretadas e aplicadas com efeitos destrutivos ao antitruste, com vistas ao aumento de barreiras à entrada, à maior concentração de poder, dentre outras consequências que não são difíceis de imaginar.

O cenário está aberto, e, repita-se, são diversos os desafios e as possibilidades à frente. Muito do que assistiremos nos próximos anos dentro dos mercados digitais dependerá de conduta ativa imediata aplicada à questão pelos diversos agentes – academia, legislador, autoridades administrativas e, eventualmente, o judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁFRICA DO SUL. Competition Commission. **Competition In The Digital Economy**. 7 set. 2020. Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/09/Competition-in-the-digital-economy_7-September-2020.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.
- ALEMANHA; FRANÇA. Autorité de la concurrence; Bundeskartellamt. **Competition Law and Data**, 2016. Disponível em: <<https://www>>.

- bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&xv=2>. Acesso em: 29 out. 2021.
- ALEMANHA. Bundeskartellamt. **Amendment of the German Act against Restraints of Competition**. 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html>. Acesso em 29 out. 2021.
- ARANZE, Janith. Apple fights off interim measures request in France. **Global Competition Review**, 17 mar. 2021. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/apple-fights-interim-measures-request-in-france>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- BANK, Max et al. **The Lobby Network: Big Tech's Web of Influence in the EU**. Brussels; Cologne: Corporate Europe Observatory; LobbyControl e.V., 2021, p. 10-11. Disponível em: <<https://corporateeurope.org/en/2021/08/lobby-network-big-techs-web-influence-eu>>. Acesso em: 30 out. 2021.
- BINDRA, Chetna. Building a privacy-first future for web advertising. **Google Ads & Commerce Blog**, 25 jan. 2021. Disponível em: <<https://blog.google/products/ads-commerce/2021-01-privacy-sandbox/>>. Acesso em: 29 out. 2021
- BRASIL. ANPD e CADE assinam **Acordo de Cooperação Técnica**. 2 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 2019.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº 22/2020/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 2020.
- BRASIL. 2020a. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento de TCC nº 08700.003425/2020-47.
- BRASIL et al. Conselho Administrativo de Defesa Econômica et al. **BRICS in the digital economy: competition policy in practice**, 2019a. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.
- COHEN, Adam. AG Paxton's misleading attack on our ad tech business. **Google Public Policy Official Blog**. Google. 17 jan. 2021. Disponível em: <<https://blog.google/outreach-initiatives/public-policy/ag-paxtons-misleading-attack-on-our-ad-tech-business/>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- CYPHERS, Bennett. Don't Play in Google's Privacy Sandbox. **Electronic Frontier Foundation**, 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2019/08/dont-play-googles-privacy-sandbox-1>>. Acesso em 29 out. 2021.
- ESTADOS UNIDOS. US District Court Eastern District of Texas. State of Texas et al vs. Google LLC (Case 4:20-cv-00957-SDJ), Amended Complaint, 2021.

- FACEBOOK May Be Preparing Antitrust Suit Against Apple. **Competition Policy International**, 28 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-may-be-preparing-antitrustsuit-against-apple/>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- FRANÇA. Autorité de la Concurrence. Décision 21-D-07 du 17 mars 2021. Disponível em: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-une-demande-de-mesures-conservatoires-presentee-par-les-associations-interactive>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel et al. (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Forense, 2021, p. 535-552.
- HAGGIN, Patience; HAGEY, Keach; SCHECHNER, Sam. Apple's Privacy Change Will Hit Facebook's Core Ad Business. Here's How. **The Wall Street Journal**, 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/apples-privacy-change-will-hit-facebooks-core-ad-busin-ess-heres-how-11611938750>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- HOVENKAMP, Herbert. Big Tech's Fight Over Privacy: Could Facebook Win an Antitrust Lawsuit Against Apple?. **Promarket**, 8 fev. 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/02/08/privacy-facebook-antitrust-lawsuit-apple-ios14-data/>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- IFOP. **Les français et la réglementation en matière de cookies**. 14 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.ifop.com/publication/les-francais-et-la-reglementation-en-matiere-de-cookies/>>. Acesso em 29 out. 2021.
- ITAÚ. "Privacidade - Autógrafo". **Youtube**. 10 de mar. 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=c83z_su9Ty4 . Acesso em: 29. out. 2021.
- KERGUENO, Raphaël et al. **Deep Pockets, Open Doors: Big tech lobbying in Brussels**. Transparency International, 2021. Disponível em: <<https://transparency.eu/deep-pockets-open-doors/>>. Acesso em: 30 out. 2021.
- MC GEE, Patrick; YANG, Yuan. China's tech giants test way around Apple's new privacy rules. **Financial Times**, 15 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/520ccdae-202f-45f9-a516-5cbe08361c34>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- PROENÇA, José Marcelo Martins; BARRIOS, Lucas de Góis. Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência. **Consultor Jurídico**, 06 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/opiniao-padroes-privacidade-defesa-concorrencia>>. Acesso em: 29 out. 2021.
- REINO UNIDO. Competition Markets Authority. Online platforms and digital advertising. **Market study final report**. 2020. Disponível

em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>> Acesso em: 29 out. 2021.

REINO UNIDO. Investigation into Google's 'Privacy Sandbox' browser changes. **Press release**, 8 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes#case-information>>. Acesso em: 29 out. 2021.

REINO UNIDO. **Competition and data protection in digital markets**: a joint statement between the CMA and the ICO. 19 mai. 2021a. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

ROBERTSON, Adi; BRANDOM, Russell. Google antitrust suit takes aim at Chrome's Privacy Sandbox. **The Verge**, 16 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2021/3/16/22333848/google-antitrust-lawsuit-texas-complaint-chrome-privacy>>. Acesso em 29 out. 2021

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **The Digital Markets Act**: ensuring fair and open digital markets, 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en>. Acesso em 29 out. 2021.

STREAMING WARS: CONCORRÊNCIA NOS TEMPOS DE DATA-DRIVEN CREATIVITY

Juliana Novaes¹⁸⁶

186 Formada em Direito pela Universidade de São Paulo e mestranda pela Maastricht University.

RESUMO O presente ensaio tem como escopo o exame do papel das plataformas de *streaming* dentro do mercado audiovisual, sob uma ótica do direito da concorrência. O principal objetivo do trabalho é analisar os possíveis efeitos anticompetitivos gerados na verticalização nos serviços de *streaming*, tendo como foco principal a discussão em torno do tratamento massivo de dados sobre consumidores como vantagem comercial.

PALAVRAS-CHAVE

Streaming. Concorrência. Dados. Mercados digitais. Entretenimento.

SUMÁRIO Introdução; 2. Um panorama do mercado de streaming audiovisual; 2.1 O papel dos serviços de streaming na indústria internacional de entretenimento; 2.2. Principais atores e fatias de mercado 3. Uma janela para o passado: lições sobre a verticalização no mercado audiovisual analógico; 3.1. A verticalização no direito concorrencial; 4. Dados, verticalização e data-driven creativity; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A democratização do acesso à banda-larga e a expansão dos dispositivos móveis trouxeram inúmeras transformações na indústria cultural, com uma crescente participação de vídeos como parte do cotidiano de consumo de entretenimento ao redor do mundo. Somado a isso, a crise sanitária trazida pela COVID-19 e suas consequentes medidas de distanciamento social são um fator catalisador da consolidação do *streaming* como um dos mais relevantes modelos de negócio da indústria audiovisual na atualidade.¹⁸⁷

Os serviços de streaming inserem-se na chamada “economia da atenção”, cujo medidor de sucesso está ligado à sua capacidade de manter a audiência interessada pela maior quantidade de tempo possível.¹⁸⁸ Nesse sentido, é uma prática comum desses serviços utilizar dados de seus consumidores para auxiliar em estratégias de captação da audiência. Isso é feito por meio de personalização do conteúdo de acordo com as preferências extraídas a partir de dados sobre o engajamento dos usuários com a plataforma.¹⁸⁹

Recentemente, tem havido uma forte tendência por parte de algumas das empresas desse segmento em atuar não apenas em atividades de distribuição e exibição, mas também investindo na produção de conteúdo próprio.¹⁹⁰ Simultaneamente, empresas tradicionais do segmento de produção - como Disney, Fox e NBC Universal - também se juntaram ao mercado de *streaming* e recentemente passaram a investir em seus próprios serviços pela Internet.¹⁹¹

Dentro dessas novas frentes de atuação - das plataformas adentrando o ramo de produção de obras originais e de produtoras tradicionais ingressando no mercado de *streaming* - tem-se a consolidação de um

187 FAUGHNDER, 2021.

188 PILIPETS, 2019.

189 GÜRMEİÇ, 2019.

190 SMITH e TELANG, 2017; SMITH e TELANG, 2018; RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2019.

191 KATZ, 2021; HADIDA et al., 2021; RODRIGUEZ, 2019.

modelo verticalizado da cadeia produtiva, o que traz à tona discussões de natureza concorrencial sobre potenciais condutas anticompetitivas que podem ser geradas a partir do controle de atividades distintas pelos mesmos grupos econômicos. A quantidade massiva de dados extraídos da plataforma sobre gostos de seus consumidores, por exemplo, poderia servir de insumo para moldar investimentos feitos em criações originais, gerando uma significativa vantagem competitiva e dando origem a novas barreiras de entrada no setor.

Nesse sentido, o presente ensaio tem como escopo o exame do papel das plataformas de *streaming* dentro do mercado audiovisual, sob uma ótica do direito da concorrência. O principal objetivo do trabalho é analisar os possíveis efeitos anticompetitivos gerados na verticalização nos serviços de *streaming*, tendo como foco principal a discussão em torno do tratamento massivo de dados sobre consumidores como vantagem comercial. Para tanto, a pesquisa compõe-se de revisão bibliográfica e análise de casos estadunidenses relevantes no contexto da indústria do audiovisual.

O principal caso em análise neste trabalho é o chamado *Caso Paramount* de 1948. A escolha se dá pelo caso ter sido um dos primeiros a analisar estruturalmente a indústria do entretenimento audiovisual. Ainda que pertencente ao mundo analógico, é um caso paradigmático que serviu como marco referencial na análise de outras ações posteriores, sendo amplamente citado na doutrina sobre antitruste no setor¹⁹². Além do *Caso Paramount*, outros casos mais recentes como AOL-Time Warner, Comcast-NBCU e AT&T-Time Warner são levados em conta na análise proposta.

2. UM PANORAMA DO MERCADO DE STREAMING AUDIOVISUAL

2.1. O PAPEL DOS SERVIÇOS DE STREAMING NA INDÚSTRIA INTERNACIONAL DE ENTRETENIMENTO

Com a massificação da Internet comercial ocorrida a partir do final da década de 90 e início dos anos 2000, uma quantidade significativa de forças redefiniram as tradicionais formas de consumo de informa-

¹⁹² STÖHR et al, 2019.

ção ao redor do mundo¹⁹³. Os modelos de negócio em que se baseavam o entretenimento são radicalmente transformados pelo surgimento de ferramentas digitais e da rede mundial de computadores¹⁹⁴. Além disso, o crescimento do uso da banda-larga e a consequente popularização de serviços baseados na computação em nuvem determinam os novos moldes em que se dá o consumo de conteúdo no mundo digital¹⁹⁵.

Existem diversas nomenclaturas para classificar os serviços de *streaming* audiovisual. Analisar esse tipo de serviço significa fazer escolhas em relação a quais aspectos de seu funcionamento serão levados em consideração para defini-lo ou compará-lo.¹⁹⁶ Existem inúmeros modelos de negócio que derivam das ferramentas de *streaming*, não cabendo ao presente estudo o detalhamento acerca das particularidades de cada um deles, tendo a autora escolhido adotar duas categorias como foco da análise, conforme descrição a seguir.

Advertising-Financed VoD Models (AVoD): Alguns provedores de vídeo sob demanda financiam seus serviços por meio de receitas de publicidade, também conhecidas como *AVoD*. Neste modelo, o provedor de *video on demand* (VoD) oferece *streaming* de vídeos para o usuário “gratuitamente” ou a um valor monetário reduzido¹⁹⁷. Em troca, o usuário “paga” com sua atenção enquanto assiste aos vídeos, sendo exposto a anúncios. Um exemplo de provedor que adota esse modelo é o YouTube¹⁹⁸.

Subscription VoD Models (SVoD): em contraste, referem-se a um modelo em que o próprio usuário paga um valor pecuniário para consumir conteúdo¹⁹⁹. O serviço funciona por meio do oferecimento ao consumidor de um grande repositório com títulos variados a partir do pagamento de assinatura. Um exemplo típico de plataforma por assi-

193 WU, 2003; LIEBOWITZ, 2002.

194 BRANCO, 2006.

195 TREFZGER, 2015.

196 LOBATO, 2019.

197 BUDZINSKI e LINDSTÄDT-DREUSICKE, 2020.

198 O Youtube também fornece um serviço por assinatura, mas não cabe ao presente estudo a análise das peculiaridades dessa plataforma em específico, considerando-a majoritariamente como *AVoD*.

199 BUDZINSKI e LINDSTÄDT-DREUSICKE, 2020.

natura é o Netflix, que condiciona o acesso ilimitado ao seu catálogo de obras audiovisuais a pagamento mensal.

2.2. PRINCIPAIS ATORES E FATIAS DE MERCADO

Atualmente, a Netflix é a maior empresa de serviços de *VoD* no mundo. Trata-se de um serviço por assinatura com presença em inúmeros países que oferece um catálogo variado de obras audiovisuais²⁰⁰. Considerando o universo de *SVoD* e *AVoD*, Netflix e Youtube lideram o mercado, com respectivamente 34% e 20% de poder de mercado, segundo dados divulgados pela Nielsen no ano de 2020²⁰¹. No que diz respeito ao número de assinantes de serviços de *SVoD*, Netflix também lidera o mercado com 208 milhões de assinantes em janeiro do ano passado, seguido pela Amazon Prime Video com 200 milhões de assinaturas²⁰²

Ainda que os serviços de *streaming* audiovisual tenham uma dinâmica digital própria, sua cadeia produtiva está intrinsecamente ligada ao funcionamento da indústria do entretenimento audiovisual como um todo. Isto é, ainda que existam peculiaridades derivadas

do fato de serem serviços oferecidos pela Internet, eles ainda inserem-se dentro da lógica dividida em produção, distribuição e exibição, passando por processos intermediários (variáveis a depender do modelo de negócio)²⁰³.

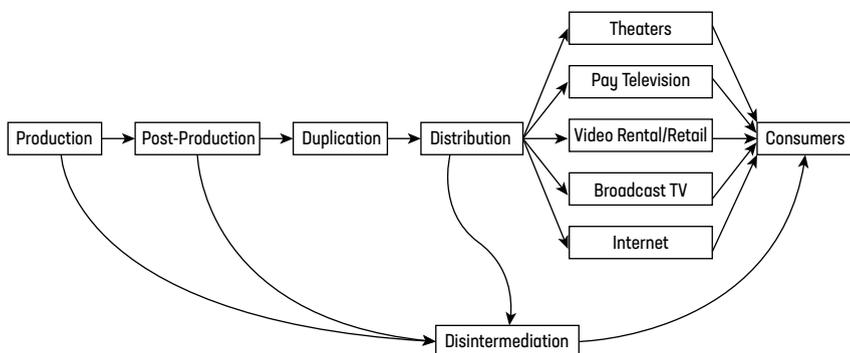
200 LOBATO, 2019.

201 NIELSEN, 2020.

202 PURELY, 2021.

203 STÖHR et al., 2019.

Figura 1: Funcionamento da indústria do entretenimento audiovisual²⁰⁴:



Observa-se hoje duas tendências no mercado do *streaming*. A primeira delas é a entrada de empresas com bom posicionamento nos mercados de mídia *offline* e que tentam recuperar o terreno perdido criando seu próprio serviço *online*, por exemplo Disney, Sky Ticket ou Joyn²⁰⁵. Já a segunda tendência ocorre entre as próprias plataformas de *streaming*, com a realização progressiva de investimentos não apenas no licenciamento do conteúdo disponível para exibição, mas também na criação de conteúdo exclusivo e original. Assim, empresas como Netflix e Amazon Prime Video deixam de existir apenas como parte do processo de intermediação entre os criadores e o consumidor final, passando também a integrar a etapa de produção²⁰⁶.

Trata-se, dessa forma, de um mercado que combina, simultaneamente, empresas relativamente novas que apostaram desde o início no mercado digital e grandes e tradicionais conglomerados de mídia, que já estavam inseridos em mercados analógicos de criação altamente concentrados e que agora expandem seus negócios com o lançamento de suas próprias plataformas²⁰⁷. Em ambos os casos, tem-se uma

204 Internet-based Distribution of Digital Videos: The Impact on the Motion Picture Industry (ZHU, 2004).

205 BUDZINSKI et al., 2019.

206 SMITH e TELANG, 2018.

207 STÖHR, 2019.

tendência de verticalização no mercado. De um lado, há empresas consolidadas de mídia que atuam fortemente no ramo de produção de conteúdo expandindo seus serviços também para abarcar o *streaming*, e, do outro lado, empresas originariamente de *streaming* que também passam a ser produtoras de conteúdo.

3. UMA JANELA PARA O PASSADO: LIÇÕES SOBRE A VERTICALIZAÇÃO NO MERCADO AUDIOVISUAL ANALÓGICO

A verticalização nos processos de criação, distribuição e exibição de obras audiovisuais já foi objeto de análise do direito concorrencial em diferentes ocasiões. Um dos primeiros e mais paradigmáticos casos na indústria cinematográfica, servindo como marco referencial na análise de outros casos posteriores e também amplamente citado na doutrina sobre antitruste na indústria do entretenimento, é o caso estadunidense conhecido como *Caso Paramount*, de 1948.²⁰⁸

O caso merece atenção ainda que inserido em um contexto analógico, pois foi um dos primeiros a se debruçar sobre a estrutura da indústria audiovisual e aplicar remédios estruturais para corrigir efeitos concorrenciais derivados de integração vertical²⁰⁹. O caso em si foi distribuído em 1938 pelo *Antitrust Division of the Justice Department* contra oito companhias - Paramount, Loew-MGM, RKO, Warner Bros., Fox, Columbia, Universal e United Artists - e terminou em 1948 com uma decisão da Suprema Corte que decidiu separar os processos de exibição da produção e distribuição²¹⁰.

A decisão no *Caso Paramount* deu-se principalmente devido a práticas anticompetitivas realizadas pelas empresas em todos os níveis do setor audiovisual²¹¹. A indústria cinematográfica era estruturada de forma similar aos dias de hoje, tendo principalmente três núcleos essenciais: produção, distribuição e exibição. O argumento apresentado no *Caso Paramount* foi o de que as condições monopolísticas na configuração da indústria limitavam o acesso ao mercado por *players* meno-

208 STÖHR et al., 2019.

209 FOX, 1992.

210 GIL, 2015.

211 JACOBS, 1983.

res, pois as empresas sancionadas controlavam produção, distribuição e exibição e isso dava a elas o poder de discriminar competidores²¹².

No âmbito da produção, um dos principais pontos discutidos no caso foi o de que as produtoras realizavam acordos entre si para manter atores, diretores e técnicos dentro de seu próprio ecossistema e impedia que outras produtoras independentes tivessem acesso a esse capital humano²¹³. Ao mesmo tempo em que atuavam como produtoras, essas empresas também atuavam como distribuidoras e exibidoras, tendo controle sobre as principais salas de cinema do país. Assim, tinham o poder de controlar com quais cinemas iriam licenciar seu conteúdo e também quais filmes produzidos por terceiros seriam exibidos em suas próprias salas.

O mercado de exibição até então separava os cinemas em grupos de acordo com a ordem de lançamento dos filmes em cada um deles²¹⁴. Os chamados *first-run theaters* tinham prioridade e detinham o direito de exibição de determinados filmes antes das demais salas de cinema. Antes das repercussões do Caso Paramount, os oito maiores estúdios controlavam mais de 70% dos *first-run theaters* nas 92 maiores cidades dos Estados Unidos²¹⁵ e distribuía cerca de 75% dos filmes em circulação no país, o que dava a elas o poder de impor cláusulas abusivas aos competidores, controlar quais obras seriam exibidas e os preços de bilheteria ao consumidor²¹⁶.

O *Caso Paramount* é, nesse contexto, paradigmático, pois representa uma das primeiras ocasiões em que a indústria cinematográfica foi investigada de forma estrutural nos Estados Unidos. A Suprema Corte determinou, em 1948, remédios estruturais que impediam que as empresas continuassem a atuar simultaneamente nesses diferentes níveis da cadeia²¹⁷.

212 JACOBS, 1983.

213 JACOBS, 1983.

214 GIL, 2015.

215 GIL, 2015.

216 FOX, 1992.

217 SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1948.

O principal aspecto da decisão no *Caso Paramount* não foi o fato das empresas serem consideradas culpadas ou inocentes, mas sim o fato de ter sido aplicado um remédio estrutural para evitar violações futuras²¹⁸. O *Caso Paramount*, dessa forma, trouxe à tona questões ligadas às estruturas de negócio e os impactos da verticalização na indústria cinematográfica, sendo referência em casos posteriores que reforçaram ou questionaram essa visão estruturalista sobre a indústria²¹⁹. A decisão coincide com um momento paradigmático no entendimento doutrinário estruturalista acerca da verticalização e do papel do antitruste²²⁰.

3.1. A VERTICALIZAÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL

Há uma doutrina no direito concorrencial, conhecida como Escola de Harvard, que estrutura-se em torno de uma percepção do antitruste atrelada ao tamanho das corporações. Isso pois uma estrutura monopolista ou oligopolista permitiria que atores dominantes desempenhassem com mais facilidade condutas anticompetitivas, além de facilitar um maior poder de barganha em relação aos fornecedores e limitar a entrada de novos atores no mercado²²¹. No que diz respeito às verticalizações, essa concepção estruturalista enxerga os potenciais danos de uma cadeia verticalizada a partir da exclusão e discriminação de concorrentes²²². É nesse contexto em que se insere a análise feita no *Caso Paramount*, no qual as práticas anticompetitivas de mercado em todos os níveis do negócio foram atribuídas às barreiras de entrada criadas a partir de uma estrutura verticalizada e oligopolista²²³.

No entanto, essa doutrina foi progressivamente questionada por um outro entendimento doutrinário, que a considerava demasiadamente intervencionista:²²⁴. Nos anos 70 e 80, a Escola de Chicago ganhou força e passou a rejeitar esse tipo de abordagem sob uma lógica de que

218 JACOBS, 1983.

219 STÖHR et al., 2019.

220 JACOBS, 1983.

221 REIFEN e VITA, 1995.

222 KHAN, 2019.

223 CRANDALL, 2019; FOX, 1992.

224 HOVENKAMP, 2010; CRANE, 2019.

o direito concorrencial deveria existir para proteger a eficiência econômica e os consumidores e não para limitar tamanho corporativo ou manter a competitividade para concorrentes menos eficientes²²⁵.

A partir dessa visão, acredita-se que a integração vertical pode ser uma forma de gerar eficiência e, dessa forma, representa, em parte significativa dos casos, um benefício para o consumidor²²⁶. Ainda dentro do universo audiovisual, essa predominância da Escola de Chicago em oposição a uma perspectiva estruturalista é observada por meio de uma série de operações feitas na década de 1980 envolvendo integrações verticais e cujas decisões se opunham aos entendimentos do *Caso Paramount*²²⁷. Alguns exemplos são a compra da Home Box Office pela Columbia Pictures em 1983 e a fusão entre a TriStar Pictures e a LTI no ano de 1986, ambas aprovadas pelas autoridades antitruste estadunidenses e as quais foram seguidas de outras operações de mesma natureza e com entendimentos jurídicos similares²²⁸.

Atualmente, não existem muitos casos de integração vertical que vão ao litígio judicial nos Estados Unidos, uma vez que é aceita a tese de que a integração vertical geralmente traz um ganho de eficiência²²⁹. Na última década, as agências antitruste responderam principalmente a aquisições verticais por meio de remédios comportamentais e não estruturais. Assim, essa transformação do entendimento estruturalista da Escola de Harvard para uma visão atrelada à Escola de Chicago representa uma das transformações mais significativas vividas pelo antitruste nos últimos anos, consistindo em um distanciamento de uma perspectiva estruturalista para adoção de paradigmas ligados à eficiência²³⁰.

No entanto, a abordagem da Escola de Chicago é alvo de muitas críticas no contexto da economia digital, uma vez que ela tem no preço o principal fator de bem-estar do consumidor²³¹. Esse ponto de vista

225 CRANE, 2019.

226 HOVENKAMP, 2010.

227 STÖRH et al., 2019.

228 FOX, 1992.

229 RYBNICEK et al., 2018.

230 FERRAZ, 2014.

231 KHAN, 2017.

é enxergado como lacunoso em capturar a arquitetura do poder de mercado das empresas inseridas na economia digital, pois muitas delas oferecem seus serviços ou produtos de forma eficiente, gratuita ou a preços módicos, mas detêm um grande poder de discriminação de seus concorrentes e criação de barreiras de entrada²³². Esse crescente movimento que questiona as posições da Escola de Chicago desafia também o posicionamento dessa doutrina em relação às integrações verticais²³³. No que diz respeito aos mercados verticalizados na economia digital, ainda que a posição predominante seja de que a verticalização tem um grande potencial de gerar eficiência, alguns autores apontam para uma falha na doutrina em entender os efeitos de longo prazo dos atos de concentração e das condutas unilaterais²³⁴.

4. DADOS, VERTICALIZAÇÃO E DATA-DRIVEN CREATIVITY

O *Caso Paramount* traz um importante marco nas discussões acerca da aplicação do ferramental do direito da concorrência aos mercados verticalizados, ressaltando os possíveis danos aos consumidores e concorrentes originados pela integração das etapas de produção, distribuição e exibição. No entanto, a economia digital, assim como diversos outros setores, traz inúmeras transformações ao mercado de entretenimento audiovisual.

A exibição audiovisual por *streaming* envolve uma série de recursos não existentes na década de 1940, como a infraestrutura de telecomunicações para fornecimento de conexão banda-larga, mecanismos sofisticados de armazenamento e processamento de dados e também um cenário internacional de alcance das produções. Existem, portanto, limitações analíticas que derivam de um estudo exclusivo do *Caso Paramount* em um paralelo com serviços de *VoD*.

No entanto, ainda que existam distinções entre mercados analógicos e mercado digitais, serviços de entretenimento se assemelham por existi-

232 KHAN, 2019.

233 ASONI, 2021.

234 KHAN, 2018.

rem em constante competição pela atenção do consumidor²³⁵. Trata-se, dessa forma, de uma indústria em que a diferenciação do produto é a regra quando se trata de estratégia comercial. Isso, por sua vez, é um fator intimamente ligado à capacidade de produzir ou licenciar conteúdo de qualidade²³⁶. A competição por atenção, dessa forma, não é uma exclusividade do *streaming*, já existindo em mercados analógicos.

Todavia, a economia digital apresenta modelos de negócio que são inteiramente formulados e tecnologicamente moldados com o objetivo de reter o engajamento do consumidor²³⁷. Uma forma de maximizar a quantidade de tempo investida pelo usuário é a chamada personalização, por meio de tratamento de dados²³⁸. Os meios digitais deixam rastros e, quando um usuário utiliza um serviço *online*, é possível acompanhar os traços de sua navegação, os cliques realizados, o tempo gasto com cada informação e, de maneira geral, todo o percurso feito por esse consumidor na utilização daquele serviço. Ou seja, a interação no ambiente virtual permite que as empresas inseridas na economia digital sejam capazes de criar perfis altamente precisos de comportamentos, personalidades e gostos dos indivíduos²³⁹.

Algoritmos são então construídos para moldar uma realidade individualizada fazendo com que os usuários passem mais tempo utilizando o serviço²⁴⁰. Dessa maneira, os sistemas de personalização algorítmica têm o potencial de aumentar o tempo gasto pela audiência digital. Existem muitos tipos de sistemas de recomendação algorítmica utilizados em plataformas de mídia como um todo. A lista abaixo traz algumas das técnicas utilizadas para criar recomendações com base nas preferências dos usuários, podendo elas serem utilizadas individualmente ou em conjunto.

Content-based: é um tipo de sistema de recomendação que busca combinar informações sobre perfil de gosto de um usuário com itens específicos do catálogo que o algoritmo identifica que agradariam

235 PILIPETS, 2019.

236 CRAWFORD, 2014.

237 DROTT, 2018.

238 MAHANTIS, 2014.

239 DROTT, 2018.

240 HUNT e MCKELVEY, 2018.

aquele consumidor. O conteúdo é marcado e categorizado, e, uma vez que os usuários demonstram interesse em uma *tag* ou categoria específica, são direcionados para outros itens no mesmo agrupamento²⁴¹.

Knowledge-based: Esses recomendadores são geralmente implementados em plataformas nas quais o comportamento do usuário não é tão interativo. Esses sistemas solicitam orientação diretamente do indivíduo para estabelecer preferências, requerendo que eles informem os conteúdos de seu agrado²⁴².

Collaborative: Frequentemente chamado de filtragem colaborativa, esse sistema evita que as informações do catálogo tenham que ser precisamente categorizadas, fazendo combinações entre os usuários, ao invés de itens. Esse método foi popularizado pela Amazon e sua conhecida abordagem de “clientes que compraram este item também compraram” para fazer sugestões²⁴³. A filtragem colaborativa aproveita os dados contidos em uma massa de perfis individuais para encontrar interesses compartilhados entre eles. Assim, o sistema não precisa saber que esses usuários compartilham um gosto por um gênero ou criador específico, bastando apenas analisar seu comportamento em busca de semelhanças com outros perfis. Essa técnica foi amplamente utilizada e posteriormente adaptada por outras plataformas importantes, incluindo Netflix e YouTube²⁴⁴.

Context-aware: A ampla adoção de dispositivos móveis tornou possível o desenvolvimento de recomendações influenciadas pelo contexto em que se encontra o usuário. Informações como data/hora ou o endereço IP já eram detectáveis através da navegação na web, mas os dispositivos móveis permitem a outros tipos de dados. Nesse sentido, técnicas que levam em consideração contexto e conhecimentos do mundo real têm sido cada vez mais utilizadas.

Avanços em inteligência artificial permitem aos sistemas de recomendações novas maneiras de calcular preferências, descobrindo padrões no comportamento do usuário²⁴⁵. Os dados e os algoritmos

241 HUNT e MCKELVEY, 2018.

242 HUNT e MCKELVEY, 2018.

243 YANG et al., 2014.

244 HUNT e MCKELVEY, 2018.

245 HUNT e MCKELVEY, 2018.

representam um diferencial que permite às plataformas de *streaming* terem melhores desempenhos de engajamento de sua audiência. Porém, para além dessa consolidada prática de utilizar dados pessoais dos consumidores para recomendação de conteúdo com o objetivo de captação de atenção, há também um outro papel importante exercido pelo tratamento massivo de dados em antever tendências de consumo de conteúdo no geral²⁴⁶.

É possível que, a partir das técnicas de modelagem de dados para identificação de preferências, as plataformas consigam não apenas captar a atenção daqueles que ali navegam, mas também prever os títulos com maior probabilidade de sucesso comercial. Nesse contexto, a vantagem competitiva vai além de apenas prender a atenção do usuário com recomendação

de títulos já existentes, mas materializa-se também no momento de definição do próprio catálogo, podendo a empresa selecionar com maior precisão os tipos de vídeos que terão boa audiência²⁴⁷.

Isso traz às plataformas de *streaming* duas novas possibilidades, sendo uma delas a capacidade de ter melhor direcionamento em seus esforços de licenciamento com as produtoras para adquirir apenas títulos de interesse do consumidor e, mais relevante ainda, produzir seu próprio conteúdo com base nessas análises²⁴⁸. Estamos, portanto, diante de um novo cenário em que o uso dos dados dos consumidores passa a servir não apenas para a organização e recomendação do conteúdo na esfera de exibição, mas também como insumo no próprio processo de produção, uma prática apelidada por RAUSTIALA e SPRINGMAN (2018) de *data driven creativity*.

Há no uso de dados para recomendar e prever o sucesso das produções um grande potencial de diminuição de riscos comerciais. Isso pois um dos principais entraves associados à atividade econômica criativa é o risco de falha, ou seja, a possibilidade de que ninguém irá se interessar pelo conteúdo produzido²⁴⁹. Porém, em um mundo onde é possível identificar padrões de consumo, dados ajudam a conectar os

246 HIDALGO-MARÍ et al., 2021.

247 HIDALGO-MARÍ et al., 2021; RAUSTIALA e SPRINGMAN, 2019.

248 SMITH e TELANG, 2017.

249 RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2018.

gostos dos consumidores e diminuir a possibilidade de falha²⁵⁰. Ou seja, uma das grandes vantagens que práticas de *data driven creativity* apresentam é o potencial de redução de risco, justamente pelo fato de a empresa já ter informações massivas sobre as preferências de consumo de seus clientes, podendo ser mais assertiva nos investimentos feitos em criações originais e moldar suas produções e licenciamentos às preferências já identificadas entre seu público²⁵¹.

Nos últimos anos, plataformas de *streaming* têm ganhado progressiva visibilidade no cenário audiovisual internacional como produtoras de conteúdo²⁵². De acordo com dados disponibilizados pela Purely (2021), a Disney+ investiu aproximadamente 28 bilhões de dólares no último ano em conteúdo original para seu serviço de *streaming*, Warner/Discovery investiram aproximadamente 20 bilhões, seguidas pela Netflix com cerca de 15 bilhões e Amazon Prime Video e Fox com aproximadamente 11 bilhões cada.

Conforme mencionado, há dois movimentos ocorrendo simultaneamente. De um lado, há empresas de tecnologia como Amazon e Netflix e que originalmente não atuavam como estúdios, adentrando a esfera da produção. Do outro lado, há empresas como a Disney, Fox, Warner e Discovery, que são originalmente produtoras de conteúdo e pertencem aos conglomerados tradicionais de mídia, adentrando o mercado de exibição *online* de seu conteúdo por meio do *streaming*²⁵³. A tendência integração vertical é então consolidada tanto com a entrada de *players* provindos dos conglomerados tradicionais de mídia no mercado de *VoD* quanto pelos investimentos em produção feitos por empresas que originalmente já atuavam como plataforma *online*.

No entanto, ao mesmo tempo em que representa uma vantagem comercial associada à redução dos riscos de falha, a integração vertical pode representar também uma barreira de entrada para novos competidores tanto a nível de produção quanto de exibição²⁵⁴. O estágio de produção na cadeia audiovisual já é, por si só, altamente concen-

250 RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2018.

251 RAUSTIALA e SPRIGMAN, 2018.

252 LOBATO, 2019; SCHLOSSER, 2021.

253 HADIDA et al., 2021.

254 PAKULA, 2021.

trado, em razão dos altos investimentos necessários para criar obras audiovisuais de qualidade, que exigem infraestrutura de alto custo e recursos humanos especializados²⁵⁵. Somada a isso, quando integrada a plataformas digitais e a mecanismos de análise massiva de dados para determinar investimentos criativos, a produção pode se tornar ainda mais inacessível a novos entrantes ou *players* independentes. Isso pois a qualidade e precisão de mecanismos de *data driven creativity* dependem diretamente do volume de dados pertencente à empresa. Quanto mais dados sobre seus consumidores, mais sofisticadas as análises²⁵⁶ e, conseqüentemente, menor o risco envolvido na produção.

A quantidade de dados e o *know-how* necessário para fazer esse tipo de predição representa, por si só, uma barreira de entrada para outros competidores no mercado²⁵⁷. Não à toa, alguns dos novos agentes investindo em produção são empresas como Apple e Amazon, *players* ativos em outros setores da economia digital e que já têm consolidadas práticas de uso de dados para fins de personalização. Por já estarem presentes em outros mercados digitais, essas empresas são capazes de utilizar suas bases de dados de clientes e seu *know-how* como recurso para o sucesso de suas plataformas *VoD* e moldar seus investimentos criativos. Além disso, empresas como a Amazon e Apple, que atuam também em outros setores da economia digital, possuem dados dos consumidores baseados não apenas no seu uso de *streaming*, mas também em outros aspectos das suas preferências de consumo e hábitos digitais. Assim, essas empresas têm o potencial de sofisticar ainda mais os mecanismos de recomendação e redução de riscos envolvidos em seus investimentos em produção.

Outras barreiras também podem ocorrer a nível de distribuição. A tendência de empresas que já atuavam no mercado de produção em ingressarem no mercado de *VoD* oferece a elas um poder maior em relação a outras empresas cujo acervo criativo é menor²⁵⁸. A Disney, tendo seu próprio serviço de *streaming*, não depende mais de empresas como Amazon ou a Netflix para exibir seu conteúdo *online*, podendo

255 STÖHR et al., 2019.

256 HINDMAN, 2018.

257 GRAEF, 2015.

258 PAKULA, 2021.

negociar com mais autonomia os termos em que se dará a exibição de seu conteúdo por outros *players*, podendo inclusive restringir o acesso de outras empresas à sua produção como forma de obter vantagem competitiva. Não à toa, a Disney encerrou seu contrato de distribuição com a Netflix em 2017, na ocasião do desenvolvimento de seu próprio serviço de *streaming*²⁵⁹. A expansão por parte de empresas de mídia tradicionais para o mercado de VoD consolida barreiras de mercado envolvidas também a nível de distribuição, pois pode dificultar o acesso ao conteúdo por parte de outros *players* que não têm um ramo de produção tão vasto e consolidado²⁶⁰.

Olhando para casos mais recentes envolvendo verticalização no ramo do entretenimento digital, a fusão AOL-Time Warner é um importante exemplo. No início dos anos 2000, a então apelidada *America Online* (AOL), uma provedora de serviços de conexão discada à Internet e uma plataforma na *web*, fundiu-se com a Time Warner, uma das mais renomadas marcas de entretenimento da época²⁶¹. A operação foi vista como revolucionária para o setor, pois seria uma junção entre a infraestrutura de Internet da AOL e o conteúdo midiático providenciado pela Time Warner²⁶². Concorrentes e consumidores temiam que a fusão concentrasse os mercados televisivos e *online*. No momento em que AOL-Time Warner fundiram-se, os níveis de conexão ainda não permitiam o *streaming* de vídeos como hoje, mas alguns produtores manifestaram suas preocupações derivadas da possibilidade de uma mesma empresa controlar tanto a produção de conteúdo quanto sua exibição pela Internet²⁶³.

A principal preocupação seria com os produtores independentes, que poderiam ter mais dificuldade em acessar a linha de distribuição, uma vez que a AOL poderia priorizar a exibição de conteúdo Time Warner ou deixar de licenciar conteúdo vindo de outros produtores²⁶⁴. Dado o protagonismo da AOL no mercado *online*, havia uma enorme preo-

259 CASTILLO, 2017.

260 PAKULA, 2021.

261 CRAWFORD, 2014.

262 CRAWFORD, 2014.

263 CRAWFORD, 2014.

264 CRAWFORD, 2014.

cupação de que a fusão transformaria o acesso a conteúdo na Internet em um *walled-garden*, restrito aos acordos comerciais realizados pelo conjunto dessas duas empresas.²⁶⁵ A fusão AOL-Time Warner virou um campo de batalha sobre as inúmeras hipóteses de atos anticompetitivos que poderiam ser gerados a partir da verticalização²⁶⁶.

Em 2010, a fusão entre Comcast e NBC Universal também gerou algumas preocupações de natureza concorrencial²⁶⁷. Isso porque a Comcast estava inserida no setor de telecomunicações e é mantenedora da infraestrutura de banda-larga necessária para o funcionamento de serviços de *VoD*. Haveria, assim, um risco concorrencial associado à discriminação de outros concorrentes do serviço de *VoD* a nível de tráfego de dados²⁶⁸. A decisão em relação à operação Comcast-NBCU ocorreu em 2011 e seu julgamento final autorizou a compra pela Comcast de 51% da NBC Universal²⁶⁹, o que permitiu à Comcast controle simultâneo sobre a produção audiovisual e as redes de telecomunicações necessárias para que o conteúdo chegue ao consumidor final pela Internet.

A discussão entre a integração da infraestrutura de Internet à produção de conteúdo é também tema do caso AT&T-Time Warner. Em 2016, a AT&T e Time Warner anunciaram suas intenções de fusão. Foi conduzida uma investigação pelo *US Department of Justice's Antitrust Division*, que concluiu que a operação teria potenciais danos à concorrência em razão do poder de discriminação que poderia ser exercido sobre outros competidores²⁷⁰. Esse poder de discriminação estaria associado ao controle da infraestrutura de Internet por serviços que também possuem uma frente de produção. Trata-se de uma discussão ligada à possibilidade do provedor de Internet privilegiar o tráfego dos pacotes de dados ligados ao seu próprio serviço de *streaming* ou cobrar *fast lanes* de conexão daqueles serviços concorrentes que utilizam da

265 MCKIE-MASON, 2000.

266 CRAWFORD, 2014.

267 CURTIN, 2010.

268 CURTIN, 2010.

269 STÖHR et al., 2019.

270 STÖHR et al, 2019.

sua infraestrutura de telecomunicações²⁷¹, prática também conhecida como *bandwidth throttling*²⁷². No entanto, em fevereiro de 2019, a US Court of Appeals aprovou a operação.

Tem-se, portanto, que a grande preocupação das operações citadas acima seria a de autorizar que provedores de conexão à Internet passem a atuar também no mercado de produção de conteúdo, permitindo que eles possam diferenciar o tráfego de dados ou realizar acordos de distribuição restritivos em relação a outros serviços²⁷³. Todos os casos citados acima referem-se a possíveis danos à concorrência gerados por operações entre empresas da camada física de Internet (telecomunicações) com outras empresas inseridas no ramo do entretenimento. Fica claro, nesse contexto, a possibilidade de discriminação dos concorrentes por meio de condutas a nível de discriminação de competidores, uma vez que as operações tornariam viável o abuso do poder de mercado.

No entanto, os casos analisados envolvem provedores de conexão à Internet, que são infraestrutura essencial para o funcionamento de serviços de transmissão de vídeos pela rede mundial de computadores. Faltam na jurisprudência casos que tenham como objeto de análise dados e algoritmos desenvolvidos por serviços de *VoD* como potenciais vantagens competitivas. Isso pois, conforme desenvolvido, abuso de poder de mercado no *streaming* não tem potencial de ocorrer exclusivamente a nível do tráfego da Internet, mas poderia configurar-se também na forma contratos abusivos de licenciamento, condutas exclusionárias, utilizando-se dos benefícios comerciais trazidos pelo processamento massivo de dados.

Para além do direito concorrencial *stricto sensu*, há também uma discussão em torno do papel político das plataformas em moldar a interação dos usuários na rede. Plataformas identificam-se como neutras. No entanto, seu funcionamento não é neutro e elas têm o poder de modelar as comunicações, interações e consumo por meio de sua interface, políticas de moderação de conteúdo, termos de serviço e

271 CURTIN, 2010.

272 STÖHR et al, 2019.

273 CRAWFORD, 2014.

algoritmos²⁷⁴. Dessa maneira, não existem plataformas que sejam distribuidoras neutras de conteúdo, porque sua arquitetura, interface e modelo de negócio têm naturalmente uma conotação política, ainda que pouco perceptível aos olhos dos usuários²⁷⁵. Recomendações algorítmicas funcionam cada vez mais como porteiros de conteúdo e, no campo da cultura, eles têm o potencial de automatizar o acesso à informação, tornando-se ferramentas técnicas que quantificam questões complexas e altamente interpretativas, como relevância, gosto e personalidade²⁷⁶.

Dentro desse contexto, algumas abordagens críticas à regulação por algoritmos têm surgido nos últimos anos e existem inúmeras discussões acerca do papel dos dados para o futuro da expressão cultural e acesso à cultura²⁷⁷. Alinhada a isso, a própria expansão global da Netflix e serviços similares traz à tona também uma série de debates sobre diversidade de conteúdo²⁷⁸. Nesse contexto, os questionamentos formados giram em torno da dominância dos Estados Unidos como exportador unilateral de conteúdo, o que seria favorecido pela concentração no mercado de *streaming* e os algoritmos contidos nas plataformas²⁷⁹.

Alguns autores afirmam que isso teria o potencial de homogeneizar a cultura popular ao redor do mundo em torno de valores e estéticas ocidentais e, mais especificamente, estadunidenses²⁸⁰, uma vez que o catálogo e os sistemas de recomendação presentes nas principais plataformas de streaming são considerados *hollywood-cêntricos*²⁸¹. Ilustrando esse debate, existem atualmente alguns casos de autoridades públicas manifestando preocupação em relação à entrada massiva de conteúdo audiovisual estadunidense por meio de *VoD* em seus países e as

274 BELLI et al., 2017.

275 LOBATO, 2019; SILVEIRA, 2017.

276 HUNT e MCKELVEY, 2019.

277 HUNT e MCKELVEY, 2019.

278 LOBATO, 2019.

279 LOBATO, 2019.

280 LOBATO, 2019.

281 EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY, 2017.

consequentes influências culturais que essa entrada causaria²⁸². Um exemplo é a União Europeia, que teme pela sua participação na economia cultural global e possui um longo histórico de controle sobre a disseminação do conteúdo *hollywoodiano* em seu território, possuindo inclusive cotas de conteúdo local para plataformas estrangeiras. Caso similar ocorre no Canadá, onde uma das preocupações principais é o consumo de conteúdo local ser afetado pelos sistemas de recomendação dessas plataformas²⁸³.

O audiovisual representa uma importante força sociocultural e o antitruste e a economia não podem ser vistos como disciplinas isoladas de outros aspectos da sociedade²⁸⁴. A integração vertical entre produção, distribuição e exibição de conteúdo por grandes grupos econômicos pode colocar em xeque a capacidade de produtores e plataformas independentes licenciarem conteúdo com os porteiros desse mercado, diminuindo a diversidade de obras disponíveis ao consumidor. Desse modo, a concentração nesse caso não representa apenas uma discussão econômica, mas também um debate de impacto sociocultural.

O próprio *Caso Paramount* traz à tona a influência cultural exercida pela indústria cinematográfica. O caso foi fundado na existência de interesse público e sua decisão por um remédio estrutural baseia-se na tese de que há um vínculo claro entre o monopólio do discurso e a concentração econômica²⁸⁵. Ainda que o contexto em que se insere o *Caso Paramount* seja distinto e analógico, as plataformas, de forma similar às oito empresas que controlavam quais filmes iriam às salas de cinema, têm o potencial de discriminar outros competidores e limitar as escolhas disponíveis aos consumidores.

A nível do direito concorrencial, o controle sob o discurso derivado da concentração econômica e modulação algorítmica do conteúdo pode ser vista também sob uma perspectiva consumerista, uma vez que o poder de mercado nos afeta enquanto cidadãos²⁸⁶. Tem-se, dessa forma, que nem todas as formas de poder ou condutas potencialmente

282 LOBATO, 2019.

283 LOBATO, 2019.

284 WILKINSON e LOKDAM, 2018.

285 JACOBS, 1983.

286 KHAN e TEACHOUT, 2014; COUTINHO e KIRA, 2018.

danosas exercidas por corporações têm uma denominação legal ou são contempladas por algum tipo de vocabulário técnico que as defina²⁸⁷, havendo inúmeras possibilidades de lacunas no antitruste que não são identificadas nas análises casuísticas ou na doutrina mais tradicional.

5. CONCLUSÕES

A demanda geral por conteúdo de vídeo *online* passa por um constante processo de aumento devido ao amplo acesso às conexões de banda larga, dispositivos móveis e ao surgimento de serviços digitais. Nesse contexto, serviços de *streaming* têm aumentado cada vez mais sua participação no mercado global de entretenimento, tornando-se porteiros importantes no acesso ao conteúdo audiovisual no século XXI. Esses serviços, por sua vez, utilizam-se de técnicas de tratamento de dados que visam não apenas a impulsionar suas estratégias de distribuição, mas também trazer insumos para moldar seus investimentos em produções originais, em um modelo verticalizado que traz diversas vantagens comerciais a essas plataformas.

A verticalização na indústria audiovisual foi previamente analisada no *Caso Paramount*, em que se concluiu que a integração entre produção, distribuição e exibição geraria potenciais efeitos anticompetitivos, tendo o caso sido encerrado com a determinação de separação das empresas sancionadas do ramo da exibição, com uso de um remédio estrutural que visava a prevenção de futuras condutas ilícitas. Os casos mais recentes que relacionam o direito concorrencial ao mercado de *streaming* demonstram preocupações ligadas à capacidade de abuso de poder de mercado derivado de integrações verticais. No entanto, ainda faltam análises mais profundas que dizem respeito a práticas de *data driven creativity* e possíveis barreiras de entrada geradas a partir do tratamento massivo de dados para realizar sistemas de recomendação e análises preditivas.

Importante ressaltar, nesse sentido, que o entretenimento digital é um mercado regido por mecanismos privados e tecnológicos de governança, como algoritmos, que têm o potencial não apenas de moldar a experiência de navegação do usuário, mas também de definição dos próprios conteúdos disponíveis. Essas formas de governança

287 KHAN e TEACHOUT, 2014.

privada são fruto de decisões comerciais tomadas por corporações e que possuem um impacto direto e significativo no consumidor e demais concorrentes²⁸⁸.

Decisões de política de concorrência são sempre desafiadoras, em particular por exigirem considerar e estimar efeitos de longo prazo. Nesse sentido, ainda que não existam muitos casos sobre aplicação do antitruste nos mercados de *VoD*, trata-se de um importante debate que merece atenção por parte dos setores acadêmicos e culturais da sociedade, dado o poder de influência desses serviços no acesso à informação e à cultura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASONI, Andrea. **The effect of platform integration on competition and innovation**. [s.l.] : Connected Commerce Council, 2021. Disponível em: <https://media.crai.com/wp-content/uploads/2021/06/21103329/The-effect-of-platform-integration-on-competition-and-innovation.pdf>.
- AUFDERHEIDE, Patricia. Competition and Commons: The Public Interest In and After the AOL-Time Warner Merger. **Journal of Broadcasting & Electronic Media**, [s. l.], v. 46, n. 4, p. 515–531, 2002. DOI: 10.1207/s15506878jobem4604_2. Disponível em: https://doi.org/10.1207/s15506878jobem4604_2. Acesso em: 30 out. 2021.
- 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: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19402>>. Acesso em: 05/04/2021.
- BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em:<<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2832/Sergio%20Branco%20-%20Direitos%20Autorais%20na%20Internet.pdf>>. Acesso em: 05/04/2021.
- BUDZINSKI, Oliver; LINDSTÄDT-DREUSICKE, Nadine. Antitrust policy in video-on-demand markets: the case of Germany. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 8, n. 3, p. 606–626, 1 nov. 2020.
- BUDZINSKI, Oliver; GAENSSE, Sophia; LINDSTÄDT-DREUSICKE, Nadine. The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets. **SSRN Electronic Journal**, n. 137, 2020.

288 BELLI et al., 2017.

- BUDZINSKI, Oliver; GAENSSLE, Sophia; KUNZ-KALTENHÄUSER, Philipp. How Does Online Streaming Affect Antitrust Remedies to Centralized Marketing? The Case of European Football Broadcasting Rights. **International Journal of Sport Finance**, v. 14, n. 3, p. 147–157, 1 ago. 2019.
- BUDZINSKI, Oliver; GAENSSLE, Sophia; LINDSTÄDT-DREUSICKE, Nadine. The battle of YouTube, TV and Netflix: an empirical analysis of competition in audiovisual media markets. **SN Business & Economics**, [S. l.], v. 1, n. 9, p. 116, 2021. DOI: 10.1007/s43546-021-00122-0. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s43546-021-00122-0>. Acesso em: 30 out. 2021.
- CASTILLO, Michelle. **Disney will pull its movies from Netflix and start its own streaming services**. 2017. Disponível em: <https://www.cnn.com/2017/08/08/disney-will-pull-its-movies-from-netflix-and-start-its-own-streaming-service.s.html>. Acesso em: 31 out. 2021.
- CRANDALL, Robert W. The Dubious Antitrust Argument for Breaking Up the Internet Giants. **Review of Industrial Organization**, v. 54, n. 4, p. 627–649, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09680-y>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- CRANE, Daniel A. A Premature Postmortem on the Chicago School of Antitrust. **Business History Review**, [S. l.], v. 93, n. 4, p. 759–776, 2019. DOI: 10.1017/S0007680519001193. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/business-history-review/article/abs/premature-postmortem-on-the-chicago-school-of-antitrust/F5DBA2BFB1C25DFC6D146C505437C0C0>. Acesso em: 31 out. 2021.
- CRAWFORD, Susan. Netflix, Dead or Alive. In: **Captive Audience: The Telecom Industry and Monopoly Power in the New Guided Age**. New Haven: Yale University Press, 2014.
- CRAWFORD, Susan. Going Vertical: Lessons From AOL–Time Warner. In: **Captive Audience: The Telecom Industry and Monopoly Power in the New Guided Age**. New Haven: Yale University Press, 2014.
- COUTINHO, Diogo; KIRA, Beatriz. **Vinhos novos em garrafas velhas: Os desafios do antitruste na internet**. 2 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-02072018>
- CURTIN, Thomas. Achieving “The Franchise”: The Comcast - NBC Universal Merger and the New Media Marketplace. **CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy (1993-2015)**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 149–178, 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/commlaw/vol19/iss1/6>.
- DROTT, E. A. Music as a Technology of Surveillance. **Journal of the Society for American Music**, v. 12, n. 3, p. 233–267, ago. 2018.
- EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY. **The origin of films in VOD catalogues**. Strasbourg: European Commission, 2017. Disponível

- em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168078f2b4>.
- FAUGHNDER, Ryan. Streaming milestone: Global subscriptions passed 1 billion last year. **Los Angeles Times**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.latimes.com/entertainment-arts/business/story/2021-03-18/streaming-milestone-global-subscription-s-passed-1-billion-last-year-mpa-theme-report>. Acesso em: 30 out. 2021.
- FERRAZ, André Santos. As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago. **Revista de Defesa da Concorrência - CADE**, v. 2, n. 2, 2014.
- FOX, Kraig G. **Paramount Revisited: The Resurgence of Vertical Integration in the Motion Picture Industry**. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Paramount-Revisited%3A-The-Resurgence-of-Vertical-in-Fox/a8bf178be5fa3db405b97408905ea8af9134fce7>>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- GIL, R. Does Vertical Integration Decrease Prices? Evidence from the Paramount Antitrust Case of 1948. **American Economic Journal: Economic Policy**, v. 7, n. 2, p. 162–191, 1 maio 2015.
- GRAEF, Inge. Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. **World Competition**, [S. l.], v. 38, n. 4, 2015. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/38.4/WOCO2015040>. Acesso em: 30 out. 2021.
- GÜRMEÇ, Can. **Behavioral changes of the audience by the algorithmic recommendation systems inside video-on-demand platforms considering the example of netflix**. 2019. Thesis - Bilkent University, [S. l.], 2019. Disponível em: <http://repository.bilkent.edu.tr/handle/11693/52047>. Acesso em: 30 out. 2021.
- HADIDA, Allègre L.; LAMPEL, Joseph; WALLS, W. David; JOSHI, Amit. Hollywood studio filmmaking in the age of Netflix: a tale of two institutional logics. **Journal of Cultural Economics**, [S. l.], v. 45, n. 2, p. 213–238, 2021. DOI: 10.1007/s10824-020-09379-z. Disponível em: <https://link.springer.com/10.1007/s10824-020-09379-z>. Acesso em: 30 out. 2021.
- HIDALGO-MARÍ, Tatiana; SEGARRA-SAAVEDRA, Jesús; PALOMARES-SÁNCHEZ, Patricia. In-depth study of Netflix's original content of fictional series. Forms, styles and trends in the new streaming scene. **Communication & Society**, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 1–13, 2021. DOI: 10.15581/003.34.3.1-13. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/communication-and-society/article/view/39748>. Acesso em: 30 out. 2021.
- HINDMAN, Matthew. The Political Economy of Personalization. In: HINDMAN, Matthew. **The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2018. p. 38–61.

- HOVENKAMP, Herbert. Harvard, Chicago and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis. **Faculty Scholarship at Penn Law**, [S. l.], 2010. a. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1822.
- HOVENKAMP, Herbert. **The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2010. b. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=1014153>. Acesso em: 30 out. 2021.
- HUNT, R.; MCKELVEY, F. Algorithmic Regulation in Media and Cultural Policy: A Framework to Evaluate Barriers to Accountability. **Journal of Information Policy**, v. 9, p. 307–335, 2019.
- IQBAL MANSOOR. **Netflix Revenue and Usage Statistics (2021)**. 2018. Disponível em: <https://www.businessofapps.com/data/netflix-statistics/>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- JACOBS, L. The Paramount Case and the Role of the Distributor. **Journal of the University Film and Video Association**, v. 35, n. 1, p. 44–49, 1983.
- KATZ, Brandon. **The Streaming Industry Is More Robust and Diverse Than Ever... For Now** **Observer**, 2021. Disponível em: <https://observer.com/2021/08/netflix-hulu-disney-plus-hbo-max-subscriber-growth-svod-industry/>. Acesso em: 30 out. 2021.
- KHAN, Lina; TEACHOUT, Zephyr. Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, v. 9:1, ago. 2014. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2490525>>. Acesso em: 24 mar. 2021.
- KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- KHAN, Lina. Sources of Tech Platform Power. **Georgetown Law Technology Review**, v. 325, 2018. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3558741>>. Acesso em: 6 de mar. 2021.
- KHAN, Lina. The Separation of Platforms and Commerce. Rochester, NY: **119 Columbia Law Review**, 973, Social Science Research Network, 2019. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3180174>>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- LEFKOWITZ, R. J. Identification of adenylate cyclase-coupled beta-adrenergic receptors with radiolabeled beta-adrenergic antagonists. **Biochemical Pharmacology**, [S. l.], v. 24, n. 18, p. 1651–1658, 1975. DOI: 10.1016/0006-2952(75)90001-5.
- LIEBOWITZ, Stan. Policing Pirates in the Networked Age. **Policy Analysis**, n. 438 Washington, 2002. Disponível em: <<https://object.cato.org/pubs/pas/pa438.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020
- LOBATO, Ramon. **NETFLIX Nation: The geography of digital nation**. New York: NYU Press, 2019.

- MACKIE-MASON, Jeffrey K. An AOL / Time Warner Merger Will Harm Competition in Internet Online Services. [S. l.], 2000. Disponível em: <http://deepblue.lib.umich.edu/handle/2027.42/49511>. Acesso em: 30 out. 2021.
- MAHANTI, Anirban. The Evolving Streaming Media Landscape. **IEEE Internet Computing**, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 4–6, 2014. DOI: 10.1109/MIC.2014.16. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/document/6756791/>. Acesso em: 30 out. 2021.
- NIELSEN. **Going Swimmily: Streaming Continues to Grow Among Consumers**. 2020. Disponível em: <https://www.nielsen.com/us/en/insights/article/2020/streaming-video-aug-2020-milestone>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- PAKULA, Olivia. The Streaming Wars+: An Analysis of Anticompetitive Business Practices in Streaming Business. **UCLA Entertainment Law Review**, [S. l.], v. 28, n. 1, 2021. DOI: 10.5070/LR828153859. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/8m05g3fd>. Acesso em: 30 out. 2021.
- PILIPETS, Elena. From Netflix Streaming to Netflix and Chill: The (Dis)Connected Body of Serial Binge-Viewer. **Social Media + Society**, [S. l.], v. 5, n. 4, p. 2056305119883426, 2019. DOI: 10.1177/2056305119883426. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/2056305119883426>. Acesso em: 30 out. 2021.
- PURELY CAPITAL. **Streamonomics**. [s.l.]: Purely, 2021. Disponível em: <https://streamonomics.purely.capital/category/posts/>.
- RAUSTIALA, Kal; SPRIGMAN, Christopher. (2018). The Second Digital Disruption: Data, Algorithms and Dawn of Data-Driven Creativity. **New York University Law Review**, v. 1555, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226566.
- REIFFEN, David; VITA, Michael. COMMENT: IS THERE NEW THINKING ON VERTICAL MERGERS? **Antitrust Law Journal**, v. 63, n. 3, p. 917–941, 1995. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40843307>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- RODRIGUEZ, Ashley. **How Disney Plus, HBO Max, and NBC’s streaming service stack up in the battle against Netflix**. 2019. Disponível em: <https://www.businessinsider.nl/disney-plus-hbo-max-nbc-streaming-comparison-price-release-content-2019-7/>. Acesso em: 30 out. 2021.
- SCHLOSSER, Kurt. **Amazon scores 12 Oscar nominations as streaming services lead the pack during pandemic year**. GeekWire. Disponível em: <https://www.geekwire.com/2021/amazon-scores-12-oscar-nominations-streaming-services-lead-pack-pandemic-year/>. Acesso em: 5 abr. 2021.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais**. 1a edição. [s.l.]: Edições Sesc SP, 2017.
- SMITH, Michael D.; TELANG, Rahul. **Streaming, sharing, stealing: big data and the future of entertainment**. First paperback edition ed. Cambridge, Massachusetts London, England: The MIT Press, 2017.
- SMITH, Michael D.; TELANG, Rahul. Data Can Enhance Creative Projects — Just Look at Netflix. **Harvard Business Review**, [S. l.],

2018. Disponível em: <https://hbr.org/2018/01/data-can-enhance-creative-projects-just-look-at-netflix>. Acesso em: 30 out. 2021.
- STÖHR, Annika; NOSKOVA, Victoriia; KUNZ-KALTENHÄUSER, Philipp; *et al.* **Happily ever after? Vertical and horizontal mergers in the U.S. media industry.** [s.l.]: Ilmenau Economics Discussion Papers, 2019. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/handle/10419/197995>>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States v. Paramount Pictures, Inc.**, 334 U.S. 131, 1948.
- TREFZGER, Timm *et al.* Streaming killed the download star: how the business model of streaming revolutionizes music distribution. **Journal of Organizational Advancement, Strategies and Institutional Studies**, v. 7, n. 1, 2015.
- WILKINSON, Michael A.; LOKDAM, Hjalte. Law and Political Economy. **Law, Society and Economy Working Papers**, v. 07, 2018. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=3144723>>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- WU, Tim. On Copyright's Communications Policy. In: **Telecommunications Policy Research Conference**, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2060694>>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- YANG, Xiwang; GUO, Yang; LIU, Yong *et al.* A survey of collaborative filtering based social recommender systems. **Computer Communications**, v. 41, p. 1–10, 2014. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140366413001722>>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- ZHU, Kevin. **Internet-Based Distribution of Digital Videos: The Economic Impacts of Digitization on the Motion Picture Industry.** Rochester, NY: Social Science Research Network, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=526582>. Acesso em: 31 out. 2021.

ANÁLISES SOBRE A POSSÍVEL INTERSEÇÃO ENTRE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO EUROPEU DE CONCORRÊNCIA

Paula Guedes Fernandes da Silva²⁸⁹

289 Doutoranda em Direito e mestre em Direito Internacional e Europeu pela Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto (UCP Porto); pós-graduada em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-Rio) em parceria com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); pós-graduada em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); e formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com período de intercâmbio acadêmico na Universidade de Münster. Foi membro do grupo de pesquisa em Direito e Tecnologia do ITS-Rio entre 2019 e 2021. Atualmente, é pesquisadora de Direito e Tecnologia do Grupo de Pesquisa Legalité da PUC-Rio, pesquisadora do Legal Grounds Institute e foi analista acadêmica do Data Privacy Brasil Escola.

RESUMO O direito concorrencial europeu, a princípio, não considera a proteção de dados pessoais como um de seus objetivos principais, que se limita, por exemplo, à realização de um mercado interno, eficiência econômica e o bem-estar social do consumidor. Porém, com o crescente desenvolvimento de novas tecnologias e o fortalecimento de mercados digitais baseados em dados, cujo modelo de negócio se baseia no tratamento massivo de dados pessoais, a análise europeia da relação entre o direito da concorrência e o direito à proteção de dados pessoais tornou-se latente, principalmente em uma tentativa de entender se essa interseção é realmente necessária no contexto atual dos mercados digitais, o que é analisado no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE

proteção de dados; concorrência; mercados digitais; dados pessoais; plataformas digitais.

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Mercados Digitais e a Possível Intersecção entre Proteção de Dados e Direito da Concorrência; 2.1. O uso de big data nos mercados digitais; 2.2. O papel dos dados nas análises de Direito da Concorrência; 2.2.1. Dados como fonte de poder de mercado nas indústrias *data-driven*; 2.2.2. Condutas anticompetitivas relacionadas à proteção de dados; a. Paradoxo da privacidade; b. Empresas não se adequam às preferências de privacidade dos usuários e às regras do RGPD; c. Falta de transparência e informação quanto ao tratamento de dados; 2.3. Interação entre o Direito da Concorrência e Proteção de Dados; 2.4. O Caso *Facebook* decidido pela Autoridade de Concorrências Alemã (*Bundeskartellamt*); 2.4.1. Avaliação Jurídica; a. Avaliação de Mercado; b. Definição de dominação de mercado; c. Política de dados abusiva; 2.4.2. Argumentação da Literatura sobre a decisão; 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O direito da concorrência na União Europeia (EU) funda-se em quatro pilares essenciais: (i) proibição de acordos restritivos da concorrência (artigo 101º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia – TFUE); (ii) proibição de abusos de posição dominante (artigo 102º do TFUE); (iii) controle de concentração de empresas (Regulamento 139/2004); e (iv) controle de auxílios de Estados (artigo 107º a 109º do TFUE).²⁹⁰

Além do objetivo inicial do direito da concorrência europeu de realização de um mercado interno, livre e dinâmico, hoje já é possível elencar também, sem grandes discussões, a eficiência econômica e o bem-estar social do consumidor como objetivos concorrenciais legítimos,²⁹¹ assim como outros interesses públicos, a exemplo de saúde pública, proteção do meio-ambiente, proteção do emprego/trabalhadores e proteção de pequenas e médias empresas, de acordo com decisões da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça.²⁹²

Nesse cenário, a princípio, operações relacionadas a dados pessoais e a sua conseqüente proteção não eram vistas como objeto de análise pelo direito da concorrência, mas apenas como questões relativas à área de proteção de dados. No entanto, com o desenvolvimento de novas tecnologias e a criação de mercados digitais baseados em dados (*data-driven economy*) e a partir do surgimento de várias empresas significativas, como o *Google*, *Apple*, *Amazon* e o *Facebook*²⁹³, que utilizam modelos de negócios baseados na coleta, tratamento e uso comercial massivo de dados, discute-se hoje o papel desses dados nas

290 PAIS, 2018, p.123-148.

291 PAIS, 2011, p. 61-82.

292 PAIS, 2018, p.123-148.

293 Essas empresas controlam uma plataforma chave, que atrai usuários, vendedores, anunciantes, desenvolvedores de software, aplicativos e fabricantes, permitindo o fluxo de dados em volume e variedade gigantescos. Por exemplo: *Google* e *Apple* controlam populares sistemas operacionais de celulares e aplicativos significativos dentro desses sistemas; *Amazon* controla a maior plataforma de comércio online; e o *Facebook* controla a maior plataforma de rede social. (STUCKE, 2018, p. 275).

relações econômicas, assim como a aplicação do direito concorrencial a essas situações, especialmente no que diz respeito à possível avaliação dos dados como elemento do poder de mercado²⁹⁴.

Em consequência, provavelmente uma das questões mais desafiadoras na economia digital é como as autoridades da concorrência lidarão com os dados, o que pode exigir uma nova abordagem frente à proteção de dados.²⁹⁵ Dito isso, o presente trabalho tem o escopo de analisar a relação entre o direito da concorrência europeu e o direito à proteção de dados, para entender se essa interseção é realmente necessária no contexto atual dos mercados digitais.

2. MERCADOS DIGITAIS E A POSSÍVEL INTERSEÇÃO ENTRE PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1. O USO DE *BIG DATA* NOS MERCADOS DIGITAIS

Atualmente, o avanço técnico-digital intensificou o fluxo informacional, ao ponto de vivermos em uma sociedade da informação,²⁹⁶ em que esta tornou-se ponto central do desenvolvimento econômico.²⁹⁷ Esse crescimento tecnológico possibilitou também imensa geração, coleta, armazenamento e processamento de dados, principalmente pessoais, considerados moeda de troca²⁹⁸ nos mercados digitais ou até mesmo o “novo petróleo” da atualidade.²⁹⁹

Nesse cenário, surge o conceito de *Big Data* que, apesar de não apresentar consenso quanto a sua definição, pode ser entendido como um

294 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 1.

295 BAGNOLI, 2017, p. 3.

296 Sociedade da informação é a expressão utilizada para identificar o período histórico a partir do qual se nota a preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade, estabelecido pela vulgarização das programações de dados, em que os agentes estatais e privados utilizam dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto para a realização de atos e negócios jurídicos”. (LISBOA, 2006. p. 85).

297 BITTENCOURT; GOMES, 2019, p. 26-33.

298 BIONI, 2019.

299 THE ECONOMIST, 2017.

grande volume de dados digitais variados, coletados, processados e analisados em alta velocidade por meio de algoritmos que possibilitam a extração de informações valiosas para quem as detém,³⁰⁰ como empresas dos mercados digitais.

Esse mercado, fundamentado em coleta e processamento de *big data*, a partir de “*data-driven innovation*”³⁰¹ (inovações baseadas em dados), possui como característica marcante o fornecimento pelo indivíduo de uma elevada quantidade de dados por meio de atividades simples do dia a dia, como utilização de aparelhos eletrônicos conectados à internet e de serviços *online*, a exemplo das redes sociais.³⁰² Mais da metade da população mundial depende da Internet para ler notícias, relacionar-se, enviar mensagens, encontrar um emprego ou buscar respostas para suas perguntas³⁰³: todas essas ações envolvem produção de dados por seus titulares.

Desta forma, a partir da utilização de *big data*, as empresas podem melhorar a eficiência de processos produtivos, melhorar seus produtos e serviços, prever tendências de mercado, melhorar a tomada de decisões, explorar novas oportunidades comerciais, além de poder segmentar de forma mais eficiente publicidades e recomendações personalizadas para consumidores (“*behavioral targeting*”).³⁰⁴ De acordo com dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2016, essas empresas alcançaram um aumento de produtividade de 5 a 10% em comparação a outras que não se utilizam desse sistema.³⁰⁵

O controle de um grande volume de dados e das tecnologias capazes de processá-los não é, a princípio, um problema. Este surge apenas quando os rivais ou potenciais entrantes no mercado não são capazes

300 BAGNOLI, 2018. MONTEIRO, 2018.

301 OECD, 2014, p. 4.

302 FEIJÓ, 2013.

303 AMNESTY INTERNATIONAL, 2019. p. 5.

304 OECD, 2016, p. 2-3. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 8-11.

305 OECD, 2016, p. 8.

de acessar tais ativos, colocando-os em desvantagem competitiva em relação às plataformas que os detêm. .³⁰⁶

2.2. O PAPEL DOS DADOS NAS ANÁLISES DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Nos mercados digitais, apesar de grande parte dos serviços de internet ser fornecido de forma “gratuita” por plataformas *online* aos consumidores, na prática, eles estão inseridos nesse modelo de negócio em que os dados pessoais constituem valor de troca, o que faz com que as empresas busquem, cada vez mais, aumentar sua capacidade de acesso, coleta, armazenamento e processamento desses dados para geração de lucro. Como consequência, há intensificação das discussões sobre o papel dos dados nas relações econômicas e a aplicação do direito da concorrência nesse cenário.³⁰⁷ Indaga-se, pois, em que medida a exploração de *big data* proporciona uma vantagem competitiva para as empresas e como essa variável competitiva pode ser incorporada nas análises antitrustes.³⁰⁸

2.2.1. DADOS COMO FONTE DE PODER DE MERCADO NAS INDÚSTRIAS **DATA-DRIVEN**

Apesar de a coleta de dados também poder ser realizada por produtores de bens físicos com venda *offline*, os maiores debates em relação ao uso desses dados para o direito da concorrência aparecem no contexto dos serviços *online*, como redes sociais, mecanismos de busca e varejo *online*, principalmente pela maior capacidade de geração de dados em curto prazo em consequência de processos automatizados.

Essas indústrias *data-driven* possuem algumas características fundamentais para a análise de seu poder de mercado. Primeiramente, no contexto dos mercados digitais, muitas empresas permitem que grupos distintos de usuários interajam uns com os outros através da própria plataforma, no que é conhecido como “mercado de múltiplos lados” (“*multi-sided markets*”). Frequentemente, são oferecidos serviços de forma “gratuita” ou “quase gratuita” para um dos lados do mercado,

306 MONTEIRO, 2017, p. 101.

307 BAGNOLI, 2018.

308 MONTEIRO, 2017, p. 32.

enquanto o outro coleta e processa grande volume de dados pessoais, monetizados por meio de publicidade direcionada oferecida por empresas anunciantes.³⁰⁹ Tal cenário é exemplificado, por exemplo, pelas principais plataformas de busca e de redes sociais da atualidade (*Google* e *Facebook*, respectivamente), que garantem aos seus usuários serviços sem contraprestação pecuniária, com o intuito de obter dados para venda de publicidade que financia seus negócios.³¹⁰ Com esses serviços gratuitos, as empresas competem entre si não pelo preço, mas pela quantidade de dados coletados e pela qualidade do serviço, bem como pela atenção do usuário, o que permite manter esta atenção e a fidelidade dos usuários, cujos dados produzidos possuem amplo valor agregado.³¹¹

Em segundo lugar, as empresas *data-driven* tem como característica a geração de efeitos de rede (“*network effects*”) de papel significativo. Em outras palavras, a utilização de serviços ou produtos por um usuário afeta, direta e indiretamente, o valor e a utilidade que eles terão para os demais. Por exemplo, quanto mais pessoas utilizam e são alcançadas por uma determinada rede social, mais útil e valiosa ela é para seus usuários (efeito direto), o que também gera o aumento de valor para outro grupo, formado por anunciantes de publicidade que, além de beneficiarem-se, trazem vantagens adicionais para os usuários (efeito indireto).³¹²

Desta forma, atualmente, o acesso a um grande volume de dados variados pode constituir um elemento essencial para assegurar a competitividade de uma empresa. Em alguns setores, especialmente o das plataformas *online*, as empresas já estabelecidas podem ter uma base tão significativa de usuários/clientes e, conseqüentemente, de informações, que pode fazer com que menores ou novos empreendimentos no mercado digital tenham dificuldades de corresponder ao mesmo volume e variedade de dados.³¹³

309 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 27; (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, 2014, p. 10).

310 MONTEIRO, 2017, p. 36.

311 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 27.

312 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 28.

313 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 12.

Os novos participantes econômicos podem deparar-se com barreiras à entrada nos mercados digitais, quando, por exemplo, não conseguem coletar ou comprar dados de terceiros em quantidade e qualidade suficientes para competir com empresas já estabelecidas, que podem aumentar os preços praticados pelos dados quando o nível de concentração no mercado é considerado alto ou quando suas características facilitam um conluio tácito.³¹⁴

Ademais, os efeitos de rede também são vistos como possíveis limitadores da concorrência, uma vez que, em razão do acesso diferenciado a dados, podem reforçar o poder das empresas líderes do mercado digital, reforçando também as barreiras à entrada de concorrentes menores: a partir de maior participação do indivíduo em uma determinada plataforma, a está é disponibilizado acesso a uma maior quantidade de dados, o que permite desenvolvimento de melhores serviços e/ou produtos, atraindo mais consumidores e, conseqüentemente, mais dados, em um verdadeiro efeito de rede bola de neve (“*snowball effects*”).³¹⁵

Ademais, com o auferimento de maior montante em renda, é possível investir em novas tecnologias e funcionalidades, o que, novamente, aumenta o potencial alcance de novos consumidores e novos dados. Essa tendência dos mercados digitais prejudica a concorrência, uma vez que pode convergir para um eventual monopólio dos mercados relacionados a dados.³¹⁶

Em consequência, por mais que os consumidores possam se beneficiar dos ganhos de produtividade obtidos por empresas que utilizam *big data*, podem sofrer igualmente com prejuízos derivados, em razão do aumento de barreiras à entrada, o que ocasiona a redução de com-

314 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 12-13.

315 O “efeito bola de neve” é referido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como “*feedback loops*” (ciclos de retroalimentação), classificado em dois tipos diferentes: (i) “*user feedback loop*” – uma empresa com uma grande quantidade de usuários é capaz de coletar mais dados para melhorar a qualidade de seu serviço e/ou produto e, com isso, conseguir mais dados; (ii) “*monetisation feedback loop*” – empresas podem explorar dados de seus usuários para melhorar a segmentação de anúncios e monetizar seus serviços, de forma a obter mais fundos para investir na qualidade do servindo, atraindo mais usuários e, assim, mais dados. (OECD, 2016, p. 10).

316 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 12, 13 e 28.

petidores disponíveis e aumento do poder das empresas já estabelecidas nesse mercado.

Apesar de parte da literatura defender que os dados são bens não rivais (ou seja, o fato de uma empresa possuir e utilizar certos dados não impede outras, concorrentes ou não, de possuir e utilizar esses mesmos dados, especialmente em contextos de *multi-homing*),³¹⁷ não é possível presumir que eles sejam acessíveis a todos os competidores. Isso ocorre em razão da necessidade de desembolso de altos investimentos financeiros, de pesquisa e de desenvolvimento de tecnologias, como *softwares* e *know-how*, além da possibilidade de empresas dominantes impedirem ou excluam o acesso a dados, o que torna sua disponibilidade uma vantagem competitiva.³¹⁸

Nesse contexto, de acordo com o Centro de Regulação na Europa (CRE), há três tipos de barreiras que enfraquecem a característica não rival dos dados: (i) barreiras técnicas, que tornam a coleta de dados mais difícil ou até impossível para competidores, como ocorre com a criptografia; (ii) barreiras legais, principalmente quanto a dados pessoais, cujo acesso e tratamento devem adequar-se, na União Europeia, ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD – Regulamento 2016/679); (iii) barreiras contratuais, geralmente determinadas pelas próprias empresas para restringir ou limitar o acesso aos dados, como ocorre com cláusulas de exclusividade e de não transferência.³¹⁹

Diante da ideia de que dados podem conferir vantagens competitivas significativas para quem os detém, surge a necessidade de as empresas implementarem medidas para estarem em constante aquisição de novos dados para posterior análise e exploração, de forma a permitir que permaneçam competitivas no mercado ou que obtenham, cada

317 O *multi-homing* ocorre quando os usuários utilizam diversas plataformas diferentes para obter o mesmo serviço, como é o caso, por exemplo, do aplicativo *WhatsApp*, *Telegram* ou *Facebook Messenger*; VIEIRA, Juan. *Por que algumas plataformas prosperam, e outras não*. Intelligence Hub. Disponível em: <https://www.intelligencehub.com.br/porque-algumas-plataformas-prosperam-e-outras-nao>. Acesso em 16 mar 2022.

318 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 38-41.

319 CENTER, 2017, p. 30.

vez mais, vantagens sobre concorrentes.³²⁰ Tal cenário pode levá-las a praticar condutas anticompetitivas, inclusive no que tange à violação da privacidade e de dados pessoais, assunto que será analisado no próximo tópico.

2.2.2. CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS RELACIONADAS À PROTEÇÃO DE DADOS

Conforme referido anteriormente, a maioria dos serviços disponibilizados pelas empresas de *data driven innovation*, como redes sociais e plataformas de busca *online*, são oferecidos aos usuários de forma monetariamente gratuita, cuja contraprestação é o fornecimento de dados pessoais. Diante da necessidade constante de aquisição desses dados, é improvável que as empresas dos mercados digitais aumentem o preço de seus serviços ou produtos, inclusive em cenários de elevada concentração de mercado.³²¹

Essa constatação dificulta a identificação de danos potenciais para os consumidores por práticas anticompetitivas. Essa identificação só é possível se avaliarmos questões não relacionadas aos preços aplicados, como, por exemplo, os níveis de proteção da privacidade.³²² Nesse ambiente de mercados *data-driven*, em que há tendência de elevados níveis de concentração, inexistindo pressões competitivas sobre empresas dominantes, é comum a redução dos níveis de proteção de dados, com o intuito de potencializar a coleta de dados pessoais de usuários,³²³ principalmente a partir de termos de uso e políticas de privacidade não adequados às disposições do RGPD.

Entre diversas opções dadas pelo artigo 6º do Regulamento para o tratamento de dados pessoais, há a licitude da operação a partir do consentimento do titular, que deve ser sempre livre, específico, informado e inequívoco.³²⁴ Pelos padrões da regulação europeia, ele deve ter uma verdadeira escolha em consentir com o tratamento de seus

320 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 15-16.

321 STUCKE, 2018, p. 281.

322 WISNIEWSKI, 2019. p. 6.

323 STUCKE, 2018.

324 Tais qualidades do consentimento, sob a luz do RGPD, são melhor definidos no artigo 7º (4), artigo 5º, (1) (b), artigo 6 (1) (a) e considerandos 32, 33, 42 e 43 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento UE 2016/679).

dados por uma manifestação afirmativa clara, após ser devidamente informado sobre todas as condições de uso e tratamento, não podendo sua manifestação ser condição prévia para a execução de um contrato ou serviço em que o processamento de dados não é necessário.³²⁵

O legislador europeu optou por dar aos titulares de dados o exercício de uma verdadeira autodeterminação informativa (“*informational self-determination*”),³²⁶ dando controle total sobre as possibilidades de utilização de seus dados.³²⁷ Porém, essa liberdade de consentimento efetivo do indivíduo, de acordo com as características listadas no RGPD, pode não ser verificada na prática, em razão de situações de falhas presentes nos mercados digitais, como, a exemplo, o paradoxo da privacidade, falta de transparência e ausência de atendimento das preferências dos usuários quanto às regras de privacidade e proteção de dados, por parte das empresas *data-driven*.³²⁸

A. PARADOXO DA PRIVACIDADE

Apesar de grande parte dos usuários alegarem que se preocupam com a manutenção de sua privacidade e proteção de dados no ambiente digital, na prática, não exercem seu direito ao consentimento livre, informado, inequívoco e específico ao apenas “consentir” com os termos que lhe são apresentados, inclusive, frequentemente, sem realizar a leitura e compreensão adequados. Essa contradição é entendida como o fenômeno do paradoxo da privacidade, cuja prática pode desencadear em dois problemas passíveis de transformarem-se em falhas de mercado.³²⁹

Em primeiro lugar, apesar de estarem preocupados com a proteção de dados e privacidade *online*, os usuários não se comportam de acordo para proteger efetivamente seus direitos, por meio de ações como,

325 ARTICLE 29, 2017. p. 5-18.

326 O termo foi desenvolvido pela primeira vez em decisão da Corte Constitucional alemã ao julgar a Lei do Censo de 1983. Para o Tribunal, a capacidade e o indivíduo autodeterminar seus dados pessoais é parte fundamental do direito de livre desenvolvimento de sua personalidade. (BIONI, 2019).

327 BOTTA; WIEDEMANN, 2019, p. 431.

328 BOTTA; WIEDEMANN, 2019, p. 432-433.

329 BOTTA; WIEDEMANN, 2019, p. 432.

por exemplo, utilizar tecnologias que garantam a privacidade em seus computadores ou ler atentamente os termos de uso de sites e aplicativos. Apesar de saberem que seria razoável agir de forma mais cautelosa nesse ambiente, acabam por não o fazer em uma mistura de negligência, falta de tempo e preguiça. Ademais, em consequência da falta de transparência dos processos que envolvem tratamento de dados e de inteligibilidade das políticas de privacidade e declarações de consentimento, os usuários não sabem o que acontece com seus dados, principalmente por não possuírem o conhecimento técnico e jurídico suficientes para entender o conteúdo desses termos.³³⁰

B. EMPRESAS NÃO SE ADEQUAM ÀS PREFERÊNCIAS DE PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS E ÀS REGRAS DO RGPD

Às vezes, por mais que os usuários possuam clara preferência quanto a quantidade de proteção de sua privacidade e dados ao usar serviços e produtos dos mercados digitais, especialmente mecanismos de busca e redes sociais, as empresas que atuam nesse mercado não se adequam a isso, não oferecendo opções variadas quanto aos níveis de proteção. No contexto das redes sociais, por exemplo, esse fato, somado aos efeitos de rede, pode levar a uma dominação e concentração de mercado.³³¹ Em consequência, os usuários não exercem uma escolha significativa ao dar o seu consentimento, pois, para usufruir do serviço digital, devem aceitar as políticas de uso e privacidade, uma vez que, em caso de discordância, ficam excluídos de sua utilização.³³²

Por razões diversas, como pela atuação de efeitos de rede diretos, esse cenário leva a uma concentração e domínio do mercado, o que faz com que os usuários tenham poucas opções. Ao mesmo tempo, agem em desacordo com suas preferências de privacidade, ao concordar irracionalmente com as políticas de privacidade que lhe são apresentadas, em clara desconformidade com a ideia de consentimento livre e informado. Esse cenário também pode ser encarado como uma falha de mercado, uma vez que as empresas não se adequam às regras de

330 BOTTA; WIEDEMANN, 2019, p. 432.

331 BOTTA; WIEDEMANN, 2019, p. 432-433.

332 BITTENCOURT; GOMES, 2019, p. 26-33.

privacidade e proteção de dados do RGPD³³³, assim como às preferências dos indivíduos, que manifestam consentimento sem liberdade e escolha significativa.

C. FALTA DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO QUANTO AO TRATAMENTO DE DADOS

Por mais que o RGPD exija que o consentimento do titular de dados seja informado, ou seja, baseado em informações claras e adequadas, muitas vezes eles não sabem até que ponto seus dados pessoais são coletados, processados e repassados para terceiros. A falha de mercado presente nesse cenário é que os usuários da internet consentem ao tratamento de seus dados, mesmo quando não são capazes de consentir de forma minimamente informada.³³⁴

Políticas de privacidade e termos de uso, com textos longos e pouco claros, fazem parte desse problema, pois não transmitem, na maioria das vezes, uma mensagem adequada para que o usuário seja efetivamente informado sobre a utilização de seus dados pessoais. Mesmo que uma pessoa disponha de tempo e atenção necessários para leitura da totalidade de solicitações de consentimento, a maioria não está capacitada para tomar decisões informadas, pois, por exemplo, desconhecem os termos jurídicos e o funcionamento das tecnologias envolvidas na coleta de dados no contexto da publicidade comportamental, o que lhes coloca em uma situação de assimetria informacional, além de econômica e técnica, que, por vezes, não é solucionada com mais informação, mas evidencia a vulnerabilidade do titular de dados no mercado.³³⁵

2.3. INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

As características dos mercados digitais em que se situam empresas *data-driven*, somados as falhas de mercado derivadas desse ambiente, abrem a discussão quanto a interação entre direito da concorrência e proteção de dados, principalmente quanto a cláusulas contratuais

333 BOTTA; WIEDEMANN, 2019. p. 432-433.

334 BOTTA; WIEDEMANN, 2019. p. 433.

335 BOTTA; WIEDEMANN, 2019. p. 433.

e termos de uso em desconformidade com as regras europeias sobre dados pessoais. Nesse cenário, a proteção da privacidade e dados pessoais poderia ser tida como um elemento não relacionado ao preço da análise concorrencial.

Contudo, ainda não há total consenso na literatura em relação a essa possibilidade. Alguns membros da comunidade antitruste acreditam que o direito da concorrência deve manter como único objetivo a promoção da concorrência para garantia de alocação eficiente de recursos, enquanto outros interesses, como a privacidade e a proteção de dados, devem ser mantidos à parte.³³⁶ Essa posição estaria em conformidade com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia – TJEU) no caso *Asnef-Equifax* (C-238/05), em 2006, quando fixou o entendimento de que questões relativas à proteção de dados não fazem parte do escopo de avaliação do direito da concorrência, suscitando apenas aplicação das regras autônomas de proteção de dados.³³⁷

Em oposição, há quem defenda que pode haver justificativas legítimas para que autoridades da concorrência tratem a privacidade como uma das preocupações do antitruste, principalmente no contexto de violações à privacidade e dados pessoais por empresas no exercício de poder de mercado. Desta forma, atualmente, diante do entendimento de que os dados são “a nova moeda da internet”, seria possível comparar o aumento na coleta e tratamento de dados pessoais com o aumento de preços. Ademais, havendo a constatação de que os usuários valorizam a privacidade como uma característica positiva, a redução das políticas de privacidade, em conjunto com a não adequação às regras de proteção de dados, poderia ser vista como redução da qualidade do serviço oferecido pelas empresas digitais.³³⁸

No caso da concentração de empresas *Facebook/WhatsApp* (processo COMP/M.7217), a Comissão Europeia reafirmou a visão de que quaisquer preocupações relacionadas à privacidade não se enquadram no escopo das regras do direito da concorrência da União Europeia, mas

336 OECD, 2016. p. 18.

337 TJEU, 2006.

338 OECD, 2016, p. 18-19.

no âmbito da proteção europeia de dados.³³⁹ Apesar de analisar temas relacionados ao *big data*, como efeitos de rede e barreiras de entrada gerados pela concentração de dados, a análise da Comissão sobre essa potencial concentração de dados foi focada apenas no mercado de publicidade *online*, onde os anunciantes poderiam ser prejudicados por um aumento no poder de mercado do *Facebook* em consequência do crescimento da capacidade de coleta de dados. Não houve, pois, discussão sobre as preocupações relacionadas à privacidade em decorrência do aumento da concentração da coleta de dados pessoais pelo *Facebook*, por efeito da concentração.³⁴⁰

Apesar do entendimento da Comissão no caso de concentração *Facebook/WhatsApp*, mesmo que as regras europeias de proteção de dados pessoais e as normas de direito da concorrência busquem objetivos distintos, as questões de privacidade não podem ser excluídas das análises concorrenciais simplesmente em razão de sua natureza, já que as decisões de empresas quanto à coleta, armazenamento e análise de dados de usuários podem ter consequências para o anti-truste³⁴¹— atualmente, parece ser este o entendimento atualizado da Comissão Europeia.³⁴²

339 EUROPEAN COMMISSION, 2014, p. 29.

340 EUROPEAN COMMISSION, 2014, p. 33. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 22-23.

341 AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016. p. 23-25.

342 Em recente Relatório Final sobre as políticas de concorrência na era digital (*Final Report – Competition for the digital era*), a Comissão Europeia ressaltou a importância de reforçar a proteção da concorrência na era digital, o que pode incluir, por exemplo, análise de regras de proteção de dados – as especificidades de plataformas, ecossistemas digitais e economia de dados exigem adaptação e refinamento da aplicação da lei da concorrência e de conceitos, doutrinas e metodologias estabelecidas tradicionalmente nas análises antitrustes. Nesse cenário, pois, a Comissão Europeia reconhece a notável interdependência entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais, pois os níveis desta afetam a concorrência e o poder de mercado, por meio da coleta e processamento de dados, afeta tanto as escolhas que os titulares de dados realisticamente têm como os riscos de privacidade aos quais estão expostos. Por isso, o direito da concorrência não pode mais desconsiderar a proteção de dados em sua análise. (CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 39, 73 e 131). Esta nova postura da Comissão Europeia em relação a interseção

Nesse contexto, as políticas de privacidade e os termos de uso poderiam ser analisados do ponto de vista da concorrência sempre que possam afetá-la, especialmente quando implementadas por empresas em posição dominante para qual os dados servem como principal insumo de produtos e serviços, pois pode haver uma ligação estreita entre o domínio da empresa, seus processos de coleta de dados e a concorrência nos mercados relevantes. Isso poderia justificar considerações sobre privacidade e proteção de dados em processos de concorrência.³⁴³

Ademais, especificamente nos casos de controle de fusões e aquisições (concentração de empresas), a questão da privacidade e dados dos usuários pode ser particularmente relevante para a concorrência, principalmente se uma das empresas envolvidas já se beneficia de um forte poder de mercado. Nesses casos, a operação de concentração abre a possibilidade de concentração maior de poder, por meio da coleta de mais dados e possibilidade de redução das políticas de privacidade,³⁴⁴ como ocorreu na aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook*.³⁴⁵

Portanto, violações da proteção de dados e privacidade podem decorrer de práticas anticompetitivas de empresas em posição dominante no mercado, o que gera abuso de seu poder de mercado, sendo possível, então, a intervenção de autoridades da concorrência, como ocorreu recentemente em caso julgado pela autoridade da concorrência da Alemanha, que será analisado a seguir.

entre direito da concorrência e proteção de dados parece que será priorizada e reforçada pelos novos membros da instituição europeia. MEMBER'S, 2019, p. 6.

343 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019. p. 39, 73 e 131.

344 *Ibid.*

345 Em 2016, houve alteração das políticas de privacidade do *WhatsApp*, que passou a coletar certos dados e transmiti-los posteriormente para o *Facebook*. Em consequência, foi aberta uma investigação pela Comissão Europeia para avaliar possíveis prestações de informações enganosas pelo *Facebook* durante o processo de concentração com o *WhatsApp*, quando a empresa afirmou que não era capaz de cruzar de forma autônoma as informações de usuários das duas plataformas. A investigação culminou na aplicação de uma multa total de 110 milhões de euros, pois a instituição europeia concluiu que a empresa já possuía, em 2014, a técnica de correspondência automática das identidades dos usuários de ambas as plataformas. (SUMMARY, 2017).

2.4. O CASO *FACEBOOK* DECIDIDO PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ALEMÃ (*BUNDESKARTELLAMT*)

Em 6 de fevereiro de 2019, a autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) proferiu decisão final paradigmática no que tange a interseção entre proteção de dados, privacidade e direito anti-truste, ao proibir o *Facebook* de tornar o uso de sua plataforma de rede social condicional a coleta e processamento de dados de usuários, além de proibir também a combinação desses dados coletados na plataforma com os dados coletados em sites e aplicativos móveis de terceiros que disponham de interfaces de programação do *Facebook* (“*Facebook Business Tools*”),³⁴⁶ sem o devido consentimento. Segundo o órgão alemão, foi necessária a intervenção da autoridade da concorrência porque os limites de proteção de dados estabelecidos no RGPD foram claramente ultrapassados, em razão da posição dominante do *Facebook*, uma vez que não há consentimento efetivo para a coleta de dados dos usuários quando este é um pré-requisito para o uso da rede social em si.³⁴⁷

2.4.1. AVALIAÇÃO JURÍDICA

A. DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Primeiramente, a autoridade da concorrência definiu o mercado relevante de produto como o mercado das redes sociais de usuários privados, enquanto o mercado relevante geográfico foi tido como o território da Alemanha. Para chegar a essas conclusões, o *Bundeskartellamt* examinou o modelo de negócios do *Facebook* e suas principais características, como o fato de ser uma rede social de múltiplos lados, composta por usuários e anunciantes, com efeitos de rede (diretos e indi-

346 O “*Facebook Business Tools*” (ferramentas de negócios do *Facebook*) é uma seleção de ferramentas e produtos gratuitos para operadores de sites, desenvolvedores, anunciantes e outras empresas, que podem ser integrados em seus próprios sites, aplicativos e ofertas *online* por meio de interfaces de programação, definidos pelo *Facebook*. A seleção inclui *plug-ins* sociais (como os botões de “curtir” e “compartilhar”), *login* no *Facebook* e outros serviços de análise implementados por meio do “*Facebook Pixel*” ou “kits de desenvolvimento de software” para dispositivos móveis. (*BUNDESKARTELLAMT*, 2019, p. 2-3).

347 *BUNDESKARTELLAMT*, 2019, p. 1.

retos) e serviços monetariamente gratuitos, financiada pelo sistema de propaganda direcionada.³⁴⁸

B. DEFINIÇÃO DE DOMINAÇÃO DE MERCADO

De acordo com a legislação alemã de concorrência, o *Facebook* é uma empresa dominante no mercado alemão de redes sociais para usuários privados, pois a empresa tem uma atuação nesse mercado que não é suficientemente controlada pela concorrência. Segundo a autoridade antitruste alemã, o número de usuários ativos diários é o principal indicador relevante para avaliar a importância competitiva da rede e os bons resultados no mercado, uma vez que o sucesso de uma rede social é mensurado pela intensidade do uso, ou seja, para avaliar a participação de mercado, um dos aspectos relevantes para se ter em conta é a quantidade de tempo gasto pelo usuário na rede social. No caso do *Facebook*, sua participação de mercado para usuários ativos diários é superior a 95%,³⁴⁹ dentro dos limites do mercado relevante.

Desta forma, os serviços do grupo *Facebook* teriam uma participação de mercado combinada muito superior ao limite estabelecido na legislação alemã, mesmo que fossem incluídos outros mercados relevantes, como o mercado de mídias sociais, que inclui o *WhatsApp*, *LinkedIn*, *Instagram*, *Twitter* e *Youtube*. Isso pode ser comprovado, por exemplo, pela presença de fortes efeitos de rede, diretos e indiretos, que geram um bloqueio de acesso de empresas terceiras, pois há relutância de usuários em mudar para outro serviço concorrente – efeito de aprisionamento (*lock-in effect*).³⁵⁰

Ademais, constatou-se também que o *Facebook* possui acesso a dados competitivamente relevantes de fontes diversas, o que é extremamente importante para a concorrência, pois uma rede social é, em regra, impulsionada por esses dados pessoais coletados e processados, que facilitam a publicidade altamente personalizada para seus usuários. O banco de dados, somado aos efeitos de rede, pode ser considerado ou-

348 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 3-5.

349 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 5-6.

350 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 5-6.

tra barreira à entrada de concorrentes no mercado, mesmo no contexto de alto poder inovador da internet.³⁵¹

C. POLÍTICA DE DADOS ABUSIVA

Ponto crucial da decisão foi o entendimento da autoridade da concorrência que o uso e a implementação da política de dados do Facebook, que o permite coletar dados de usuários em dispositivos de fontes externas e mesclá-los com dados coletados na própria rede social, sem o devido consentimento, são inadequados, em detrimento de usuários particulares e concorrentes, constituindo abuso de posição dominante no mercado relevante de redes sociais, na forma de condições de negócio abusivas (*exploitative business terms*), de acordo com interpretação da legislação alemã em conjunto com o regulamento europeu.³⁵²

Em primeiro lugar, para chegar a esse resultado, o *Bundeskartellamt* entendeu que, apesar de o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia estipular a responsabilidade das autoridades de proteção de dados de fiscalizar a aplicação da lei, para garantir um nível uniforme de proteção e efetivação das regras de proteção de dados em todos os Estados-Membros, não há vedação de que a lei também possa ser aplicada por outras autoridades que não as autoridades nacionais de proteção de dados, como é o caso dos órgãos nacionais de defesa da concorrência.³⁵³

Para proteger o direito fundamental à autodeterminação informacional, a lei de proteção de dados dá ao indivíduo o direito de decidir livremente e sem coerção sobre o processamento de seus dados pessoais. Nesse sentido, para o *Bundeskartellamt*, parece indispensável examinar a conduta de empresas dominantes sob o direito da concorrência também em termos de seus procedimentos de processamento de dados, o que foi feito pela autoridade alemã após dar ciência do processo à autoridade de proteção de dados da Irlanda (onde o *Facebook* tem sua

351 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 6-7.

352 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 7.

353 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 8.

sede europeia) e de obter apoio do responsável pela proteção de dados em Hamburgo.³⁵⁴

Em segundo lugar, a autoridade da concorrência alemã avaliou se a política de dados do Facebook era apropriada, de acordo com as regras definidas no RGPD, concluindo que o processamento abrangente de dados externos à rede social (vindos de outros serviços corporativos, como *WhatsApp* e *Instagram*, ou de sites que implementam os *Facebook Business Tools*) viola os requisitos europeus de proteção de dados, pois não permite o exercício de consentimento efetivo, nos moldes do artigo 6º (1) (a) do RGPD. Em razão da posição dominante do Facebook no mercado de redes sociais privadas na Alemanha, os usuários consentem com os termos e condições apenas com o objetivo de concluir o contrato, mesmo não havendo necessidade de processar dados para, na prática, o *Facebook* poder cumprir o contrato, de acordo com o artigo 6º (1) (b) do RGPD.³⁵⁵

Sendo assim, a análise do caso concentrou-se no processamento de dados de fontes terceiras, na extensão determinada pelo *Facebook* em seus termos e condições, concluindo que este processamento não é necessário para permitir aos usuários o acesso à rede social, nem para monetizá-la por meio de publicidade personalizada, uma vez que essas operações, típicas das redes sociais que ofertam publicidade direcionada, podem se basear apenas nos dados do usuário coletados e processados no contexto da rede social.³⁵⁶

Consequentemente, o tratamento de dados externos à plataforma não pode ser justificado sem que haja consentimento voluntário, especialmente porque o *Facebook*, como empresa dominante, possui poder de barganha sobre seus usuários, podendo impor condições de processamento de dados de longo alcance, já que os indivíduos não possuem mecanismos adicionais para opor-se. Em outras palavras, essa prática do Facebook é um caso de abuso de exploração, pois os consumidores da rede social nunca aceitariam os mesmos termos de serviço se a empresa fosse detentora de menor poder de mercado e os consumidores

354 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 9.

355 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 10.

356 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 10.

pudessem recorrer a soluções alternativas.³⁵⁷ Além disso, a voluntariedade do consentimento, dada pelos usuários no momento de aceitação dos termos de uso, não poderia ser considerada, já que era um pré-requisito indispensável para uso do serviço da rede social.³⁵⁸

Por fim, a autoridade da concorrência alemã concluiu que a violação dos requisitos de consentimento válido, definidos no RGPD, é uma manifestação do poder de mercado do Facebook. Para o *Bundeskartellamt*, a violação da proteção de dados dos usuários, restringindo sua autodeterminação informativa, foi possível em razão de seu domínio do mercado (posição dominante), de forma a impedir que empresas concorrentes se comportassem de maneira similar, caracterizada como prática restritiva da concorrência.³⁵⁹ Nesse contexto, o processamento de dados de usuários de fontes externas ao *Facebook*, obtidos sem o consentimento válido, combinados com os dados oriundos da própria rede social, é interpretado como uma vantagem competitiva ilegal sobre seus concorrentes, aumentando as barreiras de entrada, além de garantir a manutenção do poder de mercado do *Facebook*.³⁶⁰

2.4.2. ARGUMENTAÇÃO DA LITERATURA SOBRE A DECISÃO

Por ser considerada uma posição paradigmática quanto à interseção entre direito da concorrência e proteção de dados na União Europeia, a decisão do *Bundeskartellamt* no Caso *Facebook* foi alvo de posições divergentes na literatura. A própria empresa envolvida manifestou-se, alegando que já cumpre todos os requisitos impostos pela regulação europeia de proteção de dados, além de suscitar que o órgão alemão subestimou a forte concorrência que o *Facebook* enfrenta no país e que a combinação de dados externos com os dados obtidos na plataforma visam apenas o oferecimento de melhores serviços personalizados para os usuários, de forma a garantir uma melhor experiência.³⁶¹

357 O fato de o *Facebook* impor condições comerciais injustas pode causar dano aos consumidores, pois estes não são capazes de controlar a atuação futura dos seus dados. (PAIS, 2018).

358 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 10-11.

359 PAIS, 2018.

360 BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 11.

361 CUNNANE; SHANBHAG, 2019.

Além do *Facebook*, parte da doutrina criticou fortemente as conclusões da autoridade antitruste alemã, suscitando diferentes razões. Primeiramente, decisões anteriores da Comissão Europeia e do TJEU já teriam descartado a inclusão de considerações de privacidade e proteção de dados nas análises de concorrência, principalmente por perseguirem objetivos distintos.³⁶² Além disso, autores argumentam que há várias dificuldades de índole técnico-jurídica no raciocínio da decisão, principalmente em relação à definição de mercado relevante, mas também no que tange à conclusão de existência de uma posição dominante, pois o mercado das redes sociais é dinâmico, com oferecimento de serviços “gratuitos”, não havendo, pois, barreiras efetivas que impeçam os usuários de mudarem para serviços de concorrentes. Ainda, a decisão permitiria que as autoridades da concorrência desempenhassem um papel onisciente e onipotente, permitindo que fossem suscitadas quaisquer violações de leis por empresas dominantes, não apenas ao direito antitruste, como parte da análise concorrencial,³⁶³ o que introduziria um nível indesejável de subjetividade nestas avaliações.³⁶⁴

Parte diversa da literatura comemorou a decisão do *Bundeskartellamt*, por entender que o direito da concorrência europeu persegue múltiplos objetivos, o que já foi constatado pela jurisprudência europeia,³⁶⁵ de forma a não impedir avaliações sobre a proteção de dados e privacidade nos casos de concorrência.³⁶⁶ Ademais, as eventuais inadequações dos instrumentos tradicionais a casos como o do *Facebook* poderão ser solucionadas por propostas alternativas, como a consideração dos níveis de privacidade como parâmetro relevante da concorrência não relacionada ao preço.³⁶⁷

362 A exemplo do acórdão do TJCE no Processo *Asnef-Equifax* (C-238/05) e decisão da Comissão Europeia no processo de concentração *Facebook/WhatsApp* (M.8228).

363 PAIS, 2018. DE LAMADRID, 2016.

364 OECD, 2016, p. 18.

365 Entre os possíveis objetivos do direito da concorrência europeu, conforme jurisprudência do TJEU, estão, principalmente, a eficiência econômica e a proteção dos consumidores, mas também a liberdade econômica das empresas, garantia de igualdade de oportunidades, efetivação do mercado interno europeu, defesa das pequenas e médias empresas, entre outros. (PAIS, 2018).

366 PAIS, 2018.

367 OECD, 2016.

3. CONCLUSÃO

Vivemos hoje em um momento de ascensão dos mercados digitais e das indústrias *data-driven*, com intensa utilização de técnicas de programação com *big data*, onde os dados, principalmente pessoais, tornaram-se moeda de troca por serviços monetariamente gratuitos. Nesse cenário, as características da economia dos dados favorecem a concentração e domínio do mercado, em razão de, por exemplo, efeitos de rede (*network effects*) e ciclos de retroalimentação (*feedback loops/snollball effects*), o que, somadas às falhas de mercado derivadas desse ambiente, vêm criando novos desafios para as análises de concorrência, principalmente em relação à sua possível interseção com a proteção de dados.

Nesse contexto, apesar de críticas da literatura, há quem suscite que o uso de dados pessoais, em discordância com os padrões da legislação europeia, por uma empresa em posição dominante no mercado relevante, pode ser considerado uma violação ao direito da concorrência por abuso de posição dominante, nos termos do artigo 102º do TFUE. De acordo com os ensinamentos da decisão de fevereiro de 2019 do *Bundeskartellamt*, no caso *Facebook*, é possível que violações às regras de proteção de dados seja elemento fundamental a ser considerado na aplicação do direito da concorrência, o que parece ser o posicionamento recente da Comissão Europeia, presidida atualmente por Ursula von der Leyen.³⁶⁸

Apesar da existência de dificuldades técnicas e jurídicas na aplicação da interseção entre esses direitos e sem o escopo de lidar com o tema de forma exaustiva, em razão de sua alta complexidade, o presente trabalho defende que as regras de privacidade e proteção de dados do direito da União Europeia, como o RGPD, devem ser levadas em conta nas análises de direito da concorrência, principalmente nos casos de abuso de posição dominante pelo artigo 102º do TFUE e das concentrações de empresas pelo Regulamento 139/2004.

É claro que, nesses casos, a aplicação do direito da concorrência não pode ser leviana, aumentando seu escopo de atuação para todo e qualquer cenário de empresas que coletam dados, mas sim limitado estritamente a situações de probabilidade ou existência de dano à concorrência, impedindo que sua aplicação, em conjunto com as regras de proteção de dados, reprima o desenvolvimento tecnológico e a

368 PROUST, 2019.

inovação. Desta forma, no contexto da economia digital e de mercados orientados a dados, é necessária, pois, atuação prudente, mas que considere que a incomunicabilidade entre a proteção de dados e o direito da concorrência pode gerar efeitos negativos, levando a situações de sub-aplicação da lei,³⁶⁹ o que deve ser evitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 23 de novembro de 2006 no Processo **Asnef-Equifax** (C-238/05). Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5bea0e088b08f44b3b853d5eb7ffd88fa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Och0Qe0?text=&docid=65421&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236269>. Acesso 10 mar 2022.
- AMNESTY INTERNATIONAL. **Surveillance Giants: How the Business of Google and Facebook Threatens Human Rights**. 21 nov. 2019. Disponível em <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL3014042019ENGLISH.pdf>. Acesso em 10 mar 2022.
- ARTICLE 29 Data Protection Working Party. **Guidelines on consent under Regulation 2016/679** Adopted on 28 November 2017.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. 2016. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publication%20File%20&%20v=2. Acesso em: 10 mar 2022.
- BAGNOLI, Vicente. **The Big Data Relevant Market as a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU decision at Facebook/WhatsApp merger have been different?** 2017. 12th ASCOLA Conference: Competition Law for the Digital Economy.
- BAGNOLI, Vicente. The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data. In: BAGNOLI, Vicente. **Concorrência e Inovação: Anais do Congresso Internacional para Promoção de Debates acerca do Direito da Concorrência e Inovação Tecnológica diante da realidade e desafios da Economia Digital**. São Paulo: Grupo Editorial Scortecci, 2018.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 344p.
- BITTENCOURT, Izabella Alves Jorge; GOMES, Évelyn Vieira. O Consentimento nas Leis de Proteção de Dados Pessoais: análise do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados Europeu e da Lei Brasileira 13.709/2018. In: ANJOS, Lucas;

369 ROLNIK; SCHECHTER, 2016.

- BRANDÃO, Luíza; POLIDO, Fabrício (Org.). **Políticas, Internet e Sociedade**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS), 2019.
- BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. **The Interaction of EU Competition, Consumer and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey**. Munich: Max Institute for Innovation and Competition, 2019.
- BUNDESKARTELLAMT (Alemanha). **Case Summary – Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19 (1) GWB for inadequate data processing**. 2019. Disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em 10 mar 2022.
- CENTER on Regulation in Europe. **Big Data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising**. 2017. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2920301>. Acesso em 10 mar 2022.
- CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **Final Report on Competition policy for the digital era**. Comissão Europeia. 2019. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 09 mar. 2022.
- CUNNANE, Yvonne; SHANBHAG, Nikhil. **Why We Disagree with the Bundeskartellamt**. 07 fev 2019 Disponível em <https://about.fb.com/news/2019/02/bundeskartellamt-order/>. Acesso em 09 mar. 2022.
- EUROPEAN COMMISSION, **Facebook/WhatsApp** (Case M.7217). de 03 de outubro de 2014 Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em 09 mar. 2022.
- DE LAMADRID, Pablo Alfonso. **Facebook, Privacy and Article 102- a first comment on the Bundeskartellamt's investigation**. Disponível em <https://chillingcompetition.com/2016/03/02/>. Acesso em 10 mar 2022.
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. Março 2014. Disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em: 10 mar 2022.
- FEIJO, Bruno Vieira. **O que a revolução dos dados pode fazer por sua empresa?** Revista Exame, 29 out. 2013. Disponível em <https://exame.abril.com.br/pme/a-revolucao-dos-dados/>. Acesso em: 10 mar 2022.
- LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 95, nº 847, p. 78-95, 2006.
- Member's Research Service of the European Parliamentary Research Service (EPRS). **Parliamentary hearings of the Commissioners designate: An analysis of the portfolios of the von der Leyen Commission**. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642208/EPRS_BRI\(2019\)642208_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642208/EPRS_BRI(2019)642208_EN.pdf). Acesso em 10 mar 2022.

- MONTEIRO, Gabriela. **Big Data e Concorrência: Fases de Atuação do Regulador Antitruste Americano e Europeu**. Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito e Administração Pública – Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 15, nº 84, nov-dez. 2018.
- OECD. Big Data: **Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Executive Summary, 26 abr 2017. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf). Acesso em 10 mar 2022.
- OECD. **Data-driven Innovation for Growth and Well-being**. Interim Synthesis Report, out. 2014. Disponível em <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Acesso em 16 mar 2022.
- PAIS, Sofia Oliveira. **Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões**. Revista de Concorrência e Regulação, ano IX, nº 35, jul-set. 2018.
- PAIS, Sofia Oliveira. **Entre Inovação e Concorrência: em defesa de um modelo Europeu**. Lisboa: Universidade Católica, 2011.
- PROUST, Olivier. **'Digital' becomes a top priority for the EU Commission**. 10 set 2019. Disponível em <https://privacylawblog.fieldfisher.com/2019/digital-becomes-a-top-priority-for-the-eu-commission>. Acesso 10 mar 2022.
- RESUMO da Decisão da Comissão de 18 de maio de 2017, que aplica coimas ao abrigo do artigo 14º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho pela prestação, por uma empresa, de informações inexatas ou deturpadas [Processo M.8228 — Facebook/WhatsApp (proc. artigo 14º, nº 1)] [notificado com o número C (2017) 3192 final]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:286:FULL&from=PT>.
- ROLNIK, Guy; SCHECHTER, Asher. **How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?** 26 set 2016. Disponível em <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>. Acesso em 10 mar 2022.
- STUCKE, Maurice E. **Should we be concerned about data-opolies?** 2 Georgetown Law Technology Review 275. 2018). University of Tennessee Legal Studies Research Paper nº 349. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3144045>. Acesso em 10 mar 2022.
- THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**. 06 mai 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em 08 mar 2022.
- VIEIRA, Juan. **Por que algumas plataformas prosperam, e outras não**. Intelligence Hub. Disponível em: <https://www.intelligencehub.com.br/porque-algumas-plataformas-prosperam-e-outras-nao>. Acesso em 16 mar 2022.
- WISNIEWSKI, Caio Henrique. **Violação de Dados Pessoais pode ser um desafio ao Antitruste?** 39º Programa de Intercâmbio do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Brasília, 2019.

DIÁLOGOS ENTRE DIREITOS INTELECTUAIS E PROTEÇÃO DE DADOS: O SISTEMA DA CONCORRÊNCIA

Eliz Marina Bariviera³⁷⁰

Pedro de Perdigão Lana³⁷¹

370 Graduanda em direito pela PUCPR. Coordenadora de conscientização do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN).

371 Doutorando em direito pela UFPR. mestre em Direito Empresarial pela UCoimbra, graduado em direito pela UFPR. Advogado e professor (ISULPAR). Pesquisador do GEDAI/UFPR e secretário do IODA. Membro da coordenação da ISOC BR e do Creative Commons Brasil.

RESUMO O presente artigo busca analisar as interconexões entre os campos da concorrência, dos direitos intelectuais e da proteção de dados. As duas primeiras áreas possuem forte diálogo, mas também estão inseridas no contexto da sociedade informacional, aproximando-se também do campo da proteção de dados, especialmente após a promulgação do Regulamento Geral Europeu de Proteção de Dados (GDPR) e, no caso brasileiro, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Conclui-se pela necessidade de fomento das relações entre autoridades públicas que lidam com esses temas e a necessidade de equilíbrio entre concorrência e inovação.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos intelectuais. Proteção de dados. Concorrência.
Sociedade informacional. Inovação.

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Pontos de Contato entre Propriedade Intelectual e Proteção de Dados; 3. Direito Concorrencial e Modelos de Negócio Focados em Dados Pessoais; 4. A atuação das Autoridades Concorrenciais na Proteção de Dados Pessoais; 5. Um Retorno aos Paralelos com os Direitos Intelectuais.

1. INTRODUÇÃO

Os desenvolvimentos legais da proteção de dados pessoais e da propriedade intelectual (PI) são marcados pelo diálogo entre si. Ambas as categorias tratam sobre bens imateriais notoriamente valiosos na sociedade informacional³⁷², percebendo-se uma larga zona de intersecção entre doutrinadores de cada área, algo particularmente notável na discussão acadêmica desenvolvida nos EUA sobre a melhor forma de tutelar dados pessoais.

Enquanto os europeus avançavam um quadro já teoricamente bem desenvolvido na Diretiva 95/46/CE, tendo como posição dominante a tutela da privacidade e dos dados pessoais por uma ótica de um direito fundamental, era mais comum encontrar nos EUA uma preferência por uma visão mais proprietarista. Como consequência, o modelo de proteção de dados adotado nos EUA não pressupõe uma regulamentação geral sobre o tema, tendo como foco a proteção contratual. Esse modelo avalia as violações a dados, mas não há esforços para sua prevenção.³⁷³

O relevo da propriedade privada e da autonomia privada na tradição jurídica estadunidense ajuda a explicar preferência, identificando o mau uso de dados pessoais como uma falha de mercado pela inexistência de incentivos suficientes para que as empresas agissem de forma adequada.³⁷⁴

Essa percepção aproximava notavelmente regimes de proteção de dados pessoais com os de propriedade intelectual³⁷⁵. Era possível recorrer aos institutos de direitos intelectuais, ou adaptações das facetas contratuais deles, mesmo diante da recusa de um caminho proprietarista para evitar barreiras à liberdade do fluxo de informações ou buscar mais salvaguardas para consumidores. O recurso às relações existentes

372 ZANATTA; RENZETTI, 2019, p. 149.

373 SILVA; LUCCAS, 2020, p. 234-235.

374 SAMUELSON, 2000; SCHWARTZ, 2004.

375 REIDENBERG, 1999, p. 1354; LIEBENAU, 2016.

na tutela de segredos de negócio servia como um bom exemplo para se buscar maneiras de proteger a privacidade dos indivíduos.³⁷⁶

Todavia, a relação entre dados pessoais e dados comerciais tuteláveis pela propriedade industrial nos coloca pontos de estudo de importância prática mais imediata e mais contemporâneos. A publicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e sua influência internacional levantou vários pontos de conflito com direitos de propriedade intelectual, e algo similar parece estar ocorrendo com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

2. PONTOS DE CONTATO ENTRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROTEÇÃO DE DADOS

Os últimos anos demonstraram de forma clara como os dados pessoais se tornaram um ativo econômico central para modelos de negócio extremamente bem-sucedidos no meio tecnológico. Não à toa, um dos objetivos mais importantes das legislações de proteção de dados pessoais é justamente permitir a sua exploração comercial, desde que se siga uma série de parâmetros e critérios para que o interesse do titular não seja desconsiderado. Esse tipo de tratamento empresarial de dados pode ser considerado parte do segredo comercial, percebendo-se inclusive que a LGPD faz ressalvas quanto à proteção do segredo comercial e industrial em mais de dez vezes, vide o exemplo do art. 55-J, inciso II, ao abordar as competências da ANPD.

Pode, ainda, ser parte do direito *sui generis* dos fabricantes de bases de dados previsto no art. 4º da Diretiva 96/9/CE, na União Europeia, desde que preenchido o requisito do investimento substancial, seja por critérios quantitativos (como despesas financeiras) ou qualitativos (como o conhecimento técnico-científico necessário).³⁷⁷

Dessa forma, os dados são objetos de proteção cumulada pelas normas de propriedade intelectual e de proteção de dados pessoais, ainda que sob diferentes abordagens, resultando em um regime híbrido.³⁷⁸

376 SAMUELSON, 2000, p. 1152-1169.

377 Para mais informações, ver DIAS PEREIRA, 2019, p. 317-334.

378 BANTERLE, 2018.

Não raramente, essas zonas de proteção cumuladas geram conflitos entre as regras dos diferentes ramos. Um exemplo famoso e de difícil resolução no ambiente de Governança da Internet é identificado entre os titulares de nomes de domínio e titulares de eventuais direitos de propriedade industrial colidentes com esses sinais distintivos característicos do ciberespaço. A *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) firma em seus regulamentos internos que devem ser mantidos registros nas bases do WHOIS, um protocolo usado para armazenar informações sobre quem são os proprietários e registrantes de um domínio, incluindo informações pessoais do registrante, como nome, e-mail e telefone, que eram disponibilizados de forma relativamente pública.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD) inviabilizou a manutenção desses regulamentos da forma como existiam. Porém, não seria razoável simplesmente ignorar os interesses daqueles que tinham seus direitos intelectuais violados, sem possibilidade de identificar o responsável e tomar as medidas cabíveis.³⁷⁹ Embora ainda não exista uma resposta definitiva e final, a solução encontrada pela ICANN foi colocar esses dados pessoais em sigilo, permitindo, por outro lado, o acesso quando as partes demonstrem legítimo interesse ou motivos justos mediante pedidos específicos.³⁸⁰

Todavia, cumpre notar que a relação entre os dois sistemas jurídicos que tratam sobre direitos imateriais não é sempre desarmoniosa. Pelo contrário, podem se complementar ao ponto de resolver até mesmo grandes problemas contemporâneos um do outro.

3. DIREITO CONCORRENCIAL E MODELOS DE NEGÓCIO FOCADOS EM DADOS PESSOAIS

O direito concorrencial é um bom exemplo de como é possível desenvolver um diálogo profícuo. Apesar de não pertencer exclusivamente ao ramo da propriedade intelectual, os pontos de contato entre ambos são abundantes, o que se percebe mais notadamente pela tutela da concorrência desleal ser mais comumente incluída no ramo

379 WINTERFELDT, 2019. Ver também, especificamente sobre o Whois: WHEELER, KENNEDY, 2019.

380 WIPO, s.d.

da propriedade industrial (CUP, art. 10-bis e TRIPS, art. 39), inclusive no caso brasileiro (Lei 9.279/96, art. 195). As normas concorrenciais regulam não só os limites de liberdade dos agentes econômicos, mas também, com um caráter mais objetivo, a própria posição e atividades dos Estados, para preservar a possibilidade e pluralidade de ação em determinado mercado.³⁸¹

Justamente em razão dessa faceta dupla, a noção do que é um ambiente concorrencial saudável varia profundamente de acordo com cada cultura e entendimento nacional. Porém, pode-se identificar alguns traços para caracterizar uma efetiva concorrência. Nas palavras de Denis Borges Barbosa: (i) a existência de um mesmo objeto (produto ou serviço); (ii) o desempenho das atividades de forma simultânea pelos concorrentes; (iii) o exercício das atividades no mesmo espaço territorial, para o mesmo mercado (ao menos em potencial).³⁸²

Essa dificuldade de formar um conceito internacionalmente harmonizado não significa que inexistem problemas concorrenciais percebidos a nível global, de forma relativamente uniforme. Isso seria mesmo um contrassenso, considerando o nível de globalização e digitalização que é encontrado hoje no planeta, com um grande papel de multinacionais. Ainda que não haja uma concordância absoluta, é possível perceber críticas similares de diferentes agentes com contextos diversificados, destacadas em experiências de diálogo global multisetorial como o Fórum de Governança da Internet (FIB) ou o Fórum Público da Organização Mundial do Comércio.

Um desses problemas é a incapacidade do modelo vigente de regras antitruste em lidar com a tendência monopolista nos países de maior relevo econômico global, possivelmente a questão hodierna mais notória nos debates sobre regulação da concorrência.

Um dos exemplos que ocupou o centro dos holofotes na mídia global foi o relatório recente do Congresso estadunidense que expôs a questão institucionalmente, em um país que está no centro das relações comerciais e técnicas do mundo tecnológico. Nomeadamente, o relatório apontou que empresas como Amazon, Google, Facebook e Apple (conhecidas como *Big Techs* ou pelo acrônimo *GAF*A) dominaram

381 BARBOSA, 2017, p. 464.

382 BARBOSA, 2017, p. 457-463 e 478.

mercados de busca online, publicidade digital e redes sociais, capturando o controle de canais ventrais de distribuição, eliminando potenciais concorrentes em estágios iniciais através de diferentes métodos e criando profundas assimetrias de poder com parceiros comerciais, que se tornavam dependentes dos gigantes da tecnologia.³⁸³

O problema das regulações antitruste tradicionais é que elas são focadas no prejuízo econômico do consumidor resultante do monopólio. Como os serviços oferecidos pelas *Big Techs* são gratuitos, pelo menos em seu nível mais básico, os parâmetros de avaliação de um ambiente concorrencial saudável ficaram prejudicados. Porém, uma das grandes preocupações decorrentes do surgimento de monopólios nesse contexto é o prejuízo que o consumidor tem em relação à sua privacidade e o mal uso dos seus dados pessoais. Isso porque a falta de concorrência faz com que as empresas possam secundarizar os riscos dos abusos cometidos no tratamento dessas informações, além de deter um conhecimento (e, em certo nível, até mesmo um controle) assustador sobre os usuários.³⁸⁴

Não se trata aqui de um monopólio limitado de uso, como no caso dos direitos exclusivos sobre bens intelectuais (ou seja, de uma oportunidade de mercado). Se trata, isso sim, de um monopólio autêntico, uma exclusividade de mercado,³⁸⁵ ainda que disfarçada pela dificuldade generalizada, pelo menos até recentemente, por parte dos formuladores de políticas públicas em entender os modelos de negócios movidos por dados.³⁸⁶

Exemplos dessas dificuldades são a existência de uma “esfera pública” dos serviços privados de comunicação e troca de informações prestados na Internet e o efeito em rede do tamanho das plataformas que

383 U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020. p. 10-19.

384 U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020. p. 37. Entrando em detalhes, inclusive sobre os pontos em que não estão provados efeitos prejudiciais da concentração no mercado de negócios focados em dados, cf. BLANKERTZ, 2020.

385 BARBOSA, 2017, p. 73.

386 Nesse sentido, ficaram famosas as interações entre senadores estadunidenses e o CEO do Facebook em audiência de 2018, em que, em resposta à incredulidade senador republicano Orrin Hatch sobre a gratuidade do serviço prestado pela empresa, Zuckerberg respondeu, sem esconder sua surpresa com o desconhecimento do político: “Senator, we run ads”. Cf. STEWART, 2018.

torna pouco efetiva a existência de alternativas com uma quantidade reduzida de usuários. Relatório conjunto das autoridades britânicas de proteção de dados (ICO – *Information Commissioner’s Office*) e de concorrência (CMA – *Competition & Markets Authority*) apontou justamente que, para fins de avaliação concorrencial do mercado, o mais importante seria averiguar a possibilidade de as empresas competirem no mesmo nível em relação ao acesso a dados, algo que não ocorre no cenário atual.³⁸⁷

Por um lado, nota-se um argumento consistente de que legislações fortes de proteção de dados, como o RGPD europeu, tiveram efeitos negativos indesejados no espaço concorrencial de modelos de negócio baseados no manejo de dados pessoais. Em razão da relativa complexidade das regras e das limitações dos direitos de portabilidade,³⁸⁸ constatou-se uma capacidade desproporcionalmente maior de adaptação e aproveitamento das novas leis por parte de grandes empresas, especialmente as do ramo tecnológico, resultando em um aumento da concentração nesses mercados.³⁸⁹

Por outro, os sistemas legais de proteção de dados podem funcionar em sinergia com o direito da concorrência, compartilhando objetivos e se reforçando em temas como aumento do controle exercido pelo usuário/consumidor e padrões regulatórios de proteção da privacidade.³⁹⁰

387 CMA, ICO, 2021, p. 13-14.

388 O artigo 18, V, da LGPD determina que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador a portabilidade de seus dados a outro fornecedor de serviço ou produto. Essa definição garante ao titular que, a partir da requisição, o fornecedor de serviço ou produto transfira, de forma gratuita, as informações requeridas a outro fornecedor. Essa transferência permite que competidores não mantenham o monopólio sobre o acesso a dados específicos de titulares. No contexto europeu, conforme as regras definidas no GDPR e pela interpretação do texto legal pelo Article 29, somente poderiam ser objeto de portabilidade os dados fornecidos, que são dados coletados por meio de atuação direta do sujeito e em que está completamente ciente das ações que o originaram e, em uma análise mais ampla, os observados, que são coletados a partir da observação das atividades do sujeito. Cf. CRAVO, 2019. Para a classificação dos dados, cf. OECD, 2014.

389 GAL, 2020. Em sentido similar, apontando os riscos de interpretações inconsequentes das legislações de proteção de dados, cf. CMA; ICO, 2021, p. 24-26.

390 CMA; ICO, 2021, p. 18-19.

Mais especificamente, essas novas regras apresentam uma possível solução para a dificuldade do direito concorrencial em lidar com os quase-monopólios das grandes empresas de tecnologia decorrente de os parâmetros antitruste terem sido desenvolvidos para empresas tradicionais (e prejuízos diretos ao consumidor). Fazem isso ao oportunizar que regras em prol de um ambiente concorrencial saudável sejam interpretadas sob as lentes do abuso de tratamento de dados pessoais, especialmente quando este é o modelo de empresas dominantes em determinado setor por todo o mundo.

4. A ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Essa interpretação era defendida, em maior ou menor medida, há vários anos pela doutrina no campo da proteção de dados, mas se consolidou institucionalmente em terreno europeu com as conclusões da Autoridade Concorrencial Alemã (*Bundeskartellamt*) contra o Facebook em 15 de fevereiro de 2019. Essa decisão proibiu parte da política de tratamentos de dados dos usuários da empresa, em especial o compartilhamento não expressamente consentido de informações entre as diferentes redes sociais da gigante da tecnologia.³⁹¹

Vários países tomaram medidas similares nos meses e anos que seguiram. No Brasil, se destaca a Recomendação conjunta de maio de 2021 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Ministério Público Federal (MPF), a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) para que o WhatsApp adiasse a entrada em vigor de sua nova política de privacidade. Essa Recomendação criticava principalmente a possibilidade de compartilhamento de dados pessoais com o grupo econômico do Facebook,³⁹² resultando em um compromisso assumido pela empresa em colaborar com as entidades públicas para tentar diminuir as potenciais infrações de direitos dos titulares oriundas da alteração.³⁹³

391 BUTTARELLI, 2019. Um resumo do caso pode ser consultado em: BUNDESKARTELLAMT, 2019.

392 MPF et al, 2021.

393 CADE, 2021.

Aliás, a relação do CADE com as regras de proteção de dados no Brasil é antiga. Para além de ter proposto ser a sede institucional da ANPD em um primeiro momento,³⁹⁴ o Conselho já subsidiou a elaboração de um extenso e compreensivo relatório analisando o panorama internacional sobre o diálogo entre autoridades de defesa da concorrência e a proteção de dados.

Dentre outros tópicos, é colocado em evidência como alguns países, a exemplo da Austrália e da Coreia do Sul, já alteraram suas legislações sobre proteção de dados a partir da colaboração com autoridades concorrenciais. No mesmo texto, são indicados vários pontos de inter-relação entre ANPD e CADE, como: (i) a observância das diretrizes da ANPD pelo CADE; (ii) a cooperação técnica entre ambos com base no princípio compartilhado da livre concorrência; (iii) a alteração de procedimentos para otimizar a defesa da concorrência; e (iv) a criação de uma área técnica no âmbito do Conselho para lidar com tópicos relacionados à proteção de dados.³⁹⁵

Seguindo no propósito colaborativo e a partir do cenário descrito no relatório mencionado, o CADE e a ANPD firmaram acordo de cooperação técnica destinado ao combate às atividades lesivas à ordem econômica e à cultura da livre concorrência, nos serviços em que forem necessárias a proteção de dados pessoais. O acordo envolve (i) o compartilhamento de documentos e informações produzidos sobre o tema, (ii) a comunicação entre as entidades de eventuais processos instaurados e (iii) a promoção de eventos e estudos em parceria.³⁹⁶

5. UM RETORNO AOS PARALELOS COM OS DIREITOS INTELECTUAIS

Depois de exposto o quadro geral das relações entre leis de proteção de dados e (i) propriedade intelectual e (ii) direito da concorrência em sentido amplo, é possível voltar ao foco do artigo e estabelecer a ponte entre esses dois quadros.

Afinal, formuladores de políticas públicas que conectem o direito concorrencial com as normas de proteção de dados têm muito a apren-

394 DURÃO, 2020.

395 RAFFOUL, 2021.

396 ANPD, 2021.

der com como foram se desenvolvendo os diálogos entre os direitos intelectuais para não incorrer nas mesmas falhas e otimizar o percurso.

Nesta toada, pesquisas anteriores na área de propriedade intelectual já demonstraram que, apesar da geração artificial de monopólios limitados poder parecer algo que sempre estaria em conflito com normas concorrenciais, o que era observado na prática era uma relação de complementariedade. Competição e inovação não são sempre inversamente proporcionais, como poderia parecer intuitivamente, e algum nível de concentração de mercado e de monopólio pode ser benéfico em determinados contextos.³⁹⁷ Fazendo um paralelo com os exemplos listados acima, a alteração de regras antitruste também não pode ser sempre interpretada em prejuízo dos modelos de negócio baseados em dados, como se todo e qualquer compartilhamento de dados dentro de um grupo econômico fosse algo a ser evitado.

Não se pode, igualmente, elaborar políticas públicas que desconsiderem as diferenças marcantes entre países em avançado estado de desenvolvimento e países menos desenvolvidos, especialmente aqueles com indústrias tecnológicas incipientes.³⁹⁸ As normas de proteção de dados e os tipos de obrigações exigíveis de empresas devem levar em consideração o contexto nacional, a capacidade técnica-econômica das pessoas (físicas e jurídicas) e o objetivo específico das regras de privacidade para determinada cultura e/ou população.

Encontram-se exemplos de boas (e más) práticas inclusive no que tange os processos colaborativos entre as diferentes agências ligadas a cada ramo. O benefício de se reforçar as relações entre autoridades públicas da concorrência e da propriedade intelectual é frequentemente mencionado na literatura sobre o tema, e são férteis os exemplos a serem analisados nas últimas décadas.³⁹⁹

Principalmente, é interessante aprender com a maneira como o direito da concorrência foi utilizado para evitar abusos de poder econômico ou posições de mercado privilegiadas decorrentes de direitos intelectuais. Pode-se lembrar das licenças compulsórias ou institutos criados para evitar práticas contratuais anticoncorrenciais, além de previsões

397 OLIVEIRA; FUJIWARA, 2007.

398 CORREA, 2007. MASKUS; LAHOUEL, 2000.

399 SCANTLEBURY, 2016. p. 10; OLIVEIRA; FUJIWARA, 2007, p. 20.

sobre limitações e exceções que tenham como fim o interesse público e o desenvolvimento tecnológico.⁴⁰⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANPD. ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica. Gov.br. Maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em 30/10/2021.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BANTERLE, F. The Interface Between Data Protection and IP Law: the case of trade secrets and the database sui generis right in marketing operations, and the ownership of raw data in big data analysis. **Personal Data In Competition, Consumer Protection And Intellectual Property Law**, p. 411-443, 2018.
- BLANKERTZ, Aline. **How competition impacts data privacy**. Berlin, Die Stiftung Neue Verantwortung, 2020. Disponível em: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/how_competition_impacts_data_privacy.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.
- BUNDESKARTELLAMT (Alemanha). **Case Summary: Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing**. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em 22 out. 2021.
- BUTTARELLI, Giovanni. This is not an article on data protection and competition law. **CPI Antitrust Chronicle**, Feb. 2019. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-03-11_cpi_buttarelli_en.pdf.
- CADE. **WhatsApp se compromete a colaborar com Cade, MPF, ANPD e Senacon em relação à nova política de privacidade**. Gov.br. Maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/whatsapp-se-compromete-a-colaborar-com-ca-de-mpf-anpd-e-senacem-relacao-a-nova-politica-de-privacidade>. Acesso em 29/10/2021.
- CMA; ICO. **Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO**. London, 2021. p. 13-14.
- CRAVO, D. C. O direito à portabilidade na Lei de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G. OLIVA, M. D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁴⁰⁰ UNCTAD SECRETARIAT, 2016; BARBOSA, 2017. p. 464.

- CORREIA, C. M. Intellectual Property and Competition Law: Exploring Some Issues of Relevance to Developing Countries. **Issue Paper n. 21**, Geneva, ICTSD, oct. 2007;
- DIAS PEREIRA, A. L. Bases de dados: conceito, fronteiras, regime. In: **Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias**, vol. I. Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 317-334.
- DURÃO, M. **Cade quer atuar também como Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. Link Estadão. Ago 2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,cade-quer-atuar-tambem-como-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados,70003402982>. Acesso em 28/10/2021.
- GAL, M. S.; AVIV, O. The Competitive Effects of the GDPR. **Journal of Competition Law & Economics**, 18 maio 2020.
- LIEBENAU, D. What intellectual property can learn from informational privacy, and vice versa. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 30, n. 1, pp. 285-307, 2016.
- MASKUS, K. E.; LAHOUEL, M. Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries. **The World Economy**, v. 23, n. 4, abr. 2000.
- MPF et al. **Recomendação WhatsApp**. Maio 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/recomendacao_whatstapp_-_assinada.pdf. Acesso em 29/10/2021.
- OECD. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris: OECD, 2014.
- OLIVEIRA, G.; FUJIWARA. Intellectual property and competition as complementary policies: a test using an ordered probit model. **Textos para discussão 152**, São Paulo, FGV EESP, 2007.
- RAFFOUL, J. S. **Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados** – Documento de Trabalho n. 002/2021. CADE. Brasília, jun. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf>. Acesso em 21/10/2021.
- REIDENBERG, J. R. Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 52. 1315-1371, 1999. p. 1354;
- SILVA, A. P.; LUCAS, V. N. Público, porém não disponível: os limites de tratamento do dado pessoal público. In: RAIS, D. (coord.); PRADO FILHO, F. O. A. (coord.) **Direito Público Digital - O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 234-235.
- SAMUELSON, P. Privacy as Intellectual Property? **Stanford Law Review**, v. 52, n. 5, p. 1125-1173, 2000; SCHWARTZ, P. M. Property, Privacy, and Personal Data. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 7, 2004.

- STEWART, Emily. **Lawmakers seem confused about what Facebook does — and how to fix it.** Vox. 10 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/4/10/17222062/mark-zuckerberg-testimony-graham-facebook-regulations>>. Acesso em: 31 out. 2021.
- SCANTLEBURY, M. S. C.; TRIVELLI, Pilar. Interaction between Intellectual Property and Competition Laws. Geneva, ICTSD, jan. 2016. p. 10
- UNCTAD SECRETARIAT. **Examining the interface between the objectives of competition policy and intellectual property.** TD/B/C.I/CLP/36, Geneva, UNCTAD, oct. 2016, Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd36_en.pdf. Acesso em 31 out. 2021.
- U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of Competition in Digital Markets.** Washington, 2020. p. 10-19.
- WHEELER, P.; KENNEDY, M. M. **Practical Tips on GDPR for Intellectual Property Attorneys.** ABA, 2019. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2018-19/january-february/practical-tips-gdpr-intellectual-property-attorneys/#8. Acesso em 31 out. 2021.
- WINTERFELDT, B. J.; *et al.* **The Impact of GDPR on Online Brand Enforcement: Lessons Learned and Best Practices for IP Practitioners.** American Bar Association, 2019. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2018-19/march-april/impact-gdpr-online-brand-enforcement-webinar/. Acesso em 31 out. 2021.
- WIPO. **Impact of Changes to Availability of WhoIs Data on the UDRP: WIPO Center Informal Q&A.** Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/gdpr/>. Acesso em 31 out. 2021.
- ZANATTA, R. A. E.; RENZETTI, B. Proteção de dados pessoais e direito concorrencial: razões de aproximação e potencialidades de pesquisa. **Revista Fórum de Direito na Economia Digital**, Belo Horizonte, v.3, n. 4, jan/jun, 2019, p. 149.

REFLEXÕES A RESPEITO DA PUBLICIDADE DIRECIONADA NAS REDES SOCIAIS – UMA ANÁLISE DO FACEBOOK E DO INSTAGRAM

Luana Jones de Souza Moura da Silva⁴⁰¹

RESUMO Ao longo deste trabalho, será discutida a capacidade do mercado digital de instigar em seus consumidores práticas consumeristas, ainda que inconscientemente, graças ao monitoramento integral do seu comportamento como usuário de redes sociais. Com base em análise bibliográfica e legislativa e com o objetivo de verificar se estaria o cidadão brasileiro munido de institutos capazes de assegurar a proteção de seus dados nestes ambientes, foram escolhidas como objeto de estudo as redes Facebook e Instagram, cada qual contando com um vasto alcance quanto ao número total de usuários e geridas pela mesma empresa, o Facebook, que tem seu modelo de negócio quase que inteiramente voltado à venda de espaços nessas plataformas aos fornecedores que tiverem interesse em publicar anúncios personalizados, segundo os gostos e comportamentos inferidos de cada usuário por meio de seus dados.

PALAVRAS-CHAVE

Dados. Publicidade. Facebook. Instagram. CDC

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A publicidade e a vulnerabilidade no meio digital; 3. O alcance das plataformas Facebook e Instagram; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi significativo para a relação do ser humano com a tecnologia. Neste ano, com a ocorrência da pandemia da Covid-19, uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave e de elevada transmissibilidade, muitas pessoas passaram a adotar o isolamento físico como forma de contenção e prevenção da doença⁴⁰². Com isso, atividades que antes pareciam meras projeções futuristas da sociedade foram forçosamente inseridas em seu cotidiano, visto que parte considerável de quem teve a oportunidade de passar este período em suas casas, com acesso à internet, se viu mais do que nunca imersa no meio digital, tendo que adaptar seu emprego, vida social, lazer, educação, etc. à nova realidade imposta pelo quadro de crise mundial.

Apesar de ainda ser incerta a forma com que as pessoas passarão a agir quando a pandemia tiver o seu fim definitivo, é inevitável que certas práticas que tenham se comprovado mais cômodas, e para alguns mais lucrativas⁴⁰³, de serem realizadas *online* terminem esse período

402 O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) fez a análise da evolução do excesso de mortalidade por causas naturais no Brasil em 2020 e constatou que, desde o registro do primeiro óbito por Covid-19 no país, em 16 de março, até 6 de junho do mesmo ano, ocorreram 332.997 óbitos por causas naturais, 22% mais mortes acima do esperado para o período, o que corresponde a 62.490 mortes que não deveriam ter ocorrido. A infecção por Sars-Cov-2 não é necessariamente a causa direta desse excesso de mortalidade, considerando que o número superior ao que era esperado para o período também pode ser reflexo indireto da epidemia, como as decorrentes da sobrecarga nos serviços de saúde e pela interrupção de tratamento de doenças crônicas. (CONASS, 2021).

403 Empresas que antes se viam limitadas a contratar profissionais que viviam nos locais próximos aos de seus escritórios ou aos dos seus clientes, passaram a ter a opção, a partir da adoção forçada do modelo home-office no início da pandemia, de recrutar pessoas que moram em lugares cada vez mais distantes, de acordo com seus interesses trabalhistas e econômicos. A empresa de consultoria de recursos humanos Robert Half International divulgou relatório revelando que o modelo híbrido de trabalho, que combina o home office com atividades presenciais, passou a ser considerado ideal por empresas e profissionais no pós-pandemia, comprovando seus benefícios. (HONORATO, 2021).

ainda mais potencializadas do que antes de sua ocorrência. Entre as áreas que tiveram grande crescimento no ano de 2020, destaca-se o consumo digital, que, apenas durante no primeiro trimestre deste ano, quando o vírus ainda começava a se espalhar pelos países ao redor do globo, teve um aumento de 26,7% em relação ao mesmo período do ano anterior⁴⁰⁴.

Durante este mesmo intervalo de tempo, foi também verificado um aumento do uso das redes sociais⁴⁰⁵, como consequência do dito distanciamento físico e da busca constante por informações e entretenimento. A observação conjunta dessas informações foi o que levou ao levantamento da hipótese de que, para além da questão da comodidade, estaria o mercado digital capacitado a permanecer em alta mesmo após o fim da pandemia, tendo em vista o monitoramento integral do comportamento do usuário nessas redes, que possivelmente será utilizado em prol do mercado para instigá-lo mais facilmente a adotar práticas consumistas, ainda que inconscientemente, conforme será melhor desenvolvido ao longo do texto.

404 Uma pesquisa divulgada nos primeiros meses de 2020, realizada pela SEMrush, companhia norte-americana especializada em marketing digital, que analisou o impacto da pandemia no comportamento das pessoas no meio online para entender quais setores e empresas foram mais ou menos afetados, demonstrou que os serviços que auxiliam no trabalho em casa e no entretenimento se destacaram de maneira positiva durante esse período. Entre elas se destacaram as plataformas de trabalho remoto, as plataformas de streaming e de delivery de comida e de supermercado. A empresa de inteligência de mercado, Compre&Confie, com foco em e-commerce, também fez um levantamento do primeiro trimestre de 2020 que demonstrou que o comércio eletrônico cresceu de forma significativa neste período. O faturamento chegou a atingir a marca de R\$20,4 bilhões, que corresponde a uma alta de 26,7% em relação ao mesmo período do ano anterior, um reflexo do aumento do volume de compras realizadas pela internet: 49,8 milhões, número 32,6% maior do que o do primeiro trimestre de 2019. (MARI; ARBEX, 2020).

405 Dados coletados durante o mês de março de 2020 pela empresa Kantar apontam que, durante a pandemia, Facebook, Instagram e WhatsApp obtiveram um crescimento de cerca de 40% entre os usuários abaixo de 35 anos. Já a empresa Squid, especializada em marketing de influência, divulgou que, em comparação com o mesmo período do ano de 2019, houve um aumento de 24% na taxa de engajamento e 27% no alcance efetivo da ferramenta de 'Stories' do Instagram. (NEGÓCIOS DA COMUNICAÇÃO, 2020).

Com esta hipótese em mente, foi estabelecido o objetivo de verificar se estaria o cidadão brasileiro munido de institutos capazes de assegurar a proteção de seus dados nestes ambientes. Para isso, foram escolhidas como objeto de estudo duas redes sociais em específico, o Facebook e Instagram, cada uma contando com um vasto alcance quanto ao número total de usuários, conforme será, ao longo do trabalho, verificado. Outra característica compartilhada por ambas é que elas se encontram sob a propriedade da mesma empresa, o Facebook, que tem seu modelo de negócio quase que inteiramente voltado à venda de espaços nessas plataformas aos fornecedores que tiverem interesse em publicar anúncios personalizados, segundo os gostos e comportamentos inferidos de cada usuário por meio de seus dados.

Metodologicamente, se optou por um estudo pautado na doutrina e na legislação pátria, será verificado se a utilização desses dados é capaz de potencializar a vulnerabilidade do consumidor e, além disso, se a lei de proteção de dados brasileira se demonstra realmente efetiva para zelar pelos interesses dos consumidores que aqui se encontram, ou se estes ficarão sem poder contar com a devida proteção por parte do Estado.

2. A PUBLICIDADE E A VULNERABILIDADE NO MEIO DIGITAL

Para que os fornecedores sejam bem-sucedidos na sociedade de consumidores⁴⁰⁶ diagnosticada pelo sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman, eles devem encontrar meios de alcançar a participação total e ativa de seus clientes, assim como seu envolvimento emocional. Uma vez estabelecidos esses objetivos, e em adaptação ao avanço das tecnologias e ao novo contexto de imersão digital, foram sendo desenvolvidas algumas ferramentas capazes de fazer com que o fornecedor alcançasse o consumidor de forma cada vez mais assertiva. De início, pode-se citar como exemplo o chamado Marketing 4.0, caracterizado por englobar

406 Bauman define a sociedade de consumidores como “o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas”. Ela tem no consumismo sua principal forma de convívio humano, ao mesmo tempo que estabelece parâmetros específicos de acordo com as estratégias de vida de cada um e manipula suas probabilidades de escolha e condutas individuais. (BAUMAN, 2008, p. 42).

um imenso volume de dados, *big data*⁴⁰⁷, fluxo de informações e comportamento de consumo⁴⁰⁸. Todo esse fluxo de informações aumenta o poder de estratégia dessas empresas, se elas o possuírem e souberem como usar tais recursos.

Essa observação sobre o atual funcionamento da área de marketing será importante para a discussão que será tratada adiante a respeito da publicidade, pois introduz o questionamento sobre a existência de uma real autonomia do consumidor, algo tão caro ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nesse ponto, faz-se relevante a reflexão trazida por Immanuel Kant sobre a natureza do esclarecimento, isto é, a libertação do homem de sua imaturidade autoimposta, entendendo essa menoridade como a incapacidade do indivíduo de empregar seu próprio entendimento sem a orientação dos demais⁴⁰⁹. Essa imaturidade é tida pelo filósofo como um estado cômodo, muito difícil de ser desvencilhado em virtude da sua naturalização. Porém, o esclarecimento ainda seria possível de ser alcançado por meio do exercício da liberdade de se fazer uso público da razão em todas as questões⁴¹⁰. Pode-se entender, então, o esclarecimento como uma espécie de empoderamento⁴¹¹, reservado ao indivíduo munido de senso crítico. Senso crítico este que o torna um ser dotado de autonomia, e, por sua vez, emancipado e capacitado a exercer uma cidadania ativa.

Há aqui o risco de se chegar à conclusão equivocada de que, com a aplicação dessas tecnologias os consumidores teriam passado a exercer

407 Rebecca Lemov, professora associada de história da ciência da Universidade de Harvard, tem a preocupação de enfatizar que, antes de tudo, o termo *big data* refere-se a pessoas. Em seu artigo intitulado ‘*Big data is people!*’ (“*Big data* são pessoas!”), em tradução livre), ela defende que a maioria das definições utilizadas para o termo, muitas das quais recorrem aos “três Vs” (um conjunto de dados qualificado como enorme em volume, alto em velocidade e diversificado em variedade), cunhados em 2001 por Doug Laney, não leva em consideração a humanidade que lhe é inerente, tampouco costumam abordar de maneira significativa suas implicações para a relação existente entre a tecnologia e as formas, em constante transformação, com que as pessoas se autodefinem. LEMOV, Rebecca. ‘*Big data is people!*’. (LEMOV, 2016).

408 ANDRADE, et al, 2018.

409 KANT, 1985, p. 100.

410 KANT, 1985, p. 104.

411 SANTOS E SILVA, 2019, p. 320.

um papel mais ativo na sua relação com os fornecedores, como reflexo das mudanças de funcionamento do mercado, de sua própria sofisticação e dos ambientes regulatórios. De fato, o consumidor teve seu papel alterado na sociedade de consumidores, mas isto decorre da sua inserção como parte da linha de produção, o que fez com que passassem a serem chamados de “*prosumers*”, isto é, pessoas que, ao mesmo tempo, consomem e produzem mídia⁴¹².

Partindo, porém, do entendimento de Kant sobre a autonomia, percebe-se que este não é um caso em que o conceito em questão possa ser aplicado. Isto porque, com base nas análises do próprio Bauman a respeito da sociedade de consumidores, conclui-se que, para que esta se sustente, os consumidores precisam ter um grau de gerência ainda muito limitado. Ou seja, os consumidores atuam no compartilhamento de opiniões e experiências, que podem vir a influenciar outros em sua tomada de decisão - o que ocorre especialmente por meio de redes sociais -, mas permanecem sem liberdade suficiente para exercer sua razão em todo seu potencial, em virtude do desequilíbrio de poder que continua a possuir em relação aos fornecedores.

Esse desequilíbrio foi logo de início reconhecido pelo CDC, em seu art. 4º, I, onde o consumidor é identificado como vulnerável, sem qualquer forma de discriminação, isto é, em todas as ocasiões em que se enquadre como tal, o consumidor será considerado como “a parte fraca da relação jurídica de consumo”⁴¹³. Essa fraqueza decorre tanto de seu aspecto técnico quanto econômico. O primeiro diz respeito aos meios de produção, visto que são de monopólio do fornecedor, que escolhe o quê, quando e de que maneira produzir, restando ao consumidor apenas optar pelo que existe e é oferecido no mercado⁴¹⁴, ainda que haja, hoje em dia, uma grande variedade de opções. Já o segundo diz respeito à maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor⁴¹⁵.

Levando em consideração essa vulnerabilidade inicial, e como fruto da interpretação sistemática do sistema jurídico brasileiro, foi imposto

412 ANDRADE, et al, 2018.

413 NUNES, 2018, p. 122.

414 NUNES, 2018, p. 122.

415 NUNES, 2018, p. 123.

ao fornecedor o dever de informar o consumidor a respeito dos produtos e serviços que oferta, com base no direito de acesso à informação previsto no art. 5º, XIV, da CF. Logo, por consequência, ao consumidor é reservado o direito de ser informado, direito este que lhe é reconhecido pelo art. 6º, III, do CDC como básico. Neste mesmo artigo, também resta estabelecido que a informação deve ser “adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentam”.

Essa obrigação de informar que recai sobre o fornecedor é, em grande parte, exercida por meio da publicidade. Esta atividade, conforme observa o autor Flávio Tartuce, deve seguir os parâmetros da boa-fé objetiva, em conjunto com outro princípio, também muito valorizado pelo CDC, o da transparência, ou da confiança, no que tange à oferta, especialmente porque o Código busca trazer “um Direito Privado mais concreto e efetivo, e menos formalizado”⁴¹⁶. A previsão legal a respeito do tema pode ser encontrada entre os artigos 30 e 38 deste mesmo Código, e seguindo sua lógica, tem como fim a proteção do vulnerável negocial, isto é, do consumidor, entendido como o mais exposto aos artifícios utilizados pelos fornecedores para atrair pessoas a adquirir seus produtos e serviços⁴¹⁷. Ocorre que, hoje em dia, percebe-se que este é justamente o principal papel exercido pela publicidade, como será mais bem demonstrado a seguir.

Antes, porém, de adentrar nesta discussão, há um relevante debate a ser aqui enfrentado, que diz respeito à amplitude do termo “publicidade”, isto é, se sinônimo, ou não, à propaganda. Para doutrinadores como Flávio Tartuce, sob o ponto de vista técnico-terminológico, não se pode confundir a publicidade com a propaganda, visto que aquela “tem fins de consumo e circulação de riquezas”⁴¹⁸ e esta “tem finalidades políticas, ideológicas ou sociais”⁴¹⁹. Em concordância com esta última vertente, resumiu bem o Ministro Antonio Herman Benjamin:

416 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 262.

417 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 262.

418 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 263.

419 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 263.

Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente no Brasil. Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia a dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda⁴²⁰.

Este será o posicionamento adotado no presente trabalho, em razão de sua maior especificidade. Publicidade, portanto, será aqui entendida como “qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo”⁴²¹.

Feito esse esclarecimento, chega-se ao ponto em que será mais bem aprofundado o fato de a publicidade estar tendo seu papel modificado ao longo dos últimos anos, aproximando-se cada vez mais da área de marketing, motivo pelo qual ela foi brevemente mencionada no início deste tópico. Esta afirmação advém da observação de que, conforme expôs o jurista italiano Guido Alpa, a atividade publicitária passou de mecanismo de informação para mecanismo de persuasão dos consumidores⁴²². Levando ainda em consideração o fato de que o surgimento de novas tecnologias, que possibilitaram a coleta de um número cada vez maior de informações, não levou a uma distribuição igualitária delas entre as partes, ficando elas apenas “em poder de apenas uma parcela de indivíduos, os *hipersuficientes da relação jurídica*”⁴²³.

Em razão desse desequilíbrio, existente desde antes do advento do chamado capitalismo informacional⁴²⁴, é que o CDC, aliado à Constituição, estabeleceu alguns parâmetros de controle à atividade

420 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 229.

421 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 278.

422 ALPA, 2002, p.114 apud TARTUCE; NEVES, 2014, p. 278.

423 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 262.

424 Ladislau Dowbor chegou à conclusão de que, partindo do ponto de que um acúmulo de mudanças quantitativas leva a uma mutação qualitativa, o conjunto de mudanças pelas quais passa o capitalismo caracteriza sua evolução para um outro modo de produção, a que chama de informacional, constituindo uma nova era, a do conhecimento. (DOWBOR, 2020, p. 23).

publicitária, atuando, principalmente, por meio de princípios para evitar a ocorrência de certos abusos. Antonio Herman V. Benjamin, um dos autores do anteprojeto que deu origem ao CDC, enumera os seguintes: princípio da identificação da publicidade, princípio da vinculação contratual da publicidade, princípio da veracidade da publicidade, princípio da não abusividade da publicidade, princípio da inversão do ônus da prova, princípio da transparência da fundamentação da publicidade, princípio da correção do desvio publicitário, princípio da lealdade publicitária e princípio da identificação publicitária⁴²⁵. O que se pode observar apenas pela menção a estes princípios é que a ética deve ser a guia de toda a atividade publicitária, o que, em matéria de relações de consumo, se traduz como valorização da verdade⁴²⁶.

É evidente, portanto, que, pelos parâmetros legais e éticos estabelecidos, não deveria ser admitido aos fornecedores se apoiar na irracionalidade do consumidor para levá-lo a adquirir seus produtos e serviços, aspecto este que, conforme dito anteriormente, é inerente ao funcionamento da sociedade de consumidores. Esse traço revela, na verdade, a exploração da vulnerabilidade do consumidor, que, conforme apontado por Tartuce, era da vontade do legislador que fosse reconhecida a todas as situações por meio da aplicação do art. 4º, I, do CDC⁴²⁷. Não seria diferente, portanto, no mundo digital, onde, na verdade, percebe-se que ela ganha novas camadas, graças à coleta e tratamento⁴²⁸ dos dados dos consumidores.

No entanto, essa discussão a respeito da vulnerabilidade do consumidor nos meios digitais vem sendo debatida há mais tempo na União Europeia, motivo pelo qual, para seu aprofundamento, serão aqui tomadas como referencial algumas de suas produções a respeito do tema. Importante ressalva, entretanto, deve ser feita a respeito do conceito

425 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2010, p. 234-236.

426 NUNES, 2018, p. 77.

427 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 42.

428 A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), define o tratamento de dados, em seu art. 5º, X, como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

de vulnerabilidade que é lá aplicado. Diferentemente do Brasil, onde, como foi dito, “todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário”⁴²⁹, o art. 5º da *Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD) da União Europeia (UE) descreve o “consumidor vulnerável” como membro de um grupo de consumidores que pode ser facilmente identificável como particularmente vulnerável, seja à prática ou ao produto subjacente, em razão de uma enfermidade física ou mental, idade ou credulidade, sendo razoável esperar que o fornecedor possa prever tal vulnerabilidade⁴³⁰. Este conceito vem, naturalmente, acompanhado de sua contraposição: o “consumidor médio”, empoderado e capaz de se auto proteger no mercado através de escolhas ativas e bem-informadas, segundo o *Recital* 18 do mesmo documento legal⁴³¹.

Percebe-se logo por essa diferenciação que, na concepção da União Europeia, para ser considerado “consumidor vulnerável”, a pessoa, ou grupo, deve ser dotado de certas características que o identifiquem como necessitado de atenção política e regulatória específica, devido à sua falta de poder de barganha, às desigualdades estruturais ou outras condições de mercado, ou sociais, que os tornem mais suscetíveis a danos⁴³². Essa consideração às diferenças individuais entre os consumidores é objeto de crítica pelas legislações que julgam todo o consumidor como vulnerável, como o faz o CDC. É uma perspectiva, porém, que vem sendo reconsiderada ao longo dos últimos anos pela UE, em observância às especificidades de funcionamento do mercado digital, que a levou a se aproximar cada vez mais da perspectiva brasileira, isto é, de que consumidores vulneráveis não são exceção, mas sim a regra na sociedade, tornando mais factível a transposição de algumas de suas considerações ao cenário nacional.

Tal mudança de percepção decorre da observação de que a digitalização do mercado e suas transações eletrônicas têm gerado novas estratégias de persuasão, capazes de descobrir e de se basear em preconceitos, fraquezas, preferências individuais e necessidades do consumidor.

429 TARTUCE; NEVES, 2014, p. 44.

430 HELBERGER, et al, 2021, p. 8.

431 HELBERGER, et al, 2021, p. 8.

432 HELBERGER, et al, 2021, p. 7.

A essas características são direcionadas, propositalmente, práticas de marketing específicas, capazes de tornar o consumidor - mesmo aquele que não pertence às categorias típicas de “consumidor vulnerável” - vulnerável, no sentido de afetar sua capacidade racional⁴³³.

Caminham, também, nesse mesmo sentido, estudos teóricos e empíricos a respeito do tema, que indicam que a vulnerabilidade não é causada apenas por fatores internos, como os considerados pelo art. 5 da UCPD, mas igualmente, ou até mais, por influência de fatores externos e arranjos sociais e institucionais mais amplos, que as originam, sustentam e reforçam⁴³⁴. Essa conclusão também vai ao encontro dos defensores da teoria universal da vulnerabilidade, que argumentam que não é a vulnerabilidade inerente que distingue os usuários e cria desigualdades, mas sim sistemas de poder e privilégios que interagem para produzir redes de vantagens e desvantagens⁴³⁵.

Dessa forma, pode-se dizer que, no contexto de mercados de consumo digitais, a vulnerabilidade é sobre o poder ou sobre a habilidade que os fornecedores possuem de afetar decisões, desejos e comportamentos do consumidor, de modo que este não se opõe, mas também não está em posição de impedir⁴³⁶. Para que seja possível, portanto, entender e conceituar o consumidor vulnerável, seria necessário, em primeiro lugar, explorar as práticas desse mercado, seus sistemas e condições institucionais que acabam por criá-las, além de ser realizada uma investigação do papel que as leis pertinentes ao tema podem ter nessas circunstâncias externas e sistêmicas. Por meio de estudos europeus como estes que foi possível chegar à figura da “vulnerabilidade digital”: um estado universal de indefesa e suscetibilidade em razão do desequilíbrio de poder que é resultado do aumento da automatização do comércio, das relações consumidor-fornecedor regidas por dados e dos mercados digitais bem arquitetados⁴³⁷.

A esta estrutura estão incluídas as “arquiteturas de escolha”, consistentes na prática de organizar o contexto em que as pessoas tomam

433 HELBERGER, et al, 2021, p. 11.

434 PERONI; TIMMER, 2013, p. 1059.

435 ALBERTSON FINEMAN, 2008, p. 16.

436 HELBERGER, et al, 2021, p. 15.

437 HELBERGER, et al, 2021, p. 5.

decisões⁴³⁸, antecipando vieses cognitivos e afetivos através de *designs* projetados para alterar comportamentos⁴³⁹. Elas já faziam parte das relações entre consumidores e fornecedores desde antes de sua transposição para o meio *online*. No entanto, quando isto ocorreu, elas passaram a ser baseadas nos dados dos consumidores, tornando-se ajustáveis e personalizáveis, graças a utilização de sistemas de inteligência artificial (IA), capazes de aprender como que diferentes pessoas interagem no ambiente digital.

Devido a sua natureza cíclica, à medida que esses sistemas de IA obtêm um maior conhecimento a respeito das características dos consumidores e de suas respostas a incentivos específicos, cresce também o potencial de manipulação das práticas comerciais digitais contemporâneas, uma vez que construída uma infraestrutura capaz de automatizar a busca contínua por vulnerabilidades exploráveis dos consumidores. Resumidamente, isso ocorre por meio de contínuas experimentações, cujos objetivos são de descobrir qualquer tendência psicológica ou viés cognitivo, ou afetivo, que possa alavancar seu conhecimento⁴⁴⁰.

Entre as maiores interessadas em maximizar esses fluxos de dados estão grandes plataformas como o Facebook e o Instagram, objetos de estudo do presente trabalho, especialmente poderosas em razão de fatores que serão explorados a seguir.

3. O ALCANCE DAS PLATAFORMAS FACEBOOK E INSTAGRAM

Dito isso, passa-se à análise do objeto de estudo escolhido, que são duas das maiores plataformas de rede social geridas pela empresa Facebook: o Facebook e o Instagram. Importante ressaltar que essa discussão não fica restrita às plataformas digitais geridas pela empresa Facebook. Porém, há alguns aspectos que diferenciam suas redes, em especial o Instagram e o Facebook, das demais, entre elas o número de pessoas a elas conectadas, algo que gera reflexos imediatos na quantidade de dados a que a empresa tem acesso, e na publicidade que são com base neles ofertadas. A expressividade desses números pode ser

438 THALER; SUNSTEIN; BALZ, 2013, p. 428.

439 HELBERGER, et al, 2021, p. 18.

440 HELBERGER, et al, 2021, p. 19.

observada pela estimativa elaborada pela empresa alemã Statista para o mês de julho de 2021, sobre as redes mais populares ao redor do mundo, tendo como base o número de usuários ativos de cada plataforma, em que o Facebook e o Instagram aparecem, respectivamente, em primeiro e em quarto lugar, com 2.853 e 1.386 usuários cada⁴⁴¹.

Com um foco maior na população estadunidense, outra pesquisa realizada, em 2019, pela Edison Research, que acompanha o comportamento do consumidor nas mídias digitais, apresentou alguns resultados relevantes para a demonstração do alcance dessas duas plataformas. Para isso, foi feita, aleatoriamente, uma pesquisa por telefone com 1.500 pessoas, com 12 anos ou mais. Foi descoberto que, desse grupo mais amplo, com idade acima de 12 anos, 61% da população do país ainda utilizava o Facebook. Em 2018 eram 62% e, em 2017, 67%.

Considerando apenas a faixa etária de 12 a 34 anos, de acordo com o estudo, 79% deles ainda estavam no Facebook em 2017. Comparando com a percentagem de 2018, de 67%, e a de 2019, de 62%, constata-se uma queda drástica da usabilidade regular da plataforma por este grupo demográfico. Em contrapartida, a rede social tem atraído grupos etários mais velhos, como os de 55 anos ou mais⁴⁴². Mas mesmo a perda de usuários mais jovens não causa grande impacto à empresa dona do Facebook quando se percebe que essa faixa etária mais jovem, de 12 a 34 anos, aderiu à sua outra rede social, até então mais focada em fotos, o Instagram. Seu percentual de usabilidade da plataforma alcançou a marca de 62% em 2018 e 66% em 2019, com tendência para a continuidade do seu crescimento⁴⁴³.

Tais dados já constituem uma base importante para a análise que será feita a seguir do cenário brasileiro, onde é reafirmada a hegemonia dessas mesmas redes. Segundo, novamente, a Statista, em julho de 2021, o Brasil ocupava a 4ª posição no ranking de países adeptos ao Facebook, com 130 milhões de usuários no país⁴⁴⁴. Sendo sua estimati-

441 STATISTA, 2021c.

442 EDISON, 2019.

443 EDISON, 2019.

444 STATISTA, 2021b.

va de número de usuários da plataforma Facebook, para o ano de 2025 o total de 157.85 milhões de usuários⁴⁴⁵.

Esses números se demonstram especialmente problemáticos quando levada em consideração a conclusão a que chegou uma pesquisa realizada pela Quartz, originalmente publicada em 2015, de que 55% dos brasileiros acreditavam na seguinte afirmação: “o Facebook é a internet”⁴⁴⁶. Ou seja, mais da metade da população do Brasil acreditava, há poucos anos, que a internet, em toda a sua complexidade, se reduzia ao que lhes era ofertado pela plataforma Facebook. Já a distribuição etária dos usuários brasileiros no Instagram em muito se assemelha a dos EUA, sendo a com o maior número de adeptos o grupo de 25 a 34 anos, que correspondem a 31,1% do total de usuários da rede⁴⁴⁷.

Diante de todas estas informações, não causa grande surpresa o fato de a empresa ter chamado a atenção de entes governamentais e civis, tornando-se alvo recente de alguns processos. Entre eles, destaca-se um por monopólio, que teve início em dezembro de 2020, com um grupo de procuradores de 48 dos 50 Estados dos EUA, em conjunto com a Comissão Federal do Comércio dos Estados Unidos (FTC na sigla em inglês), o órgão regulador do comércio do país. De acordo com estes, a empresa manteria seu monopólio no setor de redes sociais há anos através de condutas que atentam contra o exercício da livre concorrência, privando os consumidores “dos benefícios e vantagens de um mercado competitivo com maior proteção da privacidade”, deixando a eles poucas opções de escolha de suas redes sociais, e privando os anunciantes dos benefícios da concorrência⁴⁴⁸.

Outro aspecto marcante da empresa Facebook é a sua alta lucratividade, alcançada majoritariamente pelo modelo de negócio aplicado às plataformas Facebook e Instagram. Como o uso delas é gratuito, sua expressiva rentabilidade advém da venda de espaços que são nelas reservados aos anunciantes. Nas palavras da própria empresa:

Geramos substancialmente todas as nossas receitas com a venda de canais de publicidade para profissionais de marketing. Nossos anúncios

445 STATISTA, 2020.

446 MINARI, 2015.

447 STATISTA, 2021a.

448 SÁNCHEZ-VALLEJO, 2020.

permitem que os profissionais de marketing alcancem pessoas com base em uma variedade de fatores, incluindo idade, sexo, localização, interesses e comportamentos. Os profissionais de marketing compram anúncios que podem aparecer em vários lugares, incluindo Facebook, Instagram, Messenger e aplicativos e sites de terceiros (tradução livre)⁴⁴⁹.

Constata-se por meio dessa declaração que a própria empresa afirma abertamente se utilizar dos dados pessoais e da análise comportamental de seus usuários para fins de exploração financeira, respaldando o que foi até o momento dito neste capítulo sobre a lógica de mercado que move a atual sociedade de consumidores.

Percebe-se também por esta mesma declaração que essas informações coletadas são direcionadas à formulação de anúncios, com os profissionais de marketing se utilizando da arquitetura de escolha oferecida pelas plataformas em questão. A significativa margem de lucro da empresa, alcançada quase que exclusivamente por meio da venda desses canais de publicidade⁴⁵⁰.

Conforme a própria empresa observou neste mesmo documento, o contexto da pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2, que chegou ao alcance global no ano de 2020, teve impacto direto no aumento do consumo *online*, o que, por sua vez, também fez por aumentar, neste mesmo ano, a demanda por publicidade em suas plataformas:

“(...) acreditamos que a pandemia contribuiu para uma aceleração na mudança do comércio de off-line para on-line, bem como o aumento da demanda do consumidor por produtos de compra em vez de serviços, que por sua vez aumentaram a demanda por nossos serviços de publicidade (...)” (tradução livre)⁴⁵¹

449 ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 - FOR THE FISCAL YEAR ENDED DECEMBER 31, 2020. 2020, p. 7.

450 No ano de 2020, a receita da empresa advinda da publicidade corresponde ao valor de \$84,16 bilhões, enquanto as demais fontes somam o valor de \$1,79 bilhão. (ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 - FOR THE FISCAL YEAR ENDED DECEMBER 31, 2020. 2020, p. 7)

451 ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 - FOR THE FISCAL YEAR ENDED DECEMBER 31, 2020. 2020, p. 20.

A observação dessas práticas por parte da empresa Facebook quanto à questão publicitária, cujos princípios e deveres foram desenvolvidos no tópico anterior e parecem deles muito se distanciar, foi justamente o que motivou a elaboração deste trabalho, para questionar as possíveis implicações quanto à privacidade e à vulnerabilidade dos usuários, especialmente os brasileiros, enquanto potenciais consumidores. Ainda que a ciência comportamental na qual sua estratégia monetária se baseia seja objeto de críticas há mais de um século por diferentes campos, que questionam sua real eficácia e confiabilidade⁴⁵², tal prática não é ausente de efeitos, principalmente quando levada em consideração a massiva escala, que acaba de ser comprovada, em que as redes Facebook e Instagram operam.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que, o consumidor, principalmente após começar a ter seus dados coletados e tratados por sistemas de IA, operantes em redes sociais como o Facebook e o Instagram, vem sofrendo a perda gradativa de sua liberdade de escolha ao ter suas próprias emoções voltadas contra si, suas escolhas e condutas alteradas conforme os interesses do mercado. Por mais que ressalvas sobre o real alcance da ciência comportamental em que seus sistemas de IA operam possam ser feitas, como o seu alto caráter determinista, não é possível descartar a escala em que operam, isto é, com uma grande quantidade e variedade de dados de milhões de indivíduos, de modo que sua influência não resta de todo sem efeitos e, logo, de riscos. Conforme dito no segundo tópico do trabalho, esse comportamento, por vezes irracional, do consumidor pode ser conduzido pelo *design* das plataformas digitais, onde passou a encontrar os objetos de desejo cuidadosamente selecionados para corresponder aos seus interesses.

O que se conclui desde trabalho, no entanto, é que o modo com que essa prática é realizada explora a vulnerabilidade do consumidor de maneira totalmente nova, ao não seguir os parâmetros legais estabelecidos para as relações de consumo nem para o tratamento de dados, dos quais essa curatela de produtos e serviços são inferidos. Esta crítica não é direcionada à estratégia publicitária de estudar o comporta-

⁴⁵² BENTES; BRUNO; FALTAY, 2019, p. 16.

mento dos consumidores com o objetivo de oferecer a eles produtos e serviços da maneira que mais lhe atraíam, posto que não é recente, mas às novas possibilidades oferecidas à área pela tecnologia, que podem implicar em violações aos direitos fundamentais do consumidor. Em decorrência delas que o fornecedor possui, atualmente, o poder de afetar decisões, desejos e comportamentos do consumidor de modo nunca visto, algo que pode ter crescido ainda mais após o uso intenso dessas redes durante a pandemia da Covid-19.

O consumidor brasileiro, em especial, parece se encontrar em destacada posição de vulnerabilidade, dado o alcance e contexto das redes Facebook e Instagram no país, onde encontram grande número de adeptos. Relembrando ainda que, pela pesquisa realizada pela Quartz, mencionada neste mesmo capítulo, 55% destes usuários afirmaram, em 2015, acreditar que esta plataforma se tratava da própria internet⁴⁵³. Soma-se a estes fatores o despreparo legal e institucional, público e privado, em relação à proteção dos dados, mesmo quando diversas outras nações já demonstraram grande preocupação quanto aos riscos de vício e manipulação comportamental que plataformas como estas têm o potencial de gerar.

No entanto, estratégias preventivas como as de compliance⁴⁵⁴ e regulações pautadas em princípios éticos regionais, acompanhadas da efetivação dos próprios princípios estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em especial destaque o de prestação de contas, sinalizam ser mais eficientes do que esperar do consumidor um esclarecimento individual que lhe é inalcançável. O objetivo final é fazer da proteção de dados uma cultura a ser seguida, sendo esclarecida a todos da cadeia de produção, com o suporte adequado, sua devida importância para a preservação da dignidade e da intimidade do consumidor enquanto pessoa, não como um mero conjunto de dados.

453 MINARI, 2015.

454 O termo se refere ao “conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade”. (FRAZÃO, 2007, p. 42).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTSON FINEMAN, Martha. **The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition Essay**. Yale Journal of Law and Feminism, v. 20, p. 1-24, 2008.
- ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. 2ª ed. Roma: Laterza, 2002.
- ANDRADE, Norberto Almeida; RAINATTO, Giuliano Carlo; FARIA, Jucilene Moreira de Barros; SILVA, André Luis da. **Jornada de engajamento do consumidor por meio do Marketing 4.0 e o Big Data**. Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 272-287, 2018.
- ANNUAL REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934 - FOR THE FISCAL YEAR ENDED DECEMBER 31, 2020. 2020. Disponível em: <<http://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/4dd7fa7f-1a51-4ed9-b9df-7f42cc3321eb.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2021.
- ARBEX, Gabriela; MARI, Angelica. **FORBES Insider: SEMrush, Endeavor, Plug and Play, Pulse**. 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com.br/forbes-tech/2020/04/pesquisa-revela-os-setores-que-estao-s-e-dando-bem-na-crise-causada-pela-pandemia/>>. Acesso em 14 maio 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008
- BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- BENTES, Anna Carolina Franco; BRUNO, Fernanda Glória; FALTAY, Paulo. **ECONOMIA PSÍQUICA DOS ALGORITMOS E LABORATÓRIO DE PLATAFORMA: MERCADO, CIÊNCIA E MODULAÇÃO DO COMPORTAMENTO**. Revista FAMECOS, Porto Alegre, v. 26, n. 3, 2019.
- CONASS. **Painel de análise do excesso de mortalidade por causas naturais no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/indicadores-de-obitos-por-causas-naturais/>>. Acesso em 19 maio 2021.
- DOWBOR, Ladislau. **O capitalismo se desloca – Novas arquiteturas sociais**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.
- EDISON RESEARCH. **The Infinite Dial 2019**. 2019. Disponível em: <<https://www.edisonresearch.com/infinite-dial-2019/>>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun. **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- HELBERGER, Natali; MICKLITZ, Hans-W.; SAX, Marijin; STRYCHARZ, Joanna. Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining Citizen agency in the information economy. In: EU CONSUMER PROTECTION 2.0 – **Structural asymmetries in digital consumer markets**. Brussels, 2021.

- HONORATO, Ludimila. **Home office faz 39% dos profissionais planejarem mudar de cidade**. 2021. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/sua-carreira,home-office-faz-39-dos-profissionais-planejarem-mudar-de-cidade,70003628246>>. Acesso em 19 maio 2021.
- KANT, Immanuel. Resposta à Pergunta: Que é “Esclarecimento”? (Aufklärung). In: FERNANDES, Floriano de Sousa (tradução). **IMMANUEL KANT textos seletos**. 2ª ed. Petrópolis: VOZES, 1985.
- LEMOV, Rebecca. **‘Big data is people!’**. 2016. Disponível em: <<https://aeon.co/essays/why-big-data-is-actually-small-personal-and-very-human>>. Acesso em 06 set. 2021.
- MINARI, Leo. **Millions of Facebook users have no idea they’re using the internet**. 2015. Disponível em: <<https://qz.com/333313/millions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/>>. Acesso em 18 de ago. de 2021.
- NEGÓCIOS DA COMUNICAÇÃO. **Redes Sociais e influenciadores crescem na pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://portaldacomunicacao.com.br/2020/04/redes-sociais-e-influenciadores-crescem-na-pandemia/>>. Acesso em 25 maio 2021
- NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PERONI, L.; TIMMER, A. **Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law**. International Journal of Constitutional Law, v. 11, p. 1056-1085, 2013.
- SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. **Estados Unidos processam Facebook por monopólio**. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/economia/2020-12-09/estados-unidos-processam-facebook-por-monopolio.html>>. Acesso em 23 ago. 2021.
- SANTOS E SILVA, Cândido Francisco Duarte dos. RECONHECIMENTO DO OUTRO COMO IGUAL EM UMA CULTURA DE CONSUMO. In: **Colóquio Habermas e VI Colóquio Filosofia da Informação**. Rio de Janeiro, 2019.
- STATISTA. **Distribution of Instagram users in Brazil as of June 2021, by age group** 2021a. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/866268/instagram-user-share-brazil-age/>>. Acesso em 18 de ago. 2021.
- STATISTA. **Leading countries based on Facebook audience size as of July 2021 (in millions)**. 2021b. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>>. Acesso em 18 de ago. de 2021.
- STATISTA. **Most popular social networks worldwide as of July 2021, ranked by number of active users (in millions)**. 2021c. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>. Acesso em 18 ago. 2021.

- STATISTA. **Number of Facebook users in Brazil from 2017 to 2025**. 2020. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/244936/number-of-facebook-users-in-brazil/>>. Acesso em 18 ago. 2021.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014.
- THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R.; BALZ, J. P. Choice architecture. In: **The behavioral foundations of public policy**, p. 428-439, Ed. E. Shafir, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2013.

SOBRE OS COORDENADORES

RAFAEL A. F. ZANATTA Diretor de pesquisa da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa e professor do Data Privacy Brasil. Mestre e doutorando pela USP. Mestre em direito e economia pela Universidade de Turim. Alumni do Privacy Law and Policy Course da Universidade de Amsterdam. Foi coordenador do programa de direitos digitais do Idec (2015-2018), líder de projetos do InternetLab e pesquisador da Escola de Direito da FGV-SP.

CAMILA LEITE CONTRI Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pela Universidade de Lyon III (França) e Mestranda em Direito Comercial na USP. Atualmente, é advogada na área de Telecomunicações e Direitos Digitais no Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec).

HELENA SECAF Bacharel e mestranda pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDESP/FGV), cursou um semestre letivo na universidade Columbia Law School por meio de programa de intercâmbio acadêmico. É advogada e pesquisadora no Data Privacy Brasil desde setembro de 2020, atualmente como Coordenadora de Pesquisa do projeto sobre Vigilância nas Fronteiras.

SOBRE OS AUTORES

ANNA BINOTTO Bacharel em direito e doutoranda em Direito Comercial pela USP. Advogada. Membro da Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação da OAB/SP e gerente de projetos na rede Women in Antitrust.

DANIELA COPETTI CRAVO Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre, Doutora e Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diretora Acadêmica da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procuradora do Município de Porto Alegre, órgão no qual exerce a função de Encarregada pela Proteção de Dados Pessoais. Ex-assessora do Ministério Público Federal com ofício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF/CADE). Foi Professora na Faculdade de Direito da São Judas Tadeu.

ELIZ MARINA BARIVIERA Graduanda em direito pela PUCPR. Coordenadora de conscientização do Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN).

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor do curso de Direito Societário, Concorrencial e de Compliance da FGV/GVLAW, doutor e mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JÚLIA FERNANDES DE MENDONÇA Advogada formada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisadora na Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa desde agosto de 2020. Presidente do Laboratório de Inovação e Direitos Digitais da UFBA (Labid²). Integrante do Núcleo de Gestão do Grupo de Pesquisa Conversas Civilísticas da UFBA.

JULIANA NOVAES BUENO DE CAMARGO Formada em Direito pela Universidade de São Paulo e mestranda pela Maastricht University.

LUANA JONES Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

LUCAS DE GÓIS BARRIOS Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo (FGV-SP).

LUCAS GRIEBELER DA MOTTA Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Master of Laws Candidate da Universidade de Chicago (Class 2020-2021). Consultor de Antitruste e Regulação do Data Privacy Brasil. Foi professor do curso “Dados, mercados digitais e concorrência”, promovido pelo Data Privacy Brasil e pelo Idec em 2021.

MARCELA MATTIUZZO Sócia em VMCA, Mestre e Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo, Visiting Researcher na Yale University, e ex-Chefe de Gabinete da Presidência do CADE. Foi professora do curso “Dados, mercados digitais e concorrência”, promovido pelo Data Privacy Brasil e pelo Idec em 2021.

PAULA GUEDES FERNANDES DA SILVA Mestre em Direito Internacional e Europeu pela UCP Porto; pós-graduada em Direito Digital em parceria do ITS-Rio com a UERJ; pós-graduada em Direito Digital pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; e formada em Direito pela PUC-Rio. É pesquisadora de Direito e Tecnologia do Grupo de Pesquisa Legalité da PUC-Rio e foi analista acadêmica do Data Privacy Brasil Escola.

PEDRO DE PERDIGÃO LANA Mestre em Direito Empresarial pela UCoimbra, graduado em direito pela UFPR. Advogado e professor (ISULPAR). Pesquisador do GEDAI/UFPR e secretário do IODA. Membro da coordenação do Youth Standing Group (ISOC) e do Creative Commons Brasil.

LICENÇA CREATIVE COMMONS

Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

Você tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

Adaptar – remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

DE ACORDO COM OS TERMOS SEGUINTE

Atribuição – Você deve dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de nenhuma maneira que sugira que o licenciante apoia você ou o seu uso.

NãoComercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

 editoraletramento
 editoraletramento.com.br
 editoraletramento
 company/grupoeditorialletramento
 grupoletramento
 contato@editoraletramento.com.br

 editoracasadodireito.com
 casadodireitoed
 casadodireito

 GRUPO ED.
LETRAMENTO

Não é de hoje que os debates voltados a mercados digitais têm ganhado relevância no direito da concorrência. Não devemos no entanto presumir que, por tratar-se de uma discussão que se alonga no tempo, sua complexidade tenha diminuído ou tenham-se desenvolvido consensos relevantes, muito pelo contrário. Talvez o único consenso que tenhamos atingido na seara antitruste em relação à economia digital é precisamente que ela apresenta grande complexidade.

O caminho que foi percorrido até aqui e que de certa forma culmina nesse livro é já um percurso a ser comemorado. Evidente, é claro, que a jornada não deve terminar por aqui e que ainda há muito a ser feito. Na realidade, como bem destaca um dos textos parte desse livro, uma das principais perguntas que se coloca para o antitruste hoje é o que queremos dessa política pública. O mais importante de se notar é que a resposta a esse questionamento será tanto melhor quanto mais plural for a sua construção. O papel da política de defesa da concorrência deve ser construído, debatido e pensado coletivamente; inclusive, é preciso explicitar os objetivos que se pretende com essa política para que o processo de efetivo atingimento seja reflexo de um consenso não apenas tecnocrático, mas efetivamente democrático.

Entendo que atingir esse nível de maturidade passa por iniciativas como essa. Parabens os institutos e, é claro, os autores, por se proporem a fazer parte dessa empreitada. Certamente, ganha a defesa da concorrência brasileira.

VINICIUS MARQUES DE CARVALHO

PROFESSOR DA USP E EX-PRESIDENTE DO CADE

ISBN: 978-65-5932-239-8

EDITORALETRAMENTO.COM.BR
EDITORACASASDODIREITO.COM.BR



 GRUPO ED.
LETRAMENTO