



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANA CAROLINA DE ASSIS BRASIL RIBEIRO COELHO

O CONTROLE DE ESTRUTURAS EM *DATA-DRIVEN MARKETS*:
ANÁLISE DOS RISCOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE
DADOS PARA A PRIVACIDADE DO USUÁRIO

Brasília
2017

ANA CAROLINA DE ASSIS BRASIL RIBEIRO COELHO

**O CONTROLE DE ESTRUTURAS EM *DATA-DRIVEN MARKETS*:
ANÁLISE DOS RISCOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE
DADOS PARA A PRIVACIDADE DO USUÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Brasília

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CAROLINA DE ASSIS BRASIL RIBEIRO COELHO

O CONTROLE DE ESTRUTURAS EM DATA-DRIVEN MARKETS: ANÁLISE DOS RISCOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE DADOS PARA A PRIVACIDADE DO USUÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Brasília, 27 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Professora Orientadora

Profa. Dra. Amanda Athayde
Membro da banca examinadora

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
Membro da banca examinadora

RESUMO

Modelos de negócio baseados na coleta e o uso de dados pessoais do usuário vêm permitindo que as empresas ofereçam produtos cada vez mais customizados e inovadores, em sua maior parte de forma gratuita, oferecendo uma verdadeira vantagem aos consumidores. Essas inovações, entretanto, reforçadas por efeitos de rede e economias de escala associadas à tecnologia da informação, acabam por fornecer às empresas que possuem essa tecnologia uma vantagem competitiva significativa, propiciando um cenário de poder de mercado e concentração econômica. Além disso, trata-se de um mercado que relaciona diretamente a inovação e a eficiência ao risco à privacidade do usuário, sendo necessário analisar não apenas aspectos econômicos, mas também qualitativos, com o objetivo de entender os impactos dessas atividades para o consumidor. Dessa forma, o controle de estruturas, que objetiva analisar os atos de concentração por meio de conceitos fixos de faturamento e poder econômico, acaba por ser impactado pelo uso do *big data*, de forma a repensar seus critérios e até mesmo suas finalidades, de forma a garantir que tanto o mercado quanto os consumidores tenham a melhor fruição dos benefícios dos avanços tecnológicos.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Direito à privacidade. *Big data*. *Data-Driven Markets*. Controle de estruturas.

ABSTRACT

Business models based on the gathering and use of personal data have allowed companies to offer increasingly customized and innovative products, mostly free of charge, offering a real advantage to consumers. These innovations, however, reinforced by network effects and economies of scale, associated with information technology, end up giving companies that have this technology a significant competitive advantage, providing a scenario of market power and economic concentration. In addition, the data-driven market directly relates innovation and efficiency with the risk to the user's privacy, which makes necessary to analyze not only economic but also qualitative aspects, in order to understand the impacts of these activities on the consumer. Thus, the merger control, which aims to analyze the concentration acts through fixed concepts as turnover and economic power, ends up being impacted by the use of big data. Therefore, it is necessary to rethink its criteria and even its purposes, in a way to ensure that both the market and consumers enjoy the best benefits of technological advances.

Keywords: Competition law. Right to privacy. Big data. Data-Driven Markets. Merger control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	BIG DATA E PROTEÇÃO DE DADOS	11
2.1.	Era da informação: impactos na vida moderna	11
2.2.	<i>Big data</i> : o poder da análise de dados	12
2.3.	Proteção de dados e defesa do consumidor.....	15
2.4.	Legislação – proteção de dados	18
2.5.	Indo além da ilusão do consentimento.....	26
3.	REGULAÇÃO E ECONOMIA.....	27
3.1.	Introdução ao direito da concorrência.....	27
3.2.	Controle de estruturas - aspectos e finalidades	30
3.3.	O papel do direito da concorrência no mercado e na economia.....	32
3.4.	Os desafios regulatórios da inovação tecnológica	36
3.5.	Monetização da informação e poder econômico	38
3.6.	Acesso a dados: problema concorrencial?.....	40
4.	ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM <i>DATA-DRIVEN MARKETS</i>	45
4.1.	Problemas de privacidade gerados por concentrações econômicas	45
4.2.	Reconhecendo quando o direito à privacidade e da concorrência se encontram	47
4.3.	Devem essas operações ser reguladas por um direito da concorrência? 51	
4.4.	O problema (e o risco) da análise meramente econômica das operações em <i>data-driven markets</i>	53
4.5.	Os riscos da análise superficial das barreiras de entrada para a concentração de poder das empresas dominantes	57
4.6.	Relacionando os danos à concorrência e os danos à privacidade.....	59
5.	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

Vivemos numa época de constante inovação tecnológica. A quantidade de dados que está sendo criada e armazenada em um nível global, em bases de dados, aumenta em níveis nunca antes vistos. Segundo o *Gartner*, 2,2 milhões de *terabytes* de novos dados são criados todos os dias no mundo.¹

Tal coleta e armazenamento de dados, conhecido como *big data*, vem ganhando uma importância cada vez maior na economia e transformando a forma como vemos o mundo. As empresas de tecnologia passaram a se utilizar de mecanismos para coletar dados pessoais dos usuários e aprimorar seus produtos e serviços.

Acontece que, a partir do momento em que a informação tem potencial de obter e criar conhecimento, ela se torna um bem de alto valor, passando a gerar significativo lucro para a empresa. Esse valor é gerado pelo aumento de eficiência causado pelo *big data*, otimizando a cadeia de produção, reduzindo o custo de mão-de-obra, desenvolvendo a relação com os consumidores e criando novos nichos de mercado. Nesse contexto, estudos demonstram que ocorre um aumento de produtividade de 5 a 10% com o uso do *big data*.²

Um dos principais meios para gerar valor para essas empresas é a publicidade, podendo se utilizar de informações dos usuários para criar anúncios direcionados. Assim, as empresas sabem exatamente qual é o público-alvo do seu produto e quando e como o consumidor está disposto a gastar seu dinheiro. Dessa forma, elas podem utilizar esses dados para fornecer conhecimento aos vendedores e gerar publicidade direcionada, reduzindo custos e aprimorando seu produtos e serviços.

Entretanto, o uso do *big data* levanta questões legais, morais, éticas, de segurança, de privacidade e até concorrenciais, como veremos. Até que ponto o uso desses dados pessoais, mesmo que por meio do consentimento do usuário, ocorre dentro dos limites legais? Como as empresas podem se utilizar desses dados para obter vantagem competitiva? E, mais do que isso, qual é o problema dessa vantagem obtida?

¹ Os grandes e impressionantes números do Big Data. **Big data Business**. Disponível em: <http://www.bigdatabusiness.com.br/os-grandes-e-impressionantes-numeros-de-big-data/>

² OECD. **Data-driven innovation for Growth and Well-being**. Página 5, item 6. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>

Com efeito, é preocupante saber que existem mecanismos automatizados capazes de coletar informações dos usuários que utilizam esses serviços. Apesar de existirem termos de compromisso e políticas de privacidade que informam o que a empresa pode fazer com as informações pessoais dos usuários, muitas vezes são políticas invasivas e que violam a sua privacidade.

Fala-se hoje em uma super-vigilância, um *god's-eye view*, um olho que tudo vê, com um constante monitoramento dos meios de comunicação e do uso de informações pessoais do usuário. Tudo que lemos, compramos, fazemos, visualizamos e comemos está sendo vigiado 24 horas por dia. E a opção de permitir que isso ocorra é nossa, simplesmente porque dependemos demais desses serviços.

Até que ponto vale a pena permitimos essa invasão da nossa privacidade para que possamos nos utilizar desses serviços? O que realmente está em jogo nessa troca em que o consumidor é certamente o lado mais vulnerável e menos informado da relação? O que está explicitamente escrito e o que é escondido nas políticas de privacidade?

São muitas questões difíceis de serem respondidas, mas é necessário ao menos fazer uma análise dos direitos dos usuários e dos deveres dessas empresas, perceber se as legislações existentes estão sendo aplicadas, ou mesmo como podem ser criadas legislações em torno do tema. Não é de se espantar, portanto, que o uso e coleta de dados pessoais vem se tornando um tema de interesse por diversas áreas do direito.

Nesse diapasão, o direito concorrencial passou a se interessar pelo tema, ciente de que existem potenciais efeitos para o mercado decorrentes do uso de dados pessoais dos usuários. Afinal, uma análise de mercado envolve os possíveis danos que determinadas condutas podem causar ao consumidor.

Em *data-driven markets* (mercado voltado a dados) especificamente, existe uma relação direta entre o crescimento econômico e a privacidade do usuário, afinal se utiliza das suas próprias informações para se aprimorar o mercado. Nesse sentido, determinadas operações podem causar danos não só ao mercado e à concorrência, mas também aos direitos individuais do usuário.

Como veremos, esses riscos estão intrinsicamente conectados, e os direitos individuais do consumidor e o direito da concorrência irão se conectar em diversos pontos. A análise que será feita aqui trata-se dos potenciais riscos de operações dentro

desse mercado, e como fusões e aquisições de empresas podem colocar em risco o direito à privacidade.

Tais preocupações decorrem do fato de que o uso do *big data* e a posse desses dados pelas empresas geram uma série de novas variáveis, não antes visualizadas. O *big data* permite, por exemplo, que grandes empresas identifiquem novos produtos ou serviços antes que eles entrem no mercado, podendo comprá-los ou mesmo produzi-los antes que uma pequena empresa o faça.

Assim, essas empresas não vão permitir que novos players entrem no mercado, ao menos não de forma que efetivamente possa ameaçar a sua supremacia. Isso porque, por meio do uso do *big data* e da análise de dados, as empresas são capazes de se prevenir e de prever novos concorrentes.

O fato é que, em um *data-driven market*, a vantagem competitiva é muito mais efetiva. Afinal, grandes empresas que já possuem a tecnologia suficiente para coletar e processar esses dados poderão prever e antecipar condutas que ameacem o seu poder de mercado.

Dessa forma, existe um risco de concentração econômica ainda maior, exatamente porque são as empresas que já possuem significativa participação de mercado que serão capazes de utilizar essas tecnologias. Assim, essas empresas irão se manter no poder, e, ainda, evitar a entrada de novos concorrentes.

Tendo em vista essas particularidades, surge a necessidade de uma atualização do direito da concorrência, para que possa fazer uma análise mais atual e técnica desses mercados. Além disso, as ferramentas utilizadas atualmente pelos órgãos da concorrência são principalmente voltadas para a análise econômica, muitas vezes deixando de lado a análise da qualidade dos serviços ofertados e como afetam os seus direitos, por exemplo.

Em um mercado que oferece produtos e serviços que afetam direitos individuais dos consumidores de forma tão direta, deve-se fazer uma análise também qualitativa, avaliando como determinadas operações podem afetar o bem-estar do consumidor. Isso quer dizer que a análise concorrencial deve levar em conta critérios como sua privacidade, liberdade e segurança, garantindo a qualidade dos serviços oferecidos.

Com efeito, a economia digital e as novas tecnologias trazem desafios ainda maiores ao controle de estruturas, exigindo um maior cuidado em relação a como essa regulação deve ser feita, analisando cada particularidade das operações econômicas.

Isso porque uma intervenção excessiva ou indevida do Estado pode paralisar a evolução tecnológica, o que seria prejudicial à inovação e à sociedade como um todo.

Ainda assim, esse risco não deve impedir que o direito da concorrência analise essas operações, principalmente porque ele desempenha um papel muito importante para evitar a concentração de poder, assegurando o melhor uso da inovação tecnológica tanto para o mercado quanto para os consumidores.

Dessa forma, será feita uma análise mais aprofundada especificamente do controle de estruturas pelas autoridades da concorrência, e como esse controle deve ser feito dentro do mercado de dados, levando em conta que é um mercado que atinge diretamente os direitos individuais do consumidor.

2 BIG DATA E PROTEÇÃO DE DADOS

2.1. Era da informação: impactos na vida moderna

A era da informação, também chamada de digital ou tecnológica, é uma expressão utilizada para descrever o período iniciado após a era industrial, no final do século XX, caracterizado pelos constantes avanços tecnológicos experimentados pela sociedade, e que perdura até os dias de hoje.

Atualmente, vivemos a denominada 4ª revolução industrial, referente principalmente às inovações nos campos da informática, biotecnologia, robótica e genética. Essa expressão é uma forma de analisar a sociedade de um ponto de vista transformativo, de renovação de ideias, ações e pensamentos que marcaram a história.

Nesse contexto, fala-se hoje em uma era de Internet das Coisas (*IoT*, do inglês, *Internet of Things*)³, um conceito fundamental para se entender o período o qual estamos atravessando. A expressão se refere à forma como a internet, que antes se tratava apenas de ideias e informações, impalpáveis, vem se tornando algo efetivamente físico e concreto.

Isso quer dizer que, atualmente, a internet está presente na maioria dos objetos que utilizamos no dia-a-dia – celulares, aparelhos eletrônicos, veículos, eletrodomésticos, entre outros- os quais estão todos interligados a um banco de dados, e todos eles conectados à mesma rede.

A partir do momento em que esses objetos se interligam e se comunicam entre si, as informações passam a integrar os mais diversos aspectos da nossa vida – desde a hora que saímos para o trabalho, o que costumamos comer no almoço, o que buscamos na internet e o que queremos comprar. A questão a ser colocada é como podemos (e devemos) utilizar esse armazenamento de dados e informações para facilitar a nossa vida e nossa rotina - de forma a diminuir custos, economizar tempo, aproveitar recursos e realizar tarefas que outrora demandariam muito mais.

Essa capacidade de análise de dados nos permite melhorar diversos aspectos da vida moderna, tais como: transporte, segurança, saúde, serviços, comércio, e até aspectos pessoais e sociais, como relacionamentos. Dessa forma, surge o conceito

³ ASHTON, Kevin. That “internet of things” thing. **RFID Journal**. Disponível em: <http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>.

das “cidades inteligentes”, em que todos esses sistemas de informações estão interligados, produzindo dados a todo momento e facilitando todos esses aspectos.

Um bom exemplo aplicado ao cotidiano são os protótipos de automóveis que vêm sendo desenvolvidos por empresas de tecnologia⁴, em que, ao entrar no carro, uma câmera faz o reconhecimento do rosto do motorista, garantindo sua identidade e evitando furtos. Se, por acaso, identificar que é outra pessoa, envia uma foto do condutor para o celular do proprietário do veículo, que pode, no mesmo instante, desabilitar as funções do veículo. Além disso, o sistema oferece informações de trânsito, recomenda músicas e oferece orientações por meio do GPS.

Claro que estamos tratando ainda de carros conduzidos por humanos, diferente dos carros autônomos da Tesla, os *self-driving cars*, que pretendem funcionar sem condutor- o que nos leva a um outro debate. Esse sistema já está em análise, e versões iniciais desses carros estão pelas ruas armazenando dados para que “aprendam” sobre o trânsito, e em breve se tornem autônomos.

O importante aqui é percebermos o poder que esse armazenamento e processamento de dados tem, mas, também, tomar consciência das consequências que a detenção de tais dados pode ter sobre a sociedade, a economia, e todos os aspectos da nossa vida- porque, além dos benefícios, gera novos riscos e novas formas de abuso.

Diante de todo esse debate, surge a necessidade de analisar o conceito principal por trás do armazenamento e processamento desses dados: o *big data*.

2.2. **Big data: o poder da análise de dados**

O que é o *big data*? Essa expressão já é conhecida pela maioria de nós, mas poucos sabemos definir o que é. De acordo com Darren Tucker⁵, em “Big Mistakes

⁴ Protótipo *Mobii* da Ford em parceria com a Intel. **Ford Media**. Disponível em: <https://media.ford.com/content/fordmedia/fna/us/en/news/2014/06/25/ford-and-intel-research-demonstrates-the-future-of-in-car-person.html>.

<https://www.intel.com.br/content/www/br/pt/automotive/ford-mobii-prototype-video.html>

⁵ “Generally, ‘big data’ refers to a collection of data sets so large and complex that traditional data- base systems cannot effectively manage or process the information. Information technology research company Gartner defines big data as “high-volume, high-velocity and high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing for enhanced insight and decision making.” As this widely-adopted ‘3V’ definition suggests, big data is not defined only by volume, but also by the complexity of the data (e.g., different types of structured or unstructured data, including text, image, audio, and video files) and the need for the data to be collected and analyzed rapidly.”

Regarding *Big data*”, trata-se dos “conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de uma ferramenta tradicional de banco de dados capturar, armazenar, gerenciar e analisar, representando a próxima fronteira para inovação, concorrência e produtividade”.

O *big data* é comumente definido pelos “4 Vs”: volume, variedade, velocidade e valor. Ele é caracterizado não só pela quantidade de dados coletados e armazenados, mas pela capacidade de processá-los, com a velocidade necessária, para encontrar correlações entre eles, o que gera determinado valor ao dado.

A análise adequada desses dados permite obter informações impressionantes em um intervalo de tempo muito curto- como prever tendências de negócios, prevenir doenças, combater a criminalidade, e assim por diante. Dessa forma, ele traz diversas melhoras ao indivíduo e à sociedade como um todo.

A chave para coletar esses dados é a variedade de informações e a velocidade com que essa coleta ocorre. Algoritmos e métodos de coleta são designados para “varrer” a internet em busca de informações específicas, permitindo coletar quantidades enormes de dados disponíveis e criar correlações entre eles. Segundo Hanspeter Pfister, professor de ciência da computação em Harvard, chegamos a um ponto que são tantas informações disponíveis, que o problema se tornou conseguir analisar todas elas⁶.

O volume de dados coletado vem aumentando significativamente, e assim deve permanecer, tendo em vista a crescente digitalização e migração das atividades sociais e econômicas para a internet, gerando a produção de milhões de gigabytes a cada segundo.⁷ Esse aumento é gerado também pela redução dos custos para (i) coletar, (ii) armazenar, (iii) processar e (iv) analisar os dados. Ademais, a facilitação de acesso a smartphones, e-commerce e redes sociais vem aumentando a divulgação de informações pessoais pelos consumidores⁸. Dados digitais estão agora em todo

TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill. **Big Mistakes Regarding Big Data**. American Bar Association, 2014, p. 2.

⁶ POWELL, Alvin. **Big data, massive potential**. Harvard Gazette, 2015. Disponível em: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/10/big-data-massive-potential/> Acesso em: 23 de setembro de 2017.

⁷ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Item [2.05] a [2.07].

⁸ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Item [2.05] a [2.06].

lugar - em cada setor, economia, organização e usuário de tecnologia digital- sendo produzidos a todo momento.⁹

Para se ter uma ideia desse volume, a OECD (Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico) notou que, em 2014, existiam cerca de 900 milhões de contas ativas no Facebook, as quais geravam em média 1500 atualizações de status por segundo- conectando em torno de 1,3 bilhões de pessoas ao redor do mundo.¹⁰ Em junho de 2017, o Facebook alcançou a marca de 2 bilhões de usuários¹¹, quase o dobro do ano de 2014, crescimento significativo para um intervalo de apenas três anos- o que comprova o crescimento exponencial do volume de dados produzido.

Atualmente, o rastro de dados pessoais de um indivíduo começa a ser feito antes mesmo de seu nascimento, por meio de análises geradas por empresas que identificam uma gravidez, por exemplo. Essas empresas identificam um nascimento que está por vir por meio da mudança de hábitos de um casal, que passa a visitar lojas de maternidade, comprar roupas, fraldas, etc. - e já passa a oferecer produtos direcionados e esses usuários, utilizando o *big data*.¹²

É certo que essa coleta, quando não informada, pode gerar problemas- o que é facilmente visualizado no referido caso da gravidez. Então como garantir a privacidade dos usuários, para evitar problemas relativos ao não consentimento de coleta de dados?

Atualmente, a legitimidade da coleta dos dados pessoais está condicionada ao consentimento do consumidor ou à previsão legal que a permita – devendo a finalidade da coleta ser sempre respeitada pelas empresas, não podendo desviá-la sem o consentimento expresso do consumidor.

Informações genéricas podem ser coletadas mais facilmente, enquanto informações pessoais já possuem algumas limitações, por questões de privacidade.

As fontes mais comuns de coleta desses dados pessoais são:

⁹ Big Data: The next Frontier for Innovation, Competition, and productivity. **McKinsey Global Institute**. Junho de 2011, p.2. Disponível em: https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf

¹⁰ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Item [2.07].

¹¹ “With 2 billion users, Facebook is used by roughly two-thirds of the world's population with internet access, according to 2016 data from the International Telecommunications Union.” **Business Insider**. Disponível em: <http://www.businessinsider.com/facebook-officially-hits-2-billion-users-2017-6>

¹² Charles Duhigg. How companies learn your secrets. **The New York Times Journal**. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?mcubz=0>

- (I) conteúdo gerado pelo usuário, como blogs, comentários, fotos e vídeos;
 - (II) dados comportamentais/ atividades, como o que usuário busca na internet;
 - (III) transações comerciais, o que o usuário compra, quanto paga, etc;
 - (IV) dados sociais, gerados por interações, como contatos e redes sociais;
 - (V) dados de localização, gerados por GPS e locomoção;
 - (VI) inscrições em sorteios e concursos;
 - (VII) pesquisas de mercado;
- e assim por diante.

Como se pode ver, as empresas possuem diversas maneiras de coletar dados pessoais e gerais para aprimorar seus serviços e, teoricamente, o bem-estar dos usuários. A questão que surge é: como controlar o respeito da legislação e da privacidade por parte dessas empresas? Até que ponto sabemos de que forma elas armazenam e utilizam esses dados? Podemos confiar nesses novos mecanismos? Como fica a proteção do consumidor nessa situação?

2.3. Proteção de dados e defesa do consumidor

Nos últimos tempos, a informação vem se tornando cada vez mais objeto de regulação pelo direito, em diversas esferas: no direito constitucional, com as garantias de sigilo, privacidade e liberdade; no direito penal, com a proteção contra crimes contra a honra, como injúria e difamação; no direito empresarial, com o sigilo empresarial; no direito econômico, com os impactos dessas informações sobre o mercado, e assim por diante.

Observa-se que essa nova era da informação vem causando grandes mudanças na sociedade, e nem sempre o direito é capaz de acompanhá-las. É um desafio sem comparações para o direito, que vem encontrando cada vez mais limitações diante desse avanço tecnológico. Se antes ele auxiliava na construção e no desenvolvimento das estruturas econômicas e dos serviços fornecidos pela sociedade, agora esse papel de garantir o adequado funcionamento dessas estruturas está significativamente comprometido. Em verdade, o direito precisa se adaptar e se atualizar para ao menos regular tardiamente as mudanças que já vêm ocorrendo.

Nesse sentido, ele tenta se atualizar para regular os impactos que essas informações já têm sobre a sociedade e os cidadãos.

É nesse cenário que as garantias de privacidade e intimidade foram ganhando corpo, diante das constantes ameaças geradas pelos recentes avanços tecnológicos. O debate em torno da proteção de dados na internet passou a atrair atenção a partir de 2013, nos Estados Unidos, com as revelações de Edward Snowden¹³, ex-consultor da CIA que revelou que a Agência Nacional de Segurança coletava dados de ligações telefônicas de milhões de cidadãos americanos a partir de um programa de monitoramento. Ele revelou também que a Casa Branca acessava fotos, e-mails e videoconferências de quem usava os serviços de empresas como Google, Skype e Facebook.

A utilização de dados pessoais cada vez maior pelos entes públicos e privados utilizando tecnologia da informação traz diversos desafios ao direito à privacidade. A obtenção de informações delicadas sobre os cidadãos por entidades públicas e o tratamento desses dados são capazes de gerar perfis e padrões capazes de ditar e fundamentar as decisões até mesmo no campo da economia e da política.

Por outro lado, esse uso de dados pelas entidades privadas alcança inúmeras situações, como as relações de consumo, em que o cidadão é o lado mais vulnerável da relação, não tendo como controlar o fluxo de informações que permite serem armazenadas e processadas. Assim, são utilizadas para o marketing, venda, publicidade, produção, entre outros, violando de diversas formas a privacidade do consumidor- mesmo que isso não ocorra ilícitamente.

E a questão é exatamente essa. Até que ponto a permissão de captar esses dados deve ser garantida em nome da liberdade e da economia? Nesse diapasão, é necessário encontrar um equilíbrio entre o direito à privacidade e o interesse geral – o que nem sempre quer dizer a defesa das liberdades de expressão e econômica. Essa ponderação se torna um desafio porque, a todo momento, vemos surgir novas ideias e tecnologias capazes de facilitar a vida, movimentar a economia, criar novos empregos e gerar bem-estar para a sociedade. Assim, se torna difícil pensar na privacidade como um fator tão importante a ponto de impedir determinado avanço.

¹³ Snowden NSA Files Surveillance Revelations Decoded. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/2>.
<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/web-vigiada-entenda-as-denuncias-de-edward-snowden>

Deve-se observar que a proteção da privacidade não se trata da proteção dos dados em si, mas também da proteção do indivíduo e da sua personalidade, ou seja, contra os potenciais riscos que podem ser causados à ele. Tendo em vista que as informações pessoais são a forma como o indivíduo é conhecido na sociedade e a forma como se constrói a sua imagem pessoal, fica fácil deduzir que a inadequada utilização e divulgação dessas informações podem violar gravemente a sua personalidade.

Além disso, o valor das informações não está apenas no que é fornecido pelo usuário, mas principalmente na capacidade de obter novos dados a respeito dele, a partir do processamento dessas informações. Assim, muitas vezes o usuário fornece informações que podem ser cruzadas e correlacionadas para concluir outras informações relativas à ele, as quais muitas vezes ele não estaria disposto a fornecer. Pode-se, por exemplo, deduzir quais produtos ele estaria disposto a comprar por meio das buscas que ele faz na internet, ou qual a probabilidade de votação nas eleições por meio de seus interesses demonstrados nas redes sociais.

Isso tudo mostra como esse processamento de dados tende a ser invasivo, analisando perfis e criando padrões para, teoricamente, oferecer mais bem-estar aos indivíduos. Promessas de praticidade, novos produtos e serviços, todos adequados e adaptados aos seus gostos e interesses - o que, em um primeiro momento, parece muito prático e inovador.

Mas, se pensarmos bem, será que essa personalização não é mais uma forma de induzir o consumidor a adquirir produtos e serviços os quais ele nem precisa, ou até mesmo não tem como arcar a longo prazo? É uma oferta invasiva exatamente pelo fato de ser certa.

Essa base de dados possui informações suficientes para saber o que o consumidor quer comprar, quando ele estará disposto a comprar, quando seu salário cai em sua conta, quando ele precisará de determinado produto, e assim por diante. Estamos chegando a um ponto em que o consumidor se torna uma vítima extremamente vulnerável dos produtos e serviços que lhe são oferecidos, pois esses estarão cada vez mais ideais e adaptados a ele.

Assim como a liberdade do mercado permite que essas tecnologias existam e sejam criadas e oferecidas, talvez ela também deva permitir que o usuário não tenha sua privacidade invadida de uma forma tão difícil de controlar. A proteção desses

dados trata-se, em última análise, da proteção da sua liberdade, pois essa só existirá com a proteção da sua privacidade.

A partir dessa constatação, pode-se pensar que estamos diante de um embate entre tecnologia e privacidade, já que a ampliação da tecnologia necessariamente irá reduzir a privacidade pessoal. Mas deve-se entender que é possível conciliar as duas coisas, equilibrando o desenvolvimento tecnológico com a preservação da privacidade dos cidadãos, a partir de uma regulação e legislação que não sejam invasivas a ponto de impedir o crescimento tecnológico, mas que, ao mesmo tempo, não deixem o indivíduo tão vulnerável e desprotegido diante desse crescimento.

Nesse sentido, é importante notar que existem diversas teorias de regulação da internet, que visam entender as formas mais adequadas de exercer esse controle. Nessa linha, a tutela jurídica da internet pode ser feita por meio da:

- (i) autorregulação, por meio de regras e princípios estabelecidos pelos próprios usuários;
- (ii) criação de um direito específico voltado para à internet, com apoio em tratados e convenções internacionais;
- (iii) aplicação de institutos tradicionais, como analogia e costumes;
- (iv) abordagem mista, utilizando o sistema jurídico combinado com a própria arquitetura da internet.

Observa-se, portanto, que a sociedade irá obter vantagens ainda maiores do desenvolvimento tecnológico se este for acompanhado de tutela jurídica, observando a todo o momento os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Por isso, é essencial entender que não é a tecnologia que causa a violação da privacidade dos cidadãos, mas sim as decisões que tomamos em relação ao uso dessa tecnologia. O papel do direito é exatamente encontrar o ponto ideal entre a regulação e o avanço, levando sempre em conta a proteção das garantias individuais.

2.4. Legislação – proteção de dados

Levando em consideração a necessidade de proteção dos dados pessoais, diversas legislações estão sendo desenvolvidas em todo o mundo com o intuito de garantir esses direitos. A maior parte dos países trata como uma proteção

constitucional, por meio da garantia de um direito fundamental de privacidade, mas estão sendo desenvolvidas leis específicas em torno do tema. Desse modo, a Diretiva Europeia 95/46/CE¹⁴ providenciou diretivas genéricas aos países para que promulgassem leis que compreendam tanto o setor público quanto o privado.

O documento estabelece que o sistema de processamento de dados serve para auxiliar o homem e deve respeitar seus direitos individuais, portanto deve ser legal e justo. Assim, os dados processados pelas empresas devem ser relevantes e utilizados para propósitos específicos, que devem a todo momento ser explícitos e possuir motivação legítima. A legalidade desse processamento diz respeito ao consentimento do indivíduo, devendo este saber de sua existência e ter acesso aos dados fornecidos por ele.

Mesmo com essa diretiva, os Estados Unidos, país desenvolvido e tecnológico, é um dos únicos que ainda não possui legislação específica que abranja as atividades do setor privado. Existe o Privacy Act de 1974¹⁵, mas este, ainda assim, é aplicado apenas ao governo federal, deixando a proteção da privacidade ainda a desejar. Isso se dá devido ao viés liberal da legislação americana, preocupada primeiramente em regular os atos estatais, e não a iniciativa privada.

Já na Alemanha, existe uma lei específica sobre Dados Pessoais, o Ato Federal de Proteção de Dados (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG), complementar à Diretiva nº 95/45/EC. Este tem o propósito de proteger o indivíduo contra a violação de sua privacidade na utilização de seus dados pessoais, portanto aplica-se tanto a entidades públicas e privadas. Assim, coleta, o processamento e o uso de dados pessoais somente são admissíveis se permitido pelo Ato, por outra legislação especial ou se o indivíduo explicitamente der seu consentimento.

Finalmente, no Brasil, a própria Constituição Federal regula o fenômeno da informação, por meio de diversos dispositivos, tratando dos direitos de livre manifestação de pensamento, acesso à informação, inviolabilidade da vida privada, sigilo das comunicações, entre outros.

¹⁴ Diretiva nº 95/45/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 24/10/1995, a qual estabelece diretrizes para uniformização do tratamento de proteção de dados pessoais pelos Estados-membros. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf

¹⁵ The Privacy Act of 1974, 5 U.S.C. Disponível em: <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>

Os principais dispositivos da Constituição que regulamentam a informação são o inciso X, relativo à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, e o inciso XII, referente ao sigilo da correspondência e das comunicações, ambos do artigo 5^o¹⁶.

Entretanto, uma breve leitura dos artigos já traz a percepção de que são insuficientes, por tratarem especificamente de comunicação e correspondência- o que não é o caso quando se fala em uso de dados. Além disso, as informações utilizadas são pessoais, entretanto nem sempre são íntimas ou privadas, o que quer dizer que não estariam abarcadas nessas hipóteses. Portanto, pode-se perceber que, apesar de as garantias constitucionais de sigilo e inviolabilidade da intimidade promoverem a proteção individual, não são suficientes para tratar da atual situação da utilização da informação sobre o indivíduo.

Além da Constituição Federal, não existe no Brasil uma lei geral de proteção de dados pessoais, assim como na maioria dos países. Tendo em vista essa ausência de lei geral, é necessário harmonizar diversas normas que tratam da proteção de dados, com o objetivo de criar um sistema que proteja efetivamente o cidadão.

As principais legislações brasileiras vigentes que tratam da proteção de dados são: (I) O Código de Defesa do Consumidor; (II) O Código Civil; (III) a Lei do cadastro positivo; (IV) a Lei de acesso a informação pública (12527/2011) e (V) O Marco Civil da Internet (12.414/2011); além de alguns atos normativos infralegais. Além disso, está em debate o projeto de lei 5276/2016, que trata especificamente da proteção de dados pessoais.

A primeira lei que tratou da privacidade e de proteção de dados no Brasil de uma forma moderna foi o Código do Consumidor (Lei n. 8078/90). Em seu artigo 43, regula os bancos de dados e cadastros de consumidores, *in verbis*:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

¹⁶ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Pela leitura do artigo, percebe-se a preocupação com a proteção da privacidade, permitindo que o consumidor acesse todas as informações armazenadas relativas a ele, além de que essas informações devam ser acessíveis e de fácil compreensão, e que os bancos de dados tem a obrigação de manter dados corretos e atualizados, podendo o consumidor exigir sua imediata correção.

Pode-se extrair da norma que o armazenamento e processamento de dados pessoais deve sempre se submeter à legalidade, devendo os registros e cadastros relativos aos consumidores respeitar os limites legais. Portanto, o dispositivo impede que determinada coleta tenha fins particulares, não estando submetida à legislação, pois qualquer armazenamento de dados que diga respeito ao consumidor pertence à esfera pública.

O Código Civil, por sua vez, possui apenas um capítulo relativo à privacidade, *in verbis*:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O dispositivo é muito criticado por ser vago e genérico, mas é necessário seu alinhamento com as demais normas do ordenamento jurídico que regulam a privacidade, especialmente aquelas que tratam do direito civil. Além disso, a norma estabelece o poder do juiz em adotar as providências necessárias para impedir ou

cessar ato contrário à privacidade, o que é de fundamental importância quando alinhado à responsabilidade civil.

A lei do cadastro positivo (Lei 12.414/2011) é interessante para fazermos um paralelo, pois ela disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento para a formação de histórico de crédito. Ou seja, ela permite que a pessoa ou empresa que desejar buscar crédito em uma instituição financeira, ou estabelecer relação comercial com outra parte, possa autorizá-la a acessar seus dados no cadastro positivo.

Isso quer dizer que, se for "bom pagador", o tomador do crédito terá como provar que tem as contas em dia e, deste modo, solicitar taxas de juros mais baratas. Dessa forma, a inclusão de nomes no cadastro positivo é opcional, dependendo da aprovação do consumidor. Ainda assim, mesmo se for cadastrado, ele também poderá optar por não disponibilizar as informações para livre consulta, portanto o cadastro não é condicionado ao compartilhamento de informações.

Portanto, a lei possibilita, por um lado, o fluxo de dados no mercado, permitindo a formação de bancos de dados - enquanto, ao mesmo tempo, estabelece regras de proteção da privacidade e consentimento do consumidor. Por isso ela serve como uma base normativa para essa ponderação de princípios que buscamos alcançar.

A lei do cadastro positivo é esparsa e demanda análise detalhada, mas ela se alinha com o Código do Consumidor, quando, em seu artigo 3º, afirma que somente poderão ser armazenadas informações "objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado".

Além disso, garante também os direitos de acesso, correção e cancelamento dos dados pelo consumidor, bem como que os dados armazenados devem ter a finalidade específica de análise de risco e concessão de crédito.¹⁷ Pode-se observar que a lei contribuiu com a autodeterminação informativa¹⁸ do indivíduo sobre os seus dados, tendo ele o poder de decidir o que e quando irá disponibilizar.

¹⁷ Art. 5º São direitos do cadastrado: I - obter o cancelamento do cadastro quando solicitado; II - acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento; V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento; VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

¹⁸ "Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garante ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada".
O direito à autodeterminação informativa. RABELO Iglesias Fernanda de Azevedo; GARCIA Filipe

A partir dessas garantias, podemos retirar o princípio do consentimento¹⁹ e da proibição do armazenamento de informações sensíveis e excessivas²⁰, ambos de suma importância no debate em questão, trazendo uma segurança quando se trata da possibilidade de defesa do consumidor e sua efetiva participação no processo de decisão tomado com base em seus dados.

Outra lei importante é a Lei de Acesso à informação pública (12.527/2011), que aborda o tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública. O objetivo da lei é garantir uma maior transparência da Administração, permitindo um controle dos cidadãos sobre seus dados pessoais que estão em posse da Administração Pública, reforçando o direito à proteção desses dados.

Por outro lado, a lei garante que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, ou seja, em casos de segredo de justiça ou sigilo industrial, por exemplo, deve-se abrir uma exceção que permita o acesso à esses dados. Nesse mesmo diapasão, o artigo 23 da referida lei traz que quaisquer informações que coloquem em risco a segurança do Estado ou da sociedade não podem ser objeto de restrição de acesso- caso em que a segurança coletiva é colocada à frente do direito individual.

Portanto, observa-se que a lei protege tanto a privacidade pessoal quanto a segurança do Estado, cada um de um lado - mas provando que não são necessariamente opostos. Assim, ambos terão seus direitos resguardados, com a ressalva de que o direito coletivo não adentre no direito individual, e vice-versa.

Nessa linha, o direito de acesso à informação pública fortalece o conceito de proteção de dados pessoais, dando ao cidadão o controle sobre seus dados- mas é, ao mesmo tempo, um limite a esse direito, porque terceiros não podem ter acesso aos dados pessoais de um determinado indivíduo, apenas aos seus. Portanto, esse acesso restrito é uma violação ao direito de acesso à informação, mas garante a proteção pessoal. Em

Rodrigues. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10473

¹⁹ Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

²⁰ § 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

conclusão, o direito fundamental de inviolabilidade da privacidade acaba prevalecendo o de acesso à informação, exceto em casos de risco à segurança pública.

Já uma lei mais específica à regulação de dados na internet é o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que traz que o uso da internet no Brasil deve respeitar os princípios da proteção da privacidade, intimidade, honra e imagem, acesso à informação, entre outros, conforme estão elencados no artigo 7º da lei²¹. Assim como as demais legislações tratadas aqui, a lei garante que as informações coletadas e armazenadas devem ser claras, acessíveis, e com uma finalidade específica.²²

Além disso, a lei garante a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que estes não conflitem com os referidos direitos individuais defendidos pela legislação.

Finalmente, é de suma importância tratar do Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais. Desde junho de 2012 tramita na Câmara dos Deputados o PL nº 5.276/2016 (apensado ao anterior, 4060/2012), que visa regular especificamente a proteção de dados pessoais.

O projeto é resultado de um amplo debate público, com duração de vários meses, recebendo diversas contribuições, e deve entrar em vigor ainda em 2018.

Assim como as outras legislações tratadas aqui, o PL defende os princípios da liberdade, inviolabilidade da intimidade, privacidade, defesa do consumidor, e assim por diante. Ademais, o projeto veda qualquer tratamento de dados pessoais que seja desprovido de consentimento do indivíduo, sendo necessário obter autorização específica para o uso dos dados, seja no contrato de uso de cada ferramenta, ou nas políticas de privacidade. Segundo o artigo 7º da mesma lei:

“O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

²¹ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (...)

²² VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta; e
b) não sejam vedadas pela legislação; e
c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

- I- mediante o fornecimento pelo titular de consentimento livre, informado e inequívoco;
- II- para o cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável;
- III- pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; (...)"

Dessa forma, pode-se observar a obrigatoriedade do consentimento do usuário, exceto em hipóteses de necessidade pela Administração Pública, seja para obrigação legal, políticas públicas, processo judicial ou administrativo, ou seja, em casos em que o interesse em tutela seja mais importante que a privacidade do usuário-naturalmente, interesses coletivos ou casos de risco à segurança pública. Nesse aspecto, a lei se coaduna com a Lei de Acesso à Informação Pública, trazendo exceções similares à restrição das informações, relativas à Administração Pública.

Da mesma maneira, a lei aborda a necessidade de uma finalidade específica do tratamento, bem como a acessibilidade e clareza dos dados para a consulta do titular. Ainda, o anteprojeto prevê que é nula qualquer disposição que estabeleça ao titular obrigações abusivas, o colocando em desvantagem exagerada e desproporcional, ou que seja incompatível com a boa-fé ou a equidade. Portanto, os termos de uso e privacidade devem estar de acordo com o bom-senso, não podendo as empresas impor condições abusivas por possuírem poder de mercado, por exemplo. Nesses casos, a empresa conhece a vantagem que possui diante do usuário, abusando da sua posição.

Nesse contexto, pode-se referir ao caso do Facebook, que ocorreu em 2014, em que a empresa incluiu diversos termos abusivos nas permissões de uso do aplicativo Messenger²³. Deve-se ter em vista que diversos programas e aplicativos incluem termos abusivos que passam despercebidos, fazendo uso da enorme lista contida nos Termos de Uso, sabendo que poucos usuários se dão ao trabalho de lê-los. Em verdade, na maioria das vezes estamos trocando nossa privacidade pela possibilidade de uso do aplicativo ou programa em questão.

²³ The Insidiousness of Facebook Messenger's Android Mobile App Permissions. **The Huffington Post**. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/sam-fiorella/the-insidiousness-of-face_b_4365645.html?utm_hp_ref=tw

Mais uma vez, esse abuso muitas vezes parte da premissa de que a empresa está fornecendo um serviço opcional, o qual o usuário pode simplesmente não utilizar, se não estiver disposto a fornecer seus dados. Claro que essa é uma mera desculpa, pois sabe-se que, atualmente, raramente vive-se sem acesso à determinados programas, redes sociais, aplicativos, e assim por diante. A possibilidade de se manter alheio à essas inovações é basicamente uma ilusão.

2.5. Indo além da ilusão do consentimento

A essa altura surgem diversas questões relativas ao real comprometimento das empresas com os dispositivos das leis abordadas, principalmente em relação ao consentimento do usuário quanto ao uso dos seus dados. Poucas empresas explicam como coletam e usam os dados dos usuários, sendo que algumas nem possuem políticas de privacidade.

Ademais, sabe-se que a maior parte dos usuários não estão cientes sobre quem tem acesso aos seus dados pessoais, quais dados estão sendo utilizados, ou de que forma. As políticas de privacidade das empresas são escritas exatamente para serem grandes, detalhadas, e de difícil compreensão, ao menos para o usuário mediano, fazendo com que quase nenhum realmente as leia.

Nesse sentido, uma pesquisa realizada afirmou que levaria em média 244 horas por ano para ler todas as políticas de privacidade dos websites que o usuário mediano utiliza- o que corresponde a mais de 50% do tempo que ele efetivamente utiliza a internet.²⁴

Uma outra pesquisa afirmou, ainda, que menos de 1% das políticas de privacidade são compreensíveis para os usuários com diploma de ensino médio ou inferior- como adolescentes e grande parte dos consumidores.²⁵ Isso porque, mesmo se entendessem, não é como se conseguissem negociar melhores termos de uso. A única opção é aceitar ou simplesmente não utilizar o serviço.

²⁴ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Capítulo 21.

²⁵ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Capítulo 21.

Além disso, elas usam termos vagos quanto à utilização dos dados no futuro, como “aprimorar a experiência do consumidor”, mas, certamente, não declaram como farão isso.

É também delicado falar em finalidade e clareza da coleta e uso dos dados, porque a correlação feita entre os dados fornecidos pode muitas vezes levar a um uso não previsto antes, nem pelo usuário nem pela própria empresa.

Portanto, como saber se existe um real controle da coleta e do tratamento desses dados? É realmente necessário abrir mão do uso das tecnologias em nome da privacidade? Como encontrar um meio termo entre as garantias individuais e a liberdade econômica e inovação tecnológica?

3. REGULAÇÃO E ECONOMIA

3.1. Introdução ao direito da concorrência

O direito da concorrência teve origem no final do século XIX, com a preocupação crescente relativa à concentração de capital decorrente da revolução industrial. As ideias de independência e liberdade econômica acabaram gerando diversas mudanças na economia, efetivamente permitindo a criação de poder econômico.

Nesse contexto, a legislação mais importante foi o *Sherman Act*, editada nos Estados Unidos em 1890, a qual- apesar de não ter sido a primeira- foi definitivamente a que mais teve impacto nas legislações dos demais países.

Em meio ao nascimento de tais conceitos econômicos e políticos, foram atribuídas finalidades diversas ao ato. Dentre as principais, fala-se de um equilíbrio entre os direitos de liberdade econômica e propriedade, a competição e o livre comércio, de forma a proteger o livre mercado, promover o bem-estar do consumidor e evitar práticas abusivas.

Com efeito, o *Sherman Act* inaugurou o direito da concorrência com uma abordagem mais ampla, no sentido de assegurar a proteção tanto do mercado e da livre concorrência quanto dos consumidores, levando em conta a complexidade das interações entre os agentes econômicos.

No Brasil, atualmente utilizamos a lei 12.529/12, que atualizou a anterior, 8.884, de 1994, que foi a primeira legislação brasileira a efetivamente tratar das questões concorrenciais de forma específica. As principais inovações dessa lei, em relação à anterior, foram a incorporação da SDE pelo CADE- que passou a ser composto por dois órgãos: Tribunal Administrativo e Superintendência Geral- e a imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, os quais não podem mais ser consumados sem prévia autorização administrativa.

Segundo a lei 12.529, é infração à ordem econômica toda e qualquer conduta que possa, de alguma forma, prejudicar a concorrência. Assim, engloba tanto os acordos e concentrações entre empresas, como domínio de mercado e abuso de posição dominante.

Dessa forma, os órgãos de defesa da concorrência dividem a aplicação do direito da concorrência em duas vertentes distintas: o controle de condutas e o controle de estruturas.

O primeiro se dedica à análise do comportamento dos agentes econômicos, com o objetivo de verificar se as suas condutas estão de alguma forma prejudicando a concorrência. Para que seja contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do artigo 36 da referida lei, induzindo a qualquer um de seus efeitos.

Dessa forma, constituem infração à ordem econômica quaisquer atos que possam (I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (III) aumentar arbitrariamente os lucros; e (IV) exercer de forma abusiva posição dominante.

Note-se que a maior parte das condutas descritas no artigo 36²⁶ já poderiam ser descritas suficientemente pelo abuso de posição dominante²⁷. Isso porque,

²⁶ Como “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.” Artigo 36 da lei 12.529.

²⁷ “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por

naturalmente, tais condutas ocorrem mais facilmente na situação de abuso de posição, como acordar e combinar preços ou limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

Entretanto, é necessário notar que essa posição não é exigida para configurar o ilícito antitruste no Brasil. Por mais que se trate aqui de condutas unilaterais, verificadas principalmente por empresas que já possuem maior participação de mercado, tal posição não é um pressuposto para a existência do ilícito.

Com efeito, é possível notar práticas executadas por agentes sem posição dominante, mas que são capazes de prejudicar o mercado e a concorrência. Portanto, o controle de condutas deve abranger todas as hipóteses de condutas ilícitas por parte dos agentes, até mesmo para melhor delimitar os contornos da lei.

Ainda, é importante notar que a posição dominante não é vedada em si, já que nem todo ato praticado em posição dominante vai ser ilícito- apenas se praticado com o abuso dessa posição.

Portanto, as condutas elencadas são ilícitas por prejudicarem de alguma forma a economia e a concorrência. É importante notar que as condutas especificadas não limitam a aplicação da lei, que afirma claramente que também englobará qualquer outro ato que pode potencialmente prejudicar a concorrência, pouco importando a sua forma.

Já o controle de estruturas trata-se do controle das concentrações econômicas que podem ocorrer com o risco de limitar ou prejudicar a livre concorrência, levando à concentração de mercados. Tais operações são denominadas atos de concentração, e podem correr por meio de fusão, incorporação ou aquisição de empresas, por exemplo.

Assim, faremos uma análise do controle de estruturas, sua finalidade e seus pressupostos, para depois tratar especificamente sobre esse controle nos mercados voltados à dados, verificando seus potenciais efeitos e sua correlação com os direitos pessoais dos usuários.

cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.” Artigo 36 § 2º

3.2. Controle de estruturas - aspectos e finalidades

O controle de estruturas se trata de um controle preventivo para analisar os potenciais riscos de um ato de concentração. O pressuposto desse controle é que não é suficiente o controle de condutas para que se tenha um adequado funcionamento do mercado. É necessário também a análise da formação de estruturas dentro do mercado, com o objetivo de identificar se estas são capazes de limitar a livre concorrência de alguma forma.

Nesse sentido, o objeto do controle de estruturas são as formas de crescimento externo de poder empresarial, que alteram as estruturas do mercado, tratando-se de quaisquer operações que envolvem a união de recursos e esforços de dois ou mais agentes econômicos, resultando em uma só unidade, para efeitos econômicos.²⁸

Assim, de acordo com a lei 12.529, a análise de estruturas deve ser feita com base em dois critérios: o parâmetro de faturamento e a necessidade de que exista um ato de concentração. O critério de faturamento é definido no artigo 88, em que apenas será submetido ao CADE o ato se:

- (i) *ao menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);*
- (ii) *pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).*

Assim, tais critérios irão definir se o ato gera concentração econômica e se deve ser analisado pelo CADE. Para se configurar um ato de concentração, entretanto, é necessário que a conquista ou expansão dessa posição dominante tenha ocorrido exclusivamente devido à criação de uma nova estrutura econômica.

²⁸ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 115.

Além disso, é importante notar que existem diversas formas de concentração empresarial, como afirma o artigo 90 da mesma lei, sendo elas: fusões e incorporações, aquisição de controle, aquisição de ativos e contratos associativos.

Tais atos podem ocorrer das mais complexas formas e em diferentes mercados, existindo, assim, mais de um tipo de ato de concentração, nomeadamente:

- (i) Concentrações verticais, referentes a empresas não concorrentes, mas que atuam na mesma cadeia econômica;
- (ii) Concentrações horizontais, que ocorrem entre concorrentes, no mesmo mercado de produtos ou serviços; e
- (iii) Conglomerados, que ocorrem entre não concorrentes em mercados distintos e não relacionados.

É importante notar, entretanto, que os tipos de concentração podem ocorrer de forma simultânea na mesma operação, não sendo excludentes.

As concentrações horizontais, por sua vez, levantam preocupações mais claras, por tratarem-se de empresas rivais que atuam no mesmo mercado, levando à eliminação da rivalidade existente ou potencial. Assim, o seu risco se refere à facilitação de condutas unilaterais e concertadas, como conluíus e aumento arbitrário de preços.

Assim, enquanto o controle de condutas visa punir um ilícito já ocorrido, por meio da repressão, o controle de estruturas atua de forma preventiva, analisando os potenciais riscos de uma operação que ainda não ocorreu. É exatamente por isso que o ato de concentração deve ser submetido à análise das autoridades antes de se concretizar, para que elas possam dizer se deve ou não ser aprovado.

Dessa forma, o CADE irá analisar se o ato de concentração deve ser aprovado, rejeitado ou aprovado com restrições, levando em consideração a possibilidade de concentração econômica, propiciando o abuso de posição dominante ou facilitando a colusão.

Isso quer dizer que o controle preventivo das operações visa regular as estruturas de mercado mas, também, impedir que condutas futuras de tais agentes econômicos prejudiquem a livre concorrência, sejam elas concertadas ou unilaterais. Isso porque um ato de concentração facilita o abuso de posição dominante, propiciando a existência de condutas abusivas no futuro.

Não obstante, é importante notar que atos de concentração apresentam tanto aspectos negativos, como o potencial de práticas ilícitas unilaterais ou coordenadas, como aspectos positivos, possibilitando economias de escala, que podem ser aproveitadas pelos consumidores.

Porém, levando em conta que atos de concentração tem o potencial de facilitar a formação e abuso de posição dominante, além da concentração do mercado, é necessário que se demonstre que dessa operação irão resultar significativos resultados econômicos, que não poderiam ser atingidos de outra forma.²⁹

Nessa linha, de acordo com as *Horizontal Merger Guidelines* norte-americanas, a presunção de que o ato de concentração irá facilitar a prática de condutas ilícitas e causar concentração significativa do mercado só poderá ser afastada por evidências persuasivas de que a operação trará benefícios tanto para o mercado quanto para os consumidores.

Portanto, ao analisar um ato de concentração, as autoridades devem levar também em consideração aspectos de eficiência, qualidade, inovação e variedade, e não apenas critérios econômicos, com o intuito de analisar toda a complexidade do aspecto estrutural do mercado, refletindo em torno do próprio fim do controle de estruturas.

Assim, deve-se ponderar em que medida os atos irão acarretar em riscos de condutas ilícitas e efetivamente prejudicar o mercado, e em que medida irão trazer benefícios aos consumidores, melhores opções, preços reduzidos, e assim por diante. Para que seja feita essa análise, é importante entender o verdadeiro papel do direito da concorrência no mercado e na economia.

3.3. O papel do direito da concorrência no mercado e na economia

A finalidade do direito concorrencial é muito ampla e existem diversas teorias em relação à sua aplicação. É importante ter em mente, todavia, que a regulação econômica deve sempre estar alinhada com a Constituição, pois sua aplicação não

²⁹ “*Mergers that cause a significant increase in concentration and result in highly concentrated markets are presumed to be likely to enhance market power, but this presumption can be rebutted by persuasive evidence showing that the merger is unlikely to enhance market power*”. **Horizontal Merger Guidelines**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

pode exceder os limites dos direitos e liberdades individuais- o que, de certo, vale para os dois lados.

A Constituição Federal de 1988 afirma, em seu artigo 170, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna”³⁰. Pode-se perceber pela leitura do artigo que a liberdade econômica e o trabalho devem sempre respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido, pode-se concluir que em um Estado Democrático de direito, o poder econômico deve ser exercido em conformidade com os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais- os quais possuem força vinculante e não podem, às custas do mercado, se sujeitarem apenas às condições de custo-benefício econômicos.³¹

Conseqüentemente, por imposição constitucional, o direito da concorrência não pode ser apenas um instrumento de defesa de mercado ou eficiência econômica- independentemente do sentido atribuído à cada uma dessas expressões. A regulação busca, na realidade, a ponderação entre a liberdade econômica e a intervenção estatal, mas sempre com respeito à garantia dos direitos individuais.

No passado, teorias como a mão invisível proposta por Adam Smith³² defendiam que os mercados se equilibram naturalmente, o que ainda é defendido por parte da doutrina. Nesse contexto, a intervenção estatal seria prejudicial, já que as ações individuais levariam a um auto equilíbrio.

Entretanto, se formos analisar os mercados ao longo do século XIX, percebe-se que a intervenção estatal sempre se fez presente, mesmo que minimamente, proporcionando um arcabouço jurídico para sustentar a atividade econômica. A própria concepção do modelo de mercado exige uma estrutura coercitiva mínima, para assegurar a propriedade e o cumprimento das obrigações.

Assim, a atuação do Estado na economia é não só desejável pelo sistema jurídico, como necessária, devendo ser instituída e regulamentada. A partir do momento em que o Estado passa a intervir na economia, há modificação do princípio

³⁰ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor” Constituição Federal. Art. 170.

³¹ ³¹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 46.

³² SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty Fund, 1984.

da livre iniciativa, que não mais se relaciona à política do laissez-faire e à total liberdade do agente econômico, voltada à um conceito mais tradicional de liberdade.

Percebe-se então que a livre concorrência que se busca aqui não se trata de uma total liberdade de atuação dos competidores, pois essa já foi comprovada como destrutiva e ineficaz. O que se busca, na verdade, é possibilitar que essa liberdade seja exercida dentro da garantia dos direitos fundamentais e individuais.

Essa regulação passa, então, a ser encarada como uma solução para conciliar a liberdade econômica e individual e o interesse público, preservando a competição entre os agentes econômicos, ao mesmo tempo em que se assegura a liberdade de atuação.³³

A regulamentação da concorrência visa, na verdade, corroborar com a liberdade econômica, e não a reprimir, pois um de seus objetivos é incentivar a competição existente no livre mercado. Tendo em vista que não existe um cenário de concorrência perfeita, com todos os agentes atuando para a eficiência do mercado, sem gerar concentração de poder³⁴, é necessária uma regulação que garanta uma competição saudável, que traga benefícios tanto para o mercado quanto para os consumidores.

Como se pode ver, as finalidades do direito da concorrência são diversas e é difícil elencá-las. Mas podemos tratar de alguns tópicos principais, como a proteção ao consumidor.

É importante notar que a defesa do consumidor sempre se fez presente no antitruste. Isso se dá porque o abuso de poder econômico o afeta diretamente, pois é ele que vai sofrer os danos dessa concentração, encontrando produtos mais caros e serviços centralizados, além de barreiras de entrada para novos competidores, diminuindo a sua possibilidade de escolhas e a qualidade dos produtos ofertados.

A defesa do consumidor se daria, dessa forma, por meio de um mercado mais diluído, possibilitando que ele obtenha os benefícios dos mercados competitivos. Isso quer dizer que, ao proteger a escolha do consumidor, deixando-o bem informado e garantindo o seu acesso à outras possibilidades, torna-se o processo competitivo mais eficiente. Isso ocorre porque o consumidor estará consciente da qualidade dos

³³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. Ed. São Paulo. P. 58.

³⁴ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 31

serviços e produtos ofertados no mercado, estimulando, assim, a competição e a inovação entre as empresas.

A livre concorrência seria, portanto, o instrumento para a proteção simultânea dos consumidores e dos concorrentes, já que busca assegurar uma estrutura de mercado em que todos que queiram possam entrar, permanecer e competir pelo mérito, pois estará incentivando a constante melhora do mercado³⁵ - tanto dos produtos e serviços ofertados, quanto dos benefícios sentidos pelos consumidores.

É importante notar que essa é a visão adotada pela escola de Harvard, e não uma visão genérica. A escola de Chicago, por exemplo, acredita que o único foco do direito da concorrência é a proteção do consumidor, admitindo que as concentrações de poder econômico resultantes do mercado não são preocupantes, mas apenas consequências da eficiência econômica. Essa eficiência, por sua vez, é benéfica ao consumidor - não devendo ser regulada.

Atualmente, já se comprovou que essa associação da eficiência ao bem-estar do consumidor é falsa, visto que os lucros gerados por essa eficiência beneficiam as empresas, e não os consumidores – salvo se houver pressão competitiva ou outros fatores que compartilhem os benefícios dessas eficiências.³⁶

Independentemente da teoria adotada, fica claro que o direito da concorrência, por meio da manutenção das condições mercadológicas a que se propõe, acaba protegendo o consumidor, mesmo que indiretamente, pois estimula uma estrutura de mercado com menores preços, maior qualidade e inovação - além de controlar condutas cujos danos recaem sobre ele.

Essa análise de impactos sobre o consumidor deve ser feita de forma ampla e cuidadosa, já que diversas condutas que, ao longo, parecem benéficas podem ser extremamente danosas a longo prazo. Por exemplo, os preços predatórios, que, a curto prazo, podem gerar benefícios imediatos aos consumidores, que estarão pagando preços menores. Entretanto, a longo prazo, essa prática acaba sendo altamente prejudicial, porque a intenção do agente é dominar o mercado utilizando-se de seu poder econômico, e impor seus preços e condições abusivas aos consumidores, que ficarão sem escolha.

³⁵ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 46.

³⁶ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 54.

Portanto, fica claro que a defesa do consumidor deve ser analisada detalhada e cuidadosamente, não se atendo apenas aos benefícios e danos imediatos, mas à análise de todos os possíveis impactos que cada ato pode ter sobre o mercado e os consumidores.

Outra finalidade importante do direito da concorrência é a proteção da inovação. É importante notar que a regulação tem o papel não só de não atrapalhar a inovação, mas de protegê-la, tendo em vista que ela funciona como um instrumento de incentivo à competição.

Os mercados de tecnologia e internet vêm adotando novos modelos de negócio, que influenciam a organização da economia, principalmente por meio dos negócios disruptivos (aqueles que alteram a dinâmica dos mercados). Portanto, é essencial que a regulação assegure as condições concorrenciais necessárias para que esses novos negócios tenham espaço para se desenvolver, especialmente porque esse tipo de inovação garante melhores condições de bem-estar aos consumidores, além de gerarem valor para a sociedade como um todo.

Assim, a inovação constante dos mercados e produtos oferecidos requer uma adaptação também das premissas utilizadas pelo direito da concorrência. Com efeito, essa dinamicidade tecnológica atualiza os conceitos econômicos atualmente estabelecidos, sendo necessária uma análise atualizada do papel do direito concorrencial nessa nova economia.

3.4. Os desafios regulatórios da inovação tecnológica

Sabe-se que as inovações tecnológicas podem oferecer diversos benefícios, desde trazer maior praticidade para as nossas vidas por meio de novos processos, até a criação de mercados e produtos que antes não faziam parte de nossas vidas. Conseqüentemente, os avanços tecnológicos se traduzem necessariamente na criação do novo, de tecnologias que permitam novas formas de pensar, interagir, se expressar e consumir.

Dessa forma, trata-se de um mercado altamente imprevisível, visto que a inovação necessariamente se lastreia no futuro, numa criação capaz de revolucionar as estruturas já existentes, de formas ainda não pensadas. Mais do que isso, trata-se

da necessidade da rapidez desse desenvolvimento, tendo em vista que a intensidade da revolução tecnológica exige das empresas que se renovem a todo momento.

Assim, não é mais suficiente criar produtos utilizando a tecnologia já existente, pois eles se tornarão obsoletos assim que estiverem disponíveis, pois certamente existirão concorrentes que já terão produzido um produto mais avançado. Nesse contexto, é necessário antecipar a tecnologia que estará disponível nos próximos anos, para que os produtos e serviços oferecidos sejam bem-sucedidos.

Diante dessa renovação constante do mercado, surge a necessidade do direito de acompanhar e se adaptar a esse movimento, devendo responder em tempo à todas essas mudanças. Mais do que isso, a tecnologia leva à criação de novos campos do direito, como o direito à internet³⁷ e à proteção de dados, bem como a modernização do direito tradicional, como o direito do consumidor e o direito à privacidade.

E como fica o direito antitruste em meio a tudo isso? Certamente é uma das áreas do direito mais impactadas pelos avanços e inovações tecnológicas. A todo instante são criados novos produtos, mercados e serviços que impactam diretamente a economia e o funcionamento do mercado, e conseqüentemente, os consumidores. Como balancear o avanço tecnológico e a liberdade de mercado com a privacidade e proteção do consumidor?

Primeiramente, é necessário que o direito esteja atualizado para lidar com as referidas inovações, adaptando as categorias jurídicas já existentes às suas peculiaridades. É necessário estudar e entender o funcionamento dessas tecnologias, para que a aplicação do direito seja atual e para que isso se traduza em seus conceitos, limitações, interpretações e finalmente, em sua legislação.

É preciso entender que é por meio da regulação que o Estado transmite confiança aos consumidores sobre a qualidade dos serviços prestados e produtos oferecidos, garantindo seus direitos fundamentais e individuais ao tempo em que permite essas inovações. É por isso que, além de acompanhar e compreender a tecnologia, o direito deve também se tornar dinâmico.

Isso se dá porque a burocracia regulatória que cerca o direito nem sempre é capaz de acompanhar o processo de desenvolvimento tecnológico, engessando a sua

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.** Frank La Rue. Nova Iorque, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

regulação. Essa disparidade tem efeitos danosos significativos, podendo gerar a ineficiência do processo produtivo. Isso é, na tentativa de regular um mercado mais dinâmico que os próprios mecanismos de regulação, o direito pode falhar em permitir que a produção tecnológica funcione na velocidade em que pretende.

Em consequência, a regulação pode acabar se tornando um freio de mão à inovação, tornando-se excessivamente intervencionista. Essa aplicação distorcida da regulação pode fazer com que os consumidores deixem de ter acesso a produtos ou serviços que seriam benéficos ou capazes de gerar bem-estar, gerando exatamente o efeito oposto.

Com efeito, a nova economia apresenta dinâmicas completamente distintas, especialmente em relação aos serviços digitais. Especialmente quando se trata dos bens e serviços imateriais que são oferecidos na área da informação, como as redes sociais e aplicativos, que possuem custos altamente reduzidos.

Assim, o valor dessas empresas está não no preço dos serviços ofertados, mas no valor das informações e dados pessoais que detém, por mais difícil que seja calculá-los. Certamente, essa mudança na valoração de determinados bens afeta o cálculo de poder econômico das empresas, e conseqüentemente, a análise feita pelo direito da concorrência.

3.5. Monetização da informação e poder econômico

Como falado anteriormente, a coleta e o armazenamento de dados estão transformando a realidade da economia, permitindo a criação de novos nichos de mercado, produtos e serviços. Nesse contexto, surgiram conceitos como inovações baseadas em dados (*data-driven innovation*) e mercado baseado em dados (*data-driven market*)³⁸, os quais se referem a essa nova economia que se lastreia na tecnologia da informação como recurso para a criação de produtos, serviços e processos.

Os *data-driven markets*, por sua vez, são aqueles substanciados pela coleta e uso de dados, fazendo com que esses mercados sejam movimentados e fomentados

³⁸ McKinsey Global Institute, **Big Data: The next Frontier for Innovation, Competition, and productivity.** Junho de 2011, p.4. Disponível em: https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf

por inovações e tecnologia geradas pela coleta dessas informações. Isso ocorre porque as informações processadas são capazes de oferecer diversos benefícios à essas empresas, fornecendo vantagens competitivas e econômicas diante de seus concorrentes.

Deve-se observar que a grande vantagem das informações coletadas não é simplesmente a criação de um novo mercado, devido à praticidade e tecnologia dos produtos criados. A vantagem é, na verdade, que essas informações possuem determinado valor, dependendo da capacidade de analisar e correlacionar os dados coletados e extrair novos conhecimentos. Ou seja, quanto maior a capacidade de analisar uma informação, mais valor será gerado, porque essas relações serão feitas com maior velocidade, gerando cada vez mais dados.

Daí é importante analisar o conceito de análise de dados (*big analytics*), o qual se trata da capacidade técnica de extrair conhecimento por meio de ferramentas que geram poder para entender, influenciar e controlar os dados objetos dessa extração.³⁹ Por esse motivo, diz-se que o *big data* e o *big analytics* são mutuamente dependentes, reforçando o valor um do outro- visto que a capacidade de aprender e analisar um dado vai depender da relevância da informação processada.

Nesse contexto, uma empresa que possui ferramentas com grande capacidade de processamento poderá fazê-lo em maior velocidade, captando um maior volume dados, conseqüentemente, gerando uma maior variedade. Assim, quanto mais dados uma empresa pode coletar, mais ela sabe, e um melhor produto ela é capaz de oferecer- o que gera poder econômico.

Essa é a relação simplificada entre a coleta do dado e a criação de valor, porquanto uma empresa é capaz de transformar esse conhecimento em novos produtos, serviços, mercados, e assim por diante. Um bom exemplo de *data-driven market* gerado pela análise desses dados é o de publicidade, tendo em vista a capacidade de gerar anúncios voltados às preferências daquele consumidor.

As empresas que fornecem as redes sociais ganham dinheiro colocando anúncios, fotos e notícias diante dos nossos olhos. Ao serem capazes de medir nossa reação, elas sabem exatamente como nos alcançar. Afinal, elas já coletaram

³⁹ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Item [2.19].

informações suficientes sobre o usuário para saberem ao certo como chamar sua atenção.⁴⁰

Assim, uma empresa é capaz de atingir seu público-alvo com maior facilidade, aumentando o número de vendas e evitando gastos desnecessários. Ao coletar dados pessoais de cada usuário, a empresa saberá exatamente como direcionar sua publicidade, sabendo inclusive quando colocá-la diante do consumidor, além de quanto cada um deles estará disposto a gastar com o seu produto.

Dessa forma, fica fácil visualizar o potencial de monetização da informação, a qual pode ser utilizada para alcançar os mais diversos fins e gerar cada vez mais poder econômico para uma determinada empresa. Percebe-se, então, que a detenção de dados pessoais é capaz de gerar grande número de informações monetizáveis pelas empresas.

Portanto, fica claro que esses dados têm impacto significativo no mercado e no poder dessas empresas, passando a representar, possivelmente, um critério sensível para a economia e para o próprio direito da concorrência.

3.6. Acesso a dados: problema concorrencial?

Alguns argumentos principais são levantados para defender que os dados pessoais não são potencialmente lesivos à concorrência. Existem basicamente três pontos principais: (i) a gratuidade; (ii) o fácil acesso e (iii) a não rivalidade desses dados.

A primeira é que a maioria desses serviços é oferecida gratuitamente, não gerando, inicialmente, preocupações concorrenciais - por não serem mercados que movimentam capital diretamente. Mas devemos ser cautelosos e não nos deixarmos enganar por esse mito, já que sabe-se que a detenção desses dados gera uma

⁴⁰ “They make their money by putting photos, personal posts, news stories and ads in front of you. Because they can measure how you react, they know just how to get under your skin. They collect data about you in order to have algorithms to determine what will catch your eye, in an “attention economy” that keeps users scrolling, clicking and sharing—again and again and again.” **The Economist**. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21730871-facebook-google-and-twitter-were-supposed-save-politics-good-information-drove-out>

enorme quantidade de poder à essas empresas, que os utilizam para aprimorar seus produtos e, assim, geram capital.

Um bom exemplo para ilustrar a questão é a fusão entre o Facebook e o Whatsapp. O Facebook oferece um serviço de mensagens sem cobrar nada do usuário, afinal o Whatsapp é um aplicativo gratuito. Em troca, ele coleta dados desses usuários, para analisá-los e gerar publicidade baseada em suas preferências. Como não existe publicidade dentro do aplicativo do Whatsapp, ele o faz por meio do Facebook.

Tudo isso por meio de serviços gratuitos, portanto a fusão não gera preocupações concorrenciais, num primeiro momento. Entretanto, sabe-se que o Facebook é uma das empresas mais ricas do mundo, mesmo oferecendo serviços gratuitos. É fácil entender, portanto, o valor que possuem esses dados.

Dessa maneira, a monetização da informação gera poder econômico para quem a detém, devido ao seu potencial de gerar conhecimento e valor. Como se pode imaginar, não são os consumidores ou pequenas empresas que irão se beneficiar disso, mas sim as grandes empresas com tecnologia suficiente para coletar e processar esses dados numa velocidade maior – portanto, estarão cada vez mais à frente daqueles que não possuem, gerando concentração econômica.

Não é à toa que algumas das maiores empresas do mundo são de tecnologia da informação, como a Apple, Microsoft, Alphabet, Facebook e Amazon⁴¹. Há alguns anos, as maiores empresas estavam concentradas no ramo do petróleo, considerado um dos recursos mais lucrativos existentes. Agora não apenas a informação é o recurso mais lucrativo como, ainda, gera bem-estar aos consumidores. Afinal, quem quer viver sem fazer pesquisas no Google ou contatar os amigos no Facebook?

Mais do que isso, quanto mais pessoas utilizam esses serviços, mais pessoas são atraídas a utilizá-los. Com o maior uso, mais dados são gerados, aumentando ainda mais o poder dessas empresas. Esse fenômeno é conhecido como network effect (efeito de rede), e é responsável por potencializar ainda mais o alcance dos serviços oferecidos e da coleta desses dados.⁴²

⁴¹ As dez maiores empresas do mundo são de tecnologia. **Economia Online**. Disponível em: <https://eco.pt/2017/09/22/as-dez-maiores-empresas-do-mundo-sao-tecnicas/>

⁴² “This abundance of data changes the nature of competition. Technology giants have always benefited from network effects: the more users Facebook signs up, the more attractive signing up becomes for others. With data there are extra network effects. By collecting more data, a firm has more scope to improve its products, which attracts more users, generating even more data, and so on.” The world’s most valuable resource is no longer oil, but data. **The economist**. Disponível em:

Quanto ao argumento da facilidade de acesso, também é falho pois sabe-se que todas as empresas têm, teoricamente, acesso à esses dados - mas apenas algumas têm tecnologia suficiente para processar e fazer seu melhor uso. Essas últimas, por sua vez, os alcançam e os utilizam primeiro, se posicionando à frente das outras e ganhando vantagem competitiva.

Já em relação à não-rivalidade desses dados, é arguido que o uso de um dado por uma empresa não impede que outras também o colem e o processem, já que não é um bem finito ou que se degrada com o uso. Entretanto, esse argumento esquece de analisar um conceito importante: o valor do dado.

O problema é que o valor de um dado não permanece o mesmo com o tempo, como no caso de um CD, por exemplo, que pode ser multiplicado e vendido para inúmeras pessoas e o seu valor vai continuar o mesmo. Mas o fato de que os dados podem ser facilmente copiados e utilizados diversas vezes não quer dizer que eles irão reter o seu valor, porque eles o perdem a cada utilização.

Com efeito, o valor está exatamente na capacidade de correlacionar informações e gerar um novo conhecimento, capaz de prever, criar e manipular o mercado. Assim, a perda do valor está diretamente ligada ao número de pessoas que tem acesso àquela informação, porque ela deixa de ser exclusiva.

Exatamente por isso pode-se perceber que na verdade os dados não são um bem público, porque a sua publicização diminuiria imediatamente o seu valor. Caso contrário, as empresas não estariam investindo bilhões de dólares para por as mãos em informações antes que outras o façam. No mesmo sentido, o Facebook não estaria investindo tanto em uma rede social gratuita para coletar dados pessoais, se as outras empresas pudessem ter acesso aos dados que ele coleta.

Nesse contexto, a posse e análise de dados por uma empresa gera, segundo Stucke ⁴³, uma série de preocupações concorrenciais. Assim, parte-se dos pressupostos que:

- (i) atualmente, o *big data* é uma ferramenta acessível, podendo a maior parte das empresas adotar uma estratégia o utilizando;

<https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>

⁴³ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Capítulo 4.

- (ii) as empresas estão adotando cada vez mais modelos de negócio voltados para o uso de dados pessoais, fornecendo serviços gratuitos com o intuito de obter cada vez mais dados para auxiliar na publicidade e venda de produtos, além de aprimorar os já existentes- o que torna a disponibilidade do *big data* uma vantagem competitiva muito alta;
- (iii) as *data-driven companies* estão cada vez mais adotando estratégias para manter suas vantagens competitivas por meio do uso do *big data*-fazendo com que empresas que não o utilizem fiquem em desvantagem;
- (iv) o valor dos dados depende de seu volume, variedade e velocidade, portanto as empresas vão focar em oportunidades de adquirir vantagem sobre as outras por meio de fusões estratégicas voltadas ao mercado de dados;
- (v) o aumento das fusões voltadas ao mercado de dados vai gerar significativamente maior eficiência para as empresas envolvidas;
- (vi) as empresas, para obter ou manter vantagem competitiva, serão incentivadas à limitar o acesso de seus concorrentes a esses dados- potencialmente adotando estratégias anticoncorrenciais.

Assim, tendemos a um mercado dominado por aquelas empresas que já possuem algum poder de mercado, capazes de adquirir ou se fundir a seus concorrentes, e até mesmo de evitar a entrada de novas empresas em seu mercado de atuação.

Aqui temos os mais diversos casos, como o Facebook comprando o Whatsapp, por exemplo, transação que custou aproximadamente 19 bilhões de dólares⁴⁴. O preço pode parecer excessivo, mas não é pela tecnologia do aplicativo que a empresa está pagando, mas sim pela eliminação de um potencial rival e pela obtenção dos dados pessoais que estavam em seu poder, garantindo assim sua posição dominante.

Segundo a OECD, o mercado de dados favorece a criação de concentração econômica e posição dominante pelas empresas.⁴⁵ Tal fenômeno se justifica porque

⁴⁴ Facebook Closes \$19 Billion WhatsApp Deal. **Revista Forbes**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/parmyolson/2014/10/06/facebook-closes-19-billion-whatsapp-deal/#5e82b7bd5c66>

⁴⁵ OECD. **Data-driven innovation for Growth and Well-being**. Página 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>

o sucesso das empresas leva a um resultado de “winner takes all”, tendendo a levar à concentração, causada pela detenção de tecnologia superior à das demais empresas.

Primeiro porque a tecnologia detida pelas grandes empresas garante vantagem competitiva, permitindo que colem dados pessoais anteriormente, com mais velocidade e capacidade de processamento, gerando maior valor. Segundo que tais dados servem como mecanismo de previsão de mercado, permitindo que tais empresas antevejam condutas que possivelmente ameacem a sua soberania.

Nesse sentido, o acesso a dados acaba protegendo as grandes empresas contra possíveis competidores, já que seus mecanismos de vigilância e previsão de mercado podem facilmente antever a entrada de um rival, por exemplo. Não só isso, mas podem ver quando uma empresa ou produto começa a ganhar atenção, podendo copiá-lo ou simplesmente comprá-lo antes que se torne uma ameaça efetiva.

Com efeito, a posse de dados pessoais e tecnologia detida por *data-driven companies* gera concentração econômica, facilitando que essas empresas se mantenham no poder. Por esses motivos, a análise dos atos de concentração deve ser feita de forma aprofundada e delicada, porque trata-se de um mercado que facilita essa concentração.

Nesse sentido, levando em conta que a concentração econômica propicia o abuso de posição dominante, deve-se relacionar esse tipo de conduta à ameaça aos direitos do usuário. Afinal, trata-se de um mercado que se utiliza diretamente de suas informações pessoais para gerar poder econômico, colocando em jogo a sua privacidade.

4. ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM *DATA-DRIVEN MARKETS*

4.1. Problemas de privacidade gerados por concentrações econômicas

A procura por incluir questões de privacidade na análise antitruste remonta à 2007, diante da aquisição da DoubleClick pelo Google. Com efeito, diversos indivíduos e agentes econômicos levantaram preocupações com a integração da base de dados das duas companhias e à crescente capacidade que o Google teria para monitorar o comportamento dos usuários, mesmo fora de sua plataforma.

Marc Rotenberg, presidente da Electronic Privacy Information Center - EPIC, em manifestação ao Senado americano contra essa operação, afirmou que por ser o direito à privacidade um direito fundamental, autoridades antitruste não poderiam ficar alheias a situações que ameaçariam esse direito.

Rotenberg clamava, assim, que, ou o FTC (Federal Trade Commission) devia estabelecer salvaguardas substanciais à privacidade por meio de um remédio antitruste, ou a operação entre o Google e o DoubleClick deveria ser reprovada.⁴⁶

Rivais como Microsoft desafiaram a fusão, alegando que daria ao Google vantagem injusta de pesquisa e ferramentas de publicidade. O Google, por sua vez, afirmou que a fusão traria diversos benefícios aos consumidores, oferecendo anúncios mais relevantes, mais opções de escolha e oportunidades de compra. A FTC concordou que a operação não levantaria riscos à concorrência e a aprovou.⁴⁷

Mais tarde, diversas questões surgiram acerca dessa mesma operação, percebendo-se que a combinação das duas empresas voltadas à dados daria ao Google significativa quantidade de informações pessoais dos usuários, ganhando

⁴⁶ "It is our view that unless the Commission establishes substantial privacy safeguards by means of a consent decree, Google's proposed acquisition of Doubleclick should be blocked." **ROTENBERG, Marc. Hearing on: An examination of the Google-DoubleClick merger and the online advertising industry.** What are the risks for competition and privacy. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Rotenberg%20Testimony%2009272007.pdf>

⁴⁷ "The FTC's strong support sends a clear message: this acquisition poses no risk to competition and will benefit consumers," said Eric Schmidt, Google's chairman and CEO. "We hope that the European Commission will soon reach the same conclusion, and we are confident that this deal will deliver more relevant ads for consumers, more choices for advertisers, and more opportunities for website publishers." Disponível em: <https://www.cnet.com/news/ftc-allows-google-doubleclick-merger-to-proceed-1/>

vantagem desproporcional no mercado e pondo em risco os direitos do consumidor, especialmente o de privacidade.

Note-se que, por ser o *data-driven market* um mercado relevante que se utiliza de dados pessoais como insumo para gerar poder econômico e capital, existem pontos de encontro entre o risco que o uso de dados pessoais representa à privacidade dos consumidores e os problemas concorrenciais gerados por esse tipo de operação.

Assim, alguns atos de concentração entre empresas nos Estados Unidos e na Europa já causaram preocupações iniciais em relação a privacidade dos consumidores. Por esse motivo, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Comissão Europeia estão começando a se preocupar com o tema, mas ainda há muito caminho a percorrer.

Um ato de concentração que levantou questões importantes quanto ao debate de privacidade no direito da concorrência foi a fusão entre o Facebook e o Whatsapp, visto que sua relação com a privacidade dos consumidores e a ameaça de posição dominante é mais clara. Quando o Facebook comprou o Whatsapp, em 2014, por significativos 19 bilhões de dólares, muitas dúvidas foram levantadas.

Apesar da operação ter sido aprovada, A FTC avisou o Facebook sobre os riscos de usar os dados pessoais dos usuários do Whatsapp.⁴⁸ A diretora de proteção ao consumidor afirmou que a empresa deveria continuar honrando a sua promessa de privacidade aos consumidores, não utilizando seus dados pessoais por meio do Whatsapp, sem que antes obtivesse o consentimento individual de cada usuário.

Em contrapartida, a Comissão Europeia afirmou que “qualquer preocupação com relação à privacidade resultante da operação entre essas empresas não entraria na competência do direito da concorrência, mas sim das autoridades que tratam de proteção de dados”⁴⁹ Assim, voltou sua análise apenas para o poder de mercado e impactos econômicos da decisão, principalmente para os publicitários.

Enquanto alguns afirmam que o direito antitruste deve se preocupar com a privacidade dos consumidores, outros alegam que os problemas envolvidos em torno da privacidade não são problemas concorrenciais. O próprio CADE afirmou, em 2010,

⁴⁸ Declaração de Jessica Rich, diretora de proteção do consumidor. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatapltr.pdf

⁴⁹ Comissão Europeia, caso Facebook/Whatsapp“, COMP/M.7217, de 03.10.2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

referente à parceria entre as empresas Oi e Phorm, que tal tema não seria pertinente à atribuição institucional do órgão, ao qual cabe identificar apenas operações que possam prejudicar a concorrência.⁵⁰

Mais tarde, em 2014, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor multou o grupo Oi em 3,5 milhões de reais⁵¹ devido à mesma operação, por violação ao direito de privacidade. Dessa forma, questiona-se se realmente apenas o órgão de defesa do consumidor deveria adereçar questões de direitos pessoais do usuário, ou se as autoridades antitruste poderiam realizar esse papel.

De toda sorte, com o tempo, as autoridades vêm percebendo que privacidade e concorrência são áreas do direito independentes, mas que se comunicam em diversos pontos. Principalmente em relação aos atos de concentração, que trazem riscos tanto para o mercado quanto para o direito dos consumidores.

4.2. Reconhecendo quando o direito à privacidade e da concorrência se encontram

Fica claro que existem diversos pontos de contato entre o direito da concorrência e os direitos dos usuários, gerados por atos de concentração que envolvem o uso de seus dados pessoais. Pode-se, sob o risco de se parecer reducionista, citar alguns dos pontos de encontro principais entre privacidade e concentração econômica:

- (i) atos de concentração entre empresas de tecnologia da informação que geram potenciais problemas de privacidade;
- (ii) posição dominante de *data-driven companies* gerada por atos de concentração, que acabam criando barreira de entrada para outras

⁵⁰ Questão analisada em 2010 em ato de concentração envolvendo a tecnologia Phorm. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração No. 08012.003107/2010-31. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Julgado em: 06 out. 2010. “Não é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet. A lei atribui ao CADE o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica. Nessa linha, apenas questões que afetem a competição no mercado são passíveis de análise pelo Conselho. A privacidade na Internet não parece ser uma de tais questões, ao menos no momento”.

⁵¹ Oi recebe multa de 3,5 milhões por violar privacidade dos clientes. **Revista Valor**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3623962/oi-recebe-multa-de-r-35-milhoes-por-violar-privacidade-de-clientes>

empresas que poderiam inovar e oferecer maior privacidade aos consumidores;

- (iii) condições abusivas de privacidade impostas por empresas que alcançaram tal posição dominante.

Dessa forma, um primeiro problema seria exatamente como a concentração gerada por operações entre empresas específicas pode ser prejudicial à privacidade do consumidor. Primeiro porque gera, inevitavelmente, posição dominante e concentração de mercado, fenômenos que, por si só, devem ser analisados.

Não porque a posição é vedada, pois sabe-se que ela pode ser lícita. Mas porque a concentração de poder na mão de tais empresas acaba por propiciar condutas ilícitas, sejam elas unilaterais ou concertadas.

A questão da posição dominante é que, apesar de conquistada por meio das eficiências de mercado, deve ser delicadamente analisada pela autoridade antitruste, porque gera para a empresa em questão: (i) a possibilidade de aumentar preços; (ii) a redução do poder de escolha dos consumidores; (iii) a possibilidade de redução da qualidade dos bens e produtos oferecidos, e (iv) diminuição da inovação.

Certamente, é fácil identificar que certos atos de concentração geram uma posição dominante que diminui as possibilidades de escolha do consumidor, que não encontra outras opções no mercado caso queira escolher outro produto ou serviço, por exemplo. Facilita também o aumento de preços e a redução da qualidade dos bens oferecidos, se à questão não for dada a devida atenção.

Portanto, em caso de preocupações em relação à um ato de concentração que gere significativo poder de mercado, este só poderá ser aprovado caso haja comprovação de eficiências geradas pela operação, que superem os efeitos negativos aos consumidores. Não só isso, mas deve-se comprovar que tais eficiências não seriam alcançadas de outra forma. Por essa razão, fala-se na eficiência como uma defesa a ser invocada pelas partes.⁵²

Mas podemos ir mais longe. Sabe-se que as preocupações geradas por atos de concentração, por si só, merecem análise detalhada das autoridades, de acordo com os critérios do controle de estruturas. Ocorre que, nesse mercado especificamente, existem também preocupações relacionadas à privacidade.

⁵² FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017. P. 152.

Com efeito, os serviços e produtos oferecidos por empresas de tecnologia da informação que se utilizam do *big data* para alcançar conhecimentos específicos devem ser tratados de forma extremamente delicada.

Primeiro porque esses serviços estão diretamente relacionados à privacidade dos consumidores. Dessa forma, se uma empresa ocupar posição dominante em um mercado que já possui altas barreiras de entrada, como será analisado no caso do mercado de dados, ela estará impondo um modelo de negócio que trata da privacidade da forma como escolher. Assim, ela estará impedindo a entrada de novas empresas, que poderiam oferecer maior privacidade aos consumidores.

Ademais, não só o consumidor acaba sem poder de escolha, mas também a posição dominante não incentiva a empresa a se desenvolver e oferecer melhores condições de privacidade e qualidade ao consumidor- o que ocorreria naturalmente num cenário de competição.

Nesse contexto, imagine-se uma empresa que produza automóveis. Em determinado momento, ela passa a ocupar uma posição dominante e é desincentivada a continuar se inovando. Por isso, ela passa a produzir automóveis não tão seguros, por falta de concorrentes que o produzam. Nesse caso, mesmo a qualidade ruim sendo um problema de concorrência que gera efeitos negativos aos consumidores, a autoridade antitruste não tem o poder de obrigar a empresa a produzir carros mais seguros.

As autoridades antitruste, portanto, têm o poder de controlar as operações que ocorrem no mercado, mas elas não têm a habilidade de oferecer novos produtos ou serviços que incentivem a inovação ou mantenham a concorrência atualizada. Nesse caso, não podem fazer nada até que surja um novo player capaz de desafiar a concorrência.

Agora suponha-se que um concorrente que produz carros mais seguros entre no mercado, afetando o poder das outras empresas. A partir daí, as outras empresas vão naturalmente passar a se inovar e a produzir melhores produtos, para que possam se manter no mercado.

No mesmo sentido, uma empresa que domine o mercado de dados significativamente pode passar a abusar da sua posição, reduzindo arbitrariamente a privacidade dos consumidores, por meio de condições de uso abusivas.

Um bom exemplo para ilustrar essa situação é o caso do aplicativo do Messenger do Facebook, em que a empresa impôs condições abusivas aos seus

usuários em seus termos de uso⁵³. Algumas solicitações invasivas eram permissão para gravar áudio com o microfone do celular e para uso da câmera para fazer fotos sem a permissão do usuário, por exemplo.

A questão a ser colocada não é o consentimento do usuário propriamente dito-afinal, sabe-se que a grande maioria dos usuários não se dá ao trabalho de ler os termos de uso. É o abuso da posição dominante em si, exatamente porque tais empresas sabem do poder que têm dentro do mercado e que, dificilmente, mesmo sabendo das condições impostas, os usuários deixariam de utilizar os seus serviços.

Não porque são completamente reféns das redes sociais, mas principalmente porque não existem concorrentes bons o suficiente para fazê-los migrar para um serviço com melhor proteção de sua privacidade.

Isso ocorre porque no mercado de dados, diferentemente dos outros, dificilmente vai surgir um novo concorrente capaz de superar os produtos das grandes empresas e oferecer melhor privacidade aos consumidores. Isso porque as grandes empresas já estão na posse dos dados mais valiosos, os utilizando sempre com antecedência e maior velocidade, gerando vantagem competitiva.

Portanto, se tais empresas abusarem de sua posição dominante, as autoridades antitruste nada poderão fazer, pois se abstiveram de controlar a operação que prejudicava a privacidade dos consumidores em primeiro lugar- já que ela não apresentava potenciais riscos à concorrência.

Ademais, o cenário de supremacia dessas empresas vem gerando um pessimismo generalizado nos consumidores. Com efeito, o controle que o usuário tem sobre sua privacidade é tão pouco, na prática, que dificilmente ele irá enfrentar esse sistema ou optar por não utilizar os serviços oferecidos.

Uma pesquisa feita recentemente informou que 91% dos americanos acredita que perdeu o controle sobre os dados que são coletados e usados pelas empresas⁵⁴. Ainda assim, os consumidores permitem o acesso a esses dados, devido aos

⁵³ *Case in point: Facebook's Messenger App, which boasts more than 200,000 million monthly users, requires you to allow access to an alarming amount of personal data and, even more startling, direct control over your mobile device.* Huffington Post. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/sam-fiorella/the-insidiousness-of-face_b_4365645.html?utm_hp_ref=tw

⁵⁴ "A 2014 survey by the Pew Research Center found the majority 'feel that their privacy is being challenged along such core dimensions as the security of their personal information and their ability to retain confidentiality'. In the survey, 91% agreed that consumers have lost control over how personal information is collected and used by companies". STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford University Press, 2016. Item [1.13]

monopólios já existentes de empresas de tecnologia, já que nem sempre o mercado oferece alternativas que protejam a privacidade.

4.3. Devem essas operações ser reguladas por um direito da concorrência?

Por meio do uso do *big data* e da manipulação de dados, as empresas passam a direcionar as escolhas privadas, desde o que comprar até que filme assistir. O lado bom é que a análise identifica padrões e gera gostos da preferência do usuário- mas, em troca, ela ameaça a identidade individual e a livre escolha.

Para se ter uma ideia, os resultados buscados no Google já são enviesados e adaptados ao consumidor, por motivos comerciais. Se pesquisarmos qual é o melhor restaurante para jantar na cidade, provavelmente os primeiros resultados serão aqueles que pagaram pelo espaço de publicidade, e não os que realmente têm a melhor qualidade.

Assim, tudo o que fazemos, compramos, assistimos e compartilhamos já foi previamente selecionado para nós. Claro que podemos deixar de fazer ou ler o que nos é sugestionado, mas definitivamente o fator da praticidade tem peso determinante.

O debate guarda relação íntima com a preocupação sobre os riscos de manipulação das preferências individuais. Essa tese entende que certas plataformas apresentam uma capacidade de influência política e social, o que já é mais preocupante, porque trata-se de escolhas pessoais e internas, e não meras decisões de cotidiano- levando à reflexão sobre qual é o limite dessa influência sobre o usuário.

Em contrapartida, pode-se questionar se essa manipulação de dados necessariamente é prejudicial ao consumidor. Afinal, o uso do *big data* pode auxiliar na criação de novos produtos e serviços voltados às suas preferências, facilitando a sua vida. Ademais, é difícil afirmar que o consumidor é prejudicado pelos resultados gerados: afinal, se ele não está satisfeito com um resultado, basta ele continuar procurando até encontrar.

Entretanto, os consumidores podem (e realmente parecem) estar dispostos a dar mais informações em troca de produtos mais customizados. Nesse cenário, sobrepor a preferência dos usuários pela da autoridade pública pode ser problemático.

Nesse sentido, seria de se esperar que o próprio mercado apresentasse os melhores resultados. Na medida em que o número de consumidores que deem maior valor à proteção de seus dados cresça, o mercado ofertaria serviços que atenderiam essa demanda.

Um bom exemplo é o buscador DuckDuckGo, que se anuncia como “a ferramenta de busca que não rastreia você”.⁵⁵ A proposta do serviço é propor um modelo de negócio que oferece maior proteção à privacidade ao usuário- o que seria uma solução naturalmente oferecida pela concorrência. Entretanto, para que a privacidade seja melhor garantida com o livre mercado, é necessário que não haja forças que prejudiquem esse desempenho.

Se, por exemplo, o Google perceber a DuckDuckGo como uma ameaça, ele poderia comprá-la para se manter em posição dominante. Claro que isso dependeria da aprovação das autoridades antitruste, por meio da análise concreta de *market share* realizada e todo o complexo cenário de agentes e mercado envolvido. Vamos adotar, por motivos de análise, um cenário em que essa operação ocorresse.

Se essa fusão de fato ocorrer, não haveria um efeito concorrencial necessariamente negativo palpável, principalmente tratando-se do aumento do preço do serviço de motor de busca, afinal são serviços gratuitos.

Entretanto, o impacto para os usuários seria extremamente negativo, porque o Google estaria comprando uma das únicas concorrentes que efetivamente tenta melhorar a proteção da privacidade dos consumidores. E, caso isso ocorra, o órgão de defesa da concorrência seria um dos poucos capazes de impedir a operação e zelar por esse direito.

Justamente aí se mostra necessário o controle de estruturas, para analisar os impactos da operação sobre o mercado e os consumidores. Deve-se pensar de que forma o ato de concentração impactaria os direitos do consumidor, no sentido de garantir a qualidade- tanto do produto quanto da concorrência.

Primeiro porque o produto deve se manter atualizado e inovador, resguardando sua qualidade. Segundo porque deve haver concorrência suficiente para permitir que ele seja desafiado, podendo assim se renovar constantemente, atendendo à expectativa do mercado e dos consumidores.

⁵⁵ Mais informações em: <https://duckduckgo.com/about>

Afinal, o mercado só apresentará resultados ótimos se os agentes econômicos tiverem incentivos para buscar a preferência dos consumidores, algo que parece não existir para quem detém poder de mercado. Sem incentivo, uma empresa que ocupa posição dominante pode arbitrariamente optar por diminuir os direitos e garantias do consumidor.

Portanto, trata-se da aplicação do direito antitruste à proteção do consumidor – aqui materializada na forma de proteção à privacidade. Se uma das finalidades do direito antitruste é a proteção do consumidor, para que ele possa manifestar suas preferências, parece necessário evitar que o poder econômico possa limitar essa escolha.

Ainda que a proteção de dados não seja uma questão essencialmente concorrencial, a depender da estrutura do mercado ela se torna, sim, um problema de concorrência. Afinal, a partir do momento em que o usuário possui apenas uma opção de serviço ou produto, o qual limita a sua privacidade, não podendo recorrer a outras alternativas, o seu direito estará cerceado. Nesse caso, certamente deve o direito da concorrência se preocupar.

4.4. O problema (e o risco) da análise meramente econômica das operações em *data-driven markets*

É fácil visualizar, portanto, porque deve o direito da concorrência se preocupar com os direitos pessoais do usuário em casos de atos de concentração em mercados de dados. Entretanto, a análise desses atos deve ser feita de forma mais delicada, pois as preocupações se voltam principalmente para a qualidade do produto e da concorrência, e não apenas preocupações econômicas.

Isso porque as operações que levam à concentração econômica acabam por cercear o poder de escolha dos consumidores, que ficam presos à uma só empresa ou produto, limitando assim a sua própria privacidade.

Afinal, nos *data-driven markets*, diferentemente dos outros, é muito difícil surgir um concorrente que efetivamente ameace a supremacia das grandes empresas, e ao mesmo tempo ofereça melhores condições de privacidade aos consumidores. Isso porque as grandes empresas já estão na posse dos dados mais valiosos, porque os

coletaram primeiro, e os utilizam com antecedência- mantendo, assim, sua vantagem competitiva.

Portanto, a situação é delicada exatamente porque as fusões relativas aos *data-driven markets* podem não causar preocupações concorrenciais em um primeiro momento, pois os serviços oferecidos nos mercados de dados são geralmente gratuitos, por isso raramente vão levantar preocupações concorrenciais dentro dos critérios pré-fixados atualmente.

E é exatamente esse o problema- os critérios existentes hoje na legislação para analisar atos de concentração não abarcam os problemas gerados pelos *data-driven markets*. As autoridades antitruste têm, nos últimos anos, levado em consideração critérios que são mensuráveis, como o faturamento das empresas e eficiências de mercado.

Entretanto, essa abordagem centrada no preço não funciona para *data-driven markets*, em que os produtos e serviços são oferecidos gratuitamente, em sua maioria. Portanto, os consumidores estão acostumados a não pagar por eles, e os potenciais danos causados a esses consumidores são difíceis de quantificar.

Nesse sentido, pode-se usar como exemplo a aquisição do Whatsapp pelo Facebook, operação que não teria sido analisada pelas autoridades antitruste apenas com base no critério econômico de faturamento, por não ter o Whatsapp faturamento suficiente para necessitar de notificação às autoridades.

Em sentido contrário, a autoridade de concorrência da Comissão Européia, Margrethe Vestager, afirmou em anúncio público⁵⁶, logo após a referida operação, que:

⁵⁶ The issue seems to be that it's not always turnover that makes a company an attractive merger partner. Sometimes, what matters are its assets. That could be a customer base or even a set of data. (...) Or a company might be valuable simply because of its ability to innovate. A merger that involves this sort of company could clearly affect competition, even though the company's turnover might not be high enough to meet our thresholds. So by looking only at turnover, we might be missing some important deals that we ought to review." Vestager, M. (2016). **Refining the EU Merger Control System**. Bruxelas, 10 de março de 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en

“nem sempre o faturamento faz da empresa um parceiro de fusão atraente. Às vezes, o que importa são os seus ativos. Isso poderia ser uma base de clientes ou mesmo um conjunto de dados. (...) ou uma empresa pode ser valiosa simplesmente por sua capacidade de inovar. Uma fusão que envolve esse tipo de empresa poderia afetar claramente a concorrência, mesmo que o faturamento da empresa não seja suficientemente alto para atingir nossos critérios de notificação. Então, olhando apenas o faturamento, podemos estar perdendo algumas operações importantes que deveríamos rever”.

Dessa forma, deve-se pensar numa forma de analisar esse tipo de mercado levando em consideração outros critérios. Em suas diretrizes, as autoridades antitruste admitem a importância de critérios não-econômicos de concorrência, como qualidade e inovação. Elas reconhecem como um aumento no poder de mercado pode ser realizado por meio de condições não-econômicas que afetem aos consumidores, como reduzir a qualidade, a variedade ou a inovação de determinado produto ou serviço.

Deve-se perceber, ainda, que nesse mercado a concorrência ocorre em diferentes níveis: primeiramente, as empresas competem para atrair consumidores a gastarem tempo em suas plataformas. Em segundo lugar, elas competem pelos meios de coletar dados, no caso, os aplicativos e redes sociais. E apenas em terceiro, competem pela publicidade paga na plataforma. Assim, a fusão pode causar danos à diferentes grupos, desde publicitários até usuários do aplicativo.

O problema é que as autoridades antitruste muitas vezes consideram os impactos apenas do lado da publicidade, pois tem efeitos econômicos, e não do lado gratuito, dos consumidores.

Mas é importante reconhecer que, em alguma medida, as autoridades antitruste reconhecem a importância da avaliação qualitativa da concorrência. Assim, para saber se uma operação tem potencial para prejudicar a qualidade ou outros parâmetros não-econômicos, as autoridades podem aplicar métodos análogos àqueles que aplicam para avaliar a competição relacionada à preços.

A análise antitruste gira em torno da possibilidade de a operação dar poder às empresas para aumentar os preços de seus produtos ou serviços, e como os consumidores reagiriam a isso. Basicamente, toda a análise gira em torno do aumento de preços, seja no impacto no mercado, barreiras de entrada ou reação dos consumidores.

Na verdade, principalmente sob a influência da escola de Chicago, a análise antitruste raramente tem se voltado para critérios além do preço, como a redução da qualidade dos produtos. Os efeitos sociais, políticos ou morais das operações são frequentemente deixados de lado, não porque são menos importantes, mas porque é muito mais difícil quantificar esses aspectos.

Outra dificuldade é que estamos tratando de mercados multilaterais (multi-sided markets), um modelo de mercado que traz consigo dois ou mais grupos distintos e interdependentes de consumidores. Então a concorrência ocorre em diversas áreas, desde o lado gratuito do mercado (como inovação e proteção de privacidade), até o lado pago (como publicidade).

Portanto, fusões ocorridas nesse mercado podem afetar a concorrência em qualquer desses segmentos e parâmetros, como qualidade e privacidade, e não afetar outros, como preço. Assim, quando o produto é gratuito, o critério que vai influenciar a concorrência será qualitativo, e muito dificilmente o preço por si só.

Nesses mercados multilaterais em questão, a qualidade é ainda mais difícil de quantificar, porque além das várias dimensões envolvidas, o preço dos produtos tende a zero, tornando a análise ainda mais subjetiva. Assim, é muito mais difícil identificar os mercados relevantes, entender a entrada de agentes e prever os efeitos de operações, como seria em um mercado unilateral.

O problema é que não existem ferramentas suficientes para analisar os possíveis impactos de uma operação sem utilizar critérios quantitativos como base. Por exemplo, a possibilidade de uma fusão promover ou inibir a inovação, ou a magnitude desses possíveis efeitos, são critérios extremamente difíceis de medir.

O pior, na verdade, é que qualquer indicio de que a fusão irá gerar mais inovação pode ser utilizado para desqualificar a análise antitruste, sob o argumento de que os efeitos serão necessariamente positivos para os consumidores, e qualquer interferência das autoridades iria prejudicar esse benefício.

Portanto, essa abordagem gera falsos negativos, quer dizer, o fato de as autoridades não possuírem ferramentas suficientes para medir esse impacto, permite que diversas operações prejudiciais à concorrência sejam aceitas, em nome da inovação ou qualquer outro benefício imediato.

Com efeito, é muito mais difícil mensurar os efeitos da operação de forma sistêmica, a longo prazo, e como ela pode impactar a eficiência, a estabilidade e a concorrência como um todo. O perigo é ainda maior se as autoridades acreditarem

que basta uma mera análise econômica relativa ao impacto imediato dos preços no mercado, permitindo que ocorram fusões potencialmente prejudiciais entre grandes empresas.

Outro problema dos *data-driven markets* é que raramente o preço vem atrelado à qualidade dos serviços e produtos oferecidos. Quer dizer, a análise econômica funciona porque muitas vezes os preços dizem muito sobre o produto- você paga mais pelo produto de melhor qualidade, teoricamente. Entretanto, em um mercado que oferece serviços gratuitos, tal análise não pode ser feita- principalmente porque as operações não causam impactos econômicos diretos nos consumidores.

É importante aqui notar que ao aceitar tais serviços gratuitos, tanto os consumidores quanto as autoridades antitruste acreditam estar tratando-se de um benefício- poder utilizá-los sem pagar nada. É claro que essa crença é falsa, visto que as empresas estão, em troca, coletando dados pessoais dos consumidores e lucrando muito com isso, aumentando cada vez mais seu poder de mercado- sem que sejam impedidas.

Por isso é importante realizar uma análise qualitativa, para não cair na falsa crença de que basta a análise de preços e impactos econômicos no mercado. Assim, estaremos aceitando fusões entre gigantes da tecnologia, em troca de benefícios de inovação momentâneos (os quais, em situação de monopólio, talvez possam nem continuar se desenvolvendo).

Portanto, a longo prazo, tanto a concorrência quanto os consumidores serão extremamente prejudicados- desde as possíveis concentrações econômicas geradas pelas diversas operações, até o cerceamento completo da privacidade dos usuários, que não terão mais como voltar atrás e deixar de viver sem os serviços oferecidos.

Assim, para evitar que essas empresas ganhem cada vez mais poder de mercado e lucro por meio de serviços gratuitos, diminuindo o poder de escolha e a privacidade do consumidor, deve ser feita uma análise qualitativa dessas operações, olhando-as sob uma nova perspectiva.

4.5. Os riscos da análise superficial das barreiras de entrada para a concentração de poder das empresas dominantes

Como se pode perceber, os *data-driven markets* possuem especificidades diversas, que pedem por uma análise diferenciada em relação aos critérios concorrenciais. Essa diferença se aplica tanto aos efeitos para os consumidores quanto para os concorrentes, que acabam prejudicados pela dominância dessas empresas, caso a análise seja feita de forma superficial.

Para começar, as barreiras de entrada para os *data-driven markets* devem ser analisadas de maneira específica, devido à forma como esse mercado funciona. Em 2015, o presidente do Google chegou a afirmar que “as barreiras nesses mercados são muito baixas porque o concorrente está à apenas um clique de distância”⁵⁷.

Com efeito, tomando-se por base os critérios tradicionais de barreiras de entrada, os obstáculos para a entrada de novos concorrentes podem parecer baixíssimos nesses mercados. A começar pelo fato de que a maioria dos produtos oferecidos são gratuitos, o que leva a pensar que não geram poder de mercado.

Já foi demonstrado que essa ideia é falha, mas, mais do que isso, é exatamente a gratuidade dos serviços que aumenta essas barreiras. Empresas como o Facebook podem oferecer seu serviço gratuitamente porque já dominam o mercado e lucram por meio da publicidade, não precisando cobrar pelo seu serviço.

Entretanto, a possibilidade de um novo concorrente conseguir oferecer seu serviço de forma igualmente gratuita é praticamente nula. Isso porque para competir com os serviços já existentes, ela não poderá cobrar mais (no caso, qualquer valor mínimo), sob o risco de reduzir completamente a atratividade do seu produto, incentivando os consumidores a permanecerem com aqueles que já existem.

Dessa forma, existem aqui dois pontos principais:

- (i) existirem empresas com produtos bons o suficiente para conseguir ameaçar a supremacia daqueles que já dominam o mercado; o que exigiria tecnologia de ponta e alto custo e, ainda
- (ii) a possibilidade de oferecer esses produtos de forma gratuita, conseguindo efetivamente concorrer com os que já estão no mercado.

⁵⁷ “No one is stuck using Google. People have choices, and they exercise them all the time. We know that if we cease to be useful, our users will leave. The barriers to entry are negligible, because competition is just one click away.” **How Google works**. Huffington Post. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com/eric-schmidt/why-google-works_b_6502132.html

Portanto, a ideia de que a gratuidade permite que os consumidores escolham abertamente qual serviço utilizar é falsa. Quer dizer, os consumidores podem até ser livres para escolher entre serviços igualmente gratuitos, mas a dificuldade é exatamente surgirem serviços inovadores o suficiente e que possam existir de forma gratuita, sem que isso represente um enorme prejuízo para a empresa.

As barreiras técnicas podem ser analisadas no mesmo sentido, pois também não existe uma restrição ao acesso aos dados existentes. Entretanto, como foi visto, apenas algumas empresas possuem a tecnologia suficiente para coletá-los com antecedência e velocidade necessárias, mantendo-se sempre em vantagem em relação às empresas que não o possuem.

A alta concentração de poder de grandes empresas como Google e Facebook demonstram que ambas a gratuidade e acessibilidade não impedem que se crie amplas barreiras de entrada. Até porque, se fosse o caso, a diminuição intencional da qualidade dos serviços e da privacidade seria uma ameaça ao poder de mercado dessas empresas, e não é isso que constatamos na realidade.

Não só isso, mas as empresas são protegidas pelos *network effects* gerados por essas redes. Quer dizer, quanto mais pessoas utilizam um serviço, mais são atraídas a utilizar, aumentando o seu alcance e poder de mercado. Ainda, a ampliação da conectividade e acessibilidade dessa rede permite que a empresa produza e colete ainda mais dados, num ciclo constante de desenvolvimento do seu próprio serviço.

Portanto, se as autoridades analisarem as barreiras por meio dos critérios originais econômicos, muito dificilmente irão adereçar corretamente o problema. Isso porque, além das vantagens competitivas geradas pela tecnologia e pela posse antecipada de dados, tem-se a gratuidade dos produtos e os *network effects* apresentados nesses mercados, que tornam as barreiras de entrada ainda mais altas em relação a outros mercados.

4.6. Relacionando os danos à concorrência e os danos à privacidade

É fácil pensar na análise da privacidade dos consumidores ao se falar em uma nova operação no mercado de dados, mas é muito difícil imaginar como essa análise poderia ser feita. Para começar, é necessário que haja dano efetivo à privacidade ou apenas uma ameaça a esse direito?

Numa análise mais clássica, as autoridades avaliam se uma operação seria capaz de prejudicar a concorrência ou o potencial de fazê-lo. Alias, esse dano deve ser quantificado e demonstrado por meio de seus possíveis ou concretos efeitos no mercado. Assim, esse tipo de violação envolve danos econômicos tangíveis, como o aumento desarrazoado de preços.

Entretanto, para violações referentes à privacidade, o dano acaba sendo individualizado e não-econômico, tornando-o muito mais difícil de quantificar. Uma forma de verificar a limitação da privacidade do consumidor é pela perda de individualidade e autonomia.

Um exemplo de controvérsia entre as autoridades é o fato de as empresas gravarem conversas ou lerem os dados pessoais do usuário. É necessário que elas efetivamente se utilizem desses dados ou das conversas que ouvirem para gerar algum serviço, ou o simples fato de elas terem invadido a privacidade do usuário já caracteriza um dano? Se um algoritmo ler os seus e-mails para decidir qual anúncio oferecer para você, sua privacidade foi violada?

Retornando ao caso do Facebook/Whatsapp, em que as autoridades antitruste afirmaram que se a empresa começasse a demandar mais dados pessoais dos usuários ou a vender esses dados para terceiros, como condição de continuar oferecendo seu serviço gratuitamente, isso poderia ser visto como degradação de qualidade e violação às leis da concorrência.⁵⁸

Nesse caso, é fácil visualizar o dano, porque é uma empresa em posição dominante que pode facilmente diminuir a qualidade de seu serviço sem sofrer grandes perdas. Mesmo se a empresa prometer que, após a fusão, irá manter a qualidade da privacidade de seus usuários, ela poderá arbitrariamente diminuí-la, porque o seu poder de mercado garante que não será ameaçada pela concorrência, caso o faça.

Suponhamos que o Facebook descumpra essas premissas e adote uma posição que viole a privacidade do usuário nos termos determinados. Deveria a autoridade antitruste demonstrar um dano econômico efetivo derivado do uso desses

⁵⁸ “Hence, a website that, post-merger, would start requiring more personal data from users or supplying such data to third parties as a condition for delivering its ‘free’ product could be seen as either increasing its price or as degrading the quality of its product. In certain circumstances, this behaviour could arguably amount to an infringement of competition law (irrespective of whether or not it also constitutes an infringement of data protection rules).” **Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case.** Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf

dados? Ou seria o poder de coleta e uso dos dados o suficiente para prejudicar o consumidor?

Essas dúvidas permanecem e dificultam a atuação das autoridades, tornando-se delicado identificar os danos tangíveis, não econômicos, das referidas invasões de privacidade. Não só isso mas, se identificados tais danos, como balancear os direitos individuais dos consumidores com os demais interesses envolvidos?

O direito à privacidade deve ser balanceado com o direito à liberdade dessas empresas, a liberdade de expressão da mídia, o interesse coletivo da sociedade, ou até o papel do indivíduo na vida pública, além de outros critérios. Certamente, inclusive por envolver *multi-sided markets*, as operações em questão envolvem diversos agentes de cada lado do mercado, gerando um conflito de interesses contínuo.

Por exemplo, resguardar a privacidade do usuário pode fazer com que os custos para os vendedores de fato venderem seus produtos ao público alvo aumente, porque eles não terão acesso a informações que os ajudariam a gerar anúncios por meio das preferências desses consumidores.

Nesse sentido, se os dados pessoais podem ajudar a diminuir significativamente os custos para os vendedores, as autoridades antitruste hesitam sobre como balancear esse benefício com a perda de privacidade dos usuários. Com efeito, são impactos diversos em cada lado do mercado, principalmente quando o preço que se paga por um serviço ou produto é deliberadamente a própria privacidade.

Nesse contexto, a análise se torna ainda mais complexa por tratar-se de bens oferecidos gratuitamente. Quer dizer, o ganho a curto prazo é imediato, afinal, os consumidores se utilizam de serviços de forma gratuita, teoricamente, não oferecendo nada em troca.

O consumidor aceita abrir mão dos seus direitos individuais por acreditar que o ganho imediato é maior, porque a sua capacidade de visualizar os efeitos a longo prazo dessa troca está prejudicada pela posição de vulnerabilidade que ele ocupa nessa relação. Principalmente quando os danos são indiretos, graduais e obscuros.

Ora, hoje é fácil escolher se quer ou não utilizar determinado serviço, se está disposto a abrir mão de parte da sua privacidade. Mas quando os efeitos e danos dessa escolha começarem a se tornar visíveis e concretos, os consumidores podem se sentir prejudicados por terem permitido que isso acontecesse, como que por falta

de aviso. Afinal, não é como se eles lessem os termos de uso aos quais estão se submetendo.

Isso ocorre por um problema estrutural, como já dito anteriormente- novamente causado pela vulnerabilidade do consumidor dentro dessa relação. Assim, a ilusão de consentimento faz com que o usuário acredite que poderia optar por um modelo de privacidade melhor, ou que isso vá ser oferecido a ele em algum momento- quando, na realidade, talvez isso nunca ocorra.

Nesse caso, seria dever das autoridades antitruste, especializadas nessas questões, avaliar com mais tecnicidade esses aspectos e tomar essa decisão pelos consumidores? Afinal, o verdadeiro preço que se paga a longo prazo são os próprios direitos individuais, como a privacidade e a liberdade de escolha, direitos dos quais, teoricamente, não se poderia dispor. Mas como aceitar tamanha intervenção dos órgãos públicos nas escolhas privadas?

Pode-se perceber, diante desse debate, que o caminho mais fácil para as autoridades antitruste certamente seria ignorar os aspectos qualitativos referentes à privacidade e focar meramente nos aspectos econômicos envolvidos nas operações em questão. Entretanto, quais seriam os riscos dessa escolha?

5. CONCLUSÃO

O que se procurou apontar nesse trabalho é que o direito da concorrência tem um papel importante a desempenhar no controle de estruturas dentro de *data-driven markets*, exatamente por ser este um mercado que exige uma análise mais aprofundada e qualitativa em comparação a outros mercados.

É importante notar que as autoridades antitruste já estão adereçando as preocupações qualitativas referentes ao mercado de dados, reconhecendo que, ao analisar uma operação, deve-se levar em conta não apenas o faturamento das empresas e critérios econômicos, mas também os impactos sobre a privacidade do consumidor, a curto e longo prazo.

Ainda assim, a introdução de uma dimensão de privacidade na análise antitruste não é uma prática consensual. Alguns agentes da comunidade antitruste acreditam que as políticas concorrenciais possuem o objetivo de adereçar preocupações essencialmente concorrenciais, devendo outros interesses públicos ser adereçados por autoridades competentes para tal.

Algumas autoridades afirmam, inclusive, que adereçar preocupações relativas à privacidade no direito da concorrência introduziria um nível indesejado de subjetividade à essa análise, podendo até ir de encontro com direitos fundamentais, como a liberdade de expressão.

Entretanto, é certo que a análise concorrencial deve ser exercida em conformidade com os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais- os quais possuem força vinculante e não podem, às custas do mercado, se sujeitarem apenas às condições de custo-benefício econômicos.

Consequentemente, por imposição constitucional, o direito da concorrência não pode ser apenas um instrumento de defesa de mercado ou eficiência econômica. A regulação deve buscar, na realidade, a ponderação entre a liberdade econômica e a intervenção estatal, mas sempre com respeito à garantia dos direitos individuais.

Tendo em vista essas particularidades, surge a necessidade de uma atualização do direito da concorrência, para que possa fazer uma análise mais atual e técnica desses mercados, ao menos para compreender de que forma essas questões subjetivas afetam o direito concorrencial.

Enquanto alguns propõem a atualização dos mecanismos utilizados pelo direito da concorrência para adereçar essas preocupações, outros acreditam que elas possam ser melhor adereçadas pelo próprio *big data*, pela regulação do uso da internet ou, por fim, pelas agências de proteção ao consumidor- adotando, assim, que a questão da privacidade não é uma preocupação concorrencial.

Com efeito, a preocupação da regulação excessiva por parte das autoridades antitruste é válida. Afinal, uma intervenção excessiva ou indevida do Estado pode paralisar a evolução tecnológica, o que seria prejudicial à inovação e à sociedade como um todo.

Ainda assim, esse risco não deve impedir que o direito da concorrência analise essas operações sob um ponto de vista mais crítico, principalmente porque ele desempenha um papel muito importante para evitar que a concentração econômica tenha impactos negativos no mercado. E, certamente, o *data-driven market* é um mercado propício à concentração, independentemente de se optar por adereçar ou não a questão da privacidade.

Por fim, ainda que esse poder de mercado de fato exista, é necessário que as autoridades façam a difícil ponderação entre as possíveis consequências nocivas da concentração de poder para a concorrência e a privacidade dos usuários, e as potenciais eficiências geradas por essa inovação.

Certamente, as inúmeras soluções propostas pelo *big data* não vêm sem um custo. Assim, se o *big data* vai superar os obstáculos e custos que traz para a sociedade, vai depender, em parte, se as autoridades serão capazes de reagir em tempo aos novos desafios propostos pela economia digital.

A depender de como essas preocupações forem adereçadas, poderemos, no futuro, encarar mercados cada vez mais competitivos e dinâmicos, onde prevalece a constante inovação e a eficiência; ou, por outro lado, um risco real de concentração econômica, de informações e, possivelmente, estagnação da economia.

A questão que fica, finalmente, é até que ponto conseguiremos fechar os nossos olhos e adotar a postura de meros consumidores, acreditando estar protegidos pela própria vulnerabilidade, quando podemos entender e criticar a verdadeira amplitude do *big data* como poderoso instrumento de direcionamento e concentração de poder.

REFERÊNCIAS

ASHTON, Kevin. That “Internet of things” thing. Disponível em: <http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>. Acesso em 19 de agosto de 2017.

BAGNOLI, Vicente. **Concorrência na era do Big Data favorece o consumidor**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrencia-big-data-favorececonsumidor>. Acesso em: 20 de setembro de 2017.

BBC. **Edward Snowden: leaks that exposed US spy programme**. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 14 agosto de 2017.

Diretiva nº 95/45/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia. Jornal Oficial das Comunidades Européias. 24/10/1995. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf Acesso em 9 de setembro de 2017.

DUHIGG, Charles. **How companies learn your secrets**. New York Times Magazine. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?mcubz=0> Acesso em: 4 de outubro de 2017.

EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice E. **Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy**. Novembro de 2016. Harvard University Press.

Facebook/Whatsapp transaction. (Caso No COMP/M.7217). **Decisão da Comissão Européia**. Bruxelas, 3 de outubro de 2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf Acesso em 27 de setembro de 2017.

FEDERLE, Anne; BAKKER, Layla; ASBROECK, Benoit Van; DEBUSSCHE, Julien. **Big data, small problem. Is the antitrust toolkit compatible for data?** Disponível em: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/global/big-data-small-problem> Acesso em 23 de agosto de 2017.

FORGINOI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª ed. Saraiva, 2016.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. Saraiva, 2017.

Google/DoubleClick transaction. (Caso No COMP/M.4731). **Decisão da Comissão Européia**. Bruxelas, 11 de março de 2008. Disponível em:

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf Acesso em 27 de setembro de 2017.

Lei 8.078, que institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm Acesso em 7 de setembro de 2017.

Lei 12.414, que institui a Lei do Cadastro Positivo. Brasília, 9 de junho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/L12414.htm Acesso em 7 de setembro de 2017.

Lei 12527, que altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e institui a Lei de Acesso à Informação. Brasília, 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em: 12 de setembro de 2017.

Lei 12.529, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 dez. 2011.

Lei 12.965, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

McKinsey Global Institute. **Big data: The next Frontier for Innovation, Competition, and productivity.** Junho de 2011. Disponível em: https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf Acesso em 17 de outubro de 2017.

MONTEIRO, Renato Leite. BIONI, Bruno. **Iniciativa privada: regular o uso de dados pessoais é bom para vocês, confiem em mim.** Disponível em: <http://renatoleitemonteiro.com.br/papers/iniciativa-privada-regular-o-uso-de-dados-pessoais/> Acesso em 8 de agosto de 2017.

OECD. **Data-driven Innovation for Growth and Well-being.** Interim Synthesis Report. Outubro de 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

OCELLO, Eleonora. SJODIN, Cristina. SUBOCS, Anatoly. **Lessons from the Facebook/Whatsapp EU merger case.** Competition merger brief 1/2015. Fevereiro de 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf Acesso em: 7 de setembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. LA RUE, Frank. **Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion**

and expression. Iorque, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2017.

POWELL, Alvin. **Big data, massive potential.** Harvard Gazette, 2015. Disponível em: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/10/big-data-massive-potential/>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

Projeto de Lei 5276, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Apresentação em 13/05/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

RABELO Iglesias Fernanda de Azevedo; GARCIA, Filipe Rodrigues. **O direito à autodeterminação informativa.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10473. Acesso em 21 de agosto de 2017.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. **O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados.** Brasília, março de 2016. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/docdissertacaoEduardoKrueel.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2017

ROTENBERG, Marc. **An examination of the Google-DoubleClick merger and the online advertising industry. What are the risks for competition and privacy.** Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Rotenberg%20Testimony%2009272007.pdf>. Acesso em 6 de setembro de 2017.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy.** Oxford University Press, 2016.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **No Mistakes About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big data.** University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051. Acesso em: 12 de agosto de 2017.

STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals.** 53 B.C.L. Rev. 551 (2012). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol53/iss2/4>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.

TIKU, Nitasha. **Digital Privacy is Making Antitrust Exciting Again.** The Wired. Disponível em: https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/?mbid=social_fb_onsiteshare#comments. Acesso em: 14 de agosto de 2017.

The economist. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data.** 6 de março de 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new->

