



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

BRUNO ALMEIDA SILVA

**ANTITRUSTE, *BIG DATA* E PRIVACIDADE: O CASO FACEBOOK NA
ALEMANHA E POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO DIREITO CONCORRENCIAL
BRASILEIRO**

Brasília
2021

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**ANTITRUSTE, *BIG DATA* E PRIVACIDADE: O CASO FACEBOOK NA
ALEMANHA E POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO DIREITO CONCORRENCIAL
BRASILEIRO**

Autor: Bruno Almeida Silva

Orientadora: Prof.^a Dra. Ana de Oliveira Frazão

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

19 de maio de 2021.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SILVA, Bruno Almeida. *Antitruste, Big Data e Privacidade: o caso Facebook na Alemanha e possíveis contribuições ao Direito Concorrencial brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021. 87 f.

FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Bruno Almeida, 1997 –
Antitruste, *Big Data* e Privacidade: o caso Facebook da Alemanha e possíveis contribuições ao Direito Concorrencial brasileiro / Bruno Almeida Silva – 2021
87 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
Orientação: Prof.^a Dra. Ana Frazão.

FOLHA DE APROVAÇÃO

BRUNO ALMEIDA SILVA

Antitruste, *Big Data* e Privacidade: o caso Facebook na Alemanha e possíveis contribuições ao Direito Concorrencial brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 19 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão
Orientadora

Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus e aos meus guias, por tudo.

À minha mãe, Ildeci, que, em meio a tantas dificuldades, sempre lutou por mim e me colocou como prioridade.

À Universidade de Brasília, por ter formado a pessoa que sou hoje.

À Professora Ana, por me auxiliar nesta etapa tão importante e por ser uma grande inspiração.

Ao time de Brasília do Cescon Barrieu, pela amizade, conselhos, risadas e por terem me ensinado tanto.

Ao time de Concorrencial de São Paulo, pela oportunidade de poder fazer parte desse time brilhante e por todo o aprendizado.

Aos meus amigos, de dentro e fora da universidade, por viverem essa jornada comigo e a tornarem mais fácil e prazerosa.

A todos que algum dia contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal, profissional e espiritual. Nenhum de vocês cruzou o meu caminho por acaso.

*Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.
(Fernando Pessoa)*

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar o caso Facebook, julgado pela autoridade antitruste da Alemanha em 2019, para verificar possíveis contribuições ao Brasil no âmbito das discussões sobre a relação entre Direito da Concorrência, *big data* e privacidade dos consumidores. Inicialmente, realizou-se uma reflexão sobre os objetivos do Direito da Concorrência, a fim de compreender em que medida seria plausível endereçar a proteção à privacidade dos consumidores – e a proteção aos seus dados – por meio do *enforcement* concorrencial. Ato contínuo, buscou-se definir o termo “*big data*” e verificar as suas possíveis implicações ao Direito da Concorrência. Passou-se, então, à análise do caso Facebook, abordando os principais pontos da fundamentação adotada pela autoridade antitruste alemã. A teoria do dano utilizada considerou que o Facebook estaria abusando de sua posição dominante no mercado de redes sociais da Alemanha, por meio da imposição de termos de serviços aos consumidores, combinando dados de usuários obtidos em diferentes fontes e, assim, aprimorando a monetização da sua plataforma com a personalização de anúncios a partir dos dados coletados. Com isso em vista, as conclusões da autoridade antitruste alemã foram ponderadas com base nas discussões presentes na literatura antitruste acerca da viabilidade do endereçamento de tais questões pelo Direito da Concorrência. Por fim, viu-se que, no Brasil, as discussões sobre *big data* e privacidade dos consumidores ainda são bastante incipientes na esfera concorrencial, de modo que o caso Facebook pode oferecer importantes contribuições ao Brasil, especialmente considerando a necessidade de alinhamento da defesa da concorrência aos ditames constitucionais brasileiros que, por sua vez, estabelecem que o bem-estar do consumidor deve ser o foco das autoridades públicas.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; *big data*; privacidade; abuso de posição dominante; Facebook.

ABSTRACT

This final paper analyzed the Facebook case judged by the German antitrust authority in 2019, in order to investigate possible contributions to Brazil regarding the relation among Antitrust Law, big data and consumer privacy. Initially, it examined Antitrust Law goals to understand if it is plausible to address the protection of consumer privacy – and the protection of their data – through antitrust enforcement. In the sequence, it defined the term “big data” and explored possible implications to Antitrust Law. It analyzed the Facebook case, encompassing the main topics of the German antitrust authority reasoning. The theory of harm adopted by the authority considered that Facebook was abusing its dominant position in the market of social networks, in Germany, through the imposition of terms of services to consumers, combining their data collected in different sources, and improving the monetization of the platform with the personalization of publicity from the data it gathered. On this basis, the conclusions of the German antitrust authority were examined based on the antitrust literature regarding the viability of addressing such issues through antitrust enforcement. In conclusion, the discussions of big data and consumer privacy in Brazil are still incipient in the antitrust sphere. Therefore, the Facebook case can offer important contributions to Brazil, especially considering the need of alignment of antitrust policies and Brazilian constitutional principles that, by their turn, establish that consumer welfare must be the focus of public authorities.

Keywords: Antitrust Law; big data; privacy; abuse of dominant position; Facebook.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ato de Concentração

ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados

API – *Application Programming Interfaces*

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal de 1988

DCA – *Düsseldorf Court of Appeals*

FCJ – *Federal Court of Justice*

FTC – *Federal Trade Commission*

GDPR – *General Data Protection Regulation*

LDC – Lei de Defesa da Concorrência

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PLAs – *Product Listing Ads*

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SG – Superintendência-Geral do CADE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. BIG DATA NO CONTEXTO DO DIREITO ANTITRUSTE	15
1.1. OS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	15
1.1.1. Estados Unidos	16
1.1.2. União Europeia	18
1.1.3. Brasil	22
1.1.4. As Atuais Discussões Sobre os Objetivos do Direito da Concorrência	27
1.2. BIG DATA	31
1.2.1. Definição De <i>Big Data</i>	31
1.2.2. O Valor Agregado Ao <i>Big Data</i> Seria Mera Questão De Eficiência?	34
2. O CASO FACEBOOK	42
2.1. A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELA AUTORIDADE ANTITRUSTE ALEMÃ	43
2.1.1. Definição de Mercado Relevante	44
2.1.2. Poder de Mercado	45
2.1.3. Teoria do Dano	47
2.2. DECISÃO E REPERCUSSÕES JUDICIAIS	48
2.3. ANÁLISE DA TEORIA DO DANO DO CASO FACEBOOK	52
2.3.1. Barreiras à Entrada	52
2.3.2. Proteção à Privacidade do Consumidor	57
2.3.3. Principais Considerações Sobre a Teoria do Dano do Caso Facebook	61
2.4. CONTRIBUIÇÕES AO BRASIL	65
2.4.1. O Atual Panorama do Tema da Proteção de Dados no Brasil	65
2.4.2. Status do Tema no Cade	66

2.4.3. Quais as Contribuições que o Caso Facebook tem a Oferecer ao Brasil?	
.....	72
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a tecnologia tem assumido um papel de protagonismo que se estende desde as atividades cotidianas mais básicas dos indivíduos, como a utilização de telefones celulares para acesso a aplicativos de mensagens instantâneas, até o modelo de negócios e tomada de decisões por parte de empresas. Esta permeabilidade da tecnologia na vida contemporânea pode ser ilustrada, por exemplo, pela divulgação feita pela autoridade de defesa da concorrência da Alemanha (*Bundeskartellamt*, ao longo deste estudo denominada apenas como “autoridade antitruste alemã”) de que o Facebook, isoladamente, possuía cerca de 2,32 bilhões de usuários ativos mensalmente em 2018¹.

A partir da constatação de que um volume tão vasto de pessoas acessa uma mesma plataforma para quaisquer que sejam seus interesses (seja se comunicar, compartilhar fotografias e vídeos, buscar conteúdos de interesse, dentre outros), é natural que as empresas tenham incentivos para divulgar seus produtos em tais lugares, a fim de obter um maior alcance de suas estratégias de *marketing*.

Além disso, embora haja uma grande quantidade de usuários e seja economicamente racional que agentes de mercado se interessem por plataformas como o Facebook, não há como negligenciar o fato de que cada consumidor possui preferências próprias, de modo que, dispondo das ferramentas necessárias, seria mais vantajoso às empresas – e por que não aos consumidores – que elas entregassem um conteúdo personalizado aos usuários, evitando, assim, a alocação de grandes investimentos para propagandas indiscriminadas, que teriam maior dificuldade em atingir os objetivos econômicos desejados pelos agentes de mercado².

Nesse sentido, também o avanço tecnológico permitiu às empresas de tecnologia – especialmente as plataformas que, como o Facebook, abrigam inúmeros usuários –, que traçassem perfis dos consumidores, investigando preferências de conteúdo específicas, com base em dados obtidos de diferentes formas, como os sites

¹ BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html>. Acesso em 23 nov. 2020.

² OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander P. Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy. *In: Antitrust Law Journal*, Vol. 80, No. 1, pp. 121-156, 2015.

acessados, conteúdos buscados em mecanismos de pesquisa, locais frequentados, dentre outros³.

A esse respeito, em 2013, a empresa IBM estimou que, diariamente, era criado um total de 2,5 quintilhões de *bytes* de dados, enquanto o provedor de *software* Domo informou que haviam estimativas de que, em 2020, para cada pessoa no mundo, 1,7 *megabytes* de dados seriam criados a cada segundo. Ainda, apenas em 2018, o número de *downloads* de aplicações para *smartphones* superou 194 bilhões, um aumento de 35% em relação ao cenário dos dois anos anteriores⁴.

Considerando os vastíssimos volumes de dados acima mencionados, é inequívoca a necessidade de um profundo refinamento para que esses dados sejam transformados em informações personalizadas para cada usuário e, conseqüentemente, úteis para as empresas. Nesse contexto é que se insere o chamado *big data*, que trata, grosso modo, do grande acúmulo e processamento de dados por parte de empresas do setor de tecnologia⁵.

O *big data* causou uma profunda transformação no processo de tomada de decisões pelas empresas, impactando seu desempenho no mercado. McAfee e Brynjolfsson explicam que uma forma capaz de ilustrar a revolução da economia causada pelo *big data* é tomar como exemplo o mercado de varejo de livros. Os varejistas tradicionais, que desempenham suas atividades em lojas físicas, já detinham a habilidade de mapear quais livros eram comprados pelos consumidores, de modo geral. Existindo um programa de fidelidade, esse mapeamento poderia identificar preferências de consumidores específicos⁶.

O mercado digital foi muito além. Em seus sítios eletrônicos, as informações capazes de serem coletadas sobre os consumidores tiveram um aumento vertiginoso. Para além de rastrear o que os clientes compravam, o varejo *online* permitiu às

³ A esse respeito, Mendes explica que “o perfil pode ser considerado um registro sobre uma pessoa que expressa uma completa e abrangente imagem sobre a sua personalidade. Assim, a construção de perfis compreende a reunião de inúmeros dados sobre uma pessoa, com a finalidade de se obter uma imagem detalhada e confiável, visando, geralmente, à previsibilidade de padrões de comportamento, de gostos, hábitos de consumo e preferências do consumidor”. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

⁴ YUN, John M. Antitrust After Big Data. *In: The Criterion Journal on Innovation*, Vol. 4, pp. 407-429, 2019.

⁵ LEHTIOKSA, Jere. *Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy*. 2018. Master's thesis (Master in Law) - University of Helsinki. Helsinki, 2018.

⁶ MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Big Data: The Management Revolution*. Disponível em: <<https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>>. Acesso em 23 nov. 2020.

empresas conhecer todo o caminho percorrido pelo cliente até sua compra, incluindo seus costumes e preferências⁷. Todo este desenvolvimento deu às empresas o poder de refinar, como nunca antes visto, seus prognósticos e ações a serem implementadas, dispondo de rigor técnico baseado em análise de dados e não mais em meras especulações.

Transformando-se em um importante insumo não apenas para as empresas de tecnologia, mas também, ainda que indiretamente, a qualquer outro agente que se beneficie do recurso para a execução de seu planejamento de *marketing*, o *big data* passou a chamar a atenção das autoridades de defesa da concorrência nas principais economias do mundo, notadamente os Estados Unidos e a União Europeia. Tal assertiva é corroborada pela já existência de casos julgados que versaram especificamente sobre o uso de big data, tanto em instruções de atos de concentração, como em investigação de condutas⁸.

A literatura da área, por sua vez, também tem abordado o assunto com certa intensidade, havendo quem compreenda o *big data* como uma importante “ferramenta” de aprimoramento do bem-estar do consumidor, bem como quem o veja com maior cautela, na medida em que poderia ensejar incentivos para o abuso de poder econômico.

Nessa esteira, a autoridade antitruste alemã abriu importante precedente ao determinar que o Facebook teria abusado de sua posição dominante no mercado de redes sociais pela combinação de dados de usuários obtidos em diferentes plataformas, inclusive em aplicações por ele controladas, como o Instagram e o WhatsApp, sem o expresso consentimento dos usuários. Tal decisão levantou diferentes questionamentos no âmbito da comunidade antitruste, na medida em que considerou expressamente que o abuso sobre a privacidade dos consumidores também seria uma matéria de competência do Direito da Concorrência.

Com isso em vista, o presente estudo tem como objetivo analisar a decisão da autoridade antitruste alemã no caso Facebook para compreender dois pontos essenciais: (i) em que medida a privacidade de usuários de meios tecnológicos de

⁷ McAfee e Brynjolfsson destacam que “*online retailers could track not only what customers bought, but also what else they looked at; how they navigated through the site; how much they were influenced by promotions, reviews, and page layouts; and similarities across individuals and groups*”. *Ibidem*.

⁸ Por exemplo, o caso Facebook na Alemanha, o qual é objeto deste estudo, que apurou suposto abuso de posição dominante, bem como atos de concentração tais quais a compra do WhatsApp pelo Facebook, a compra do DoubleClick pelo Google, dentre outros.

informação é um tema a ser endereçado pelas autoridades de defesa da concorrência; e (ii) quais as contribuições que tal decisão tem a dar ao Brasil, em matéria concorrencial.

Para tanto, faz-se necessária uma reflexão inicial acerca dos objetivos almeçados pelas autoridades públicas por meio da aplicação do Direito Antitruste. Esta averiguação é imprescindível, na medida que permitirá localizar o tema do *big data* e, principalmente, da privacidade de dados na seara concorrencial. É possível afirmar, desde logo, que a inserção dos referidos temas no bojo do Direito Concorrencial é, em alguma medida, controversa na doutrina, por não se tratar de matéria usualmente abordada pelas autoridades antitrustes, especialmente por envolver aspectos que se relacionam diretamente à defesa do consumidor. Ato contínuo, o conceito de *big data* será melhor aprofundado, a fim de possibilitar uma melhor visualização das suas implicações sobre a concorrência e aos consumidores.

Além disso, será realizada uma análise da teoria do dano utilizada pela autoridade antitruste alemã no caso Facebook, especialmente no que se refere à elevação de barreiras à entrada advindas do *big data* e da violação de privacidade dos consumidores, tópicos estes fundamentais para a decisão tomada.

Ao final, toda a reflexão acima deverá resultar em uma reflexão sobre a experiência internacional à luz do sistema jurídico brasileiro, guardadas as devidas proporções, com a finalidade de extrair alguma contribuição à comunidade antitruste brasileira, a qual também já se vê diante de situações que exigem um cuidadoso exercício de ponderação sobre *big data* e seus desdobramentos, especialmente em se tratando da autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

1. **BIG DATA NO CONTEXTO DO DIREITO ANTITRUSTE**

1.1. OS OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Inicialmente, sabe-se que a discussão acerca dos objetivos do Direito da Concorrência não é simples, havendo uma miríade de possibilidades advindas tão somente, por exemplo, da leitura do artigo 1º da lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011, doravante denominada apenas como “LDC”) que dispõe que:

Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico⁹.

Em um mesmo artigo, o legislador elencou objetivos que, no limite, podem ser até mesmo conflitantes. Este é o entendimento exarado por Jasper¹⁰, que defende que o dispositivo da LDC que, em tese, deveria delimitar as finalidades do Direito Antitruste no Brasil, na verdade, elencou um rol de princípios constitucionais junto ao – também constitucional – comando de repressão do abuso de poder econômico. Tamanha amplitude demonstra o quão complexas as discussões em torno dos objetivos do Direito da Concorrência podem ser.

Como o presente trabalho não tem a finalidade de destrinchar a literatura e jurisprudência referentes aos objetivos do Direito da Concorrência, será utilizada uma abordagem que permita, ainda que minimamente, (i) compreender as diferenças e similaridades de objetivos perseguidos pelas mais notáveis jurisdições do mundo em matéria concorrencial, quais sejam os Estados Unidos e Europa; e (ii) verificar qual a abordagem adotada pelo Brasil.

O exercício acima mencionado permitirá o endereçamento de duas importantes questões para o presente trabalho. Em primeiro lugar, é imperioso situar a proteção

⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹⁰ JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo Tropical: A Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 7, nº 2, 2019. pp. 179-180.

da privacidade dos consumidores no espectro dos objetivos do Direito Antitruste, especialmente para o exame da racionalidade da autoridade antitruste alemã em sua decisão que condenou o Facebook por abuso de posição dominante.

Na sequência, uma reflexão acerca do cenário brasileiro também será realizada para que, ao final deste trabalho, seja possível obter uma interpretação do precedente lançado pela autoridade antitruste alemã à luz do sistema brasileiro de defesa da concorrência, com a finalidade de averiguar quais as contribuições que a experiência internacional tem a proporcionar ao Brasil em se tratando da análise de *big data* como matéria antitruste. Vale ressaltar que a escolha desta abordagem parte, em maior grau, da notável influência que as jurisdições estadunidense e europeia possuem na fundamentação de decisões pelo CADE¹¹.

1.1.1. Estados Unidos

A pauta da defesa da concorrência nos Estados Unidos teve como instrumento balizador o *Sherman Act*, editado em 1890, que não apenas foi uma das primeiras leis antitruste do mundo, como foi capaz de influenciar outras jurisdições a incluírem a defesa da concorrência em seus ordenamentos jurídicos¹². A introdução do *Sherman Act* no sistema normativo estadunidense se deu em um contexto em que o risco de predação advinda de agentes com certa proeminência no mercado já era de amplo interesse das autoridades públicas¹³.

Frazão faz uma análise da literatura acerca dos fins aos quais o *Sherman Act* deveria se guiar e demonstra que, em sua aplicação pela Suprema Corte estadunidense ao longo da história, houve um espectro demasiado amplo de finalidades a ele imputadas¹⁴. No entanto, uma análise atenta das motivações para a promulgação da lei antitruste nos Estados Unidos revela um pano de fundo que não se exaure em questões econômicas, como a própria defesa da concorrência, mas que abrange contextos muito mais profusos¹⁵.

¹¹ *Ibidem*, p. 187.

¹² FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁴ *Ibidem*, p. 31-32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 32-33.

Em vista do impacto que o acúmulo de poder econômico poderia gerar na sociedade, o *Sherman Act* teve como força motriz para sua criação a defesa da concorrência como instrumento “para a defesa da livre-iniciativa empresarial, dos consumidores e até mesmo da democracia”¹⁶. Conforme observado por Jasper, Wright interpretou o período que transcorreu desde a entrada em vigor do *Sherman Act* até meados de 1960 como “multidimensional” e de viés “sócio-político”, que, no limite, tornava difícil o alcance de quaisquer dos objetivos a que ele se propunha¹⁷.

É nesse cenário de multiplicidade de objetivos que surgiram as contribuições “divisoras de águas” de Bork que foram, posteriormente, aprofundadas pela chamada Escola de Chicago¹⁸. Bork discordava da variedade de finalidades que eram atribuídas ao Direito Antitruste que, segundo ele, carecia de coerência, e propôs uma abordagem preponderantemente econômica, entendendo que a teoria jurídica não era o meio mais adequado para a formulação de uma teoria com sólido “grau de certeza e rigor lógico”¹⁹. Assim, defendeu que a finalidade única do Direito Antitruste deveria ser a garantia da eficiência econômica (produtiva e alocativa) que, como consequência, resultaria no bem-estar do consumidor²⁰.

A partir dessa perspectiva de que a eficiência econômica deveria prevalecer na tomada de decisões por parte das autoridades antitruste é que Bork popularizou a ideia de “paradoxo do antitruste” (que, inclusive, é o título de um de seus livros). Frazão sintetiza a ideia defendida por Bork da seguinte maneira:

A busca da eficiência produtiva, vista de forma simplificada como a possibilidade de produzir mais com menos recursos, logo se mostrou uma excelente justificativa para a concentração empresarial, que passou a ser vista não apenas como útil, mas também como indispensável para a geração de economias de escala. É essa ideia que lastreia a conclusão de que a proteção à concorrência seria, em si, um paradoxo, na medida em que impediria a formação de economias de escala mais benéficas ao consumidor.

¹⁶ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁷ JASPER, *op. cit.*, p. 175.

¹⁸ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 39; JASPER, *op. cit.*, p. 175.

¹⁹ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 39.

²⁰ *Ibidem*, pp. 39-40.

Considerando o fato de que o *Sherman Act* foi criado a partir de uma percepção de que a concentração de poder econômico poderia impactar negativamente a sociedade, de diferentes maneiras, conforme já visto, os ideais de Bork e da Escola de Chicago representaram uma verdadeira revolução na forma de se ler as dinâmicas do mercado sob as lentes do Direito Antitruste.

Isto porque a escolha da eficiência econômica como o grande objetivo da defesa da concorrência gerou uma profunda relativização do abuso advindo da concentração de poder econômico, “pois poderia haver competitividade em mercados concentrados e mesmo monopolizados, desde que não houvesse barreiras à entrada de novos concorrentes”²¹. Percebe-se, por óbvio, que a Escola de Chicago possuía um viés consideravelmente menos intervencionista do que a fase inicial do *Sherman Act*, conforme explica Forgioni:

A Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Assim, o jogo da concorrência (apto a, por si só, disciplinar o fluxo das relações econômicas) deve desenvolver-se livremente, com o mínimo de interferência estatal.²²

Atingindo seu auge em 1980²³, as ideias da Escola de Chicago foram fortemente abaladas em 2008, de acordo com Forgioni, em razão da crise econômica mundial²⁴. Frazão, por sua vez, explica que houve a superação da Escola de Chicago e que “já se vislumbra [...] uma maior abertura do Direito da Concorrência a outras reflexões para além da eficiência econômica, inclusive no que diz respeito aos seus propósitos e suas metodologias”²⁵.

1.1.2. União Europeia

A defesa da concorrência no âmbito da União Europeia, por sua vez, possui um caráter eminentemente instrumentalista, significando que a manutenção e a promoção

²¹ *Ibidem*, p. 40.

²² FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 175.

²³ *Ibidem*, p. 173.

²⁴ *Ibidem*, p. 183.

²⁵ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 45.

de uma economia competitiva não se prestam ao fim único de que haja rivalidade entre os agentes de mercado. Forgioni explica que o caráter instrumental da defesa da concorrência na Europa implica em dizer que: “(i) a competição somente será protegida na medida em que propiciar a consecução dos objetivos da União Europeia e (ii) é possível o sacrifício da concorrência para atingir um fim maior”²⁶.

Forgioni destaca, ainda, um aspecto bastante particular da União Europeia no que se refere aos objetivos do *enforcement* antitruste. Por se tratar de um conjunto de Estados-nação soberanos sob o guarda-chuva denominado “União Europeia”, as políticas antitruste possuem também o condão de “garantir a integração entre os mercados dos Estados-membros”, de modo que os agentes de mercado tenham maior facilidade e incentivos para se desenvolver em toda a extensão da União Europeia, resultando em uma economia integrada. Tal propósito revela, com maior força, a utilização do Direito Antitruste como veículo para alcance de um propósito maior.

Para sintetizar a lógica europeia de aplicação das regras de defesa da concorrência, tem-se que: (i) a concorrência não é um fim em si mesmo; (ii) existem objetivos econômicos maiores a serem atingidos, com relação aos quais a concorrência é um instrumento para seu alcance; e (iii) a conquista de tais objetivos depende da existência de mercados saudáveis, o que justifica a intervenção do Estado sobre práticas que podem restringir a livre concorrência e causar distorções indesejadas no mercado.

Forgioni destaca o papel que as empresas dominantes assumem em tal cenário, na medida em que o Estado intervém sobre elas para evitar ou mesmo punir o uso de “vantagem excessiva ou injustificada”²⁷. Nesse sentido, nota-se que há um estímulo para a proteção de agentes de menor porte, com o foco na existência de mercados mais competitivos e menos concentrados. Dessa forma, percebe-se uma diferenciação entre a política antitruste escolhida pela União Europeia daquela escolhida pela Escola de Chicago nos Estados Unidos, que defende a busca pela eficiência econômica – que, no limite, poderia significar o sacrifício de um mercado pulverizado a fim de permitir o uso, pelo agente dominante, de seu potencial, gerando eficiência econômica.

²⁶ FORGIONI, *op. cit.*, p. 185.

²⁷ *Ibidem*, p. 186.

Evidente, portanto, que a política antitruste europeia se distancia, em suas finalidades, da política estadunidense, na medida em que as ideias da Escola de Chicago não tiveram grande êxito no sistema normativo da União Europeia²⁸. Por outro lado, a discussão ganha contornos ainda mais complexos quando se considera que, para além do caráter supranacional da defesa da concorrência na União Europeia, cada Estado-membro, individualmente, possui sua própria autoridade de defesa da concorrência²⁹. Nesse bojo é que se localiza a autoridade antitruste alemã, cujas decisões, por óbvio, não vinculam os demais Estados-membros. Tal complexidade do sistema europeu lança o desafio de conciliar os objetivos supranacionais, no âmbito da União Europeia, com os objetivos de cada Estado-membro.

O tema, por certo, já foi amplamente debatido, não apenas na literatura, mas também pela própria Corte de Justiça da União Europeia, por exemplo, no caso *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt*, julgado em 1969, no qual a Corte de Justiça entendeu que, havendo conflito entre normas nacionais e supranacionais em casos de investigação de cartéis, deve-se aplicar o princípio de que as normas da União Europeia devem prevalecer sobre as normas internas³⁰. A esse respeito, Whish e Bailey pontuam que, embora trate do conflito entre normas internas e comunitárias, o precedente abrange tão somente casos de cartéis, não endereçando outros possíveis pontos de conflito³¹. Em vista de tal lacuna, o Conselho da União Europeia divulgou a chamada *Regulation n.º. 1/2003*, que delimita expressamente o tema em questão³².

Em primeiro lugar, o Considerando 8 da *Regulation n.º. 1/2003* deixa claro que um Estado-membro não poderá aplicar normas mais severas sobre contratos, decisões e práticas concertadas entre empresas que não são proibidos pela lei

²⁸ Forgioni explica que “o asséptico ideário de Chicago não teve tanta influência na Europa: o próprio texto do Tratado da União Europeia, no qual estão presentes inúmeros interesses e fins a serem conciliados, não autoriza interpretação que reduza a concorrência a um fim único”. FORGIONI, *op. cit.*, p. 186.

²⁹ *Ibidem*, p. 188.

³⁰ “Conflicts between the rules of the Community and national rules in the matter of the law on cartels must be resolved by applying the principle that Community law takes precedence.” UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice of the European Union. Case 14/68. *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt*. DJ: 13 fev. 1969.

³¹ WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7th ed. United States: Oxford University Press, 2012. p. 75.

³² *Ibidem*, p. 76.

supranacional, do ponto de vista concorrencial³³. Assim, a lei comunitária impera sobre as leis nacionais quando se tratar das matérias acima mencionadas. Por outro lado, no que se refere a condutas unilaterais, a *Regulation n.º. 1/2003* adota postura diametralmente oposta, ao permitir que os Estados-membro adotem mecanismos mais severos que os da lei comunitária para proibição ou imposição de sanções sobre condutas de tal gênero³⁴.

Porém, o ponto mais importante para os propósitos deste estudo está no Considerando 9 da *Regulation n.º. 1/2003* (endossado posteriormente no Artigo 3(3) do mesmo instrumento normativo) que dispõe o que segue:

Articles 81 and 82 of the Treaty³⁵ have as their objective the protection of competition on the market. This Regulation, which is adopted for the implementation of these Treaty provisions, does not preclude Member States from implementing on their territory national legislation, which protects other legitimate interests provided that such legislation is compatible with general principles and other provisions of Community law. In so far as such national legislation pursues predominantly an objective different from that of protecting competition on the market, the competition authorities and courts of the Member States may apply such legislation on their territory³⁶.

Conforme se extrai da leitura do excerto acima, a *Regulation n.º. 1/2003* prevê literalmente que um Estado-membro pode, em sua lei nacional, buscar outros objetivos a partir da aplicação do Direito Antitruste, que não a proteção da concorrência no mercado. Acerca do supracitado Considerando 9, Whish e Bailey trazem uma fundamental contribuição ao pontuar que

³³ “[...] *To that effect it is necessary to provide that the application of national competition laws to agreements, decisions or concerted practices within the meaning of Article 81(1) of the Treaty may not lead to the prohibition of such agreements, decisions and concerted practices if they are not also prohibited under Community competition law*”. UNIÃO EUROPEIA. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>>. Acesso em 23 nov. 2020.

³⁴ “[...] *Member States should not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national competition laws which prohibit or impose sanctions on unilateral conduct engaged in by undertakings*”. *Ibidem*. Ver também WHISH; BAILEY, *op. cit.*, p. 77.

³⁵ Os artigos 81 e 82 são atualmente os artigos 101 e 102 do TFEU.

³⁶ UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*

*The recital specifically says that a Member State could apply legislation intended to combat unfair trading practices, for example a law that prevents the imposition on customers of terms and conditions that are unjustified, disproportionate or without consideration.*³⁷

Com isso em vista, é plenamente possível, à luz da *Regulation n.º. 1/2003*, que um Estado-membro, como a Alemanha, utilize o *enforcement* advindo do Direito da Concorrência para propósitos diversos da defesa da concorrência em sentido estrito. Conforme Whish e Bailey sugerem, uma das possíveis aplicações diversas seria o endereçamento de questões que, a princípio, seriam de competência da regulação setorial, como problemas envolvendo o direito do consumidor – o que poderia incluir a defesa da privacidade dos consumidores.

1.1.3. Brasil

Inicialmente, cabe adiantar que, embora em algum momento a política brasileira de defesa da concorrência, em suas finalidades, tenha bebido da fonte da Escola de Chicago³⁸, atualmente, pode-se dizer que há uma aproximação maior do Brasil em relação à União Europeia³⁹, inclusive quanto ao aspecto da instrumentalidade do Direito da Concorrência⁴⁰, que será melhor abordado a seguir.

Ainda, ressalta-se que este estudo buscou focar exclusivamente na literatura brasileira para tratar dos objetivos do antitruste no Brasil, considerando que, como Forgioni bem explica, cada jurisdição atribuirá funções específicas às leis antitruste, de modo que uma análise dos objetivos do Direito da Concorrência com base em pressupostos gerais ou de outras jurisdições não permitiria uma leitura clara sobre a LDC e os ditames da Constituição Federal de 1988 (CF)⁴¹.

Conforme tratado no início do presente capítulo, o artigo 1º da LDC não traz muita clareza acerca da intenção do legislador quanto aos objetivos a serem conquistados por meio do Direito Concorrencial brasileiro. Jasper notou que o referido artigo incorporou, em seu texto, quatro princípios constitucionais (quais sejam,

³⁷ WHISH; BAILEY, *op. cit.*, p. 78.

³⁸ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 41.

³⁹ JASPER, *op. cit.*, pp. 188-189.

⁴⁰ FORGIONI, *op. cit.*, p. 194.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 165-166.

liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores, presentes nos artigos 1º e 170 da CF), bem como um outro comando constitucional de repressão ao abuso de poder econômico (disposto no artigo 173, § 4º da CF)⁴².

Tamanho amplitude do texto legal provavelmente abriu margem para discussões sobre o sentido que o artigo 1º da LDC deveria assumir no cotidiano do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo em vista que, puramente considerados, não respondem diretamente aos questionamentos travados na prática antitruste. Nesse sentido, analisando os precedentes do CADE que discorreram sobre os objetivos do Direito da Concorrência, Jasper observou que, assim como a própria LDC – e talvez por conta disso –, o CADE possui precedentes pouco harmoniosos no que se refere às finalidades almejadas pela aplicação do Direito Antitruste.

[...] observa-se uma lista de finalidades difusa com destaque para o ‘bem-estar do consumidor’ (6 menções, incluindo a expressão ‘maximização de valor econômico ao consumidor’), a proteção da concorrência (3 menções), a proteção dos mercados (3 menções), eficiência (2 menções), bem-estar econômico (2 menções) e efeitos sociais (2 menções). Houve, como esperado, mera repetição do artigo 1 da LDC, com livre iniciativa (3 menções, sendo uma delas mais relevante – vide AC 08700.003636/2016-01), livre concorrência (2 menções), função social da propriedade (2 menções), defesa do consumidor (2 menções, sendo que não foi possível concluir se o precedente se referia ou não a bem-estar do consumidor, conceito distinto) e repressão ao abuso do poder econômico (2 menções). Por fim, houve a inesperada menção à inovação como objetivo (e não resultado do processo competitivo) do direito da concorrência.

Assim, não seria desarrazoado dizer que a jurisprudência do CADE não informa com clareza qual a efetiva orientação a ser dada ao Direito da Concorrência, ao menos em relação ao controle repressivo de condutas desempenhado pelo CADE⁴³.

⁴² JASPER, *op. cit.*, p. 179.

⁴³ Em verdade, Jasper pontua que, em se tratando do controle antitruste preventivo (Atos de Concentração), o legislador foi mais transparente em relação aos objetivos a serem alcançados. O artigo 88, § 6º, explicita que Atos de Concentração que, em tese, seriam proibidos, podem ser aprovados, desde que gerem bem-estar ao consumidor (*in verbis*, “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”, conforme o inciso II do artigo supracitado) e eficiência econômica (na forma de aumento de produtividade ou competitividade, melhoria da qualidade de bens e serviços ou eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, conforme os itens a, b e c do artigo supracitado, mas sempre

Apesar disso, sabe-se que a CF desempenha um papel central de orientação a todo o arcabouço jurídico brasileiro, vez que estabelece direitos e princípios que deverão irradiar sobre a aplicação de qualquer norma infraconstitucional. É nesse sentido que Frazão aponta que a principiologia constitucional deverá preponderar sobre qualquer finalidade meramente econômica, na medida em que fórmulas estritamente objetivas não necessariamente levarão a resultados que obedeçam aos princípios constitucionais.

Ainda que a própria CF apresente à sociedade uma miríade de princípios por vezes conflitantes (“como a livre-iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro”⁴⁴), a sua interpretação e aplicação deverá privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵. Isto significa dizer que, para o Direito da Concorrência, as autoridades públicas não poderão priorizar aspectos relacionados à eficiência econômica, ou qualquer política econômica que esteja em voga, em detrimento dos comandos de justiça social estabelecidos na CF⁴⁶.

Esta reflexão é capaz de afastar, de pronto, os pressupostos da Escola de Chicago de que haveria um único objetivo a ser perseguido pelo Direito Antitruste, principalmente porque fórmulas que apontam eficiência econômica não necessariamente estarão cumprindo com os ditames constitucionais⁴⁷. Frazão entende que

[...] a concorrência é, na verdade, instrumento para realização de diversos fins constitucionais, nem sempre de fácil harmonização. Apesar da crescente internacionalização do Direito da Concorrência e da necessidade de serem criados certos padrões internacionais para as práticas empresariais, o Direito da Concorrência precisa se adaptar à ordem econômica constitucional de cada país e às suas características⁴⁸.

acompanhados do repasse de benefícios aos consumidores). Ver *ibidem*, p. 180 e Lei 12.529/11.

⁴⁴ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ Assim como Frazão, Forgioni destaca que “os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores que, singelamente, o do livre-mercado”. Ver FORGIONI, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁶ FRAZÃO, *op. cit.*, pp. 46-47.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 48.

Assim, o caráter instrumental da legislação de defesa da concorrência, à luz da ordem constitucional, obriga o poder público a considerar diferentes propósitos quando da execução da LDC⁴⁹. Daí a ponderação do Ministro Moreira Alves, muito antes da entrada em vigor da atual LDC, de que a livre-iniciativa deverá se direcionar para seus “valores sociais”, dentre os quais a defesa do consumidor e a redução das desigualdades sociais⁵⁰. Assim, embora o Direito da Concorrência, de fato, trate distorções no mercado para assegurar a existência de ambientes competitivos⁵¹, seu propósito maior será sempre aproximar a sociedade da justiça social, algo que, conseqüentemente, envolve uma profunda avaliação da proteção ao consumidor.

Salomão Filho bem pontua que, tanto os pensadores da Escola de Chicago, quanto aqueles alinhados às teorias pós-Chicago, consideram que a proteção ao consumidor é o cerne de toda a teoria concorrencial. No entanto, como se sabe, estas principais linhas teóricas divergem fortemente no que se refere ao significado de “bem-estar do consumidor” (para a Escola de Chicago, eficiência econômica, e para os teóricos pós-Chicago, liberdade de escolha)⁵².

O autor faz um exercício de reflexão, no entanto, sobre o fato de que, embora tutelados pelo Direito da Concorrência, os direitos dos consumidores nem sempre são objeto de tutela jurídica direta pelas normas concorrenciais⁵³. Daí a instrumentalidade da defesa do processo competitivo nos mercados (tutela direta) para a geração de bem-estar aos consumidores (tutela indireta).

Entretanto, ressalta também que existem casos em que o consumidor será objeto direto da tutela concorrencial, especialmente em se tratando de condutas relacionadas ao abuso de poder econômico. Sobre os ilícitos de abuso de posição dominante, Salomão Filho destaca que eles são

[...] o centro nervoso do direito concorrencial em matéria de proteção ao consumidor. Não por acaso, portanto, essas regras não são consideradas rigorosamente concorrenciais. Essa relação direta entre agente econômico que pratica ilícito concorrencial e consumidor não é típica do direito concorrencial,

⁴⁹ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁰ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI-QO 319/4. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 03 mar. 1993.

⁵¹ FORGIONI, *op. cit.*, p. 195.

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 81.

⁵³ “[...] o consumidor não é, normalmente, destinatário direto das normas concorrenciais, mas sempre é sua justificação última.” *Ibidem*, p. 84.

mas corresponde a uma necessidade prática e dogmática decorrente das situações de concentração de poder da economia brasileira⁵⁴.

Resta claro que Salomão Filho reconhece que a defesa direta do consumidor na seara concorrencial não é algo ordinário, mas que, ainda assim, o Direito Antitruste não pode se esquivar de oferecer amparo aos consumidores em casos de abuso de posição dominante. Com isso em vista, é plenamente possível considerar que a privacidade do consumidor, em vista do avanço da economia digital, deve também ser um tema de interesse do Direito da Concorrência, na medida em que versa intimamente acerca da autodeterminação dos consumidores frente a possíveis – ou mesmo prováveis – abusos advindos de grandes empresas de tecnologia.

Os próximos capítulos deste estudo aprofundarão os debates sobre a ampla coleta de dados de consumidores em plataformas digitais (tema central do caso Facebook julgado na Alemanha), mas, por hora, importa antecipar que já se sabe que o *big data*⁵⁵ traz importantes benefícios ao consumidor. Por outro lado, Frazão bem adverte que, embora determinadas práticas de mercado ensejem, em um primeiro momento, nítidos benefícios aos consumidores, as autoridades públicas deverão empenhar-se em verificar se, futuramente, estas mesmas práticas serão transformadas em verdadeiros prejuízos ao consumidor, na medida em que, por exemplo, enfraqueçam o processo competitivo⁵⁶.

Este aspecto é de extrema importância para a análise do caso Facebook, visto que o que se alega, na ótica do agente de mercado, é justamente uma melhoria na experiência do usuário, pela coleta e processamento de dados de diferentes fontes, a partir de uma melhor personalização dos anúncios que serão apresentados a ele. Não obstante, isto poderia significar, em último caso, uma flagrante violação à privacidade do consumidor e ao seu poder de autodeterminação quanto aos seus dados.

Pelo exposto no presente tópico, assume-se como pressuposto que a proteção ao consumidor é propósito imprescindível do Direito Concorrencial brasileiro. Logo, a discussão travada na Alemanha sobre a conduta do Facebook em suposto prejuízo aos consumidores pode instigar importantes reflexões para a comunidade antitruste

⁵⁴ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁵ Para a definição de *big data*, ver o tópico 1.2 deste capítulo.

⁵⁶ FRAZÃO, *op. cit.*, pp. 55-56.

brasileira, especialmente em vista da atual fase das discussões sobre o tema no Brasil, tema que será melhor elaborado no capítulo 2 deste trabalho.

1.1.4. As Atuais Discussões Sobre os Objetivos do Direito da Concorrência

As discussões em torno do escopo do Direito da Concorrência ainda têm sido um fator de grande relevância nos dias atuais, mesmo após todo o período decorrido desde o início da aplicação do Sherman Act nos Estados Unidos. Imagina-se que parte disso se deva em razão da própria dinamicidade da economia e dos mercados, que requerem constantes reavaliações por parte do poder público acerca de seus propósitos para que a intervenção estatal se justifique e seja efetiva. No entanto, uma observação atenta ao desenvolvimento do Direito Concorrencial pode indicar, com certa facilidade, que a persistência na discussão do seu escopo seja fruto das profundas alterações causadas pela Escola de Chicago no *enforcement* concorrencial, especialmente em razão das suas evidentes falhas.

Conforme já tratado nos tópicos anteriores, a Escola de Chicago, em apertada síntese, buscou reduzir o Direito Antitruste a um único propósito, o bem-estar do consumidor, que estaria intrinsecamente conectado à eficiência econômica dos agentes de mercado. Assim, tanto no controle de condutas, quanto no controle de estruturas, se constatadas eficiências advindas da prática ou da operação, seria presumível que ela, em um último momento, reverter-se-ia em benefício ao consumidor.

A Escola de Chicago buscou, ainda, expelir da análise antitruste ponderações que se afastassem das previsões econômicas advindas da aplicação de teorias que, segundo eles, ensejariam maior segurança. Assim, havendo condições de entrada favoráveis em um dado mercado, e constatadas eficiências produtivas e alocativas, por exemplo, poderiam ser afastadas preocupações concorrenciais, uma vez que estaria assegurado o bem-estar do consumidor como resultado.

Frazão⁵⁷ faz críticas bastante contundentes aos pressupostos adotados pela Escola de Chicago. Inicialmente, porque os critérios de eficiência adotados não

⁵⁷ FRAZÃO, Ana. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. Parte 3.* Disponível em: <<http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-09-10->

necessariamente levariam ao repasse de tais eficiências ao consumidor e, de fato, conforme demonstrado em diversos estudos, isto não ocorreu. Embora se falasse que os consumidores seriam beneficiados quando comprovada a existência de uma produção e uma alocação eficiente de recursos, constatou-se, na prática, pelo menos dois fenômenos: (i) um distanciamento entre o custo e o preço dos produtos, indicando que apesar de ter havido diminuição nos custos, esta margem foi retida pelas empresas e não repassada aos consumidores; e (ii) uma maior concentração de poder econômico nos últimos 20 (vinte) anos, ao menos nos mercados norte-americanos.

Além dos preocupantes efeitos sobre a própria economia, Frazão⁵⁸ destaca que, enquanto área do Direito, o Direito da Concorrência não pode servir a uma única finalidade sob risco de contrariar a própria racionalidade jurídica que, naturalmente, lidará com a ponderação de valores e princípios. Conforme discutido anteriormente, no Brasil, a utilização de critérios exclusivamente econômicos na aplicação do Direito Antitruste resultaria em um verdadeiro descumprimento de comandos constitucionais que elencam uma variedade de valores que não poderão ser suprimidos por questões meramente econômicas.

Considerando os claros problemas sociais e distributivos decorrentes do reducionismo que imperou no Direito da Concorrência a partir da Escola de Chicago, alguns estudiosos, como é o caso do chamado *New Brandeisianism*, passaram a propor um alargamento dos propósitos do Direito Antitruste e um afastamento de pressupostos econômicos demasiadamente simplistas. Para a referida corrente de pensamento, o enfoque deveria sair do bem-estar do consumidor e passar a questões que envolvem o controle da concentração de poder econômico.

Khan⁵⁹ explica que a *New Brandeis School* propõe uma quebra com os imperativos da Escola de Chicago, especialmente na medida em que não haveria um foco na obtenção de resultados, como o bem-estar do consumidor por meio do alcance de eficiências, mas nas próprias estruturas de mercado e processos competitivos. A

Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_3.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁵⁸ *Idem*. Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. Parte 5. Disponível em: < http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-09-23-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_5.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁵⁹ KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, nº. 3, 2018, pp. 131-132.

autora destaca que a falácia do bem-estar do consumidor resultou, na verdade, em maiores preços aos consumidores e maiores margens de lucro aos agentes de mercado.

Os resultados positivos à sociedade somente poderiam ser efetivamente obtidos pelo controle do poder econômico e pela manutenção do processo competitivo. Nesse contexto, a retomada de um *enforcement* “antimonopólio” não obedeceria a propósitos reducionistas, como o combate a grandes empresas, mas teria como objetivo o alcance de resultados até mesmo maiores que o Direito da Concorrência, tais como a própria preservação da democracia. De acordo com Khan:

[Justice Louis] Brandeis and many of his contemporaries feared that concentration of economic power aids the concentration of political power, and that such private power can itself undermine and overwhelm public government. Dominant corporations wield outsized influence over political processes and outcomes, be it through lobbying, financing elections, staffing government, funding research, or establishing systemic importance that they can leverage. They use these strategies to win favourable policies, further entrenching their dominance.⁶⁰

Nesse mesmo sentido, Wu⁶¹ destaca que o Poder Legislativo tem até mesmo ignorado pleitos de uma “supermaioria” de cidadãos, como o controle do preço de medicamentos, em razão da influência do poder privado no Congresso, algo que estaria em desacordo com princípios básicos de democracia representativa.

No Brasil, sabe-se que a CF exige uma interpretação da legislação antitruste que leve em consideração aspectos muito mais complexos do que meramente a busca pela eficiência econômica. A própria privacidade, na medida em que constitui elemento tão importante para a autodeterminação do indivíduo, poderia ser objeto de tutela direta pelo Direito Concorrencial.

Conforme será visto adiante, o caso Facebook lança luz ao fato de que este agente econômico abusou da sua posição dominante pela expropriação dos usuários de sua plataforma, na medida em que violou gravemente a privacidade daqueles

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech: A new framework for holding private power to account*. Disponível em: <<https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

quanto aos seus dados, não viabilizando sequer uma possibilidade de escolha ao consumidor de não ter seus dados amplamente coletados e processados.

É nesse aspecto que reside uma fundamental intersecção entre a teoria do dano adotada pela autoridade antitruste alemã e as discussões acerca dos propósitos do Direito Antitruste pós-Chicago, uma vez que, em um contexto de mercados movidos a dados, o Poder Público não pode se limitar a fórmulas prontas que levariam ao bem-estar do consumidor, na medida em que o uso indiscriminado de poder econômico sobre concorrentes e mesmo sobre os consumidores afeta aspectos muito valiosos e complexos que não necessariamente serão capturados pelas lentes da busca pela eficiência econômica.

Os dados – ou o *big data* –, por exemplo, constituem hoje um elemento primordial para a economia. Frazão pontua que os dados são “grande fonte de poder econômico, político e social”⁶², cabendo ao Direito Antitruste enfrenta-los com seriedade em suas discussões.

Logo, de acordo com Frazão, pode-se concluir que os objetivos do Direito da Concorrência para a atualidade podem ser:

[...] (i) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a própria democracia e a liberdade política, (ii) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a liberdade econômica e a livre iniciativa, (iii) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a proteção da livre concorrência ou do processo competitivo e (iv) evitar o abuso de poder econômico que prejudique o consumidor, não apenas sob a dimensão do preço, mas também sob as dimensões de qualidade, diversidade, inovação e proteção de dados, dentre outras que porventura se mostrem necessárias.⁶³

⁶² FRAZÃO, Ana. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. Parte 4*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-09-10-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_o_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_4.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2021.

⁶³ *Idem*. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. Parte 9*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-10-14-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_o_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_9.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2021.

1.2. *BIG DATA*

1.2.1. Definição de *Big Data*

Antes de iniciar uma análise sobre as implicações que o *big data* causa sobre o ecossistema concorrencial, é indispensável compreender sobre o que, de fato, se trata o *big data* e qual a sua relevância para a economia e a sociedade contemporâneas. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 2016, preparou importante contribuição sobre o tema, consolidada no trabalho “*Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*”, que teve como objetivo dar suporte à reunião do Comitê de Concorrência, realizada em 29 de novembro de 2016, cujo escopo foi discutir o *big data* e os desafios na adaptação da política concorrencial à economia digital⁶⁴.

No referido trabalho, a OCDE adverte que o termo tem sido usado de forma vaga, normalmente se referindo a duas possíveis definições de *big data*: (i) uma ampla base de dados; e (ii) a necessidade de utilizar mecanismos tecnológicos (como *softwares* e outros métodos não-padrão) para extração de valor dos dados coletados, em um período de tempo razoável.

Como primeiro exercício, a OCDE buscou distinguir o *big data* dos dados em sentido geral, entendendo que o termo *big data* abriga quatro elementos que, em conjunto, diferem-no de dados em sentido amplo (os chamados “4 Vs”): (i) volume; (ii) velocidade; (iii) variedade; e (iv) valor.

O primeiro elemento, volume, é quase que autoexplicativo: trata-se do armazenamento de quantidades colossais de dados. Para fins de ilustração da grandiosidade dos dados envolvidos no *big data*, a empresa estadunidense de tecnologia Cisco, em estudo que envolveu a previsão de crescimento do *big data* entre 2015 e 2020, afirmou que, em 2020, a totalidade do *big data* representaria um total de

⁶⁴ OCDE. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Background note by the Secretariat*. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em 23 nov. 2020.

247 *exabytes*⁶⁵ (para melhor visualização, 1 *exabyte* equivale a cerca de 1 bilhão de *gigabytes*⁶⁶).

Por sua vez, o segundo elemento, velocidade, trata da rapidez na qual os dados são coletados, processados e analisados, quase que se aproximando do tempo real. Para exemplificar a importância da velocidade do *big data* na economia digital, a OCDE pontua que o *now-casting* (fenômeno relacionado ao uso de dados em tempo real) pode ser usado por agentes de mercado para localizar potenciais rivais a partir, por exemplo, da verificação da quantidade de *downloads* de uma determinada aplicação em uma plataforma (algo que poderia, no limite, ser uma vantagem do incumbente em relação a potenciais entrantes)⁶⁷.

Outro possível exemplo seria a utilização, por um agente econômico como um supermercado, de dados de consumidores em tempo real quanto à sua localização geográfica. Assim, ao verificar que o consumidor está se dirigindo a um estabelecimento rival, aquele poderia rapidamente enviar publicidade ao consumidor com maiores vantagens, na tentativa de desviar o indivíduo do seu concorrente⁶⁸.

Já a variedade se refere aos diferentes tipos de dados que são coletados, processados e analisados⁶⁹. A esse respeito, a OCDE explica que tal variedade tem aumentado e permitido às empresas, por exemplo, saber

not just customers' address (whether physical or IP), birthday and gender, but also multiple other bits of information, such as

⁶⁵ CISCO. *Cisco Global Cloud Index: Forecast and Methodology, 2015-2020*. Disponível em: <<https://www.ijournal.nl/wp-content/uploads/2017/02/white-paper-c11-738085.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁶⁶ BARON, Jason R. Law in the Age of Exabytes: Some Further Thoughts on 'Information Inflation' and Current Issues in E-Discovery Search. *In: Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 17, Issue 3, 2011. p. 3.

⁶⁷ OCDE, *op. cit.*

⁶⁸ FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. *In: Empresa, Mercado e Tecnologia*, 1ª. ed., pp. 181-199, 2019. p. 192.

⁶⁹ McAfee e Brynjolfsson apresentam um interessante panorama no que se refere à variedade de informações capazes de serem rastreadas: "*Big data takes the form of messages, updates, and images posted to social networks; readings from sensors; GPS signals from cell phones, and more. Many of the most important sources of big data are relatively new. The huge amounts of information from social networks, for example, are only as old as the networks themselves; Facebook was launched in 2004, Twitter in 2006. The same holds for smartphones and the other mobile devices that now provide enormous streams of data tied to people, activities, and locations. Because these devices are ubiquitous, it's easy to forget that the iPhone was unveiled only five years ago, and the iPad in 2010. Thus the structured databases that stored most corporate information until recently are ill suited to storing and processing big data. At the same time, the steadily declining costs of all the elements of computing—storage, memory, processing, bandwidth, and so on—mean that previously expensive data-intensive approaches are quickly becoming economical*". MCAFEE; BRYNJOLFSSON, *op. cit.*

*household composition, dietary habits, purchasing history, frequency and duration of visits to physical and online stores, as well as information from other databases to flesh out the customer's profile*⁷⁰.

A variedade de dados é um ponto de grande importância para a análise pretendida no presente estudo, tendo em vista que detalha, conforme exposto, diversos aspectos da vida cotidiana e da privacidade de cada indivíduo, constituindo-se na razão pela qual as empresas conseguem mapear os interesses dos consumidores para, ao final, direcionar, em plataformas digitais, propagandas personalizadas, de acordo com seus hábitos e preferências⁷¹.

Importante notar, no entanto, que o *big data* não se refere apenas a dados de consumidores. Conforme afirmam Wright e Dorsey, “*much of big data relates not to individuals, but to nearly every other notable segment of the modern economy, including healthcare delivery, education, weather forecasting, etc.*”⁷².

Encerrando a breve delimitação dos 4 Vs do *big data* aqui realizada, o elemento valor foi abordado pela OCDE como a “causa e consequência” do aumento de volume, velocidade e variedade de dados. “*While data in itself may be considered to be ‘free’ – depending on how it is collected – the process whereby information is extracted from the data generates the value*”⁷³. Assim, a própria OCDE dá os primeiros contornos acerca de em que medida é possível obter valor por meio do *big data* e indica a grande relevância deste quarto elemento para o mercado, assunto este que será melhor detalhado no tópico seguinte deste trabalho.

Por fim, a definição de big data pode ser concluída de forma muito acertada pelas palavras de Ragazzo e Monteiro:

[...] o termo [*big data*] se refere a um grande volume de dados digitais variados, que são coletados, armazenados e processados analiticamente em alta velocidade, particularmente com o objetivo de identificar padrões e comportamentos e fazer correlações, extraindo-se, dessa forma, informações relevantes

⁷⁰ OCDE, *op. cit.*

⁷¹ WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse. Antitrust Analysis of Big Data. *In: Competition Law & Policy Debate*, Vol. 2, Issue 4, pp. 35-41, 2016. p. 36.

⁷² *Ibidem*, p. 36.

⁷³ OCDE, *op. cit.*

que lhes conferem valor e podem ser utilizadas em processos de decisão informada nas mais variadas áreas⁷⁴.

1.2.2. O Valor Agregado ao *Big Data* Seria Mera Questão de Eficiência?

Partindo-se da premissa de que o *big data* possui atributos de grande importância para a economia digital (como visto, volume, velocidade, variedade e valor), este tópico buscará delimitar como parte da doutrina tem tratado o tema do valor do *big data* e quais os limites que tal elemento possuiria no âmbito dos mercados digitais, já introduzindo parte da discussão que o caso Facebook proporcionará.

Acerca disso – e aqui já fazendo uma ponte entre o *big data* e o Direito da Concorrência –, Sokol e Comerford trazem interessantes ponderações, no sentido de que a mera existência e posse de *big data* não significa que ele possui valor em si próprio capaz de resultar em sucesso mercadológico. A empresa que o coleta, processa e analisa precisa, ao final, aplicá-lo com maestria, agregando valor aos dados por meio de outros atributos não necessariamente relacionados à sua posse, como a capacidade em inovar, o atendimento às necessidades do consumidor, dentre outros. Assim, “*the firm with the most data does not necessarily win*”⁷⁵.

Também nesse sentido se situa a colocação de Yun de que agentes de mercado, expostos à rivalidade, diferenciam-se não apenas em relação ao produto que ofertam ao mercado, mas também na forma como se organizam, de modo que o valor do *big data* para seus negócios dependerá, ao final, da extensão e eficiência com que fazem uso de tal recurso⁷⁶.

*The classic economic production function is a paradigm where firms mix a variety of inputs, from labor, capital, technology, land, and, relevant for our purposes, data analytics to produce output with certain attributes including quality. How exactly firms mix their inputs to produce the final product will differ.*⁷⁷

⁷⁴ RAGAZZO, Carlos; MONTEIRO, Gabriela. Big Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? *In: Economic Analysis of Law Review*, Vol. 9, No. 3, pp. 150-177, 2018. p. 171.

⁷⁵ SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data. *In: George Mason Law Review*, Vol. 23, No. 5, pp. 1129-1162, 2016.

⁷⁶ YUN, John M. Antitrust After Big Data. *In: The Criterion Journal on Innovation*, Vol. 4, pp. 407-429, 2019. p. 415.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 416.

Yun fornece exemplos práticos para a fundamentação de seu ponto de vista que, resumidamente, pode ser traduzido da seguinte maneira: o sucesso de uma empresa pelo uso do *big data* depende, primordialmente, de sua capacidade em inovar e alocar recursos de forma eficiente. O primeiro exemplo seria a superação do iTunes pelo Spotify, que se tornou a maior plataforma de música *online*, “*not because it had a larger amount of data, but because it mixed its ingredients in a diferente way than Apple*”⁷⁸. O Chrome, por sua vez, teria destronado o Firefox e o Internet Explorer, tornando-se o maior navegador de *internet* (entre 2011 e 2012), mesmo tendo menos de 5% (cinco por cento) de participação de mercado no início de 2010. Para Yun, se o *big data* realmente representasse uma barreira à entrada (algo que ainda será melhor explorado neste estudo), tanto os dois navegadores supramencionados, quanto o iTunes, nunca deveriam ter sido superados em seus respectivos nichos de atuação⁷⁹.

Ainda, não é qualquer dado que poderá ser vantajoso para uma empresa que busca incrementar sua estratégia competitiva pelo uso de *big data*. Mesmo empresas que atuam com o mesmo serviço em mercados digitais podem necessitar de diferentes informações para agregar valor aos seus consumidores, por optarem por nichos distintos de atuação, de modo que um tipo de dado pode ser útil para uma empresa ao mesmo tempo que desnecessário para outra⁸⁰.

Nesse sentido, embora os 4 Vs passem uma impressão inicial de que uma empresa que tenha amplo acesso ao *big data* terá um desempenho comercial muito superior àquelas que não dispõem do mesmo privilégio, há outros fatores a serem sopesados em termos práticos, especialmente quanto à utilidade que lhe é dada. Parte da literatura sobre o tema tem ressaltado importantes aspectos do *big data* que relativizam a “invencibilidade” daquele agente de mercado que dispõe amplamente daquele.

A primeira ponderação que merece destaque é a observação de Tucker de que dados são ubíquos, acessíveis (em termos de valor monetário para sua aquisição) e fáceis de coletar⁸¹. Wright e Dorsey explicam que o desenvolvimento das tecnologias

⁷⁸ YUN, *op. cit.*, p. 416.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

⁸⁰ SOKOL; COMERFORD, *op. cit.*

⁸¹ TUCKER, Catherine. The Implications of Improved Attribution and Measurability for Antitrust and Privacy Online Advertising Markets. *In: George Mason Law Review*, Vol. 20, No. 4, pp. 1025-1054, 2013.

tem gerado a coleta de um grande número de dados e em grande velocidade. Os consumidores, por exemplo, geram dados de inúmeras maneiras a partir de ações cotidianas, de modo que existe uma variedade de fontes por meio das quais uma empresa pode obter dados de consumidores⁸². Ainda que uma empresa não tenha acesso direto à fonte de dados, sabe-se, atualmente, que é possível a obtenção de dados a partir de terceiros (os chamados “*data brokers*”⁸³), permitindo até mesmo que uma empresa recém-chegada no mercado, ou um produto recém-lançado, antes de qualquer interação com usuários, possa ter acesso a informações relacionadas às preferências do consumidor e, caso queira, desenvolver seu próprio método de coleta e tratamento de dados⁸⁴.

Outra relevante observação acerca do *big data* é a de que ele é um meio não exclusivo e sua aquisição não priva outros agentes de o adquirirem também (a literatura em inglês nomeia estas facetas do *big data* de “*non-exclusive*” e “*non-rivalrous*”). Daí a afirmação de Sokol e Comerford de que “*no one firm can, or does, control all of the world’s data*”⁸⁵.

Em apertada síntese, os argumentos acima expostos consistem em uma vertente da literatura que salienta que há significativas limitações ao valor do *big data* e que, ainda que não houvesse, ele seria uma fonte amplamente disponível a quem tivesse interesse em obtê-lo. Assim, poder-se-ia dizer que esta abordagem traz um enfoque especial na eficiência dos agentes econômicos na alocação de seus recursos, bem como em sua capacidade de inovar.

Contudo, um outro lado da literatura entende que toda a discussão não pode ser tão simplesmente reduzida à eficiência. Stucke e Grunes, por exemplo, partem da premissa de que a execução de estratégias baseadas na coleta, processamento e efetivo uso de dados representam uma vantagem competitiva e que, com o aumento dos 4 Vs, a tendência é que os agentes econômicos desenvolvam estratégias mais

⁸² WRIGHT; DORSEY, *op. cit.*, p. 36.

⁸³ De acordo com a *Federal Trade Commission*, autoridade antitruste dos Estados Unidos, os *data brokers* podem ser definidos como “*companies whose primary business is collecting personal information about consumers from a variety of sources and aggregating, analyzing and sharing that information, or information derived from it, for purposes such as marketing products, verifying an individual’s identity, or detecting fraud*”. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁸⁴ SOKOL; COMERFORD, *op. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*.

sofisticadas para manter sua vantagem sobre os competidores. No limite, esta afirmativa poderia significar que o valor do *big data* poderia derivar não apenas da eficiência, mas também do poder de uma empresa para a obtenção de tais dados.

A título de exemplo, uma empresa poderia colocar no mercado produtos ou serviços cuja finalidade última seria colher dados de fontes não disponíveis a outros competidores, o que seria racionalmente justificável pelo fato de que o valor dos dados depende, também, de sua variedade. Assim, a partir da combinação dos diferentes dados obtidos, tal empresa poderia ser capaz de ter uma melhor leitura sobre o consumidor⁸⁶.

Este argumento também é trabalhado por Newman, em sua análise sobre as vantagens adquiridas pelo Google por meio do uso de dados pessoais. Newman, inicialmente, destaca o fato de o Google ter aberto um verdadeiro paradigma no Direito Antitruste pela extensão do seu controle sobre os dados de usuários, de maneira tal que nenhum outro concorrente seria capaz de obter a mesma quantidade e representar uma ameaça ao Google no mercado de anúncios provenientes do mecanismo de busca da empresa⁸⁷.

Avançando em seu ponto de vista, Newman delimita qual teria sido a principal estratégia adotada pelo Google para que este tivesse acesso a tamanha vastidão de dados pessoais. Para o autor, o fenômeno se justificaria pelo lançamento de uma linha de produtos diversa que serviu de veículo para um – cada vez maior – conjunto de dados. O primeiro passo teria sido a criação do Gmail (serviço de e-mails), seguido de calendários, YouTube (serviço de vídeos), navegador de *internet* Chrome, Android (sistema operacional para *smartphones*) e até mesmo a rede social Google+. Tamanha variedade de serviços teria permitido ao Google também uma incomparável variedade de dados de seus usuários que, no limite, teria sido utilizada para aprimorar a personalização dos anúncios para cada usuário específico⁸⁸.

Retomando o raciocínio de Stucke e Grunes, também a velocidade em que os dados seriam processados pela empresa que os obteve representaria um fator de

⁸⁶ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. *In: CPI Antitrust Chronicles*, 2015.

⁸⁷ NEWMAN, Nathan. Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. *In: Yale Journal on Regulation*, Vol. 31.2, pp. 401-454, 2014. p. 426.

⁸⁸ O autor conclui que “*each individual user product Google created may not have consolidated the company's monopoly by itself, but, taken together, the products have left little room for any rival to attain the collective mass of user data necessary to become a competitive threat to Google in search advertising*”. *Ibidem*, pp. 426-428.

grande relevância, vez que os dados possuem um ciclo de vida útil consideravelmente curto⁸⁹. Os autores entendem que até mesmo dados de amplo acesso dependem da velocidade em que são processados para a geração de valor, de modo que haveria incentivos para a adoção de estratégias que, como na situação descrita acima, acarretariam em uma “vantagem de dados” sobre rivais.⁹⁰

Assim, alguns pressupostos adotados pelos autores que, de um modo mais acentuado, relativizam as preocupações suscitadas pelo *big data* são questionados por parte da literatura, incluindo afirmações como a de que existiria uma ampla disponibilidade de *big data* para quem queira obtê-lo. Sokol e Comerford, por exemplo, acreditam que “*if one provider has a piece of data, another provider is not prevented from collecting that very same piece of data*”⁹¹.

Modrall traz uma reflexão que, em alguma medida, contrasta com a afirmação acima:

*Data are often collected directly on companies’ own assets, products and services, or on their customers, and used by those companies for a variety of business purposes. But data can also be purchased as a product, in which case it can be described as “third-party data,” in contrast to the “first-party data” collected or inferred directly. The novel issues raised by big data relate mainly to first-party data, while third-party data issues can be evaluated under traditional antitrust principles*⁹².

⁸⁹ Este é um argumento que, no cenário levantado, poderia ser interpretado no sentido de que a indisponibilidade dos dados aos demais competidores e a perda de seu valor com o tempo resultaria na vantagem daquele que pôde coletá-lo e analisá-lo naquele determinado momento. Entretanto, autores mais próximos à ideia de que o valor dos dados depende, em primeiro lugar, da eficiência daquele que o usa (utilizando como base um cenário em que dados são de fácil acesso para qualquer um que os queira), como Sokol e Comerford, tratam do rápido desgaste temporal do valor dos dados como um fator que afastaria preocupações sobre vantagens competitivas. Defendem eles que “*data has a limited lifespan – old data is not nearly as valuable as new data – and the value of data lessens considerably over time. Additionally, the returns on scale diminish over time. Therefore, any competitive advantage that data provides is fleeting, and entrants are unlikely to be significantly disadvantaged relative to incumbents in terms of data collection and analysis [...] The need for fresh, differentiated data means that a firm with a large volume of stale or generalized data does not, necessarily, benefit the holder and disadvantage a potential challenger. Potential competitors do not need to create a data store equivalent to the size of the incumbent; they rather need to devise a strategy to accumulate highly relevant and timely data.*” SOKOL; COMERFORD, *op. cit.*

⁹⁰ STUCKE; GRUNES, *op. cit.*

⁹¹ SOKOL; COMERFORD, *op. cit.*

⁹² MODRALL, Jay. Antitrust Risks and Big Data. In: *Competition World: A global survey of recent competition and antitrust law developments with practical relevance*, 2nd Edition, pp. 14-17, 2017.

Logo, a partir do excerto acima, surge a reflexão de que, se cada empresa tem à sua disposição os dados deixados por consumidores a partir do uso dos seus próprios produtos ou serviços, não se poderia inferir que estes mesmos dados poderiam ser coletados por qualquer outra empresa. Modrall dá como exemplo uma empresa que estaria desenvolvendo e testando produtos que variariam entre motores a jato, automóveis e computadores. Esta prática envolveria a coleta de um vasto volume de dados sobre os produtos dessa empresa e tais dados, em tese, não estariam acessíveis para concorrentes⁹³.

Stucke e Grunes, quando discutem o “mito” de que os dados possuem pouca – ou nenhuma – significância competitiva, por serem ubíquos, de baixo custo e amplamente disponíveis, asseveram que *“companies currently spend considerable money and effort to acquire and analyze data and to maintain a data-related competitive advantage. If any company propagates this myth, ask it if it would be willing to license its consumer data to its competitors, and if so, at what price”*⁹⁴.

Ainda nesse sentido, merecem atenção as ponderações feitas por Frazão no sentido de que, para além dos dados, é necessária também uma reflexão sobre o poder das chamadas “superplataformas”. A autora destaca que as grandes plataformas digitais se valem de modelos de negócios que resultam em uma tendência de as plataformas se tornarem monopólios virtuais, dificultando sobremaneira a concorrência nos mercados. Isto seria uma consequência de diversos fatores, dentre

⁹³ O excerto completo, *in verbis*: “Data are often said by proponents to be “non-rivalrous,” in that multiple entities can collect and use the same data, and “ubiquitous.” Data are indeed non-rivalrous from a property law perspective, and data are certainly ubiquitous in a general sense. For antitrust purposes, however, such observations may be overly broad. For example, companies developing and testing products ranging from jet engines to automobiles to computers collect huge volumes of data on their products, and those data are not generally accessible to competitors. The unique and non-replicable nature of such data does not raise antitrust concerns, however, and antitrust authorities would not normally view sharing of such data among competitors as pro-competitive”. *Ibidem*.

⁹⁴ STUCKE; GRUNES, *op. cit.* Os autores, em outro trabalho, fazem provocação semelhante: “One must be skeptical of claims that data are ubiquitous, low cost, and widely available. If personal data were as freely available as sunshine, companies would not spend a considerable amount of money offering free services to acquire and analyze data to maintain a data-related competitive advantage. Firms whose business models are built on securing a data advantage understand the need for the exclusivity of particular data streams (or accessing and exploiting the data more quickly than their rivals). Such actions ensure that independent data sources are not available to competitors through licensing, purchase, or collection. Some mergers undoubtedly are motivated by companies seeking to retain a data advantage over competitors”. *Idem*. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *In: The Antitrust Source*, 2015.

os quais pode-se destacar os efeitos de rede⁹⁵ e o próprio acúmulo de dados por poucos *players*⁹⁶.

Frazão entende que as grandes plataformas, como Amazon, Apple, Facebook, Google, dentre outras, possuem uma posição de centralidade na economia digital, por viabilizarem uma conexão entre diversos atores, como “provedores de conteúdo, vendedores de produtos e serviços, provedores de infraestrutura de TI, consumidores e mesmo o governo”, o que ela indica como sendo fruto do seu poder de conexão (ou *gatekeeper power*)⁹⁷.

Este tema também foi abordado em estudo promovido pelo governo dos Estados Unidos, *Investigation of Competition in Digital Markets*. O documento menciona que diversos agentes consultados relataram que as grandes plataformas exploram seu *gatekeeper power* ao estabelecer termos e exigir concessões que, em um mercado competitivo, jamais seriam aceitos. No entanto, por dependerem de tais plataformas para ter acesso a usuários e mercados, são compelidos a ceder aos abusos, dada a ausência de opções⁹⁸. Acerca disso, o estudo concluiu de forma bastante enfática que as plataformas abusam de sua posição para minar a concorrência e manter seu poder de mercado:

[...] each platform uses its gatekeeper position to maintain its market power. By controlling the infrastructure of the digital age, they have surveilled other businesses to identify potential rivals, and have ultimately bought out, copied, or cut off their competitive threats. [...] these firms have abused their role as intermediaries to further entrench and expand their dominance. Whether through self-preferencing, predatory pricing, or exclusionary conduct, the dominant platforms have exploited their power in order to become even more dominant.

Assim, é bastante questionável o argumento de que dados são amplamente disponíveis para quem os queira quando confrontado com relatos reais de agentes de mercado de menor porte que dizem depender de grandes plataformas para

⁹⁹ Este conceito será melhor abordado no próximo capítulo, quando da análise do caso Facebook.

⁹⁶ FRAZÃO, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁷ FRAZÃO, *op. cit.*, pp. 184-185.

⁹⁸ ESTADOS UNIDOS. *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations – Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*. Disponível em: <https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519>. Acesso em 20 fev. 2021.

conseguirem atuar. Isto se deve especialmente ao fato de as grandes plataformas exercerem um papel duplo em relação a tais agentes: ao mesmo tempo que são intermediários-chave, também podem ser concorrentes diretos⁹⁹. Este fator, por si só, já demonstra a existência de incentivos para as plataformas detentoras de *gatekeeper power* preservarem e expandirem seu acesso a dados exclusivos – ou a combinação deles – aos quais somente eles têm capacidade de possuir acesso.

Todo esse debate traz à luz importantes reflexões para compreender em que medida o Direito Antitruste deveria se preocupar com o *big data*. Ao menos em uma avaliação inicial, não seria razoável minimizar eventuais preocupações por parte do Estado com base em argumentos de que o *big data*, por ser – em tese – um recurso acessível a qualquer um, resultaria em uma vantagem no mercado apenas àqueles que a conquistassem com base em seu próprio mérito (em outras palavras, à empresa mais eficiente e inovadora).

Na verdade, a discussão possui contornos muito mais complexos, pois já se sabe que empresas como o Facebook possuem meios de coletar, processar e combinar dados que outras empresas não dispõem. Embora isto, *per se*, possa não ser uma infração à ordem econômica (a depender do ângulo em que se olha), o Direito da Concorrência, no Brasil, enquanto instrumento que serve à garantia do bem-estar do consumidor, pode potencialmente ser uma forma de abordar eventuais vícios decorrentes do uso abusivo de *big data*, especialmente em vista da constatação de que esse uso abusivo pode decorrer de um vasto poder de mercado das grandes plataformas digitais.

⁹⁹ *Ibidem*.

2. O CASO FACEBOOK

Em 06 de fevereiro de 2019, a autoridade antitruste alemã abriu importante precedente para o Direito da Concorrência ao ser a primeira autoridade europeia da concorrência a punir uma empresa por violação da privacidade de usuários sobre as balizas do antitruste.

A investigação, iniciada em março de 2016, teve como objetivo investigar se o Facebook teria cometido uma infração à ordem econômica abusando de sua posição dominante para obrigar os usuários de sua plataforma a consentirem com a coleta de dados a partir de outras fontes que não o próprio Facebook¹⁰⁰.

Toda a controvérsia gira em torno do fato de o Facebook não apenas coletar dados de usuários na plataforma autointitulada, mas também de outras aplicações por ele controladas – quais sejam Instagram, Whatsapp, Oculus e Masquerade – e de fontes não diretamente relacionadas ao Facebook. Este último ponto se deve ao fato de ele oferecer os chamados “*Facebook Business Tools*” – um conjunto de mecanismos e produtos gratuitos – a operadores, desenvolvedores, anunciantes e outros agentes que atuam em sítios eletrônicos terceiros. Por meio de programações chamadas “*Application Programming Interfaces*” (ou API), os terceiros têm a possibilidade de incorporar, em seus serviços eletrônicos, as ferramentas disponibilizadas pelo Facebook, tais como botões de “*like*” e “*share*”, possibilidade de *login* via conta cadastrada no Facebook, dentre outros.

Para que o usuário possa cadastrar seu perfil no *website* do Facebook, ele precisa, necessariamente, concordar com os Termos de Serviço da plataforma que, dentre suas políticas, estabelece que o Facebook irá: (i) processar dados pessoais do usuário na plataforma autointitulada; (ii) coletar e processar dados do usuário também de outras empresas sobre as quais possui controle; e (iii) coletar e processar dados obtidos em locais não relacionados ao Facebook, por meio do *Facebook Business Tools*.

Com isso em vista, a autoridade antitruste alemã entendeu que a prática do Facebook de extrair e combinar dados de usuários de suas plataformas e de

¹⁰⁰ BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources.* Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html>. Acesso em 23 nov. 2020.

plataformas terceiras configuraria abuso de sua posição dominante pela imposição dos referidos termos e condições aos consumidores.

Conforme introduzido no capítulo 1 deste estudo, a proteção à privacidade de consumidores não é, em nenhuma das 3 jurisdições aqui analisadas (Estados Unidos, União Europeia e Brasil), um dos objetivos cristalinos do Direito da Concorrência. Contudo, viu-se que, em alguns casos, existe espaço para interpretação e inclusão de tal matéria na seara antitruste. Nesse sentido, foi aqui discutida a legalidade, por parte da autoridade antitruste alemã, da utilização do *enforcement* antitruste para endereçamento de problemas relacionados à proteção de dados.

Como visto, a *Regulation n° 01/2003*, que regula eventuais conflitos entre as leis internas dos Estados-membros da União Europeia e a lei supranacional, tem expressa previsão no sentido de que é facultado às autoridades nacionais de defesa da concorrência, em casos de condutas unilaterais, a persecução de objetivos distintos daqueles do âmbito supranacional, desde que não conflitantes com os ditames dos artigos 101 e 102 do *Treaty on the Functioning of the European Union*.

Por outro lado, ainda que exista tal possibilidade, é possível questionar em que medida o Direito da Concorrência, considerando o escopo normalmente atribuído a ele, seria o meio mais adequado para solução de controvérsias envolvendo a proteção de dados de usuários e, conseqüentemente, sua privacidade.

Antes de adentrar em tal reflexão, no entanto, faz-se necessária uma explanação, ainda que objetiva, da racionalidade e dos fundamentos utilizados pela autoridade antitruste alemã para concluir que o Facebook infringiu uma norma de Direito da Concorrência por meio da conduta relatada, conforme se verá a seguir.

2.1. A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELA AUTORIDADE ANTITRUSTE ALEMÃ

Inicialmente, a Seção 19 do *German Act against Restraints of Competition*¹⁰¹ estabelece as etapas pelas quais a autoridade antitruste alemã deve percorrer para determinar se uma empresa abusou de sua posição dominante. Por óbvio, para que haja o abuso, inicialmente deve ser verificado se a empresa efetivamente possui

¹⁰¹ Em alemão, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

posição dominante que, por sua vez, é precedida de uma reflexão acerca da delimitação do mercado relevante produto e geográfico¹⁰².

2.1.1. Definição de Mercado Relevante

Para a definição do mercado relevante em que a conduta teria ocorrido, um dos aspectos considerados pela autoridade antitruste alemã foi o fato de o Facebook ser uma das chamadas “plataformas de múltiplos lados”, tendo em vista que ele congrega interesses de usuários que desfrutam dos serviços ofertados sem dispende qualquer custo (em termos de moeda), de um lado, e de agentes que pagam para que a propaganda de seus produtos e/ou serviços sejam veiculados na plataforma, de outro. Esta relação entre dois grupos distintos de usuários do Facebook¹⁰³ foi referida como efeitos de rede indiretos, na medida em que, quanto mais consumidores utilizam a plataforma gratuitamente, mais anunciantes se interessam em terem suas propagandas veiculadas no Facebook¹⁰⁴.

Partindo desse entendimento, a autoridade antitruste alemã considerou a existência de um mercado de redes sociais, na ótica do produto, no qual os agentes competiriam pela conquista de usuários privados, ainda que estes não tenham que pagar pelo uso da plataforma. A autoridade antitruste alemã, portanto, não incluiu os demais lados de usuários envolvidos na plataforma do Facebook no mercado relevante do produto (sendo eles os anunciantes, desenvolvedores e provedores de conteúdo), justificando que *“as none of the above groups of Facebook users have demands similar to the group of private users, they have to be attributed to other markets”*. Já o mercado geográfico foi definido como sendo a própria Alemanha¹⁰⁵.

Estabelecido este primeiro aspecto do mercado relevante do produto, também foi necessário avaliar do que realmente se tratam as ditas “redes sociais”, a fim de medir as relações concorrenciais entre elas. Para tanto, a autoridade antitruste alemã se valeu da seguinte metodologia para reflexão sobre o assunto: (i) análise de um

¹⁰² BECHER, Christoph. A Closer Look at the FCO's Facebook Decision. *In: European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, Issue 2, pp. 116-121, 2019.

¹⁰³ Cabe ressaltar que a autoridade antitruste alemã considerou que o Facebook congrega, na verdade, quatro lados de usuários, sendo eles: (i) usuários privados; (ii) desenvolvedores; (iii) provedores de conteúdo (*publishers*); e (iv) anunciantes. No entanto, a autoridade antitruste alemã pontuou que os usuários privados e os anunciantes são os grupos-chave de usuários.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ BUNDESKARTELLAMT, *op. cit.*

vasto número de redes sociais; (ii) consulta a usuários e concorrentes; e (iii) análise de decisões da Comissão Europeia nos casos Facebook/Whatsapp e Microsoft/LinkedIn. Seu entendimento foi de que a única concorrência que o Facebook enfrenta atualmente na Alemanha – tendo em vista o desaparecimento do Google+ – deriva de pequenos provedores alemães de redes sociais. Isto porque o Facebook, em suas funcionalidades, se difere substancialmente de redes como WhatsApp, Instagram, YouTube, Snapchat, Twitter e Pinterest.

2.1.2. Poder de Mercado

Entendeu-se que o Facebook atua no mercado alemão de redes sociais sem uma exposição relevante à concorrência. A autoridade antitruste alemã mediu a participação de mercado do Facebook sob três diferentes perspectivas: (i) número de usuários ativos diariamente, no qual o Facebook possui *market share* acima de 95%; (ii) número de usuários ativos mensalmente, no qual ele possui *market share* acima de 80%; e (iii) número de usuários registrados, no qual ele conta com um *market share* superior a 50%.

A esse respeito, foi considerado que a melhor métrica para o caso sob análise seria a quantidade diária de usuários, vez que a relevância de uma rede social e seu sucesso de mercado são aferidos com base na intensidade em que ela é utilizada¹⁰⁶. A autoridade antitruste alemã pontuou, ainda, que mesmo que redes sociais como o YouTube, Snapchat, Twitter, entre outros, fossem considerados na análise, o *market share* do Facebook ainda seria muito superior aos parâmetros definidos no *German Act against Restraints of Competition* para delimitação de poder de mercado.

Um outro elemento levado em consideração na verificação de poder de mercado foram os efeitos de rede diretos que o Facebook possui sobre seus usuários. Constatou-se que um elevado número de concorrentes saiu do mercado nos últimos anos, inclusive aqueles que eram líderes no mercado alemão antes da entrada do Facebook (StudiVZ e SchülerVZ). Este fenômeno poderia ser explicado pelo fato de os usuários do Facebook não terem incentivos para utilizarem outras redes sociais, tendo em vista que sua rede de contatos está concentrada naquela mesma

¹⁰⁶ “When assessing the market share, the amount of time spent intensively using the network is an important indicator of the competitors’ actual market position”. *Ibidem*.

plataforma. Assim, no limite, os efeitos de rede diretos ensejariam verdadeiros efeitos *lock-in*¹⁰⁷ sobre os consumidores.

Ainda, os efeitos de rede indiretos também foram levantados, na medida em que o aumento de usuários em um dos lados, como o de usuários privados, aumentaria o incentivo para anunciantes atuarem no outro lado do mercado, gerando barreiras à entrada de novos concorrentes que precisariam atrair ambos os grupos de usuários para efetivamente competir.

Por fim, um ponto chave, especialmente para os propósitos deste estudo, foi destacado pela autoridade antitruste alemã:

*Facebook also has excellent access to competitively relevant data. Facebook's comprehensive data sources are highly relevant for competition as a social network is driven by such personal data. In addition, these specific data facilitate highly personalized advertising. Combined with the direct and indirect network effects, this access to data constitutes another barrier to market entry for a competitor's product that can be monetized.*¹⁰⁸

Portanto, a autoridade antitruste alemã encerrou suas conclusões sobre o poder de mercado detido pelo Facebook considerando o amplo acesso a dados (*big data*) como uma barreira à entrada (em vista dos efeitos de rede), que teria o condão de reforçar a posição dominante do Facebook no mercado relevante em questão.

¹⁰⁷ Na literatura e na prática antitruste, os chamados efeitos *lock-in* são normalmente verificados em casos que envolvem mercados primários, no qual há um produto principal, e mercados secundários, geralmente envolvendo peças de reposição. Um caso de referência acerca dessa discussão é o caso Kodak dos Estados Unidos. A Kodak fabricava e comercializava tanto fotocopiadoras (mercado primário), quanto peças de reposição (mercado secundário) que tinham características específicas, não compatíveis com as peças de reposição de outros fornecedores, gerando, assim, o efeito *lock-in* para o consumidor que se veria impelido a adquirir as peças de reposição da própria Kodak. A esse respeito, Goldfine e Vorrasi explicam o seguinte: "A 'lock-in', as described in Kodak, is also known as 'installed based opportunism' — the ability of primary market competitors to charge supracompetitive prices for their aftermarket parts or services. Antitrust concerns arise in this context because consumers become 'locked in' to paying higher than competitive prices for aftermarket goods or services by virtue of their original investment in the primary market. Consumers who are unable to switch to other primary competitors are generally forced to pay higher aftermarket prices because of their sunk investment in the primary market. In addition to facing high 'switching costs', locked-in consumers (the installed base) are typically confronted with information asymmetries when initially purchasing in the primary market. If consumers are unable accurately to assess the life-cycle cost of owning the primary good, then the ability of the manufacturer to charge supracompetitive prices is significantly enhanced". GOLDFINE, David A. J.; VORRASI, Kenneth M. The Fall of the Kodak Aftermarket Doctrine: Dying a Slow Death in the Lower Courts. *In: Antitrust Law Journal*, Vol. 72, pp. 209-231, 2004. p. 212.

¹⁰⁸ BUNDESKARTELLAMT, *op. cit.*

2.1.3. Teoria do Dano

Em primeiro lugar, foi considerado que o Facebook havia violado a *General Data Protection Regulation* (GDPR), lei europeia de proteção a dados pessoais, ao se valer do *Facebook Business Tools* para coletar e processar dados de usuários em plataformas de terceiros, sem o consentimento dos usuários. Acerca disto, a autoridade antitruste alemã pontuou que, ao longo da instrução do caso, o Facebook não logrou êxito em apresentar uma argumentação com fundamento legal que servisse como justificativa para a sua conduta perante os consumidores¹⁰⁹.

O argumento de que a coleta e processamento de dados, da forma como feito, serviria à finalidade de gerar eficiências e garantir ao consumidor a entrega de serviços personalizados foi prontamente afastado pela agência. Para ela, partir do pressuposto de que a conduta se justifica por conta do conceito do Facebook de qualidade do produto desaguaria na possibilidade de ele considerar necessária a coleta e o processamento de quaisquer tipos de dados.

Não existiria racionalidade em afirmar que a coleta, processamento e combinação de dados obtidos em *websites* de terceiros seriam necessários para a disponibilização da rede social ou para sua monetização com base em anúncios personalizados, tendo em vista que o próprio Facebook já possuiria acesso a um grande volume de dados de usuários.

Além disso, uma análise dos interesses do Facebook, de terceiros e dos usuários não levaria à conclusão de que os interesses do Facebook deveriam prevalecer sobre os demais, especialmente em vista de como a privacidade dos usuários seria afetada pela conduta em questão.

Quanto ao consentimento dos usuários sobre a coleta e processamento de dados pelo Facebook, entendeu-se que, com base no artigo 6(1a) da GDPR, não existiria um consentimento efetivo. Isto porque os consumidores seriam compelidos pelo Facebook, agente com ampla posição dominante no mercado relevante, a aceitarem termos contratuais abusivos, com o único propósito de terem acesso à plataforma. Dessa forma, não haveria de se falar em livre consentimento sob a ótica da GDPR.

Nesse sentido, a autoridade antitruste alemã explicou que

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Facebook as a dominant company has bargaining power over its users and is in a position to impose far-reaching data processing conditions, which users cannot prevent as they have no additional control mechanisms. Data processing to the extent at hand cannot be justified without the users' voluntary consent. Voluntary consent to their information being processed cannot be assumed if their consent is a prerequisite for using the Facebook.com service in the first place¹¹⁰.

Em vista da fundamentação acima exposta, concluiu-se que a conduta sob análise consistiu em uma manifestação, pelo Facebook, de seu poder de mercado, na medida em que (i) haveria uma clara ligação entre a posição dominante do Facebook e a restrição do direito dos usuários à autodeterminação sobre sua privacidade, pela violação das regras de proteção de dados; e (ii) ele teria ganhado vantagens competitivas sobre seus rivais de forma ilegal e, em consequência, aumentado as barreiras à entrada no mercado de redes sociais, assegurando seu poder de mercado sobre os consumidores finais.

2.2. DECISÃO E REPERCUSSÕES JUDICIAIS

A decisão da autoridade antitruste alemã pode ser muito bem sintetizada nas palavras do próprio presidente da agência, Andreas Mundt, que, em fevereiro de 2019, fez o seguinte pronunciamento:

With regard to Facebook's future data processing policy, we are carrying out what can be seen as an internal divestiture of Facebook's data. In future, Facebook will no longer be allowed to force its users to agree to the practically unrestricted collection and assigning of non-Facebook data to their Facebook user accounts. [...] In future, consumers can prevent Facebook from unrestrictedly collecting and using their data. The previous practice of combining all data in a Facebook user account, practically without any restriction, will now be subject to the voluntary consent given by the users. Voluntary consent means that the use of Facebook's services must not be subject to the users' consent to their data being collected and combined in this way. If users do not consent, Facebook may not exclude them

¹¹⁰ *Ibidem.*

*from its services and must refrain from collecting and merging data from different sources.*¹¹¹

Em verdade, nenhuma multa foi imposta ao Facebook em decorrência de sua conduta. Conforme pontuado por Andreas Mundt, a determinação de uma multa pecuniária ao Facebook não seria capaz de forçá-lo a mudar seu comportamento no mercado, especialmente em razão de seu altíssimo faturamento¹¹². Nesse sentido, a autoridade antitruste alemã entendeu que a melhor opção, a fim de resolver o problema do abuso de posição dominante em detrimento da privacidade dos consumidores, seria a imposição de medidas comportamentais.

O Facebook foi, então, (i) proibido de coletar e processar dados de seus usuários a partir de outras empresas (incluindo o Instagram e o Whatsapp) e do *Facebook Business Tools*; e (ii) obrigado a implementar mudanças em seus Termos de Serviço para incorporar uma nova política de dados e *cookies*, em um período de 12 (doze) meses¹¹³, que permita o consentimento ou não, por parte dos consumidores, quanto à coleta de dados, sem que eles se vejam diante de uma “*all-or-nothing choice*”, ou seja, que tenham a possibilidade de utilizar o Facebook sem terem seus dados de fontes externas coletados pela referida empresa¹¹⁴.

Em agosto de 2019, a decisão da autoridade antitruste alemã foi suspensa em razão de recurso interposto pelo Facebook à *Düsseldorf Court of Appeals* (DCA) contra a decisão da agência. Embora a DCA não tenha discordado acerca da posição dominante detida pela empresa, o ponto de maior controvérsia foi, justamente, uma possível ausência de prejuízo à concorrência a partir da conduta imputada ao Facebook¹¹⁵.

¹¹¹ COMPETITION POLICY INTERNATIONAL. *Germany: Bundeskartellamt publishes English version of the Facebook decision*. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-decision-of-facebook-proceeding-published/>>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹¹² BECHER, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹¹³ BUNDESKARTELLAMT, *op. cit.*

¹¹⁴ THE NEW YORK TIMES. *Germany Restricts Facebook's Data Gathering*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/02/07/technology/germany-facebook-data.html>>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹¹⁵ CLEARY GOTTLIEB. *German Federal Court of Justice Provisionally Finds Facebook's Data Collection Practices Abusive*. Disponível em: <<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2020/german-federal-court-of-justice-provisionally-finds-facebooks-data-collection-practices-abusive.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

O primeiro ponto destacado pela DCA foi que a autoridade antitruste alemã não esclareceu quais termos e condições contratuais seriam normalmente encontrados em um mercado competitivo, o que prejudicaria sua decisão tanto em relação ao entendimento de que o Facebook estaria coletando e processando um número excessivo de dados, quanto de que os termos e condições existentes seriam abusivos. Ainda, para a DCA, a utilização de cláusulas ilegais nos Termos de Serviço da empresa – neste caso, detentora de posição dominante – não é capaz, por si só, de demonstrar que a prática ilegal foi realizada em decorrência do poder de mercado do Facebook, o que não teria sido endereçado pela agência¹¹⁶.

Um dos aspectos mais importantes da decisão da DCA para o escopo deste estudo foi a conclusão de que, em se tratando de uma decisão exarada por uma agência de defesa da concorrência, a própria relação da conduta do Facebook com os propósitos da defesa da concorrência não foi propriamente demonstrada pela autoridade antitruste alemã. A DCA considerou que a agência falhou em provar que a combinação de dados de usuários advindos de diferentes fontes permitiu que a empresa investigada elevasse as barreiras à entrada no mercado de redes sociais, em prejuízo aos concorrentes¹¹⁷.

Ato contínuo à decisão da DCA, a autoridade antitruste alemã interpôs recurso à *Federal Court of Justice* (FCJ) – por sinal, a mais alta corte de justiça da Alemanha¹¹⁸ – contra a decisão de suspensão das medidas comportamentais impostas ao Facebook. Em junho de 2020, a FCJ reverteu a decisão da DCA, asseverando que não havia maiores dúvidas quanto à posição dominante do Facebook no mercado relevante de redes sociais na Alemanha, bem como quanto ao abuso de sua dominância pela imposição de termos e condições aos consumidores¹¹⁹.

Em sua decisão, a FCJ partiu de uma abordagem semelhante à empenhada pela autoridade antitruste alemã, entendendo que a conduta representou uma violação tanto de questões relacionadas à proteção de dados, quanto à concorrência. Para a FCJ, restou claro na instrução promovida pela agência que os consumidores se interessariam em ter menos dados coletados pelo Facebook, de modo que, em um mercado em que houvesse rivalidade, outras empresas poderiam competir por tais

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ THE NEW YORK TIMES, *op. cit.*

¹¹⁹ CLEARY GOTTLIEB, *op. cit.*

consumidores, oferecendo-lhes melhores termos e condições no que se refere à proteção de seus dados pessoais. Sendo o Facebook quase um integral monopolista – levando em conta o cenário mais conservador em que a empresa deteria mais de 95% de participação de mercado –, o consumidor não teria outra opção senão aceitar os termos abusivos estabelecidos pelo Facebook, sem ao menos poder escolher que seus dados fossem coletados apenas em razão de suas atividades dentro da plataforma facebook.com¹²⁰.

Ademais, a FCJ reiterou o entendimento inicialmente exarado pela autoridade antitruste alemã de que os efeitos de rede diretos (que consistem no aumento do valor de uma aplicação para o usuário à medida em que mais usuários a acessam) advindos da posição dominante do Facebook resultariam em efeitos *lock-in* que, por sua vez, seriam reforçados pela combinação de dados provenientes de diferentes fontes. A partir disso, o Facebook teria maior capacidade de monetizar sua plataforma com um aumento de anúncios e, ao fim, investir nela, acarretando um aumento de barreiras à entrada para os concorrentes¹²¹.

Tendo em vista todo o exposto, este estudo passará a discorrer acerca da relação existente entre o Direito Concorrencial e as preocupações advindas do *big data*, com foco especial na coleta de dados de consumidores. Afinal, foi visto que, mesmo entre as autoridades estatais, não há um consenso ou clareza suficientes acerca das reais implicações do *big data* sobre o Direito da Concorrência.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

2.3. ANÁLISE DA TEORIA DO DANO DO CASO FACEBOOK

A exposição realizada no capítulo anterior acerca dos tópicos tratados pela autoridade antitruste alemã sobre o nexos causal entre uso de *big data*, proteção a dados pessoais e defesa da concorrência, levanta sérias questões aos profissionais do Direito da Concorrência – e, por óbvio, a toda a sociedade – sobre em que medida o antitruste realmente deveria se preocupar em endereçar o *big data* por meio de seu *enforcement*.

Como evidenciado, o tema ainda se encontra sob intensa discussão, não apenas no âmbito da doutrina, mas entre as próprias autoridades públicas aplicadoras do Direito. Isto se deve, em grande medida, à complexidade que a economia digital apresenta, desafiando os mecanismos clássicos dos quais o Direito da Concorrência se vale para a instrução de casos que se propõe a resolver (por exemplo, a aplicação do conceito de barreiras à entrada para tratar do *big data*).

Com isso em vista, este tópico pretende fazer, em primeiro lugar, uma análise da teoria do dano utilizada para a condenação do Facebook por abuso de posição dominante.

Para melhor visualização do problema, a teoria do dano utilizada pela autoridade antitruste alemã poderia ser sintetizada da seguinte maneira (inclusive considerando o julgamento do caso pela FCJ): (i) o Facebook detém posição dominante no mercado de redes sociais da Alemanha; (ii) os efeitos de rede diretos advindos da posição dominante do Facebook prendem os consumidores à plataforma (efeito *lock-in*), resultando em consideráveis custos de troca; (iii) porque estão presos, são compelidos a permitirem que o Facebook colete e processe seus dados de diferentes lugares; (iv) a ampla disponibilização de *big data* ao Facebook resulta em uma personalização extremamente precisa de anúncios que, em razão de efeitos de rede indiretos, aumenta o número de anunciantes na plataforma; e (v) há uma elevação de barreiras à entrada em decorrência da poderosa atratividade do Facebook resultante do processo acima mencionado.

2.3.1. Barreiras à Entrada

De acordo com o já exposto neste estudo, a teoria do dano utilizada pela autoridade antitruste alemã consiste, em apertada síntese, no fato de que o Facebook

teria obtido vantagem sobre seus concorrentes através da exploração de consumidores pela violação das normas de proteção de dados e, como consequência, elevado artificialmente as barreiras à entrada ao mercado. É plausível inferir que a exploração dos consumidores, pela coleta e processamento de dados em diferentes fontes sem o seu consentimento, seria o instrumento por meio do qual o Facebook afetou a concorrência.

Embora a proteção de dados tenha sido fator central da formulação da teoria do dano, é necessário observar que existe, na verdade, um ângulo da decisão que trata especificamente de barreiras à entrada, elemento que é normalmente abordado nas análises de Direito da Concorrência e que já é amplamente debatido, não apenas na literatura que se debruça sobre a conexão entre antitruste e *big data*, mas também na literatura tradicional da área.

O tema – que, diga-se de passagem, não é nada simples e poderia ensejar um estudo à parte – costuma ser levantado tanto no controle de condutas, quanto no controle de estruturas. Simplificadamente, a análise de barreiras à entrada em um mercado busca investigar o nível de concorrência potencial para, ao final, determinar se um agente teria condições de exercer sua posição dominante¹²². Quanto menores forem as barreiras à entrada no mercado, menores também serão as possibilidades de um agente incumbente praticar preços abusivos (por óbvio, em mercados tradicionais, baseados preponderantemente em preço), visto que estaria sob risco de desvio da sua demanda para agentes entrantes¹²³⁻¹²⁴.

Diversos elementos devem ser observados para a delimitação da existência e intensidade das barreiras à entrada em um mercado¹²⁵. Machlup fala, por exemplo,

¹²² FRAZÃO, *op. cit.*, p. 149.

¹²³ WHISH; BAILEY, *op. cit.*, p. 365.

¹²⁴ Forgioni e Frazão, contudo, advertem que a mera afirmação de que a concorrência potencial tem a capacidade de prevenir o exercício abusivo de poder de mercado é uma concepção notadamente liberal, associada aos pressupostos da Escola de Chicago, tendo em vista que parte da premissa de que a economia se autorregula. Assim, em um mercado com baixas ou nenhuma barreira à entrada, não haveria preocupação quanto ao poder de mercado do agente dominante, pois a concorrência potencial, por si só, endereçaria eventual aumento abusivo de preços. As autoras, assumindo que a realidade econômica não é tão simples como querem os pensadores da Escola de Chicago, alertam que existem outros fatores relacionados à concorrência potencial que devem ser levados em consideração quando da análise das barreiras à entrada. Seria o caso, portanto, de verificar em que medida eventual entrada seria provável, tempestiva e suficiente para frear o incumbente. Ver FORGIONI, *op. cit.*, pp. 284-287 e FRAZÃO, *op. cit.*, pp. 149-150.

¹²⁵ “[...] devem ser analisados, dentre outros: (i) os custos irrecuperáveis do investimento; (ii) o grau de integração da cadeia produtiva; (iii) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; (iv) a existência de barreiras legais ou regulatórias; (v) as situações de aprisionamento de consumidores; (vi) a existência de relações de exclusividade; (vii) a

que as próprias empresas que já atuam no mercado podem impor barreiras à entrada por meio de práticas discriminatórias que impediriam novos entrantes de ter acesso a materiais estratégicos para atuar no mercado, como maquinário, meios de transporte e distribuição, dentre outros¹²⁶. No âmbito das discussões sobre *big data*, por sua vez, já se discute a possibilidade de ele ser uma *essential facility* e, conseqüentemente, se a recusa ou criação de dificuldades para seu acesso poderia configurar, no limite, uma prática discriminatória com o fito de excluir concorrentes do mercado¹²⁷. Existem debates, até mesmo, sobre necessidade de imposição, por autoridades de defesa da concorrência, da obrigação de empresas compartilharem dados com concorrentes, a fim de permitir a atuação destes no mercado¹²⁸⁻¹²⁹.

Yun aborda o debate sobre barreiras à entrada (com enfoque em *big data*) com um olhar bastante distinto. Para o autor, qualquer interessado em competir em mercados de maior destaque necessitará incorrer em custos e superar entraves para que obtenha sucesso (como custos despendidos em *compliance* regulatório, propriedade intelectual, equipamentos e mão-de-obra especializada). A mera categorização de tais custos como “barreiras à entrada” prejudicaria o próprio conceito, algo que se aplicaria também ao *big data* enquanto uma suposta barreira à entrada¹³⁰.

Sob este ângulo, o *big data* seria um dos vários fatores que afetariam os requisitos normalmente utilizados para medir o sucesso de uma entrada, quais sejam probabilidade, tempestividade e suficiência. O autor retorna, assim, ao racional já debatido no tópico 1.2.2 deste estudo, partindo da premissa de que a coleta e processamento de dados não tem a capacidade, por si só, de impedir empresas de

possibilidade de a operação gerar economias de escala sem rivalidade e com ameaças de retaliação; (viii) a escala mínima viável e as oportunidades de vendas de determinado mercado; e (ix) a questão da compatibilidade tecnológica, especialmente em mercados que envolvem alta tecnologia e redes contratuais ou *networks*”. FRAZÃO, *op. cit.*, p. 149-150.

¹²⁶ MACHLUP, Fritz. *The Political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1952. p. 121.

¹²⁷ LEHTIOKSA, Jere. *Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy*. 2018. Master's thesis (Master in Law) - University of Helsinki. Helsinki, 2018. pp. 30, 65.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹²⁹ Em observância ao escopo deste estudo, não cabe adentrar nas discussões sobre a doutrina das *essential facilities* ou mesmo acerca da imposição de remédios consistentes na obrigatoriedade de compartilhamento de dados com concorrentes. Isto porque a reflexão permanecerá concentrada na verificação de como o *big data* pode constituir uma barreira à entrada sob a ótica concorrencial e localizar a teoria do dano adotada pela autoridade antitruste alemã no Direito da Concorrência.

¹³⁰ YUN, *op. cit.*, p. 422.

entrarem no mercado. A capacidade da empresa de conquistar seu lugar no mercado com base em sua eficiência e poder de inovação é que seria o fator mais importante¹³¹.

Nesse sentido, o foco deveria ser direcionado para uma outra perspectiva: ao invés de meramente classificar o *big data* como uma barreira à entrada, dever-se-ia avaliar como as empresas o utilizam, se para gerar inovação e bem-estar ao consumidor ou, efetivamente, para prejudicar a concorrência.

Yun conclui com uma provocação aos que defendem que o *big data* consiste em uma barreira à entrada. Muito se fala na estratégia das grandes empresas, principalmente as de tecnologia, de adquirir concorrentes menores, sejam atuais ou potenciais, a fim de evitar uma rivalidade posterior. Logo, se o *big data* representa uma barreira à entrada de tamanha relevância, por qual razão os gigantes da tecnologia se sentiriam ameaçados pelos novos entrantes? Desse modo, se ele fosse realmente uma barreira à entrada: (i) possivelmente não haveria entradas prováveis, tempestivas e suficientes; e (ii) eventuais entrantes não representariam uma ameaça aos incumbentes. Nesta lógica, as aquisições de potenciais ou atuais concorrentes de menor porte seriam pró-competitivas.

*The reality is that theories of harm based on data barriers to entry confuse data with knowledge. Further, it illustrates the fundamental fragility of defining big data as a barrier to entry in the context of competition policy*¹³².

Sokol e Comerford, por sua vez, também lançam dúvidas sobre a teoria do “*winner takes all*”¹³³ advindas de supostas barreiras à entrada que seriam criadas em razão dos efeitos de rede em plataformas de dois lados. Eles defendem que não existem evidências empíricas de tais barreiras, especialmente considerando que seria

¹³¹ “For the reasons just discussed, it makes little sense to label big data as a barrier to entry and thereby treat it as an inevitable impediment to competition and consumer welfare. First, big data is one of many potential factors that influence ‘the timeliness, likelihood, and sufficiency of entry efforts an entrant might practically employ’. Certainly, effective investing in big data, machine learning, and artificial intelligence can create competitive distance between rivals. Yet this distance is a byproduct of competition on the merits and, as numerous examples confirm, is not necessarily an impediment to entry by firms clever enough to innovate a better mousetrap”. *Ibidem*, p. 423.

¹³² *Ibidem*, p. 424.

¹³³ Os efeitos de rede, diretos e indiretos, levariam a um cenário no qual aquele agente que conquistou uma posição de destaque no mercado digital concentraria em si a grande maioria dos consumidores. Assim, concorrentes de menor porte não teriam acesso ao *big data* na mesma proporção que agente dominante, minimizando drasticamente sua capacidade de rivalizar. SOKOL; COMERFORD, *op. cit.*

possível obter ganhos de escala por meios que não o *big data*, bem como os dados, isoladamente, não teriam capacidade para aumentar a qualidade e o ganho de escala em número de usuários¹³⁴. Os efeitos de rede seriam insuficientes para evitar que empresas com elevado grau de inovação entrassem no mercado, citando como exemplo a superação do Friendster pelo MySpace que, por sua vez, foi substituído pelo Facebook.

Ragazzo e Monteiro, por outro lado, embora concordem que da exploração do *big data* podem decorrer inúmeros benefícios às empresas e aos consumidores¹³⁵, aprofundam a discussão e elencam uma série de fatores que demonstram que a cadeia de valor do *big data* é complexa¹³⁶ e existem aspectos dela que, caso presentes, poderiam transformá-lo em uma barreira à entrada, ainda que não se possa afirmar que ele representará uma vantagem competitiva em todo e qualquer caso.

Ponderam os autores que cada elemento da cadeia de valor deve ser analisado (quais sejam, volume, velocidade, variedade e valor), na medida em que cada um deles pode impactar a capacidade de um agente em utilizar *big data*. Ragazzo e Monteiro chamam tal situação de “capacidade de exploração de *big data*”, que se diferiria da mera possibilidade de coleta de *big data*, vez que esta última não é a única condição a ser avaliada ao se falar em barreiras à entrada¹³⁷.

Assim, os autores mencionam alguns aspectos da cadeia de valor do *big data* que devem ser avaliados pela autoridade antitruste, vez que poderiam levar a uma vantagem competitiva por parte de um agente de mercado. Assim, deve-se observar: (i) se o uso de dados para a concretização de estratégias por parte das plataformas de múltiplos lados intensificam efeitos de rede diretos e indiretos, tratados pelos autores como “*user feedback loop*”, para efeitos diretos, e “*monetisation feedback loop*”, para efeitos indiretos; (ii) se estão presentes economias de escala, relacionadas

¹³⁴ “[...] firms can gather data from other sources than users (e.g. data brokers), and can gain scale in data in alternative ways, such as by entering into strategic distribution arrangements. In one such partnership between Microsoft and Yahoo regarding search results and advertising, the European Commission notes that ‘it is plausible that the merged entity through innovation and through its access to a larger index will be able to provide personalized search results better aligned to users’ preferences”. *Ibidem*.

¹³⁵ RAGAZZO; MONTEIRO, *op. cit.*, p. 157.

¹³⁶ “[...] a cadeia de valor do *big data* é o caminho percorrido pelos dados ‘brutos’ digitais até que se possa extrair valor econômico deles. O resultado final é um ativo informacional, que pode ser utilizado em variados processos de tomada de decisão informada”. Ragazzo e Monteiro explicam, ainda, que a cadeia de valor do *big data* consistiria nas seguintes etapas: (i) geração de dados; (ii) coleta (aquisição) de dados; (iii) armazenamento de dados; (iv) processamento e análise de dados; e (v) uso de informação. *Ibidem*, pp. 154-155.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 170-172.

ao volume, e/ou de escopo, relacionadas à variedade; (iii) se inexistente a efetiva disponibilidade, aos demais agentes de mercado, de dados e mecanismos de processamento; e (iv) se o decurso do tempo deteriora o valor dos dados¹³⁸.

Rubinfeld e Gal, por seu turno, reforçam o argumento de que uma análise séria de barreiras à entrada decorrentes da exploração de *big data* deve levar em consideração uma série de especificidades, inclusive em relação às características do mercado sob investigação¹³⁹. Assim como Ragazzo e Monteiro, afastam de pronto qualquer perspectiva de que as barreiras à entrada derivariam tão somente da oportunidade ou não de coletar dados, visto que, de novo, podem existir barreiras em cada elo da cadeia de valor do *big data*.

Entendem que, assim como em qualquer outro mercado não baseado em *big data*, uma eventual vantagem competitiva por parte de um agente proveniente da exploração de dados poderia gerar incentivos para a adoção de práticas anticompetitivas, com o propósito de manter e robustecer sua vantagem¹⁴⁰.

2.3.2. Proteção à Privacidade do Consumidor

Para além da discussão acerca da elevação de barreiras à entrada decorrente do uso que se dá ao *big data*, outro ponto de extrema relevância a ser debatido se refere à utilização do *enforcement* concorrencial para a proteção da privacidade de consumidores, tema que é um dos principais aspectos da discussão despendida pela autoridade antitruste alemã.

Em relação a este ponto, Ohlhausen e Okuliar tecem contundentes críticas aos que entendem que a privacidade de consumidores deve ser um tema a ser tratado na seara antitruste. Para os autores, a privacidade dos consumidores somente deverá ser um tema de preocupação do Direito da Concorrência se estiver relacionada com

¹³⁸ *Ibidem*, p. 172.

¹³⁹ “[...] in order to evaluate the importance of such barriers, one needs to understand the unique characteristics of the data which serve as an input for each specific market, as well as the ways in which the data-based information reaches the consumer. To give an example, the velocity of data necessary in order to determine optimal traffic routes at any given time is significantly different from the velocity of data required to determine past trends in the purchase of toys. Where economies of scope are significant, firms may benefit from a network of data sources, thereby possibly increasing entry barriers for those outside the network. Any analysis of big data markets without such groundwork- what Balto and Lane call ‘lazy talk’- is therefore problematic”. RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. Access Barriers to Big Data. *In: Arizona Law Review*, Vol. 59, pp. 339-381, 2017. pp. 32-33.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 33-34.

o fim último desta, qual seja a eficiência econômica para melhoria do bem-estar do consumidor¹⁴¹.

Normalmente, os debates envolvendo privacidade de usuários surgiriam na análise de atos de concentração entre empresas que utilizam amplos volumes de dados. A preocupação, nesse sentido, seria advinda da combinação de diferentes conjuntos de dados, a princípio, sem consentimento dos consumidores. Os autores refutam prontamente eventuais preocupações, argumentando que a consolidação de tais dados teria normalmente o condão de gerar eficiências econômicas que, ao final, seriam convertidas em benefícios ao consumidor. A combinação de dados poderia resultar na criação de novos produtos e, por consequência, em maior competitividade e inovação. Assim, uma modificação da análise antitruste tradicional, na verdade, seria prejudicial àquele consumidor que não compartilha das mesmas preferências de privacidade que um consumidor mais reservado, que poderia estar disposto a ter sua privacidade diminuída em prol de melhor qualidade ou novidades¹⁴².

O foco do Direito Antitruste seria em questões notavelmente macroeconômicas, como a manutenção de preços eficientes, enquanto caberia ao Direito do Consumidor a garantia da integridade da barganha de contratos específicos. Embora levemente complementares, seriam áreas do Direito preocupadas com objetivos distintos. Uma abertura do Direito da Concorrência para o endereçamento de questões voltadas à privacidade ensejaria, primeiro, a injeção de fatores não-concorrenciais na análise antitruste e, segundo, a retirada do foco na eficiência econômica, gerando uma alteração na previsibilidade e transparência do antitruste¹⁴³.

Portanto, pode-se inferir que Ohlhausen e Okuliar, embora prometam delimitar o lugar do tema da privacidade de dados no *enforcement* concorrencial, conseguem, na verdade, afastá-lo quase que por completo, tendo em vista que seus argumentos

¹⁴¹ “[...] *the application of competition law is appropriate only where the potential harm is grounded in the actual or potential diminution of economic efficiency. If there is likely no efficiency loss because of the conduct or transaction, another legal avenue for enforcement is more appropriate and efficient*”. OHLHAUSEN; OKULIAR, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴² *Ibidem*, p. 37.

¹⁴³ Chama a atenção o fato de os autores deixarem claro que, na análise antitruste, não haverá permeabilidade para tratar de aspectos como, por exemplo, a dignidade humana: “*A blended approach to antitrust that encompasses normative privacy concerns also would provide cover for the injection of other noncompetition factors into the analysis. As a normative matter, privacy is conceptually unsettled and, depending on who you ask, could include other rights, like property rights and human dignity. The introduction of these factors could shift antitrust law’s focus away from efficiency and alter its relatively predictable and transparent application*”. *Ibidem*, p. 40.

sempre desaguam na questão da eficiência econômica que seria o fim único do Direito Concorrencial e afastaria qualquer problema concernente, em específico, ao direito de autodeterminação do consumidor sobre sua privacidade (algo que seria de competência específica do Direito do Consumidor). “*There is simply no need to lay antitrust law ovetop of consumer protection law, or to stretch antitrust law to fill putative gaps in consumer protection enforcement, as some suggest*”¹⁴⁴.

A presente discussão é travada por Stucke e Grunes sob uma ótica completamente distinta. Partem da premissa de que a privacidade seria também um elemento que geraria competição entre os agentes de mercado, na medida em que eles concorreriam pela oferta de maior ou menor nível de privacidade aos consumidores¹⁴⁵. Curiosamente, para esta assertiva, os autores referenciam Ohlhausen e Okuliar, que afirmam que “*privacy [...] increasingly represents a non-price dimension of competition*”¹⁴⁶. Contudo, a convergência de opiniões parece não abranger muito mais do que este ponto em específico.

Stucke e Grunes criticam a forma como as autoridades de defesa da concorrência têm privilegiado somente o lado do mercado que lida diretamente com a monetização das plataformas (isto é, os anunciantes), em detrimento dos consumidores que, por estarem no lado “gratuito” do mercado, são eclipsados pelo foco dado ao lado dos anunciantes. O entendimento é de que o lado dos anunciantes seria capaz de encontrar soluções que também endereçariam os problemas relacionados aos consumidores.

Os autores – por sinal, de modo muito sensato – chamam a atenção para o fato de que não existe um lado “gratuito” do mercado. Os consumidores podem não pagar plataformas digitais em moeda, mas pagam com seus dados que, como já está evidente, é extremamente valioso às empresas que atuam nos mercados digitais¹⁴⁷.

Não é novidade que a privacidade dos consumidores é um tema nebuloso mesmo para as autoridades antitruste. Stucke e Grunes citam o ato de concentração entre o Google e o DoubleClick nos Estados Unidos, no qual a *Federal Trade Commission* (FTC) teria lidado com o tema da privacidade de consumidores de forma

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁴⁵ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *In: The Antitrust Source*, 2015.

¹⁴⁶ OHLHAUSEN; OKULIAR, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁷ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. *In: CPI Antitrust Chronicles*, 2015.

ambígua. A privacidade foi considerada como assunto relevante à sociedade, mas fora do escopo legal da FTC na análise de atos de concentração. Por outro lado, foi considerada também como um atributo não-preço da concorrência, de modo que a investigação abarcou possíveis efeitos prejudiciais advindos da operação no que se refere à privacidade, não havendo, no entanto, provas quanto a tais efeitos. Ou seja, para a FTC, a privacidade não seria matéria de sua competência, mas foram averiguados possíveis efeitos sobre ela. A posição dos autores a esse respeito é de que, muito embora seja um assunto realmente desafiador, isso não significa que possa ser negligenciado pelas autoridades públicas¹⁴⁸.

Logo, resta claro, desde já, que Stucke e Grunes discordam de Olhausen e Okuliar, entendendo que a privacidade é matéria a ser tratada pelo Direito Antitruste, visto que representa uma das dimensões da concorrência nos mercados digitais, ao invés de reduzirem o debate a meras repetições sobre eficiência econômica.

Asseveram os autores que os dados dos consumidores consistem em um elemento fundamental aos gigantes da tecnologia, sendo veículo para a monetização das plataformas por meio da personalização de anúncios que, conseqüentemente, chama a atenção dos anunciantes. O resultado destes fatores seria a crescente busca pelo acúmulo de dados pessoais, resultando no enfraquecimento da privacidade. Ainda que já se fale no surgimento de empresas que ofereçam serviços *online* e deem maior valor à privacidade dos usuários, tais empresas têm notavelmente participações de mercado irrisórias quando comparadas a gigantes como o Google que, com seu grande poder de mercado, ignoram a privacidade dos usuários para o alcance de seus objetivos econômicos.

Portanto, o Direito Antitruste deveria se preocupar com o poder de mercado e seus efeitos sobre a concorrência, na medida em que a concentração de poder leva à perda de privacidade dos consumidores, que poderia ser minimamente protegida em um mercado competitivo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ *Idem*. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *In: The Antitrust Source*, 2015.

¹⁴⁹ Stucke e Grunes partem do pressuposto de que, sim, os consumidores possuem preocupações quanto à sua privacidade. Seria um “mito” a afirmação de que os consumidores não teriam qualquer expectativa de privacidade por terem à sua disposição bens e serviços gratuitos. “*In competitive markets, consumers reign supreme. They wouldn’t face a Hobson’s choice of either using email (and suffer the privacy invasion of having their emails scanned to better target them with behavioral advertising) or writing letters. Many in the United States are frustrated, feeling they have lost control over their personal data. They are unaware of (i) who has access to their personal information, (ii) what data is being used, (iii) how and when the*

2.3.3. Principais Considerações Sobre a Teoria do Dano do Caso Facebook

Embora os autores que se alinham à ideia da não-existência de barreiras à entrada decorrentes de *big data* (especialmente Yun, Sokol e Comerford) tragam relevantes contribuições para o debate, seria desarrazoado simplesmente ultrapassar a caracterização do *big data* como uma barreira à entrada (como Yun dá a entender, por exemplo).

Conforme anteriormente delineado neste estudo, partir do pressuposto de que é meramente a eficiência do agente que determinará seu sucesso nos mercados baseados em *big data* desconsidera importantes fatores, como o fato de que “a natureza não-rival de dados não garante que eles estejam acessíveis a todos os concorrentes”¹⁵⁰, bem como minimiza sua importância para o aprofundamento do poder de mercado de empresas com notória superioridade no mercado.

Ainda que não seja adotada uma postura de que o *big data* é, *per se*, uma barreira à entrada, isso não significa que este ponto não deva ser enfrentado pelas autoridades públicas na análise dos casos concretos. Considerando que os dados são elementos tão importantes para monetização de plataformas de preço-zero, é racional inferir que os agentes que adotam modelos de negócios alicerçados no uso de dados para tal monetização tenham incentivos para fazer com que os dados que obtenham tornem-se, em alguma medida, um meio para exclusão de concorrentes e, paralelamente, configurem-se em exercício de poder de mercado¹⁵¹.

Nessa esteira, pode-se dizer que talvez a autoridade antitruste alemã não tenha trazido grandes inovações em sua teoria do dano, mas apenas adaptado as lentes do Direito da Concorrência às novas realidades advindas da era digital.

Conforme já tratado, o escopo do Direito Antitruste não é estanque, tampouco limitado a verificações de eficiências econômicas. Na verdade, enquanto destinatários finais das políticas antitruste, os consumidores deveriam ser objeto central de qualquer análise, ainda que indiretamente. No presente caso, o fato de terem sido considerados de forma direta na teoria do dano formulada pela autoridade antitruste

data is being used, and (iv) the privacy implications of the data's use". Idem. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. In: CPI Antitrust Chronicles, 2015.

¹⁵⁰ RAGAZZO; MONTEIRO, *op. cit.*, p. 162.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 162.

alemã não torna tal teoria “menos antitruste”, mas apenas utiliza um ângulo de análise alternativo para endereçar problemas que afetam diretamente o consumidor quanto às suas possibilidades de escolha.

Assim, não seria desarrazoado dizer que a violação da privacidade dos usuários da plataforma do Facebook não apenas feriria a autodeterminação dos consumidores quanto aos seus dados, mas também a concorrência, pelo aprofundamento da posição dominante detida.

Como visto, uma série de fatores poderia justificar que o abuso, pelo Facebook, de termos e condições para acesso à sua plataforma, efeitos de rede e consequentes efeitos *lock-in* elevariam barreiras à entrada no mercado de redes sociais, ensejando um cenário em que os ditos benefícios aos consumidores poderiam ser facilmente convertidos em prejuízo, dada a quase ausência de rivalidade.

Não caberia à autoridade antitruste meramente esperar o surgimento de um agente disruptivo e extremamente atrativo capaz de rivalizar com o Facebook e enfraquecer sua capacidade de abuso sobre a privacidade do consumidor. É, na verdade, necessário que haja intervenção imediata, ainda que com base em uma teoria do dano não-usual (o que é diferente de uma teoria do dano ilegítima).

Em verdade, estudos recentes sobre plataformas digitais podem permitir a realização de uma leitura do caso Facebook de um modo consideravelmente tradicional, em se tratando de defesa da concorrência. Conforme visto, teoria do dano adotada pela autoridade antitruste alemã considerou que o Facebook estaria abusando de sua posição dominante pela exploração da privacidade – e dos dados – de consumidores, com o fim de elevar barreiras à entrada no mercado (tais como os efeitos de rede diretos e indiretos).

Quanto à questão da privacidade – se seria tópico de preocupação pelo Direito da Concorrência –, o George J. Stigler Center publicou recente estudo sobre a relação entre antitruste e plataformas digitais, no qual se afirma que as categorias de prejuízo econômico ao bem-estar do consumidor advindas das plataformas digitais são exatamente as mesmas categorias tradicionais, quais sejam: preço, qualidade e inovação. Nesse contexto, a proteção à privacidade estaria inserida no âmbito da qualidade do produto ofertado por uma plataforma digital¹⁵².

¹⁵² STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*. Disponível em <<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2021.

Logo, em um mercado não-competitivo, o agente de mercado dominante, neste caso, a plataforma digital, teria incentivos para não investir ou mesmo diminuir a proteção à privacidade do consumidor, tendo em vista que não há o risco de perda de faturamento ou de consumidores. Assim, o consumidor continuará pagando pelo uso da plataforma com seus dados, ao passo que terá um decréscimo em qualidade.

Para ilustrar este ponto, o referido estudo mencionou duas situações nas quais o Facebook demonstrou um profundo descuido quanto à proteção da privacidade dos consumidores. A primeira delas seria a integração, anunciada pelo Facebook, das infraestruturas do Facebook Messenger, WhatsApp e Instagram. Tendo em vista as diferentes informações sobre os usuários que tais aplicações detêm, há relevantes preocupações sobre como os dados dos consumidores serão tratados no bojo desta integração.

Outro exemplo foi o massivo vazamento, em 2019, por uma empresa terceira, de dados de milhões de usuários do Facebook em servidor em nuvem da Amazon, acessível por qualquer pessoa. As informações vazadas envolveram, dentre outras, fotos, locais em que foram feitas *check-ins* pelos usuários, endereços de e-mail e até mesmo milhares de senhas¹⁵³.

No mesmo sentido, um estudo de 2020 promovido pelo governo estadunidense sobre plataformas digitais e antitruste, já mencionado no tópico 1.2.2 deste trabalho, pontuou que a ausência de métodos de proteção à privacidade do consumidor, associada à persistente coleta e uso de dados é um indicador de poder de mercado:

[...] a platform's ability to maintain strong networks while degrading user privacy can reasonably be considered equivalent to a monopolist's decision to increase prices or reduce product quality. A firm's dominance can enable it to abuse consumers' privacy without losing customers. In the absence of genuine competitive threats, a firm offers fewer privacy protections than it otherwise would. In the process, it extracts more data, further entrenching its dominance¹⁵⁴.

¹⁵³ WASHINGTON POST. Millions of sensitive Facebook user records were left exposed on public web, security researchers say. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/04/03/millions-sensitive-facebook-user-records-were-left-exposed-public-web-security-researchers-say/>>. Acesso em 22 abr. 2021.

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS, *op. cit.*

O relatório lança severas críticas à forma como as grandes plataformas digitais têm tratado a privacidade do consumidor, inclusive no sentido de que o fato de os consumidores parecerem não se importar com a privacidade de seus dados pode significar, na verdade, que existe uma necessidade de conformação com condições precárias de proteção de dados. Assim, caso queiram utilizar uma plataforma que forneça maiores métodos de proteção de dados, serão obrigados a deixar de usar uma plataforma de grande importância para o seu cotidiano, notavelmente em razão dos efeitos de rede envolvidos.

Além disso, os argumentos anteriormente debatidos sobre a questão da eficiência do direcionamento personalizado de publicidade aos consumidores com base em seus dados também são, em alguma medida, questionados. O relatório fala expressamente que:

[...] every ad targeted using personal information gathered without explicit, informed consent is at some level a violation of privacy. And Facebook and Google are profiting immensely by selling these violations to advertisers¹⁵⁵.

Sob este ponto de vista, é possível extrair a noção de que, se o objetivo da eficiência no mercado é gerar bem-estar ao consumidor, no caso das plataformas digitais, o efeito seria exatamente o contrário, uma vez que o resultado tem sido um verdadeiro uso indiscriminado de dados de usuários, sem seu consentimento informado e sem a possibilidade de escolha.

Por fim, e mais especificamente sobre barreiras à entrada, o referido estudo do governo estadunidense menciona um memorando interno do próprio Facebook no qual se fala sobre a existência de fortes efeitos de rede nas plataformas controladas pelo Facebook e sobre o quão preocupante podem ser tais efeitos, mesmo para empresas de um mesmo grupo econômico, conforme o seguinte trecho extraído do memorando quando da discussão sobre a possibilidade de coexistência entre Facebook e Instagram: *“a serious concern is network effects: when you use an app less, that makes it less appealing to other people, and at certain times and places those effects could be very large”*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

2.4. CONTRIBUIÇÕES AO BRASIL

2.4.1. O Atual Panorama do Tema da Proteção de Dados no Brasil

Nos últimos anos, o tema da proteção de dados passou a ser amplamente debatido no Brasil, nos âmbitos público e privado, em razão da edição, inclusive em outras jurisdições, de importantes marcos regulatórios cujo objetivo é tratar dos complexos desdobramentos jurídicos relacionados a dados pessoais. Exemplo de importante regulação sobre dados pessoais foi a aprovação, pela União Europeia, do GDPR em 2016, e a edição, pelo Brasil, da Lei nº 13.709 de 2018, normalmente referida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁵⁶.

Tendo entrado em vigor em setembro de 2020, a LGPD “regulamenta o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil”, garantindo aos cidadãos “maior controle [...] sobre suas informações pessoais, exigindo consentimento explícito para coleta e uso dos dados”, inclusive de dados *online*¹⁵⁷.

Embora recente em termos de entrada no ordenamento jurídico brasileiro, os debates em torno da LGPD já ocorrem há mais de dez anos. A referida lei cria imensos desafios ao setor público que, até o presente momento, seguem em construção, como a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) – órgão ligado à Presidência da República que é o responsável direto pela implementação das diretrizes e obrigações estabelecidas pela LGPD¹⁵⁸.

O panorama atual da proteção de dados no Brasil demonstra, nitidamente, que o país ainda está em fase bastante prematura quanto à efetiva implementação de um sistema legal e institucional robusto relacionado à proteção de dados dos cidadãos e, por consequência, há muito o que se pensar a seu respeito. Desde já se fala na transversalidade da LGPD, na medida em que ela dialogará com diversas outras áreas

¹⁵⁶ MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. *In: Revista do Direito do Consumidor*, Vol. 124, Ano 28, pp. 157-180, 2019. p. 158.

¹⁵⁷ SENADO FEDERAL. Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>>. Acesso em 12 mar. 2021.

¹⁵⁸ VALOR ECONÔMICO. LGPD: entenda o que é e como funciona a nova lei. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/09/18/lgpd-entenda-o-que-e-e-como-funciona-a-nova-lei.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

do Direito (como “legislações administrativas, tributárias, trabalhistas e cíveis”) para o endereçamento dos seus propósitos¹⁵⁹.

O Direito da Concorrência também está profundamente presente nos debates. No âmbito das discussões sobre a criação da ANPD, o próprio CADE sugeriu alteração legislativa para incorporar as competências da ANPD ao seu escopo de trabalho (por meio da criação, no âmbito do CADE, de uma Superintendência-Geral de Proteção de Dados)¹⁶⁰.

Isto, no limite, evidencia certo grau de interesse público na intersecção entre políticas de proteção de dados pessoais e políticas de defesa da concorrência, embora, como visto, seja um tema ainda incipiente no Brasil.

Encerrando as reflexões realizadas no presente trabalho, os próximos tópicos abordarão especificamente (i) o atual *status* da discussão sobre a conexão entre Direito da Concorrência e proteção de dados pessoais no Brasil, por meio da análise de precedentes e manifestações do CADE que trataram do tema; e (ii) as eventuais contribuições que o caso Facebook da Alemanha tenha a oferecer ao Brasil nos debates entre tal conexão que tem gerado tamanha controvérsia na comunidade antitruste.

2.4.2. Status do Tema no CADE

Conforme já visto, o Brasil está em seus estágios iniciais para o desenvolvimento de um arcabouço regulatório sólido quanto à proteção de dados dos cidadãos. Também no CADE a discussão é bastante incipiente. São raros os casos em que foi discutida eventual ilicitude decorrente do uso de *big data*, por exemplo.

É possível considerar que o caso de maior destaque tenha sido o do Google¹⁶¹, julgado pelo Tribunal do CADE em 26 de junho de 2019. Trata-se de um Processo Administrativo iniciado a partir de representação feita pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (E-Commerce) em desfavor do Google. O foco inicial

¹⁵⁹ *Idem.* Um método perigoso da LGPD. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/11/18/um-metodo-perigoso-da-lgpd.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁶⁰ JOTA. *Cade sugere mudança na lei para atuar como autoridade de proteção de dados.* Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/autoridade-de-protecao-de-dados-cade-17082020>>. Acesso em 12 mar. 2021.

¹⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, rel. Conselheiro Maurício Bandeira Maia, julgado em 26 de junho de 2019.

da investigação foi a alegada manipulação, pelo Google, do seu mecanismo de “busca orgânica”, para privilegiar sua ferramenta de comparação de preços (o Google Shopping) em detrimento de comparadores de preços concorrentes, como o Buscapé¹⁶².

Em síntese, quando um usuário realizasse uma busca no site de buscas tradicional do Google, este estaria posicionando, no topo da página de resultados, sua ferramenta *Product Listing Ads* (PLAs) que apresenta “a imagem de um determinado produto, o preço de venda e o nome do respectivo varejista anunciante”, mediante pagamento por anunciantes¹⁶³. Tal conduta resultaria em perda de audiência, cliques e receitas por parte dos rivais do Google que também ofertam serviços de comparação de preços, bem como prejudicaria o consumidor final, que estaria limitado a ver os anúncios do Google Shopping e, no limite, arcaria com maiores preços – na medida em que não teria acesso a outras possibilidades de anúncios de concorrentes do Google, eventualmente com preços mais baixos¹⁶⁴.

Importa destacar que os resultados apresentados pelo Google em sua ferramenta de anúncios se baseia no chamado “*quality score*”, que consiste em uma forma de o Google classificar os anúncios (ou seja, organiza-los na página de resultados de busca) com base na “mensuração de relevância, qualidade do varejista e da oferta”¹⁶⁵, a partir do termo pesquisado pelo usuário.

É neste contexto que se insere o *big data*. Conforme pontuado pelo Conselheiro Maurício Maia em seu voto relator, o Google tem a capacidade de coletar e processar diversos dados de seus usuários à medida que estes utilizem os produtos Google – seria uma situação semelhante à dos usuários do Facebook, na qual o comportamento

¹⁶² “(i.a) o Google estaria veladamente manipulando a sua ferramenta de busca orgânica, retirando a sua propugnada neutralidade, com o intuito de privilegiar os seus próprios produtos em detrimento de produtos de concorrentes – no caso, privilegiar o Google Shopping, colocando-o em posição de destaque na busca orgânica, em detrimento de concorrentes como o Buscapé, a partir da manipulação da suposta neutralidade de seu algoritmo; (i.b) o Google Shopping, embora tenha saído da busca orgânica, estaria posicionando-se de modo privilegiado entre os ‘links patrocinados’, diminuindo o espaço da busca orgânica (e aumentando o espaço da busca patrocinada) e buscando confundir o usuário a respeito do que seja ‘busca patrocinada’ e do que seja ‘busca orgânica’.” Ver Volume de Processo 5, fl. nº 1316 do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

¹⁶³ Ver voto-vogal da Conselheira Polyanna Vilanova.

¹⁶⁴ Importante notar a diferença entre comparadores de preços e *marketplaces*, a qual foi ressaltada pela Conselheira Polyanna Vilanova em seu voto-vogal: “No que diz respeito às características dos *marketplaces*, estes se diferenciam em relação a serviços de comparação de preço por permitirem tanto a busca quanto a compra e venda de produtos por usuários, na mesma plataforma, enquanto os comparadores de preços direcionam as compras diretamente para os sites dos varejistas que ali anunciam”.

¹⁶⁵ Ver voto do Conselheiro Relator, Maurício Maia.

do usuário no *website* permite ao anfitrião da plataforma coletar dados sobre suas preferências.

Assim, o *big data* derivado da atividade dos usuários seria um dos elementos levados em consideração para a classificação dos anúncios na página de resultados do Google. Ou seja, os primeiros anúncios – que, por consequência de sua posição, são os mais relevantes – seriam direcionados às preferências do consumidor¹⁶⁶.

Nesse sentido, o Conselheiro Maurício Maia pontuou que a personalização de publicidade é um elemento que pode não apenas gerar benefícios aos consumidores, mas também eficiências às empresas, por meio da adoção de melhores estratégias para que sua propaganda impacte o consumidor final. O Conselheiro alertou para o fato de a publicidade *online* possuir um alto risco de ineficiência, tendo em vista uma tendência de o usuário de plataformas digitais simplesmente ignorar propagandas, o que reforçaria, ainda mais, a importância da elaboração de anúncios a partir de perfis dos consumidores, diminuindo, assim, ineficiências.

Por outro lado, o Conselheiro destacou que, para que a utilização de dados pessoais seja eficiente, é importante que as empresas saibam como gerar valor a partir de tais dados, de modo que a mera coleta ilimitada de dados, *per se*, não teria capacidade para gerar as eficiências esperadas. O Conselheiro cita trecho de texto de Tucker¹⁶⁷ para afirmar que o valor do *big data* é, na verdade, relativo. Tucker defende que a maior parte dos dados criados por usuários a partir do uso da *internet* não possui grande valor. A autora destaca que

[...] most data that is created online is done so in the pursuit of activities which are inhospitable to advertising. For example, if I am watching movies online, that data is not particularly valuable

¹⁶⁶ “[...] cada usuário pode obter uma experiência diferenciada na utilização do serviço de buscas do Google, a depender de informações relevantes no momento dessa pesquisa, a exemplo de sua localização, e de outras informações pretéritas sobre a forma de utilização da plataforma ou de outros produtos da Representada [Google].” Ver voto relator do Conselheiro Relator, Maurício Maia.

¹⁶⁷ “*Unsurprisingly, the answer to the question of whether data is valuable for the targeting of online advertising is that it depends. Perhaps more surprising, though is the answer that most of the time, the data that users create when browsing the internet is not that valuable. Let us take the example of a valuable piece of data, such as evidence that a business person is thinking about chartering a jet. This is valuable because such leads are profitable, but also rare in the sense that not many people can afford to charter a jet, and even then, they only do so occasionally, and there tends to be only a very small window to get charter jet company alternatives before them.*” TUCKER, Catherine. *Online Advertising and antitrust: network effects, switching costs, and data as an essential facility*. Disponível em: <https://www.analysisgroup.com/globalassets/content/news_and_events/news/2019-tucker-online-advertising-and-antitrust.pdf>. Acesso em 1º dez. 2020.

as it doesn't inform advertisers about any products I am likely to buy in the near term. Furthermore, while I am watching the movie, I am likely to feel unkindly towards any ad that intrudes on my experience.

O Conselheiro Maurício Maia se alinhou a tal posicionamento, especialmente em se tratando das ferramentas de comparação de preços, vez que o fator de maior relevância para o usuário não seria necessariamente resultados de busca com base em seu perfil, mas a capacidade do Google em oferecer aos usuários uma variedade confiável de produtos a partir da pesquisa realizada. Com isso, o *big data* poderia assumir diferentes papéis na publicidade *online*, a depender do modelo de negócios e dos clientes de cada plataforma.

Assim, o Conselheiro concluiu que, muito embora se discuta a caracterização de barreiras à entrada pela posse de *big data*, isto não seria aplicável para o mercado de comparação de preços, justamente porque os dados pessoais não seriam tão essenciais a esse nicho de mercado. De modo geral, e não apenas com relação a comparadores de preços, o Conselheiro Maurício Maia pareceu seguir uma vertente teórica que assume que o *big data*, por ser, em tese, de fácil acesso e gerar grandes eficiências, dificilmente seria um fator capaz de gerar dano à concorrência e ao consumidor.

Por outro lado – e no mesmo caso –, o Conselheiro Paulo Burnier, em voto-vogal, ressaltou que o caso Google em questão seria a primeira oportunidade de o CADE tratar de condutas unilaterais em mercados digitais. De imediato, adiantou que entende que o Direito da Concorrência é, de fato, um instrumento apto para tratar de abusos por empresas de tecnologia.

Chamou especial atenção para efeitos de rede gerados nas plataformas digitais de múltiplos lados e o papel que os dados assumem na economia digital, bem como à transversalidade do tema:

Na economia digital, vê-se cada vez mais a estruturação de agentes de mercado sobre a forma de *marketplaces* ou ecossistemas digitais, como ocorre na plataforma da Amazon. Evidentemente, há diversos instrumentos jurídicos capazes de endereçar problemas advindos dessa nova realidade, tais como regulação, direitos dos consumidores, proteção de dados. O Direito da Concorrência também tem seu papel, ainda que com eventuais ajustes finos na sua aplicação, sempre de modo

complementar a outros instrumentos jurídicos igualmente importantes¹⁶⁸.

Ainda que não diametralmente oposto às considerações do Conselheiro Maurício Maia sobre *big data*, o Conselheiro Paulo Burnier pareceu adotar uma postura de maior cautela com relação às implicações da dinâmica de mercados digitais sobre o Direito da Concorrência, tendo, inclusive, votado pela condenação (embora não especificamente com base em uso de *big data*) do Google ao pagamento de aproximadamente R\$ 31,8 milhões, ao passo que o Conselheiro Maurício votou pelo arquivamento do caso pela não constatação de infração à ordem econômica, o qual foi o voto vencedor, devido ao voto de qualidade do Presidente do Tribunal do CADE. Assim, em termos práticos, houve um empate de 3 membros do Tribunal do CADE que votaram pelo arquivamento do caso e outros 3 que votaram pela condenação do Google por abuso de posição dominante.

Já no âmbito do controle de estruturas, há um precedente recente, julgado pelo Tribunal do CADE em 14 de abril de 2021, envolvendo a aquisição, pela Magalu Pagamentos Ltda., da totalidade do capital social da Hub Prepaid Participações S.A. A operação, em apertada síntese, impactaria o mercado de varejo *online* e atividades de emissão de moeda eletrônica e gestão de contas de pagamentos¹⁶⁹.

Partindo de uma análise antitruste tradicional, e conforme pontuado pela Conselheira Relatora, Paula Farani, em seu voto, a operação enseja pouca preocupação à autoridade concorrencial, tendo em vista não gerar propriamente nenhuma sobreposição horizontal ou integração vertical, mas apenas relações comerciais complementares, envolvendo mercados “relativamente próximos”¹⁷⁰.

No entanto, a empresa MercadoPago.com Representações Ltda.¹⁷¹, que havia se habilitado como terceira interessada nos autos do referido Ato de Concentração,

¹⁶⁸ Ver voto do Conselheiro Paulo Burnier.

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, rel. Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, julgado em 14 de abril de 2021.

¹⁷⁰ Ver voto da Conselheira Relatora, Paula Farani.

¹⁷¹ Conforme disposto no voto da Conselheira Paula Farani, “o Mercado Pago é uma plataforma de tecnologia de serviços de pagamento do site do Mercado Livre e de outras plataformas de e-commerce e estabelecimentos físicos, por meio do qual as transações de pagamento realizadas pelos compradores são processadas e liquidadas para os vendedores. O Mercado Pago é uma instituição de pagamento e instituidora dos Arranjos de Pagamento Mercado Pago, com funcionamento devidamente autorizado pelo BACEN”.

apresentou recurso ao Tribunal do CADE contra o Parecer da Superintendência-Geral do CADE (“SG”) que havia aprovado a operação sem restrições.

O principal argumento do Mercado Pago foi de que a SG não teria instruído o caso corretamente, na medida em que teria ignorado suas ponderações sobre a operação necessitar de uma análise sob a perspectiva de uma “aquisição movida a dados”. De acordo com o terceiro interessado, a real racionalidade da operação não estava concentrada nos serviços ofertados pela Hub, mas na base de dados que ela possui. Ele teria tido relação contratual com a Hub entre janeiro de 2016 e janeiro de 2021, por meio da qual a Hub teria gerenciado cartões fornecidos pelo Mercado Pago e “angariado dados sensíveis e concorrencialmente relevantes dos clientes do Mercado Pago e do Mercado Livre”¹⁷². Assim, a preocupação do Mercado Pago é de que a empresa Magalu tenha acesso a tais dados e, em razão disso, adquira vantagem competitiva.

A esse respeito, a Conselheira Paula Farani concordou com o argumento de que a SG deixou de investigar a relevância competitiva dos dados que a Hub dispõe, não tendo realizado nenhum ato instrutório sobre este ponto. Além disso, reforçou a importância que o *big data* tem assumido para a competição na economia digital, inclusive despertando a atenção de diversas autoridades de defesa da concorrência de outras jurisdições.

Apesar disso, a operação foi aprovada sem restrições, por unanimidade, pelo Tribunal do CADE, por haver, segundo a Conselheira Paula Farani, uma variedade de mecanismos legais, regulatórios e contratuais que impedem que a Magalu tenha acesso aos dados do Mercado Pago.

Por fim, embora não relacionado à atuação do CADE propriamente dita, foi recentemente publicado um artigo no jornal “Jota” pelo atual Presidente da autarquia, Alexandre Barreto, em colaboração com Ana Mahon, acerca da relação entre a defesa da concorrência e a proteção de dados¹⁷³.

Inicialmente, o Presidente do CADE afirma que há uma preocupação institucional em acompanhar o desenvolvimento das discussões sobre concorrência e dados pelas autoridades de outros países, bem como de que o tema da proteção de

¹⁷² Ver voto da Conselheira Relatora, Paula Farani.

¹⁷³ DE SOUZA, Alexandre Barreto; MAHON, Ana Luiza Lima. *Proteção de dados e defesa da concorrência*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-e-defesa-da-concorrenca-16042021>>. Acesso em 19 abr. 2021.

dados “afeta a política pública de proteção da concorrência”. Entretanto, deixa claro que entende que há grandes eficiências advindas do “processo de armazenamento, análise e troca de informações” – ou dados –, pontuando até mesmo que a “evolução da tecnologia da informação tende a gerar muito mais eficiências do que prejuízos decorrentes de restrições concorrenciais”¹⁷⁴.

Pontuou, ainda, que já há uma clareza acerca das competências específicas das instituições governamentais e que o CADE permanece disposto a colaborar com a ANPD, permanecendo “com a realização da análise concorrencial que lhe compete”. Finaliza afirmando que “a preocupação concorrencial é, na verdade, direcionada à informação em si, apesar de a nova Lei de Proteção de Dados cumprir a função de diminuir os riscos concorrenciais relacionados à informação”¹⁷⁵.

2.4.3. Quais as Contribuições que o Caso Facebook tem a Oferecer ao Brasil?

Conforme abordado no capítulo 1 deste estudo, a definição dos objetivos a serem alcançados pelo Direito da Concorrência é uma tarefa complexa sobre a qual pessoas têm se debruçado desde os primórdios do *Sherman Act* nos Estados Unidos até os dias atuais. Nota-se, ainda, que a escolha de tais objetivos pode ser fruto da priorização de determinadas políticas econômicas. A título de exemplo, a centralidade da eficiência como objetivo do Direito Antitruste, normalmente associada aos pensadores da Escola de Chicago, tem como pano de fundo a adoção de políticas econômicas menos intervencionistas, uma vez que, como anteriormente explicado, tende a relativizar eventuais prejuízos advindos de altos graus de concentração de mercado, por exemplo.

Ao final, sabe-se que existe uma miríade de possíveis objetivos a serem atribuídos ao Direito da Concorrência, não se tratando de um tema estanque. Ao menos no que diz respeito à ordem jurídica brasileira, o consumidor é elemento central na análise das finalidades das políticas antitruste, especialmente levando em conta a necessidade de conformação da LDC aos ditames constitucionais. Certo que, ao se falar em bem-estar do consumidor, abre-se uma nova variedade de fatores que podem

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

ser considerados como finalidades a serem alcançadas, como, por exemplo, melhores preços, qualidade, diversidade dos produtos e inovação¹⁷⁶.

A questão específica da privacidade dos consumidores, por sua vez, se intensificou na seara concorrencial justamente por conta da evolução dos mercados digitais que, em grande parte, se valem amplamente de dados pessoais para importantes estratégias econômicas, como já visto, e inclusive para a monetização de plataformas de “preço zero”, como o próprio Facebook. Daí as intensas discussões sobre em que medida a privacidade dos consumidores deve ser tratada pelo Direito da Concorrência e não pelo Direito do Consumidor (ou por ambos), algo que, no limite, exige que a comunidade antitruste sempre retorne à questão dos objetivos do Direito Concorrencial.

O caso Facebook foi escolhido como objeto do presente estudo justamente por entregar um panorama diferenciado em relação ao que temos atualmente no Brasil. Como já visto, o *big data* é um tema que ainda não foi profundamente analisado pelo CADE como fator central em uma investigação de infração à ordem econômica. Além disso, a discussão realizada até o momento, com maior proeminência no caso Google, demonstrou alguma inclinação para os teóricos que defendem a relativização das implicações anticoncorrenciais do *big data*.

Por outro lado, a autoridade antitruste alemã ousou não apenas determinar que a forma como o Facebook coleta dados constitui uma elevação de barreiras à entrada, mas também adotar uma teoria do dano fundamentada na violação da privacidade de consumidores pela imposição de cláusulas abusivas de termos de serviços, que obrigam o consumidor a concordar com uma coleta irrestrita de dados em diferentes lugares e não apenas na própria plataforma do Facebook.

Independentemente da adequação de tal decisão aos propósitos do Direito da Concorrência no âmbito da Alemanha e da própria União Europeia, em se tratando do Brasil, não seria desarrazoado visualizar a proteção à privacidade dos consumidores, no contexto do *big data*, como uma matéria de competência do Direito da Concorrência.

Talvez a contribuição mais importante que o Brasil possa extrair da decisão da autoridade antitruste alemã é de que o Direito Antitruste não pode esperar pelo regulador para sancionar condutas abusivas em detrimento dos consumidores.

¹⁷⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

Considerando a necessidade de conformação da LDC à CF/88 (especialmente quanto à garantia de condições dignas de existência aos cidadãos), como já tratado no tópico 1.1.3 deste trabalho, bem como o caráter primordial que os consumidores assumem perante as políticas de defesa da concorrência, a tutela da sua privacidade não seria matéria estranha ao Direito Concorrencial brasileiro, especialmente quando observada sob a ótica do abuso de posição dominante decorrente de profundas assimetrias de poder de barganha.

Além disso, é necessário adotar especial cuidado quanto à utilização de argumentos baseados em “eficiência” para o afastamento do caráter anticoncorrencial de eventuais condutas baseadas em *big data*. Embora o *big data* possa não ser *per se* algo que agregue valor às atividades econômicas de empresas que o utilizam, a depender da forma como é tratado, não é plausível simplesmente assumir premissas genéricas de que os dados são ubíquos, não-rivais e não-exclusivos, dentre outros aspectos, e que por isso estariam disponíveis a qualquer um que os quisessem, não sendo viável falar em barreiras à entrada e potenciais prejuízos à rivalidade.

Já se sabe, na verdade, que o *big data* representa um insumo crucial na economia digital, a ponto de, em alguma medida, orientar o modelo de negócios de gigantes da tecnologia como o Facebook. Assim, seu valor é quase que explícito, na medida em que é capaz de alavancar a monetização de plataformas de múltiplos lados pela entrega de publicidade extremamente refinada. Nesse sentido, não se pode perder de vista a existência de grandes incentivos para que empresas com notável poder de mercado facilmente ignorem o direito de autodeterminação dos consumidores sobre sua privacidade, a fim de obterem maiores ganhos econômicos.

Além disso, não é plausível ignorar as preocupações advindas do poder que as grandes plataformas digitais possuem, estendendo-se desde o poder de proporcionar a interação entre os mais diversos lados dos mercados digitais, até o poder de influenciar e manipular usuários com base na vasta quantidade de informações que possuem¹⁷⁷.

Ainda, afastar eventuais – ou mesmo atuais – prejuízos ao consumidor a partir de premissas como a geração de eficiências tanto para os anunciantes, quanto para consumidores (pela entrega de publicidade personalizada e manutenção do caráter

¹⁷⁷ FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: *Empresa, Mercado e Tecnologia*, 1ª. ed., pp. 181-199, 2019. pp. 185-186.

“gratuito” de plataformas) incorre no risco de retornar às teorias da Escola de Chicago que, como visto, envolvem um conceito de bem-estar do consumidor que não se adequa aos ditames constitucionais brasileiros, na medida em que relativiza condutas com alto grau de potencial lesivo.

Logo, o SBDC não pode se furtar à tarefa de garantir condições dignas aos consumidores quanto à sua privacidade, ainda que este seja um tema transversal e que normalmente não é o foco das decisões em matéria concorrencial, mas que pode englobar outros elementos como o abuso de poder dominante e a elevação de barreiras à entrada.

Adicionalmente, para além da privacidade do consumidor – que, por si só, é um elemento extremamente valioso –, há de se pensar também na contenção do poder econômico dos “gigantes da *internet*” em função da própria preservação da democracia, conforme tratado no tópico 1.1.4 deste estudo. Não seria desarrazoado considerar que a exploração irrestrita e ampla de dados pessoais, ao possibilitar a manutenção ou mesmo ampliação do poder de mercado dos gigantes da tecnologia, resultaria em uma interferência direta no regime democrático, especialmente tendo em vista o poder de influência das plataformas sobre os seus usuários, que pode afetar, até mesmo, resultados de eleições¹⁷⁸. Em sentido parecido se situa a seguinte provocação de Srinivasan:

*The fact that this century’s new communications utility is free but necessitates widespread surveillance of consumers is a paradox in a democracy. Facebook watches, monitors, and remembers what over 2 billion people do and say online. Contrary to what those in the advertising industry would want regulators to think, American consumers value a state of no surveillance and have attempted to protect this aspect of their privacy since the beginning. The fact that the free market today offers no real alternative to this exchange is a reflection only of the failure of competition.*¹⁷⁹

Assim, o poder econômico desenfreado pode se converter em poder político que, por sua vez, poderá ser utilizado para manipular as instituições públicas em

¹⁷⁸ FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: *Empresa, Mercado e Tecnologia*, 1ª. ed., pp. 181-199, 2019.

¹⁷⁹ SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook: A monopolist’s journey towards pervasive surveillance in spite of consumers’ preference for privacy. In: *Berkeley Business Law Journal*, vol. 16:1, 2019, p. 98.

benefício de interesses particulares, de modo que é importante que as autoridades de defesa da concorrência adotem uma postura ativa no controle da concentração de poder econômico¹⁸⁰.

¹⁸⁰ FRAZÃO, Ana. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado.* Parte 9. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-10-14-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_9.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2021.

CONCLUSÃO

Este estudo buscou analisar a decisão da autoridade antitruste alemã que determinou que a conduta do Facebook de combinação de dados de usuários (*big data*) obtidos por diferentes fontes seria anticoncorrencial, com o intuito de, ao final, visualizar alguma contribuição ao Direito Concorrencial brasileiro a partir do exame realizado pela autoridade antitruste alemã sobre a relação entre *big data* (e, por consequência, privacidade dos consumidores) e concorrência.

Inicialmente, foi feita uma reflexão sobre os objetivos do Direito da Concorrência, especialmente tendo em vista que, na decisão do caso Facebook, a privacidade dos consumidores foi o fator central da análise e ela não consiste em assunto comumente endereçado pelos órgãos de defesa da concorrência de jurisdições como o Brasil, por exemplo. Esta primeira análise incluiu, além do Brasil, os Estados Unidos e a Europa, por se tratarem das jurisdições mais proeminentes em matéria de Direito Antitruste.

A partir desta análise, viu-se que, ao menos no Brasil, o consumidor será sempre o destinatário final das políticas de defesa da concorrência. Normalmente, esta tutela do consumidor é feita de forma indireta (daí o caráter instrumental da concorrência), o que não impede que, em determinadas situações (como em casos de abuso de posição dominante), a tutela do bem-estar do consumidor seja feita de forma direta. Além disso, o arcabouço principiológico advindo da CF/88 impede que a aplicação do Direito da Concorrência no Brasil seja feita com base em um único objetivo (por exemplo, a eficiência econômica), devendo sempre se pautar em valores sociais e na dignidade da pessoa humana.

Na sequência, a fim de melhor compreender o escopo em que o caso Facebook está inserido, buscou-se definir o que é *big data*, bem como mapear as discussões existentes em torno de seu valor (especialmente para localizar sua importância no âmbito do Direito da Concorrência).

Assim, viu-se que o *big data* se refere, em apertada síntese, à coleta e tratamento de dados, tendo como principais atributos (i) o grande volume de dados envolvidos; (ii) a velocidade com que os dados são processados e analisados (o que se relaciona também com sua breve vida útil); (iii) a variedade de dados envolvidos; e (iv) o valor que pode gerar.

Considerando o valor como o resultado do tratamento que é dado aos dados coletados, foi realizada uma análise de parte da literatura sobre os limites do valor do *big data*. Entendeu-se que um viés menos intervencionista, que considera que o *big data* somente terá significância a partir da eficiência do agente econômico que o utiliza, corre o risco de ser excessivamente reducionista quanto à relevância dos dados para a economia.

Tal vertente relativiza a importância de detenção de *big data* por este estar, em tese, disponível a todos que o queiram (mesmo que seja por meio de terceiros, os chamados *data brokers*), bem como por ser não-rival, não-exclusivo, dentre outros aspectos. Assim, um agente somente obteria vantagem econômica a partir do *big data* se fosse suficientemente eficiente e inovador para gerar valor a partir da posse dos dados.

No entanto, foi ponderado que a discussão acerca do valor do *big data* não pode ser tão simplória, na medida em que já se tem notícia de empresas (como o Google e o Facebook) que possuem capacidade de coleta tão ampla e variada de dados que nenhum outro rival poderia, a princípio, replicar. Isso naturalmente chama a atenção do Estado porque, dada a nítida importância do *big data* como insumo, não haveria razão para simplesmente negar a existência de incentivos para agentes com poder de mercado de se valerem de tal meio para obter vantagem competitiva de forma abusiva.

Com toda essa discussão em mente, passou-se a efetivamente descrever e analisar a decisão da autoridade antitruste alemã sobre a coleta do Facebook, em diferentes fontes (inclusive de *sites* que não são relacionados ao seu grupo econômico), de dados pessoais de consumidores.

O Facebook foi condenado por abuso de posição dominante com base em uma teoria do dano que levou em conta, principalmente (i) o abuso de posição dominante perante o consumidor pela imposição de cláusulas de termos de serviços que previam que o usuário deveria concordar em ter seus dados coletados de diferentes fontes (não havendo poder de escolha pelo consumidor, dada a posição dominante do Facebook, efeitos de rede diretos e efeito *lock-in*); e (ii) a elevação de barreiras à entrada de concorrentes a partir das vantagens adquiridas pelo *big data*, em vista da forma como é coletado.

Embora possa ser questionada por tutelar diretamente a proteção dos dados do consumidor, é possível considerar que a decisão da autoridade antitruste alemã

não inovou a análise concorrencial, tampouco trouxe para ela matéria estranha ao seu escopo, mas tão somente redirecionou o foco de observação.

Ao invés de utilizar como eixo a concorrência enquanto instrumento para geração de bem-estar do consumidor, a autoridade antitruste alemã poderia ter apenas tratado diretamente o bem-estar do consumidor (na figura da privacidade e poder de escolha) que estaria sendo degradado pelo uso abusivo, pelo Facebook, de sua posição dominante. Ainda, a análise de elevação de barreiras à entrada para concorrentes não seria trivial, na medida em que, como visto, somente a investigação do caso concreto poderá dizer se o *big data* representaria uma barreira à entrada (embora existam elementos, como efeitos de rede diretos e indiretos e efeito *lock-in*, para presumir que sim, em alguma medida).

Por fim, chegando à discussão específica em relação ao Brasil, foi apresentado um breve panorama acerca da conjuntura brasileira quanto à proteção de dados pessoais, bem como a discussão já existente no CADE sobre a relação entre *big data* e concorrência. Ficou claro que é um tema ainda em fase embrionária e que carece de maior delineamento e experiência institucional, especialmente na ótica da regulação (na figura da ANPD), bem como de maior atenção por parte do CADE em casos práticos de infração à ordem econômica, principalmente, sem prejuízo da importante análise no âmbito do controle de estruturas.

A principal investigação que discutiu o assunto, até o momento, foi a que tratou da conduta discriminatória, por parte do Google, em relação a *sites* de comparação de preços. Embora não muito aprofundado, o voto vencedor no Processo Administrativo (voto do Conselheiro Relator, Maurício Maia) deixou claro que o posicionamento adotado é de que o *big data* é capaz de gerar amplas eficiências econômicas, que seu valor depende da eficiência do agente econômico que o utiliza, bem como que a mera posse de *big data* não configura barreira à entrada (ao menos em relação ao caso concreto).

Importante ressaltar, no entanto, que o uso de *big data* não foi o elemento central da análise do caso, e que somente os Conselheiros Maurício Maia e Paulo Burnier abordaram o assunto em seus respectivos votos. Assim, no limite, não é possível afirmar com certeza que há precedente do Tribunal do CADE que informe à sociedade brasileira qual o entendimento da autarquia quanto ao tema.

A partir de toda a análise aqui empenhada, conclui-se que o Brasil tem muito a avançar com relação às discussões sobre *big data* e concorrência. O caso Facebook

demonstra que o assunto pode ser muito mais complexo do que afirma uma parte da literatura (como amplamente tratado neste estudo), colocando à luz a necessidade de se discutir de imediato a proteção à privacidade do consumidor e não apenas aguardar que algum ente público o faça.

Ainda que não haja muita clareza, nem mesmo no âmbito internacional, sobre em que medida a privacidade do consumidor é uma pauta do Direito da Concorrência e sobre eventuais efeitos negativos do *big data*, a autoridade de defesa da concorrência não pode simplesmente ignorar potenciais implicações com relação ao tema. Independentemente de a decisão da autoridade alemã ter sido a mais acertada ou não, já se tem conhecimento da importância dos dados pessoais como insumos para empresas dos mercados digitais e, por consequência, dos incentivos para abuso de posição dominante e exploração dos consumidores.

Portanto, a autoridade concorrencial precisa se manter vigilante e atualizada sobre o assunto, tendo em vista que o que está em jogo é a autodeterminação do consumidor sobre sua própria privacidade, assunto que se encaixa no âmago da garantia de uma vida digna, conforme preceitua a CF/88.

Provavelmente ainda haverá grandes desdobramentos do tema no Brasil, à medida que os avanços tecnológicos se aprofundam e os debates se solidificam no âmbito internacional, cabendo à comunidade antitruste se manter informada e, às autoridades públicas, serem proativas na tutela do bem-estar do consumidor.

Entende-se, por fim, que argumentos que determinam a eficiência econômica como o mais importante aspecto da análise antitruste não merecem prosperar, em vista da experiência concorrencial já ter demonstrado que a eficiência econômica não necessariamente virá acompanhada de bem-estar do consumidor¹⁸¹. Tendo isso como pressuposto, o protagonismo deve ser dado ao próprio consumidor, vez que não são os consumidores que devem servir à economia, mas a economia que deve servir aos consumidores.

¹⁸¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 53-54.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARON, Jason R. Law in the Age of Exabytes: Some Further Thoughts on 'Information Inflation' and Current Issues in E-Discovery Search. *In: Richmond Journal of Law and Technology*, Vol. 17, Issue 3, 2011.

BECHER, Christoph. A Closer Look at the FCO's Facebook Decision. *In: European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, Issue 2, pp. 116-121, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, rel. Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, julgado em 14 de abril de 2021.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, rel. Conselheiro Maurício Bandeira Maia, julgado em 26 de junho de 2019.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em 23 nov. 2020.

BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html>. Acesso em 23 nov. 2020.

_____. *Case Summary – Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for Inadequate data processing*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4>. Acesso em 23 nov. 2020.

CISCO. *Cisco Global Cloud Index: Forecast and Methodology, 2015-2020*. Disponível em: <<https://www.iotjournal.nl/wp-content/uploads/2017/02/white-paper-c11-738085.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

CLEARY GOTTlieb. *German Federal Court of Justice Provisionally Finds Facebook's Data Collection Practices Abusive*. Disponível em: <<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2020/german-federal-court-of-justice-provisionally-finds-facebooks-data-collection-practices-abusive.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

COMPETITION POLICY INTERNATIONAL. *Germany: Bundeskartellamt publishes English version of the Facebook decision*. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-decision-of-facebook-proceeding-published/>>. Acesso em 23 nov. 2020.

DE SOUZA, Alexandre Barreto; MAHON, Ana Luiza Lima. *Proteção de dados e defesa da concorrência*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinioe-e>>

analise/artigos/protecao-de-dados-e-defesa-da-concorrenca-16042021>. Acesso em 19 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS. *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations – Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*. Disponível em: <https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519>. Acesso em 20 fev. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: *Empresa, Mercado e Tecnologia*, 1ª. ed., pp. 181-199, 2019.

_____. *Big Data e concorrência: Principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 1)*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2017-11-29-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

_____. *Big Data e concorrência: Principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 2)*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_2.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

_____. *Big Data e concorrência: Principais impactos sobre a análise concorrencial (parte 3)*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_3.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

_____. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. Parte 3*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2020-09-10-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_3.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado.* Parte 4. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-09-10-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_4.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2021.

_____. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado.* Parte 5. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-09-23-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_5.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. *Um Direito Antitruste para o Século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado.* Parte 9. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2020-10-14-Um_Direito_Antitruste_para_o_seculo_XXI_A_necessaria_revisao_dos_parametros_do_Direito_Antitruste_como_imperativo_para_a_preservacao_da_propria_economia_de_mercado_Parte_9.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2021.

GOLDFINE, David A. J.; VORRASI, Kenneth M. The Fall of the Kodak Aftermarket Doctrine: Dying a Slow Death in the Lower Courts. *In: Antitrust Law Journal*, Vol. 72, pp. 209-231, 2004.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo Tropical: A Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 7, nº 2, pp. 171-189, 2019.

JOTA. *Cade sugere mudança na lei para atuar como autoridade de proteção de dados.* Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/autoridade-de-protecao-de-dados-cade-17082020>>. Acesso em 12 mar. 2021.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *In: Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, nº. 3, 2018, pp. 131-132.

LEHTIOKSA, Jere. *Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy.* 2018. Master's thesis (Master in Law) - University of Helsinki. Helsinki, 2018.

MACHLUP, Fritz. *The Political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies.* Baltimore: The John Hopkins Press, 1952.

MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Big Data: The Management Revolution.* Disponível em: <<https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>>. Acesso em 23 nov. 2020.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando

convergências na direção de um nível de equivalência. *In: Revista do Direito do Consumidor*, Vol. 124, Ano 28, pp. 157-180, 2019.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODRALL, Jay. Antitrust Risks and Big Data. *In: Competition World: A global survey of recent competition and antitrust law developments with practical relevance*, 2nd Edition, pp. 14-17, 2017.

NEWMAN, Nathan. Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data. *In: Yale Journal on Regulation*, Vol. 31.2, pp. 401-454, 2014.

OCDE. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Background note by the Secretariat*. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em 23 nov. 2020.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander P. Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy. *In: Antitrust Law Journal*, Vol. 80, No. 1, pp. 121-156, 2015.

_____. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Executive Summary*. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)>. Acesso em 23 nov. 2020.

RAGAZZO, Carlos; MONTEIRO, Gabriela. Big Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? *In: Economic Analysis of Law Review*, Vol. 9, No. 3, pp. 150-177, 2018.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. Access Barriers to Big Data. *In: Arizona Law Review*, Vol. 59, pp. 339-381, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. 1^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SENADO FEDERAL. *Lei Geral de Proteção de Dados entra em vigor*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>>. Acesso em 12 mar. 2021.

SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data. *In: George Mason Law Review*, Vol. 23, No. 5, pp. 1129-1162, 2016.

SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook: A monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy. *In: Berkeley Business Law Journal*, vol. 16:1, 2019, pp. 39-101.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI-QO 319/4. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 03 mar. 1993.

STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*. Disponível em <<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2021.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. In: *CPI Antitrust Chronicles*, 2015.

_____. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. In: *The Antitrust Source*, 2015.

THE NEW YORK TIMES. *Facebook Loses Antitrust Decision in Germany Over Data Collection*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/06/23/technology/facebook-antitrust-germany.html>>. Acesso em 23 nov. 2020.

_____. *Germany Restricts Facebook's Data Gathering*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/02/07/technology/germany-facebook-data.html>>. Acesso em 23 nov. 2020.

TUCKER, Catherine. *Online Advertising and antitrust: network effects, switching costs, and data as an essential facility*. Disponível em: <https://www.analysisgroup.com/globalassets/content/news_and_events/news/2019-tucker-online-advertising-and-antitrust.pdf>. Acesso em 1º dez. 2020.

_____. The Implications of Improved Attribution and Measurability for Antitrust and Privacy Online Advertising Markets. In: *George Mason Law Review*, Vol. 20, No. 4, pp. 1025-1054, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>>. Acesso em 23 nov. 2020.

_____. Court of Justice of the European Union. Case 14/68. *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt*. DJ: 13 fev. 1969.

VALOR ECONÔMICO. *LGPD: entenda o que é e como funciona a nova lei*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/09/18/lgpd-entenda-o-que-e-e-como-funciona-a-nova-lei.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. *Um método perigoso da LGPD*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/11/18/um-metodo-perigoso-da-lgpd.ghtml>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

WASHINGTON POST. *Millions of sensitive Facebook user records were left exposed on public web, security researchers say*. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/04/03/millions-sensitive->

facebook-user-records-were-left-exposed-public-web-security-researchers-say/>. Acesso em 22 abr. 2021.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7th ed. United States: Oxford University Press, 2012.

WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse. Antitrust Analysis of Big Data. *In: Competition Law & Policy Debate*, Vol. 2, Issue 4, pp. 35-41, 2016.

WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech: A new framework for holding private power to account*. Disponível em: <<https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

YUN, John M. Antitrust After Big Data. *In: The Criterion Journal on Innovation*, Vol. 4, pp. 407-429, 2019.