

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ-CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL**

LIS ARRAIS OLIVEIRA

**O CONTROLE DO MONOPÓLIO E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA
ECONOMIA DE DADOS PESSOAIS**

**BELÉM-PA
2022**

LIS ARRAIS OLIVEIRA

**O CONTROLE DO MONOPÓLIO E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA
ECONOMIA DE DADOS PESSOAIS:
Os novos rumos do Direito da Concorrência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

Coorientador: Prof. Dr. Dennis Verbicaro

**BELÉM-PA
2022**

LIS ARRAIS OLIVEIRA

**O CONTROLE DO MONOPÓLIO E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA
ECONOMIA DE DADOS PESSOAIS:**

Os novos rumos do direito da concorrência

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

Coorientador: Prof. Dr. Dennis Verbicaro.

Aprovada em: ____ / ____ /2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury
(Programa de Pós-Graduação em Direito/CESUPA) - Orientadora

Prof.

Dennis Verbicaro
(Programa de Pós-Graduação em Direito/CESUPA) – Coorientador

Dr.

Prof. Dra. Ana Elizabeth Neyrão Reymão
(Programa de Pós-Graduação em Direito/CESUPA) – Examinadora

Prof. Dra. Ana Frazão
(Universidade de Brasília/UNB) - Examinadora externa

Aos meus pais, Ione e Fernando, por torcerem de maneira tão genuína pelo meu sucesso, por serem os maiores incentivadores que tenho e por terem sido incansáveis na torcida pela conclusão dessa etapa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por oportunizar a conclusão desse intenso ciclo. Sem dúvidas, foi Ele quem me fortaleceu todos os dias, através da disciplina, ânimo e amor pela pesquisa acadêmica, que tanto preenche meu coração.

Aos meus pais, Ione e Fernando, por torcerem de maneira tão genuína pelo meu sucesso, por serem os maiores incentivadores que tenho e por terem sido incansáveis na torcida pela conclusão dessa etapa.

Aos meus irmãos, por terem acompanhado de perto esse processo, me dando todo o suporte necessário, respeitando cada momento enfrentado, sempre com muito carinho.

Aos meus avós, especialmente, ao meu avô Rosomiro, por tanto me incentivar na caminhada acadêmica.

Ao meu sobrinho Theo, que me alegrou e me distraiu com sua companhia durante os momentos desafiadores que essa jornada proporcionou.

À minha querida orientadora Suzy Koury, por me incentivar, apoiar, por acreditar em meu potencial e também nessa pesquisa, com muita tranquilidade e certeza de que tudo daria certo. Agradeço, também, ao querido Coorientador Dennis Verbicaro, por tantos ensinamentos preciosos, pela sua disposição e por ter sido essencial para a realização dessa pesquisa. Sou muito grata pela oportunidade de ter convivido com estes mestres, que tenho como grandes exemplos não apenas na vida acadêmica, mas que, também, me inspiram pela humildade e empatia que transcendem a sala de aula.

Por fim, agradeço ao CESUPA, instituição que me acolheu e que guardo no coração, na qual fiz tantos amigos e onde tive a oportunidade de conviver com tantos outros mestres que são fonte de inspiração profissional e pessoal.

Ineficiente é todo poder disciplinar que, com grande esforço, aperta violentamente as pessoas com um espartilho de ordens e proibições. Muito mais eficiente é a técnica de poder que faz com que as pessoas se submetam ao contexto de dominação por si mesmas. Essa técnica busca ativar, motivar e otimizar, não obstruir ou oprimir. A particularidade da sua eficiência está no fato de que não age através da proibição e da suspensão, mas através do agrado e da satisfação. Em vez de tornar as pessoas obedientes, tenta deixá-las dependentes

(CHUL HAN, 2020, p. 26).

RESUMO

A pesquisa propõe uma discussão sobre a proteção do consumidor por meio da preservação do processo competitivo no contexto da concentração do mercado de dados. A repressão ao abuso do poder econômico, princípio basilar do direito antitruste, norteia toda a investigação, a qual propõe um resgate dessa premissa para combater condutas e atos de concentração prejudiciais à concorrência, realizados no mercado de dados, em razão de sua forte tendência monopolista. As empresas que dominam a nova economia violam a privacidade e a liberdade de escolha dos consumidores recorrentemente, com práticas de perfilamento, publicidade direcionada, discriminação algorítmica e um notório *déficit* informacional característico das relações digitais. Desse modo, as implicações causadas aos direitos dos consumidores não mais ocorrem pela imposição de preços abusivos, visto que a grande maioria dos serviços ofertados pelas plataformas digitais são gratuitos. Com base nisso, a pesquisa pretende responder a seguinte indagação: as regras e os princípios tradicionalmente aplicados pela autoridade antitruste brasileira, para preservar o processo competitivo, garantem a proteção do consumidor diante da concentração econômica do mercado de dados? Como hipótese, sustenta-se que os direitos dos consumidores vêm sendo constantemente violados no mercado de dados e que a análise antitruste tradicional não se mostra suficiente para atender as exigências da nova economia e proteger os consumidores por meio da preservação do processo competitivo. A fim de alcançar esse desígnio, a primeira seção da pesquisa faz uma análise sobre a evolução e a conceituação do abuso do poder econômico como fundamento do direito antitruste brasileiro, destacando as suas particularidades na nova economia. Na segunda seção da pesquisa, apresenta-se como os direitos dos consumidores estão sendo violados no mercado de dados, destacando-se a necessidade de adotar uma nova concepção do conceito de bem-estar do consumidor. Na terceira seção da pesquisa, é feita uma análise comparativa entre o direito antitruste estadunidense e europeu, objetivando ressaltar os critérios adotados em casos que envolvem o mercado de dados, para que, assim, na última seção, seja possível concluir se os critérios recentemente aplicados pela autoridade brasileira consideram a especificidade da nova economia, e são capazes de combater o caráter monopolista do mercado de dados e assegurar os direitos dos consumidores. A pesquisa utiliza abordagem metodológica qualitativa, com análise exploratória, bibliográfica e documental, com uso do método indutivo. Conclui-se que, as regras e princípios tradicionalmente empregados pela autoridade antitruste, não consideram a dinamicidade do mercado de dados e tampouco as demais particularidades do poder econômico exercido pelas empresas dominantes na nova economia, razão pela qual não tutelam o consumidor por meio da proteção da concorrência.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Abuso de poder econômico. Concentração econômica. Dados pessoais. Proteção ao consumidor.

ABSTRACT

The present dissertation is concerned with clarifying whether the mediate purpose of Brazilian antitrust law to protect the consumer, through the protection of the competitive process is achieved based on the traditional legal criteria of this branch of law, for the purpose of combating the abuse of competition in digital markets. Therefore, the repression of the abuse of economic power, a basic principle of antitrust law, guides the entire investigation, which proposes a rescue of this premise to combat exclusionary practices and harmful mergers carried out in the data market, due to its strong monopolistic tendency. The companies that dominate the new economy repeatedly violate the privacy and freedom of choice of consumers, with profiling practices, targeted advertising, algorithmic discrimination and a notorious information deficit characteristic of digital relationships. In this way, the implications for consumer well-being no longer occur through the imposition of abusive prices, since the vast majority of services offered by digital platforms are free. In this context, the research intends to answer if the rules and principles traditionally applied by the Brazilian antitrust authority, to preserve the competitive process, guarantee consumer protection in the face of economic concentration. As a hypothesis, it is argued that consumer well-being has been constantly violated in the data market, and traditional antitrust analysis is no longer sufficient to meet the requirements of the new economy and protect consumers in this market by protecting the competitive process. In order to achieve this goal, the first section of the research will focus on analyzing the evolution and conceptualization of the abuse of economic power as a foundation of Brazilian antitrust law, highlighting how such abuses can be observed in the new economy. In the second section of the research, it will be presented how consumer well-being is being violated in the data-driven market, so that it is possible to highlight the need for antitrust law to intervene in cases of abuse of digital platform dominance, adopting a new conception of the consumer welfare. In the third section of the research, a comparative analysis will be made between North American and European antitrust law, aiming to highlight the legal parameters adopted by the authorities that regulate competition in cases involving the data market in these countries, so that, in the last section, it is possible to conclude whether Brazilian antitrust authority has been adopting criteria that consider the specificity of the new economy, fighting the monopolistic character of the data market to ensure consumer well-being. The research uses a qualitative methodological approach, with exploratory, bibliographic and documentary analysis, using the inductive method. The study concludes that the rules and principles traditionally used by the Brazilian antitrust authority do not consider the dynamics of the data market nor the other particularities of the economic power exercised by the dominant companies in the new economy, which is why they do not protect the consumer through protection of competition.

Keywords: Antitrust law. Abuse of dominance. Economic concentration. Personal data. Consumer Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
DOJ	<i>Department of Justice</i>
EUMR	<i>European Merge Regulation</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LC	Lei Complementar
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
NTICs	Novas Tecnologias da Informação e Comunicação
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PETs	<i>Privacy Enhancing Technologies</i>
PLA	<i>Product Listing Ads</i>
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SSNIP	<i>Small but significant non-transitory increase price</i>
SSNQD	<i>Significant non-transitory decrease in quality test</i>
TFEU	Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A EVOLUÇÃO DA REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO	18
2.1	A ordem econômica constitucional e a função instrumental da concorrência	19
2.2	O abuso do poder econômico	25
2.3	O controle de estruturas	32
2.4	A escola de Chicago no direito antitruste brasileiro	37
2.5	A desconstitucionalização do direito da concorrência	41
2.6	A dinamicidade do mercado de dados e a inovação	44
3	A DEFESA DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE DADOS	53
3.1	A proteção da privacidade e de dados pessoais de consumidores	55
3.2	A assimetria informacional e a vulnerabilidade algorítmica ...	62
3.3	Para além do consentimento e do legítimo interesse da coleta	68
3.4	A publicidade direcionada <i>online</i>	71
3.5	A injustiça dos modelos	78
3.6	Regulação, transparência e normas de arquitetura	83
4	A LEGISLAÇÃO COMPARADA: OS DIREITOS ANTITRUSTE ESTADUNIDENSE E EUROPEU E O MERCADO DE DADOS ...	86
4.1	O direito antitruste estadunidense	87
4.1.1	A leniência com as grandes empresas do Vale do Silício	96
4.2	A repressão ao abuso do poder econômico no direito antitruste europeu	101
4.2.1	Mecanismos para a repressão ao abuso do poder econômico: o controle de estruturas	107
4.3	Análise sobre a inovação na União Europeia e nos Estados Unidos	112

5	A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO AO MERCADO DIGITAL.....	118
5.1	A divergência da decisão do Caso Google Shopping no Brasil e na União Europeia.....	120
5.2	A alavancagem e os atos de concentração	126
5.3	A proteção ao consumidor pela proteção da competitividade.....	131
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

A noção de poder econômico surgiu com a percepção de que alguns agentes econômicos se comportavam com certa independência em relação aos seus concorrentes e aos consumidores, apresentando capacidade de impor, unilateralmente, a sua vontade na condução da atividade econômica.

A partir da constatação da existência e das possíveis implicações do poder econômico, o risco de monopólios, coalizões, trustes e outros atos de concentração, consequências da própria dinâmica do mercado, tornaram-se preocupações importantes, de modo que o direito concorrencial consolidou o combate de abusos do poder econômico para a proteção não apenas das estruturas do mercado, mas também dos seus consumidores.

No ordenamento jurídico brasileiro, as previsões constitucionais referentes à proteção à concorrência e à proteção ao consumidor estão presentes no art. 170 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que dispõe que a ordem econômica deve observar os princípios da livre concorrência e da defesa ao consumidor, sem qualquer hierarquia valorativa entre ambos.

Trata-se de um dispositivo que não deveria ensejar grandes questionamentos, visto que toda a teorização econômica do direito concorrencial é baseada na proteção do consumidor. Entretanto, o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto delas, pois, muitas vezes, a melhor maneira de resguardar o seu interesse, indiretamente, será pela proteção da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2021).

Desse modo, em sistemas nos quais, tradicionalmente, há concentração de poder, com a presença de mercados centralizados, deve-se controlar as atividades dos agentes econômicos que ocupam posições dominantes, impedindo que abusem de sua posição em detrimento do consumidor. Essa premissa requer atenção, especialmente, em uma análise voltada ao mercado de dados.

Com as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs)¹, que se caracterizam pela capacidade de coleta e de processamento de dados em um volume e velocidade jamais vistos, houve a transformação de uma quantidade massiva de dados em informações precisas, preditivas e valiosas. Assim, a extração e o processamento de dados, bem como a produção e a venda dessas informações, tornaram-se pressupostos necessários para o funcionamento do meio digital.

Considerando que informações precisas e atualizadas sempre foram uma mercadoria valorizada no sistema capitalista, atualmente, o que diferencia a informação é a maior desenvoltura na sua manipulação, desde a sua coleta e tratamento até a sua comunicação, sendo que o vetor que faz diferença é, justamente, o tecnológico. Dessa forma, ao incrementar a capacidade de armazenamento e comunicação, cresce, também, a variedade de formas pelas quais a informação pode ser apropriada ou utilizada (DONEDA, 2021).

O desenvolvimento das NTICs ensejou a criação de uma imensa base de dados, caracterizada pelo seu volume excessivo, pela velocidade inédita e pela produção de informações munidas de elevado valor de mercado, a qual ficou conhecida como *Big Data*.

O *Big Data* é refletido na atividade econômica de plataformas digitais, as quais se diferenciam dos negócios tradicionais por possibilitarem um ecossistema de otimização de contatos e trocas econômicas, servindo como infraestrutura ou intermediária, constituindo um mercado de múltiplos lados e, portanto, exercendo diversas formas de controle de informação (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

O modelo de negócio das plataformas digitais é baseado na mercantilização de dados pessoais, transformando as relações, interesses, crenças e preferências em proposições vendáveis. Desse modo, práticas de perfilamento, publicidade direcionada, discriminação algorítmica e um notório *déficit* informacional característico das relações digitais violam a privacidade e a liberdade de escolha dos usuários de forma recorrente.

Portanto, a noção de proteção ao consumidor, pautada exclusivamente na relação com o aumento excessivo de preços, ainda determinante nas análises antitruste tradicionais, não é suficiente para assegurar a proteção do consumidor no

¹ As NTICs são representadas por dispositivos eletrônicos digitais que permitem a comunicação entre os indivíduos em tempo real, em alta velocidade e com alto fluxo de informações e foram consolidadas, especialmente, com o surgimento da Rede Mundial de Computadores.

mercado de dados, visto que as implicações causadas aos direitos do consumidor não mais ocorrem pela imposição de preços excessivos.

A maioria dos serviços ofertados pelas plataformas digitais são gratuitos. Contudo, apesar da gratuidade aparente, essas plataformas cobram “preços” - medidos em termos de excesso de dados - cada vez mais altos, o que não ocorreria se monetizassem a sua atividade explicitamente.

O poder econômico exercido pelas grandes plataformas é fruto da massiva quantidade de dados que operam e esse domínio permite que imponham as suas condições sobre usuários e demais empresas, e constituam, de fato, monopólios, porém, não são reconhecidas como tal e não atraíram o mesmo tipo de legislação que monopólios de setores mais tradicionais provocaram (MAZZUCATO, 2020).

Nesse contexto, tendo em vista que o presente estudo propõe uma análise sobre o poder econômico exercido no mercado de dados, cumpre destacar que se trata de um mercado com tendências inteiramente monopolistas em razão de diversos fatores, dentre os quais se destaca o acesso privilegiado a dados e os fortes efeitos de rede, apontados como potencial fonte de dominância das *Big-Techs*².

Em razão dos efeitos de rede, a utilidade atribuída pelo consumidor a certos bens ou serviços aumenta, em igual proporção, ao número de outros agentes que os consomem. No mercado de dados, traduz-se pelo valor atribuído aos consumidores à plataforma, o qual aumenta em função do número de usuários nela registrados. Assim, a plataforma adquire maior valor quando consegue agregar maior número de usuários de ambos os lados do mercado.

Esses efeitos ocorrem quando a empresa estabelece liderança e proporcionam que o seu domínio aumente e se autoperpetue automaticamente. Desse modo, se, por exemplo, todos utilizam o Instagram, as chances de um número crescente de usuários migrarem para outra rede social concorrente são muito baixas (MAZZUCATO, 2020).

Por isso, não cobrar nada dos usuários funciona perfeitamente para plataformas como o Google (Alphabet) e o Facebook (Meta), as quais precisam

² O termo será utilizado para fazer referência às grandes empresas da área da tecnologia, as quais dominam o mercado de dados e processam massiva quantidade de informação. Destaca-se também, o acrônimo “GAFAM”, termo que faz referência às cinco empresas dominantes na indústria da tecnologia: Apple, Amazon, Alphabet (Google), Microsoft e Meta (Facebook).

atrair o maior número possível de pessoas, para tornar mais atraente o produto que vendem aos seus anunciantes

Os efeitos de rede estão centralizando cada vez mais a Internet, concentrando um enorme poder de mercado nas mãos de poucas empresas que não possuem um limite de tamanho. Com isso, a diferença entre esses agentes e os seus concorrentes amplia-se, especialmente, em razão da imensa base de dados com que o agente monopolista opera; assim, com o aumento da sua participação no mercado, cresce a sua capacidade de atrair usuários, o que aumenta ainda mais a dominância.

Esses efeitos devem ser centrais na análise do poder de mercado das plataformas digitais, especialmente, porque podem enclausurar o consumidor em uma determinada plataforma, em razão dos elevados custos da mudança, que criam barreiras à entrada³ em mercados digitais, pois novos atores possuem dificuldade em reunir massa crítica suficiente para entrar no mercado ou oferecer bens ou serviços em um nível competitivo.

A concentração de informações comercialmente relevantes confere ao agente dominante vantagem competitiva em comparação aos rivais, visto que, pode utilizar esses recursos em favor de interesses próprios, motivando o fechamento de mercados e prejudicando os próprios consumidores.

Nesse cenário, a análise antitruste é legítima em razão de preocupações quanto ao reforço da posição dominante, suscetível de ser exercida abusivamente, em detrimento do consumidor, bem como do impedimento significativo da concorrência, o qual se torna alarmante quando há um padrão sistemático de atos de concentração pelas grandes plataformas digitais.

Os concorrentes de menor porte são altamente prejudicados no processo competitivo, pois não conseguem coletar quantidade semelhante de dados e, tampouco, processá-los com igual precisão. Diante disso, não aprimoram os seus serviços para competir efetivamente com as grandes plataformas, o que os impossibilita de conquistarem novos consumidores e, conseqüentemente, de obterem mais dados.

³ As barreiras à entrada são os custos enfrentados para um agente econômico ingressar em um mercado já consolidado. Esses custos podem representar condutas abusivas que dificultam a entrada, o funcionamento ou a expansão do mercado de concorrentes atuais e potenciais, com vistas à manutenção ou obtenção de posição dominante.

Em contraponto, as empresas dominantes não só modulam o comportamento de seus usuários como também exercem o poder em um plano mais abrangente, na medida em que controlam o sistema concorrencial e determinam a natureza de qualquer inovação que adentra no mercado. Portanto, para proteger seus próprios interesses, impossibilitam que inovações prejudiciais ao seu modelo de negócios e aos seus ganhos econômicos sejam aceitas no mercado (EZRACHI; STUCKE, 2022).

Apesar de não ser o enfoque da pesquisa, é importante ressaltar que a concentração de informações pessoais também é utilizada como uma ferramenta para influenciar o processo democrático, limitando a diversidade de pensamentos. Portanto, a preocupação com a enorme influência causada pelas *Big-Techs* também se dá pelo fato de que essas empresas conseguiram traduzir o seu poder econômico em poder político (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Dessa forma, as *Big-Techs* possuem poder econômico em um sentido que ultrapassa todas as noções tradicionais, centrado na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou de reduzir ofertas.

Portanto, a repressão ao abuso do poder econômico, princípio basilar do direito antitruste, norteia a presente investigação, a qual propõe um resgate dessa premissa para combater práticas exclusionárias e atos de concentração prejudiciais à concorrência realizados no mercado de dados.

Nesse contexto, a política antitruste deve retomar o seu papel histórico de combate aos monopólios, visto que a centralização do poder econômico observada nas *Big-Techs* coloca em risco valores sociais, coletivos, democráticos e, conforme a pesquisa atribui enfoque, prejudica direitos do consumidor ao violar a sua privacidade, a proteção de dados e a liberdade de escolha de maneira recorrente.

A concentração de poder de mercado nas mãos dessas grandes empresas de tecnologia tem gerado preocupações às autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Na Europa, por exemplo, as *Big-Techs* estão sendo submetidas a diversas investigações e, dado o crescimento exponencial da economia da informação, combater o abuso do poder econômico das gigantes da tecnologia

tornou-se uma prioridade das autoridades que regulam a concorrência na União Europeia.

Em contraponto, tem-se a condução do direito antitruste estadunidense, a qual divergiu dos parâmetros adotados na Europa por anos. As autoridades antitruste nos Estados Unidos mostraram-se mais voltadas à proteção da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico e empresarial, o que resultou em uma postura leniente com as grandes empresas da indústria da tecnologia nas últimas décadas.

Casos conduzidos na Europa e nos Estados Unidos foram mencionados em decisões proferidas pela autoridade antitruste brasileira, como ocorreu em votos do processo administrativo nº 08012.010493/2011-94, instaurado para investigar a posição preferencial do comparador de preços da Google, o Google Shopping, no buscador Google, em prejuízo aos comparadores de preços rivais (BRASIL, 2019).

A posição monopolista assumida por essas empresas reavivou o debate em torno dos critérios a serem considerados na aplicação das leis antitrustes em casos envolvendo o mercado digital. No Brasil, decisões das autoridades estrangeiras foram analisadas para ilustrar novos parâmetros que podem fundamentar as decisões que envolvem o mercado de dados.

A análise dos fundamentos das decisões de diferentes autoridades da concorrência – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil, a *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Department of Justice* (DOJ), nos Estados Unidos e a Comissão Europeia, na União Europeia – em casos envolvendo o mercado de dados, demonstra a necessidade de considerar as particularidades das atividades exercidas pelas empresas dominantes na nova economia e a dinamicidade do referido mercado, para que, assim, seja possível tutelar o consumidor.

Diante do contexto apresentado, a presente dissertação busca responder o seguinte problema de pesquisa: “Os princípios e as regras tradicionalmente aplicados pela autoridade antitruste brasileira, para a preservação do processo competitivo, garantem a proteção do consumidor diante da concentração econômica do mercado de dados?”.

Como hipótese, sustenta-se que o bem-estar do consumidor vem sendo constantemente violado no mercado de dados e a análise antitruste tradicional não

mais se mostra suficiente para atender as exigências da nova economia e proteger os consumidores desse mercado.

A fim de alcançar esse desígnio, a primeira seção da pesquisa faz uma análise sobre a evolução e a conceituação do abuso do poder econômico como fundamento do direito antitruste brasileiro. Na segunda seção da pesquisa, será apresentado como o bem-estar do consumidor está sendo violado no mercado movido a dados, para que seja possível destacar a necessidade de adotar uma nova concepção do conceito de bem-estar do consumidor ao aplicar o direito antitruste em casos de abuso de dominância das plataformas digitais.

Na terceira seção da pesquisa, será feita uma análise comparativa entre o direito antitruste estadunidense e europeu, objetivando ressaltar os fundamentos adotados pelas autoridades que regulam a concorrência em casos que envolveram o mercado de dados nesses países, para que, assim, na última seção, seja possível concluir se os critérios já adotados pela autoridade antitruste brasileira consideram as especificidades da nova economia e se são suficientes para assegurar o bem-estar do consumidor, combatendo o caráter monopolista do mercado de dados.

A pesquisa emprega o método indutivo, pois, com as informações sobre o funcionamento do mercado de dados e sobre a aplicação do direito da concorrência em casos envolvendo as grandes plataformas digitais, foi formulada a hipótese que se pretende testar.

Como método de procedimento, com respaldo no levantamento de obras publicadas sobre as teorias que direcionam o presente trabalho, adotou-se a pesquisa bibliográfica; e quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, pois reúne informações que possibilitam fornecer uma investigação precisa sobre o fenômeno abordado.

Por fim, trata-se de pesquisa de natureza aplicada, por meio da qual se objetiva gerar conhecimento que seja útil para a ciência e para o desenvolvimento, fomentando uma política pública de proteção de dados pessoais e da concorrência entre plataformas digitais, em observância à linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento regional do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do CESUPA.

2 A EVOLUÇÃO DA REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

A presente seção faz uma análise sobre a ordem econômica constitucional brasileira, a fim de destacar que o Direito da Concorrência é indissociável dos princípios nela previstos, bem como que a legislação antitruste possui uma função instrumental para a política econômica, que tem como fim maior a justiça social.

Dessa forma, a intervenção antitruste, diante de práticas abusivas exercidas pelas *Big-Techs*, é justificada pelos fundamentos que regem a política econômica brasileira, previstos na ordem econômica constitucional.

Em seguida, passa-se a discorrer sobre o princípio da repressão ao abuso do poder econômico no direito antitruste brasileiro, destacando que exige da autoridade antitruste uma ponderação entre os ganhos de eficiência e as perdas sofridas pelos consumidores e demais agentes do mercado.

Ocorre que, essa análise exige uma abordagem diferenciada do poder econômico, não mais associada aos indicadores tradicionais de participação no mercado com base na delimitação do mercado relevante, os quais podem oferecer uma análise imprecisa de dominância, pois o poder econômico é exercido de forma totalmente diferente da tradicional no mercado de dados.

Desse modo, conforme será desenvolvido a seguir, para que seja possível atender as novas exigências do mercado de dados, é necessário que o Direito Antitruste brasileiro abandone as premissas que reduzem a análise antitruste aos ganhos de eficiência e limitam o âmbito de tutela do consumidor à proteção contra o aumento arbitrário de preços.

Além disso, destaca-se que esse novo mercado exige que a concorrência seja considerada em uma perspectiva dinâmica, não mais estática, bem como requer uma atenção maior para as implicações do poder econômico sobre a inovação no mercado.

A proteção à inovação deve ocorrer com base na igualdade de oportunidades, para que diferentes agentes econômicos possuam semelhantes incentivos para inovar. Contudo, observa-se que, atualmente, a proteção à inovação vem sendo utilizada com vistas à manutenção de vantagens competitivas, em decorrência de uma excessiva proteção de direitos de propriedade intelectual.

2.1 A ordem econômica constitucional e a função instrumental da concorrência

De acordo com Salomão Filho (2021), a regulamentação do poder econômico no mercado tem origem na premissa socioeconômica de que todo agrupamento social, que almeje ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado, deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam o seu funcionamento.

Esse conjunto de regras constitui o que a doutrina chamou de ordem econômica, a qual passou a ser incorporada à linguagem jurídica no começo do século XX. Conforme aduz Grau (2010), a passagem de uma ordem jurídica liberal para a ordem jurídica intervencionista envolveu a ruptura das estruturas da primeira. Portanto, a ordem jurídica liberal foi substituída por uma ordem jurídica intervencionista, e o que marcou essa sucessão, foi a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da regulação da ordem econômica.

Dessa forma, o Estado assume a obrigação de regulamentar e intervir para garantir o funcionamento adequado do mercado. A intervenção do Estado na economia não é indesejada pelo sistema jurídico, pelo contrário, o sistema a institui e regulamenta, visto que, para que a livre iniciativa e a livre concorrência continuem existindo, necessitam ser regulamentadas e conduzidas pela autoridade governamental.

Assim sendo, quando a organização das regras que compõem a ordem econômica é traduzida em termos de Direito Positivo, estando formalmente regulada em uma Constituição, que dispõe sobre as diretrizes da ordem econômica, estar-se-á diante de uma Constituição Econômica.

As Constituições econômicas representam um conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma forma de organização e funcionamento da economia (GRAU, 2010).

A Constituição Econômica visa à harmonização dos componentes da Ordem Jurídica, da Ordem Política e da Ordem Econômica. Portanto, sua interpretação exige a aplicação de metodologia compatível com a sua natureza, que é diversa da aplicada para as Cartas simplesmente políticas, visto que, na Constituição Econômica, os valores das três “Ordens” constitucionalizam-se. Configura-se um todo orgânico, um sistema de elementos em perfeita conexão (SOUZA, 2002a).

De acordo com Souza (2002a), a função principal do discurso constitucional é expressar a ideologia captada pelo legislador constituinte e dar-lhe a configuração de elemento fundamental, partindo da noção de que a ideologia presente na constituição representa o seu valor político fundamental. Dessa forma, a Constituição Econômica estabelece as bases jurídicas da prática econômica a serem seguidas em consonância ao discurso constitucional. Portanto, fica encarregada de absorver a ideologia constitucionalmente adotada, que passará a ser o elemento referencial e fundamental das medidas postas em práticas na vida econômica do país, configurando a base da política econômica.

A ideologia constitucionalmente adotada confere sentido orgânico, claro e coerente ao texto constitucional, para que seu descrédito seja evitado, bem como se possa interpretar expressões vagas, generalizantes e sem conteúdo bem definido. Diante disso, a ideologia constitucionalmente adotada garante a integridade da Constituição Econômica, compõe os princípios, determina os parâmetros e oferece os fundamentos de interpretação das normas constitucionais (LEURQUIN, 2018).

A ideia de Constituição Econômica ganhou corpo na doutrina alemã, a partir da Constituição de Weimar⁴ e seus dispositivos sobre a vida econômica. Nesse sentido, as constituições do século XX passaram a tratar de relações de forças econômicas e de técnicas intervencionistas do Estado para a ampliação ou a socialização dos direitos dos cidadãos. Portanto, enquanto as Constituições do século XIX eram Constituições Políticas, as do século XX eram Constituições Econômicas (SOUZA, 2002a).

No Brasil, a tardia industrialização fez com que as preocupações em torno do poder econômico se manifestassem no país apenas na década de 1930, quando o Estado brasileiro inicia a sua atuação sobre e no domínio econômico⁵, visando corrigir as disfunções trazidas pela economia vigente e regular o sistema.

A primeira Constituição Social brasileira⁶, de 1934 (BRASIL, 1934), não continha previsão expressa sobre o Direito da Concorrência, entretanto, já advertia quanto à importância de o poder econômico não ser arbitrário, limitando o exercício da liberdade econômica. Observa-se, portanto, que não negligenciou a relação entre

⁴ Texto constitucional que vigorou durante a República de Weimar (1919-1933), elaborado após a derrota do Império Alemão na Primeira Guerra Mundial. Constituição do Império Alemão que permaneceu em vigor durante toda a existência do Terceiro Reich, de 1933 a 1945.

⁵ Classificação proposta por Eros Roberto Grau no livro Elementos de direito econômico (1981).

⁶ A constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira que disciplinou os direitos sociais e econômicos, razão pela qual é considerada a primeira Constituição social brasileira.

concorrência e democracia, pois previa que a liberdade dos agentes econômicos poderia ser restringida para garantir a justiça e as necessidades da vida nacional.

Assim, a liberdade econômica foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como indissociável da noção de que o Estado pode intervir na economia quando necessário, para resguardar interesses maiores que aqueles dos agentes econômicos individualmente considerados (FRAZÃO, 2017).

A preocupação política com as relações de forças econômicas, fruto da percepção de que os princípios econômicos são o elemento básico da convivência de uma sociedade, é observada na Constituição brasileira de 1988, a primeira que trouxe em seu bojo uma Constituição Econômica.

O art. 219 da CF/88 define que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país. Assim sendo, as normas da Constituição Econômica permitem vislumbrar o mercado interno como um bem tutelado pelo Estado brasileiro.

Trata-se de um exemplo de Constituição programática⁷, a qual não permite que as relações privadas fiquem à mercê do poder econômico ou dos detentores dos meios de produção. Dessa forma, na busca de um sistema econômico social, o Estado insere a dimensão política no cálculo econômico e permite que critérios políticos superem a rigidez da lógica econômica na busca do bem-estar da coletividade (FRAZÃO, 2017).

O advento da CF/88 impulsionou o reconhecimento do Direito Econômico como ramo do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem por objeto a regulamentação da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participa. Desse modo, a política econômica deve ser aplicada obedecendo a uma linha sistêmica, tomando a Constituição como um todo, um conjunto harmônico de normas e princípios que modelam a ordem jurídica (KOURY, 2013).

Para tanto, o Direito da Concorrência, os direitos de propriedade intelectual e outras normas de Direito Econômico devem ser interpretados com base na ideologia constitucionalmente adotada, e, assim, a interpretação e a aplicação da política econômica devem ser efetuadas com base nos métodos mais consonantes à

⁷ Normas programáticas possuem a função de traçar princípios e estabelecer os caminhos a serem trilhados pelos poderes públicos para atender a vontade do Constituinte; por assim ser, são normas que consubstanciam programas e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado.

realidade constitucional, observada a referência aos princípios fundamentais da República (SOUZA, 2002a).

O art. 170⁸ da CF/88 dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 1988).

Esses objetivos são atingidos mediante a observância dos princípios fundamentais da República, especialmente, os enumerados nos incisos do referido artigo. Portanto, não há um sentido absoluto e ilimitado da livre iniciativa, a qual não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Assim, entende-se que, no princípio da livre iniciativa, abriga-se a atuação estatal de disciplinar comportamentos que tragam prejuízo à concorrência ou que configurem abuso do poder econômico.

Com base na CF/88, o ordenamento jurídico brasileiro vislumbra, na concorrência, um instrumento para assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana, visto que a CF/88 almeja objetivos mais amplos do que o livre mercado (FORGIONI, 2020).

Diante disso, o Direito da Concorrência torna-se um instrumento para a realização de diversos fins constitucionais, nem sempre de fácil harmonização, o qual precisa se adaptar à ordem econômica constitucional e suas características, visto que é impossível isolar esse ramo do direito de outros aspectos que estão intrinsecamente a ele relacionados.

Dessa forma, além dos objetivos diretamente garantidores da concorrência, tais como a manutenção dos mercados e o livre sistema de preços, uma legislação de defesa da concorrência deve atender razões sociopolíticas, impedindo que o poder econômico comprometa objetivos sociais e o próprio poder do Estado.

Alguns princípios da ordem econômica aparentam ser contraditórios ou conflitantes, conforme se verifica no próprio art. 170 da CF/88, que consagra a propriedade privada, a livre concorrência, bem como a função social da propriedade

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

e a repressão ao abuso do poder econômico, como limitadora da livre concorrência. Nesse caso, os princípios ficam à disposição do intérprete que, ao optar por um, não exclui os demais que podem vir a ser utilizados em outras circunstâncias (SOUZA, 2002a).

Destaca-se a importância de observar o princípio da economicidade na aplicação do art. 170 da CF/88 para que os interesses possam convergir, dependendo do contexto observado.

O princípio da economicidade ultrapassa a simples noção do “ser econômico” pautado, exclusivamente, na rentabilidade econômica e no lucro material, justificando tomadas de decisões que podem ser antieconômicas, porém, que atendem à economicidade sociopolítica (KOURY, 2013).

A partir de uma valoração dissonante do princípio primitivo de rentabilidade econômica ou do lucro materialmente traduzido, é possível compreender o substrato da economicidade, que pode ser traduzida pela atribuição de valor às vantagens que são asseguradas pela realização do ato, que pode apresentar característica moral, estética, religiosa ou política (SOUZA, 2002a).

Em certas situações, os elementos característicos do econômico ficam superados e, assim, justificam-se atitudes de interesse político ou social, como as medidas governamentais de caráter supletivo, os salários assistenciais e outras resoluções que se desviam do interesse econômico típico. Trata-se de um instrumento hermenêutico que “traduz a linha de maior vantagem que o Direito econômico vem legitimar”, de modo a conduzir “ao justo na prática da atividade econômica” (SOUZA, 2002a, p. 251; SOUZA, 2002b, p. 3-4).

Dessa forma, com a ordem econômica submetida ao princípio da justiça social e à proposta de conciliação entre a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho e o direito a uma existência digna, o direito da concorrência é ampliado e a disciplina antitruste brasileira surge indissociável da proteção do Estado de Direito e da democracia (FRAZÃO, 2017).

Além da livre iniciativa, o art. 170 da CF/88 dispõe que a ordem econômica deve estar fundada na livre concorrência e na proteção ao consumidor, sem qualquer hierarquia valorativa entre ambos, sendo certo que uma das faces da livre iniciativa é a liberdade de iniciativa econômica, que exige um nível adequado de concorrência para que possa se consolidar.

Nesse sentido, cumpre destacar que a proteção ao consumidor também é garantida pela proteção da concorrência e, toda teorização econômica do direito concorrencial, é baseada na proteção do consumidor. Desse modo, o interesse indireto do consumidor é assegurado com a proteção da concorrência.

Trata-se de uma proteção mediada, pois, em alguns atos tendentes à dominação do mercado, a proteção direta do interesse do consumidor pode ser contrária aos interesses protegidos pela norma concorrencial. Como exemplo, tem-se o combate aos preços predatórios que nada mais são do que um investimento do agente econômico que incorre em prejuízos ao reduzir abruptamente os seus preços para ganhar poder monopolista e abusar dele futuramente (SALOMÃO FILHO, 2021).

Nesses casos, se apenas o interesse direto e momentâneo do consumidor for considerado, os preços predatórios são considerados lícitos, pois, em curto período, certamente os beneficiariam. Contudo, proteger o bem-estar do consumidor também engloba assegurar a existência e a saúde da concorrência no mercado, pois, quanto melhor funcionar a concorrência, maior será o bem-estar do consumidor.

Portanto, nas leis antitruste, a tutela do consumidor é mediata e a livre iniciativa e livre concorrência são bens imediatos, de modo que, quando a livre concorrência é defendida, tutela-se, também, o consumidor.

Não obstante, em casos nos quais a posição de poder e de domínio do agente sobre o mercado trazer riscos para a concorrência, o direito concorrencial não se exime de interferir nas relações diretas entre produtor e consumidor. Neles, o interesse direto e imediato do consumidor é também tutelado com a proteção da concorrência.

Dessa forma, o direito concorrencial é um instrumento importante para a proteção do consumidor, especialmente pelo fato de muitos problemas enfrentados por ele serem decorrentes de questões de concentração de mercados. Com base nisso, cumpre destacar que, em um Estado de Direito, todas as relações de poder, incluindo o poder econômico, devem ser exercidas de acordo com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais.

Dessa forma, em cada caso, deve-se analisar em que medida o exercício do poder econômico é compatível com a determinação constitucional de que a atividade econômica deve proporcionar a todos uma existência digna, em observância aos demais princípios previstos.

Os problemas provenientes da concentração de mercados ficaram mais intensos com as atividades das *Big-Techs*, as quais adquiriram poder econômico de uma forma jamais observada, razão pela qual a discussão em torno do abuso do poder econômico é essencial para que seja possível combater práticas anticoncorrenciais exercidas por esses agentes, as quais violam direitos básicos do consumidor.

2.2 O abuso do poder econômico

A política antitruste, no Brasil, faz menção à contenção ao abuso de poder econômico desde a sua implementação no país, conforme é possível observar em uma análise do Decreto-Lei nº 7.666, de 1945 (BRASIL, 1945), conhecido como “Lei Malaia”⁹, o qual trouxe grande avanço na sistematização da matéria e na elaboração da técnica jurídica antitruste.

O diploma voltou-se diretamente contra o abuso do poder econômico e estabeleceu repressões administrativas aos trustes, cartéis e a todas as combinações que objetivavam dominar o mercado nacional, atribuindo à administração a importante função de averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional e aplicar sanções, quando necessário.

Nesse contexto, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – que posteriormente se tornou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – autarquia dotada de poderes para intervir contra atos contrários à economia nacional, por meio de interdições e desapropriações, de controle de fusões, incorporações e dissoluções de empresas de qualquer setor da economia. Para tanto, consideram-se não apenas os efeitos atuais e imediatos das práticas, mas também os efeitos potenciais que delas podem surgir (FORGIONI, 2020).

O princípio de repressão ao abuso do poder econômico foi mencionado pela primeira vez no art. 148 da Constituição brasileira de 1946 (BRASIL, 1946), a partir da necessidade de normas mais incisivas sobre a matéria. Não obstante, naquela época, não surgiu qualquer diploma que regulasse diretamente a mencionada

⁹ O Decreto-Lei nº 7666 de 22 de junho de 1945 foi resultado da iniciativa do então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães e a denominação da Lei (Lei Malaia), fazia uma alusão aos seus traços fisionômicos. Foi a primeira Lei antitruste brasileira, vocacionada para a repressão ao abuso do poder econômico, alarmando as corporações e demais agentes econômicos.

repressão ao abuso do poder econômico, conforme disposto no referido artigo, o que só veio a ocorrer no ano de 1962, com a Lei nº 4.137/1962 (BRASIL, 1962).

Do ponto de vista material, pouco se alterou na lei antitruste seguinte, a Lei nº 9.884/94 (BRASIL, 1994), a qual sistematizou a matéria e aperfeiçoou o tratamento legislativo. A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) também manteve o objetivo de proteção do processo concorrencial pela repressão ao abuso do poder econômico, bem como os critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais, em prol dos interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado e à defesa dos consumidores (FORGIONI, 2020).

Desse modo, pode-se afirmar que a repressão ao abuso do poder econômico permeia toda a disciplina antitruste. Essa preocupação é fruto da noção de que o poder econômico é a regra, não a exceção, razão pela qual é frustrada qualquer suposição de que o mercado esteja naturalmente organizado em função do consumidor.

Conforme aduz Salomão Filho (2021), o abuso é combatido por ser um desvio de função do poder econômico que compromete a concorrência como garantia institucional, visto que a dominação de mercados traz efeitos limitativos às condições necessárias ao seu exercício.

O art. 173, § 4º, da CF/88 explicita o que constitui abuso do poder econômico nos seguintes termos: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o abuso do poder econômico pode ser definido como o conjunto de práticas exercidas por um agente econômico dominante, com a finalidade de privar os rivais atuais ou potenciais da obtenção dos ganhos de escala necessários para a entrada no mercado ou para a expansão de suas operações em determinado nicho (FERNANDES, 2022).

Na nova economia, a repressão ao abuso do poder econômico assume função primordial, visto que se trata de um mercado propenso à formação de monopólios, em razão do acesso privilegiado a dados, no qual a posição dominante é geralmente utilizada para a imposição de barreiras à entrada e para dizimar a inovação.

Não obstante, ainda existe grande indeterminação em relação ao que seria, em cada caso, considerado uma conduta abusiva com impactos deletérios à

concorrência, visto que não há definição precisa sobre o que constitui abuso do poder econômico no dispositivo legal. Portanto, ainda prepondera uma inconclusividade sobre o conteúdo da cláusula constitucional de repressão ao abuso do poder econômico, razão pela qual cabe ao intérprete enquadrar ou não a conduta como abusiva.

Não é simples discernir o critério jurídico que desencadeia a repressão ao abuso do poder econômico, pois, ao mesmo tempo em que as possibilidades de aplicação da lei antitruste para o combate direto aos monopólios são restritas, há uma delimitação específica de proibição do abuso, acentuada pela percepção de que essa proibição jurídica assegura a realização de valores constitucionais relacionados à função social do poder econômico (FERNANDES, 2022).

De acordo com o art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), constituem infração da ordem econômica, atos, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito, reais ou potenciais, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante.

A referência aos efeitos potenciais a serem eventualmente produzidos permite que atos que, no futuro, possam vir a gerar abusos do poder econômico e lucros arbitrários ou preços excessivos em detrimento dos consumidores, sejam coibidos. Contudo, os ilícitos descritos no dispositivo legal são dotados de elevado grau de indeterminação, razão pela qual não fica claro até que ponto deve ser permitido o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico e tampouco como diferenciar a concorrência vigorosa da prática abusiva.

Diante disso, cabe ao CADE o protagonismo na delimitação dos contornos sobre o tema. Portanto, considerando que o ordenamento jurídico não pune o poder de mercado em si, apenas o seu exercício abusivo, o CADE é chamado a, em regra, diante das circunstâncias de cada caso concreto, sopesar os efeitos positivos e negativos das condutas por ele investigadas.

Assim sendo, para dar concretude ao dispositivo legal, técnicas de interpretação foram adotadas. O CADE adotou, majoritariamente, a regra da razão para examinar cada caso de forma profunda e individualizada, especialmente, diante de infrações por efeitos, as quais se contrapõem às denominadas infrações por objeto.

Em um regime por efeitos, o ônus da autoridade antitruste em demonstrar que a conduta possui potencial anticompetitivo é maior do que nos casos em que a ilicitude é fruto do objeto.

Nos casos em que a infração é fruto do objeto, a ilicitude é presumida do próprio juízo de materialidade da conduta, enquanto no regime por efeitos, exige-se uma análise relativamente detalhada e complexa acerca dos efeitos anticompetitivos, potenciais ou efetivos, decorrentes da conduta, em contraponto às eficiências econômicas dela provenientes.

Dessa forma, a licitude ou ilicitude da conduta é definida a partir de teorias econômicas e testes jurídicos que tentam antecipar como determinada prática dificulta ou obsta a concorrência pelo mérito em um determinado mercado relevante, sem que haja compensações adequadas em termos de eficiências (FERNANDES, 2022).

Apesar da dificuldade em distinguir atos abusivos de atos que correspondem apenas à concorrência pelo mérito, a doutrina majoritária e a jurisprudência do CADE sustentam que o abuso do poder econômico possui caráter de conceito jurídico indeterminado, integrado por três elementos correlacionados, quais sejam, a posição dominante, a existência de barreiras à entrada e o prejuízo à concorrência (FERNANDES, 2022).

Nos termos do art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a posição dominante é presumida sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar, unilateral ou coordenadamente, as condições de mercado, ou quando possuir 20% (vinte por cento) ou mais de *marketshare*¹⁰, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Não obstante, não se pune a posição dominante em si, especialmente quando fruto de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos demais competidores. O que se procura combater é o abuso no exercício dessa posição, ou seja, o abuso do poder econômico, o qual fica condicionado à existência de barreiras à entrada e danos ao processo competitivo.

Identificada a posição dominante, passa-se à análise de barreiras à entrada, que correspondem a condutas abusivas que dificultem a entrada, o funcionamento ou a expansão do mercado de concorrentes atuais ou potenciais, com vistas à

¹⁰ *Marketshare* é a participação no mercado ou a quota de mercado, ou seja, corresponde à relevância do agente econômico diante dos competidores no mercado relevante em que atua.

obtenção ou manutenção de posição dominante. Por fim, para que se configure abuso no exercício do poder econômico é necessário que insurjam efeitos anticompetitivos sobre a concorrência provenientes da conduta (FORGIONI, 2020).

A identificação da posição dominante e de barreiras à entrada dependem, diretamente, da delimitação do mercado relevante, o qual é determinante para a autorização ou o impedimento de condutas ou concentrações, visto que os efeitos decorrentes da prática serão analisados sob o enfoque do mercado específico.

Caso o mercado relevante seja muito restrito, as consequências da conduta poderão ser observadas de forma mais acentuada, enquanto o aumento da dimensão do mercado é capaz de diluir o impacto anticoncorrencial e, algumas vezes, autorizar práticas anticoncorreciais.

A delimitação do mercado relevante e a posterior estimativa das participações no mercado são fatores que podem influenciar, de forma drástica, o resultado da análise concorrencial. Portanto, eventuais dificuldades na delimitação do mercado relevante comprometem o prosseguimento da análise antitruste pela metodologia tradicional (FRAZÃO, 2021).

Tradicionalmente, o mercado relevante é mensurado pelo teste do monopolista hipotético, no qual se observa o direcionamento do mercado por meio de um exame de substitutibilidade da demanda.

O Brasil adota tradicionalmente o *Small but significant non-transitory increase price* (SSNIP) como teste de substitutibilidade da demanda, o qual busca identificar a extensão do mercado relevante, a partir da imposição de pequenos, porém significativos e não transitórios, aumentos de preços, por um monopólio ou cartel hipotético, avaliando o grau e a possibilidade de substituição do produto ou serviço analisado, até que o monopolista hipotético seja capaz de impor, em relação a dado conjunto de produtos, aumentos lucrativos de preços (FORGIONI, 2020).

Ocorre que a posição dominante não fica exclusivamente condicionada à hipótese da fixação de preços anticompetitivos, pois a sua aferição pode decorrer de uma apreciação fático-probatória, especialmente, no mercado de dados, no qual os serviços fornecidos pelas plataformas digitais são, em sua grande maioria, gratuitos, pois inexistem uma contraprestação direta para a sua fruição por parte dos usuários.

Contudo, apesar de não envolverem a tradicional relação jurídica caracterizada pela contraprestação pecuniária direta, a gratuidade, nesses casos, é apenas aparente, pois o fornecedor alcança vantagem em razão da relação, embora

não exija diretamente do consumidor a prestação. Cada consumidor contribui com a sua atenção e presença, as quais se tornaram grandes ativos, visto que a indústria da tecnologia almeja atrair, cada vez mais, a atenção aos aplicativos, plataformas e anúncios.

Diante disso, responsabilizar agentes econômicos e proteger os consumidores vêm se tornando mais complexo, pois, na economia informacional, é incerto como a disponibilização de uma informação pessoal poderá afetar o titular e, conseqüentemente, o preço a ser pago pelo bem de consumo, diferentemente do que ocorre nas operações econômicas tradicionais, nas quais a contraprestação é fixada pecuniariamente e se sabe, exatamente, o custo da transação caracterizada por um deslocamento patrimonial (BIONI, 2021).

Nesse sentido, cumpre destacar que esses critérios tradicionais da análise antitruste, como o mercado relevante e o *marketshare*, não deixam de ser tentativas imperfeitas de mensurar algo que, como o poder econômico, é uma questão essencialmente de fato, cuja natureza dinâmica é de difícil apreensão por meio de indicadores formais e objetivos (FRAZÃO, 2021).

Por essa razão, a compreensão de poder econômico, sobretudo em termos quantitativos, é um grande desafio enfrentado pelo Direito da Concorrência, especialmente, diante dos novos desafios que surgem com a nova economia, visto que, testes como o SSNIP, trazem aspectos meramente indicativos de situação de dominância, envolvendo apenas a extensão do mercado e os potenciais impactos concorrenciais.

Desse modo, uma análise precisa sobre o mercado digital não pode negligenciar o acesso a recursos como dados e os efeitos de rede, visto que o desnível na capacidade de processamento de dados entre agentes econômicos pode se transformar em verdadeira barreira de entrada nos mercados e, conseqüentemente, desestimular a inovação, prejudicando a liberdade de escolha dos consumidores.

Assim sendo, as plataformas digitais podem violar a Lei de Defesa da Concorrência e ocasionar danos à concorrência com condutas que não trazem implicações aos parâmetros relacionados ao preço, mas trazem prejuízos à qualidade do serviço, à privacidade, à liberdade de escolha do consumidor ou à inovação (FERNANDES, 2022).

Conforme dispõe a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2018), é importante que as autoridades de defesa da concorrência façam uma avaliação da intensidade dos efeitos de rede cruzados e, quando a sua magnitude for considerável, devem substituir a análise antitruste tradicionalmente feita em mercados de um único lado.

Portanto, testes como o SSNIP, idealizados para modelos de negócios tradicionais, nos quais a contraprestação pelo serviço prestado é monetária, levam a uma definição imprecisa e ineficaz do mercado relevante quando os bens ou serviços são oferecidos a preço zero.

Ademais, representa uma verdadeira radiografia dos comportamentos passados dos consumidores. Portanto, no contexto de mercados digitais, submetidos a um considerável risco de descontinuidade tecnológica, o apego ao passado enseja diagnósticos imprecisos quanto à substitutibilidade da demanda (FERNANDES, 2022).

Surgem, assim, algumas possibilidades de adaptações ao teste do monopolista hipotético para serviços a preço zero, dentre as quais se destaca o *Significant non-transitory decrease in quality test* (SSNQD), o qual considera a hipótese de redução significativa da qualidade do serviço. Trata-se de uma adaptação ao SSNIP, pela qual, em vez de considerar os desvios da demanda a partir de aumento de preços, o comportamento dos usuários é analisado com base na diminuição da qualidade do serviço oferecido.

Não obstante, também existem dificuldades na operacionalização das versões do SSNQD, em razão do caráter multidimensional do fator qualidade, o qual dificulta a possibilidade de mensurar as suas alterações. Portanto, essas propostas de modificação do SSNIP devem ser úteis como guia conceitual para a compreensão da concorrência entre plataformas digitais, mas não como ferramentas econômicas precisas e universais (FERNANDES, 2022).

Além da gratuidade aparente, a natureza das plataformas digitais traz dificuldades para a delimitação de mercado relevante por se tratar de um mercado de múltiplos lados. Portanto, há um importante debate em torno de qual definição ilustraria, de maneira mais eficaz, os reais impactos anticoncorrenciais da conduta analisada, entre a consideração de um único mercado relevante que englobe todos os lados da plataforma, ou a de múltiplos mercados relevantes definidos para cada um dos lados.

Dentre os fatores a serem considerados na opção por uma abordagem de mercado único ou múltiplos mercados nesses casos, destaca-se a posição assumida por Fernandes (2022), no sentido de que, considerando que o objetivo das metodologias de definição de mercado relevante é proceder a um juízo adequado de substitutibilidade da demanda, tendo em vista as pressões competitivas atuais e potenciais, a opção por definir um mercado relevante único ou dois separados depende muito mais de como cada um dos grupos de consumidores, em cada lado, enxerga a existência de substitutivos em relação à plataforma.

Desse modo, a autoridade deve priorizar a apreciação de evidências diretas de substitutibilidade, por meio de pesquisas sobre as preferências dos consumidores, documentos internos sobre as estratégias empresariais das plataformas e orientações de autoridades antitruste estrangeiras, a fim de, pela valorização dos elementos qualitativos, superar as fragilidades das metodologias econômicas lastreadas em dados quantitativos propostas nos últimos anos (FERNANDES, 2022).

A falta de metodologias econômicas para a adaptação do teste do monopolista hipotético recomenda que a autoridade antitruste tente complementar a análise de poder de mercado com o exame de evidências diretas, especificamente no contexto daquelas relacionadas à inovação e aos efeitos de rede, fundamentais para garantir segurança à intervenção, o que ganha especial importância em um contexto no qual a única alternativa viável para contestar o poder exacerbado exercido pela plataforma dominante advêm de pequenos negócios que podem implementar destruições criativas.

Portanto, diante da tendência das grandes plataformas em mapear a entrada no mercado e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, e o constante uso de estratégias anticompetitivas, seja por meio da aquisição, seja pelo aniquilamento de potenciais rivais, o campo de atuação do direito antitruste no controle de estruturas, o qual possui importante caráter preventivo, mostra-se também primordial para controlar abusos do poder econômico em mercados digitais.

2.3 O controle de estruturas

A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) fixa hipóteses de incidência normativa, tornando aplicável a regra de repressão ao abuso do poder econômico, apontando

como “abusos” comportamentos passíveis de subsunção às hipóteses do controle de estruturas (arts. 88 e ss), e do controle de condutas (GABAN; DOMINGUES, 2016).

Desse modo, no direito antitruste brasileiro, o controle do poder econômico pode ocorrer tanto por meio da atuação estatal preventiva, com foco na estrutura, como repressiva, com foco nas condutas do agente (FRAZÃO, 2017).

Portanto, no contexto do mercado de dados, no qual as empresas se engajam em uma competição dinâmica, por mercados, em corridas nas quais “o vencedor leva tudo”, é objetivo do controle preventivo conter atos de concentração que possam privar o mercado de uma desconcentração e do acirramento da competição futura.

Novas empresas têm dificuldades para substituir incumbentes, mesmo quando mais eficientes ou inovadoras, e uma inovação pode semear inúmeras outras, razão pela qual o congelamento do mercado pode dizimar a inovação ao fortalecer a dominância dos agentes que controlam o mercado.

Assim, a aquisição de uma empresa inovadora por uma plataforma dominante pode levar à perda da concorrência potencial, como também de um produto ou serviço inovador potencialmente disruptivo, limitando a liberdade de escolha dos consumidores. Diante disso, em uma análise voltada aos monopólios de dados, ressalta-se a importância de combater o uso da proteção à inovação com vistas à manutenção de vantagens competitivas.

Por isso, é importante elaborar novos limites para a análise preventiva de operações que envolvam agentes econômicos com valiosos conjuntos de dados, mas com baixo faturamento ou volume de negócios. Assim, tornar-se-á possível capturar operações que não atinjam os limites estabelecidos pelos critérios tradicionais de notificação, mas que causem prejuízos à concorrência e ao consumidor.

A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) prevê, além do requisito da existência de um ato de concentração (art. 90), o critério da notificação por faturamento, em seu art. 88, para definir o objeto do controle de estruturas.

A Portaria Interministerial nº 994/2012 fixa, para efeitos de submissão obrigatória de atos de concentração à análise do CADE, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no montante de R\$ 750.000.000,00

(setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) (BRASIL, 2012).

O propósito desses limites não é fornecer uma rígida moldura, a fim de separar concentrações competitivamente benignas daquelas anticompetitivas. Em vez disso, pretende-se reconhecer concentrações, nas quais é importante examinar fatores competitivos que confirmam, reforçam ou neutralizam os efeitos potencialmente danosos à concorrência pelo aumento da concentração de mercado (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Ocorre que, o parâmetro baseado unicamente no faturamento, não captura operações com impactos competitivos importantes, visto que transações que envolvam empresas com ativos valiosos na nova economia, como um conjunto de dados estratégicos ou de perfil, podem deixar de ser apreciadas pelas autoridades concorrenciais se não atingirem os limites monetários estabelecidos na legislação antitruste.

O exame voltado ao aspecto estático do preço pode não registrar danos anticompetitivos que possuem como base a exploração de dados, visto que a análise tradicional pode distorcer a avaliação dos riscos de investimento em inovação e não se atentar ao momento em que as *startups* ainda não geraram volume de negócios suficiente, mas refletem o seu potencial competitivo pelo manejo de dados (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

A fusão de uma *startup*, com amplo potencial inovador com uma empresa já estabelecida no mercado pode passar despercebida pela autoridade antitruste em uma análise voltada à notificação com base no faturamento, mesmo que haja um grande arsenal de dados envolvido na concentração e riscos potenciais ao processo competitivo. Diante disso, a intervenção antitruste deve observar a competição dinâmica, atribuindo maior ênfase à concorrência potencial como método de análise (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

A concorrência potencial difere da concorrência real na medida em que esta última diz respeito à concorrência limitada a cada mercado, enquanto a primeira se refere às empresas estabelecidas em um determinado mercado e às empresas interessadas em ingressar neste mercado – e, também, às estratégias de grandes plataformas para consolidar a posição dominante.

Diante disso, uma moldura antitruste dinâmica deve relativizar as medições estáticas de posição dominante baseadas em análises quantitativas, colocando

menor peso na análise de *marketshare* e na concentração de poder econômico e um peso maior na avaliação de concorrência potencial, e no exame dos níveis de capacidades empresariais (FERNANDES, 2022).

Assim, a concorrência deve ser compreendida como um processo de destruição criativa que tende a gerar benefícios ao consumidor final no longo prazo, e, portanto, mostra-se totalmente alheia a uma intervenção estatal que seja racionalizada sob o enfoque estático do mercado, visto que manter o antitruste focado nas vendas atuais e no preço estático do produto, pode distorcer a avaliação dos riscos de investimento em inovação (FERNANDES, 2022).

A análise da autoridade antitruste deve considerar os impactos que possíveis aquisições possuem, no que tange ao potencial inovador daquele agente econômico e ao reforço da posição dominante da plataforma adquirente, pois, na nova economia, é mantida a preocupação de que os mercados permaneçam abertos e que os recém-chegados tenham uma chance no processo competitivo.

Dessa forma, o ideal seria que, ao verificar os efeitos que o ato de concentração traz ao processo competitivo, a análise enfoque também nos esforços e estratégias dos agentes adquirentes para subverter o processo competitivo, visto que as operações que provocam perda de competitividade ou que previnem o mercado de maior concorrência não devem escapar do exame antitruste brasileiro e o mercado deve estar estruturado para suportar e incentivar inovações de agentes que não estejam em posição de dominância, para que, assim, possa haver um processo competitivo com igualdade de oportunidades.

Nos termos do § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), o CADE dispõe de ampla discricionariedade para analisar atos de concentração, pois, possui um ano, a contar do ato de consumação, para requerer a submissão de atos de concentração que não preencham os requisitos legais para notificação obrigatória.

Com isso, é possível que o órgão determine que as transações em mercados digitais sejam posteriormente notificadas, caso não atinjam os limites impostos pelo critério de faturamento ou volume de negócios, ainda que não seja possível submetê-los ao controle *ex ante* (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

No mercado de dados, as preocupações são mais aparentes em casos envolvendo integrações verticais e conglomerados, em razão do poder de alavancagem das plataformas digitais, através do qual a plataforma pode utilizar da posição dominante em um mercado para alavancar sua posição em outro.

Nas integrações verticais, a conjugação de dois ou mais estágios sucessivos da fabricação ou da distribuição de produtos ou serviços sob o controle de uma mesma empresa enseja a extração de informações sensíveis sobre os seus usuários e as atividades da cadeia econômica. Da mesma forma, nos conglomerados, uma combinação particularmente valiosa de dados coletados em diferentes mercados pode ser usada para alavancar a posição dominante de um agente econômico em mercados distintos (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Diante disso, considerando a importância do acesso aos dados para a competitividade das empresas e para a oportunidade de inovar, tem-se proposto o seu compartilhamento entre concorrentes. Assim, os concorrentes teriam igual acesso a esse insumo e enfrentariam os mesmos custos para promover qualidade e inovação (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

As eficiências de um amplo compartilhamento devem ser equilibradas com a proteção de dados pessoais, o que motiva a compatibilização entre a política da concorrência e as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018), a qual dispõe sobre a importância do consentimento específico do titular para este fim, garantindo-lhe a informação sobre o compartilhamento (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Nesse sentido, discute-se também o direito de portabilidade de dados, que se refere à capacidade do titular transferir dados coletados por uma plataforma digital para serviços concorrentes, o que pode vir a desempenhar um papel importante na restrição do poder econômico das empresas, reduzindo, para os consumidores, os custos de mudança e permitindo a migração para serviços novos e potencialmente inovadores (FRAZÃO, SANTOS, 2020).

Não obstante, é importante destacar que a autoridade antitruste brasileira ainda não desenvolveu novos critérios a serem empregados em casos envolvendo o mercado de dados com clareza, seja no controle de condutas ou de estruturas, em parte, por ter sido diretamente influenciada pela teoria antitruste estadunidense, identificada com o pensamento econômico da Escola de Chicago, conforme é observado na aplicação do fator valorativo que define a ilicitude da prática anticoncorrencial na jurisprudência brasileira.

Conforme discorrido, o mercado de dados reproduz um funcionamento dinâmico, relativizando o modelo de concorrência estática propagado pela Escola de Chicago, baseada na competição por preços e qualidade do produto, o qual se

mostra irrealista por pressupor que as empresas competem apenas estaticamente no fator preço e empregam sempre tecnologias idênticas. Assim, defende que o foco da intervenção estatal deve ser a preservação das melhores condições possíveis de alocação de recursos existentes, objetivo esse que, não necessariamente, vincula-se à promoção da inovação e da liberdade de escolha do consumidor (FERNANDES, 2022).

2.4 A escola de Chicago no direito antitruste brasileiro

A abordagem do direito antitruste disseminada pela Escola de Chicago ganhou credibilidade e visibilidade no Brasil, a partir de 1990, em conjunto à rejeição da visão estruturalista do mercado e a alegação de que a prevalência de uma lógica estruturalista implicaria em uma incoerência na aplicação do antitruste, pois levaria à condenação de condutas empresariais que poderiam gerar efeitos econômicos positivos.

A Escola de Chicago defendia a necessidade de a política antitruste estabelecer um objetivo único, que seria a maximização do bem-estar do consumidor, pautado nos ganhos de eficiência econômica. Com base nisso, a concorrência como valor a ser tutelado seria identificada como um estado de coisas em que o bem-estar do consumidor não poderia ser melhorado por uma intervenção judicial (FERNANDES, 2022).

O bem-estar do consumidor está associado ao modelo de equilíbrio parcial, o qual o equipara ao conceito microeconômico de excedente total, pois é equivalente à soma do excedente do consumidor - entendido como a diferença entre o que o consumidor paga por um bem e o que ele estaria disposto a pagar - com o excedente do produtor, correspondente à diferença entre o valor que um vendedor recebe por um bem e o custo para fornecê-lo (FERNANDES, 2022).

Assim, a intervenção antitruste seria adequada para promover a superioridade dos ganhos totais experimentados por todos os grupos de consumidores e produtores afetados em comparação às perdas totais correlatas.

Diante disso, a intervenção estatal seria admitida quando baseada na possibilidade de maximização da eficiência alocativa, aferida pelo critério de Kaldor-

Hicks¹¹. Com base nisso, a maximização da eficiência alocativa seria a grande responsável por promover o bem-estar do consumidor, pois resultaria na redução do preço do produto ou serviço, ou no aumento da sua qualidade. De acordo com Bork (2021), essa afirmativa independe do agente econômico ser monopolista ou não.

Desse modo, a concepção propagada pela Escola de Chicago, baseada na eficiência econômica como único norte do direito antitruste, reforça que a principal maneira de beneficiar o consumidor seria a redução de preços.

Trata-se de um importante pilar da Escola de Chicago, a eleição da teoria de preços do modelo econômico neoclássico como o principal instrumento científico e metodológico que norteia a intervenção antitruste, tornando-a livre de qualquer viés político (FERNANDES, 2022).

A teoria de preços explica que os preços relativos são determinados por meio de forças de oferta e de demanda que coordenam a atividade econômica; assim, a sua incorporação é refletida na adoção de um conjunto de presunções jurídicas sobre incentivos, causalidade e efeitos econômicos que fundamentam a interpretação das leis antitruste (FERNANDES, 2022).

Ocorre que, apesar de o direito antitruste ser interpretado como uma forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a menor preço, ele também o é quando garante oportunidades iguais a todos os agentes e promove uma forma de desconcentração de poder econômico.

Assim sendo, apesar de defender a ideia de que a noção de eficiência econômica estaria associada ao bem-estar do consumidor, a concepção de bem-estar do consumidor adotada pelos teóricos de Chicago não apresenta qualquer componente ético ou jurídico e não considera as problemáticas referentes à pobreza e à distribuição de renda (FRAZÃO, 2017).

Portanto, a eficiência econômica dificilmente será um critério único, claro e coerente para conduzir a política antitruste, especialmente diante da necessidade de orientá-la em uma direção que garanta a proteção do consumidor. Assim, mesmo os critérios mais aceitos e utilizados de eficiência estão sujeitos a inúmeros questionamentos quanto à possibilidade de serem identificados, de forma satisfatória, com o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2017).

¹¹ _____Corresponde à noção de eficiência econômica segundo os critérios de Nicholas Kaldor e John Hicks. Trata-se de um dos conceitos de eficiência em Análise Econômica do Direito, o qual define maximização de eficiência quando os benefícios da alocação de recursos compensam os prejuízos sofridos, partindo da ideia de compensação de perdas.

Por isso, modelos econômicos consequencialistas não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor, nem como diretrizes exclusivas de aplicação do direito da concorrência.

A busca por segurança e previsibilidade jurídica constitui um forte incentivo para a adoção da análise econômica do direito; no entanto, o perigo que advém dessa noção é a automatização na busca de soluções exatas e constantes propostas pela ciência econômica, pois são decisões que não derivam de opções políticas, sendo dotadas de caráter racional e neutro (FORGIONI, 2020).

As almeçadas certeza e segurança afastam os demais elementos que não levam à eficiência alocativa e que comprometem o grau de previsibilidade do sistema. Dessa forma, o único valor social considerado é o da própria eficiência. Assim, nos problemas jurídicos e sociais é considerado apenas o seu viés econômico, a fim de que o direito alcance um patamar de maior segurança, tendo como novo fundamento a economia (FORGIONI, 2020).

No entanto, é impossível separar aspectos técnicos e políticos, visto que toda técnica implementa uma ação política. Mesmo quando a decisão é alicerçada em dados e elaborações técnicas, ela não se desvincula de metas ou parâmetros políticos que passam a integrá-la como um de seus elementos intrínsecos. Negar essa premissa é uma ofensa à neutralidade política, e reafirma a ideologia baseada na pressuposição de que os mercados devem ser conduzidos conforme suas próprias e irrevogáveis leis (FORGIONI, 2020).

A consequência disso é a redução da complexidade do fenômeno jurídico. O problemático efeito da Escola de Chicago é o deslocamento do eixo das discussões da política econômica para as teorias econômicas, bem como o estreitamento do Direito Antitruste, o qual passa a se restringir aos aspectos meramente econômicos, afastando-se totalmente da economia política.

A teoria econômica certamente contribui para a compreensão e a explicação de diversos fenômenos que devem ser regulamentados, na medida em que explica a realidade e as consequências da tomada de decisão jurídica, mostrando-se um importante instrumento a ser utilizado pelo jurista.

Contudo, incorre no risco de ser extremamente simplista diante da complexidade do direito antitruste, o qual não se resume à simples busca da eficiência alocativa e não pode ficar enclausurado nos limites da economia (FRAZÃO, 2017).

A busca por eficiência econômica limitou muito o âmbito de incidência da tutela do consumidor, que exige uma análise qualitativa dotada de maior profundidade, pois envolve outros aspectos, como a proteção da sua privacidade, de sua liberdade de escolha e de sua autodeterminação informacional.

A urgência da análise qualitativa é retratada nos casos que envolvem o mercado de dados, pois o poder econômico adquirido pelas gigantes da tecnologia é fruto do que elas recebem em dados pessoais, não do que cobram dos usuários. Portanto, suas atividades escaparam do radar das autoridades antitruste, acostumadas a medir o poder das empresas em termos econômicos, com base na contraprestação pecuniária de serviços ou produtos ofertados.

Esta breve incursão teórica revela a necessidade de superação dos axiomas estáticos da Escola de Chicago, para que a política antitruste seja redirecionada para combater atos abusivos que prejudicam o consumidor, ao obstar que rivais atuais ou potenciais concorram para o desenvolvimento de novos produtos e serviços nos mercados de alta tecnologia.

Desse modo, a premissa reforçada pela Escola de Chicago deve ser observada apenas como uma parte do princípio geral de que uma empresa pode prejudicar consumidores sem perdê-los; seja através de preços muito altos ou de práticas de exploração de dados, de má segurança ou outras condições abusivas, provavelmente é um monopólio prejudicial à concorrência (VÉLIZ, 2021).

Diante da superação da Escola de Chicago, já se fala na fase Pós-Chicago, marcada pela maior desconfiança quanto à perfeição dos mecanismos de mercado e dos métodos supostamente infalíveis, reconhecendo que os mercados são mais complexos, variados e com mais falhas do que supunham os economistas de Chicago, o que faz com que a confiança neles depositada seja menor, assim como intensifica o combate às estratégias anticompetitivas.

No entanto, o movimento Pós-Chicago conserva a preocupação da Escola de Chicago com o atingimento de eficiências como resultados líquidos positivos, mensurados em termos de excedente do consumidor, mostrando-se cético apenas quanto à premissa de autocorreção de mercados (FERNANDES, 2022).

No Brasil, a consequência desse movimento foi o emprego de princípios, técnicas e metodologias da economia antitruste nas decisões do CADE, importadas de trabalhos acadêmicos, manuais de economia e documentos institucionais de

autoridades estrangeiras, o que ocasionou um verdadeiro afastamento entre os pressupostos presentes na CF/88 e a aplicação do direito antitruste brasileiro.

2.5 A desconstitucionalização do direito da concorrência

O ordenamento jurídico brasileiro não corrobora qualquer afirmação de que a legislação antitruste objetiva apenas a tutela da “eficiência alocativa”, encontrando, nesta, o seu valor supremo. Pelo contrário, observa-se, no texto constitucional, uma complexa constelação de princípios, valores e interesses que não podem ser ignorados pelo seu intérprete (FORGIONI, 2020).

Portanto, o direito antitruste não pode ser reduzido a um único e definido objetivo, visto que é necessário ponderar objetivos políticos, sociais, morais e econômicos para promover o bem-estar do consumidor. No caso brasileiro, tais objetivos são fixados na ordem econômica constitucional.

Nesse contexto, as verdadeiras finalidades do direito da concorrência apenas podem ser encontradas na Constituição, precisamente no exame dos princípios da ordem econômica; e, com base no art. 173, § 4º da CF/88¹², pode-se afirmar que a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011) é uma legislação de repressão ao abuso do poder econômico e não de livre concorrência.

A diferença entre as leis que objetivam tutelar diretamente a livre concorrência e as leis de repressão ao abuso do poder econômico é que, nas primeiras, a livre concorrência e a livre iniciativa são os bens maiores protegido pela Lei Antitruste, e a repressão ao abuso do poder econômico é amparada na medida em que se mostra instrumental à livre concorrência (FORGIONI, 2020).

No caso da lei de repressão ao abuso de poder econômico, observa-se que privilegia o combate ao abuso de posição dominante. Nesse contexto, nota-se que a norma antitruste brasileira objetiva proteger a concorrência, o bom fluxo de relações econômicas e a manutenção e a condução da estrutura do mercado, o que a difere de legislações que se ocupam em proteger exclusivamente a livre concorrência ou a

¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988).

concorrência leal, ou seja, a lisura do concorrente em seu interagir com os outros agentes econômicos.

No Brasil, diante do compromisso da ordem econômica com a justiça social, até mesmo a expressão “direito da concorrência” se torna reducionista, visto que o controle de poder econômico envolve preocupações que, em muito, ultrapassam a questão da livre concorrência e a proteção dos mercados (FRAZÃO, 2017).

Portanto, além da justiça social, é necessário que todos os princípios elencados no art. 170 da CF/88 sejam observados nas reflexões sobre o poder econômico, visto que a defesa da concorrência é instrumental e necessariamente ligada aos demais princípios da ordem econômica constitucional (FRAZÃO, 2017).

É inequívoco que uma ordem econômica constitucional, cuja finalidade é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, imponha responsabilidades aos detentores de poder econômico não apenas perante os concorrentes e consumidores, mas também perante à sociedade em geral, inclusive, em relação aos que estão afastados do mercado consumidor em razão da pobreza e da miséria (FRAZÃO, 2017).

Diante disso, após a CF/88, no contexto de um Estado Democrático de Direito, alicerçado na dignidade da pessoa humana e de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho, cujo objetivo é assegurar a todos uma existência digna, nos termos do art. 170, surge uma oportunidade para a aproximação entre o Direito da Concorrência e a CF/88.

Não obstante, o sucesso da teoria desenvolvida pela Escola de Chicago no contexto estadunidense projetou-se sobre o Brasil, que importou as novas concepções e metodologias do direito antitruste. Desse modo, a Lei nº 12.529/2011 foi progressivamente interpretada e aplicada, a partir dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago, distanciando-se das premissas e discussões que motivaram a criação do direito da concorrência no Brasil.

Houve uma verdadeira colonização do direito da concorrência nacional que se tornou consequencialista no seu sentido mais absoluto. Trata-se de exemplo inédito, no direito brasileiro, de colonização de premissas normativas e argumentativas utilizadas na interpretação e na aplicação do direito, por uma teoria originalmente extrajurídica, com influência mais intensa no plano metodológico (FRAZÃO, 2017).

O direito antitruste brasileiro tornou-se consequencialista em um sentido mais restrito, com a supremacia do critério relativo à valorização das consequências sobre

os demais critérios de correção, eventualmente considerados como relevantes. Isso ocasionou um enorme distanciamento entre a aplicação do direito da concorrência no Brasil e as discussões substantivas de natureza constitucional, as quais foram suprimidas pela metodologia econômica que passou a ser dominante.

Por assim ser, observa-se uma grande distância entre o arcabouço normativo decorrente da Constituição e da legislação antitruste com a prática que se consolidou, o que culminou em um nítido afastamento entre o Direito da Concorrência e a CF/88 (FRAZÃO, 2017).

Diante disso, embora o Direito da Concorrência brasileiro, em suas origens, tivesse uma relação de proximidade com a Constituição, a sua aplicação prática acabou distanciando-o da ordem econômica constitucional. Com isso, tornou-se um instrumento flexível de implantação das políticas econômicas do Estado, ainda que incompatíveis com a dinâmica concorrencial.

Nesse sentido, imperiosa se faz a aproximação entre o direito da concorrência e a Constituição, visto que o abuso de poder econômico traz nítidas implicações ao Estado Democrático de Direito e à salvaguarda das liberdades e da democracia, compromisso que é assegurado por meio de uma ordem econômica formada por princípios constitucionais deontológicos e vinculantes.

O processo de aproximação entre o direito da concorrência e a Constituição envolve a ampliação e a democratização do debate em torno dos modelos econômicos a serem utilizados no discurso antitruste, motivo pelo qual é fundamental que os economistas se preocupem em oferecer alternativas viáveis e compreensíveis não apenas para os juristas, mas também para os cidadãos (FRAZÃO, 2017).

Deve-se deixar claro que não há qualquer necessidade de alteração na Lei nº 12.529/2011, mas sim na sua interpretação e aplicação, pois, como ressalta Forgioni (2020, p. 145):

Desde há muito, encontra-se nos diplomas brasileiros antitruste, bem como nas normas constitucionais, a repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico, tendo em vista a proteção da população, dos consumidores.

Diante disso, é imprescindível que os novos critérios que orientarão o Direito Antitruste sejam traçados, a partir da compreensão dos pressupostos do controle do

poder econômico diante da ordem econômica constitucional, razão pela qual já se vislumbra uma direção mais intervencionista e uma maior abertura do direito da concorrência a outras reflexões para além da eficiência econômica (FRAZÃO, 2017).

Nesse sentido, cumpre destacar que a repressão ao abuso do poder econômico no mercado de dados não pode desconsiderar a inovação como um importante fator que consolida o poder de mercado, razão pela qual ressalta-se a importância de uma maior atenção às questões referentes à inovação no mercado.

2.6 A dinamicidade do mercado de dados e a inovação

A motivação básica para a inovação são as expectativas de lucro e dos direitos de exclusividade concedidos pela propriedade intelectual, seja por meio de patentes, de direitos autorais, ou de desenhos industriais, os quais permitem que a empresa inovadora usufrua de um considerável período de tempo de monopólio, impedindo a entrada de novos competidores e viabilizando o ganho de lucros (BAQUEIRO, 2020).

Contudo, a proteção da propriedade intelectual não necessariamente assegura a inovação, pois a sua existência tem sido um parâmetro utilizado para dissuadir a entrada de novos concorrentes no mercado.

Sobre essa questão, conforme aduz Leurquin (2018), o reforço dos direitos à propriedade intelectual em países com herança do subdesenvolvimento facilitou práticas abusivas e anticoncorrenciais, em razão do excesso de demandas de patentes, que resultou em um significativo relaxamento na concessão desses instrumentos, especialmente, pela incapacidade de autoridades competentes de realizarem um exame preciso para a sua concessão.

Assim sendo, empresas passaram a fazer requerimentos infundados de patentes, com o único objetivo de prolongar ilicitamente a sua condição monopolista, sendo certo que, na indústria da tecnologia, o uso dessa estratégia desestimula o processo contínuo de inovação, trazendo questionamentos sobre a liberdade do agente econômico.

Diante disso, é imprescindível que a política concorrencial combata a manutenção artificial do poder de mercado, que exclui competidores e impede que novos agentes ofereçam produtos, serviços ou tecnologias melhores ou mais baratos, que poderiam beneficiar consumidores (LEURQUIN, 2018).

A relação entre concorrência e inovação é complexa e atinge, especialmente, setores econômicos intensivos em inovação, como exemplo do setor tecnológico, no qual há preocupações sobre qual estrutura de mercado é mais adequada para a criação de novos produtos e tecnologias.

Os avanços de teorias econômicas de inovações esclarecem essa nítida e essencial relação entre inovação e concorrência em mercados dinâmicos. As teorias econômicas sobre inovação desenvolveram-se, especialmente, a partir dos estudos de Joseph Schumpeter na obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, publicada em 1942, na qual o autor elabora uma teoria de concorrência alternativa em relação ao modelo de concorrência perfeita.

Schumpeter (2017) desenvolve a noção de “destruição criativa”, segundo a qual a concorrência estimula o agente econômico a ser cada vez melhor, buscando seu aprimoramento, obtendo, em consequência, a inovação e o progresso. Entende que, apesar da inovação causar a aniquilação dos concorrentes, esse processo destrutivo leva ao desenvolvimento da economia como um todo e deve ser estimulado.

A implicação da teoria de Schumpeter (2017) para os modelos de concorrência dinâmica reside na compreensão de que a mensuração do bem-estar social gerado pelas trocas econômicas deve considerar um lapso temporal mais extenso, e a formação de monopólios pode ser compreendida como estágios intermediários ou fases de um processo mais amplo de concorrência que pode resultar em inovação.

Desse modo, o poder de mercado é naturalmente revitalizado pelas forças da competição dinâmica e pelo desenvolvimento de novos produtos. Portanto, a formação de monopólios não seria necessariamente indesejável para a concorrência, pois o processo competitivo se desenvolve no longo prazo, alternando estágios de equilíbrio e monopolização (FERNANDES, 2022).

Dessa forma, seria necessário evitar empreender intervenções repressivas quando não estiverem presentes os pressupostos e as evidências que, tradicionalmente, orientam o controle de condutas abusivas.

Nesse cenário, cumpre destacar que as gigantes da tecnologia reproduzem algo do pensamento desenvolvido por Schumpeter (2017), o que é evidenciado pela rapidez com que as mudanças ocorrem no setor tecnológico e explica a razão de serem empresas com significativo poder de mercado que conseguem introduzir o

desenvolvimento tecnológico, enquanto as de menor porte não possuem recursos e incentivos para alcançá-las.

Desse modo, considerando que a diferença entre invenção e inovação é a necessidade de investimento inerente a esta última, essas empresas, de fato, promovem o desenvolvimento, pois são elas que dispõem de recursos para investir em inovações (EZRACHI; STUCKE, 2022).

A discussão entre qual estrutura de mercado – o monopólio ou a competição – é mais propícia à inovação é considerada até hoje relevante para as discussões econômicas sobre o tema. Contudo, essa discussão tornou-se pouco relevante para a análise antitruste, visto que não há necessidade de investigar se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são mais ou menos propensas à inovação, pois não é função do antitruste construir uma política de inovação nos mercados (FERNANDES, 2022).

Conforme aduz Fernandes (2022), o verdadeiro papel a ser assumido pela política antitruste é o de observar se a conduta anticompetitiva com o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a concorrência por inovação ou de prejudicá-los por retardá-la.

Nesse sentido, as conclusões sobre o quão forte será a tendência de aprisionamento em comparação às oportunidades de novas entradas, que sejam capazes de captar parte significativa das oportunidades de vendas, só podem ser formuladas a partir de um exame factual e concreto do mercado investigado.

Na investigação contra a Google, no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, no qual a Google foi acusada de privilegiar o seu comparador de preços – o Google Shopping – em detrimento dos rivais nos resultados do buscador Google, o CADE investigou o prejuízo ou benefício que a inovação analisada traria para o bem-estar dos usuários (BRASIL, 2019).

A empresa foi acusada de ter manipulado os resultados orgânicos do Google Busca para garantir, à sua plataforma de comparação de preços (Google Shopping), posição privilegiada nos resultados do buscador Google. Além de ter concedido ao seu comparador de preços exclusividade na inserção de anúncios com foto e layout diferenciados, rebaixando ou eliminando da busca orgânica comparadores de preços rivais (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Desse modo, os resultados da busca especializada, com anúncios com foto direcionados do Google Shopping, começaram a aparecer em posicionamento e

exibição privilegiados nos resultados genéricos do Google, antes mesmo dos anúncios pagos.

De acordo com a denúncia, no curto prazo, a conduta alavancou a audiência do Google Shopping e reduziu a audiência de comparadores de preço concorrentes, além de trazer prejuízos aos consumidores e usuários que, atraídos pelo anúncio em destaque, poderiam pagar mais caro pelo produto anunciado no Google Shopping.

Em médio e longo prazo, essas práticas acarretariam, para os comparadores de preços concorrentes, a perda de visibilidade, a elevação de custos com anúncios no Google busca, a conseqüente queda de sua receita e rentabilidade e a redução de investimentos em inovação de seus produtos e serviços, bem como promoveria a saída de comparadores eficientes do mercado.

A partir de 2014, o tráfego do Google Shopping cresceu exponencialmente, atingindo a liderança do mercado brasileiro de comparação de preços, com participação duas vezes maior do que aquela do segundo colocado (Buscapé), e com um percentual superior a 50%, o que demonstra nitidamente os efeitos anticompetitivos da alavancagem (NASCIMENTO; LUCARINI, 2020).

Portanto, após a conduta denunciada, o tráfego passou a ficar concentrado no Google Shopping, além de terem sido verificadas saídas de importantes rivais do mercado, os quais exerciam fortes pressões competitivas antes das condutas denunciadas.

No caso em apreço, a potencialidade e a efetividade dos efeitos anticompetitivos decorreriam da dinâmica do mercado e das preferências dos usuários pelo buscador do Google para acessarem lojas virtuais e comparadores de preços, assim como, o fato de que anúncios com foto – que caracterizam a “inovação” trazida pelo Google naquele momento, os chamados PLA (*Product Listing Ads*), que nada mais eram do que a nova maneira pela qual a empresa ofertava produtos, que passou a se dar por meio de anúncios com fotos que direcionava os usuários automaticamente ao Google Shopping, gerariam mais cliques (NASCIMENTO; LUCARINI, 2020).

A inovação apenas configuraria um ilícito antitruste se resultasse em um dano à pressão competitiva indutora do esforço contínuo de inovação, ao aumento da qualidade do produto ou à redução de preços, prejudicando a concorrência e o bem-estar dos consumidores, sem qualquer relação com a eliminação de concorrentes se

os seus produtos se tornam obsoletos ou caros frente aos oferecidos pela empresa inovadora (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Desse modo, a análise verificou se a inovação melhorou a experiência de busca dos usuários e/ou se aumentou a taxa de vendas dos anunciantes à inovação, concluindo que a inovação desenvolvida pela empresa não ensejou qualquer prejuízo ao consumidor, e que coibir a prática exercida pelo Google poderia inibir ao invés de fomentar a inovação.

De acordo com a decisão:

Ao tratar da análise de efeitos das condutas imputadas às Representadas, é necessário observar, antes de tudo, que concluir que o posicionamento dos resultados de compras do Google na página de resultados do mecanismo de busca consistiria em uma situação de abuso de posição dominante poderia inibir ao invés de proteger a concorrência e a inovação, uma vez que este Conselho estaria, de certa forma, protegendo os competidores de uma inovação de design de produto que poderia ser considerada pró-competitiva (BRASIL, 2019, n.p.).

Dessa forma, muito embora o julgamento tenha sido demasiadamente acirrado, tendo resultado em um empate, sendo decisivo o voto de minerva do então Presidente do CADE – o ex-conselheiro Alexandre Barreto de Souza¹³, a decisão pelo arquivamento do caso demonstra que ainda não foi consolidada uma jurisprudência antitruste que aplique, de fato, novas teorias do dano pelos efeitos deletérios na inovação e pela redução da escolha dos consumidores (FERNANDES; SILVEIRA, 2019).

O entendimento do Conselho firmou-se no sentido de que a condenação por abuso na posição dominante poderia inibir ao invés de proteger a concorrência e a inovação, uma vez que, assim, o Conselho estaria privando os competidores de uma inovação de design de produto que poderia ser considerada pró-competitiva (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Desse modo, a decisão concluiu que a inovação seria eficiente e que teria incrementado o bem-estar dos consumidores finais, firmando o entendimento de que a intervenção antitruste da maneira tradicional – quando equivocada ou imprecisa – pode causar efeitos inibidores na inovação, minando a perspectiva de ganhos dos

¹³ Na época da decisão, em julho de 2019, o presidente do CADE era o Conselheiro Alexandre Barreto de Souza. Desde 12/07/2021, o presidente do CADE é o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, seu mandato se estende até 10/07/2025.

consumidores. Portanto, a condenação do Google por abuso na posição dominante poderia inibir ao invés de proteger a concorrência e a inovação (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

A problemática no teor decisório é que, não se pode negligenciar que as plataformas digitais dominantes podem prejudicar o estímulo à inovação ao adotarem medidas, valendo-se da posição dominante, para obter benefícios competitivos, fortalecendo a sua dominância.

Essas estratégias anticompetitivas podem prejudicar o consumidor, seja ao ampliar a capacidade de rastreamento e a coleta de dados, reduzindo a privacidade, seja contendo qualquer inovação que ameace o poder ou os lucros do agente dominante, afastando qualquer negócio que represente riscos competitivos, mitigando a liberdade de escolha do consumidor.

Observa-se, portanto, que a concentração no mercado de dados tende a dificultar que os agentes econômicos não dominantes inovem, em razão do aprisionamento, sobretudo por ser um setor marcado por fortes efeitos de rede.

A presença dos efeitos de rede modifica, de forma profunda, a natureza da concorrência nos mercados. Nos setores tradicionais, o resultado do processo competitivo depende, principalmente, de preço e qualidade dos serviços transacionados, enquanto nos ambientes em que os efeitos de rede são significativos, as empresas adotam estratégias para estabelecer, manter e controlar os padrões na indústria (FERNANDES, 2022).

Assim, o agente dominante que consegue estabelecer os seus padrões técnicos no mercado usufrui de importante vantagem competitiva, fechando o sistema à recepção de novas tecnologias. Os efeitos de rede são muito claros no meio virtual, pois uma plataforma se torna mais valiosa para o proprietário quanto mais pessoas se conectarem, razão pela qual empresas como o Facebook ou o Twitter oferecem o máximo para aumentar o número de inscritos, visto que quanto maior a rede, mais forte a posição da empresa, sendo que o retorno crescente em escala contribui para uma expansão cada vez maior das suas atividades (MAZZUCATO, 2020).

Diante disso, o poder de mercado é ressignificado para além do poder de fixar preços acima dos custos marginais e se traduz no poder do agente econômico de controlar e, possivelmente, reduzir o desenvolvimento contínuo de produtos e tecnologias (FERNANDES, 2022).

Qualquer empresa que ganhe uma vantagem inicial, seja por definir um padrão ou por capturar grande parcela de um mercado, será dificilmente substituída, e à medida que seu domínio se fortalece, conquista uma parcela desproporcional do valor de mercado. Essa estabilização de padrões no mercado frequentemente ocorre por eventos circunstanciais, que não necessariamente geram, como resultado, a prevalência da tecnologia mais eficiente, o que prejudica o bem-estar social quando o consumidor deixa de migrar para uma nova tecnologia, embora mais avançada, pelo fato de uma tecnologia obsoleta ter se tornado padrão (FERNANDES, 2022).

Desse modo, pequenas diferenças de tempo ou de conhecimento do futuro podem trazer consequências desproporcionais à disparidade inicial, visto que as inovações possuem um grande potencial para retornos dinâmicos crescentes em escala – em que, quanto mais assinantes, melhor. Com isso, muitos consumidores continuam utilizando o serviço ou o produto oferecido por um agente dominante em decorrência de uma preferência passada ou em razão da inércia social, mesmo quando a vantagem inicial da empresa dominante é pequena ou arbitrária em comparação aos demais (MAZZUCATO, 2020).

Dessa forma, as possibilidades de evolução da tecnologia ficam limitadas pelas escolhas feitas pelos consumidores quando eles adotam algum sistema padronizado. Assim, essas reflexões sobre a forma de funcionamento dos efeitos de rede e do potencial efeito de aprisionamento devem exercer influência na aplicação do direito concorrencial.

No Brasil, o poder econômico das empresas multinacionais instaladas foi reforçado pela emergência de novos monopólios decorrentes da Economia da Informação e pela difusão de novas técnicas jurídicas que podem promover finalidades anticoncorrenciais, como o excesso de proteção aos direitos de propriedade intelectual, regulado, no Brasil, pela Lei nº 9.279/1996 (BRASIL, 1996).

Portanto, hoje, observa-se o domínio de um regime confidencial e excludente. As grandes empresas têm se valido cada vez mais de patentes estratégicas, cerceando determinadas áreas com o objetivo de bloquear concorrentes, sendo que, esse fator vai contra o papel da proteção de patentes de contribuir para a difusão de recursos (MAZZUCATO, 2020).

As dificuldades históricas de industrialização e a desnacionalização da economia brasileira, intensificadas a partir da década de 1990, contribuíram para

aumentar a relevância e o poder de mercado de empresas multinacionais instaladas no Brasil, especialmente na indústria da alta tecnologia (LEURQUIN, 2018).

Desse modo, o esforço de países tecnologicamente dependentes em termos de políticas públicas, resumiu-se a promover o processo de “*catch-up*” tecnológico, ou seja, garantir o seu desenvolvimento econômico pelo acesso aos conhecimentos já consolidados pelos países líderes tecnológicos (LEURQUIN, 2018).

Trata-se de uma questão que não surge com as NTIC, pois a própria luta para controlar as atividades dos detentores de poder econômico no Brasil surge com uma aura de nacionalismo e de proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro, visto que os poderes econômicos não eram exclusivamente internos ou derivados de disfunções do processo nacional de acumulação de capital. Pelo contrário, no Brasil, a repressão ao abuso do poder econômico está relacionada ao nacionalismo e ao protecionismo, o que faz com que assuma particularidades não encontradas em demais ordenamentos jurídicos.

Diante disso, para, de fato, começar-se a delinear os primeiros passos para tratar da problemática, é necessário considerar as particularidades do mercado brasileiro, no qual a falta de integração com a economia global, as barreiras à entrada para novos competidores e as políticas públicas promoveram um nível de competição muito baixo no mercado nacional, especialmente em uma análise voltada ao mercado de dados e ao acesso às novas tecnologias (OCDE, 2020).

O acesso às novas tecnologias no Brasil é extremamente desigual, pois persiste uma desigualdade de oportunidades no ambiente *online*. A inclusão digital no Brasil foi caracterizada pela imersão meramente quantitativa, diferentemente da qualitativa, a qual objetiva preparar o usuário para enfrentar as novas espécies de submissão e exploração dos tempos atuais (LIMBERGER; SALDANHA, 2017).

A inclusão digital qualitativa envolve aspectos como a erradicação do analfabetismo funcional e informático, o qual está atrelado à formação da pessoa na condição de cidadão e consumidor. Entretanto, atualmente, inexistente um efetivo refinamento da inclusão digital, apenas a perpetuação da exclusão cívica que fomenta as adversidades cibernéticas. Portanto, a falta de qualificação no acesso ao meio digital impede os consumidores de utilizarem essas tecnologias com maior eficiência e se beneficiarem delas (LIMBERGER; SALDANHA, 2017).

Os novos recursos fornecidos pelas novas tecnologias da informação podem contribuir imensamente para promover a inovação e aumentar a produtividade de

empresas nacionais de menor porte, contribuindo para a redução de desigualdades e para que os gastos e recursos públicos sejam mais bem alocados para gerar novas oportunidades aos cidadãos (OCDE, 2020).

Contudo, o que se observa atualmente é que essas mesmas ferramentas estão sendo utilizadas para o resultado inverso, ou seja, para aumentar as desigualdades entre grandes e pequenas empresas, em razão do domínio de recursos, como os dados, os quais assumem extrema importância na nova economia, por uma parcela pequena de agentes que exercem a posição dominante no mercado.

A fim de solucionar esses obstáculos, em 2021, foi instituído o Marco Legal de *Startups* e Empreendedorismo inovador, por meio da Lei Complementar (LC) nº 182/2021 (BRASIL, 2021), o qual pretende estimular e beneficiar o ambiente para as empresas iniciantes, facilitando o investimento em pequenas empresas nacionais.

Trata-se de uma iniciativa importante para o processo competitivo, pois contribui para a entrada de novos concorrentes em um mercado que não é naturalmente competitivo e, a competitividade é a chave para promover investimentos em tecnologias mais eficientes e a introdução de produtos inovadores e de novos agentes econômicos no mercado.

Contudo, não é objetivo do estudo discorrer sobre a tutela dos concorrentes em um mercado monopolista, mas sim discutir o combate aos abusos de concorrência no mercado de dados para assegurar o interesse do consumidor, o qual perpassa pela proteção do processo competitivo. Desse modo, a próxima seção ocupa-se em discorrer sobre como o bem-estar do consumidor passou a ser impactado pelo mercado movido a dados.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE DADOS

Conforme discorrido na seção anterior, proteger o consumidor é objetivo do direito da concorrência, pois tutelar a concorrência é tutelar o consumidor de maneira mediata. Portanto, em uma perspectiva geral, não há discordância quanto à proteção ao consumidor ser objeto de tutela do direito concorrencial; a discordância maior está no sentido que lhe é atribuído.

Enquanto para os ordoliberalis¹⁴ tutelar o consumidor é assegurar a sua liberdade de escolha, para as teorias que instigaram os pensadores de Chicago, assegurar o bem-estar do consumidor é maximizar a eficiência econômica (SALOMÃO FILHO, 2021).

O direito antitruste brasileiro, influenciado pela Escola de Chicago, optou pela busca da eficiência econômica, razão pela qual ainda prepondera uma noção de que proteger o consumidor é ofertar preços inferiores de produtos e serviços e, portanto, que a única maneira de garantir a proteção ao consumidor é por meio da fiscalização e do combate de preços abusivos.

Ocorre que se trata de uma concepção simplista, pois a defesa do consumidor não se limita à proteção ao aumento arbitrário de preços ou à concessão de ganhos econômicos. Com a emergência do mercado de dados e da nova economia, as implicações a serem consideradas sobre a proteção ao consumidor vão muito além do aumento excessivo de preços, razão pela qual essa perspectiva não atende mais as exigências da nova realidade.

Os serviços oferecidos pelas empresas que operam na indústria da tecnologia violam, corriqueiramente, direitos fundamentais dos usuários, como a privacidade, a liberdade de escolha e até mesmo a igualdade, em razão de tomadas de decisão muitas vezes discriminatórias.

Desse modo, além da importância da evolução do bem-estar do consumidor como objeto de tutela do direito antitruste, o qual não mais deve se basear no alcance da eficiência econômica, pautada em aspectos quantitativos, destaca-se,

¹⁴ O ordoliberalismo é uma teoria política e econômica que surgiu em 1930, na Alemanha, como um segmento do liberalismo e representa a tentativa de criação de uma ordem liberal de mercado, aproximando-se de uma terceira via entre o capitalismo do *laissez-faire* e o socialismo, adotando a concepção de que o mercado totalmente livre resulta na concentração de poder econômico nas mãos de agentes privados, ensejando consequências nefastas. O assunto será explorado na seção 4.2 da pesquisa.

também, a importância de considerar as disposições do CDC em casos que envolvem o mercado de dados e, especialmente, as gigantes da tecnologia.

O CDC tende a estabelecer o equilíbrio na relação de consumo por meio da imposição de limites ao uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor, tratando da problemática referente ao uso abusivo da informação sobre consumidores em bancos de dados, estabelecendo uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais (DONEDA, 2020).

Além disso, com novos atores que surgem com o mercado de dados, a concepção de fornecedores na relação deve ser ampliada e o fornecedor deve ser equiparado ao intermediário da relação de consumo, representado pela figura das plataformas digitais, as quais devem ser responsabilizadas diante de uso indevido ou ilícito de dados (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Com isso, nota-se a importância em recorrer à defesa do consumidor, que garante o acesso às informações adequadas, veda a publicidade enganosa e assegura a liberdade de contratação, estabelecendo um padrão de competição baseado na boa-fé e na transparência.

Destaca-se, também, a importância das normas de proteção de dados pessoais para atender as problemáticas aqui apresentadas. Contudo, certamente, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não conseguirá conter essas implicações nocivas provenientes do mercado de dados sem a assistência de outros ramos do direito, como o Direito do Consumidor e o Direito Antitruste.

Por se tratar de um tema novo e dinâmico, normas de proteção de dados, normas de defesa da concorrência e normas de defesa do consumidor possuem impactos recíprocos entre si no âmbito de seu escopo e aplicabilidade no sentido de melhorar o bem-estar da sociedade (MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020).

Com essa proximidade de atuação, apesar dos focos diferentes, nota-se que há alguns países que possuem uma única autoridade para disciplinar essas matérias, como exemplo da FTC, autoridade estadunidense que atua nos três segmentos. Logo, é importante que haja essa cooperação entre as agências antitruste, consumerista e de proteção de dados para ações de *enforcement* da política pública de proteção de dados pessoais e o desenvolvimento de medidas educativas sobre proteção de dados envolvendo consumidores.

Diante do exposto, a presente seção ocupa-se em destacar como as relações de consumo digitais fomentam a violação de direitos básicos de consumidores,

como a privacidade, a liberdade de escolha e a proteção de dados pessoais, razão pela qual a proteção ao consumidor não deve ser analisada em uma perspectiva exclusivamente relacionada aos preços no mercado.

3.1 A proteção da privacidade e de dados pessoais de consumidores

O avanço das NTICs facilitou a coleta e o processamento de dados por organizações privadas, fornecendo meios para tornar a informação pessoal cada vez mais útil a um custo razoável, o que fez a sua importância no mercado crescer exponencialmente. Nesse sentido, a economia de dados foi autorizada a se desenvolver livremente, pois se mostrou uma fonte de poder aos governos e agentes econômicos.

Diante disso, a questão referente à privacidade passou a se estruturar em torno da informação e, especialmente, dos dados pessoais. Portanto, com essa evolução, surgiu, também, a necessidade de avançar no significado atribuído à proteção da privacidade, pois, com as novas dimensões de coleta e de tratamento de informações pessoais, observa-se um aumento e uma multiplicidade de apelos em torno dela, não mais voltada à defesa da esfera privada contra invasões externas.

Conforme aduz Rodotà (2008), a privacidade, como o direito de ser deixado só, recai em definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito e determinar a maneira como será construída a sua própria esfera particular. Trata-se da proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e estigma social, envolvendo a reivindicação dos limites que protegem o direito de cada indivíduo a não ser objetivado e avaliado fora de contexto.

Essa conotação contemporânea da privacidade manifesta-se, especialmente, pela proteção dos dados pessoais, a qual abandona o seu aspecto individualista e assume preocupações em torno de interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais, definindo todo um estatuto que engloba as relações da personalidade com o mundo exterior (DONEDA, 2021).

Guiadas pelo papel estratégico dos dados para o progresso socioeconômico, as normas de proteção de dados pessoais modificam os elementos da privacidade, aprofundam seus postulados e tocam nos pontos centrais dos interesses em

questão, cumprindo, assim, a dupla função de garantir a privacidade dos indivíduos e fomentar o desenvolvimento econômico.

Portanto, os novos prismas em torno da questão trazem uma constante referência à proteção dos dados pessoais, que manteve o nexo de continuidade com a privacidade, da qual é sucessora, atualizando-a e impondo-lhe características próprias.

O marco regulatório, que dispõe sobre a proteção do tratamento dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, foi a LGPD - Lei Federal nº 13.709/2018 (BRASIL, 2018), a qual estabeleceu direitos e garantias aos cidadãos, limites na atuação de empresas e mecanismos para reduzir o risco proporcionado pelo tratamento de dados.

Dessa forma, permite disciplinar a liberdade, a inovação e o desenvolvimento, o exercício de demais direitos e da própria cidadania, visto que, no cenário atual, as informações processadas projetam a maneira como cada indivíduo é visto no mundo (DONEDA, 2021).

Muito embora a evolução da nova economia informacional tenha intensificado a preocupação com as atividades que envolvem o mercado de dados, a proteção de dados pessoais é uma matéria que vem sendo disciplinada há mais de cinco décadas, e que teve, como um de seus fundamentos, a reação contra impulsos tecnocráticos da administração pública que seguiram no pós-guerra.

Portanto, inicialmente, consolidou-se em uma perspectiva voltada para um banco de dados principal, representado pela figura do Estado, configurando a primeira geração de leis.

Com o aumento exponencial no volume, na intensidade e na complexidade do tratamento de dados pessoais, a regulação e o controle direto dos poucos bancos de dados pessoais, mantidos pelos entes estatais, desenvolveu-se e englobou uma multiplicidade de bancos de dados. Esse processo é observado a partir de uma análise acerca das gerações de legislações de proteção de dados, as quais foram, sucessivamente, sobrepondo-se umas às outras (DONEDA, 2021).

Conforme ensina Bioni (2020), a segunda geração de leis caracteriza-se por uma preocupação não apenas com as bases de dados estatais, mas também com as da esfera privada, de modo que a figura do Estado como grande controlador de informações pessoais é diluída pela figura de bancos de dados dispersos nos planos estatal e privado.

A terceira geração de leis, por sua vez, evidenciou a transferência de responsabilidade ao titular sobre o fluxo de suas informações pessoais, atribuindo-lhe o controle sobre todos os movimentos de seus dados, da coleta ao compartilhamento. Diante disso, o consentimento e a responsabilidade do titular assumiram um papel de destaque no percurso geracional normativo da proteção de dados pessoais.

É certo que a assimetria informacional das relações digitais e a complexidade inerente às novas tecnologias da informação e ao fluxo de dados dificultam o exercício do controle direto sobre os dados, pois o contexto criado coloca o elo mais fraco da relação em uma posição de vulnerabilidade agravada, em decorrência da alta complexidade do mercado de dados e dos problemáticos métodos de aceite presentes no mundo virtual.

Portanto, uma relativização na centralidade do papel do consentimento é observada com a quarta geração de leis de proteção de dados, caracterizada pela criação de Autoridades Nacionais de Proteção de Dados, responsáveis por assegurar o cumprimento das diretrizes legais e fomentar uma verdadeira cultura de proteção de dados.

A disseminação dessas autoridades independentes para a aplicação de leis e proposições normativas não mais deixam à mercê do indivíduo a escolha sobre o processamento de alguns tipos de dados pessoais, como os dados sensíveis (BIONI, 2020).

Essa relativização é positiva em um contexto em que o titular dos dados sequer possui consciência a respeito de todos os atores envolvidos e de suas respectivas práticas de mineração de dados para que possa gerenciar as suas informações pessoais.

Diante da racionalidade e das habilidades cognitivas limitadas do ser humano, sabe-se que não é capacitado para memorizar os inúmeros atores que compõem as redes de troca de dados e, tampouco, absorver, memorizar e processar todas as informações relevantes para um processo de tomada de decisão. Portanto, atribuir ao titular dos dados a responsabilidade por controlar o fluxo de suas informações, por meio do consentimento, não, necessariamente, configura um ato de empoderamento (BIONI, 2019).

Contudo, o papel do titular dos dados como ponto focal nas leis de proteção de dados pessoais persiste, e merece ser revisto, visto que, com a emergência de

novas tecnologias, a atividade da coleta e do uso de dados ficou mais complexa e menos transparente, e atribuir, ao titular dos dados, o protagonismo quanto à proteção e o controle de seus dados, pode acentuar a assimetria de poder e de controle existentes.

Certamente, essa afirmativa depende do significado atribuído ao consentimento, visto que pode ser analisado em duas perspectivas diferentes, tanto como um processo, um verdadeiro diálogo entre os atores, capaz de assegurar a troca das informações necessárias para uma autorização qualificada, a qual pode se prolongar no tempo; ou, como um ato estático e delimitado no tempo, no qual há o dever pontual de informação e a simples coleta da autorização, estando, portanto, limitado à assinatura de um termo de consentimento (BIONI; TIMM, 2020).

A abordagem procedimental, na qual o consentimento é apenas um termo assinado pelo titular dos dados, ditou as regras da implantação das leis de proteção de dados ao redor do mundo. Com isso, a abordagem do consentimento como um processo, estabelecida com a finalidade de garantir a autodeterminação informativa do titular dos dados, foi pouco explorada (BIONI; TIMM, 2020).

A regulação brasileira surgiu quando a vantagem econômica de alguns agentes que operam o mercado de dados, já em pleno funcionamento, estava consolidada, em decorrência da grande quantidade de informações coletadas, a qual permitiu o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes.

Esses agentes econômicos resguardam-se por meio do privilégio reservado às informações econômicas, sob o perfil do sigilo que reforça a posição de proprietários e empreendedores, libertos de controles contínuos por parte da coletividade. Assim, o sigilo tornou-se uma forma de proteger a vantagem competitiva durante o máximo de tempo possível, permitindo manter os usuários alheios sobre o que está sendo feito com seus dados (RODOTÀ, 2008).

Diante disso, para discutir a proteção da privacidade e dos dados pessoais, é necessário recorrer à transformação que a evolução tecnológica proporcionou na distribuição e no uso do poder por estruturas públicas e privadas, para que, assim, seja possível desvincular a proteção das tutelas das liberdades individuais da eficiência administrativa e empresarial.

Em razão da lógica do sigilo, o titular não sabe como os seus dados serão utilizados ou com quais informações poderão ser cruzados. Além disso, em algumas

relações de consumo, a coleta de dados pessoais é contínua, pois, ao usufruir de um produto ou serviço, várias informações sobre o consumidor vão sendo coletadas e agregadas, formalizando um fluxo informacional cada vez mais incerto. Desse modo, qualquer tipo de inferência sobre os custos efetivos de operações econômicas que envolvam seus dados é inviável (BIONI, 2021).

Portanto, fomentar o exercício de um controle direto sobre os agentes que usufruirão de uma crescente concentração de poder com as informações pessoais fornecidas, exige que se busquem novos modos de enfrentar essas grandes concentrações de poder, o que não será alcançado apenas com doações paternalistas para a parte mais vulnerável da relação (RODOTÀ, 2008).

O controle sobre as informações pode se tornar um instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder que vai se delineando, desde que o seu exercício não permaneça individual e seja resolvido pela atribuição do direito de acesso aos bancos de dados públicos e privados a cidadãos isolados.

A participação de indivíduos e grupos é o único caminho para impedir que as modificações de poder se produzam em uma única direção, em favor de grupos cada vez mais restritos e de estruturas centralizadas e fechadas. Portanto, não se deve negligenciar a emergência do momento coletivo e do aspecto ligado ao controle do poder para prevenir eventuais violações da privacidade.

Diante disso, os instrumentos jurídicos atuais precisam garantir uma proteção mais extensa da privacidade para promover as suas condições mais básicas, pois tendem a mudar os sujeitos que solicitam a defesa da privacidade e a própria qualidade do pedido, estando, em primeiro plano, as modalidades de exercício do poder por parte dos detentores públicos e privados de informações.

Considerando que as informações pessoais são geralmente coletadas para atender duas finalidades distintas – controle e eficiência por parte do Estado e de entes privados - diversos interesses e valores novos articulam-se em torno delas e, a reação contra a coleta de informações com a finalidade de controle do comportamento configura um abandono do caráter originário e elitista da privacidade, caracterizado pela proteção contra invasões externas (RODOTÀ, 2008).

Trata-se de uma reação ao autoritarismo e a uma política discriminatória, de modo que a privacidade se transforma em um modo de promover a paridade de tratamento entre cidadãos, de realizar a igualdade e não de resguardar o privilégio (RODOTÀ, 2008).

Desse modo, a invocação da privacidade supera o quadro individualista tradicional e se dilata em uma dimensão coletiva, tendo em vista que não considera o interesse do indivíduo enquanto tal, mas como pertencente a um determinado grupo social (RODOTÀ, 2008).

Diante disso, é importante haver um profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais, segundo uma escala de valores renovada, na qual deveria ser garantido o máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva (RODOTÀ, 2008).

A tendência deve ser no sentido de uma massiva redução da área do sigilo e de uma crescente liberação de informação de cunho econômico sobre os indivíduos e as organizações produtivas, com o conseqüente redimensionamento da tutela da privacidade nesse setor, pois, excluir formas generalizadas de acesso a essas informações deixa nas mãos de grupos privilegiados o poder de tomada de decisões e impede quem não está no círculo do verdadeiro poder de criticar tempestivamente as escolhas e propor alternativas (RODOTÀ, 2008).

É essencial destacar o viés coletivo e social da privacidade em casos envolvendo as plataformas que dominam o mercado de dados, que criaram regulamentações que seguem seus próprios interesses comerciais e fomentam seus próprios valores, condicionando os usuários à sua própria estrutura.

Entretanto, o desafio a ser combatido é que há uma certa neutralização do impacto tecnológico atual, fruto da absorção pela sociedade de uma perspectiva, na qual a privacidade é menos relevante, fazendo com que a sua violação constante seja admitida como uma consequência natural, naturalizada por determinados valores preponderantes da sociedade de consumo (DONEDA, 2021).

Essa naturalização não se limita à violação de privacidade, atinge, também, outros direitos básicos que vêm sendo constantemente degenerados, e a sociedade, por sua vez, não mais se incomoda diante da violação de alguns deles. Com isso, vem perdendo e atenuando o seu juízo crítico de reprovação.

Conforme ensina Verbicaro (2020), trata-se da consequência natural de uma verdadeira indolência social da qual a sociedade se tornou refém, causada por diferentes razões, dentre as quais se destacam a resignação e a opção pelo padrão

paradigmático da regulação atrelado a uma espécie de individualismo, que distancia o cidadão de uma atitude política participativa.

Por ser preferível transferir a poucos a condução dos assuntos de interesse de todos, cada vez mais esses cidadãos estão distantes do progresso político. Contudo, para que se alcance a emancipação das grandes potências econômicas e dos grupos privados transnacionais, aos quais são submetidos, é necessário que busquem os benefícios da solidariedade social, manifestada na democracia participativa (VERBICARO, 2020).

A indolência social não se restringe aos atos inerentes à vida pública; o mercado e as relações de consumo também são atingidos por essa característica, o que acentua a assimetria e a concentração de poder, visto que a existência de algumas estruturas concorrenciais não garante que as forças de oferta e procura funcionem corretamente. Diante disso, falhas de mercado promovem a concentração de poder econômico nas mãos de poucos.

É o que ocorre com as gigantes da tecnologia, que processam grande parte dos dados produzidos pela humanidade, exercem um poder controlador sem precedentes e contribuem para as consequências nocivas que o uso indevido de dados pessoais causa nas relações de consumo que vão sendo, cada vez mais, acentuadas, embora menos perceptíveis.

Ainda existe uma grande incompreensão ou indiferença com os problemas causados pelo uso abusivo de dados pessoais, em decorrência de uma grande dificuldade em compreender o que, de fato, implicam as novas tecnologias aliadas à consciência de que esse conhecimento pode não ser de grande ajuda, em razão da escassez de meios para controlá-las em uma perspectiva regulatória tradicional (DONEDA, 2021).

Em relação ao microssistema normativo de proteção e defesa do consumidor, cumpre destacar que, apesar de ser teoricamente eficaz, se não houver maturidade cívica para manejá-lo, a sua teorização prática será insuficiente para atingir os padrões para os quais foi idealizado (VERBICARO, 2020).

Desse modo, é importante alterar essa realidade, pois a defesa do consumidor é um importante instrumento para alcançar a emancipação, por ser um dos principais instrumentos de participação cívica a título coletivo. Trata-se de um dos pilares fundamentais da ordem econômica e traz uma preocupação

transindividual, essencial para restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, acentuado pelas relações de consumo virtuais.

Contudo, enquanto não há mudanças nesse sentido, a principal contribuição da nova economia foi dar mais poder às empresas de tecnologia e aos governos e desempoderar usuários comuns, o que ocorre, especialmente, pelo uso indevido de informações obtidas pelos agentes dominantes, fruto da nítida assimetria informacional proveniente do espaço virtual e da vulnerabilidade algorítmica da qual os consumidores se tornaram reféns.

A dominância das plataformas e das tecnologias sobre os indivíduos é acentuada pela enorme assimetria informacional proveniente dessas relações, nas quais a plataforma sabe tudo sobre o consumidor que não sabe nada sobre a plataforma. Portanto, o conhecimento existente sobre cada uma das partes envolvidas nessas relações é extremamente assimétrico, conforme será abordado a seguir.

3.2 A assimetria informacional e a vulnerabilidade algorítmica

Os contratos eletrônicos são caracterizados pela despersonalização, desmaterialização e desterritorialização das relações, pela concentração do controle informacional, técnico e de linguagem do fornecedor, em detrimento do conhecimento e da falta de controle do consumidor, bem como por serem complexos e plurais (MARQUES, 2004).

São contratos de adesão que resultam em uma notória assimetria entre as partes, gerando carência de informações claras e precisas ao consumidor sobre o objeto de contratação e seus efeitos, agravando a vulnerabilidade dele no ambiente digital.

A impossibilidade de negociação e de flexibilização das cláusulas contratuais as configura não como cláusulas contratuais comuns, mas como imposições do fornecedor, de modo que o consumidor tem que concordar com todos os termos e, principalmente, com a extração de dados em sua integralidade se quiser continuar navegando nas redes, obter o produto ou serviço e negociar com a empresa ou plataforma.

Geralmente, o consumidor não processa e nem compreende adequadamente as informações que lhes são fornecidas, pois a quantidade de informação técnica ou é insuficiente ou está muito distante do conhecimento cotidiano dele.

Portanto, a contratação no espaço virtual ocorre por adesão a cláusulas difíceis, técnicas e, com frequência, em outro idioma, o que implica em um vício de consentimento do consumidor, que não sabe, de fato, o que está contratando, dada a ignorância, a deficiência de julgamento e a falta de uma real compreensão do uso de seus dados (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

Assim, naturalmente enfrenta uma vulnerabilidade agravada pelos aspectos técnicos e informacionais da relação, pela insuficiência de objetividade nas informações e por não ter condições de manejar e compreender a completude da funcionalidade dos serviços tecnológicos.

Cumpram destacar que o direito à informação está estabelecido no art. 6º, inciso III, do CDC como um dever dos fornecedores de apresentar informações sobre os riscos e os benefícios do produto ou serviço para proporcionar uma escolha racional, necessário para assegurar ao consumidor a sua liberdade de escolha.

De acordo com o CDC, para uma escolha livre, a informação deve preparar o consumidor para um ato sem vício no consentimento, fundamentado de forma clara, adequada e completa, permitindo-lhe a possibilidade de excluir os fornecedores desleais, tornando-se um consumidor consciente, exercendo sua cidadania participativa em prol da coletividade.

A LGPD, por sua vez, exige expressamente que o consentimento do titular dos dados pessoais, para fins de tratamento, seja livre, expresso e inequívoco, para que, assim, consiga exercer a prometida autodeterminação informativa.

Essa multiplicidade de adjetivos atribuídos ao consentimento demonstra que deve haver um processo racional e informado de tomada de decisão, que o titular dos dados não é capaz de atingir sem a cooperação da contraparte que processa seus dados.

Portanto, há uma série de deveres atribuídos ao controlador de dados, dentre os quais se destaca o dever de informação, que exige que ao titular sejam propiciados elementos necessários para o início de um processo de tomada de decisão no que tange ao fluxo de dados, o que só é possível quando se dá forma ao fluxo informacional e se especificam suas finalidades (BIONI; TIMM, 2020).

Para que seja caracterizado como livre e inequívoco, o consentimento deve retratar uma ação espontânea, na qual o consumidor possua espaço para modular o quão profunda será a sua persona e o que poderá influenciá-lo, assim como é também exigido que os dados sejam colhidos para uma finalidade específica e explícita (BIONI; TIMM, 2020).

Não obstante, com a volatilidade do fluxo informacional, o consumidor não consegue modular os dados que deseja fornecer e, tampouco, possui controle sobre a destinação das informações que foram disponibilizadas por ele ou produzidas por inteligência artificial com base nos seus dados. Com isso, a nova economia tende a posicionar o titular como um mero espectador de suas informações.

Em contrapartida, a busca por lucratividade e pela diminuição de riscos faz com que as informações pessoais obtidas sejam utilizadas para fins de mais vigilância, para que, assim, perfis cada vez mais exatos de preferências, vulnerabilidades e comportamento de consumidores ou possíveis consumidores sejam produzidos.

Quanto maior a precisão sobre os dados e quanto mais detalhada a análise acerca das preferências, dos padrões de comportamentos, das emoções e das vulnerabilidades dos consumidores, maiores serão os resultados lucrativos alcançados. Trata-se de um ciclo infundável, visto que a vigilância não produz certeza absoluta, apenas induz à necessidade de mais vigilância.

Dessa forma, a própria natureza dessas relações gera uma nova modalidade de vulnerabilidade, a vulnerabilidade algorítmica do consumidor, decorrente da captação, tratamento e difusão indevidos de seus dados pessoais (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Todos se tornaram “consumidores de vidro”, pois, com tantas informações coletadas e processadas, é como se as empresas vissem por dentro de cada um, e essas informações se tornaram primordiais para tomadas de decisões empresariais, sem que os interesses dos titulares de dados sejam considerados.

Para Zuboff (2021), vivemos na era do capitalismo de vigilância, que origina um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado, gerando uma divisão caracterizada por assimetrias sem precedentes de conhecimento e poder, que nos prende a uma nova forma de desigualdade.

Nesse sentido, apesar dos consumidores não conseguirem agir de maneira diversa do estabelecido nos termos de adesão de aplicativos e sites, tornaram-se dependentes desse novo modelo de negócios disponibilizado em caráter de monopólio. Portanto, em um complexo ecossistema, formado por diversos agentes econômicos capazes de lidar com dados pessoais acumulados, o exercício da autodeterminação informativa tornou-se uma verdadeira ficção.

Quando é utilizada uma linguagem tecnicista nos termos de uso, com informações abundantes e sem relevância, a informação fornecida acaba confundindo e não orientando o consumidor, fazendo com que a escolha seja funcionalizada por artifícios de inteligência artificial, seja por pressão por uma decisão rápida e irrefletida ou pela sugestão de que o produto ou serviço foi bem avaliado por outros consumidores. Diante disso, fazer escolhas autênticas no espaço virtual se tornou muito complexo, pois a informação excessiva e técnica leva o consumidor a decidir por impulso, em ato de hiperconfiança (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Nesse cenário, a falta de transparência e responsabilidade das plataformas digitais chama atenção, assim como a opacidade dos modelos que regem seus algoritmos. Essas empresas escondem os resultados de seus modelos e a própria existência deles, utilizando justificativas como a crucialidade desses modelos para os negócios e o fato de consistirem em propriedade intelectual.

De acordo com O'Neil, (2020), modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção. No caso de empresas como a Google, a Amazon e o Facebook, estes algoritmos precisamente talhados valem, sozinhos, centenas de bilhões de dólares e são caixas-pretas impenetráveis, cujo conteúdo é segredo corporativo altamente protegido.

Nesse sentido, a hiperconfiança é reforçada por suprir a falta de *accountability* desses agentes que operam uma massiva quantidade de dados, processados em verdadeiras caixas-pretas. Trata-se de um procedimento totalmente obscuro aos consumidores, que devem apenas confiar que o tratamento daquela plataforma ocorrerá conforme os princípios e as regras estabelecidos pelos diplomas legais e políticas de privacidade. Portanto, a única opção que os consumidores possuem é confiar que as informações coletadas terão uma destinação adequada (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

A confiança depositada na plataforma é fundamental para que consumidores e anunciantes continuem consumindo informações e impulsionando conteúdo nela. Portanto, esforços são empreendidos para a plataforma ser retratada como uma ferramenta capaz de realizar avaliações neutras pelos que as consomem e vendida como uma ferramenta de promoção seletiva aos anunciantes.

Desse modo, as relações de consumo no capitalismo de vigilância são marcadas pelo excesso de confiança entre consumidores e plataformas, que ultrapassa a desconfiança geral existente no mercado de consumo, atingindo uma fase pós-moderna de confiança generalizada, exacerbada, abundante, circular e sistêmica (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

A hiperconfiança é ainda mais nítida quando o usuário acredita que a plataforma não sabe nada sobre ele, ou não tem consciência do quanto aquela plataforma sabe sobre ele e, cegamente, confia que as suas informações pessoais receberão o melhor e mais seguro tratamento.

Esses consumidores não possuem a consciência de que não lhes é mais assegurada chance de optar pela não coleta de dados e que qualquer tentativa de resistir à massiva extração de informações pessoais, é subvertida pelo poder coercitivo da tecnologia, uma vez que as plataformas digitais passaram a ser ferramentas indispensáveis, configurando um verdadeiro imperativo para ser um participante da sociedade (VÉLIZ, 2021).

Desde o princípio, as *Big Techs* executaram as suas atividades de extração de dados de maneira oculta, confiando que os seus usuários, gradualmente, acostumar-se-iam com condições que jamais aceitariam se elas tivessem sido apresentadas de antemão, desde o início.

Foi exatamente o que ocorreu, conforme ensina Véliz (2021), com o modelo de negócios obscuro que prepondera no Vale do Silício. A sua descoberta ocorreu tarde demais, quando a humanidade já estava acostumada, viciada e dependente de tecnologias digitais. Desse modo, os usuários aceitam, espontaneamente, que os dados sejam coletados, automaticamente, por todos que detêm meios para tanto.

O próprio sistema utilizado no meio virtual para obter o consentimento para a coleta de dados é falho, pois coloca uma responsabilidade exacerbada aos consumidores, que devem aceitar os termos de uso com um clique para continuar usando o serviço, sendo que, o processo para a rejeição do uso dos “rastros” por eles deixados no espaço virtual (*cookies*), não é igualmente simples.

Ao rejeitar o compartilhamento de dados, muitas vezes, o consumidor é proibido de continuar navegando no site ou na plataforma, ou deve clicar em dezenas de opções para rejeitar a coleta, devendo repetir o processo todas as vezes em que o utilizar (VÉLIZ, 2021).

A opção padrão deveria ser a não coleta de dados ou a coleta do mínimo necessário de dados; assim, os usuários deveriam optar pela coleta de dados ao invés de recusarem. Ademais, não deveriam ser punidos com a impossibilidade de usar a plataforma ou o site por optarem por não ceder seus dados e exigirem que a sua privacidade seja respeitada.

Essa arquitetura nociva do meio digital também é aceita pela dificuldade de compreensão dos seus impactos negativos pelos seus usuários otimistas. Certamente, no mundo *offline*, esse comportamento seria considerado roubo ou coerção, e o fato de não ser chamado desse jeito no mundo *online* é apenas uma prova do poder da tecnologia sobre qualquer narrativa (VÉLIZ, 2021).

Portanto, há um significativo conflito de interesses na relação: o que é melhor para o consumidor e para a coletividade, em geral, não é o melhor para as plataformas e esse desalinhamento de interesses demonstra que não é ideal que consumidores confiem a sua autonomia a elas.

O consumidor não possui condições de negociar com empresas do tamanho do Google ou do Facebook, por exemplo. Por isso, é importante ressaltar que, mesmo que essas plataformas afirmem respeitar a autodeterminação informativa do consumidor, muitas vezes, elas acabam por ludibriar os seus usuários, dando a entender que eles optaram pelo não compartilhamento de sua localização com a plataforma, quando, na realidade, elas podem balizar as configurações do dispositivo e continuar armazenando, automaticamente, registros de latitude e longitude, por exemplo (VÉLIZ, 2021).

Além disso, os consumidores não possuem conhecimento sobre o uso ou não da inteligência artificial no processo de tomadas de decisão, contrariando o direito à informação previsto pelo CDC, que exige que os agentes econômicos informem que a plataforma utiliza inteligência artificial nas tomadas de decisões e em quais decisões isso ocorre (VERBICARO; MARANHÃO; CALANDRINI, 2022).

O não cumprimento desses deveres essenciais acentua a assimetria informacional existente nessas relações, nas quais as plataformas extraem, cada vez mais, dados precisos dos consumidores enquanto seus modelos permanecem

obscuros e impenetráveis. Diante disso, existe um profundo agravamento da vulnerabilidade informacional e algorítmica dos usuários no ambiente digital.

Essa assimetria do consumidor digital assume contornos sociais, por ser agravada diante de populações carentes com menos acesso à informação, as quais estão sob maiores riscos. Nesse sentido, se a informação não for difundida, haverá o agravamento de desigualdades já conhecidas na matéria de proteção de dados pessoais (VERBICARO; MARANHÃO; CALANDRINI, 2022).

Diante disso, considerando que, na sociedade da informação, dados são poder, as plataformas estão em uma posição extremamente preponderante perante consumidores, que passaram a sofrer, cada vez mais, violações na sua privacidade e liberdade de escolha. Portanto, a era digital permanece sendo controlada por instituições que não respeitam a autonomia e o direito de autogovernança dos indivíduos e, tampouco, os direitos destes indivíduos como sociedade.

Essas instituições determinam unilateralmente o que é feito com os dados por ela coletados, contornando o consentimento dos envolvidos e escapando impunes, muitas vezes, fundamentando a coleta de informações no legítimo interesse.

3.3 Para além do consentimento e do legítimo interesse da coleta

As legislações de proteção de dados, como a legislação europeia, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) e a LGPD, precisaram ser mais flexíveis em relação às condicionantes para a extração de dados pessoais. Essas leis dispõem expressamente sobre o tratamento e o uso de dados e muito pouco sobre sua coleta, visto que, com a tecnologia do *Big Data*, cada vez mais as instituições – especialmente, as gigantes da tecnologia - vêm se protegendo pelo recurso a institutos como o do legítimo interesse da coleta, previsto nos arts. 7º, inciso IX e 10º da LGPD.

O legítimo interesse permite que o direito de circular uma informação pessoal não seja exclusivo do seu titular, ao assegurar a terceiros a liberdade jurídica para destravar o fluxo informacional, sem que devam, necessariamente, consultar o titular do dado. Portanto, com essa ampliação das bases legais para legitimar o tratamento de dados pessoais, houve uma descentralização da figura do consentimento.

Isso ocorreu porque a tecnologia do *Big Data*, ao permitir reutilizar uma mesma base de dados para propósitos diferentes, mostrou-se incompatível com a

dinâmica normativa da tradicional autodeterminação informacional, tangenciada pelos princípios da especificação e da limitação dos propósitos.

As relações vêm se tornando, cada vez mais, contínuas e de alta intensidade; o que faz com que o fluxo informacional se torne exponencial e de longa duração. Assim sendo, é inviável apresentar todas as nuances dessa atividade de tratamento de dados pessoais para que o titular consinta especificamente (BIONI, 2020).

Nesses casos, entende-se que o consentimento deve ser coletado acerca da relação que se prolonga no tempo, assim como das variantes de tratamento de dados pessoais. Para tanto, é necessário que o uso dessas informações esteja adequado ao motivo pelo qual a relação se deu inicialmente, respeitando a legítima expectativa do emissor da informação, de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou da razão pela qual foi publicizado um dado (BIONI, 2019).

Portanto, tão importante quanto averiguar a existência de um interesse legítimo do controlador dos dados ou de terceiros, é confirmar que as legítimas expectativas, direitos e liberdades fundamentais do titular serão respeitados com a destinação que se busca dar para a informação.

Esse sopesamento é expressamente exigido pelo art. 10 da LGPD, que dispõe que a coleta de dados lastreada no legítimo interesse ocorre apenas quando o interesse do controlador dos dados é contornado por uma finalidade legítima e os dados coletados são apenas aqueles necessários para atingir a finalidade pretendida, sendo a coleta menos intrusiva possível, gerando o mínimo de impactos possível, respeitando, assim, a legítima expectativa do titular.

O atendimento à finalidade legítima, à minimização da coleta e às legítimas expectativas do titular devem ser documentados, conforme esquematizado na legislação. As fases do teste do legítimo interesse estão distribuídas ao longo dos incisos e parágrafos do art. 10 da LGPD, que são o próprio conteúdo normativo em torno da licitude dessa base legal (BIONI, 2020).

O teste reforça a noção de que as informações coletadas devem ser utilizadas adequadamente, respeitando quais são apropriadas a serem reveladas em um determinado contexto. Assim, a distribuição da informação deve respeitar o contexto do fluxo informacional e a sua transferência para um terceiro deve ocorrer apenas quando respeitar as expectativas do titular.

Diante disso, aferir se a informação utilizada possui adequação com a relação inicial e, posteriormente, se o eventual compartilhamento respeita as legítimas expectativas do titular somente é possível por meio de uma análise contextual.

Essa é a premissa da teoria da privacidade contextual de Nissenbaum (2008), que traz a necessidade de confirmar se a integridade do tráfego dos dados pessoais respeita o contexto no qual aquela informação foi coletada. A autora dispõe que o fluxo informacional deve ser apropriado às suas respectivas esferas sociais e que a privacidade é pensada conforme uma integridade contextual.

Considerar qual seria a legítima expectativa do titular significa compreender de que forma ele consentiria para o fluxo de suas informações pessoais, ainda que isso ocorra com base nas práticas comuns da sociedade. Por meio dessa análise contextual, nota-se que existe uma legítima expectativa de como eles fluirão, o que determina a sua integridade.

Desse modo, observa-se se os desígnios do titular dos dados são considerados, mesmo que não em uma perspectiva subjetiva de cada indivíduo, mas de acordo com uma faceta pertinente a um padrão social, de modo que as informações que não possuem nenhuma conexão com o contexto da relação não respeitam a integridade do fluxo informacional (BIONI, 2019).

Para limitar e se revelar como um relato normativo complementar à autodeterminação informacional centrada no consentimento, a privacidade contextual dela se aproxima ao ressaltar que o controle de dados pessoais deve ser visto sob as lentes das práticas sociais e não meramente individual (BIONI, 2019).

O próprio consentimento torna-se contextual e não mais delimitado por um propósito específico, mas direcionado a uma gama de ações passíveis de serem executadas no contexto da relação. Com isso, a privacidade contextual é elástica o suficiente para governar o uso secundário dos dados pessoais que não podem ser previamente especificados e controlados de forma rígida.

A ausência de consentimento específico não deveria corresponder à falta de controle, pois o consumidor exercerá o domínio sobre os seus dados se eles forem tratados de acordo com as suas legítimas expectativas. Assim sendo, a proposta da privacidade contextual expande a autodeterminação informacional para além de consentimento, garantindo a previsibilidade ao fluxo das informações pessoais do cidadão.

Desse modo, a função e os limites da autonomia da vontade do titular dos dados passam a ser reavaliados, especialmente, a partir do momento em que se entende que a informação possui um valor social que permite estipular de que maneira as legítimas expectativas do titular do dado serão respeitadas. Nesse sentido, a autonomia da vontade é limitada desde que o fluxo informacional seja apropriado para o livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, não é o que se vislumbra na realidade. A base legal do legítimo interesse vem sendo usada como um instrumento para as *Big-Techs* se eximirem de responsabilidade ao tratarem dados pessoais de consumidores indevidamente, atraindo todo o controle sobre eles e submetendo-os a mecanismos programados para influir em seu cotidiano, tendo a sua esfera de liberdade de escolha e privacidade violada, em decorrência da quantidade excessiva de informações extraídas e compartilhadas a todo o instante, entre empresas e plataformas digitais, a respeito de seus comportamentos, preferências e vulnerabilidades.

Diante disso, cumpre destacar que, diversas técnicas para a obtenção de dados pessoais com fins de realização de publicidade comportamental são aplicadas de maneira recorrente no meio virtual, razão pela qual se pode afirmar que o uso de dados pessoais está diretamente relacionado às relações de consumo e às informações sobre consumidores para aprimorar o perfil de cada um.

Essa nova modalidade de publicidade chegou ao seu auge com a economia do *Big Data*, a qual permitiu a coleta de um excedente de dados comportamentais; assim, empresas e plataformas digitais passaram a usufruir de um arsenal de dados que, em muito, ultrapassa o necessário para o seu funcionamento.

3.4 A publicidade direcionada *online*

O Google foi pioneiro no uso de dados comportamentais para direcionar anúncios personalizados. O buscador Google produziu dados colaterais inéditos desde o princípio, ao captar e armazenar, acidentalmente, dados, como o número e o padrão dos termos da busca, a ortografia, a pontuação, o tempo de visualização de uma página, os padrões de cliques e a localização (ZUBOFF, 2021).

A captação desses dados acidentais foi o grande diferencial no mecanismo de buscas do Google, pois forneceu um indicador de comportamento humano que foi utilizado para construir um buscador com uma abrangente inteligência artificial.

Assim, a empresa começou a usar a sua própria e crescente base de dados comportamentais e o seu poder e expertise computacionais para combinar anúncios com buscas.

Em um processo reflexivo de contínua aprendizagem e aperfeiçoamento, o que vinha sendo encarado como material residual se tornou um elemento crítico na transformação do motor de buscas do Google. A invenção revelava novas capacidades para inferir e deduzir pensamentos, sentimentos, intenções e interesses de pessoas e grupos, com uma arquitetura automatizada que operava e ainda opera como um espelho unidirecional independentemente de consciência, conhecimento e consentimento do usuário, possibilitando, assim, acesso privilegiado a dados comportamentais (ZUBOFF, 2021).

Essa capacidade de prever as preferências dos usuários, por meio de um crescente número de pessoas utilizando as suas plataformas, fez o Google adentrar no comércio de publicidade *online*, tornando-se o grande precursor da publicidade direcionada, disponibilizando anúncios específicos para indivíduos específicos, assegurando relevância aos usuários e valor aos anunciantes (LEURQUIN; ANJOS, 2021).

O acesso ao excedente de dados comportamentais fez com que os desejos, as movimentações e o poder de compra de potenciais consumidores fossem determinantes para os anúncios e as informações que chegavam até eles. Desse modo, cresceu exponencialmente o número de usuários encaminhados para os anunciantes, assim como o valor inerente dos canais de publicidade do Google no mercado e, conseqüentemente, os lucros auferidos pela empresa.

Essa estratégia, que logo em seguida foi adotada por diversas outras plataformas digitais, foi crucial para o sucesso do Google, que fez uso inteligente de seu acesso exclusivo ao comportamento do usuário não apenas para melhorar o seu aplicativo de pesquisa, mas também para criar uma fonte de receita extremamente lucrativa para a empresa, visto que a receita de vigilância foi revertida tanto em tecnologia preditiva mais inteligente, como também em outros aplicativos capazes de multiplicar as fontes e as oportunidades de coleta de dados exclusivas dos usuários, reforçando, cada vez mais, a posição monopolista da empresa (ZUBOFF, 2021).

Certamente, o exercício de poder no meio virtual é atribuído ao conhecimento adquirido pelas plataformas e utilizado para a intervenção por meio de sugestões e

de direcionamento comportamental, e essa ampla gama de conhecimento que possuem permite que prevejam os movimentos dos indivíduos e os influenciem, produzindo desejos nos usuários que vão ao encontro de seus próprios interesses.

O próprio meio virtual desenvolveu-se de maneira propícia à modulação comportamental, permitindo a consolidação de uma abordagem publicitária efetiva, por meio de diversas ferramentas tecnológicas, exemplificada pelos *cookies*, que são os rastros da navegação deixados pelos usuários das redes.

Esses registros da navegação permitem que os interesses de cada usuário sejam compreendidos de maneira precisa e que sejam correlacionados aos anúncios publicitários, os quais passam a ser atrelados à precisão do perfil do potencial consumidor. Assim, os consumidores, ao fornecerem uma grande quantidade de dados por meio dos rastros que deixam *online*, permitem que os publicitários os conheçam em detalhes.

A ciência mercadológica reverte essa vigilância em mais conhecimento para agregar eficiência à publicidade veiculada no ambiente virtual e as informações permitem que os anúncios cheguem até o consumidor no momento e local adequados. Assim, é possível mensurar a eficiência do anúncio publicitário e o efetivo interesse do consumidor na comunicação estabelecida, sabendo o que o potencial consumidor está mais suscetível a consumir em um determinado momento.

A Internet forneceu aos anunciantes o maior laboratório que já existiu para pesquisas de consumidor e geração de *feedbacks*, no qual o *feedback* de cada divulgação é obtido em segundos. Desse modo, em horas, cada campanha publicitária pode focar nas mensagens eficientes e alcançar um interessado no momento certo com a melhor mensagem que provoque uma decisão, conseguindo, assim, um cliente pagador (O'NEIL, 2020).

Essa é a grande diferença da publicidade tradicional para a publicidade direcionada *online*. Os anúncios tradicionais disseminados pela televisão, revistas ou *outdoors* tinham, na figura do consumidor, um sujeito passivo, um mero receptor da mensagem. Com as mídias sociais, o consumidor tornou-se um produtor de conteúdo que contribui, ativamente, para a produção de informações que serão utilizadas para disseminar os anúncios direcionados que chegam até ele.

Esse papel ativo do consumidor é fortalecido pela cultura das redes sociais, as quais incentivam os usuários a compartilharem tudo *online*, pois o seu próprio negócio depende de pessoas revelando aspectos de si mesmas no espaço virtual.

Quanto mais pessoas compartilham, mais dados podem ser analisados, processados, utilizados e vendidos; assim, quando os usuários não compartilham conteúdo pessoal, as plataformas promovem ajustes para encorajar mais compartilhamento (VÉLIZ, 2021).

Com esse excesso de compartilhamento, é possível produzir perfis altamente preditivos e precisos, extraindo do interior do indivíduo os seus padrões mais íntimos que alcançam uma significativa exatidão acerca de preferências, aspirações, emoções, necessidades e vulnerabilidades.

O gerenciamento das informações pessoais de consumidores foi um vetor de mutação da atividade publicitária e, hoje, é um elemento estratégico transformador do *marketing* em geral, proporcionando que as empresas atuem de maneira mais próxima e direta aos consumidores, despertando desejos de aquisição de bens de consumo que não surgiriam se não fosse o contato com o anúncio.

Muitos agentes econômicos agem cooperativamente para o direcionamento da mensagem publicitária, e essa prática somente é possível em razão das redes de publicidade que conectam milhares de informações.

Trata-se de um novo tipo de negócio que esconde os sujeitos envolvidos na operação e envolve uma complexa rede de atores que atua, colaborativamente, para a entrega dos anúncios. O resultado disso é um fluxo informacional abundante e difícil de mapear, o que configura um desafio para qualquer tentativa regulatória (BIONI, 2019).

A publicidade direcionada traz diversos benefícios para os anunciantes, como a redução dos custos, a resposta direta do consumidor e as maiores chances de sucesso, razão pela qual as empresas migraram para o meio virtual para efetuar o *marketing* segmentado.

Contudo, em razão da vulnerabilidade do consumidor diante das práticas predatórias de *marketing*, o direcionamento e a subjetivação do ciberespaço influenciam diretamente o seu poder de escolha. Desse modo, o *marketing* tornou-se um instrumento da modulação social, especialmente, em um contexto no qual o consumidor não mais consegue distinguir o supérfluo do essencial, desenvolvendo uma individualidade fictícia, tornando-se um ser genérico que busca felicidade por meio da satisfação de inúmeros desejos de consumo (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Muitos desejos desenvolvidos pelos consumidores são produzidos pelo poder da tecnologia e o principal objetivo da publicidade direcionada é explorar a irracionalidade e a compulsão do consumidor.

Para a economia comportamental, as escolhas dos consumidores são impulsivas e irracionais, imperando as decisões rápidas e não refletidas, frutos de um consumo de informações sem qualquer tipo de filtro crítico. Assim sendo, o anúncio direcionado ao consumidor específico tem o claro objetivo de influir no seu convencimento, por meio da sugestão de um envolvimento com o produto ou a marca (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

O *marketing* direcionado contribui em larga escala para que o assédio de consumo se manifeste de uma maneira jamais vista, estimulando uma sensação de frustração nos consumidores que buscam validação mediante a aquisição de produtos e serviços.

Esse resultado é intensificado na era do desfrute imediato de prazeres em que estão imersos, um ambiente líquido moderno no qual os indivíduos buscam satisfação pessoal no consumo excessivo de bens que, geralmente, não lhes são essenciais ou necessários.

Muitas vezes, esses anúncios destacam que a escolha diversa do direcionado ocasionará o isolamento social do indivíduo; assim, a constante necessidade de pertencimento faz com que este consumidor tenha a sua liberdade de escolha mitigada (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Desse modo, o assédio de consumo ocorre de maneira mais séria, trazendo consequências na realidade e um sentimento de frustração mais profundo, pois, mesmo após a aquisição do produto ou serviço, o assédio de consumo não cessa, tampouco a necessidade de continuar adquirindo produtos e serviços em busca de felicidade, aceitação e pertencimento.

Diante disso, o reconhecimento das preferências e das limitações intrínsecas do consumidor contemporâneo permite que ele seja submetido a mecanismos de indução, instigação e sedução para fazê-lo gastar reiteradamente (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Portanto, outra consequência a ser retratada pelo direcionamento publicitário é o consumismo que exacerba o superendividamento e o desperdício. Conforme observa Debranbander (2020), o gasto com bens de consumo dobrou nos Estados Unidos desde 2002, gerando problemas financeiros e colocando os consumidores

em débito com empresas; além disso, o desperdício na produção cresceu em 70%, alcançando níveis nunca antes vislumbrados.

Diante disso, hábitos de consumo, decisões sobre o que consumir, quando e onde consumir e, até mesmo, o que sentir quando não for possível obter determinado bem ou serviço, serão sempre resultantes de um contato direto e constante com informações calculadas e processadas para atender alguma finalidade preestabelecida.

Essa modulação comportamental ocorre pela concentração de certas informações e da restrição a outras; trata-se de uma característica inerente da sociedade de controle, que a difere da sociedade disciplinar por ser caracterizada pelos dispositivos de modulação que atuam com base na memória e atenção, fundamentados nas subjetividades e emoções de cada um (MACHADO, 2018).

Em comparação ao poder disciplinar, cujo objeto de disciplina é sempre o indivíduo, os efeitos produzidos pela modulação são distintos, visto que o produto da modulação não tem uma forma específica e está em constante transformação, sendo, portanto, mais um processo do que um objeto. Ademais, a forma de intervenção é diferente; enquanto o objetivo do poder disciplinar é corrigir comportamentos, na modulação, o objetivo é antecipá-los (MACHADO, 2018).

A modulação algorítmica é superior à manipulação midiática por ter como base a mediação de algoritmos e a inteligência artificial, sendo subsidiada por gigantescas bases de dados com o objetivo de influenciar a retenção da atenção e as decisões de compra predefinidas por profissionais de *marketing* e desenvolvedores de *softwares* (VERBICARO; VIEIRA, 2021).

Desse modo, a dificuldade em escapar dessas intervenções e não sofrer com a modulação comportamental é grande, o que reduz a capacidade do consumidor de decidir sozinho sobre o seu comportamento futuro. Com isso, o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade comportamental e do contínuo assédio direcionado com base no acesso a seus dados pessoais, possui a sua liberdade de escolha violada pela exposição cotidiana às práticas de modulação algorítmica.

A exploração do psicológico humano é uma possibilidade que o *Big Data* trouxe e que o distingue das estratégias mais tradicionais de abordagem, as quais utilizam o aspecto demográfico e não possuem acesso ao psíquico.

Essa é a grande diferença entre o *Big Data* e a estatística, pois o *Big Data* proporciona um psicograma coletivo e, até mesmo, o psicograma do inconsciente,

razão pela qual essa persuasão psicológica recorrente acarreta desafios éticos, pois é utilizada para explorar os pontos fracos e modular as pessoas a se comportarem de maneiras que não são do interesse delas (CHUL HAN, 2020).

Para Zuboff (2021), o aparato digital ubíquo perceptível, computacional e conectado que renderiza, monitora, computa e modifica o comportamento humano, combina funções de saber e fazer para conseguir um meio de modificação comportamental penetrante e sem precedentes, o qual direciona a lógica econômica do capitalismo de vigilância pela sua capacidade de gerar poder instrumentário, que reduz a experiência humana a um comportamento observável e mensurável enquanto mantém uma nítida indiferença ao seu significado.

Não existe qualquer restrição tecnológica que impeça esses computadores de analisarem milhões de dados comportamentais e extraírem tendências suficientes para que se possa conhecer o que essas pessoas pensam, acreditam, gostam, quais valores defendem e o que as motiva (OLIVEIRA, 2018).

Esse saber produzido no nível da elaboração de perfil é pouco disponível ou perceptível pelos indivíduos sujeitos a ele. Essa ofuscação é intencional e serve para tornar a plataforma um local onde as restrições que lá existem não sejam, de fato, sentidas, para que o ambiente continue propício para a ação.

Além disso, destaca-se que a publicidade direcionada pode ferir o princípio constitucional da igualdade, por armazenar dados para dirigir produtos e serviços para grupos diferentes de usuários, com base em seus perfis, o que acaba distinguindo e discriminando consumidores.

Onde houver a combinação de ignorância e carência estarão presentes anúncios predatórios que identificam, com precisão, pessoas com necessidade e vendem a elas promessas falsas ou exageradas, encontrando desigualdades e se aproveitando delas, perpetuando a estratificação social existente, com todas as suas injustiças (O'NEIL, 2020).

De acordo com O'Neil (2020), anúncios predatórios usam a ignorância dos indivíduos e atingem milhões de pessoas todos os dias. Alguns modelos operam para localizar as pessoas mais vulneráveis e usar as suas informações privadas contra elas próprias, identificando algum sofrimento ou vulnerabilidade, como a busca por empréstimos, a baixa autoestima ou o estresse de criar filhos em bairros violentos, prometendo acabar com a dor e resolver a problemática enfrentada, enquanto mergulha essa população em ainda mais dívidas.

A grande parcela de anúncios predatórios é encaminhada pelo Google ou Facebook, que permitem aos anunciantes segmentar o público-alvo em detalhes muito específicos. Nesse contexto, todos são classificados, categorizados e pontuados em centenas de modelos, com base em suas preferências e padrões, o que faz com que muitos sofram com injustiças reforçadas pela racionalidade algorítmica.

3.5 A injustiça dos modelos

A inteligência artificial é baseada em códigos que são programados para identificar padrões e, a partir dessa identificação, tomarem uma decisão. Conforme ensina O'Neil (2020), esses códigos nada mais são do que modelos matemáticos que analisam dados passados para calcular probabilidades futuras.

Os códigos regem os algoritmos que, por sua vez, executam determinações a partir da técnica da aprendizagem de máquina para atingir um determinado fim específico. No sentido mais tradicional da palavra, os algoritmos são um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determinam como algo deve ser feito (MENDES *et al.*, 2020).

A diferença do algoritmo tradicional para o computacional é que este último não processa informações imprecisas ou palavras que impliquem uma avaliação subjetiva do mundo. Desse modo, o algoritmo computacional pode ser compreendido como uma série de etapas para completar uma tarefa descrita de maneira precisa o suficiente para que um computador possa realizá-la (MENDES *et al.*, 2020).

Com a inteligência artificial, os dados coletados são transformados em padrões de informação, logo, em conhecimento, que lhe permite automatizar tarefas e realizar predileções e previsões, de modo que o algoritmo será mais útil quanto mais preciso for o dado fornecido para que ele possa operar.

As relações virtuais que envolvem o uso de dados pessoais representam um negócio modulado por racionalidade algorítmica e, assim, o *Big Data* cumpre a importante atividade de realizar prognósticos sobre o comportamento individual.

O objetivo fundamental do algoritmo é fazer previsões com base em probabilidades e, embora não ofereça respostas precisas em todas as situações, analisa os dados fornecidos e oferece resultados coerentes, e quanto maior a

quantidade e qualidade dos dados disponibilizados, maior é a precisão do resultado (MENDES et al., 2020).

Esse processamento é muito útil para a economia de tempo e, geralmente, é vendido como algo imparcial e objetivo, pois não envolve humanos com preconceitos enraizados, apenas máquinas que processam números. Entretanto, a aplicação matemática que fomenta a economia de dados é baseada em escolhas feitas por seres humanos falíveis. Desse modo, muitos desses modelos programam preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de *software* que gerenciam diversos aspectos da vida humana (O'NEIL, 2020).

Muitos pontos nesses modelos refletem objetivos, prioridades e concepções de quem os programou. Além disso, os dados são padrões de informações pretéritas da sociedade, caracterizada por desigualdades e práticas discriminatórias. Portanto, esses modelos não se eximem da subjetividade, o que desmitifica a neutralidade da máquina e reforça a necessidade de responsabilização dos seus desenvolvedores quando necessário, visto que podem programar injustiças ou aproveitar-se da ignorância e falta de conhecimento dos indivíduos em busca de benefício próprio (VERBICARO; MARANHÃO; CALANDRINI, 2022).

Apesar da racionalidade algorítmica ter o potencial de levar a resultados consistentes e contribuir para que empresas economizem recursos, afastando as tomadas de decisões de viés humano geralmente tendenciosas, essa ferramenta também tem o potencial de dificultar o acesso ao mercado de trabalho ou ao crédito aos candidatos que estão fora do padrão.

A economia do *Big Data* permite que seja possível prever a credibilidade e calcular o potencial de cada um enquanto estudantes, trabalhadores, cidadãos e consumidores, pois o uso constante de sistemas de ranqueamentos e *scores* permite que cada dado sobre cada indivíduo seja utilizado para avaliá-lo em uma escala de confiabilidade. Desse modo, um programa de computador pode vasculhar milhares de currículos ou pedidos de empréstimos em segundos, elaborando listas impecáveis com os candidatos mais promissores no topo (O'NEIL, 2020).

O ranqueamento pode ser feito com base nos mais diversos fatores. Quando os programadores não possuem acesso aos dados comportamentais em que estão interessados para programar o modelo, eles os trocam por dados substitutos. Com isso, não raramente são feitas correlações estatísticas entre, por exemplo, o CEP

residencial ou os padrões de linguagem de alguém e o seu potencial de pagar um empréstimo.

Por implicarem na reputação de cada um, decisões críticas são feitas com base nos dados analisados, processados como sinais para recompensas ou penalidades, benefícios ou prejuízos. Diante disso, ao crescer exponencialmente, adquirindo escala, esses modelos conseguem definir e delimitar a vida de cada um.

É o que ocorre com o modelo de crédito, determinante para o indivíduo conseguir ou não um apartamento, um emprego ou um carro. Contudo, trata-se de um modelo opaco que faz com que os consumidores que são a eles submetidos sequer saibam de sua existência e tampouco possuam consciência de como a sua pontuação de crédito é calculada e como pode vir a ser utilizada.

A problemática em torno disso é que, quando o acesso ao crédito é negado, o consumidor não sabe o real motivo da discriminação sofrida, pois as justificativas que lhes são fornecidas, geralmente, são o resultado final do processamento de uma série de informações ou um único fator que sequer foi determinante para a tomada de decisão, sem que lhes seja apresentada a racionalidade de todo o processo algorítmico.

De acordo com Pasquale (2015), trata-se de justificativas “codificadas” (“*reason codes*”), visto que é preferível apenas nomear um único fator – mesmo que irrelevante – na decisão, do que esclarecer no decorrer do processo decisório. Certamente, alguns fatores são mais relevantes do que outros; entretanto, não é possível delimitar o peso de cada fator sem uma ampla visão do processo, a qual deveria ser apresentada, de maneira clara, ao consumidor que sofre as consequências do processo decisório.

Diante disso, as justificativas são codificadas porque, enquanto um código pode ser uma lei ou um *software* – que exige que as instruções sejam codificadas no formato de leitura de máquina para que possa operar, o termo também faz alusão a algo deliberadamente escondido. Assim sendo, uma razão codificada é utilizada para evitar a sua detecção e manter terceiros sem compreendê-la. Na racionalidade algorítmica, prepondera esse último e misterioso aspecto do código (PASQUALE, 2015).

Esses modelos são opacos e os seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos que possuem domínio sobre eles, o que acentua a preocupação em torno das injustiças dos modelos, pois essa falta de *accountability* das empresas e dos

programadores torna os algoritmos inatacáveis pela ideia de neutralidade da tecnologia que, aliada à falta de transparência, resulta em uma verdadeira caixa-preta (VERBICARO; MARANHÃO; CALANDRINI, 2022).

Diante disso, todos estão sujeitos a esses sistemas de pontuações secretas que trazem diferentes consequências sem que as justificativas do processo decisório sejam esclarecidas. Esses modelos, movidos por algoritmos, discriminam milhares de pessoas, muitas vezes, por razões muito frágeis, sem oferecer recurso ou apelação, mesmo quando erradas ou danosas.

Como tentativa de contornar essa problemática, o art. 20 da LGPD dispõe expressamente sobre o direito de revisão de decisões automatizadas, estabelecendo que o titular dos dados pode solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem os seus interesses, como as destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito (BRASIL, 2018).

Entretanto, merece atenção o fato de que, se o consumidor não compreende como o algoritmo chegou àquela decisão, ele não consegue exercer o contraditório, dificultando a impugnação do processo decisório, especialmente porque o texto legal não mais exige que a revisão da tomada de decisão seja feita por pessoa natural, exigência que constava no § 3º do artigo 20 da LGPD que foi vetado pelo Presidente da República, em 2019 (BRASIL, 2019).¹⁵

A preocupação referente à falta de transparência dos modelos persiste, pois, se o algoritmo é obscuro, é difícil afirmar que houve algum tipo de discriminação e prevenir futuras, o que acaba por violar o princípio da não discriminação previsto no art. 6º, inc. IX, da LGPD, que veda o tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

A discriminação ilícita e a abusiva divergem da discriminação no sentido mais tradicional, a qual se assemelha à generalização, pois a generalização não é vedada pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é bem comum.

A ilicitude, pelo contrário, remete àquilo que é proibido pelo ordenamento jurídico e independe de um debate sobre a correção estatística da generalização, ou

¹⁵ O art. 20 da LGPD continha, originalmente, no §3º, a exigência de que as revisões de decisões automatizadas fossem feitas por pessoa natural, nos seguintes termos: “§ 3º A revisão de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada por pessoa natural, conforme previsto em regulamentação da autoridade nacional, que levará em consideração a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados”. O inteiro teor do §3º foi vetado pela Lei nº 13.853/2019 (BRASIL, 2019).

seja, a discriminação é ilícita mesmo se a informação for estatisticamente precisa. Por exemplo, a legislação determina que informações sensíveis, como a religião de um consumidor, não devam ser correlacionadas com a sua capacidade de pagamento, por não se tratar de uma informação a ser utilizada para essa finalidade. Com isso, caso esses dados sejam correlacionados para averiguar se um determinado consumidor é um bom pagador ou não, a discriminação será ilícita, independentemente do resultado da análise (MATTIUZZO, 2020).

Outro tipo de discriminação considerado ilícito é aquele que se baseia em informações estatisticamente incorretas; nesse cenário, a ilicitude não é fruto de uma determinação legal expressa, mas da compreensão de que é errado discriminar com base em dados que não refletem a realidade.

A abusividade, por sua vez, representa algum problema do ponto de vista jurídico. É o que ocorre diante de generalizações comparativas ou que descrevem características presentes na maioria dos indivíduos de um grupo, como no caso de um algoritmo desenvolvido para tomadas de decisões automatizadas que considere que uma mãe solteira, de baixa renda, que mora distante da zona central seja caracterizada como adequada apenas para trabalhos temporários e de baixa remuneração (MATTIUZZO, 2020).

Nesse sentido, usar informações estatísticas que se referem a um grupo e não a uma pessoa específica para tomar decisões sobre indivíduos específicos e negar-lhes oportunidades e direitos não é aceitável pelo ordenamento jurídico (MATTIUZZO, 2020).

Diante disso, contornar o sigilo e a obscuridade desses modelos é essencial para assegurar aos consumidores o direito de conhecer as regras que regem suas vidas. Desse modo, esforços devem ser empreendidos para reforçar a necessidade de explicação sobre as decisões algorítmicas no próprio desenho dessas ferramentas, visto que a capacidade de tornar as decisões passíveis de compreensão é destacada por boa parte da literatura da governança algorítmica como um princípio fundamental (MATTIUZZO, 2020).

Caso contrário, o uso recorrente desses sistemas para tomadas de decisões determinantes continuará por violar direitos constitucionais como o contraditório e o devido processo legal, pois os modelos agem unilateralmente por meio de algoritmos, em uma conjuntura na qual não se sabe as premissas da máquina para chegar àquele resultado específico. Muitas vezes, nem o próprio programador

consegue explicar a razão pela qual se deu determinado resultado (VERBICARO; MARANHÃO; CALANDRINI, 2022).

Diante disso, é primordial que todos estes mistérios, sobre o que ocorre para além da superfície da Internet, sejam esclarecidos e que os códigos e modelos invisíveis sejam decifrados ao usuário comum, pois é, neste contexto, que os limites mais significativos de ações e escolhas operam. Vale ressaltar que este controle se relaciona diretamente com a complexidade e a opacidade naturais do espaço atual de comunicação, não com a tecnologia em si.

3.6 Regulação, transparência e normas de arquitetura

Sabe-se que o direito não é o único vetor regulador da Internet, pois há de conviver com outras dimensões regulatórias, como as restrições sociais, as dinâmicas de mercado e a própria tecnologia, sendo essa última capaz de estabelecer normas de arquiteturas que definem o espaço virtual, podendo ser favorável ou desfavorável à fruição de direitos fundamentais como a liberdade, igualdade e a privacidade (LESSING, 1999).

Desse modo, as inovações tecnológicas construíram um espaço tecnorregulado, no qual as regras da tecnologia e a sua arquitetura interna vão condicionar as ações humanas a códigos previamente programados.

Conforme se buscou apresentar, a atual arquitetura do espaço virtual mostrou-se tendente à violação à privacidade, autodeterminação informativa e liberdade de escolha do consumidor digital. Portanto, o direito, sozinho, não consegue construir um ambiente virtual favorável à proteção de dados, assim como as regras da tecnologia também não protegem os usuários da violação desses direitos fundamentais.

Assim sendo, é necessário aliar ambos, de maneira complementar, para que seja possível estruturar parâmetros regulatórios e institucionais compatíveis com os valores éticos e sociais e os preceitos jurídicos da sociedade.

Novos espaços virtuais devem ser desenvolvidos com novas normas de arquitetura, voltadas para a proteção da transparência, privacidade, autodeterminação, responsabilidade e demais princípios que devem reger a relação com as NTICs.

É possível alcançar esse objetivo estimulando a incorporação e a proteção da autodeterminação informativa nos sistemas, códigos, normas de arquitetura e procedimentos tecnológicos, aplicando o direito fundamental à proteção de dados na concepção de tecnologias que forneçam os serviços e produtos disponíveis aos usuários no meio virtual.

Algumas tecnologias já estão sendo construídas nesse sentido; são as chamadas *Privacy Enhancing Technologies* (PETs) que são tecnologias que reforçam a proteção de dados pessoais e facilitam a fruição desses direitos, podendo auxiliar nessa complexa tarefa de regenerar a atrofiada estratégia regulatória da proteção de dados pessoais e da privacidade (MENDES; FONSECA, 2020).

Desse modo, a tecnologia pode ser utilizada como uma ferramenta de empoderamento do titular dos dados pessoais, desde que a condição de hipervulnerabilidade do consumidor digital, fruto da relação nitidamente assimétrica inerente à economia de dados, seja absorvida pela arquitetura da rede, com a disseminação de novas normas de arquitetura e, principalmente, um maior controle das atividades de extração e processamento de dados das gigantes da tecnologia.

Não obstante, diante de um contexto preponderantemente assimétrico, a fiscalização e a regulação exercidas pelo Estado de Direito assumem um importante papel a ser cumprido, qual seja, proteger os usuários constantemente influenciados por algoritmos de classificação, anúncios personalizados, notícias falsas e narrativas que retratam a tecnologia como solução para cada problema.

Portanto, a participação dirigente significativa do Estado no controle das plataformas digitais contribui para a mitigação da excessiva confiança do consumidor depositada nelas e da enorme assimetria informacional existente nessas relações.

Discorrer sobre as implicações que a economia movida a dados trouxe para as relações de consumo demonstra que o exercício da prometida autodeterminação informativa vem se mostrando, cada vez mais, uma mera ficção, sem qualquer perspectiva de que essa noção possa vir a configurar a realidade, especialmente, a partir de um enfoque na atividade dos agentes econômicos que controlam o mercado de dados, retratados pela figura das grandes plataformas digitais.

As consequências nocivas que o uso indevido de dados pessoais pode causar nas relações de consumo vão sendo, cada vez mais, acentuadas e também

menos perceptíveis; com isso, esse novo cenário econômico impacta toda a estrutura concorrencial, em razão do poder de mercado das gigantes empresas da indústria da tecnologia.

Desse modo, é imprescindível que haja uma maior intervenção antitruste na economia de dados para controlar o abuso do poder econômico retratado, sem que o foco seja na intervenção dos arranjos contratuais da relação de consumo, mas sim no fluxo informacional. Diante disso, o Direito da Concorrência assume a importante função de atuar ativamente para reprimir abusos do poder econômico, conter a concentração excessiva de poder econômico e proteger os consumidores pela preservação do processo competitivo.

Para aprofundar a discussão sobre o combate ao abuso da posição dominante e a proteção ao consumidor no mercado de dados, a seção seguinte faz uma análise comparativa entre o Direito Antitruste nos Estados Unidos e na Europa, a fim de retratar quais critérios jurídicos estão sendo aplicados pelas autoridades para definir a ilicitude de condutas anticoncorrenciais.

4 A LEGISLAÇÃO COMPARADA: OS DIREITOS ANTITRUSTE ESTADUNIDENSE E EUROPEU E O MERCADO DE DADOS

O conceito de abuso do poder econômico é aberto e sujeito a um elevado grau de indefinição jurídica. Observam-se, assim, controvérsias no combate de práticas anticoncorrenciais dessa natureza no contexto mundial, em razão da ausência de uniformidade de modelos econômicos e da divergência nos critérios jurisprudenciais desenvolvidos e aplicados pelas autoridades antitruste.

Diante disso, para aprofundar a discussão sobre o combate ao abuso da posição dominante no mercado de dados, com a finalidade de proteger o consumidor de violações a direitos básicos apresentados na seção anterior, a presente seção faz uma análise comparativa entre o Direito Antitruste nos Estados Unidos e na Europa, a fim de retratar como esses mercados vêm sendo regulados nos ordenamentos jurídicos, e quais critérios jurídicos estão sendo aplicados pelas autoridades para definir a ilicitude de condutas anticoncorrenciais, para que, assim, seja possível delinear possíveis caminhos a serem seguidos pelo Direito antitruste brasileiro.

Na tradição estadunidense, nota-se que, por influência da Escola de Chicago, a percepção majoritária definiu que o valor de bem-estar do consumidor, baseado no pressuposto do excedente total, constitui o único critério substantivo válido para a intervenção antitruste. Com base nisso, as autoridades estadunidenses, por muitos anos, tiveram um comportamento leniente com as empresas do Vale do Silício diante de condutas anticoncorrenciais.

Em contraponto, o direito comunitário europeu considera outros critérios, como a proteção do processo competitivo ou a integração do mercado comum. Assim, a Autoridade Europeia vem se mostrando preocupada com o combate ao abuso do poder econômico das gigantes da tecnologia há anos, aplicando novas teorias do dano voltadas ao mercado de dados, a fim de conter o massivo controle exercido pelas *Big-Techs* no desenvolvimento de produtos disruptivos (FERNANDES, 2022).

Diante disso, passa-se a analisar como as autoridades estadunidenses e a autoridade europeia estão lidando com as questões que envolvem o mercado de dados para proteger o consumidor, pois, observando o que já foi enfrentado por

essas jurisdições, é possível ilustrar como o mercado de dados opera e destacar possíveis caminhos para combater o abuso do poder econômico.

4.1 O direito antitruste estadunidense

O *Sherman Act* – editado pelos Estados Unidos em 1890 (ESTADOS UNIDOS, 1890), que se tornou referência para os demais países na matéria antitruste, trazia dispositivos abrangentes, proporcionando diversas possibilidades de interpretação.

Portanto, discussões sobre quais seriam os objetivos principais do antitruste se fizeram presentes na condução da disciplina nos Estados Unidos desde o princípio. Dentre as condições apontadas pela lei e reconhecidas pela Suprema Corte Estadunidense para o bom funcionamento do mercado, destaca-se a prevenção contra abusos do poder econômico provenientes de atos de concentração.

A preocupação social e política com os monopólios não se resumia à capacidade de imposição de preços abusivos; o combate aos monopólios foi fundamentado na redução das oportunidades e das liberdades dos demais, independentemente de serem concentrações benéficas ou não (STUCKE, 2012).

A proteção às falhas de mercado e aos males resultantes dos atos de concentração que conduzem a monopólios é objetivo expresso da legislação, a qual condena práticas que excluem competidores e se preocupa em assegurar a igualdade de oportunidades.

Por anos, a nação estadunidense combateu a economia monopolista para preservar um mercado competitivo, e o direito antitruste foi um código de combate aos monopólios e à concentração de poder econômico, tornando-se instrumento para o funcionamento da democracia. Demonstra-se, portanto, que a preocupação com a concentração de riqueza e poder nas mãos de poucos se faz presente em qualquer revisão histórica da política antitruste estadunidense (WU, 2018).

A noção de que a concentração no mercado promove condutas anticompetitivas e que um mercado dominado por um número pequeno de grandes empresas seria menos competitivo do que um formado por muitos agentes de menor tamanho, predominou na disciplina antitruste por algumas décadas e, com base

nela, as cortes proibiram concentrações que pudessem prejudicar a estrutura do mercado considerada ideal (KHAN, 2017).

Os tribunais entendiam que uma empresa poderia ser condenada por incorrer em abuso de concorrência se praticasse, unilateralmente e com a intenção de monopolizar o mercado, algumas condutas puníveis pela seção 1 do *Sherman Act* (ESTADOS UNIDOS, 1890) por meio de acordos com concorrentes.

A intenção específica de monopolizar o mercado seria observada quando a conduta não pudesse ser justificada por objetivos competitivos legítimos. Portanto, essa perspectiva assumia que muitas práticas unilaterais poderiam ser consideradas *per se* ilegais, o que, frequentemente, reduzia a análise antitruste ao enquadramento a esse teste de intenção específica (FERNANDES, 2022).

A noção de que as empresas que desfrutavam de uma posição dominante no mercado poderiam fixar preços abaixo dos custos de produção para concentrar controle e, com isso, monopolizar o mercado, embasou a teoria dos preços predatórios, fortalecendo a premissa de que combater essas práticas predatórias distribuiria poder e oportunidades de maneira mais igualitária.

O primeiro caso em que foi aplicada a teoria dos preços predatórios ocorreu em 1911, quando a Standard Oil, empresa monopolista do mercado petrolífero, foi condenada por reduzir drasticamente os preços do produto com a finalidade de prejudicar e eliminar a concorrência.

A decisão contrária ao cartel petrolífero, proferida pela Suprema Corte estadunidense, tornou o caso emblemático e fez com que se tornasse precedente para outras decisões, firmando o entendimento de que reduzir preços era uma ferramenta poderosa para empresas detentoras do poder monopolista consolidarem a sua posição dominante.

O Congresso e a Suprema Corte estadunidense consideravam que os preços predatórios ameaçavam a manutenção de mercados competitivos. Portanto, foram aprovadas leis proibindo a conduta, como o *Clayton Act* em 1914, redigido para emendar o *Sherman Act*, proibindo atos anticompetitivos de concentração e a precificação discriminatória e predatória (WU, 2016).

No mesmo período foi criada a FTC, uma agência independente, responsável por regular a prática do comércio desleal, a qual se tornou responsável por assegurar o cumprimento do direito antitruste, em conjunto ao DOJ.

A regra geral era que as empresas não poderiam reduzir os preços de seus produtos ou serviços para um valor abaixo dos custos de produção. Para ser considerada ilegal, a prática deveria ser efetuada sem um objetivo comercial legítimo e com a intenção específica de violar a competição, o que poderia, inclusive, gerar responsabilidades penais aos agentes econômicos.

Conforme define Fernandes (2022), duas importantes fases na jurisprudência dos Tribunais estadunidenses ilustram essa visão, sendo que a primeira coincide com o período clássico do antitruste, iniciado com a publicação do *Sherman Act*, a qual perdurou até 1940 e a seguinte se inicia com o advento da concepção estruturalista do mercado, defendida pela Escola de Harvard.

A segunda fase pode ser identificada como o ápice da perspectiva da Escola de Harvard, que considera que a conduta do agente econômico está diretamente ligada à estrutura do mercado, assumindo que o objetivo da legislação antitruste é a manutenção de estruturas de mercados desconcentradas.

Há um certo abandono do uso do padrão de ilicitude *per se* e a adoção do balanceamento dos efeitos. Desse modo, o monopolista poderia ser eximido de responsabilidade se demonstrasse que o exercício de seu monopólio ocorreu por diversos fatores de superioridade econômica, como eficiências econômicas, tecnológicas ou baixas margens de lucros mantidas permanentemente (FERNANDES, 2022).

Não obstante, persistia a noção de que empresas em posição de dominância geralmente a utilizavam para implementar condutas anticompetitivas, razão pela qual se buscava evitar as excessivas concentrações que poderiam gerar disfunções prejudiciais ao fluxo das relações econômicas (FORGIONI, 2020).

As integrações verticais, que ocorrem quando dois ou mais estágios sucessivos da produção ou distribuição de um produto se encontram sob o mesmo controle, eram encaradas com desconfiança, pois, entendia-se que o agente econômico era propenso a utilizar a sua posição dominante em um mercado para alavancá-la em outro.

Portanto, essas práticas eram consideradas anticompetitivas quando ameaçavam prejudicar a competitividade, sendo observadas pelos mesmos padrões que as concentrações horizontais, ou seja, eram proibidas sempre que ameaçavam reduzir substancialmente ou restringir a concorrência, tratando-se de um método injusto de competição.

No entanto, a partir de 1980, a jurisprudência estadunidense passou a adotar a teoria disseminada pelos trabalhos da Escola de Chicago, a qual argumentava que muitas práticas unilaterais de monopolização deveriam ser reputadas *per se* legais.

Essa percepção estruturava-se em duas premissas principais, a ideia de que as condutas unilaterais poderiam gerar eficiências econômicas e a noção de que seriam raras as situações fáticas em que o agente econômico com posição dominante teria incentivo para excluir concorrentes se eles fossem igualmente eficientes (FERNANDES, 2022).

Entendia-se que qualquer empresa poderia ameaçar a concorrência potencial, independentemente do número de empresas no mercado ou do nível de concentração de cada uma. Desse modo, o poder de mercado seria sempre efêmero, o que ensejaria muito raramente a necessidade de atuação da política antitruste (KHAN, 2017).

A influência das construções da Escola de Chicago na jurisprudência estadunidense é observada na visão redentora das restrições verticais, que afastou rígidos padrões de legalidade, abrindo caminho para a análise de eficiências.

A visão propagada pela Escola de Chicago abandona concepções estruturalistas, ao defender que a alavancagem dos monopólios não traria consequências negativas para a concorrência e que o seu efeito poderia ser pró competitivo, por ser motivada apenas pela eficiência, não pelos benefícios que dela poderiam surgir.

Desse modo, as preocupações quanto à alavancagem e às barreiras à entrada não eram mais uma justificativa plausível para restringir a liberdade de agentes econômicos, pois se entendia que os ganhos obtidos por empresas dominantes não extrapolariam para os mercados adjacentes (KHAN, 2017).

Em 1984, o DOJ e a FTC apresentaram o *Non-Horizontal Mergers Guidelines* (ESTADOS UNIDOS, 1984), reduzindo as circunstâncias nas quais integrações verticais trariam algum risco ao processo competitivo. Na prática, isso resultou em uma massiva aprovação sem restrições de integrações verticais.

O crescimento da influência e da credibilidade da Escola de Chicago fez com que essa noção moldasse, de certa forma, o *enforcement* da política antitruste estadunidense, quando as investigações com base na lei antitruste foram drasticamente reduzidas, reforçando o entendimento de que eram casos com implicações econômicas irrelevantes.

Diante disso, as grandes empresas da tecnologia desenvolveram-se em um ambiente no qual houve pouca atenção ou preocupação com a contenção de abuso do poder econômico por parte do antitruste estadunidense. Desse modo, não enfrentaram obstáculos relevantes ao seu crescimento, mesmo diante de estratégias agressivas que geraram questionamentos sobre a sua licitude e os efeitos deletérios na concorrência.

A teoria dos preços predatórios também começou a ser questionada com base em críticas que sugeriam que fixar os preços em valor abaixo dos custos de produção, não traria à empresa monopolista o poder de eliminar a competição ou induzir a concorrência a deixar o mercado, razão pela qual não se tratava de uma prática anticoncorrencial (KHAN, 2017).

Entendia-se que o agente que instituiu o preço predatório precisaria sustentar o preço monopolista por tempo suficiente para recuperar as perdas iniciais, para, enfim, conseguir frustrar a entrada de competidores potenciais.

Portanto, as críticas reforçavam que a incerteza do sucesso e os custos do processo fariam com que a estratégia do preço predatório fosse improvável por ser prejudicial ao próprio agente econômico detentor do poder monopolista. Desse modo, presumia-se que o comportamento predatório seria irracional, precisamente porque as empresas sempre vão priorizar os seus benefícios e o seu próprio crescimento.

Ocorre que essas críticas desferidas à teoria dos preços predatórios fomentaram um juízo de permissibilidade de algumas condutas anticoncorrenciais visando ao fortalecimento da posição dominante, sem que ensejasse maiores discussões quanto à possibilidade de agentes econômicos fortalecerem a posição dominante ao fixarem preços abaixo dos custos de produção.

Dois casos envolvendo a Amazon, a maior empresa de comércio eletrônico do mundo, demonstram que a empresa utilizou de precificação predatória para consolidar a dominância no mercado, sem que a conduta ensejasse qualquer atribuição de responsabilidade pela autoridade antitruste nos Estados Unidos.

Em 2007, a Amazon lançou o Kindle, um dispositivo eletrônico de leitura. Antes de lançar o dispositivo, a empresa fixou o preço de todos os bestsellers em \$9.99, valor muito inferior ao de mercado, o mesmo tendo ocorrido com o preço do próprio Kindle, ofertado por um valor inferior ao do custo de produção (KHAN, 2017).

Em 2012, foi instaurado um processo administrativo pelo DOJ para investigar a estratégia de precificação da Amazon. No entanto, a análise concluiu que não existiam provas capazes de assegurar que a empresa havia incorrido em prática abusiva, instituindo preços predatórios, pelo contrário, a investigação concluiu que o modelo de negócios de vendas de e-books pela Amazon era proveitoso e benéfico aos consumidores (DOJ, 2012).

Entretanto, há de ser destacado que a investigação não considerou possíveis danos provenientes do reforço da posição de dominância da Amazon, em decorrência da redução de preços. Alguns pontos importantes não foram considerados na análise, como o fato de a redução de preços oferecida pela empresa potencializar o seu poder monopolista e, também, o fato de que a Amazon poderia recuperar as perdas sofridas por ela de outras formas que não envolvessem os lucros obtidos pelos e-books (KHAN, 2017).

Desse modo, a conduta da Amazon não foi enquadrada na teoria de preços predatórios, pois, nos termos da decisão, a empresa não objetivava fortalecer o seu poder monopolista, ressaltando que o objetivo da conduta era vender mais e-books, e não prejudicar a concorrência (KHAN, 2017).

Outro caso envolvendo a Amazon retrata que a empresa também utilizou da precificação predatória para pressionar um importante rival direto, o que demonstra que a intimidação, por meio da fixação de preços predatórios, pode desencorajar novos entrantes que poderiam desafiar a dominância das grandes empresas.

Em 2008, a Quidsi era uma empresa de e-commerce em crescimento exponencial, ofertando produtos de casa, fraldas e cosméticos. Em 2009, a Amazon, demonstrando interesse em adquirir a Quidsi, fez uma oferta de aquisição, a qual foi negada pelos fundadores da empresa. Não obstante, com a rejeição da oferta, a Amazon reduziu os preços de produtos de recém-nascidos em até 30% (trinta por cento).

O *software* utilizado pela Amazon para a avaliação de preços, que monitorava os preços de outras empresas para ajustar os da plataforma, estava rastreando diretamente o fornecedor de fraldas da Quidsi, a fim de que, com base nos dados obtidos, pudesse fazer a redução necessária para que os consumidores da empresa concorrente migrassem para a Amazon.

Além disso, passou a disponibilizar um novo serviço, o “*Amazon Mom*”, o qual oferecia descontos de até \$79 (setenta e nove) dólares por ano. Diante disso, a

Amazon perderia em torno de \$100.000.000,00 (cem milhões) de dólares em três meses, apenas no setor de fraldas (KHAN, 2017).

A estratégia da Amazon finalmente alcançou o objetivo almejado e inibiu o crescimento da Quidsi, afastando os investidores da empresa. Com isso, os executivos da Quidsi optaram por vender a empresa para a Amazon em 2010, após inúmeras ofertas de aquisição. A aquisição foi aprovada pela FTC, a qual não detectou qualquer dano à concorrência e, novamente, não considerou os preços predatórios impostos pela adquirente (FTC, 2010).

Mesmo sofrendo prejuízos, a Amazon eliminou um líder no mercado com a precificação predatória e, após completar a transação, perdendo centenas de milhões de dólares no processo, passou a aumentar novamente os preços de seus serviços e produtos. Em novembro de 2011, um ano depois de comprar a Quidsi, a Amazon não mais permitiu a entrada de novos membros no programa “*Amazon Mom*”, bem como cessou os descontos oferecidos, os quais haviam sido estabelecidos em 30% anteriormente (KHAN, 2017).

Muitos consumidores expressaram frustração com essas mudanças e vontade em retornar a utilizar os serviços da Quidsi, o que não mais era possível. Portanto, a conduta da Amazon demonstra o equívoco da crítica em relação aos preços predatórios, a qual contempla a noção de que o agente econômico não cresce economicamente com a prática predatória e que a prática não gera prejuízo ao consumidor (KHAN, 2017).

A estratégia que a empresa usou para adquirir crescimento sobre lucros e integrar negócios não foi vista como prática anticompetitiva à luz da metodologia predominante do antitruste, a qual se mantém focada nos benefícios que decorrem dos preços baixos ao consumidor. Não obstante, se a questão fosse vista sob a perspectiva da competição dinâmica, ensejaria importantes discussões sobre a prática predatória e os efeitos que surgiriam a médio e longo prazos (FRAZÃO, 2021).

Diante disso, observa-se que, com a alteração que adveio com a Escola de Chicago em relação ao bem-estar do consumidor, a ênfase da análise antitruste passou a ser no resultado – o bem-estar do consumidor – e não mais no processo competitivo, ou seja, nas condições necessárias para a competitividade.

Desse modo, preocupações estruturais, como o questionamento sobre a distribuição do poder e a manutenção de mercados competitivos, foram

abandonadas e substituídas por preocupações meramente quantitativas, voltadas para preocupações sobre o aumento de preços (KHAN, 2017).

Com o sucesso acadêmico da teoria difundida pelos pensadores de Chicago, houve significativas mudanças nas instituições, como a eliminação e a redução substancial das imposições regulatórias e a Suprema Corte estadunidense se mostrou voltada à proteção da liberdade da empresa, da liberdade econômica e da liberdade do sistema empresarial.

A adoção da premissa de que mercados são entidades autorreguladoras, compostos de agentes racionais que almejam interesses próprios, fez com que autoridades sacrificassem valores sociais, políticos e morais importantes para promoverem crenças econômicas, aceitando o risco advindo da concentração de poder econômico em diversos setores da economia, visando ao aumento da eficiência e da inovação.

De acordo com Khan (2017), essa noção contrapõe-se ao propósito legislativo. O Congresso estadunidense aprovou a Lei Antitruste com o objetivo de proteger interesses políticos e econômicos, incluindo o interesse de cada consumidor, produtor, empreendedor e cidadão, os quais são resguardados quando a política econômica combate a concentração excessiva de poder econômico, o que permite que a abertura de mercado, a proteção de produtores e consumidores do poder monopolista e a dispersão de controle político e econômico sejam asseguradas.

A motivação do Congresso estadunidense ao aprovar o *Sherman Act* era distribuir o poder econômico igualitariamente, promovendo a diversidade e o acesso aos mercados, em combate às grandes concentrações e ao abuso de poder. Ademais, o que havia por trás dessa visão era a noção de que a concentração de poder econômico consolidava, também, poder político, causando pressões antidemocráticas (KHAN, 2017).

Com isso, muito embora os Estados Unidos tenham sido o berço do Direito Antitruste no mundo, nas últimas décadas, a influência da política antitruste no país diminuiu. Antes, os objetivos e a implantação do direito antitruste eram uma discussão política recorrente, entretanto, nos últimos anos, a questão foi pouco discutida no país (STUCKE, 2012).

Atualmente, com o movimento Pós-Chicago, surgem diversos testes legais com base em modelos econômicos aplicados que assinalam as circunstâncias em

que o agente dominante teria efetivamente capacidade e incentivo de se engajar em estratégias exclusionárias. Entretanto, todos exigem demonstrações factuais específicas de determinada conduta exclusionária ser capaz de reduzir o bem-estar social a partir de parâmetros econômicos de dados (FERNANDES, 2022).

Ademais, a doutrina moderna ainda assume que a excessiva concentração de poder econômico traz resultados que geram eficiências. Não obstante, focar exclusivamente nos indicativos de eficiência indetermina a efetividade da aplicação do Direito Antitruste e a restringe ao momento no qual o poder de mercado já está sendo exercido ativamente, ignorando as circunstâncias nas quais esse poder foi adquirido.

Portanto, restringir a análise aos ganhos econômicos, sem observar a estrutura de mercado e o processo competitivo que proporcionou a consolidação do poder de mercado analisado, limita a intervenção ao momento no qual a empresa já adquiriu dominância suficiente para distorcer a competição (KHAN, 2017).

Não obstante, a autoridade antitruste estadunidense não ignora completamente efeitos não monetários. O *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 (ESTADOS UNIDOS, 2010), aduz que o abuso de poder de mercado pode ser manifestado por danos não referente a preços, como a redução de qualidade, de variedade, serviço ou diminuição da inovação.

Contudo, preocupações com a perda do potencial inovador e dos efeitos não monetários raramente fundamentam as decisões, ações ou estimulam investigações, visto que fatores econômicos mais fáceis de mensurar, como os impactos no preço, a produtividade, a eficiência e os lucros, assumiram posição mais relevante (KHAN, 2017).

Ocorre que, com essa concepção, alguns danos causados pelo abuso do poder econômico começam a ser ignorados. As grandes empresas da tecnologia prejudicam produtores e fornecedores e ameaçam a estabilidade do sistema – na medida em que se tornam essenciais para o seu desenvolvimento.

Essa concepção ditou os rumos da política antitruste estadunidense na área da tecnologia e em casos envolvendo o mercado de dados, razão pela qual se nota uma forte leniência com as gigantes da tecnologia e uma permissibilidade grande para essas últimas incorrerem em práticas abusivas. É o que se passa a discutir.

4.1.1 A leniência com as grandes empresas do Vale do Silício

Em 2012, após diversas denúncias de plataformas verticalmente relacionadas ao buscador do Google, a FTC instaurou uma investigação contra a empresa, que estava sendo acusada de privilegiar o seu próprio comparador de preços – o Google Shopping – em detrimento de comparadores de preços concorrentes (FTC, 2012).

A análise da FTC consistiu em um sopesamento entre a capacidade do Google de gerar inovação, melhorar a qualidade dos resultados de busca e aprimorar a experiência dos usuários, com os efeitos que a conduta causaria sobre concorrentes e agentes verticalmente relacionados. Ou seja, a investigação analisou se o Google mudou os resultados de busca para excluir competidores atuais ou potenciais, inibindo o processo competitivo, ou para melhorar a qualidade da busca de produtos e a experiência do usuário no geral

O primeiro ponto que merece atenção diz respeito à análise da FTC sobre a posição dominante e a atividade exercida pelo Google, visto que, para a autoridade, o buscador Google não seria uma porta de entrada na internet e não haveria custos para o usuário trocar de mecanismo de busca, ou seja, entendeu que os usuários continuam a utilizar o Google por vontade própria, não por inexistir substitutos.

Ademais, a análise concluiu que as mudanças de *design* adotadas pela empresa melhoraram a qualidade dos resultados da ferramenta de buscas e não trouxeram nenhum impacto negativo à competição. Assim, condenar o Google pela prática geraria restrições injustificáveis ao desenvolvimento de suas atividades, razão pela qual não foi recomendado o prosseguimento do caso pela autoridade.

De acordo com a FTC, apesar dos competidores do mercado de comparação de preços terem perdido vendas em decorrência do melhoramento do serviço oferecido pelo Google, esses tipos de efeitos adversos eram resultado de um processo competitivo natural, e a conduta da Google enquadrava-se na competição baseada nos méritos e no processo competitivo encorajado pela legislação (FTC, 2013).

A investigação foi encerrada em 2013, e em relação à prática do Google Shopping, o posicionamento da FTC afastou as preocupações concorrenciais, destacando que, a despeito do prejuízo sofrido por concorrentes do seu serviço de comparação de preços, não haveria provas de que a prática teria sido estruturada com a finalidade de prejudicá-los (FTC, 2013).

A FTC avaliou quais incentivos o Google teria para manipular seu algoritmo, classificando os melhores resultados com base no anunciante que paga mais pela publicidade. Concluiu que a estratégia seria prejudicial para a empresa, pois os consumidores poderiam abandonar a plataforma caso não encontrassem os resultados que lhes conferissem maior satisfação.

Com base nisso, o maior ativo do Google seria a qualidade de suas buscas, visto que a competição entre os mecanismos de busca é baseada no nível de qualidade dos resultados apresentados ao consumidor, o que fragilizaria o argumento de que o Google teria manipulado o seu algoritmo para apresentar os seus serviços nos primeiros lugares dos resultados genéricos.

Assim, a FTC decidiu pela inocência do Google diante de todas as acusações de abuso da posição dominante, considerando que a empresa não teria infringido a Lei concorrencial, pelo contrário, teria estimulado a competitividade do mercado e o investimento em inovação.

Não obstante, a autoridade sequer investigou profundamente o algoritmo desenvolvido pela empresa para fazer essa afirmação. Nesse sentido, conforme dispõe Pasquale (2015), o Google mantém o seu plano de funcionamento em total sigilo, o que traz inúmeras preocupações e questionamentos sobre como a empresa conduz os seus negócios, razão pela qual afirma que, em termos de transparência, o setor de segurança estadunidense satisfaz mais do que as empresas do Vale do Silício.

É imprescindível que, para lidar com preocupações concorrenciais, as empresas forneçam as informações necessárias, pois a opacidade predominante no funcionamento das empresas do Vale do Silício amplifica as ocorrências de práticas anticompetitivas, as quais dificilmente serão identificadas pelas autoridades. Desse modo, o direito antitruste corre o risco de se tornar irrelevante se não adotar novos parâmetros para enfrentar a nova economia informacional e exigir transparência dos agentes dominantes.

Quando o sistema de ranqueamento de uma ferramenta de buscas do tamanho do Google é capaz de posicionar mal um concorrente direto – em qualquer mercado – o mínimo que o Google deve proporcionar é que o seu sistema de ranqueamento seja investigado por autoridades competentes, que não possuem qualquer interesse na situação, para assegurar direitos concorrenciais básicos das empresas rivais e de consumidores (PASQUALE, 2015).

No entanto, não é o que vem ocorrendo na prática. Nos últimos anos, as autoridades antitruste estadunidenses não controlaram diretamente o comportamento abusivo de empresas dominantes da indústria da tecnologia e o que se observa, a partir de uma análise de casos, é a preponderância de um comportamento leniente do Estado com essas grandes empresas e um massivo número de acordos (PASQUALE, 2015).

A FTC teve conduta semelhante ao investigar o Facebook em 2009, quando a plataforma fez alterações em seu website, e permitiu que algumas informações, as quais os usuários poderiam ter designado como privadas, fossem compartilhadas com o público em geral, sem avisar aos usuários que as mudanças viriam, e sem solicitar a permissão deles.

Ao detectar que a Política de Privacidade do Facebook não condizia com a realidade dos fatos e, portanto, a empresa não estava respeitando as suas próprias configurações de privacidade, a Comissão estadunidense instaurou procedimento administrativo contra o Facebook (FTC, 2011).

O procedimento resultou em um acordo celebrado entre a autoridade e o Facebook, no qual a empresa assumiu a obrigação de coletar a aprovação dos consumidores antes de efetuar mudanças no compartilhamento de informações pessoais e assumiu o encargo de efetuar avaliações periódicas por auditores independentes (FTC, 2011).

O acordo exigia que o Facebook cumprisse com as suas promessas futuramente, fornecendo aos consumidores informações claras e inteligíveis, obtendo o consentimento expresso deles, antes de terem suas informações pessoais compartilhadas para além das configurações de privacidade estabelecidas.

Nesse cenário, o tratamento que o Facebook recebeu da FTC, após ter sido constatado que não estava respeitando a sua própria política de privacidade, foi vantajoso, visto que, para uma empresa desse porte, esse tipo de acordo é apenas um custo trivial por fazer negócio. Portanto, a punição que recebeu por violar as suas políticas de privacidade foi irrisória (PASQUALE, 2015).

Diante disso, ainda existe um longo caminho a ser percorrido pelas autoridades da concorrência estadunidenses para que, de fato, desafiem o poder de mercado das *Big-Techs*. Prova disso é que raramente são observadas imposições ou proibições de atos de concentração, nos quais essas grandes empresas estão envolvidas.

De acordo com Stucke e Ezrachi (2022), um estudo de 2021 da FTC apresentou que, entre 2010 e 2020, o Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft completaram 600 fusões ou aquisições que sequer foram submetidas à análise antitruste estadunidense, nas quais, na grande maioria, as empresas envolvidas eram emergentes.

Exemplo disso foi a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, aprovada sem restrições pela FTC, em 2014, fruto da conclusão de que a empresa adquirente e a empresa adquirida não atuavam no mesmo mercado relevante. Portanto, não foi considerada a possibilidade de a aquisição do WhatsApp fortalecer o ecossistema dominado pelo Facebook e, tampouco, os motivos pelos quais a aquisição ocorreu, que consistiam em conter o potencial disruptivo de uma nova plataforma de comunicação.

O Whatsapp emerge como um líder global na categoria de troca de mensagens entre dispositivos móveis. Portanto, o Facebook, ao invés de competir por méritos no mercado em questão, optou por comprar – por \$19 bilhões de dólares estadunidenses - a plataforma que representava uma ameaça ao seu poder monopolista. Assim, a aquisição neutralizou a ameaça ao monopólio de redes sociais do Facebook e assegurou que qualquer ameaça futura dificilmente alcançaria a escala necessária para desafiar a sua dominância.

A FTC apenas notificou as empresas sobre as obrigações em relação ao cumprimento de suas políticas de privacidade, por meio de uma carta enviada pela Diretora da Secretaria de Proteção ao Consumidor da FTC, em 10 de abril de 2014, na qual é feita uma advertência aos agentes de privacidade das empresas, reforçando a importância de cumprirem as obrigações assumidas (FTC, 2014).

O mesmo ocorreu no ano de 2011, no qual a proposta de aquisição do Instagram pelo Facebook foi aprovada sem restrições pela FTC, que considerou que a aquisição poderia prosseguir sem qualquer restrição, resguardando o direito de, futuramente, prosseguir com a investigação se necessário (FTC, 2011).

Na época, o Instagram era uma *startup* em crescimento exponencial, que surgiu em um momento crucial para o mercado de redes sociais, no qual os usuários passaram a migrar de computadores pessoais para smartphones e aderiram ao compartilhamento instantâneo de imagens.

O Facebook identificou o potencial inovador do Instagram muito rapidamente e, ao notar que se tratava de uma possível ameaça à sua posição dominante, optou

por comprar o Instagram por \$1 bilhão de dólares americanos em abril de 2012, neutralizando a ameaça representada pela *startup* e tornando mais difícil que outro concorrente no mercado de redes sociais ganhasse escala semelhante (FTC, 2020).

Nesse cenário, muito embora, para o bem do processo competitivo, seja necessário que a autoridade antitruste aplique penalidades significativas às empresas quando incorrerem em condutas abusivas, é notório que as autoridades estadunidenses optaram por não prejudicar empresas do porte do Google ou Facebook (PASQUALE, 2015).

Esse tratamento leniente tornou-se uma tendência, especialmente, pelo patamar relevante e necessário que essas empresas alcançaram na economia global, o qual aumenta a possibilidade de qualquer responsabilização ou restrição trazer implicações em todos os setores da vida econômica.

Além disso, são tratadas como forças que atuam em prol do progresso da sociedade, e não como negócios voltados ao lucro, visto que proporcionaram uma revolucionária economia compartilhada, propagada por uma visão otimista de que trouxeram acesso gratuito a uma ampla gama de serviços, empoderando pessoas (MAZZUCATO, 2020).

Os empreendedores desse setor são considerados comprometidos com a solidariedade, a autonomia e a colaboração, convencidos de que são os verdadeiros defensores dos desfavorecidos. Diante disso, o Vale do Silício apresenta-se como o antídoto perfeito para a gananciosa Wall Street: se esta, cada vez mais, aumenta a desigualdade de renda, aquele ajuda a superar o hiato na desigualdade do consumo. Desse modo, o Vale do Silício é favoravelmente contrastado com Wall Street, por fornecer serviços que todos podem acessar, independentemente de sua renda (MAZOROV, 2020).

Não obstante, a visão deturpada de que essas empresas oferecem serviços gratuitamente a todos, pela boa vontade do Vale do Silício, com o único objetivo de empoderar usuários e criar um mundo mais igualitário, não corresponde à realidade. É impossível preservar valores como a solidariedade em um ambiente tecnológico que prospera com base na personalização e em experiências únicas e individuais (MAZOROV, 2020).

Conforme ensina Zuboff (2021), os serviços ofertados por esses agentes econômicos são como ganchos que seduzem os usuários para as suas operações extrativas, nas quais as experiências pessoais são utilizadas como meios para fins

de outros. Portanto, os meios de modificação comportamental estão, cada vez mais, complexos e abrangentes. Enquanto isso, esses agentes protegem-se pela inerente ilegibilidade dos processos automatizados que comandam, pela ignorância criada por eles e pelo senso de inevitabilidade que fomentaram.

A dinâmica competitiva desse mercado fez com que essas empresas acumulassem riquezas enormes a partir de operações comerciais com base em dados comportamentais, cada vez mais preditivos e com viés de incentivar, persuadir, sintonizar e arrebanhar comportamentos em busca de resultados lucrativos (ZUBOFF, 2021).

Desse modo, a leniência e a permissibilidade de condutas anticoncorrenciais fomentam ainda mais a dominância desses agentes econômicos, prejudicando, especialmente, o consumidor, o qual se tornou dependente das tecnologias desenvolvidas pelo Vale do Silício.

4.2 A repressão ao abuso de poder econômico no direito antitruste europeu

O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU) estabelece o respeito pela dignidade humana, pela liberdade, pela democracia, pela igualdade e pelo Estado de Direito como valores básicos da União (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

A União objetiva proteger o “bem-estar do povo”, que pode ser garantido por meio do estabelecimento de um mercado interno uno, que promove o desenvolvimento econômico da Europa de maneira equilibrada, sustentável e estável, assegurando o progresso social, o livre mercado e a lisura do processo competitivo.

Dessa forma, aplicar políticas em prol da concorrência é um instrumento importante para alcançar esses objetivos. A repressão ao abuso da posição dominante é uma característica importante do Direito da Concorrência europeu que, assim como no Brasil, surge como instrumento para controlar a concentração de poder econômico, sendo essencial para proteger o mercado do abuso de posições dominantes.

A posição dominante é consolidada quando a empresa possui condições de atuar amplamente de forma independente dos seus concorrentes, clientes e consumidores. De acordo com as orientações da Comissão Europeia, um importante

indicativo de posição dominante é o *marketshare* superior a 40% (COMISSÃO EUROPEIA, 2009).

O art. 102¹⁶ do TFEU dispõe sobre o que configura condutas abusivas, destacando que se trata da possibilidade de impor preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; de limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, e de aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

Portanto, o principal objetivo do art. 102 é a proteção do processo competitivo, que é uma forma de proteção ao consumidor. Assim, o direito da concorrência europeu, além de proteger os interesses dos concorrentes e consumidores, tende a proteger, principalmente, a estrutura do mercado (EZRACHI, 2018).

A concorrência exerce um papel instrumental na política econômica europeia, o que significa que não é um fim em si, mas um meio pelo qual é possível atingir o objetivo maior almejado pela União. Portanto, não se trata de um valor absoluto, mas de um instrumento a ser utilizado para alcançar o equilíbrio econômico, promovendo um funcionamento adequado e equilibrado do mercado, para que os consumidores possam se beneficiar da produtividade proveniente da competição efetiva (FORGIONI, 2020).

Assim sendo, a intervenção não ocorre apenas para assegurar o interesse imediato do consumidor ou dos competidores, mas para proteger a estrutura do mercado e o comportamento competitivo, pois se entende que o prejuízo ao processo competitivo gera desvantagens aos consumidores.

O dano ao consumidor pode ser observado tanto diretamente quanto indiretamente, ou seja, não apenas as práticas que diretamente causam danos aos

¹⁶ Art. 102 (ex- art. 82. TCE) é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, e o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestação suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

consumidores são consideradas prejudiciais, mas também aquelas que o causam pelo impacto gerado no processo competitivo (EZRACHI, 2018).

Essa premissa contrasta com o bem-estar do consumidor defendido pelo pensamento adotado pela Escola de Chicago, por considerar a eficiência como um objetivo meramente indireto de uma política de concorrência, que existe para preservar o direito dos agentes econômicos de fazerem as suas escolhas, sem serem constrangidos pelo poder econômico privado (FERNANDES, 2022).

Trata-se do reflexo da teoria ordoliberal no direito da concorrência europeu, o qual se desenvolveu afastado de teorias de origens alheias às de tradição europeia. A Europa não sofreu grande influência da Escola de Chicago e a teoria ordoliberal teve forte influência na evolução do direito antitruste, e conseqüentemente, no combate ao abuso do poder econômico.

O ordoliberalismo é uma teoria política e econômica que surgiu na década de 1930, na Alemanha, como um segmento do liberalismo, representando a tentativa de criação de uma ordem liberal de mercado, aproximando-se de uma terceira via entre o capitalismo do *laissez-faire* e o socialismo, adotando a concepção de que o mercado totalmente livre resulta na concentração de poder econômico nas mãos de agentes privados, ensejando conseqüências nefastas (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013).

Representa uma tentativa de equilibrar o direito e a economia em busca do benefício da sociedade em geral. Para tanto, a economia deveria vigor sob uma estrutura subjacente de regras criadas pelo Estado, e a política antitruste deveria atuar como uma força capaz de neutralizar distorções e proteger a autonomia individual dos participantes do processo competitivo (CONIGLIO, 2021).

Com base nisso, a concentração de poder econômico torna-se uma ameaça à ordem econômica baseada na livre concorrência, visto que o abuso do poder econômico gera coerção e priva agentes econômicos da própria liberdade. Não obstante, a concentração não é ilícita em si, a ilicitude faz-se presente em condutas abusivas que restringem o processo competitivo.

Desse modo, para o ordoliberalismo, a concentração de poder por agentes econômicos pode ser utilizada para distorcer a competição. Por isso, a filosofia ordoliberal procura desestimular condutas que resultem na concentração excessiva do poder econômico (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013).

Essa teoria serviu de embasamento para o direito antitruste na Europa, o qual adota a interpretação de que as empresas em posição dominante não estão em situação de igualdade com as demais no processo competitivo. Com isso, atribui uma responsabilidade especial às empresas que usufruem de posição dominante na dinâmica do mercado, para que a sua conduta não prejudique a competição genuína.

Essa responsabilidade é resultado da premissa de que o agente detentor de poder econômico excessivo geralmente o utiliza para deturpar o processo competitivo. Por isso, a aplicação da política antitruste é baseada no sistema de competição com base no mérito, ou *competition on merits*, o qual dispõe que o processo competitivo deve ocorrer com base nos méritos alcançados pelos bens e serviços fornecidos pelas empresas, sem a interferência de qualquer benefício proveniente da posição do agente no mercado.

Entende-se que a manutenção de um mercado saudável exige que as empresas dominantes concorram com aquelas de menor porte, valendo-se exclusivamente de suas vantagens competitivas, e não daquelas derivadas de seu poderio econômico. Com isso, a própria liberdade na definição da estratégia comercial da empresa em posição dominante fica limitada, bem como o uso de seus direitos de propriedade intelectual (LEURQUIN; ANJOS, 2021).

A intervenção das autoridades antitruste nos comportamentos de exclusão tem em vista a salvaguarda da concorrência no mercado interno e a garantia de que as empresas que detêm posição dominante não excluam os seus rivais por outros meios que não seja a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem.

Para que haja intervenção, é necessário que ocorra uma prática que fuja ao escopo da competição pelo mérito do agente econômico em posição dominante, afetando as condições de mercado e os consumidores, e a prevalência dos efeitos negativos e danos exclusionários em comparação aos benefícios advindos (EZRACHI, 2018).

O direito de competir em igualdade de oportunidades é um aspecto importante que engloba os objetivos do sistema de mercado sem distorções na concorrência que se pretende alcançar. Desse modo, proíbem-se condutas de empresas dominantes que vão além da prática regular do mercado, propiciando-lhes vantagem excessiva ou injustificada. Assim, o ambiente europeu torna-se mais fértil

ao resguardo de empresas de pequeno porte, viabilizando um mercado mais pulverizado (FORGIONI, 2020).

A normatização da ilicitude de comportamentos exclusionários e abusivos de empresas dominantes é uma característica importante da disciplina na Europa, vez que, independentemente de como a posição dominante tenha se consolidado, adota-se uma perspectiva voltada para o combate de condutas prejudiciais ao processo competitivo por agentes que possuem poder significativo de mercado, para que, assim, seja possível proteger o mercado das grandes concentrações de poder econômico (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013).

Nessa perspectiva, construir uma sociedade próspera depende da capacidade dessa moldura constitucional econômica proteger o processo competitivo de distorções públicas ou privadas, para que os benefícios de um mercado livre possam ser equitativamente distribuídos.

Os objetivos específicos do direito da concorrência devem ser alcançados com base nos princípios fundamentais que regem o TFEU. Muito embora as autoridades enfrentem desafios na aplicação da política em prol da concorrência em razão da multiplicidade de valores que regem a disciplina, os quais, geralmente, conflitam ou se sobrepõem, verifica-se a existência de uma metodologia coerente na aplicação da política antitruste, a qual requer uma elaborada ponderação entre as normas, utilizando a análise racional e econômica para aperfeiçoar a intervenção, sem ultrapassar os limites estabelecidos pelos valores basilares.

A análise dos ganhos em eficiência na interpretação do art. 102 do TFEU, além de ser um objetivo indireto, requer uma abordagem qualitativa, pois condiciona o alcance da eficiência aos efeitos benéficos gerados aos consumidores em uma perspectiva que não está restrita ao aumento ou à redução de preços.

Assim sendo, a qualidade torna-se uma importante ferramenta para mensurar a competição a partir do momento em que a sua degradação nos serviços ou produtos ofertados prejudica o consumidor. Desse modo, o ambiente digital requer a consideração de impactos variáveis no bem-estar do consumidor, como a redução da privacidade e da liberdade de escolha.

Contudo, ainda é imprescindível que sejam feitas adaptações na maneira pela qual as normas são aplicadas. Desse modo, a especificidade das plataformas, do ecossistema digital e da economia de dados requer a adequação e o refinamento de

conceitos estabilizados, doutrinas e metodologias e um *enforcement* do direito antitruste europeu, já tendo havido iniciativas legislativas neste sentido.

De fato, em 2020, a Comissão Europeia propôs duas iniciativas legais para regular o mercado digital – o *Digital Markets Act* (UNIÃO EUROPEIA, 2020) e o *Digital Services Act* (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Essas iniciativas legislativas demonstram a preocupação de prevenir abusos do poder econômico pelas *Big-Techs* por parte da autoridade europeia, partindo do pressuposto de que a posição de dominância de algumas plataformas justifica o aumento de suas responsabilidades legais.

O *Digital Markets Act* considera que o mercado digital possui especificidades importantes. Trata-se de um mercado amplamente concentrado, no qual uma ou poucas plataformas digitais impõem as condições com autonomia considerável, podendo utilizar o seu poder para comportamentos anticompetitivos, criando dependência econômica dos consumidores para com os negociantes (BAGNOLI, 2021).

O *Digital Services Act*, por sua vez, propõe deveres de *accountability* aos provedores de serviços intermediários, para que seja possível melhorar a segurança de dados na União Europeia.

Com isso, objetiva promover um ambiente mais transparente, com um alto padrão de *accountability* sobre modelos de algoritmos e moderação de conteúdo, considerando o impacto das grandes plataformas digitais na comunidade europeia. Assim, é possível aumentar a liberdade de escolha do consumidor, promover inovação, reduzir os preços e aumentar a produtividade (BAGNOLI, 2021).

Diante disso, as regras devem ser implementadas pelas empresas como mecanismos de monitoramento e controle *ex-ante*, oportunizando que esses agentes econômicos se adequem ao regramento e implementem boas práticas, reforçando os princípios e a regulação de proteção de dados e da concorrência (BAGNOLI, 2021).

Não obstante, também merece consideração a importante ferramenta do direito antitruste europeu na análise do controle de estruturas, que atua no âmbito preventivo, em um mecanismo importante de controle *ex-ante* da ampliação de posição dominante no mercado digital.

4.2.1 Mecanismos para a repressão ao abuso do poder econômico: o controle de estruturas

O controle de estruturas da União Europeia é regulado pelo *European Merge Regulation* (EUMR) (UNIÃO EUROPEIA, 2004), que estabelece um procedimento de revisão *ex-ante* de propostas de transações. Trata-se de um controle preventivo, por isso, é baseado em uma análise da probabilidade de potenciais efeitos anticompetitivos, visto que os efeitos reais das transações não estão presentes no momento da revisão.

De fato, uma análise estática pode resultar na proibição de práticas pró-competitivas ou na autorização de práticas que prejudicarão o mercado futuramente, razão pela qual é imprescindível que as análises considerem a concorrência potencial e a dinamicidade do mercado digital (TURGOT, 2021).

A Comissão Europeia adota o entendimento de que o ato de concentração será legítimo apenas quando não prejudicar o processo competitivo e beneficiar consumidores, sendo também exigida a demonstração da impossibilidade de o efeito advindo ser alcançado de maneira menos restritiva do que a concentração (TURGOT, 2021).

O EUMR estipula como base, para fins de controle de atos de concentração, o faturamento e o volume de negócios dos agentes econômicos envolvidos. Entretanto, conforme já discorrido, na economia movida a dados, o volume de negócios e o faturamento não são indicadores precisos para detectar o efeito anticompetitivo de atos de concentração, especialmente diante das recorrentes aquisições, por parte das grandes plataformas digitais, de pequenas, porém bem-sucedidas *startups*, com uma base de usuários crescente e um potencial competitivo e disruptivo significativo, as quais se tornaram muito comuns nas últimas décadas.

Nos mercados digitais, há uma tendência de aquisição de *startups* com um potencial competitivo e inovador antes de se tornarem concorrentes significativos por empresas dominantes. Observa-se que, em 60% das aquisições realizadas pelo Google, Facebook e Amazon, entre 2008 e 2018, as empresas alvo tinham quatro ou menos anos de existência na data da operação (KIRA, COUTINHO, 2021).

A aquisição de um potencial competidor com uma ideia inovadora, milhões de usuários e um enorme potencial competitivo por uma plataforma dominante, por mais que traga riscos ao processo competitivo, pode escapar do controle de

estruturas tradicional se a empresa não possuir volume significativo de negócios e não estiver estabilizada no mercado e em pleno funcionamento.

Nesse contexto, a Comissão Europeia já considera as dificuldades na definição do mercado relevante e na análise de *marketshare* nos mercados digitais, defendendo a aplicação mais flexível desses conceitos, ressaltando o seu funcionamento dinâmico (TURGOT, 2021).

Aplicar novas teorias do dano para prevenir os efeitos prejudiciais da concentração no mercado de dados é mais importante do que qualquer alteração do texto legislativo. Contudo, desenvolver uma metodologia que atenda a esses anseios não é simples, visto que existe uma linha tênue entre elaborar um mecanismo que estabeleça um limite muito baixo e capture muitas transações irrelevantes, ou um muito alto, que não capture o suficiente.

Certamente, em muitos casos as concentrações serão pró-competitivas, pois, aperfeiçoar a atividade da empresa, seja por meio do crescimento interno ou do externo, é importante para o processo competitivo e pode contribuir para inovações de produtos e serviços.

As preocupações surgem quando esses atos de concentração fortalecem a dominância das grandes plataformas e prejudicam o processo competitivo, eliminando potenciais rivais ou construindo barreiras à entrada para competidores potenciais ou reais.

Portanto, a problemática é acentuada quando esses atos exacerbam a concentração de poder econômico e fortalecem o controle sobre o acesso a fontes de dados valiosas e exclusivas, privilegiando os envolvidos na concentração. Dessa forma, a análise deve ser feita cuidadosamente, com foco em como a aquisição de agentes com fonte de dados e potencial inovador notável pode impedir a competição de maneira significativa, restringindo a inovação.

Considerando que as *startups* focam, primeiramente, em construir uma grande base de usuários para, depois, monetizarem a inovação, uma análise baseada no volume de negócios não é uma boa medida para averiguar a significância dessas transações para o processo competitivo.

Crítérios baseados no número de usuários ou no tempo utilizado por cada um na plataforma contribuem para a análise do potencial concorrencial daquele agente, o qual pode ser estimado de maneira suficiente, real e concreta, a partir da hipótese

de o agente se tornar uma efetiva ameaça ao processo competitivo se não fosse adquirido naquele momento (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

É necessário considerar os compartilhamentos, as interações e o engajamento entre os usuários no uso das plataformas digitais, visto que, em mercados em que as empresas competem pela atenção, o tempo despendido pelo usuário no uso da funcionalidade fornecida pelas plataformas não pode ser negligenciado (BAGNOLI, 2021).

A variedade de necessidades dos usuários e a intenção das empresas no processo aquisitivo também se tornam dignas de atenção, vez que, com essas transações, as plataformas procuram expandir os efeitos de rede existentes, o que faz os seus serviços mais valiosos para os usuários e para os do agente que objetivam adquirir.

Assim sendo, o risco que a concentração traz ao processo competitivo não se limita ao fechamento dos mercados, estendendo-se também ao fortalecimento da posição dominante no ecossistema controlado pelo agente detentor de um massivo poder econômico.

A OCDE recomenda, para a captura de atos de concentração motivados pela aquisição de dados de um dos concorrentes, a incorporação do valor de compra adicional baseado no valor da transação, que refletiria o alto preço que os adquirentes estariam dispostos a pagar pelos ativos que estão adquirindo, como os dados ou a inovação. Dessa forma, as autoridades da concorrência podem identificar aquisições destinadas a substituir possíveis inovações disruptivas (OCDE, 2018).

Com base nisso, a Áustria e a Alemanha ampliaram a cobertura jurisdicional dos seus regimes de controle de concentrações, introduzindo limiares de notificação baseados no valor da transação. Desse modo, o potencial de um agente inovador pode ser indicado em casos nos quais o valor de compra é muito superior ao volume de negócios da empresa adquirida no momento anterior à transação (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

No caso da aquisição do WhatsApp pelo Facebook por \$19 bilhões de dólares, o valor da compra foi um importante indicador do potencial rival que o Facebook havia notado que o WhatsApp poderia se tornar. Caso a transação não tivesse sido efetuada nesse valor, provavelmente o caso não seria submetido à análise da Comissão Europeia.

Entretanto, uma análise exclusiva do valor da compra não é suficiente para demonstrar o potencial concorrencial da maioria das *startups*. O valor da compra do WhatsApp pelo Facebook foi exceção que não representa a maioria das aquisições, pois empresas entrantes no mercado são geralmente adquiridas por um valor menor que 50 milhões de euros. Por isso, a redução efetuada pela Alemanha e pela Áustria do valor de compra para 400 milhões e 300 milhões de euros, respectivamente, não aumentou o número de transações submetidas à notificação obrigatória nesses países (TURGOT, 2021).

Alguns atos de concentração realizados pelas gigantes da tecnologia foram objeto do controle de estruturas tradicional, como as aquisições do Shazam pela Apple e do WhatsApp pelo Facebook, as quais foram submetidas ao controle de estruturas espanhol, por se enquadrarem nas diretrizes estabelecidas pela legislação espanhola para a notificação obrigatória. Contudo, importantes atos de concentração escaparam da análise da Comissão Europeia, como foram os casos das aquisições do Instagram pelo Facebook e do Waze pelo Google (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

Outro ponto que merece destaque em relação aos atos de concentração é que, por exercem múltiplas funções, as grandes plataformas digitais não restringem suas atividades a um mercado específico que pode ser precisamente delimitado, visto que, com os fortes efeitos de rede e a facilidade com que podem se utilizar da alavancagem para fortalecerem a sua dominância, essas plataformas passam a controlar um verdadeiro ecossistema.

Na aquisição do WhatsApp pelo Facebook em 2014, a Comissão Europeia considerou dois mercados relevantes distintos, o que resultou em uma análise dos efeitos da aquisição no conglomerado, ensejando a aprovação da operação sem restrições, pois não foi observado qualquer impedimento à concorrência (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

A Comissão concluiu que, apesar de não haver linhas bem definidas nos serviços fornecidos pelas plataformas digitais, existem muitas diferenças entre o serviço oferecido pelo WhatsApp e os ofertados pelas redes sociais, as quais fornecem mais serviços e experiências sociais mais abrangentes e profundas. Desse modo, na época da aquisição, a autoridade considerou que o adquirente não atuava no mesmo mercado da empresa adquirida, em razão das funcionalidades limitadas desta última (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

Entendeu que, enquanto o Facebook oferecia um serviço de rede social completo, o WhatsApp é um aplicativo de comunicação entre consumidores, e o Instagram oferece um serviço de compartilhamento e edição de imagens para smartphones. Desse modo, a Comissão Europeia não encontrou impedimento significativo à competição nos mercados separados.

Sobre o mercado de atuação do WhatsApp, a Comissão aduziu que o setor de comunicação de consumidores seria recente e estaria em expansão, caracterizando-se pela frequente entrada no mercado e pelos curtos ciclos de inovação, no qual grandes parcelas de participação no mercado seriam efêmeras (COMISSÃO EUROPEIA, 2014).

A decisão não considerou que uma plataforma do tamanho do Facebook geralmente é um agente ativo em diversos mercados, em razão da facilidade promovida pelo serviço principal, especialmente no que tange ao acesso aos dados, e que as plataformas adquiridas atuavam em um segmento do ecossistema dominado pela plataforma adquirente.

Embora não houvesse atuação no mesmo mercado relevante, as atividades complementares reforçaram a posição de dominância, o que revela a importância da consideração das características inerentes das atividades de plataformas digitais e as implicações que o acúmulo excessivo de dados por um único agente com uma ampla capacidade de processamento, o que não ocorreu nesse caso.

Os efeitos da aquisição foram analisados no conglomerado, com isso, os riscos de fechamento de mercados e da criação de barreiras à entrada permaneceram, trazendo ameaças ao processo competitivo e prejudicando o acesso de demais agentes ao mercado e aos dados.

Diante disso, nota-se que, mesmo que o incumbente não seja dominante no serviço complementar, o impedimento significativo ao processo competitivo é observado quando a aquisição aumenta ainda mais os efeitos de rede que protegem o serviço fornecido por ele, de maneira que, após a concentração, o ecossistema é fortalecido como um todo.

Portanto, as autoridades deveriam, em cada caso, determinar se os efeitos obtidos poderiam ser alcançados de outras maneiras, assegurando a interoperabilidade do ecossistema com serviços de fora dele, e quando isso não fosse possível, comparando o valor da eficiência ao prejuízo gerado ao processo competitivo.

Nesse contexto, um novo limite pode ser estipulado em transações feitas por empresas em posição de dominância em mercados caracterizados por um amplo efeito de rede, nos quais a possibilidade de entrada é extremamente limitada (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

Levando em consideração essas perspectivas, a Alemanha ampliou, em 2018, o seu regime de controle de atos de concentração, por meio do 9th Amendment to the German Competition Act (BUNDESKARTELLAMT, 2018).

Assim, passou a exigir que, na avaliação da posição de uma empresa no mercado, também sejam considerados os efeitos de rede diretos e indiretos, o uso em paralelo de serviços diversos, os custos de mudança, as economias de escala em relação aos efeitos de rede, o acesso a dados relevantes para a concorrência e a força competitiva das inovações.

Com base nisso, o grau de utilização pelos usuários de funcionalidades das empresas envolvidas no ato de concentração se torna primordial para a compreensão dos seus efeitos no processo competitivo, de modo que os dados internos das empresas e os custos de mudança dos consumidores devem ser utilizados para a análise de eventuais danos ao processo competitivo.

4.3 Análise sobre a inovação entre a União Europeia e os Estados Unidos

A autoridade antitruste europeia passou a adotar a preocupação com a inovação a partir da década de 2000, com enfoque na priorização do parâmetro da contestabilidade, compreendendo que o ideal estímulo à inovação é manter os mercados abertos e competitivos, garantindo que os concorrentes atuais e potenciais possam introduzir suas ofertas livremente, e que o consumidor possa escolher o caminho que a trajetória de inovação assumirá no mercado. Portanto, com base na tradição ordoliberal, a intervenção antitruste deve garantir iguais oportunidades de inovação para todos os agentes econômicos (FERNANDES, 2022).

Apesar da proposição de que o agente econômico dominante pode gerar produtos superiores ao canalizar vultosos investimentos, ele poderá também ser responsabilizado por abuso de posição dominante, nos termos do art. 102 do TFEU, caso fique demonstrado que a sua estratégia impactou negativamente, de maneira

real ou potencial, as oportunidades de concorrentes disputarem a introdução de novos produtos no mercado (FERNANDES, 2022).

Desse modo, ao privilegiar a proteção do processo competitivo em si, o direito antitruste europeu mostra-se mais permeável a eventuais alegações de que condutas unilaterais exclusionárias podem ter efeitos deletérios sobre as oportunidades de inovação.

Nos Estados Unidos, por sua vez, dentre os diversos fatores que causaram uma queda do *enforcement* do direito da concorrência, destaca-se a revisitação aos princípios da noção de destruição criativa disseminada por Schumpeter, conforme discorrido na seção 2.6 da pesquisa, pautada na premissa de que o progresso econômico decorre de sucessivas posições de monopólio.

Nesse sentido, a garantia dos direitos de propriedade intelectual é uma salvaguarda indispensável para a manutenção dos incentivos à inovação, pois os modelos de negócios inovadores são caracterizados por elevados custos fixos. Desse modo, esses investimentos só seriam compensados pela obtenção de lucros supracompetitivos derivados de uma posição monopolista, o que tornaria temerária a condenação de práticas de empresas detentoras de poder econômico (FERNANDES, 2022).

Existe um grande receio, por parte da indústria estadunidense, de que a intervenção em indústrias dinâmicas acabe minando os incentivos à inovação e inviabilize o processo de destruição criativa. Portanto, a visão schumpeteriana foi reforçada, muitas vezes, para legitimar práticas anticoncorrenciais realizadas pelas empresas dominantes.

Ao contrário das propostas estadunidenses, a prática decisória europeia tem privilegiado a aplicação do art. 102 do TFEU para garantir elevados níveis de concorrência nos mercados de tecnologia, sob a crença de que estruturas de mercado mais pulverizadas tendem a gerar maiores oportunidades de inovação.

Com base nisso, na União Europeia, começa a tomar corpo na jurisprudência uma teoria do dano caracterizada pelo impedimento significativo da inovação na indústria, conhecida como SIII (Significant Impediment to Industry Innovation) (KIRA; COUTINHO, 2021).

A teoria do dano pelo impedimento à inovação permite que a natureza anticompetitiva da transação seja detectada, sem que ela necessariamente enseje a eliminação de um competidor direto, especialmente, em um contexto no qual

startups podem desenvolver produtos e serviços que não se sobrepõem ao mercado no qual a plataforma incumbente é dominante (TURGOT, 2021).

Essa teoria do dano pode contribuir para identificar a perda da inovação em uma análise voltada ao produto desenvolvido e ao potencial inovador do agente econômico adquirido por uma incumbente, com base nos seus recursos, trabalhadores, funcionamento e etc. (TURGOT, 2021).

Desse modo, é necessário demonstrar que a empresa adquirida possui um potencial inovador notável, o qual consiste na capacidade de criação de um produto que seja potencialmente competitivo no mercado, e que esse potencial competidor tenha habilidade e motivação para levá-lo ao mercado.

O impedimento à inovação na indústria também se tornou fundamento para inibir práticas exclusionárias por empresas dominantes fora do controle de estruturas, como ocorreu em 2017, quando a Comissão Europeia adotou a restrição à inovação como fundamento para condenar o Google no caso Google Shopping.

A Comissão condenou o Google ao pagamento de € 2.424.495.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte e quatro milhões e quatrocentos e noventa e cinco mil euros) por abuso na posição dominante no mercado de motores de busca *online*, por entender que a empresa conferiu vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços.

A decisão proferida concluiu que houve violação ao art. 102 do TFUE, e o Google foi obrigado a cumprir o princípio do tratamento igualitário no mercado de comparação de produtos e a cessar qualquer prática que tenha por objeto ou efeito o mesmo resultado exclusionário (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

De acordo com o entendimento:

[...] É provável que a conduta reduza os incentivos dos serviços de comparação de preços concorrentes para inovar. Serviços de comparação de preços terão incentivo para investir no desenvolvimento de serviços inovadores, melhorando a relevância de seus serviços existentes e criando novos tipos de serviços, apenas se eles puderem razoavelmente esperar que seus serviços sejam capazes de atrair volume suficiente de tráfego de usuário para competir com o serviço de comparação de preços do Google. Além disso, mesmo que os serviços de comparação de preços concorrentes possam tentar compensar até certo ponto a diminuição do tráfego, dependendo mais de fontes pagas de tráfego, isso também reduzirá a receita disponível para investir no desenvolvimento de serviços inovadores (COMISSÃO EUROPEIA, 2017, n.p.).

A Comissão entendeu que a conduta reduziu os incentivos que os serviços de comparação de preços concorrentes tinham para investirem em inovação. Portanto, a justificativa para fundamentar o prejuízo à concorrência foram os efeitos anticoncorrenciais causados no mercado de serviços de comparação de preços, que decorrem da possibilidade de exclusão dessas empresas do mercado, o que pode elevar os custos para os comerciantes, aumentar o preço para os consumidores e reduzir a inovação (LEURQUIN; ANJOS, 2021).

Desse modo, observa-se a preocupação da Comissão com o estímulo à inovação em relação aos agentes que competiam no mercado de comparação de preços, os quais só teriam incentivos para investir no desenvolvimento de serviços inovadores, melhorando a relevância de seus serviços e criando novos, se pudessem, razoavelmente, esperar que seriam capazes de atrair volume suficiente de tráfego de usuários para competir com o serviço de comparação de preços do Google (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

Diante disso, a investigação concluiu que o Google Shopping ganhou relevância em detrimento dos seus concorrentes, não por conta de suas vantagens competitivas, mas em grande medida em razão da posição dominante no mercado de buscas em geral do buscador Google (KIRA; COUTINHO, 2020).

Nesse sentido, entendeu que não é possível negligenciar a tendência dos usuários do Google Busca em considerarem os resultados da pesquisa genérica como mais relevantes para as suas necessidades, mesmo se outros resultados forem mais adequados ou eficientes. Assim, a conduta do Google reduziu a habilidade do consumidor de acessar a maioria dos serviços de comparação de compras relevantes (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Além disso, o Google não informa a seus usuários que os produtos oferecidos são posicionados na pesquisa genérica através de algoritmos diferentes para estabelecer a ordem de exibição. Com isso, a Comissão Europeia concluiu que a conduta não era compatível com a competição pelo mérito, visto que conduziu o tráfego da pesquisa genérica em direção às plataformas de comparação de preços, privilegiando o tráfego no Google Shopping (MORAES, 2016).

Nesse sentido, a liberdade de concorrência não pode ser causa de distorção das condições de mercado em detrimento ao interesse público, aos demais concorrentes e aos consumidores. Desse modo, foi exigido que o Google tratasse os serviços de comparação de preços concorrentes igualmente ao seu próprio

serviço nos resultados de buscas genéricas do buscador Google, não o posicionando de maneira privilegiada.

A análise do caso Google Shopping sintetiza os importantes pontos de divergência entre o direito antitruste europeu e estadunidense, visto que, enquanto nos Estados Unidos, a FTC arquivou o caso, considerando que a conduta não traria qualquer prejuízo para a concorrência, na União Europeia, o nítido prejuízo ao processo competitivo e a consequente redução na liberdade de escolha dos usuários foram suficientes para enquadrar a conduta do Google como ilícita e prejudicial ao processo concorrencial.

Os fundamentos basilares do direito comunitário europeu, como a competição no mérito e a impossibilidade do agente econômico utilizar da posição de dominância para obter benefícios concorrenciais, justificam a condenação do Google pela Comissão Europeia e demonstram que a repressão ao abuso do poder econômico pelas gigantes da tecnologia são uma preocupação que vem sendo recorrentemente destacada pelas autoridades europeias.

Em contraponto, nos Estados Unidos, observa-se a busca incansável pela eficiência econômica e o receio da intervenção antitruste inibir a inovação e o desenvolvimento, razão pela qual, conforme já discorrido, muito raramente as gigantes da tecnologia foram repreendidas, e sequer foram investigadas pelas autoridades estadunidenses.

Entretanto, destaca-se que, embora a autoridade antitruste estadunidense não tenha demonstrado, por anos, interesse em enfrentar as *Big Techs*, em razão da concepção de que a política antitruste aniquila a inovação, esse cenário vem se alterando, visto que a autoridade antitruste estadunidense deu alguns passos que sinalizam maior controle estatal sobre as operações das grandes empresas da área da tecnologia.

Como exemplo, em dezembro de 2020, a FTC instaurou procedimento contra o Facebook, acusando a empresa de manter o monopólio na área das Redes Sociais, por décadas, em decorrência de práticas anticoncorrenciais (FTC, 2021).

A denúncia acusa o Facebook de desenvolver uma estratégia sistêmica, incluindo a aquisição do Instagram em 2012 e do WhatsApp em 2014, bem como de impor condições anticompetitivas aos desenvolvedores de *software*, para eliminar ameaças ao seu monopólio, e, portanto, as condutas geraram danos ao processo competitivo, reduziram as opções dos consumidores no mercado de Redes Sociais e

impossibilitaram que os anunciantes usufruíssem dos benefícios da competição (FTC, 2021).

Essa mudança de comportamento está relacionada ao momento político que os Estados Unidos atravessam desde o começo do Governo de Joe Biden (2021-2024), o qual se mostra tendente à contenção dos monopólios e à aplicação de medidas em prol da concorrência.

Dentre as medidas que foram aplicadas nesse sentido, tem-se a indicação à presidência da FTC da professora da Universidade de Columbia, Lina Khan, conhecida pelas fortes críticas ao comportamento das *Big-Techs*, bem como a nomeação de outro importante crítico do poder econômico dessas empresas, o professor e advogado Tim Wu, como conselheiro de Tecnologia e Política Concorrencial do Conselho Econômico Nacional dos Estados Unidos. Para Wu (2018), estas empresas possuem um papel relevante na formação de concentração econômica, o que acaba por gerar desigualdades materiais.

Portanto, é necessário observar os próximos passos da política antitruste no país, visto que os Estados Unidos são a sede de grande parte das empresas globais dominantes no mercado digital. Com isso, a adoção de parâmetros mais rígidos e restritivos em relação à criação de monopólios pode legitimar a fiscalização mais rigorosa de outros países e abrir espaço no mercado digital para novos agentes econômicos.

A próxima seção inclui a análise de decisões adotadas no Brasil, para ilustrar a posição que a autoridade brasileira assume em casos envolvendo o abuso do poder econômico das grandes plataformas, a fim de que se possa discutir se o

CADE pode evoluir para atender as novas demandas do mercado de dados e proteger o consumidor, destacando, no que as jurisprudências europeia e estadunidense podem contribuir para a evolução do *enforcement* antitruste no Brasil.

Nesse sentido, apesar de a doutrina brasileira revelar maior aproximação ao tratamento dado às condutas unilaterais e restrições verticais pela tradição do direito comunitário europeu, observa-se que existem particularidades na fundamentação jurídica referente à repressão ao abuso de posição dominante que se aproximam, também, da tradição estadunidense (FERNANDES, 2022).

5 A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO AO MERCADO DIGITAL

Conforme as seções anteriores apontaram, existe uma nítida divergência entre os objetivos da política antitruste nos direitos estadunidense, europeu e brasileiro, pois, naturalmente, cada ordenamento jurídico possui uma série de princípios próprios que o embasa, os quais norteiam os fundamentos utilizados pelas diferentes autoridades em casos de combate ao abuso de posição dominante.

De acordo com Forgioni (2020), o direito está diretamente ligado a seus contextos histórico, econômico e social, e, portanto, a legislação antitruste assume funções diversas em determinados sistemas jurídicos e momentos históricos.

Contudo, diante de diversos possíveis objetivos que podem ser atribuídos às leis antitruste, as seções anteriores demonstraram que a busca pela eficiência econômica, ainda muito associada à noção de que, proteger o consumidor é ofertar preços baixos, não há de ser considerada como o objetivo supremo da disciplina no Brasil, especialmente, em uma análise voltada ao mercado de dados.

Muito embora essa premissa ainda se sustente em países como o Brasil e os Estados Unidos, apesar de não haver qualquer consenso na doutrina, os debates em torno, unicamente, da teoria econômica, desfalcam a característica assumida pela Lei Antitruste brasileira de ser instrumental para a política econômica, conforme argumentado na seção 2 da pesquisa.

Assim sendo, não é possível sustentar que a disciplina antitruste no Brasil visa apenas à implementação da eficiência econômica, pois o objetivo maior é criar e preservar, conforme os ditames constitucionais, um ambiente no qual as empresas tenham incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores, proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam controlados por agentes com elevado grau de poder econômico (FORGIONI, 2020).

Portanto, é importante que o *enforcement* antitruste se mantenha ativo no Brasil, para que não repita o efeito observado nos Estados Unidos, onde a supremacia da Escola de Chicago fez com que a aplicação da política antitruste se tornasse cada vez mais rara, razão pela qual condutas e concentrações anticoncorrenciais sequer foram analisadas pelas autoridades estadunidenses, fruto de uma percepção de que a intervenção excessiva seria prejudicial ao país.

A política europeia, por sua vez, assumiu um viés mais intervencionista, ao atribuir um papel instrumental à concorrência, a qual não é um fim em si, mas um instrumento, um meio de atingir o fim maior almejado pela União.

A disciplina da concorrência na Europa pretende garantir a integração entre os mercados dos Estados-membros, impedindo o levantamento de barreiras à entrada. Desse modo, tende a preservação de outros valores senão a eficiência econômica, pois, entende-se que, proteger agentes contra abuso do poder econômico é proteger a estrutura do mercado, objetivo que fundamenta o direito antitruste comunitário europeu (FORGIONI, 2020).

Com base nisso, analisando casos recentes, a presente seção ocupa-se em destacar alguns pontos, nos quais o direito antitruste brasileiro pode avançar para que possa atender as novas exigências do mercado de dados, destacando no que as jurisprudências europeia e estadunidense podem contribuir para a evolução do *enforcement* antitruste no Brasil.

Inicialmente, a análise perpassa pelos pontos divergentes entre a decisão do CADE e da Comissão Europeia no Caso Google Shopping, destacando quais fundamentos foram essenciais para o combate ao exercício abusivo de posição dominante. Nesse sentido, ressalta-se que a decisão estadunidense não é analisada em razão dos poucos detalhes divulgados sobre o teor decisório.

Em seguida, passa-se à análise dos atos de concentração no Brasil, destacando que os efeitos da concentração não mais devem ser analisados em uma perspectiva tradicional de integrações verticais ou conglomerados, os quais geralmente são permitidos, com base na concepção de que não trazem implicações concorrenciais relevantes. Nesse sentido, é fundamental considerar o acesso a dados e o poder de alavancagem das plataformas dominantes em qualquer ato de concentração em que estejam envolvidas.

Por fim, para responder objetivamente o questionamento que norteia a pesquisa, conclui-se que as regras e princípios, atualmente empregadas pelo CADE em casos que envolvem o mercado de dados, não são suficientes para proteger o consumidor no contexto analisado, razão pela qual se propõe a evolução da metodologia atual, para que se adotem novas teorias do dano que considerem a proteção à inovação, associada à proteção da liberdade de escolha do consumidor, bem como à proteção da privacidade para que o consumidor seja, de fato, defendido da exacerbada concentração econômica exercida nesse mercado.

5.1 A divergência na decisão do Caso Google Shopping no Brasil e na União Europeia

No Brasil, o processo administrativo contra o Google (processo nº 08012-010493/2011-94) foi instaurado em 10 de outubro de 2013, após denúncia das empresas E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., detentora dos sites Buscapé e Bondfaro e da Microsoft Corporation, controladora do site de buscas Bing.

O cerne do processo foi a denúncia de que a Google estaria incorrendo em condutas anticoncorrenciais, transferindo a sua posição dominante no mercado brasileiro de buscas genéricas para o mercado de comparação de preços, por meio de seu serviço de comparação de preços, o Google Shopping. Dessa forma, estaria impedindo, limitando e prejudicando a livre iniciativa e a livre concorrência e dominando o mercado brasileiro de sites de comparação de preços (BRASIL, 2019).

O processo foi decidido em 26 de junho de 2019, sob relatoria do ex-Conselheiro do CADE, Maurício Oscar Bandeira Maia. O julgamento foi acirrado, com o placar de 3x3, tendo sido decisivo o voto do então Presidente do CADE, Alexandre Barreto de Souza, o qual entendeu pelo arquivamento do processo administrativo em razão da ausência de efeitos anticoncorrenciais.

A análise da Superintendência Geral do CADE sugeriu que a potencial perda de visibilidade, tráfego e renda dos concorrentes, apta a reduzir o leque de escolha disponíveis aos consumidores, não teria nexos causal com o Google Shopping, visto que a redução poderia ser resultado da perda de relevância dos serviços comparadores de preços para o consumidor, pois não teriam sido encontradas evidências de que o Google utilizou artifícios para reduzir, deliberadamente, a exposição de comparadores concorrentes em seu buscador (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

A análise da Superintendência Geral foi reforçada no voto do relator, que enquadrou a conduta investigada em uma série de teorias do dano usualmente empregadas pelas autoridades para análises em mercados tradicionais. Portanto, entendeu que, mesmo que as inovações introduzidas por um agente dominante possam causar prejuízos aos concorrentes, isso não, necessariamente, implica infração à ordem econômica.

De acordo com o entendimento do Conselho, as mudanças no *design* de produtos que beneficiam consumidores são anticompetitivas apenas se forem introduzidas unicamente para prejudicar rivais, caso impeçam o acesso a uma *essential facility* ou causem danos ao consumidor, o que não estaria presente no caso em análise.

Por assim ser, de acordo com o Relator, as mudanças feitas pelo Google inserem-se em uma categoria de inovação que apenas dá uma possibilidade a mais ao usuário, visto que, se o usuário desejar, pode facilmente acessar sites de compras concorrentes, comparadores de preços rivais ou novos *marketplaces*.

Não considerou que haveria, para o usuário, elevados custos na mudança para outra ferramenta de buscas, pois o acesso à ferramenta de buscas do Google seria facilmente substituível pelo acesso direto aos sites concorrentes, seja por meio da digitação do seu endereço no navegador, seja pelos aplicativos desenvolvidos pelos comparadores de preços concorrentes.

A partir de pesquisas internas realizadas pelo Google, considerou as avaliações positivas de usuários e internautas sobre a eficiência, a utilidade e a relevância do Google Shopping, como demonstração de que os usuários consideraram essas mudanças como uma melhora significativa de qualidade.

Dessa forma, o crescimento na taxa de cliques dos usuários nos anúncios vinculados ao Google Shopping foi considerado como evidência de que o Google pretendia, com referidos anúncios, melhorar a qualidade dos resultados do Google Busca, e não apenas promover o Google Shopping.

Diante disso, o CADE não corroborou com as alegações das denunciante sobre os efeitos anticoncorrenciais negativos advindos da inovação do Google, razão pela qual decidiu pelo arquivamento do processo administrativo.

Os ex-conselheiros do CADE, Alexandre Barreto e Pollyanna Villanova ratificaram grande parte dos argumentos apresentados pelo Relator Bandeira Maia. Em contraponto, votaram pela condenação da Google, em votos vencidos, os ex-conselheiros Paulo Brunier, João Paulo de Resende e Paula Farani (NASCIMENTO; LUCARINI, 2020).

A definição do mercado relevante foi determinante para a análise do caso, tanto na União Europeia como no Brasil, visto que as teorias do dano construídas em torno da conduta derivam da disputa nos mercados relevantes identificados.

No Brasil, a definição incluiu os mecanismos de busca, os sites de comparação de preços e os *marketplaces*. Foi definido um mercado relevante autônomo de buscas genéricas, distinto do mercado relevante de buscas específicas e do mercado relevante de *marketplaces*.

De acordo com a análise da Superintendência Geral do CADE, houve uma elevação no tráfego originário do Google buscas para os *marketplaces*, o que foi justificado pela mudança de preferência dos usuários, de comparadores de preços para *marketplaces*.

Desse modo, o crescimento dos *marketplaces* teria afetado a posição competitiva dos sites de comparação de preços. Assim, reforçou o argumento de que a redução do número de comparadores de preços no mercado brasileiro decorreu do crescimento dos *marketplaces* e não da conduta denunciada.

O mercado de buscas *online* foi dividido entre mercado de buscas genérico, no qual o buscador Google exerce posição dominante, e mercado de buscas especializado. No mercado de buscas especializado, destaca-se o mercado de comparação de preços, no qual atua o Google Shopping, sem gozar de posição dominante, competindo igualmente com comparadores de preços concorrentes.

Nesse sentido, cumpre destacar que, muito embora o Relator tenha adotado em seu voto o entendimento de que o mercado de buscas genéricas se diferenciaria do mercado de buscas específicas, expressou a posição pessoal de que não vislumbraria tal diferenciação (NASCIMENTO; LUCARINI, 2020).

Na União Europeia, foram definidos dois mercados relevantes distintos, o mercado de serviços gerais de busca e o mercado de serviços de comparação de preços de produtos diversos, no qual o Google Shopping detém elevado *marketshare*.

A Comissão Europeia considerou a posição dominante da Google em cada um dos mercados relevantes nacionais de serviços gerais de buscas, em razão da sua elevada participação no mercado em todos os países afetados pela conduta. Destacou a existência de barreiras à entrada em razão dos efeitos de rede, pelos quais o lado gratuito da plataforma alimenta o seu lado pago, além de considerar também os altos custos referentes à melhoria da plataforma de buscas.

Nesse cenário, destacou que o preço zero dos serviços ofertados não afasta o poder de mercado da empresa e que a dominância do Google no mercado de buscas é fruto da sua marca enquanto buscador, que gera a capacidade de a

empresa alterar as condições de concorrência nesse mercado, ofertando produtos com qualidade inferior, sem perder a participação de mercado ou receitas (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

A Comissão Europeia decidiu que, ao invés de competir no mérito no mercado de serviços de comparação de preços *online*, o Google estaria utilizando-se da alavancagem para colocar o seu próprio mecanismo de comparação de preços em uma posição proeminente, pois quando os consumidores utilizavam o mecanismo de busca do Google, o Google Shopping aparecia com destaque; assim, estaria depreciando os demais concorrentes do mercado de comparação de preços, por meio de resultados enviesados no mecanismo de busca. Desse modo, o algoritmo do Google estaria rebaixando os concorrentes do Google Shopping (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Assim, o Google Shopping ficaria em posição bem mais visível para os consumidores, os quais clicam muito mais vezes nos resultados que aparecem no topo das buscas. Desse modo, a Comissão concluiu que o Google teria garantido vantagem significativa em relação aos seus concorrentes, não exclusivamente em decorrência do mérito do seu serviço de comparação, mas sim mediante o exercício abusivo de posição dominante.

Diferentemente do que ocorreu no Brasil, onde o uso da posição dominante em um mercado principal para alavancar a posição em um mercado adjacente não foi determinante para enquadrar a conduta da Google como ilícita, a Comissão Europeia considerou que o Google teria alavancado sua posição dominante no mercado de serviços gerais de buscas para criar posições vantajosas no mercado adjacente de serviços de comparação de preços, razão pela qual se tratava de uma conduta anticoncorrencial.

No Brasil, a decisão menciona as particularidades do modelo de negócios do Google apenas na ponderação das justificativas da conduta, dispondo que as inovações promovidas no serviço de comparação de preços teriam sido motivadas pelo crescimento dos *marketplaces*.

Nesse sentido, vale ressaltar que a estratégia empresarial é relevante para a análise da licitude das condutas investigadas pelas autoridades antitruste. No entanto, enquadrar essas especificidades como justificativa para a prática, como o CADE fez na decisão do caso, ou, como uma medida de ilicitude, dada a

comprovação da posição dominante, da conduta e da existência de efeitos sobre o mercado, torna-se uma decisão política (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Assim sendo, nada impediria que no Brasil também prevalecesse o entendimento de que a estratégia e a dinâmica competitiva no mercado de comércio *online* fossem qualificadoras da ilicitude da conduta do Google.

O ex-Conselheiro Paulo Burnier, em voto divergente, identificou a teoria do dano adequada para analisar os efeitos concorrenciais da conduta, ao observar, na alavancagem em mercados digitais, o norte para a avaliação da conduta investigada (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Destacou que o modelo de negócios do Google no mercado de buscas é baseado na sua estrutura como plataforma de anúncios, marcada pelo efeito multiplicador que decorre da existência de externalidades de redes nos dois lados da plataforma, que direciona informações sobre os usuários prioritariamente para a plataforma, e seria, justamente, dessa dinâmica que resultariam os incentivos para que o Google empregue o seu poder de mercado em buscas orgânicas para comparadores de preços (BINOTTO; KASTRUP, 2021).

Certamente, o uso da alavancagem do poder de mercado de busca orgânica para o mercado de comparação de preços gerou uma fidelização dos usuários do Google busca para o Google Shopping, sem que fosse fruto de melhorias na qualidade da prestação de seus serviços, o que torna os consumidores cada vez mais dependentes da dominância do Google no ecossistema digital.

Nesse sentido, conforme dispõe Fernandes (2022), é necessário averiguar a potencialidade de efeitos deletérios à concorrência, decorrentes da posição dominante e da capacidade e incentivos para o agente econômico adotar condutas anticompetitivas. Portanto, essas práticas devem ser constantemente monitoradas pelas autoridades para garantir que haja concretos incentivos à inovação e à concorrência no mérito.

No entanto, não foi essa a linha de raciocínio adotada pelo CADE, que privilegiou a ponderação entre os supostos efeitos anticompetitivos e as eficiências econômicas geradas pela conduta analisada para legitimar a possibilidade de uso da posição dominante para alavancar a participação da Google no mercado de plataformas de comparação de preços.

Cumprе ressaltar que, em seu voto, o Relator Maurício Bandeira Maia destacou que os limites do mercado digital não são tão claros quanto os dos

mercados tradicionais e podem mudar muito rapidamente; assim, casos que envolvem o mercado digital exigem menos ênfase à análise da definição de mercado e mais às teorias de dano e à identificação de estratégias anticompetitivas.

Assim sendo, destacou que, apesar de o mercado relevante ser um guia necessário para auxiliar na condução da análise, a sua definição deve ser aplicada com flexibilidade no mercado digital, considerando sua natureza dinâmica, para que a avaliação não fique limitada e não negligencie especificidades significativas desse meio, como os efeitos de rede diretos e indiretos (BRASIL, 2019).

Contudo, apesar dessa afirmação, as definições tradicionais de mercado relevante foram empregadas no caso, o qual desconsiderou as implicações provenientes dos efeitos de rede, do poder de alavancagem e do reforço da dominância da Google.

É possível observar uma análise equivocada sobre o mercado de dados no voto do ex-Presidente do CADE, Alexandre Barreto, o qual destacou que efeitos potenciais não deveriam ser levados em consideração, pois, havia um extenso registro de desenvolvimento de mercado por seis anos, tempo suficiente para que os efeitos da prática se consolidassem, especialmente, porque o mercado encontra-se em um contexto dinâmico, de inovações tecnológicas constantes, com objetivo de criar novas plataformas que podem ser substituídas em pouco tempo.

Essa afirmação não se sustenta diante de uma breve análise dos dados apresentados nos autos, que demonstram que o Google busca detém há quase duas décadas, mais de 90% do mercado brasileiro de sites de buscas genéricas. Portanto, a alegação de que a substituição ocorre com facilidade não encontra embasamento fático, muito embora tenha sido este o entendimento do CADE (NASCIMENTO; LUCARINI, 2020).

É contraditório o voto considerar o mercado analisado como um mercado de inovações constantes, quando não é essa a realidade. Conforme já discorrido, trata-se de um mercado com fortes efeitos de rede e com alta tendência de aprisionamento do consumidor à uma determinada tecnologia, característica essa que requer do direito da concorrência maior atenção.

Portanto, apesar de algumas especificidades do mercado digital terem sido reforçadas, essas observações não delinearam, com clareza, orientações futuras sobre como analisar o poder de mercado e os efeitos de condutas que envolvem plataformas digitais dominantes.

Em uma visão geral, o CADE engajou-se pouco em discussões substanciais sobre as particularidades dos mercados digitais, seja no controle de condutas ou estruturas, tendo empregado definições tradicionais de mercado relevante na maior parte dos casos, desconsiderando implicações provenientes dos efeitos de rede e do poder de alavancagem das plataformas (KIRA; COUTINHO, 2020).

Nesse sentido, cumpre destacar que, é essencial que o CADE avance no controle preventivo para controlar abusos de poder econômico exercidos pelas *Big-Techs*, os quais exigem uma abordagem voltada à concorrência potencial e ao futuro do processo competitivo, não podendo mais ficar restrito à concorrência estática.

5.2 A alavancagem e os atos de concentração

O controle preventivo diante de atos de concentração é de suma importância para o combate aos abusos do poder econômico, especialmente, em uma análise voltada aos conglomerados e integrações verticais. Conforme já discorrido, os riscos advindos dessas operações estão associados ao poder de alavancagem das plataformas digitais, o qual serve como via de integração de mercados.

As preocupações que surgem envolvem o controle, por um número reduzido de agentes econômicos, de dados valiosos e não replicáveis, dificultando ou impossibilitando o acesso aos concorrentes, o que coloca em risco interesses de longo prazo, pois, em mercados não competitivos, as empresas não precisam concorrer para melhorar produtos ou serviços ou criar novos, o que acarreta a desaceleração da inovação e da concorrência de qualidade (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Contudo, no Brasil, observa-se que os efeitos nocivos do acúmulo ilimitado de dados e da alavancagem sequer foram considerados e, tampouco, determinantes no controle de estruturas realizado pela autoridade antitruste. Nesse sentido, as análises dos atos de concentração demonstram o enfoque no mercado relevante delimitado com base em critérios tradicionais, nos dados quantitativos de participação no mercado e na centralidade analítica do preço.

Em 2019, no processo nº 08700.002377/2019-36 (BRASIL, 2019), o qual dispôs sobre a aquisição, pelo Magazine Luiza, da totalidade do capital social da Netshoes (NS2.COM Internet S.A), a Superintendência Geral do CADE não vislumbrou as implicações que a concentração traria ao processo competitivo,

especialmente, em razão da integração das amplas bases de dados entre as empresas envolvidas.

Considerando as atividades econômicas exercidas pelas Requerentes à luz da jurisprudência do Conselho, a Superintendência Geral do CADE concluiu que a operação não resultaria em sobreposição horizontal, pois o Magazine Luiza pode ser classificado como agente do “comércio varejista de bens duráveis”, enquanto a Netshoes está mais próxima de loja de varejo especializado, ofertando artigos esportivos, vestuário, calçados e acessórios, seja no comércio físico ou no *e-commerce*.

Contudo, aduz que poderia ser arguida sobreposição horizontal ao considerar o cenário de *e-commerce* como um todo, se este não for segregado entre comércio eletrônico geral e comércio eletrônico especializado.

Ao considerar o mercado relevante mais amplo, do comércio eletrônico geral, a análise dispôs que a participação de mercado conjunta das Requerentes, após a operação, estaria aquém do limite de 20%, parâmetro mínimo para que se possa presumir a possibilidade de exercício de poder de mercado, o que contribuiu para afastar preocupações concorrenciais.

Em relação aos *marketplaces*, a análise ressaltou que, mesmo que ambos sejam varejistas atuantes no comércio eletrônico e ainda que alguns de seus produtos coincidam em alguma medida, a gama de produtos tipicamente ofertados é distinta, razão pela qual a operação poderia ser considerada como complementar. Nesse sentido, concluiu que as requerentes atendiam públicos distintos, até mesmo no *marketplace*.

Destacou que a operação não resultaria em integração vertical, pois todos os serviços realizados pelo Magazine Luiza são prestados de forma cativa, e, apesar da Netshoes integrar o *marketplace* do Magazine Luiza, a existência dessa relação vertical não seria suficiente para caracterizar uma integração vertical, pois, o serviço de *marketplace* não deve ser entendido como um insumo à atividade de varejo geral ou especializado. Ademais, entendeu que a atividade de *marketplace* não constituiria a atividade principal das empresas, pois o faturamento obtido no segmento era proporcionalmente baixo.

Nesse contexto, com base em dados quantitativos de *marketshare*, a análise concluiu que existiam outros grandes *players* no mercado de *marketplaces*, e, portanto, as participações de mercado das empresas envolvidas, mesmo nos

cenários mais restritos, afastariam a possibilidade de condutas verticais de fechamento de mercados.

O CADE aprovou a operação, por não detectar possíveis efeitos anticoncorrenciais, sem sequer considerar a possibilidade de alavancagem decorrente da integração de amplas bases de dados de ambas as empresas e os prejuízos que a concentração poderia trazer na privacidade dos consumidores. Desse modo, os efeitos de rede e a possibilidade de integração de dados não foram discutidas como variáveis concorrenciais relevantes.

Essa tendência é observada nas decisões do CADE em atos de concentração. As particularidades das atividades exercidas pelas plataformas digitais não foram essenciais para as decisões, e tampouco, o uso da alavancagem e a incidência dos efeitos de rede para consolidar e fortalecer ainda mais a posição dominante das grandes plataformas.

Em 2013, na aquisição de participação acionária pelo Google da plataforma de vídeo *online* Vevo, no Processo Administrativo nº 08700.003373/2013-80, o CADE ponderou os potenciais efeitos anticoncorrenciais decorrentes da sobreposição horizontal no mercado de publicidade *online* e no mercado de fornecimento de entretenimento *online* em domicílios, como também riscos relacionados à sobreposição vertical, na medida em que a Vevo licencia conteúdo para diversas plataformas de exibição, incluindo o Youtube, que pertence à Google (BRASIL, 2013).

Apesar da análise ter considerado que as atividades dessas empresas podem ser classificadas como plataforma de dois lados, conectando usuários finais e anunciantes, os potenciais riscos à concorrência que poderiam advir dessa característica não foram explorados.

O fortalecimento dos efeitos de rede que decorriam da operação e o fato de que a transação poderia contribuir para a expansão da posição dominante do Google não foram discutidos. Tampouco se considerou que a concentração poderia favorecer ainda mais o Youtube em detrimento de outras plataformas para as quais a Vevo fornece conteúdo *online* (KIRA; COUTINHO, 2020).

A operação foi aprovada sem restrições, com base em argumentos respaldados em dados quantitativos sobre participação de mercado. O Conselho ressaltou que os mercados de atuação do Google e da Vevo eram bastante competitivos, com fortes concorrentes, e que, apesar da dominância do Google, a

participação no mercado da Vevo era reduzida, o que levou ao descarte dos riscos concorrenciais em relação às sobreposições horizontais (KIRA; COUTINHO, 2020).

Em relação à sobreposição vertical, a análise dispôs que a relação entre os agentes econômicos era pré-existente à operação, razão pela qual não traria preocupações concorrenciais. Desse modo, a decisão se pautou em critérios analógicos, que não levaram em consideração as dinâmicas competitivas dos mercados digitais.

A decisão do CADE, em 2016, sobre a aquisição da rede social LinkedIn pela Microsoft, no Processo Administrativo nº 08700.006084/2016-85, também não considerou potenciais implicações do poder de alavancagem em atos de concentração. Tratava-se de um ato de concentração de notificação obrigatória, o qual foi efetuado por meio de uma subsidiária da Microsoft, a Liberty Merger Sub Inc., que foi posteriormente, fundida ao LinkedIn, como uma unidade de negócios dentro da Microsoft (BRASIL, 2016).

De acordo com a Superintendência Geral do CADE, em parecer nº 257/2016/CGAA5/SGA1/SG, em relação à sobreposição horizontal, a possibilidade de aumento da participação da Microsoft no mercado de publicidade *online* foi afastada com base no argumento de que os agentes econômicos envolvidos eram pequenos, com reduzida participação de mercado, atuando em uma área bastante fragmentada.

Sobre a integração vertical, foi analisada a relação entre os produtos de gestão de relacionamento com o cliente da Microsoft e o apoio a vendas do LinkedIn. Enquanto os sistemas da Microsoft fornecem soluções mais completas, envolvendo dados de clientes e ferramentas preditivas, o apoio a vendas do LinkedIn estaria focado em auxiliar as equipes de vendas durante os processos de venda e relacionamento com clientes.

Portanto, de acordo com a análise, o serviço oferecido pela LinkedIn era informacional e o serviço da Microsoft era transacional, o que denota complementaridade entre eles, razão pela qual considerou a potencial integração vertical entre os serviços. Contudo, qualquer prejuízo concorrencial que a relação poderia causar foi afastado em razão das baixas participações da Microsoft no mercado de gestão de relacionamento com o cliente no Brasil.

A afirmativa de baixa participação no mercado foi feita com base em dados quantitativos de participação no mercado. Ademais, outras possibilidades de

integração vertical que poderiam surgir da integração do LinkedIn ao Office foram afastadas, pois o entendimento preponderante foi que o LinkedIn acrescentaria funcionalidades e permitiria aprimorar o uso do Office 365, indicando haver complementariedade e não sobreposição entre as atividades.

Nesse sentido, as principais consequências concorrenciais da atividade exercida pelo LinkedIn, de rede social que coleta e processa dados de usuários, não foram debatidas.

Não houve discussão sobre o fato de ambas as empresas serem mercados de múltiplos lados e de como essa caracterização influenciaria a análise das dinâmicas competitivas. Ademais, não foi considerada a possibilidade de a Microsoft, como líder no mercado de hardware e sistemas operacionais, favorecer o uso do LinkedIn em dispositivos com o seu poder de alavancagem e, com isso, prejudicar redes sociais concorrentes (KIRA; COUTINHO, 2020).

Assim sendo, preocupações típicas de mercados digitais não foram enfrentadas na análise do caso e a operação foi aprovada sem restrições, com base no entendimento de que os aspectos avaliados não indicavam potenciais efeitos concorrenciais.

O mesmo caso foi avaliado pela Comissão Europeia em 2016, ocasião na qual a Comissão avaliou os efeitos nocivos da alavancagem no pedido de aquisição do LinkedIn pela Microsoft. A Comissão analisou se o ato de concentração poderia alavancar a posição da Microsoft no mercado de sistemas operacionais para o mercado de serviços de rede social, reforçando a vantagem competitiva do LinkedIn e prejudicando potenciais concorrentes (COMISSÃO EUROPEIA, 2016).

As estratégias consideradas pela comissão de potenciais efeitos anticompetitivos incluíram a possibilidade de pré-instalação do aplicativo do LinkedIn em computadores Windows e a integração dos recursos do LinkedIn ao pacote Office, por exemplo (KIRA; COUTINHO, 2020).

Desse modo, embora a aquisição tenha sido aprovada pela comissão, observa-se que a análise dos efeitos nocivos que a alavancagem poderia proporcionar ao mercado de redes sociais e de *software* demonstra uma evolução na análise da Comissão Europeia diante de atos de concentração que envolvem o mercado de dados, em comparação com a decisão brasileira.

Observa-se, portanto, que as recentes decisões do CADE demonstram um vínculo com os aspectos mais tradicionais do direito antitruste, o que não é

suficiente para proteger o consumidor e a competitividade, pois, conforme se buscou demonstrar no decorrer da pesquisa, o exame antitruste tradicional, pautado exclusivamente no aspecto estático do preço e participação no mercado, pode não registrar danos anticompetitivos em negócios que envolvem a exploração de dados.

Em vista disso, é necessário ressaltar a importância de afastar a abordagem antitruste tradicional, voltada para a definição do poder econômico a partir da participação no mercado, baseando as decisões na delimitação de mercado relevante e limitando os danos à concorrência ao aumento de preços, sem considerar as especificidades do mercado analisado.

Essa abordagem não é a mais adequada para abarcar a realidade da Nova Economia, pois desconsidera elementos essenciais do poder de mercado no meio digital, como a conversão direta de dados pessoais em poder econômico, os fortes efeitos de rede e o uso da alavancagem para o reforço da posição dominante, o que interfere diretamente na liberdade de escolha do consumidor, em razão do aprisionamento e da falta de incentivos à inovação, afastando, portanto, o direito da concorrência de um de seus importantes fundamentos, a proteção ao consumidor.

5.3 A proteção ao consumidor pela proteção da competitividade e da inovação

A proposta de deslocamento da intervenção antitruste, do fator preço para outros fatores, que, igualmente, geram implicações na competição aglutinados na dimensão qualidade, não é recente e também não envolve unicamente os mercados movidos a dados. Certamente, as autoridades de defesa da concorrência concordam que o bem-estar do consumidor pode ser negativamente afetado por reduções da qualidade de produtos ou serviços.

Ocorre que, existe ainda uma dificuldade em delimitar o campo de atuação da autoridade antitruste nesse sentido, em razão do caráter extremamente amplo do conceito de qualidade, visto que se trata de um fator multidimensional que designa uma gama de características do produto que afetam o seu valor para os consumidores (FERNANDES, 2022).

No entanto, apesar de o antitruste no Brasil, ainda influenciado pelas teorias econômicas mais ortodoxas, ter restringido a análise do bem-estar do consumidor aos aumentos excessivos de preços, não se pode olvidar que o legislador constituinte procurou proteger o consumidor contra condutas de empresas que

pretendem aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas (FORGIONI, 2020).

Conforme foi discutido ao decorrer da pesquisa, a concentração no mercado de dados acaba por reduzir a liberdade de escolha do consumidor e os incentivos à inovação, pois as plataformas dominantes ficam isoladas do processo competitivo em razão das fontes de poder do mercado de dados, as quais promovem elevadas barreiras à entrada.

Desse modo, a proteção ao consumidor deve fundamentar a intervenção para combater práticas exclusionárias e predatórias no modelo de mercado a preço zero, visto que a legislação antitruste brasileira, como uma legislação inclinada à repressão ao abuso de poder econômico, não tem como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e da concorrência, mas visa, também, alcançar a proteção do consumidor pela proteção do processo competitivo.

Conforme amplamente discorrido na seção 3 da pesquisa, o abuso na posição de dominância no mercado de dados repercute no bem-estar do consumidor de outras maneiras para além dos preços excessivos e a coleta excessiva de dados pessoais conduz, necessariamente, o bem-estar dos consumidores a uma situação pior.

A privacidade e a liberdade de escolha dos usuários são constantemente violadas no espaço virtual e a assimetria natural das relações digitais limita os consumidores a uma lógica binária, na qual devem aceitar todas as imposições dos agentes dominantes se quiserem utilizar o serviço fornecido por eles. Dessa forma, todos estão suscetíveis ao assédio de consumo, à modulação comportamental e a discriminações algorítmicas, razão pela qual há urgente necessidade de uma maior intervenção antitruste.

Mesmo que o dano ao consumidor não possa ser precisamente mensurado, o uso de estratégias por plataformas em posição dominante para reduzir as pressões competitivas e as inovações deve ser proibido na ausência de ganhos identificáveis, especialmente, ao comprometerem a liberdade de escolha do consumidor ou violarem sua privacidade (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

A degradação de qualidade nos mercados digitais deve ser observada na medida em que a conduta dos agentes que detêm posição dominante viola direitos básicos do consumidor e restringe o advento de inovações. Portanto, é necessário

desenvolver novas teorias do dano que focam em dimensões qualitativas específicas da oferta, como a inovação e a privacidade (FRAZÃO, 2021).

É importante que o CADE invista na proteção do processo competitivo, fomentando o ingresso de novos competidores no mercado e incentivando a inovação no setor tecnológico, restringindo o abuso de posição dominante e combatendo a manutenção de monopólios artificiais, os quais podem ser fortalecidos pelos direitos de propriedade intelectual e pela concessão de patentes estratégicas.

Certamente, o estímulo à inovação nos mercados digitais depende da manutenção de níveis adequados de concorrência, por isso o controle de estruturas e condutas deve ser ampliado para abranger a repressão de práticas exclusionárias com efeitos sobre os estímulos a inovar.

Nesse sentido, a identificação de um dano competitivo pelas lentes da redução aos incentivos à inovação exige que a política de concorrência enxergue para além da competição estática e considere as especificidades da estrutura de mercado e do processo competitivo à luz de critérios de eficiência dinâmica.

Stucke e Maurice (2022) destacam alguns pontos a serem aprimorados na intervenção antitruste para que possa combater práticas abusivas realizadas pelas *Big-Techs*. Primeiramente, a análise não deve ficar restrita aos mercados precisamente delimitados nos testes de mercado relevante, e sim nos ecossistemas controlados pelas plataformas dominantes, considerando no que a conduta ou a concentração contribuem no seu fortalecimento como um todo.

Para tanto, é necessário considerar não apenas indicativos circunstanciais, como o *marketshare*, mas também evidências diretas do exercício de um monopólio, como as imposições feitas pelo agente dominante, as quais são inquestionavelmente seguidas pelos concorrentes e usuários, o que não ocorreria em um mercado competitivo.

Além disso, a análise não deve ficar restrita ao passado e sim voltar-se ao futuro, razão pela qual o controle *ex-ante* e o enfoque na concorrência potencial assumem papel central. Por fim, é necessário considerar as motivações das empresas para incorrerem na prática anticoncorrencial, para que a análise não fique limitada à conduta em si, pois, geralmente, a única motivação observada é a eliminação de qualquer possível ameaça ao poder de mercado, o que configura o caráter anticoncorrencial da prática (STUCKE; MAURICE, 2022).

O fortalecimento do ecossistema dominado pela empresa dominante, bem como as motivações pelas quais essas empresas adquirem agentes com potencial disruptivo não podem ser negligenciados pela autoridade antitruste. Nesse sentido, apesar de algumas especificidades do mercado de dados terem sido destacadas em decisões do CADE, elas não foram determinantes. Por exemplo, apesar de o conselho destacar a dificuldade na delimitação do mercado relevante no mercado digital, nota-se que a análise continua considerando o mercado específico delimitado e não o ecossistema dominado pela plataforma.

Ademais, mesmo que a empresa não atue diretamente no mercado no qual a adquirente exerce posição dominante, a aquisição pode aumentar a dominância da plataforma digital. Portanto, os efeitos da concentração não devem ser analisados em uma perspectiva tradicional de conglomerados, os quais, geralmente, resultam na aprovação do ato pela não identificação de efeitos anticoncorrenciais.

De acordo com Khan (2017), em casos de integrações verticais ou conglomerados, uma possibilidade de abordagem seria analisar qualquer transação que envolva certas formas de trocas de dados como ativos, especialmente, em casos nos quais é nítida a possibilidade da empresa dominante alavancar a posição em uma linha distinta, em razão do processamento de dados adquiridos.

Outra possibilidade seria atribuir limites à integração vertical e aos conglomerados de plataformas que alcançaram um certo nível de dominância de mercado, visto que, conforme já discorrido, se um agente dominante estiver envolvido em várias linhas de negócios relacionadas, muito provavelmente utilizará dessas circunstâncias para privilegiar seus próprios negócios, prejudicando a concorrência (KHAN, 2017).

Desse modo, proibir uma empresa dominante de competir diretamente com os negócios que dependem da infraestrutura de sua plataforma, em razão do possível uso da alavancagem, por mais que seja um tratamento mais rigoroso, é uma possibilidade a ser considerada para conter o abuso de poder econômico reforçado pelas plataformas digitais.

Além disso, as análises também precisam considerar o nível de privacidade promovido pelos serviços ofertados pela plataforma, visto que, quando os consumidores privilegiam um maior grau de privacidade e de proteção de dados pessoais, não há como alegar que a coleta excessiva de dados pessoais promove o

seu bem-estar, especialmente quando tem finalidade diversa da simples melhoria de produtos e serviços.

A dimensão da privacidade não pode mais ser negligenciada pelo direito da concorrência, razão pela qual se defende que a violação da privacidade deve ser considerada como o equivalente à imposição de um preço excessivo ou a degradação da qualidade do serviço, visto que as plataformas reduzem a proteção da privacidade abaixo dos níveis competitivos e coletam dados acima dos níveis competitivos (FRAZÃO, 2021).

Com base nessa premissa, a autoridade da concorrência alemã fundamentou a condenação do Facebook ao efetuar uma análise de seus termos de uso e concluir que a empresa abusou de sua posição dominante ao condicionar o uso de sua rede social ao acúmulo ilimitado de dados gerados pelo usuário, inclusive pelo uso de *sites* de terceiros (BUNDESKARTELLAMT, 2019).

A política de uso do Facebook permite que os usuários ingressem na rede sob a condição de que tenham seus dados coletados na própria plataforma, em outros aplicativos integrados e em *sites* de terceiros. Dessa forma, o Facebook alcança um vasto acesso aos dados dos seus usuários para fins de agregação e combinação.

Além dos dados dos usuários disponibilizados na própria plataforma, o Facebook também tem acesso aos dados de usuários obtidos em diversos outros aplicativos, como o WhatsApp e o Instagram. Desse modo, a análise fez uma reflexão sobre os limites do consentimento dos usuários em relação à política de privacidade do Facebook. Assim, a autoridade antitruste alemã fez uma distinção entre os dados disponibilizados no próprio Facebook e os coletados em outros espaços virtuais.

Concluiu que, no que tange aos dados coletados fora da plataforma, inexistente consentimento válido, considerando a posição que o Facebook exerce no mercado de redes sociais. Nesse cenário, como empresa em posição dominante, o Facebook possui obrigações especiais no direito da concorrência.

Diante disso, a autoridade antitruste impôs uma série de restrições ao Facebook no que tange ao tratamento de dados pessoais dos usuários, por entender que houve abuso da posição dominante, na modalidade de exploração de usuários ou consumidores, formalizando o entendimento de que essa modalidade de

exploração não ocorre apenas mediante a cobrança de preços excessivos, mas também por termos e condições contratuais inapropriadas.

De acordo com o presidente da autoridade antitruste alemã:

A proteção de dados, a proteção do consumidor e a proteção da concorrência se interligam em casos nos quais, os dados são fator crucial para o domínio econômico de uma empresa, como no caso do Facebook. Por um lado, a empresa oferece um serviço gratuito, por outro, oferece um espaço publicitário atraente, o qual é extremamente valioso, visto que, o Facebook possui quantidades imensuráveis de dados personalizados à disposição dos anunciantes. Nessas atividades empreendedoras, o Facebook deve se adequar as regras e legislação, especialmente, pelo Direito da Concorrência proibir empresas de abusarem do poder de mercado (BUNDESKARTELLAMT, 2019, n.p.).¹⁷ (tradução nossa).

A decisão considerou que, em razão dos efeitos de rede, os indivíduos encontram dificuldades para se deslocarem para outros serviços no mercado de redes sociais, sem sacrificar a capacidade de interagir com os demais. É o que é denominado de custos coletivos de mudança, ou seja, ninguém quer ser o primeiro a desistir das externalidades positivas da rede e, conseqüentemente, abrir mão das interações proporcionadas (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Portanto, o fato de não haver propriamente substitutos, nem possibilidade de mudança para outros concorrentes, traz repercussões na avaliação dos limites do consentimento do usuário, especialmente, diante das circunstâncias de aceitação por um clique e da inexistência de poder de barganha nessas relações.

Assim sendo, além da conduta violar a GDPR, a autoridade alemã concluiu que a empresa incorreu em abuso de posição dominante, baseado em coleta e uso indevidos de dados, possibilitando ao Facebook ter acesso a perfis muito detalhados sobre os usuários e sobre comportamentos futuros, consolidando ainda mais a sua posição dominante, em atenção à sua atuação no mercado de publicidade, pois utiliza diretamente as informações obtidas.

Diante disso, surge uma consciência de que os níveis de proteção de dados e da privacidade são fatores significativos de qualidade, tratando-se de um importante

¹⁷ Do original: *Data protection, consumer protection and the protection of competition interlink where data, as in Facebook's case, are a crucial factor for the economic dominance of a company. On Hand, the social network offers a free service, on the other it offers attractive advertising space, which is so valuable because Facebook had amounts of personalised data at its disposal. In these entrepreneurial activities Facebook has to comply with rules and laws. Competition Law prohibits a company from abusing its market power*".

parâmetro para que as empresas possam competir ou acabar com a concorrência em ambientes digitais.

Em 2016, no procedimento de compra do LinkedIn pela Microsoft, a Comissão Europeia já expressava preocupações quanto à violação à privacidade de consumidores como degradação da qualidade do serviço. Conforme é possível observar no teor decisório, a privacidade é “um fator significativo de qualidade” e, portanto, deve ser considerada como um parâmetro pelo qual as empresas podem competir ou sufocar a concorrência em ambientes digitais (COMISSÃO EUROPEIA, 2016).

A segurança dos dados passou a englobar a noção da qualidade no direito antitruste europeu, para além da privacidade, e a intervenção da autoridade concorrencial é almejada quando as empresas não oferecem o nível mínimo de segurança de dados, pois traz uma redução no padrão de qualidade (OCDE, 2018).

Entende-se que, em uma análise voltada aos efeitos das plataformas digitais no exercício da posição dominante, os interesses particulares de empresas dominantes não se sobrepõem às suas responsabilidades de não distorcerem a competição e, apesar dos novos desafios promovidos pela nova economia, as regras já estabelecidas proporcionam uma base flexível para a proteção do processo competitivo na era digital.

Desse modo, assegurar a proteção do consumidor significa considerar que o exercício de um poder econômico sem precedentes, pelas gigantes empresas da indústria da tecnologia promoveu o aumento da vigilância, dos serviços de rastreamento e, principalmente, dos efeitos nas habilidades exploratórias destes agentes econômicos em relação aos consumidores, ensejando graves violações de privacidade, as quais resultam em degradação de qualidade dos serviços oferecidos por essas plataformas (EZRACHI, 2018).

Nos casos em que a degradação de privacidade ocorre por meio do exercício do poder de mercado, há uma justificativa legítima para as autoridades abordarem a privacidade como uma preocupação antitruste, visto que, se os consumidores valorizam a privacidade como uma característica desejável, a sua redução é análoga a uma redução na qualidade do serviço prestado (OCDE, 2018).

Com base nisso, ao analisar se atos de concentração podem reduzir substancialmente o bem-estar do consumidor, é possível que as autoridades

impeçam a aquisição de empresas que prestam serviços com maior proteção à privacidade, em defesa do consumidor.

Muito embora a proteção de dados pessoais exija e tenha ensejado uma regulação específica, o direito da concorrência também pode endereçar respostas a essa problemática, controlando o poder econômico dos agentes dominantes, garantindo a qualidade do serviço ofertado e protegendo consumidores.

Assim sendo, sempre que concentrações ou condutas ameacem o nível de proteção de dados ou a liberdade de que devem usufruir consumidores, é essencial que essas circunstâncias sejam determinantes para tomadas de decisão da autoridade da concorrência, a qual pode utilizar, de maneira integrada, a análise de autoridades de proteção de dados em relação ao impacto para o consumidor e para a sociedade em geral, no que tange à sua privacidade, liberdade de expressão e liberdade de escolha (FRAZÃO; SOUZA, 2020).

Portanto, é necessário que haja uma revisitação dos laços normativos entre o direito da concorrência e o direito de proteção de dados para sustentar que, embora tenham âmbitos de aplicação distintos, são regimes que compartilham objetivos comuns de promoção do bem-estar dos usuários e de combate às assimetrias de poder estabelecidas entre consumidores e empresas (FERNANDES, 2022).

O CADE vem considerando algumas questões referentes à privacidade dos indivíduos, de maneira a relacionar a violação da privacidade ao prejuízo ao processo competitivo. Em 2020, o CADE – em conjunto com a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) - solicitou que o WhatsApp adiasse a implantação de nova política de privacidade para que esta só viesse a ser aplicada após as recomendações de autoridades interessadas (BRASIL, 2020).

Mais recentemente, com a aquisição do Fitbit pelo Google, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) demandou ao CADE uma investigação sobre a análise dos impactos da operação em relação à privacidade dos consumidores e à concorrência nos mercados digitais (BRASIL, 2021).

Contudo, ainda não foi implementada uma teoria do dano que considere a degradação da qualidade em razão da violação da privacidade dos consumidores e, apesar de algumas decisões do CADE considerarem a questão da privacidade, o fator não foi determinante para o processo decisório. Ou seja, observa-se que o CADE não está disposto a, eventualmente, reprovar um ato de concentração porque

a concentração de dados entre as empresas ou o seu uso secundário violariam as disposições da LGPD.

Diante disso, a degradação da privacidade não se mostrou determinante para a intervenção antitruste. Conforme ensinam Frazão e Santos (2020), a introdução da privacidade como problema na política da concorrência ainda não é amplamente aceita, visto que ainda prepondera a concepção de que o direito da concorrência deve ter como único objetivo a eficiência econômica, de modo que outros interesses sociais e políticos devem ser abordados pelos seus respectivos órgãos públicos de controle e regulação.

Contudo, reconhecer a natureza multifacetada das novas atividades promovidas pelas plataformas digitais, as quais repercutem de formas diferentes no consumidor, não significa atribuir excesso de subjetivismo às funções do direito antitruste, mas sim compreender o uso de dados como fonte de exercício do poder econômico (FRAZÃO, 2021).

Nesse contexto, o bem-estar do consumidor envolve não apenas os custos, mas os aspectos qualitativos supracitados, e proteger esses interesses requer uma concepção mais ampla de bem-estar do consumidor do que a atual.

Desse modo, é possível ampliar o conceito de bem-estar do consumidor para além do aumento unilateral de preços, resgatando a importância da sua proteção ampla, para que ocorra tanto por meio da tutela da sua liberdade econômica, individualidade e controle sobre seus dados, como por meio da tutela do próprio processo competitivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que, em sistemas nos quais, tradicionalmente, há concentração de poder, com a presença de mercados centralizados, deve-se controlar as atividades dos agentes econômicos que ocupam posições dominantes, impedindo que incorram em práticas anticoncorrenciais.

Dessa forma, o direito da concorrência no Brasil, ao qual foi atribuído, pela CF/88, o encargo de reprimir abusos do poder econômico, independentemente da sua origem ou da forma como se estrutura, deve impedir que agentes econômicos abusem de sua posição dominante em detrimento do consumidor.

Para tanto, o dispositivo constitucional atribuiu uma função instrumental à legislação antitruste, que deve ser interpretada em consonância aos princípios que fundamentam a ordem econômica constitucional e à ideologia constitucionalmente adotada, para que, dessa forma, possa consolidar uma política econômica que priorize, de fato, a justiça social.

Nesse sentido, a proteção ao consumidor é assegurada apenas quando presentes os recursos necessários para a manutenção de um mercado competitivo, no qual os agentes econômicos possuem a capacidade de competir entre si em igualdade de oportunidades, sem que agentes em posição dominante obtenham vantagens em decorrência de sua posição no mercado.

Com base nessa premissa, proteger a estrutura do mercado é proteger a competição que, por sua vez, reflete na proteção ao consumidor. Assim, o importante objetivo a ser alcançado pelo Direito Antitruste, em atenção aos ditames constitucionais, para além da proteção dos interesses dos concorrentes e dos consumidores, é a tutela da estrutura do mercado e, portanto, da concorrência.

Diante disso, defende-se que o Direito da Concorrência, no Brasil, deve resgatar o seu compromisso com o princípio basilar da repressão ao abuso do poder econômico e com a proteção da estrutura do mercado, para que seja possível proteger o consumidor ao combater práticas abusivas pelas *Big-Techs*.

Entretanto, para que a evolução do antitruste satisfaça as novas exigências apresentadas pelo mercado de dados, é imprescindível que a autoridade brasileira se desvincule dos pressupostos centrais apresentados pela Escola de Chicago e se reaproxime dos fundamentos da ordem econômica, previstos na CF/88, para

fundamentar decisões que envolvam o abuso do poder econômico das gigantes da tecnologia.

Conforme discorrido, ainda prepondera um vínculo com os aspectos tradicionais do antitruste, associados aos ensinamentos da Escola de Chicago, os quais não são suficientes para proteger o consumidor e a estrutura do mercado e tampouco evitar danos anticompetitivos em negócios que envolvem a exploração de dados.

A Escola de Chicago elegeu a teoria de preços e a busca por eficiência econômica como os principais instrumentos metodológicos para nortear a intervenção antitruste, a qual a afasta de qualquer viés político. Desse modo, a busca por eficiência econômica limita o âmbito da tutela do consumidor, restringindo-o à proteção contra o aumento arbitrário de preços.

Nesse sentido, apesar de ser mais simples fazer uma análise com base em aspectos quantitativos e monetários, esses fatores não se aplicam ao mercado digital, pois os serviços são ofertados a preço zero e os consumidores pagam por eles aceitando violações na sua privacidade e liberdade de escolha.

Desse modo, o direito da concorrência deve levar em conta as diferenças entre as indústrias da Nova Economia e as indústrias tradicionais, considerando as importantes características destes novos setores, como os efeitos de rede, o poder de alavancagem das plataformas e o acesso ilimitado a dados, reforçando que uma conduta pode ser anticompetitiva mesmo que não envolva diretamente o aumento de preços.

Conforme buscou-se demonstrar, o mercado de dados reproduz um funcionamento dinâmico, o qual relativiza o modelo de concorrência estática que desconsidera elementos essenciais do poder de mercado no meio digital, como a conversão direta de dados pessoais em poder econômico.

O poder econômico adquire um nível maior de complexidade no mercado de dados, razão pela qual não mais deve ser mensurado, unicamente, com base em indicadores formais e objetivos que desconsideram a estrutura do mercado, o processo competitivo que dá origem ao poder econômico e as suas particularidades.

Desse modo, a consolidação de uma análise de competição dinâmica deve relativizar as medições estáticas de posição dominante baseadas em análises quantitativas, colocando menor peso na análise do *markeshare* e na concentração de poder econômico, e maior peso na avaliação de concorrência dinâmica.

Trata-se de um mercado no qual, em razão dos efeitos de rede, novas empresas possuem dificuldade de alcançar ou substituir empresas dominantes, razão pela qual o congelamento do mercado, derivado da excessiva proteção dos direitos de propriedade intelectual, pode dizimar a inovação e fortalecer ainda mais o poder econômico de agentes dominantes.

Considerando que o acesso privilegiado a amplas bases de dados pode restringir o incentivo à inovação no mercado, a análise do processo competitivo deve se basear nas implicações trazidas às inovações e não apenas nos fechamentos de mercados.

Nesse sentido, condutas ou concentrações podem ter efeitos anticompetitivos não somente quando prejudicam o processo competitivo no presente, mas quando há uma probabilidade de que causem prejuízos significativos no futuro.

Desse modo, combater atos anticoncorrenciais exige um olhar preditivo das autoridades. Contudo, a incapacidade em prever, com clareza, os efeitos anticompetitivos faz com que as autoridades, cada vez, mais restrinjam suas análises à aspectos meramente quantitativos.

No controle de estruturas, por exemplo, a análise antitruste ficou muito restrita às integrações horizontais, visto que é mais fácil apresentar os danos potenciais com base em fatores quantitativos do que nos possíveis efeitos qualitativos, como nos impactos causados na privacidade e na inovação.

Contudo, conforme amplamente discorrido, no mercado de dados, qualquer ato de concentração pode aumentar a dominância da plataforma digital, razão pela qual é necessário que os efeitos da concentração não mais sejam analisados em uma perspectiva tradicional, na qual as integrações verticais e conglomerados são aprovados pela não identificação de efeitos anticoncorrenciais.

Conter atos de concentração que possam gerar efeitos prejudiciais é imprescindível para combater o abuso do poder econômico das gigantes da tecnologia, pois se trata de uma ferramenta que esses agentes dispõem para consolidar a posição dominante e combater qualquer ameaça disruptiva sem que sejam impedidos.

É notório que, as *Big-Techs* investem exorbitantes recursos na aquisição de *startups*. Entretanto, a grande problemática em torno do radar preditivo delas, utilizado para conter qualquer potencial ameaça disruptiva, é justamente a sua

capacidade de aniquilar qualquer inovação que não complemente o seu ecossistema e, portanto, não fortaleça o seu poder econômico (STUCKE; EZRACHI, 2022).

Nesse sentido, a autoridade antitruste deve elaborar uma análise preditiva, considerando a possibilidade de fortalecimento do ecossistema controlado pelos agentes dominantes e as motivações das práticas com potencial prejudicial ao processo competitivo, as quais, geralmente, traduzem-se na intenção do agente dominante de proteger a sua posição no mercado, contendo ameaças.

Essas transações preocupam a autoridade antitruste não apenas por reduzirem as restrições competitivas no mercado em questão, ao retirarem dele uma empresa, cujas tecnologias poderiam ter desafiado o operador dominante, mas, também, por eliminar um produto do mercado, restringindo a escolha dos consumidores.

As *Big-Techs* alcançaram um nível de poder econômico jamais observado, em razão do acesso ilimitado a dados, que lhes permite controlar o processo competitivo e exercer violações recorrentes na privacidade, na autodeterminação informativa e na liberdade de escolha dos consumidores.

Portanto, nesse complexo ecossistema, formado por diversos agentes econômicos que conseguem acessar uma enorme quantidade de dados pessoais sem limitações, o exercício da autodeterminação informativa tornou-se uma verdadeira ficção.

Todos se tornaram dependentes da dominância das *Big-Techs*, e os usuários desse mercado não parecem se importar com violações recorrentes de sua privacidade e liberdade de escolha, com o uso constante de técnicas de modulação comportamental e, tampouco, com a perda de oportunidades em razão da discriminação algorítmica.

Para solucionar essa problemática, é imprescindível associar a regulação do mercado de dados ao Direito da Concorrência, normas de proteção de dados e normas de proteção ao consumidor, visto que, por se tratar de um tema abrangente, essas normas possuem impactos recíprocos no âmbito de sua aplicabilidade, visando melhorar o bem-estar social.

Nesse sentido, é necessário que os instrumentos jurídicos atuais garantam uma proteção mais extensa da privacidade. Para tanto, destaca-se o viés coletivo e social da privacidade, o qual não pode ser negligenciado, especialmente no contexto

retratado, no qual as plataformas dominantes criam normas de arquitetura em prol de seus interesses próprios.

Contudo, ainda há um importante desafio a ser combatido, fruto da neutralização do impacto tecnológico, o qual promove a crença de que a privacidade é menos relevante, fazendo com que a sua constante violação seja admitida como uma consequência naturalizada pelos valores preponderantes na sociedade atual.

Não obstante, não é possível negligenciar que a ausência de competitividade nesses monopólios limita os usuários a uma escolha binária, pois não conseguem negociar com empresas do porte das *Big-Techs*, razão pela qual lhes cabe obedecer ao que é imposto por elas.

Dessa forma, ou concordam com os termos unilaterais impostos pelas gigantes da tecnologia, ou não fazem uso dos serviços de forma alguma. Contudo, optando por esta última, o indivíduo fica impossibilitado de exercer uma participação plena e ativa na sociedade.

Nesse sentido, é essencial assegurar ao consumidor possibilidades diferentes de escolha, pois a ausência de liberdade de escolha no meio digital aumenta a dominância das plataformas digitais e fortalece o seu poder controlador, que manipula a expressão de vontade dos consumidores, enquanto os agentes dominantes usufruem de abundância constante.

Portanto, ao não considerar essas características, o direito da concorrência afasta-se da proteção ao consumidor e dos demais princípios constitucionais que regem a ordem econômica constitucional.

Conforme ressaltado no decorrer da pesquisa, para atender essas novas exigências que surgem com o mercado de dados e suas peculiaridades, o direito antitruste não mais pode estar limitado aos seus critérios de análise tradicionais, visto que os desafios apresentados não são compreendidos ou solucionados por meio deles.

A condução da FTC e do DOJ nos EUA, bem como da Comissão Europeia no mercado europeu, demonstram que o desafio de adoção de novos critérios para reger o direito antitruste não é exclusivo do Brasil. Conforme se buscou demonstrar, em diversos casos, essas autoridades permitiram que práticas abusivas se consolidassem, em razão de uma análise restrita aos aspectos tradicionais do antitruste.

Na tradição estadunidense, por influência da Escola de Chicago, a percepção majoritária definiu que o valor de bem-estar do consumidor, baseado no pressuposto do excedente total, constitui o único critério substantivo válido para a intervenção antitruste. Com base nisso, as autoridades estadunidenses, por muitos anos, tiveram um comportamento leniente com as empresas do Vale do Silício diante de condutas anticoncorrenciais.

Esse comportamento também é fruto da noção de que essas empresas alcançaram um patamar tão relevante na economia global que qualquer responsabilização pode causar implicações em todos os setores da vida econômica. Dessa forma, a leniência e a permissibilidade de atos anticoncorrenciais fortalecem a dominância das *Big-Techs*, o que prejudica, principalmente, o consumidor que se tornou dependente das tecnologias desenvolvidas pelo Vale do Silício.

Em contraponto, o direito comunitário europeu considera outros critérios, como a proteção do processo competitivo ou a integração do mercado comum. Assim, a Autoridade Europeia mostrou-se preocupada com o combate ao abuso do poder econômico das gigantes da tecnologia, aplicando novas teorias do dano, como a do dano pelo impedimento significativo à inovação, a fim de conter o massivo controle exercido pelas *Big-Techs* no desenvolvimento de produtos disruptivos.

Trata-se do reflexo de uma interpretação, conforme a qual as empresas em posição dominante não estão em situação de igualdade com as demais, razão pela qual se exige que assumam uma responsabilidade especial de não prejudicar a competição genuína, competindo em igualdade de oportunidades e não usufruindo de vantagens competitivas em razão da posição dominante. Portanto, prepondera o modelo de concorrência baseado no mérito.

Diante disso, é imprescindível que as autoridades avancem no seu papel de controlar o abuso do poder econômico nos mercados de dados, compreendendo e captando as características dessa nova dinâmica competitiva, identificando as fontes e a extensão do poder econômico resultante.

Alguns países da União Europeia já adotam novos métodos para definir o mercado relevante e novos critérios para mensurar o poder econômico, conforme é possível observar na Alemanha, que passou a considerar os efeitos de rede diretos e indiretos para fins de mensuração de poder econômico de permissão de atos de concentração.

Ao privilegiar o processo competitivo em si, o direito antitruste europeu mostra-se mais permeável a alegações de que condutas unilaterais podem ter efeitos sobre as oportunidades de inovação, conforme é possível observar nos fundamentos utilizados pela Comissão Europeia ao condenar o Google no caso Google Shopping, no qual a expectativa dos concorrentes sobre a oportunidade de inovar foi considerada.

Conforme exposto, o Brasil e os Estados Unidos não seguiram esse entendimento. No Brasil, o CADE entendeu que a condenação da Google poderia inibir a concorrência e a inovação ao privar os usuários de usufruírem de uma inovação pró-competitiva.

Portanto, os fundamentos utilizados pelo CADE assemelham-se aos da FTC nos Estados Unidos, de que não houve nenhum impacto negativo à competição e que condenar a Google seria um retrocesso ao desenvolvimento de suas atividades.

Ocorre que não é possível negligenciar que as plataformas podem inibir o advento de qualquer inovação que não fortaleça o seu ecossistema ao se valer da sua posição dominante para obter ganhos competitivos, e que o estímulo à inovação nos mercados digitais depende da manutenção de níveis adequados de concorrência.

Desse modo, na União Europeia, diferentemente do Brasil e dos EUA, o uso da posição dominante em um mercado principal para alavancar a posição em um mercado adjacente foi determinante para que a conduta do Google fosse enquadrada como ilícita.

O Caso Google Shopping reforça a afirmativa de que as plataformas digitais, por exercerem múltiplas funções, não restringem suas atividades em um mercado específico precisamente delimitado. Assim, com os efeitos de rede e a facilidade com que podem se utilizar da alavancagem para fortalecerem a sua dominância, elas passam a controlar um verdadeiro ecossistema.

Portanto, é fundamental considerar o poder de alavancagem das plataformas dominantes em qualquer concentração ou conduta em que estejam envolvidas, avaliando o seu potencial de gerar danos ao processo concorrencial.

No entanto, observa-se que a incapacidade de prever, com clareza, os possíveis efeitos anticompetitivos, faz com que as autoridades, cada vez mais, restrinjam suas investigações à aspectos meramente quantitativos.

As análises sobre atos de concentração realizadas pelo CADE, por exemplo, não consideraram os possíveis efeitos anticoncorrenciais provenientes do uso da alavancagem para o fortalecimento da dominância das grandes plataformas e da integração de amplas bases de dados entre plataformas, a qual pode trazer repercussões negativas na proteção da privacidade do consumidor.

Nesse sentido, novas teorias do dano que atendam, de fato, a especificidade desse mercado, como exemplo da teoria do dano pelos efeitos deletérios à inovação, pela cobrança excessiva de dados, ou pela redução da qualidade na violação da privacidade, ainda não foram aplicadas no Brasil. Portanto, é necessário que o entendimento do CADE evolua, enxergando para além da competição estática.

Por fim, cumpre destacar que, reconhecer que a natureza multifacetada das atividades das plataformas digitais, que repercutem de formas diferentes no consumidor, não significa atribuir um excesso de subjetivismo ao direito antitruste, mas sim compreender o uso de dados como fonte de exercício do poder econômico. Portanto, a proteção do consumidor não envolve apenas os custos, mas sim diversos aspectos qualitativos, como o acesso à inovação e a proteção da privacidade.

Dessa forma, é necessário ampliar o conceito de bem-estar do consumidor para além do aumento unilateral de preços, resgatando a importância da sua proteção, para que ocorra tanto por meio da tutela da sua liberdade econômica, como por meio da tutela do próprio processo competitivo.

Nesse sentido, conclui-se que a metodologia atualmente aplicada pela autoridade antitruste brasileira, deve ser adaptada para promover mercados digitais competitivos e benéficos para o desenvolvimento da economia e que sejam, igualmente, capazes de assegurar a liberdade de escolha do consumidor e protegê-lo de usos indevidos de dados pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Vicente. Designing competition policy in digital markets for developing economies: How the EU can contribute with the Digital Markets act and Digital Services Act. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 133-158, dez. 2021.

BAQUEIRO, Paula. Competição, inovação e antitruste na Nova Economia: novas dinâmicas competitivas e a necessidade de revisitação dos pressupostos analíticos do direito da concorrência. *In*: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio; DONEDA, Danilo. **Série IDP - Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O constitucionalismo social: a constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. *In*: SPROESSER, Andyara Klopstock; CASTARDO, Hamilton Fernando (Coord.). **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007.

BINOTTO, Anna; KASTRUP, Gustavo Henrique C. Carmago. Ferramentas antigas para problemas novos? O que é possível aprender das recentes decisões do caso Google Shopping. **Revista de Direito e Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 10, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A policy at war with itself**. Bork Publishing, 2021.

BRASIL. Associação Brasileira de Internet. **ANPD e Cade firmam acordo para ações antitruste e proteção de dados**. Disponível em:

<https://www.abranet.org.br/Noticias/ANPD-e-Cade-firmam-acordo-para-acoes-antitruste-e-protexcao-dedados3411.html?UserActiveTemplate=site#.YRQekVXMLIV>

Acesso em: 11 jul. 2021.

_____. Autoridade Nacional de Proteção de dados. **Cade, MPF, ANPD e Senacon recomendam que WhatsApp adie entrada em vigor da nova política de privacidade.** 07 maio 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/cade-mpf-anpd-e-senacon-recomendam-que-whatsapp-adie-entrada-em-vigor-da-nova-politica-de-privacidade>. Acesso em: 05 maio 2022.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo nº 08700.003498/2019-03.** Interessados: Google Inc., Google Brasil Ltda. 08 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3x8Ymkv>. Acesso em: 21 jan. 2021.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo nº 08700.002703/2019-13.** Ato de concentração. Mosaico Negócios de Internet S/A e Buscapé Company Informação e Tecnologia Ltda. Brasília, 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo nº 08012.010483/2011-94.** E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda vs. Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Brasília, 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo nº 08700.002377/2019-36.** Ato de Concentração Magazine Luiza e NS2. Brasília, 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo nº .08700.003373/2013-80.** Ato de Concentração Vevo/Youtube. Brasília, 2013.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo nº 08700.006084/2016-85.** Ato de Concentração LinkedIn e Microsoft. Brasília, 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online.** Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-geral-recomenda-arquivamento-de-investigacao-contra-o-google> . Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.01.0483/2011-91**. Relator: Cons. Maurício Oscar Bandeira Maia, j. 26/06/2019. Brasília, 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Superindetendência-Geral recomenda arquivamento de investigação contra o Google**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-geral-recomenda-arquivamento-de-investigacao-contra-o-google>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

_____. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Idec solicita ao CADE investigação da compra da Fitbit pela Google**. 21 jul. 2020. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-solicita-investigacao-da-operacao-de-compra-da-fitbit-pela-google>. Acesso em: 05 maio 2022.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 08 maio 2022.

BUNDERSKARTELLAMT. Ref.: B6-22/16. **Decision Under Section 32 (1) German Competition Act (GWB)**. Bona, 2019. Disponível em:

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf? blob=publicationFile&v=5> Acesso em: 31 ago. 2022

_____. **English translation of the 9th Amendment to the German Competition Act.** Bona, 2018. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf? blob=publicationFile&v=7>. Acesso em: 08 maio 2022.

_____. Ref.: B6-22/16. **Facebook, Exploitative business terms pursuant to Sect 19(1) GWB for inadequate data processing.** Bona, 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf? blob=publicationFile&v=4> Acesso em: 09 maio 2022.

CAIAZZO, Rino. Recent Developments in EU Antitrust Enforcement against Big Tech. **Competition Law International**, v. 15, n. 2, p. 181-186, dec. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** A era da informação: Economia, sociedade e cultura. 21. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2020, v. 1.

CHUL HAN, Byung. **Psicopolítica:** O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. 7.ed. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

CAIAZZO, Rino. Recent Developments in EU Antitrust Enforcement against Big Tech. **Competition Law International**, v. 15, n. 2, p. 181-186, dez. 2019.

CLAICI, Adina; LUTZ Jasper. Beyond the Policy Debate: How to Quantify Sustainability Benefits in Competition Cases: Lessons Learned from Environmental Economics. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 5, n. 3, p. 200-209, HeinOnline, 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust Cartel Cases:** 39740 Google Search (Shopping). 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3dBy2HK> Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Case M. 88124.** Microsoft/LinkedIn. Bruxelas, 12 jun. 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8124 Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp.** Bruxelas, 10 de ago. 2014
Disponível em:
https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7217
7 Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Case M.8788 – Apple/Shazam.** Summary of Comission Decision of 6 September 2018 declaring a concentration compatible with te internal market and the functioning of the EEA Agreement. Office Journal of the European Union, 2018.
Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018M8788%2804%29&qid=1652109212740>.
Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.** 24 fev. 2009. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=PT) Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Final report on the hearing officer (Case AT.39740 – Google Search (Shopping)).** Bruxelas, 26.06.2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018XX0112%2803%29&qid=1649444167785>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. **Mergers:** Comission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google. Press release. Bruxelas, 4 ago. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9660. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Mergers:** Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions. Press release, 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284 Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Mergers:** Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook. Press release. Bruxelas, 10 ago. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_14_1003. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Statement by Commissioner Vestager on Commission Decision to Fine Google € 1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising.** Press release, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3arfTKX> . Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service.** 29 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3suzAYs>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Statment by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine.** 18 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2QKAAu8> Acesso em: 09 maio 2022.

COMISSION DECISION of 27.6.2017. Comentário por Joana Stelzer, Everton das Neves Gonçalves, Bráulio Cavalcanti Ferreira e Amanda Karolini Burg. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 29. ano 8, p. 437-460. out./dez. 2021. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) Acesso em: 06 abr. 2022.

CONIGLIO, Joseph V. **All things are possible with antitrust** – Calera, Capability Standards, and looking to Europe to Reinvigorate U.S. Antitrust enforcement. *CPI Columns - US & Candada*, abr. 2021.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Comission Final Report, 2019.

DEBRABANDER, Firmin. **Life after Privacy: Reclaiming Democracy in a Surveillance Society**. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2020.

DIAMOND, Larry. Liberation Technology. *In*: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **Liberation Technology: social media and struggle for democracy**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais: Fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

_____. A autoridade nacional de proteção de dados e o conselho nacional de proteção de dados. *In*: BIONI, Bruno et al (Coords.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

EVANS, David S. Basic principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. **Journal of antitrust enforcement**. 2019.

_____; SCHMALENSSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. *In*: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Eds.). **Innovation Policy and the Econom**. Cambridge: MIT Press, 2002, v. 2.

EZRACHI, Ariel. The goal of EU Competition Law and the Digital Economy. **BEUC Discussion paper**. 2018.

_____; STUCKE, Maurice E. **The promise and perils of the algorithm-driven economy**. Cambridge: Havard University Press, 2016.

_____. eDistorcions: how data-polies are dissipating the internet's potential. *In: Digital Platforms and Concentration, Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business*: a pro-market production. Chicago, 2018. Disponível em: <https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf> Acesso em: 19 jan. 2022.

_____. **How Big-Tech barons smash innovation and how to strike back**. Harper Bussiness, 2022.

FERNANDES, Vitor Oliveira. **Direito da Concorrência das plataformas digitais**: Entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

_____; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. *In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio; DONEDA, Danilo. Série IDP - Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.

_____. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. *In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio; DONEDA, Danilo. Série IDP - Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: Pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva Jur., 2017.

_____. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. *In: BIONI, Bruno et al (Coords.). Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Dialógo entre o direito da concorrência e a regulação de dados. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, maio/jun. 2020.

Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695> Acesso em:

17 jul. 2021.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica** – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma Breve História do Amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. The Yale Law Journal, 2017.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as Lentes: Novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 82-103, jun. 2021.

KLOTZ, Robert. How to Best Handle 'Digital Mergers? **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 4, n. 1, p. 8-12, HeinOnline, 2020.

KOLASINSKI, Marek Krzysztof. Interpretation of the Remedy in the Google Shopping Decision and Its Consequences. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 4, n. 1, p. 4-11, 2020.

KOURY, Suzy Cavalcante. O princípio da economicidade na obra de Washigton Peluso Albino de Souza. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte,

nº especial em memória do prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 445-463, 2013.

LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Constrat to §2 Sherman Act. **TILEC Dicussion Paper**, n. 20, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2293141>. Acesso em: 03 maio 2022.

LESSING, Lawrance. The Law of the Horse: What Cyber Law Might Teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-549, dec. 1999.

LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga. **Proteção da Inovação pelo direito brasileiro da concorrência e diálogo com o direito da união europeia**, 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018.

_____. Acordos anticoncorrenciais e a regra da razão estruturada no direito da União Europeia. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 188-20, dez. 2021.

_____; ANJOS, Lucas. Condenações da Google pela aplicação do direito da concorrência na união europeia. **Revista de direito da concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 104-124, jun. 2021.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia; HORN, Luiz Fernando del Rio. Do dilema paradoxal tecnocívico: inclusão consumerista digital quantitativa versus qualitativa. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 114, p. 195-226, nov. 2017.

MACHADO, Débora. A modulação de comportamento nas plataformas de mídias sociais. In: SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. (Org.). **A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

MAIOLINO Isabela; MARQUES Leonardo Albuquerque; TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor, proteção de dados e concorrência: necessidade de coordenação entre os sistemas. *In*: DONEDA; Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Boas (Org.). **Lei Geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018): A caminho da efetividade: Contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: Reflexos no contexto geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In*: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Coord.). **Lei Geral de Proteção de dados (Lei nº 13. 709/2018)**. A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomas Reuters, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MAZOROV, Evgeny. **Big Tech**: A ascensão dos dados e a morte da política. Tradução de Cláudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

MAZZUCATO, Mariana. **O valor de tudo**: Produção e apropriação na economia global. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020.

MELLO, João Manuel Cardoso de. **O capitalismo tardio**: Contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZO, Marcela; FUJIMOTO, Monica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: BIONI, Bruno et al (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: Tendências de materialização. *In*: BIONI, Bruno

et al (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Melina Ferracini de. Livre concorrência: Caso Google na União Europeia e no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 95, p. 209-223, abr./jun. 2016.

NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do; LUCARINI, Giovana. Caso Google Shopping e a análise de efeitos. *In*: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. (Orgs.). **Jurisprudência do CADE Comentada: Análise das decisões julgadas a partir da edição da Lei 12.529/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Quality considerations in digital zero-price markets**. Background note by the Secretariat. OECD Publishing, 2018.

_____. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Going digital in Brazil: OECD reviews of Digital Transformation**. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/e9bf7f8a-en>. Acesso em 03/05/2022. Acesso em: 31 ago. 2022.

_____. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Executive Summary by the OECD Secretariat, 2016. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm Acesso em: 09 maio 2022.

OLIVEIRA, Carlos. Aprendizado de máquina e modulação do comportamento humano. *In*: SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. (Org.). **A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PASQUALE, Frank. **The Black Box society**: The secret algorithms that control Money And information. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. Tradução de Tiago Machado Cortez. *In*: MATTOS, Paulo et al (Orgs). **A Regulação Econômica e democracia**: O debate Norte-Americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

PETIT, Nicolas. **Significant Impediment to Industry Innovation**: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control. Portland: International Center of Law and Economics, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2RS13gg> Acesso em: 11 fev. 2020.

POSNER, Richard A. Teorias da Regulação Econômica. Tradução de Mariana Mota Prado. *In*: MATTOS, Paulo et al (Orgs). **A Regulação Econômica e democracia**: O debate Norte-Americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALOMÃO FILHO, Carlixto. **Direito Concorrencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp Digital, 2017.

SILVA, Leandro Novais e; MOURÃO, Carlos. A proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open

banking. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 31-53, dez. 2020. Disponível em:

<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/649>

Acesso em: 16 jul. 2021.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002a.

_____. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b.

STLINGLER, George J. A teoria da Regulação econômica. Tradução de Emerson Fabiani. *In*: MATTOS, Paulo et al (Orgs). **A Regulação Econômica e democracia: O debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, p. 551-624, 2012.

_____; GRUNES, Allan P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford University Press, 2016.

TURGOT, Claire. Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 5, n. 2, p. 112-121, HeinOnline, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (Ce) nº 139/2004 do conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo de concentrações de empresas (Regulamento das concentrações comunitárias)**. Bruxelas, 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>.

Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Regulamento (UE) 2019/1150 do parlamento europeu e do conselho de 20 de junho de 2019 relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha**. Luxemburgo, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&qid=1652108589095&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&qid=1652108589095&from=EN)

Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act)**. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en> Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Resolução do Parlamento Europeu de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o Ato legislativo sobre os serviços digitais: Melhorar o funcionamento do mercado único (2020/2018(INL) (2021/C 404/1)**. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0272&qid=1652053962127&from=EN>. Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Luxemburgo, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> Acesso em: 08 maio 2022.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Horizontal Merger Guidelines**. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontalmergerguidelines0#:~:text=The%20unifying%20theme%20of%20the,a%20significant%20period%20of%20time> Acesso em: 08 maio 2022.

US DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). **Non-horizontal Merger Guidelines**, 1984. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1175141/download?splash=1>. Acesso em: 08 maio 2022.

_____. **Civil Action nº 1:12-CV-2826. US v. Apple Inc. et al**. New York, 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-apple-inc-et-al> Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws:** Department Files Complaint Against Google to Restore Competition in Search and Search Advertising Markets. Washington, DC: Office of Public Affairs of the Department of Justice, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QIWMei> Acesso em: 09 maio 2022.

US FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Closing Letters to counsel Amazon.com, Inc, and Quidsi, Inc.** Washington DC: Office of the secretary 2011. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/amazon.com-inc./quidsi-inc./110323amazonlubek.pdf Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **File nº 092-3184. In the Matter of. Facebook Inc.** Washigton, DC, 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/092-3184-182-3109-c-4365-facebook-inc-matter>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. File nº 191-0134. **FTC v. Facebook Inc, 2021.** Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v> . Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **FTC alleges Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition After String of Failed attempts to Innovate.** Press release, 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush-competition-after-string-failed>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **FTC approves Final Settlement With Facebook.** Press release, 10 ago. 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/ftc-approves-final-settlement-facebook>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization.** Press release, 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Google agrees to change its business practices to resolve FTC competition concerns in the markets for devices like smart phones, games and tablets, and in online search.** Press Release, 03 jan. 2013. Disponível em: www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolv Acesso em: 21 jan. 2020.

_____. **Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices – In the matter of Google Inc.** 3 jan. 2013. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/public-statements/statement-federal-trade-commission-regarding-googles-search-practices-matter-google-inc>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **FTC Closes Its Investigation Into Facebook's Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program.** Press Release, 22 ago. 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/ftc-closes-its-investigation-facebooks-proposed-acquisition-instagram-photo-sharing-program>. Acesso em: 09 maio 2022.

_____. **Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.** Washington, DC, 10 abr. 2014. Disponível em <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/staff-letters/letter-jessica-l-rich-director-federal-trade-commission-bureau-consumer-protection-erin-egan-chief> Acesso em 09 mai 2022.

_____. **Matter Number 121 0121. Facebook Inc. / Instagram Inc.** 22 ago. 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/closing-letters/facebook-inc-instagram-inc> Acesso em: 09 maio 2022.

VÉLIZ, Clarissa. **Privacidade é poder:** Por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Contracorrente, 2021.

VERBICARO, Dennis; CALANDRINI, Jorge. A proteção da confiança do consumidor e a base do legítimo interesse na lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de dados Pessoais). **Revista de direito do consumidor**, v. 139, p. 73-99, jan./fev. 2022.

VERBICARO, Dennis; MARANHÃO, Ney; CALANDRINI, Jorge. O impacto do capitalismo de plataforma no agravamento da vulnerabilidade algorítmica do consumidor e do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 223, p. 277-305, maio/jun. 2022.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 134, p. 195- 226, mar./abr. 2021.

WILS, Wouter P. J. The judgment of the EU general Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance. **World Competition**, v. 37, n. 4, p. 405-434, 2014.

WU, Tim. **The attention merchants**: The epic scramble to get inside our heads. New York: Alfred A. Knoff, 2016.

_____. **The curse of bigness**: Antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

ZUBOFF, Shoshanna. **A era do capitalismo de vigilância**: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.