

LUCAS DE GÓIS BARRIOS

**A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência:
interpretação, aplicação e política pública**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

LUCAS DE GÓIS BARRIOS

**A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência:
interpretação, aplicação e política pública**

Versão Original

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob orientação do Prof. Dr. José Marcelo Martins Proença.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2023

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Barrios, Lucas de Góis

A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência : interpretação, aplicação e política pública ; Lucas de Góis Barrios ; orientador José Marcelo Martins Proença – São Paulo, 2023.

258 f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito da concorrência. 2. Antitruste. 3. Proteção de dados pessoais. 4. Plataformas digitais.

I. Proença, José Marcelo Martins, orient. II. Título.

Nome: BARRIOS, Lucas de Góis

Título: A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência:
interpretação, aplicação e política pública

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ____ / ____ / 2023

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor José Marcelo Martins Proença, pela confiança na realização desta pesquisa e pela orientação atenciosa nos últimos anos, especialmente na reta final deste trabalho. Agradeço também a oportunidade de o acompanhar nas atividades docentes, como monitor e aluno, ocasiões em que muito pude aprender com seu exemplo de dedicação e humanidade na relação com os discentes e de compromisso com o ensino público.

Aos meus pais, Maria e Antonio, meu porto seguro, agradeço por todo o apoio e estímulo, fundamentais para que este percurso pudesse existir e ser concluído. Obrigado por sempre me incentivarem a seguir meus caminhos.

A minha amada, Paula Baqueiro, agradeço por ter me dado apoio essencial em tantos momentos importantes no curso da elaboração deste trabalho, compreendendo minhas ausências e sempre me encorajando a seguir em frente. Obrigado pelas tantas conversas e conselhos, pela ajuda na revisão e pelos comentários que enriqueceram este trabalho.

Aos ex-chefes e amigos, Luiz Hoffmann e Rafael Parisi, que me acompanharam nos últimos anos, agradeço o apoio, o incentivo e a compreensão constantes, em muitos momentos, para que eu pudesse me dedicar à escrita da dissertação.

Aos chefes e amigos, Alexandre Barreto e Ana Luiza Mahon, agradeço o apoio e a compreensão na reta final para a entrega desta dissertação.

Aos amigos Angelo Prata de Carvalho e Maria Cristine Lindoso, agradeço pela leitura atenta de uma versão preliminar do texto, pela discussão e pelos valiosos comentários que me permitiram melhorar e desenvolver aspectos da dissertação.

Aos amigos Marcos Filipe Ueda e Sofia Lima Franco, agradeço a leitura de partes do trabalho e pelos comentários atentos, na reta final da dissertação.

Aos amigos e colegas de pós-graduação, Pedro Yukimitsu, Bruno Renzetti, Guilherme Misale, João Otávio Gutinieki e David Auter Tavares, agradeço o incentivo e as trocas de ideias que tornaram a jornada de pesquisa acadêmica mais rica.

Aos demais amigos e amigas, de Salvador, São Paulo e Brasília, agradeço por sempre me apoiarem e incentivarem. Vocês também foram importantes para que esta etapa pudesse ser concluída. Deixo aqui o meu muito obrigado.

“Eu quero entrar na rede
Promover um debate
Juntar via Internet
Um grupo de tietes de Connecticut”

(Gilberto Gil. *Pela Internet*, 1996)

“Estou preso na rede
Que nem peixe pescado
É zapzap, é like
É Instagram, é tudo muito bem bolado”

(Gilberto Gil. *Pela Internet 2*, 2018)

RESUMO

BARRIOS. Lucas de Góis. *A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência: interpretação, aplicação e política pública*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

A dissertação parte do diagnóstico emergente de que a concentração econômica em mercados movidos a dados pessoais, especialmente na economia digital, pode resultar em problemas estruturais de degradação da proteção de dados pessoais. O poder econômico pode ser exercido abusivamente para impor condições injustas de tratamento de dados pessoais, que criam vantagem competitiva, reduzem o nível de proteção de dados pessoais e as alternativas disponíveis por produtos e serviços mais protetivos, causando danos aos consumidores e à concorrência. Nesse contexto, a privacidade e proteção de dados pessoais são reconhecidas, cada vez mais, como parâmetros não preço da concorrência. Apesar disso, ainda são poucas as decisões de autoridades concorrenciais que consideram os efeitos negativos sobre a proteção de dados pessoais ou utilizam a proteção de dados pessoais como um parâmetro de análise material dos casos. Isso pode ser explicado, entre outros fatores, por uma falta de compreensão sobre como os problemas de degradação da proteção de dados pessoais se caracterizam como problemas concorrenciais e sobre como essas preocupações podem ser incorporadas de forma coerente ao escopo de aplicação do direito da concorrência. Desse modo, a presente dissertação se dedica ao problema de como integrar a proteção de dados pessoais à análise substancial e à aplicação do direito da concorrência no contexto brasileiro. O presente trabalho identifica possibilidades de integração da proteção de dados pessoais à análise substancial e à aplicação do direito da concorrência tanto no plano teórico, identificando leituras e interpretações possíveis sobre a importância e a necessidade de convergência entre ambas as disciplinas, quanto no plano prático, apontando a aplicação dessa integração no controle concorrencial de estruturas e condutas, bem como na estruturação jurídica de políticas públicas e de arranjos institucionais.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Antitruste. Proteção de dados pessoais. Plataformas digitais.

ABSTRACT

BARRIOS. Lucas de Góis. *The integration of data protection into competition law: interpretation, application, and policy*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

This master thesis builds upon the emerging diagnosis that the economic concentration in personal data driven markets, especially in the digital economy, can result in structural problems of data protection degradation. Market power can be exercised to impose unfair conditions for the processing of personal data, which may create a competitive advantage, reduce the level of data protection and the choices for more protective products and services, causing harm to consumers and competition. In this context, privacy and data protection are increasingly recognized as non-price parameters for competition. Despite this, there are still few decisions by competition authorities considering the negative effects on data protection or using data protection law as parameter for assessing mergers and anticompetitive conducts. This can be explained, among other factors, by a lack of understanding about how problems of data protection degradation may be characterized as competition problems and how these concerns can be coherently incorporated into the scope of application of competition law. Thus, this master thesis is dedicated to the problem of how to integrate data protection to the substantial analysis and application of competition law in the Brazilian context. This work identifies possibilities for integrating data protection within the substantial analysis and application of competition law both on a theoretical level, identifying possible interpretations on the importance and need for convergence between both data protection law and competition law, and on a practical level, pointing to the application of this integration in merger control and in abuse of dominance cases, as well as in the legal structuring of public policies and institutional arrangements.

Keywords: Competition Law. Antitrust. Data protection. Digital platforms.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Influência normativa do direito da proteção de dados pessoais na análise e aplicação do direito concorrencial.....	106
Tabela 2 – Tipos de condutas envolvendo dados pessoais, exemplos de remédios e divisão de trabalho entre autoridade concorrencial e autoridade reguladora	199

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de Concentração
AdC	Autorité de la Concurrence
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
API	<i>Application Programming Interface</i>
Bacen	Banco Central do Brasil
BGH	Bundesgerichtshof [Tribunal de Justiça Federal da Alemanha]
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
CMA	Competition & Markets Authority
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
DMA	<i>Digital Markets Act</i> (Regulamento nº 2022/1925)
EC	Emenda Constitucional
EDPB	European Data Protection Board
EDPS	European Data Protection Supervisor
FTC	Federal Trade Commission
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> [lei concorrencial alemã]
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICO	Information Commissioner's Office
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)
MPF	Ministério Público Federal
OLG	Oberlandesgericht Düsseldorf [Tribunal Regional de Düsseldorf]

PA	Processo Administrativo
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulação nº 2016/679)
Senacon	Secretaria Nacional do Consumidor
SG	Superintendência-Geral do Cade
STF	Supremo Tribunal Federal
TFUE	Tratado para Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 DADOS PESSOAIS, PODER ECONÔMICO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA	27
1.1 Aspectos gerais da exploração econômica de dados pessoais	28
1.1.1 Características econômicas dos dados pessoais	28
1.1.2 Dados pessoais como ativo econômico.....	31
1.1.3 Dados pessoais e poder econômico.....	35
1.2 Reflexões sobre as premissas e os objetivos do direito da concorrência para uma interpretação e aplicação mais atenta à proteção dos dados pessoais	40
1.2.1 Premissas da Escola de Chicago: a teoria de preço e concorrência perfeita.....	42
1.2.2 Pós-Chicago: o impasse da complexidade dos modelos econômicos.....	47
1.2.3 Movimento Neobrandeisiano: a defesa do processo competitivo.....	50
1.2.4 A aplicação do direito da concorrência brasileiro à luz da ordem econômica constitucional e do seu entrelaçamento com a proteção de dados pessoais.....	53
1.2.5 A concorrência como garantia institucional: o problema da difusão do conhecimento e a proteção da existência de escolhas e do equilíbrio das relações econômicas para um devido processo econômico	59
2 ASPECTOS GERAIS DA INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	73
2.1 Desenvolvimento da proteção de dados pessoais	74
2.1.1 Distinção entre privacidade e proteção de dados pessoais.....	81
2.2 Interface entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais.....	90
2.2.1 Aspectos gerais sobre a comunhão de interesses e objetivos.....	90
2.2.2 A evolução do debate internacional: contextualização da convergência sob a ótica das autoridades públicas, dos relatórios e dos casos	94
2.2.2.1 <i>Primeira fase (2008-2014): afastamento inicial.....</i>	<i>95</i>
2.2.2.2 <i>Segunda fase (2014-2019): aproximação e reconhecimento.....</i>	<i>97</i>
2.2.2.3 <i>Terceira fase (2019-presente): aplicação e adaptação institucional.....</i>	<i>100</i>

3	A INFLUÊNCIA NORMATIVA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ANÁLISE MATERIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	105
3.1	Controle de estruturas.....	109
3.1.1	A teoria de dano da degradação da privacidade (proteção de dados pessoais): contextualização a partir da análise de casos selecionados.....	110
3.1.2	Desafios analíticos e possibilidades de superação	117
3.1.3	Aplicação no contexto do art. 88 da Lei 12.529/2011	125
3.2	Controle de condutas	129
3.2.1	A conduta abusiva por meio da imposição de condições contratuais: o caso <i>Facebook</i> na Alemanha como exemplo da integração normativa da proteção de dados pessoais na aplicação do direito da concorrência	130
3.2.1.1	<i>A decisão administrativa do Bundeskartellamt: integração na prática</i>	<i>132</i>
3.2.1.2	<i>A decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf: contraponto</i>	<i>143</i>
3.2.1.3	<i>A decisão do Tribunal de Justiça Federal: confirmação da integração</i>	<i>146</i>
3.2.1.4	<i>A consulta ao Tribunal de Justiça da União Europeia: rumo à integração no contexto europeu?</i>	<i>152</i>
3.2.1.5	<i>Aplicação no contexto do art. 36 da Lei 12.529/2011</i>	<i>154</i>
3.2.2	O desenho de tecnologias e arquiteturas de informação restritivas à concorrência sob a alegação de proteção à privacidade: a necessária compatibilização entre concorrência e proteção de dados pessoais	165
3.2.2.1	<i>Caso Apple na França: a implementação da tecnologia App Tracking Transparency (ATT) no sistema operacional iOS.....</i>	<i>166</i>
3.2.2.2	<i>Caso Google no Reino Unido: a descontinuação dos cookies de terceiros no navegador Chrome.....</i>	<i>172</i>
4	UMA QUESTÃO DE POLÍTICA PÚBLICA? A INTEGRAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO ARRANJO INSTITUCIONAL	179
4.1	Tendências de arranjo institucional na aproximação entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais	181
4.2	A interação das competências da ANPD e do Cade.....	189
4.3	Perspectivas de arranjos institucionais em diferentes contextos de integração....	192
4.3.1	Controle de condutas.....	192
4.3.2	Tendência de regulações concorrenciais assimétricas e seus reflexos.....	205

4.3.3	Controle de concentrações	217
4.4	A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência como uma questão de política pública	223
	CONCLUSÕES	229
	REFERÊNCIAS	243

INTRODUÇÃO

A interseção entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais se tornou um dos temas de maior interesse acadêmico e das autoridades públicas nos últimos anos, devido à comunhão dos problemas identificados na economia digital decorrentes da exploração dos dados pessoais e da concentração de poder econômico. Essa comunhão de problemas enseja múltiplas e simultâneas repercussões em ambas as esferas jurídicas de tutela, o que dá causa à sobreposição entre as atuações e, por conseguinte, à abertura para possibilidades de interação e convergência.

A coexistência de diferentes perspectivas sobre o papel dos dados pessoais na sociedade contemporânea – seja como matéria-prima da atividade econômica, seja como elementos de informação vinculados à personalidade e autonomia individuais – indica que a relação entre o direito da concorrência e o direito da proteção de dados pessoais, decorrente do encontro dessas perspectivas, é potencialmente complexa.

Sob a primeira perspectiva, os dados pessoais são considerados, na ótica das grandes empresas que os controlam, como insumos da atividade econômica, quando são centrais aos modelos de negócio, gerando eficiências econômicas, facilitando o desenvolvimento tecnológico ou servindo à criação de utilidades e de novos produtos e serviços. Na economia de mercado, a detenção de vultuosos bancos de dados pessoais converte-se em vantagem competitiva, levando parcela importante dos agentes econômicos a operarem sob a lógica de ampliação constante da coleta e do processamento de dados pessoais.

Essa realidade é ilustrada atualmente por dinâmicas concorrenciais relacionadas ao acesso e à extração de valor dos dados pessoais por meio de operações de fusão e aquisição movidas pela obtenção e combinação de bancos de dados pessoais, bem como pela existência de condutas anticompetitivas que possuem como estratégia motriz o aumento da coleta ou a redução do acesso de concorrentes a dados pessoais.

Sob a outra perspectiva, os dados pessoais constituem a projeção da personalidade dos indivíduos e estão vinculados à sua autonomia individual, ensejando a necessidade de tutela jurídica. O fornecimento de dados pessoais hoje é condição de participação dos indivíduos na vida social, de modo que a existência de um regime jurídico protetivo com contornos próprios, além de resguardar condições existenciais, é tida, em última instância, como uma garantia institucional de sociedades livres e democráticas.

Disso decorre que, considerando os riscos trazidos pelo processamento massivo de dados pessoais na atualidade, as sociedades contemporâneas reconhecem a existência do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, estabelecendo sofisticados regimes regulatórios de proteção que vão bastante além do tradicional direito à privacidade.

Os regimes regulatórios de proteção de dados pessoais estão ancorados na existência de uma autoridade independente e preocupam-se não apenas em promover mecanismos de controle pelos titulares dos dados, mas principalmente em elevar os padrões coletivos de proteção, por meio da normatização e fiscalização, do aumento da transparência, da imposição de deveres contínuos de prestação de contas (*accountability*), do estímulo ao desenho de tecnologias protetivas, do fomento à autorregulação privada, da coordenação de *enforcement* juntamente às diversas autoridades, entre outros fatores.

A interseção entre o direito da concorrência e o direito da proteção de dados pessoais se faz sentir com maior clareza na atualidade na medida em que o consumidor final é, a um só tempo, fonte dos insumos concorrenciais (dados pessoais) e destinatário do resultado econômico (beneficiário da concorrência). Ao mesmo tempo em que os insumos (dados pessoais) influem na estrutura e no comportamento econômico, a forma como os concorrentes dispõem dos dados (enquanto elementos da projeção da personalidade e da autonomia individual) implica que os consumidores finais são mais direta e imediatamente afetados pelas operações e condutas com uso intensivo de dados pessoais.

Dessa realidade é possível deduzir que a proteção de dados pessoais deve influenciar as relações concorrenciais e, por decorrência, a própria aplicação do direito concorrencial. Essa percepção hoje se manifesta não apenas por razões jurídicas, mas também pelas próprias mudanças que ocorrem no lado da demanda do mercado, uma vez que os consumidores finais se mostram cada vez mais preocupados em relação às formas como as empresas processam seus dados pessoais. Por isso mesmo, emerge um razoável consenso de que a proteção de dados se converte em diferencial competitivo, a ponto de se reconhecer, em muitos mercados, a existência da chamada “concorrência por privacidade”, com o surgimento de produtos e serviços que oferecem maiores garantias protetivas.

Em razão disso, as autoridades concorrenciais de diferentes partes do mundo já reconheceram em suas decisões que a privacidade (ou, como prefere este trabalho, a proteção de dados pessoais) pode constituir uma dimensão não preço da concorrência, notadamente a

nível de melhor qualidade e de escolhas disponíveis por produtos e serviços mais protetivos para os consumidores finais.

Esse diagnóstico evoluiu para a compreensão, hoje ainda mais difundida, de que o poder econômico pode ser empregado como instrumento para degradar a proteção de dados pessoais e reduzir as escolhas por alternativas mais protetivas, ampliando a coleta de dados pessoais pelo agente dominante e excluindo concorrentes do mercado, em evidente dano aos consumidores finais.

Aponta-se também que a concentração econômica desmedida resulta em problemas estruturais ligados à degradação da proteção de dados pessoais, levando à predominância de produtos e serviços invasivos à privacidade e com baixo nível de proteção de dados. Esses problemas são agravados nos mercados digitais em decorrência das profundas assimetrias de informação e da exploração de vieses comportamentais dos consumidores. A longo prazo, o nivelamento por baixo da concorrência afeta a própria possibilidade de que os consumidores conheçam a existência de produtos amigáveis à privacidade e à proteção de dados pessoais, inviabilizando o desenvolvimento de novos hábitos de consumo.

Essa conjuntura levou diferentes estudiosos e atores públicos a recomendarem a atuação mais integrada entre as autoridades de direito concorrencial e de proteção de dados pessoais. Apesar de se reconhecer que a privacidade constitui um parâmetro da dimensão não preço da concorrência e de que há relação entre o poder econômico e a degradação da proteção dos dados pessoais, o que se verifica na prática é que ainda são poucos os casos em que a proteção de dados pessoais foi devidamente considerada na aplicação material do direito concorrencial.

A dificuldade – ou resistência – das autoridades concorrenciais na integração de aspectos de privacidade e de proteção de dados pessoais à aplicação material da legislação concorrencial tem sido atribuída a diversos fatores, entre os quais destacam-se a alegada existência de dificuldades e desafios analíticos quanto à interpretação da degradação da privacidade e proteção de dados pessoais; o desconhecimento quanto à linguagem da proteção de dados pessoais; a influência da teoria econômica neoclássica (centrada em preço) na aplicação do direito concorrencial; e o entendimento de que não competiria à autoridade concorrencial o enfrentamento de tais problemas.

O presente trabalho parte do diagnóstico emergente de que há uma relação causal entre a concentração econômica, o acúmulo de poder econômico e a degradação da proteção de dados

personais, o que enseja a necessidade de intervenção das autoridades concorrenciais. Trata-se de diagnóstico já reconhecido por diferentes autoridades concorrenciais em relatórios institucionais e na análise de casos concretos, conforme será detalhado. A partir dessa premissa, o problema que conduz a investigação desta dissertação consiste na seguinte indagação: como integrar o direito da proteção de dados pessoais à interpretação e aplicação material do direito da concorrência no contexto brasileiro?

A hipótese que orienta a dissertação é a de que essa integração seria possível, inicialmente, a partir da superação da influência da Escola de Chicago, que pauta a aplicação do direito concorrencial pela análise econômica neoclássica centrada em preço e no objetivo único da eficiência econômica. Essa integração seria possível também a partir da necessária consideração dos valores e princípios jurídicos que orientam a ordem econômica constitucional e da compreensão quanto à convergência de objetivos e interesses entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais. Ademais, essa integração também seria possível na prática, a partir da consideração do direito da proteção de dados pessoais como parâmetro de análise pelo direito concorrencial. Por fim, essa integração também constituiria uma questão de política pública, notadamente, de arranjo institucional, envolvendo algum grau de cooperação e coordenação entre a autoridade concorrencial e a autoridade de proteção de dados.

Em razão do escopo metodológico adotado, o presente trabalho não analisará se os problemas estruturais relacionados à degradação de dados pessoais seriam mais bem endereçados exclusivamente pela regulação de proteção de dados, embora haja evidências sustentando a insuficiência do regime de proteção de dados como via única para solução dos problemas decorrentes do poder econômico, o que conduz à importância da abordagem integrada e estrutural. Em decorrência do recorte metodológico, o trabalho também não aprofundará o sentido inverso da integração, qual seja, a possibilidade de integração de considerações de direito concorrencial na aplicação substancial da proteção de dados pessoais.

Para desenvolver o tema, o Capítulo 1 pretende oferecer uma visão inicial sobre como integrar a proteção de dados pessoais ao direito concorrencial, considerando as premissas e os objetivos da disciplina. Inicialmente, o Capítulo exporá a dinâmica econômica de exploração dos dados pessoais e a relação entre dados pessoais e poder econômico, e como essa nova realidade, que aponta para a importância da proteção de dados pessoais, está conectada ao debate sobre as premissas e objetivos do direito concorrencial.

Ainda, o Capítulo contextualizará o tema frente aos aportes teóricos para a superação da influência da Escola de Chicago, a partir das contribuições trazidas pelos movimentos Pós-Chicago e Neobrandeisianos, os quais apontam para a necessidade de uma visão mais realista do processo competitivo. Ademais, aproximando o tema do contexto brasileiro, o Capítulo apontará que a integração da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial é possível a partir da leitura da ordem econômica constitucional e da perspectiva da concorrência como garantia institucional, a qual enfatiza a importância da existência de escolhas e de maior equilíbrio nas relações econômicas.

O Capítulo 2 adentrará efetivamente na interseção entre direito concorrencial e o direito da proteção de dados pessoais. O Capítulo explicitará que o direito da proteção de dados pessoais se desenvolveu como um direito autônomo e uma disciplina jurídica própria que vai bastante além do tradicional direito à privacidade. O esforço dogmático realizado de caracterizar os contornos do direito da proteção de dados pessoais e diferenciá-lo do direito à privacidade tem por objetivo tornar mais clara a relação com o direito concorrencial e afastar a confusão conceitual e de escopo que tem impedido um diálogo mais compreensivo e uma integração mais efetiva com a disciplina concorrencial.

Feita essa exposição, o Capítulo examinará a comunhão de interesses e objetivos compartilhados entre o direito concorrencial e o direito da proteção de dados pessoais, indicando em que medida há convergência e complementaridade entre as disciplinas. O Capítulo também apresentará uma visão panorâmica da evolução do debate internacional sobre a interface entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais, demonstrando-se que, de um afastamento inicial, caminhou-se para a convergência entre as disciplinas e a compreensão emergente sobre a necessidade de uma abordagem holística envolvendo direito da concorrência e proteção de dados pessoais, incluindo a integração de aspectos da proteção de dados pessoais na aplicação do direito concorrencial.

O Capítulo 3 volta-se à exposição sobre como integrar a proteção de dados pessoais à análise e à aplicação material do direito concorrencial na prática do controle de estruturas e condutas. Adota-se como referencial metodológico condutor deste Capítulo, conforme será explicado, a perspectiva do direito da proteção de dados pessoais como influência interna à aplicação do direito da concorrência; ou seja, tomado como um parâmetro da análise da dimensão não preço da concorrência ou como um parâmetro indicativo da abusividade de condutas anticompetitivas.

Na parte do Capítulo sobre o controle de estruturas, será analisada a teoria de dano da degradação da proteção de dados pessoais a partir de exemplos de casos, apontando-se também possibilidades de se superar os desafios analíticos relacionados à interpretação dessa teoria de dano e sua aplicação no contexto da Lei 12.529/2011. Em seguida, na parte do Capítulo sobre o controle de condutas, inicialmente será analisado o paradigmático caso *Facebook* na Alemanha, desde a decisão administrativa da autoridade concorrencial até os recursos judiciais e a aplicação no contexto brasileiro. Também nesse Capítulo, serão analisados casos de abuso de posição dominante referentes a práticas de desenho de tecnologias voltadas à proteção da privacidade, os quais impõem uma reflexão sobre a necessidade de compatibilização entre concorrência e proteção de dados pessoais.

Concluída a exposição sobre a possibilidade de integração da proteção de dados pessoais ao controle de estruturas e condutas, o Capítulo 4 examinará em que medida essa integração é uma questão eminentemente de política pública, notadamente, de arranjo institucional. O Capítulo pretende investigar como essa integração está relacionada à forma de organização da atuação do poder público, a partir da análise de tendências de arranjos institucionais para atuação integrada entre autoridades de concorrência e de proteção de dados pessoais em diferentes contextos (controle de condutas, regulações concorrenciais assimétricas e controle de estruturas). A análise pretende identificar padrões, inovações e variáveis institucionais e o modo como as estruturas, processos e normas jurídicas moldam e conformam a integração da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial, e como elas podem informar possíveis arranjos para o contexto brasileiro.

Com isso, o presente trabalho pretende identificar quais são os caminhos possíveis (e em que medida são factíveis e decisivos) para a integração da proteção de dados pessoais à análise substancial e à aplicação do direito concorrencial, seja no plano teórico, identificando-se leituras e interpretações possíveis no sentido da convergência normativa de ambas as disciplinas, seja no plano mais operacional, apontando-se a aplicação dessa integração no controle concorrencial de estruturas e condutas e na arquitetura institucional de intervenção concorrencial nos mercados movidos a dados pessoais.

1 DADOS PESSOAIS, PODER ECONÔMICO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Os dados pessoais assumem significativa importância como fonte de produtividade econômica em diversos mercados. Em alguns, constituem a matéria-prima central dos modelos de negócio; em outros, são decisivos para promoção de eficiências e inovação. À medida em que evoluem as tecnologias e a escala do processamento de informação, aumenta também o número de operações econômicas e condutas envolvendo grandes volumes de dados pessoais, submetidos ao escrutínio das autoridades concorrenciais.

Embora a aplicação do direito da concorrência tenha evoluído para melhor apreender as dinâmicas concorrenciais envolvendo dados e seus efeitos concorrenciais, a aplicação atual da disciplina parece bastante aquém do seu potencial, notadamente quando o poder econômico está relacionado à exploração de dados pessoais.

Reputa-se que a ausência de aplicação devida da matéria para a problemática da exploração dos dados pessoais parece ter como causa, especialmente, as premissas e os objetivos atualmente adotados para nortear o *enforcement* do direito concorcencial. Tais pressupostos conduzem à inexorável resistência e dificuldade das autoridades em considerar adequadamente os efeitos sobre parâmetros não preço, como a proteção de dados.

Tendo em vista que a participação dos indivíduos nas relações econômicas e sociais é cada vez mais dependente do fornecimento de dados pessoais, que concentrações econômicas podem resultar em problemas estruturais de degradação da proteção de dados pessoais, e que o abuso do poder econômico pode se manifestar por meio da imposição abusiva de condições de tratamento de dados pessoais, parece inadiável que o direito da concorrência passe a considerar a proteção de dados pessoais em sua análise.

Portanto, o problema sobre como integrar a proteção de dados pessoais ao direito da concorrência parece depender necessariamente do exame das premissas e dos objetivos da disciplina, a fim de esclarecer em que medida podem comportar, fundamentar e prescrever sua consideração. Esse será o objeto do Capítulo.

Inicialmente, será importante realizar uma exposição sobre os aspectos gerais da exploração econômica dos dados pessoais, introduzindo conceitos sobre as características econômicas dos dados pessoais, o papel dos dados pessoais como ativo econômico e sua relação com o poder econômico. Com isso, pretende-se apresentar a visão de que a dinâmica

competitiva envolvendo dados pessoais possui características novas, associados à dimensão não preço, ou seja, que desafiam a aplicação tradicional do direito da concorrência.

Na sequência, o Capítulo proporá uma reflexão sobre as premissas e os objetivos do direito da concorrência e como eles poderiam orientar uma aplicação mais atenta à proteção dos dados pessoais. Para tanto, a partir de uma crítica da influência da Escola de Chicago, serão examinadas as contribuições das abordagens Pós-Chicago e do movimento Neobrandeisiano. As últimas seções do Capítulo serão dedicadas a leituras sobre premissas e objetivos do direito da concorrência a partir ordem econômica constitucional e da concepção da concorrência como garantia institucional.

1.1 Aspectos gerais da exploração econômica de dados pessoais

A presente seção tem por objetivo oferecer uma introdução conceitual sobre a relevância dos dados pessoais na economia, estabelecendo as premissas e o contexto para este Capítulo e, de modo geral, para a dissertação. Para tanto, a seção está dividida na exposição sobre (i) as características econômicas dos dados pessoais; (ii) a função dos dados pessoais como ativo econômico; e (iii) a relação entre dados pessoais e poder econômico.

1.1.1 Características econômicas dos dados pessoais

Dados são bens intangíveis e, portanto, caracterizam-se como aquilo que a teoria econômica classifica como *bens não rivais*. Assim, diferentemente de bens tangíveis cujo uso e consumo resultam na depreciação e alteração das características físicas do bem (por exemplo, uma maçã, uma máquina), os dados podem ser utilizados por agentes econômicos diversos simultaneamente, sem alteração das características dos dados, ou seja, sem que sua utilização resulte na redução da quantidade de dados disponível para outros agentes.¹ Tais características também se aplicam aos dados pessoais.

A literatura também aponta que os dados podem ser caracterizados como *bens não exclusivos*, quando não for possível ou proibitivamente caro impedir outros agentes econômicos

¹ COYLE, Diane *et al.* *The value of data: policy implications*. Cambridge: Bennett Institute for Public Policy; Open Data Institute, p. 4; JONES, Charles I.; TONETTI, Christopher. Nonrivalry and the Economics of Data. *American Economic Review*, v. 110, n. 9, p. 2819-58, 2020, p. 2820.

de utilizá-los – nesse caso, também se classificam como *bens públicos*.² É o caso, pode-se dizer, dos dados pessoais tornados manifestamente públicos pelos titulares.

Por outro lado, quando o acesso aos dados é excluído por meios técnicos ou legais (como a própria legislação de proteção de dados pessoais³), podem ser caracterizados como *bens de clube*.⁴ Tal distinção possui relevância uma vez que a exclusividade ou não dos dados (ou dos bancos de dados) tem reflexo na dinâmica concorrencial.

O senso comum leva a crer que, em geral, os dados são bens públicos (ou seja, não exclusivos) porque haveria uma grande disponibilidade de dados, facilmente acessíveis a qualquer um, seja na internet (por exemplo, por meio de bancos de dados de acesso público), seja no mundo real (por exemplo, por meio da observação e captação por diferentes sensores presentes no cotidiano). Entretanto, existe um imenso contingente de dados de difícil acesso, considerados bens de clube (ou seja, primordialmente exclusivos).

Embora ninguém esteja impedido de coletar dados pessoais, a parte complicada é chegar à fonte dos dados – as pessoas. Determinados tipos de dados somente são captáveis por meio de tecnologias ou atividades econômicas bastante específicas.⁵ Sensores em *wearables*, assistentes virtuais, dados de navegação na internet, dados preditivos, redes sociais, supermercados, farmácias. Em tais contextos, a captura dos dados somente estará acessível aos agentes econômicos imediatamente ligados a tais tecnologias e atividades. Daí por que os referidos dados serão de difícil acesso por outros agentes econômicos.

A própria singularidade de uma plataforma digital incumbente, alçada à posição dominante, revela-se impeditiva para a captura de dados pessoais de mesma natureza por outros concorrentes, uma vez que os usuários tendem a não migrar para outras plataformas em

² De acordo com as definições trazidas por manuais econômicos, o bem público puro “é aquele em que o custo marginal de oferecê-lo a uma pessoa adicional é rigorosamente zero e é impossível excluir quem quer que seja de receber o bem” (STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, p. 195-196). Em outra definição, “é aquele cujo gozo não se pode excluir a população, independentemente de alguém pagar ou não por ele, e cujo consumo por um indivíduo não reduz a quantidade disponível para outro indivíduo” (MOCHÓN, Francisco. *Princípios de economia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 127).

³ A legislação de proteção de dados pessoais, por exemplo, pode exigir a obtenção do consentimento para a mudança da finalidade do tratamento dos dados pessoais, revelando-se impeditivo para a livre disposição dos bancos de dados pessoais.

⁴ COYLE, Diane *et al.* *The value of data...*, cit., p. 4.

⁵ COYLE, Diane *et al.* *The value of data...*, cit., p. 11.

decorrência dos fortes efeitos de rede diretos, levando à conclusão de que os dados pessoais nesses contextos assumem características de bens exclusivos.⁶

Ademais, embora os dados pessoais em si sejam não rivais, a extração de renda da informação e da inovação e as vantagens competitivas decorrentes da exploração dos dados pessoais possuem natureza rival, de modo que as empresas possuem incentivos para impedir que concorrentes capturem essa renda, o que pode ser feito pela exclusão do acesso a dados ou por meio de medidas técnicas de degradação da proteção de dados pessoais.⁷

Além disso, é necessário distinguir o dado individualizado (*datum*) – irrelevante isoladamente sob a perspectiva concorrencial – do banco de dados, que adquire características econômicas próprias. Em algumas situações, os bancos de dados, de tão volumosos, podem assumir a natureza exclusiva, quando sua operação exige tamanhos investimento, capacidade computacional, capital humano e *know-how*, que se torna inviável a sua utilização por agentes econômicos sem capacidade financeira e tecnológica.

Os dados pessoais também geram *externalidades*, que podem ser positivas ou negativas. Como exemplos de *externalidades positivas*, tem-se que quantidades maiores de dados disponíveis podem melhorar a performance de um algoritmo preditivo, enriquecer os dados contidos em outras bases de dados ou incrementar a personalização de produtos e serviços. Por outro lado, o processamento de dados pessoais em larga escala gera *externalidades negativas* como a redução da privacidade de indivíduos, o aumento das possibilidades de discriminação e do risco de vazamentos de dados e fraudes.⁸

Assim, a natureza não rival dos dados e a existência de externalidades positivas e negativas significa dizer que os mecanismos de mercado não são, por si só, capazes de produzir resultados socialmente ótimos, razão pela qual surge a necessidade de regulação jurídica dos dados pessoais, para além de razões morais, éticas e jurídicas, que também serão examinadas mais à frente por este trabalho.

Ademais, em decorrência de tais características econômicas, aponta-se ser provável que estejamos vivenciando um contexto de superprodução de dados pessoais com riscos à

⁶ PURTOVA, Nadezhda. The illusion of personal data as no one's property. *Law, Innovation and Technology*, v. 7, n. 1, p. 83-111, 2015, p. 107.

⁷ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising* (market study final report). Londres, 2020, Appendix T: our approach to assessing data remedies, p. 2.

⁸ COYLE, Diane *et al.*, op. cit., p. 5.

privacidade, bem como a subprodução em contextos socialmente relevantes, além da utilização bastante limitada em atividades singulares dentro de firmas específicas.⁹

Em conclusão, os dados pessoais em geral são considerados bens não rivais, ao passo que podem assumir natureza exclusiva (bens de clube) ou não exclusiva (bens públicos). Entretanto, a singularidade e a exclusividade associadas à coleta massiva de dados pessoais por poucos agentes econômicos, sobretudo em mercados concentrados, são os aspectos que causam as preocupações concorrenciais e de proteção de dados pessoais, que serão examinadas no presente trabalho.

1.1.2 Dados pessoais como ativo econômico

As informações sobre consumidores sempre possuíram, de modo geral, importância no comércio de bens e serviços. Entretanto, a extração de valor econômico a partir de dados pessoais alcançou um patamar inédito, industrial e massivo, com a evolução das tecnologias de processamento de informação na virada para o século XXI.

Com a passagem da economia pré-industrial para a economia informacional, a produtividade econômica passou a se centrar em conhecimento e nas tecnologias de processamento de informação e de comunicação, em processos de retroalimentação cumulativo entre inovação e seu uso.¹⁰ Nesse contexto, os bancos de dados pessoais também se tornaram um insumo para a atividade econômica, por meio da sua utilização no processo produtivo para a geração de conhecimento e de novas tecnologias de informação ligadas à exploração econômica dos dados pessoais, em ciclos que se reproduzem.

No mundo analógico, os cadastros de dados de consumidores encontravam limitações físicas para sua utilização em larga escala. Tais limitações foram paulatinamente superadas com a transição para sistemas eletrônicos e crescente aumento das capacidades de processamento de informação. Esse contexto, inclusive, ensejou o surgimento da proteção de dados pessoais, conforme será explicado no Capítulo seguinte. Por consequência do aumento das capacidades de processamento, existem atualmente bancos de dados cada vez maiores e uma miríade de ferramentas e aplicações destinadas ao tratamento de dados de consumidores e à obtenção de valor econômico.

⁹ COYLE, Diane *et al.*, op. cit., p. 5.

¹⁰ Para uma descrição, caracterização e análise da transição para a economia informacional, cf. CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 1 (A sociedade em rede). 18 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 108.

No que concerne à obtenção de valor econômico dos dados pessoais, a literatura utiliza diferentes nomenclaturas para classificar as diferentes fases da cadeia de valor dos dados pessoais, sendo possível resumi-la da seguinte forma, conforme o tratamento realizado em cada momento: (i) *coleta* ou *acesso*, (ii) *armazenamento e agregação*; (iii) *análise e distribuição*, e (iv) *utilização*.¹¹ Cada etapa pode envolver um mesmo ou diferentes agentes econômicos, conforme a organização da atividade econômica.

Os dados pessoais podem ser coletados de diferentes formas no cotidiano de consumidores. É possível classificar em três os modos de coleta de dados pessoais: (i) *voluntário* (e.g., por meio de cadastros realizados pelos consumidores, compras online etc.), (ii) *observado* (e.g., por meio do monitoramento dos consumidores, rastreamento, vigilância etc.), e (iii) *inferido* (e.g., por meio de análise de dados, classificação, cruzamento de dados entre diferentes bases etc.).¹²

O agente econômico, em regra, dedica especial atenção à primeira etapa da cadeia de valor, a coleta ou extração dos dados, visando à obtenção de dados pessoais da melhor *qualidade* possível, o que potencializará o valor econômico da base de dados. A qualidade dos dados depende de fatores como a *completude, precisão e atualidade* dos dados. Assim, a elaboração de procedimentos e sistemas de coleta e extração de dados busca minimizar o risco de coleta de dados incorretos, imprecisos e enviesados, que venham a prejudicar a análise dos dados e a obtenção de informações e conhecimento em momento posterior.¹³

Após a coleta dos dados, há a etapa de armazenamento e agregação. Quanto mais estruturados e organizados estiverem os dados, maior será o valor econômico atribuído às bases de dados. Um procedimento típico dessa etapa é a limpeza dos dados, para prevenção de erros; do contrário, grandes volumes de dados desestruturados acarretam significativos custos de organização ou podem inviabilizar a utilização dos dados em escala. Além disso, dados estruturados conforme normas e padrões técnicos facilitam a interoperabilidade de sistemas e, por decorrência, a geração de valor.

A etapa seguinte da cadeia de valor é a análise dos dados, que representa uma das fases mais importantes da extração de valor econômico dos dados, uma vez que, a partir dessa etapa,

¹¹ OECD. Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. *OECD Digital Economy Papers*, n. 220, OECD Publishing, 2013, p. 10.

¹² OECD. Exploring the Economics of Personal Data..., cit., 2013, p. 10.

¹³ COREA, Francesco. *An Introduction to Data: Everything You Need to Know About AI, Big Data and Data Science*. Springer, 2019, p. 2.

torna-se possível a obtenção de informações valiosas e a geração de *insights* e conhecimento, que serão utilizados para a tomada de decisão pelo agente econômico.

A expressão *análise de dados (data analytics)* abrange um conjunto de técnicas em diferentes campos do conhecimento, sendo frequentemente utilizada em substituição às expressões “ciência de dados” (*data science*), “mineração de dados” (*data mining*), “extração de conhecimento” (*knowledge discovery*), entre outros.

A distinção entre as designações não é clara, mas todas elas se referem à extração de padrões ou modelos matemáticos de decisão a partir de bancos de dados, com o objetivo de subsidiar decisões de negócio. Diferentes técnicas subjacentes servem a esse propósito, cobrindo uma variedade de disciplinas como estatística (*e.g.*, regressão linear e logística), *machine learning* (*e.g.*, árvores de decisão), biologia (*e.g.*, redes neurais, algoritmo genético, inteligência de enxame) e métodos de Kernel (*e.g.*, máquinas de vetores de suporte).¹⁴

Quanto maior o volume de dados disponível, tanto mais apuradas e precisas serão as operações de análise dos dados carreadas pelos agentes econômicos.¹⁵ Tal aspecto tem levado à coleta massiva de dados em todos os domínios da vida humana (fenômeno referido como *datificação*). Em decorrência do processamento de volumes cada vez maiores de dados, cunhou-se o termo *big data*, que se refere a “conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de ferramentas típicas de *software* de banco de dados para capturar, armazenar, gerenciar e analisar”.¹⁶

Outro elemento relacionado à análise de dados, frequentemente referido, são os *algoritmos*, que podem ser descritos como um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito ou, ainda, realiza análises preditivas a partir de um conjunto de probabilidades.¹⁷ Assim, por exemplo, um programa de computador, site ou

¹⁴ BAESENS, Bart. *Analytics in a Big Data World: The Essential Guide to Data Science and Its Applications*. Wiley, 2014, p. 7-8; KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data Science*. Cambridge: The MIT Press, 2018, p. 1.

¹⁵ BAESENS, op. cit., p. 13; COREA, op. cit., p. 2.

¹⁶ Referida definição é trazida por relatório do McKinsey Global Institute. Nesse sentido: “‘Big data’ refers to datasets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyze. This definition is intentionally subjective and incorporates a moving definition of how big a dataset needs to be in order to be considered big data – i.e., we don’t define big data in terms of being larger than a certain number of terabytes (thousands of gigabytes). We assume that, as technology advances over time, the size of datasets that qualify as big data will also increase. Also note that the definition can vary by sector, depending on what kinds of software tools are commonly available and what sizes of datasets are common in a particular industry. With those caveats, big data in many sectors today will range from a few dozen terabytes to multiple petabytes (thousands of terabytes)” (MANYIKA, James *et al.* *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity – Executive Summary*. McKinsey Global Institute, 2011, p. 6).

¹⁷ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 90, p. 39-64, 2019, p. 41.

aplicativo pode conter milhares de algoritmos, traduzidos em códigos de programação, que se constituem como propriedade intelectual dos agentes econômicos.¹⁸

A partir dos algoritmos, chega-se à *inteligência artificial* (IA), definida como “um sistema que pode aprender a como aprender, ou, em outras palavras, uma série de instruções (algoritmos) que permitem aos computadores escreverem seus próprios algoritmos sem que estes sejam explicitamente programados”.¹⁹ A seu turno, a aprendizagem de máquina (*machine learning*), outra área sempre referida no contexto da exploração de dados pessoais, constitui um tipo de IA, caracterizado como um sistema que aprende a partir de dados, de modo supervisionado por humanos ou não.²⁰

Em síntese, o termo “inteligência de máquina” é utilizado, de modo geral, como guarda-chuva para as diferentes operações de computação, desde a aplicação de algoritmos clássicos, à análise preditiva, inteligência artificial e aprendizagem de máquina.²¹ Dessa forma, constata-se que grandes volumes de dados, incluindo dados pessoais, servem de insumo para alimentar operações de inteligência de máquina, a fim de identificar correlações, causalidades e relações de interesse para obtenção de generalizações e conhecimento.²²

Na economia digital, a análise de dados e a inteligência de máquina são utilizadas em diferentes setores da economia, podendo-se mencionar aplicações como a modelagem de risco de crédito, a detecção de fraude, o tratamento de dados para *marketing* e relacionamento com clientes, o mapeamento do histórico de navegação na internet e do comportamento dos usuários, publicidade online, ranqueamento online, tradução de línguas, reconhecimento de voz e processamento visual de imagens, entre outras.

Percebe-se que a análise de dados se reverte em diversas eficiências econômicas, melhorando a atuação dos agentes econômicos e trazendo benefícios aos consumidores. É possível mencionar vantagens econômicas de ao menos cinco ordens, tais como (i) criação de transparência; (ii) viabilização do experimentalismo para identificação de necessidades e incremento de performance; (iii) segmentação para customização de produtos e serviços; (iv)

¹⁸ MENDES; MATTIUZZO. Discriminação Algorítmica..., cit., p. 41.

¹⁹ COREA, op. cit., p. 16 (tradução livre); cf. original: “An artificial intelligence is a system that can learn how to learn, or in other words a series of instructions (an algorithm) that allows computers to write their own algorithms without being explicitly programmed for”.

²⁰ COREA, op. cit. p. 26, 31.

²¹ Nesse sentido, e.g., ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: Public Affairs, 2019, p. 65.

²² Nesse sentido, por exemplo: *Machine Learning*. Google Research. Disponível em: <<https://research.google/research-areas/machine-intelligence/>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

substituição ou suporte à decisão humana por meio de algoritmos; e (v) inovação por meio da criação de novos modelos de negócios, produtos e serviços.²³

Em conclusão, a economia da informação alçou os dados pessoais à condição de importante ativo econômico, convertendo-os em insumo para diferentes atividades econômicas e tornando-os centrais para modelos de negócio diversos, além de transformá-los em matéria-prima para operações de inteligência de máquina visando à extração de valor econômico.

A despeito da presença cada vez maior da coleta de dados pessoais no cotidiano dos consumidores, o verdadeiro valor econômico dos dados pessoais quase sempre permanece oculto para os titulares dos dados, o que é um dos maiores problemas identificados na economia movida a dados pessoais, conforme será apontado no Capítulo seguinte.

Isso significa que, apesar das formas cada vez mais sofisticadas de extração de valor dos dados pessoais pelos agentes econômicos, os consumidores finais desconhecem completamente o valor atribuído aos seus dados pessoais, o que permite que os controladores extraiam mais dados e renda dos consumidores, não raro por meio de práticas exploratórias associadas ao poder econômico. Daí por que se aponta que o direito da concorrência e o direito da proteção de dados pessoais podem caminhar juntos e convergir para empoderar os consumidores no processo decisório das relações de consumo.

1.1.3 Dados pessoais e poder econômico

As características dos mercados digitais, incluindo o papel desempenhado pelos dados pessoais, têm provocado diversas preocupações de acadêmicos e reguladores em relação à consolidação do poder de mercado das plataformas digitais e, por decorrência, também em relação às consequências da concentração econômica sobre o nível de privacidade e proteção de dados e de escolhas disponíveis aos consumidores finais.

Com o avanço da economia digital, viu-se o surgimento de inúmeros produtos e serviços ofertados sem cobrança pecuniária, dos quais parte importante está estruturada no modelo de plataforma (ou seja, em mercados de múltiplos lados). Nesse modelo, geralmente tem-se o lado de preço zero, no qual se coletam grandes quantidades de dados pessoais, e outros lados com mercados distintos, nos quais se estabelecem as cobranças pecuniárias, com a oferta

²³ MANYIKA, James *et al.* *Big data...*, cit., p. 5-6.

de produtos ou serviços conexos. São exemplos nesse sentido os mercados de redes sociais, buscadores online, aplicações de trocas de mensagens, entre outros.

As razões para a oferta de produtos e serviços a preço zero incluem a possibilidade de ampliação da coleta de dados pessoais, visando ao mapeamento do perfil e histórico comportamental dos usuários, o direcionamento ou não de propaganda segmentada, a ampliação da base de usuários para eventual venda do negócio ou dos bancos de dados, o oferecimento ou não de produtos complementares ou de planos *premium*, entre outras possibilidades.²⁴

Embora a análise concorrencial tradicional tenha maior facilidade em examinar efeitos concorrenciais sobre o lado da plataforma em que há a cobrança monetária (lado dos anunciantes de propaganda online, por exemplo), observa-se, no entanto, frequentemente a dificuldade ou omissão na efetiva consideração dos efeitos concorrenciais negativos sobre o lado de preço zero da plataforma (lado do consumidor final), no qual prevalecem os parâmetros da dimensão concorrencial não preço, referentes à qualidade, às escolhas disponíveis e à inovação. É o que ocorreu, por exemplo, na decisão europeia do caso *Facebook/WhatsApp* (2014), que será analisada no Capítulo 3.²⁵

Ademais, a doutrina frequentemente aponta que os produtos e serviços de preço zero seriam em verdade pagos pelos usuários com seus dados pessoais, que serviriam como espécie de “moeda de troca”.²⁶ Com efeito, embora essa analogia possa ser aplicável sob a ótica dos empresários, que financiam a atividade a partir dos dados, ela deve ser afastada sob a ótica dos consumidores finais. Em face das altíssimas assimetrias de informação existentes, os titulares dos dados pessoais quase nunca estão em condições de realizar uma transação econômica racional e adequada com seus dados – como ocorreria em uma compra envolvendo o pagamento em dinheiro –, uma vez que não têm a capacidade de compreender o valor atribuído aos seus dados no contexto do processamento massivo realizado na economia digital, inclusive quanto aos riscos de uso secundário.²⁷

²⁴ OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. *Quality consideration in digital zero-price markets*: background note by the Secretariat. 2018, p. 4.

²⁵ Seção 3.1.1, *infra*.

²⁶ Nesse sentido, *e.g.*, NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 1, p. 149-206, 2015, p. 166-169.

²⁷ Por essas razões, diversos autores tecem críticas ao paradigma do consentimento como vetor regulatório central da proteção de dados pessoais, havendo razoável consenso de que a efetivação da proteção de dados pessoais deve ir bastante além do consentimento. Cf., nesse sentido, por exemplo, MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revistas Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 507. Os autores destacam a

Em um ambiente hipotético de concorrência perfeita (no modelo teórico tipicamente adotado pela Escola de Chicago), os consumidores e agentes econômicos possuiriam pleno conhecimento sobre as condições gerais de concorrência, incluindo a qualidade dos produtos. Entretanto, a realidade dos mercados digitais é consideravelmente distinta. As complexas formas de coleta de dados pessoais implicam que os termos do contrato não são bem compreendidos pelos consumidores finais – a bem da verdade, parece mais factível assumir que quase sempre são completamente desconhecidos.²⁸

Daí que, lembrando a lição de Akerlof²⁹, a existência de altas assimetrias de informação leva ao funcionamento ineficiente dos mercados. A falta de um ambiente que propicie informação para que os consumidores possam valorar adequadamente a qualidade de produtos (por exemplo, o nível de proteção de dados ofertado) resulta naquilo que o autor denominou de *seleção adversa*, ou seja, na escolha de produtos de má qualidade e no fracasso daqueles de melhor qualidade (por exemplo, mais protetivos à privacidade). Tal cenário pode ser plenamente aplicável à realidade atualmente vivenciada na economia de dados pessoais, com o potencial agravamento em razão da concentração econômica.

Ademais, o comportamento alegadamente contraditório dos consumidores é frequentemente evocado pela corrente doutrinária mais cética, no argumento chamado de “paradoxo da privacidade”, como razão para legitimar o *laissez faire* na economia de dados pessoais.³⁰ Entretanto, referido paradoxo seria falso, na medida em que, entre outras razões, ele adota uma lógica falha ao se basear em pesquisas empíricas que refletem cenários bastante

insuficiência do paradigma do consentimento tendo em vista os seguintes aspectos, em resumo, “(i) as limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos; (ii) a lógica binária “*take-it-or-leave-it*”, que reflete a ausência de uma vontade livre em razão da assimetria de poderes entre ele e o agente responsável pelo tratamento, bem como a sua dependência a muitos serviços da sociedade da informação; e (iii) as modernas técnicas de tratamento e de análise dos dados pessoais, que possibilitam a agregação de informações e que dificilmente podem ser gerenciadas pelo titular de dados no momento da coleta dos dados”. Em sentido semelhante, Bruno Bioni destaca, entre outras limitações relacionadas ao consentimento, que o consumidor não sabe os custos efetivos das transações econômicas, já que “é incerto o alcance do fluxo de seus dados pessoais e, por conseguinte, o que deles se pode extrair”. Cf. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 154-167.

²⁸ REINO UNIDO. House of Lords. *Online platforms and the Digital Single Market*. 2016, p. 58-60.

²⁹ AKERLOF, George. Market for Lemons. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

³⁰ Como exemplo de utilização do alegado “paradoxo da privacidade” como argumento para não intervenção do antitruste, COOPER, James C.; YUN, John M. Antitrust & Privacy: It's Complicated. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 2022, n. 2, p. 343-397, 2022, p. 347: “First, in what has come to be known as the ‘privacy paradox,’ the available empirical evidence suggests that, although consumers profess to care deeply about privacy, they do not tend to alter their consumption choices based on privacy concerns. There are various explanations for the privacy paradox, but the underlying cause is irrelevant – if consumers do not respond to firms’ privacy choices, privacy cannot be an important dimension of competition”.

específicos e não generalizantes,³¹ ao passo que as preocupações com privacidade dos consumidores são altamente contextuais.³² A existência de altíssimas assimetrias de informação também torna o alegado paradoxo falso, uma vez que a maioria dos consumidores não está completamente ciente da extensão com que seus dados são explorados pela internet.³³ Outro conjunto de evidências aponta também que os consumidores estão simplesmente resignados ou frustrados ante a ausência de alternativas satisfatórias, o que explica o alegado comportamento contraditório.³⁴

Contribuições no campo da economia comportamental informam que o comportamento do consumidor é marcado por vieses, os quais são exploradas pelos agentes econômicos no desenho das tecnologias, induzindo ou direcionando os usuários a adotarem determinados comportamentos ou a realizarem certas escolhas que muitas vezes implicam a coleta de maior quantidade de dados pessoais.³⁵

Com efeito, diversos estudos e relatórios³⁶ apontam que o “preço zero” dos serviços ofertados na internet em verdade pode representar um “preço” muito alto para os consumidores finais, uma vez que há diversos elementos – relacionados à dimensão não preço da concorrência – que não estão entrando na equação das autoridades para avaliar o funcionamento dos mercados digitais, como a própria proteção dos dados pessoais; de modo que os consumidores podem não estar sendo adequadamente “compensados”. Assim, por exemplo, a baixa qualidade da proteção de dados pessoais pode ser ela própria um indicador da falta de concorrência e do nível de poder econômico nos mercados digitais.

³¹ SOLOVE, Daniel. The Mith of the Privacy Paradox. *George Washington Law Review*, v. 89, n. 1, p. 1-51, 2021, p. 1: “[...] the privacy paradox is a myth created by faulty logic. The behavior involved in privacy paradox studies involves people making decisions about risk in very specific contexts. In contrast, people’s attitudes about their privacy concerns or how much they value privacy are much more general in nature. It is a leap in logic to generalize from people’s risk decisions involving specific personal data in specific contexts to reach broader conclusions about how people value privacy. The behavior in the privacy paradox studies does not lead to a conclusion for less regulation.”

³² NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press, 2009, p. 15, 103-126 (expondo o debate sobre o paradoxo da privacidade e apontando que a privacidade depende primordialmente do contexto informacional).

³³ Nesse sentido, *e.g.*, “With big data and machine learning, firms are able to understand and manipulate individual preferences at a scale that goes far beyond what is possible in traditional markets. This capability is qualitatively new. The environment is characterized by extreme asymmetries of information and analytical capacity between the platform and the user.” (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. Stigler Committee on Digital Platforms Final Report, 2019, p. 60).

³⁴ MAZZUCATO, Mariana. *The Value of Everthing*. New York: Public Affairs, 2018, p. 219.

³⁵ “Platforms that analyze their consumers’ behavior can exploit these biases by framing choices to make certain information salient, designing a status quo that is profitable, inducing addictive behaviors, generating sales through impulsive consumption, and exploiting consumers’ disinclination to search.” (STIGLER CENTER, *cit.*, 2019, p. 58).

³⁶ O conteúdo desses estudos e relatórios será detalhado no Capítulo 2 (seção 2.2.2, *infra*).

O relatório da investigação do Congresso norte-americano sobre mercados digitais é um documento contundente nesse sentido, ao afirmar que a capacidade de uma plataforma de sustentar fortes efeitos de rede enquanto degrada a privacidade do usuário pode ser considerada uma conduta equivalente à decisão do monopolista de aumentar preços ou reduzir a qualidade do produto. Nesse ínterim, extraem-se mais dados, consolidando ainda mais a posição dominante, enquanto os usuários são praticamente compelidos a usar um serviço com poucas garantias de privacidade ou a lhe renunciar completamente.³⁷

O relatório também aponta que, sem transparência ou escolha efetiva, os agentes econômicos dominantes podem impor termos de serviço com fraca proteção à privacidade, projetados para restringir a escolha do consumidor, de modo a nivelar o processo competitivo por baixo. Essa dinâmica impede que novas empresas ofereçam produtos diferenciados pela forte proteção à privacidade ou reduz os incentivos para novos entrantes competirem com base nos parâmetros de proteção de dados pessoais.³⁸

Outra fonte de preocupação relacionada à exploração dos dados pessoais – que será exposta mais à frente neste trabalho, na análise de casos como *Microsoft/LinkedIn* (2016), *Facebook* (2019) e *Google/Fitbit* (2020) – consiste na combinação de dados pessoais entre serviços de um mesmo grupo econômico ou dentro de ecossistemas digitais, como meio de alavancagem do poder econômico para mercados adjacentes, o que pode ocorrer inclusive mediante a própria degradação da proteção de dados.

Ademais, conforme será apontado por este trabalho, as preocupações relacionadas à exploração dos dados pessoais pelo poder econômico se entrelaçam necessariamente com preocupações sobre o desenho das interfaces e da arquitetura dos sistemas de informações, que possuem influência direta na integridade do processo decisório dos consumidores e, por decorrência, na quantidade de dados pessoais coletados, na possibilidade de migração dos usuários ou em efeitos de aprisionamento (*lock-in*). Tais aspectos apenas reiteram a necessidade de interação entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais, o que será examinado no Capítulo seguinte.

³⁷ ESTADOS UNIDOS. House of Representatives. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. *Investigation of Competition in Digital Markets*. 2020, p. 51-54.

³⁸ ESTADOS UNIDOS, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 51-54. Em um dos depoimentos citados no relatório, afirmou-se que produtos mais protetivos à privacidade (por exemplo, baseados na redução significativa de coleta de dados pessoais no ambiente digital) teriam dificuldades de prosperar, uma vez que, tão logo lançados, eram premidos para fora do mercado por Google ou Facebook.

Em conclusão, o exame empreendido na presente seção aponta no sentido de que a economia informacional baseada na exploração comercial dos dados pessoais impõe uma série de novos desafios ao direito da concorrência, não apenas no tocante à mensuração do poder econômico baseado em dados pessoais em mercados digitais, mas também quanto à devida consideração dos efeitos negativos em mercados caracterizados por altíssimas assimetrias de informação e com preponderância da dimensão de concorrência não preço. Esses aspectos por si evidenciam a necessidade de se refletir sobre as premissas da aplicação do direito da concorrência, o que será feito na seção seguinte.

1.2 Reflexões sobre as premissas e os objetivos do direito da concorrência para uma interpretação e aplicação mais atenta à proteção dos dados pessoais

O diagnóstico da crescente concentração econômica e da relação estrutural entre o poder de mercado e a exploração abusiva dos dados pessoais é o ponto de partida para a reflexão proposta pela presente seção, que procura abordar as premissas e os objetivos que poderiam – ou deveriam – nortear a aplicação do direito concorrencial, de modo particularmente atento à proteção dos dados pessoais.

A economia movida a dados pessoais está inserida no contexto das profundas mudanças nas relações econômicas acentuadas pela economia digital. Essas mudanças são decorrentes e caracterizadas pelo aumento exponencial da coleta de dados e pela aguda presença de economias de escala e escopo, fortes efeitos de rede, assimetrias de informação e poder e, de modo geral, expansão e consolidação das plataformas e ecossistemas. Daí que as arquiteturas e tecnologias de processamento de informação assumem, cada vez mais, protagonismo na organização da atividade econômica.

Em vista dessas transformações, sociedade civil, academia e autoridades têm debatido, em diferentes jurisdições, a necessidade de se repensar as premissas e os objetivos que têm orientado a aplicação do direito da concorrência.

A concorrência movida a dados pessoais, notadamente em mercados de preço zero, implica que o foco de análise do direito concorrencial, como destacado, deve se voltar em maior medida à dimensão não preço da concorrência, que abrange a qualidade, a inovação e as escolhas disponíveis de produtos e serviços, o que pode, portanto, incluir também o nível de proteção de dados pessoais.

Não obstante, além da dificuldade ou resistência em se adaptar o instrumental concorrencial para a dinâmica competitiva baseada em *big data*, plataformas e ecossistemas, nota-se que o direito concorrencial tem sido, até os dias de hoje, aplicado de forma bastante centrada na análise de preço e no objetivo autorreferido de eficiência econômica, em perspectivas estáticas, dentro de mercados relevantes estritamente definidos, frequentemente assumindo premissas não compatíveis com a realidade. Parece impossível não notar, portanto, a influência do paradigma da Escola de Chicago.³⁹

A presente pesquisa aponta no sentido de que são necessárias uma interpretação e uma aplicação do direito da concorrência mais compatíveis com a realidade dos mercados intensivos em dados pessoais, o que passa por uma reflexão sobre as premissas e os objetivos da disciplina, a fim de que seja aplicada de uma forma mais atenta às preocupações de proteção de dados pessoais.

Embora se reconheça que a proteção de dados não é tradicionalmente considerada na análise do direito concorrencial, entende-se que a consideração da proteção de dados pessoais não implica necessariamente uma ampliação do escopo do direito da concorrência ou a sua aplicação para fim diverso daquele previsto no ordenamento jurídico pátrio. Pelo contrário, entende-se que seria possível, no contexto brasileiro, a leitura de que a consideração da proteção de dados pessoais pelo direito da concorrência está albergada pela legislação e fundamentada na ordem econômica constitucional.

Dito isso, a seção inicialmente delineará as premissas do paradigma da Escola de Chicago, a fim de que a influência dessa corrente – marcada pela análise centrada em preço e hiperfocada na eficiência econômica – possa ser superada. Na sequência, serão expostos os

³⁹ Nos mercados movidos a dados pessoais, o raciocínio que marca a aplicação tradicional do direito da concorrência, influenciada por uma perspectiva de análise econômica neoclássica, pode ser ilustrado do seguinte modo, embora bastante simplificado, para mera ilustração: os dados pessoais seriam abundantes e facilmente acessíveis (subestima barreiras e superestima o acesso e a entrada de rivais) e a concorrência estaria a um *click* de distância (superestima a rivalidade); os consumidores finais seriam racionais e incorreriam em cálculos de custo-benefício quando entregam os seus dados (tidos como mera “moeda de troca”) às plataformas (assume premissas incompatíveis com a realidade e subestima as fortes assimetrias de informação) e poderiam migrar facilmente (subestima os efeitos de rede e os custos de troca); os dados pessoais seriam analisados puramente como insumo, cujo propósito único seria melhorar a eficiência e qualidade dos produtos e serviços, de modo que o risco ou a efetiva violação da proteção de dados pessoais não seriam tomados como efeitos negativos (desconsiderando a dimensão normativa dos dados pessoais); em qualquer caso, reputaria que os efeitos negativos seriam de difícil mensuração, alegando que a privacidade é subjetiva e que as preferências dos consumidores seriam contraditórias (supervaloriza a racionalidade dos consumidores em transações envolvendo dados pessoais, dá primazia à utilidade e à análise de custo-benefício, desconsiderando valores do ordenamento jurídico); daí por que, também por isso, as preocupações com a exploração dos dados pessoais não seriam consideradas na análise; e, de qualquer modo, também se apostaria que o agente econômico deve cumprir a legislação de proteção de dados pessoais (subestima as assimetrias de informação e o risco de violação e abuso do poder econômico).

aportes teóricos das abordagens Pós-Chicago e da corrente Neobrandeisiana. Ao final do Capítulo, tratar-se-á do contexto brasileiro, a partir de leituras da ordem econômica constitucional e do conceito de garantia institucional da concorrência.

Ao indicar as premissas da Escola de Chicago a serem superadas e as limitações do debate Pós-Chicago, a reflexão da presente seção apontará leituras e interpretações possíveis, compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, para uma aplicação mais realista, efetiva e adequada do direito da concorrência, considerando as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro e do contexto da economia movida a dados pessoais. Em particular, serão investigadas possibilidades que levem em conta as assimetrias de informação e as imperfeições de funcionamento do mercado e do processo decisório dos consumidores finais, a fim de viabilizar, portanto, que a proteção de dados pessoais possa ser devidamente considerada na análise concorrencial.

1.2.1 Premissas da Escola de Chicago: a teoria de preço e concorrência perfeita

Permanece viva a influência dos pressupostos da Escola de Chicago na aplicação do direito da concorrência, ancorados em larga medida na economia neoclássica centrada em preço, e que, portanto, tem grande dificuldade em integrar na sua análise as dimensões de qualidade, escolhas e inovação, em perspectiva dinâmica.

Ademais, os pressupostos da Escola, que colocam a eficiência econômica à frente de valores jurídicos, partem da premissa do funcionamento perfeito da concorrência, o que se afigura bastante incompatível com a realidade dos mercados movidos a dados pessoais. Dessa forma, cumpre nos parágrafos seguintes realizar uma breve exposição sobre o desenvolvimento e as premissas dessa corrente teórica, para à frente expor as discussões que sugerem a superação dessa influência.

Inicialmente, destaca-se que o surgimento da economia neoclássica, que influenciou o surgimento da Escola de Chicago no antitruste, é atribuído ao nascimento da escola marginalista de pensamento econômico, na segunda metade do século XIX, caracterizada pela introdução da noção de utilidade marginal e pelo modelo de concorrência perfeita.⁴⁰ A partir do trabalho de Marshall, em especial, que trouxe contribuições à ciência econômica como o

⁴⁰ OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William C. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 1983, p. 206-218.

modelo de equilíbrio parcial e a proposição do excedente do consumidor,⁴¹ a análise econômica passou a se centrar mais fortemente na teoria de preço como referencial analítico, servindo de base posteriormente para Chicago.⁴²

Não obstante, é importante destacar que, já no início do século XX, o modelo de concorrência perfeita sofria as primeiras críticas de relevo. Entre as mais importantes, destacam-se as decorrentes das obras de Robinson e de Chamberlin no ano de 1933.⁴³ Os autores concluíram que, entre os modelos de concorrência pura e de monopólio, havia um conjunto de possibilidades intermediárias, entre elas, a concorrência monopolista e o oligopólio. Apesar de esses conceitos terem rapidamente ingressado no vocabulário econômico, foram fortemente resistidos pelos acadêmicos vinculados à Escola de Chicago.⁴⁴

A noção de concorrência imperfeita, por exemplo, introduzida por Robinson, ilustra que há muito tempo já se formulava uma teoria econômica que colocava em xeque o ideário clássico da autocorreção dos mercados. Joseph Schumpeter chegou a afirmar, em 1934, em revisão do livro de Robinson, que a visão geral sobre o processo econômico seria poderosamente afetada pela teoria da concorrência imperfeita por ela formulada. Afirmou que, assim que se percebiam as implicações dessa teoria, desapareciam todas as presunções que se atribuíam ao funcionamento competitivo da economia, de modo que a intervenção do Estado deveria se tornar a regra e não mais a exceção.⁴⁵

A partir da segunda metade do século XX, quando surge a Escola de Chicago, a teoria de preço se tornou efetivamente associada a essa corrente por meio de expoentes como os

⁴¹ RONCAGLIA, Alessandro. *The Wealth of Ideas: A History of Economic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 353-366.

⁴² WEYL, E. Glen. Price Theory. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 2, p. 329-384, 2019, p. 343.

⁴³ Trata-se das obras *The Economics of Imperfect Competition* (1933), de Joan Robinson; e *The Theory of Monopolistic Competition* (1933), de Edward Chamberlin. Cf. GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. São Paulo: Pioneira, 1989, p. 163-166. Para Galbraith, outra emenda importante ao modelo marshalliano na primeira metade do século XX é decorrente da obra *The Theory of Economic Development* (1911), do economista Joseph Schumpeter.

⁴⁴ GALBRAITH, *O pensamento econômico em perspectiva...*, cit., p. 165-166. No mesmo sentido, Hovenkamp e Morton destacam que os acadêmicos vinculados à Escola de Chicago ficaram conhecidos pela hostilidade às implicações das teorias de oligopólio e de concorrência monopolista no *enforcement* concorrencial (HOVENKAMP, Herbert; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7. p. 1843-1878, 2020, p. 1847).

⁴⁵ SCHUMPETER, Joseph A.; NICHOL, A. J. Robinson's Economics of Imperfect Competition. *Journal of Political Economy*, v. 42, n. 2, p. 249-259, 1934, p. 250-251. Cf. original: "[...] we can see how many important problems this new body of analysis will have to face, and how powerfully our general outlook on the economic process will be affected by it. To mention but one instance, as soon as we realize the implications of imperfect competition all presumption vanishes for some of those effects to emerge which we used to attribute to the normal working of an economic society which in common parlance would still be called 'competitive.' Our theorems about maximum satisfaction or maximum national dividend cease to hold true and the list of cases in which collective political action can increase both of them becomes so extended as to make these cases the rule rather than more or less curious exceptions."

economistas Milton Friedman, George Stigler e Gary Becker. Como bem nota a literatura, essa associação à teoria de preço se deveu ao fato de a Escola de Chicago ter se mantido isolada de desenvolvimentos no campo da teoria econômica da época, como a teoria dos jogos, a economia comportamental e a economia da informação, que àquele momento já começavam a deslocar a teoria de preço do centro do pensamento econômico.⁴⁶

A década de 1950 marca o início da Escola de Chicago no antitruste, a partir dos trabalhos de Aaron Director, que se resumiam à aplicação simplificada da teoria de preço.⁴⁷ Mais tarde, nos anos 1960 e 1970, esses trabalhos seriam desenvolvidos, sobretudo, por Robert Bork e Richard Posner, com a aplicação da teoria marginalista.⁴⁸

No livro *The Antitrust Paradox* (1978), que compila ideias veiculadas por Bork em artigos escritos desde a década de 1960, o autor afirma – em visão, como se sabe, partilhada por Richard Posner⁴⁹ – que a teoria de preço seria o instrumento necessário para oferecer coerência metodológica ao antitruste, chegando a afirmar que nenhum outro campo de conhecimento além da teoria de preço poderia servir de guia para a análise de efeitos econômicos sobre o bem-estar do consumidor.⁵⁰

Assim que, adaptando o modelo de *trade-off* de bem-estar de Oliver Williamson, Bork constrói a sua influente proposição de que o objetivo do antitruste seria a promoção do bem-estar do consumidor, o qual seria alcançado, segundo ele, pela eficiência econômica em suas dimensões alocativa e produtiva.⁵¹

⁴⁶ WEYL, E. Glen. *Price Theory*, cit., p. 353-354. No mesmo sentido observam Hovenkamp e Morton: “A rejeição de avanços inconvenientes na economia tornou-se uma marca registrada da análise da Escola de Chicago. Seus seguidores eram libertários que estavam comprometidos, por motivos ideológicos, com uma menor intervenção do Estado. A clássica e liberal *Mont Pelerin Society* [organização internacional fundada em 1947] reivindicou entre seus membros fundadores não apenas Friedrich Hayek e Frank Knight, mas também George Stigler, Aaron Director, Fritz Machlup, Milton Friedman, James M. Buchanan e Gary Becker.” (HOVENKAMP, Herbert; MORTON, Fiona Scott. *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7. p. 1843-1878, 2020, p. 1847, tradução livre).

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 39.

⁴⁹ POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, p. 925-948, 1978, p. 928, 932. A eleição da teoria de preço como pilar da análise antitruste por Bork representa a influência do pensamento exercido por Aaron Director, cujos trabalhos iniciais remontam à década 1950, e de quem o primeiro foi aluno.

⁵⁰ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978, p. 117: “There is no body of knowledge other than conventional price theory that can serve as a guide to the effects of business behavior upon consumer welfare. To abandon economic theory is to abandon the possibility of a rational antitrust law.”

⁵¹ BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 91: “The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.”

Há significativo debate sobre o que vem a ser entendido como bem-estar do consumidor, que não se pretende aqui aprofundar. Destaca-se apenas que há certo consenso de que Bork empregou o termo de forma confusa em seu livro.⁵² Pode-se resumir em duas as correntes sobre a abrangência do termo no antitruste norte-americano: a que argumenta que a expressão significa *excedente do consumidor*; e a que aponta que a definição correta seria *excedente total* (ou *bem-estar agregado*). O excedente do consumidor significa o bem-estar percebido pelos consumidores em determinado mercado, ao passo que o excedente total (ou bem-estar agregado) representa o bem-estar percebido por consumidores e produtores no mercado considerado. O conceito de excedente total (ou bem-estar agregado) desconsidera a transferência de riqueza entre consumidores e produtores e, portanto, ignora situações em que consumidores saem prejudicados. Desse modo, a visão prevalente na doutrina e na jurisprudência norte-americana seria a de que o bem-estar do consumidor significa excedente do consumidor.⁵³

Como destacado anteriormente, os pressupostos básicos da metodologia da Escola de Chicago do antitruste foram objeto de frequente crítica por estarem profundamente dissociados da realidade de funcionamento dos mercados. Tais pressupostos, que decorrem da própria eleição do equilíbrio estático da teoria de preço como esquema analítico do bem-estar do consumidor, são assim resumidos: (i) total racionalidade dos tomadores de decisão; (ii) comportamento autônomo dos consumidores; (iii) estrutura de mercado perfeitamente competitiva; (iv) informações perfeitas para vendedores e compradores; (v) ausência de preferências sobre os bens em um mercado e conseqüente homogeneidade de mercadorias; e (vi) divisibilidade e mobilidade dos recursos econômicos.⁵⁴

Dessa forma, diferentemente das premissas puramente idealizadas e racionais do modelo teórico da Escola de Chicago, sabe-se que, na realidade, empresas e consumidores são

⁵² Em geral, aponta-se que Bork utilizou a expressão “bem-estar do consumidor” no sentido de excedente total e não de excedente do consumidor. Nesse sentido, entre vários autores, *e.g.*, ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2010, p. 148-149 (apontando o mal uso da expressão por Bork, o fato de ele ter obscurecido conceitos básicos de economia e de se referir à eficiência alocativa); SALOP, Steven C. Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336-353, 2010, p. 347-8 (destacando a confusão no uso da expressão por Bork, o que contradizia as próprias posições do autor no livro).

⁵³ HOVENKAMP, Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?. *Journal of Corporation Law*, v. 45, p. 101-130, 2019, p. 101-102; ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2010, p. 137-138; CASTRO, Bruno Braz de. *A que(m) serve o antitruste?: eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2019, p. 89-105.

⁵⁴ SCHMIDT, Ingo L. O.; RITTALER, Jan B. *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1989, p. 106.

caracterizados por racionalidade limitada, de modo que o comportamento dos consumidores é afetado por diversos fatores cognitivos e externos. Além disso, a Escola negava ou considerava as falhas de mercado como um problema temporário. A suposição de mercados perfeitamente competitivos levava à negação ou minimização da existência de barreiras à entrada e à supervalorização da pressão competitiva de rivais. Daí por que a Escola assumia, sob bases marcadamente ideológicas, que o mercado seria autocorrigível, a intervenção pública indesejada e o poder de mercado, quando muito, temporário.⁵⁵

Outro aspecto negligenciado na teoria de Bork é a dimensão qualitativa dos produtos. O voto majoritário do juiz White, na decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Standard Oil*, de 1911, resumiu em três os males que levaram ao clamor público contra os monopólios e à aprovação do *Sherman Act* em 1890: (i) o poder de fixação de preços; (ii) o poder de restrição à produção; e (iii) *o perigo de deterioração da qualidade dos artigos monopolizados*.⁵⁶ A decisão revela a ênfase dada pela Suprema Corte à qualidade já em 1911. Comentando esse trecho da decisão, Bork afirma que os três males acima deveriam ser reduzidos ao conceito de restrição de quantidade produzida (*output restriction*). A deterioração da qualidade, para ele, significa, simplesmente, “colocar menos em cada item feito em vez de fazer menos itens”.⁵⁷ A partir dessa simplificação, Bork na prática ignora a dimensão qualitativa, a fim de facilitar a mensuração do bem-estar do consumidor com base exclusivamente em relações de preço e quantidade (*output*).

O precedente *GTE Sylvania*, de 1977, marca a adesão da Suprema Corte norte-americana às premissas da Escola de Chicago. Até então, o paradigma do modelo estrutura-conduta-performance (ECP) era amplamente aceito como proposição econômica, apesar de não estar acoplado a um quadro normativo e conceitual consistente de análise antitruste. Assim, esse paradigma foi superado pelo modelo simplificado oferecido por Chicago.⁵⁸

⁵⁵ SCHMIDT, Ingo L. O.; RITTALER, Jan B. Ibid., p. 106. Para Schmidt e Rittaler, a Escola de Chicago adotou uma teoria de preço considerada antiquada como instrumento de análise e negligenciou uma “nova teoria de preços” formulada a partir da década de 1930, em decorrência dos trabalhos de Robinson, Chamberlin e outros. Assim, a corrente de Chicago deixou de aplicar conceitos mais conectados à realidade dos mercados, adotando desse modo a simplificação de um modelo analítico irreal por uma alegada questão de previsibilidade legal.

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (Opinion of the Court), 1911, p. 52. Cf. original: “The evils which led to the public outcry against monopolies and to the final denial of the power to make them may be thus summarily stated: 1. The power which monopoly gave to the one who enjoyed it to fix the price and thereby injure the public; 2. The power which it engendered of enabling a limitation on production; and 3. The danger of deterioration in quality of the monopolized article which it was deemed was the inevitable resultant of the monopolistic control over its production and sale.”

⁵⁷ BORK, *The Antitrust Paradox...*, cit., p. 35 (tradução livre).

⁵⁸ STIGLER CENTER..., op. cit., 2019, p. 93.

Hovenkamp e Morton destacam que as origens da Escola de Chicago estão fundadas em um forte compromisso ideológico com o libertarianismo e a não intervenção estatal, razão pela qual o modelo de competição perfeita se adequou melhor a esses objetivos.⁵⁹ Para os autores, apesar de fornecerem respostas simples e convincentes para explicar equívocos da política antitruste norte-americana até a década de 1960, a maior fraqueza da Escola de Chicago foi ter desprezado ou ignorado desenvolvimentos importantes na teoria econômica que melhor davam conta da realidade de mercado.⁶⁰

1.2.2 Pós-Chicago: o impasse da complexidade dos modelos econômicos

Nos anos 1990, ganharam corpo as abordagens intituladas de Pós-Chicago. De um lado, essas abordagens preservam a análise econômica no antitruste e, de outro, propõem uma visão mais moderada que a Escola de Chicago, incorporando à aplicação do antitruste desenvolvimentos na teoria econômica da organização industrial, especialmente nas áreas da teoria dos jogos e dos comportamentos estratégicos.⁶¹ Para Shapiro, a corrente Pós-Chicago enxerga com suspeita o postulado de que o antitruste deve ser guiado exclusivamente pela noção de eficiência econômica do modelo neoclássico, uma vez que ela possui difícil aplicação no mundo real e se revela muito simplista para captar a complexidade do comportamento estratégico.⁶²

Portanto, a corrente Pós-Chicago emerge da crítica aos pressupostos adotados pela Escola de Chicago – notadamente, a prevalência dos modelos econômicos sobre os fatos e a realidade do mercado, a crença cega na autocorreção dos mercados e o postulado de que somente a eficiência econômica importaria na aplicação do antitruste – e da compreensão sobre a necessidade de revigoração do *enforcement* antitruste norte-americano.⁶³

Exemplo da influência exercida pela corrente Pós-Chicago, o caso *Kodak* (1992), perante a Suprema Corte norte-americana,⁶⁴ é considerado representativo pela aplicação no

⁵⁹ HOVENKAMP, Herbert; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School..., cit., p. 1843.

⁶⁰ HOVENKAMP, Herbert; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School..., cit., p. 1844.

⁶¹ SCHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: Towards a Post-Chicago Synthesis. *Jobs & Capital*, p. 10-17, Winter 1997, p. 12.

⁶² HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, p. 213-284, 1985, p. 283-284.

⁶³ PITOFSKY, Robert. Introduction: Setting the Stage. In: PITOFSKY, Robert (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 5.

⁶⁴ Trata-se do caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* (504 U.S. 451 [1992]). “A Kodak foi acusada de monopolizar um mercado de peças e serviços para suas próprias fotocopiadoras. Um tribunal de primeira instância concedeu julgamento sumário para a Kodak, que argumentou que sua participação de 20%

antitruste de novos pressupostos derivados da teoria dos jogos, da economia da informação e da economia dos custos de transação.⁶⁵ Embora as repercussões desse caso nas instâncias inferiores tenham sido limitadas – e o precedente em si objeto de crítica⁶⁶ –, o caso se tornou ilustrativo da permeabilidade da Suprema Corte a teorias de dano distintas daquelas amparadas na noção de eficiência da Escola de Chicago.⁶⁷ Além disso, as abordagens Pós-Chicago também influenciaram a política antitruste norte-americana em frentes diversas, como na reforma de *Guidelines* de fusões horizontais de 1992 e no maior rigor de teorias de dano em condutas verticais exclusionárias pelas instâncias judiciais inferiores.⁶⁸

Aponta-se que a Escola Pós-Chicago é constituída em sua maioria por economistas insatisfeitos com o mal uso das ferramentas econômicas para justificar a ideologia do *laissez-faire*.⁶⁹ Uma característica do Pós-Chicago consiste, portanto, na utilização de diferentes modelos econômicos para diferentes situações de mercado.⁷⁰ Assume-se que os mercados diferem significativamente em seus caracteres funcionais, de forma que diferentes modelos de jogos e respectivas abordagens empíricas se tornariam úteis para prever a probabilidade dos efeitos econômicos de determinada conduta.⁷¹

Nessa esteira, a evolução da teoria econômica se fez sentir na política concorrencial no contexto Pós-Chicago, em diferentes contribuições teóricas sobre as dinâmicas de mercados, a exemplo dos trabalhos de Tirole e Rochet sobre mercados de dois lados com efeitos de rede.⁷² Outros exemplos bem-sucedidos da corrente Pós-Chicago são a teoria de aumento dos custos

nas vendas de copiadoras novas tornava irracional impor restrições não razoáveis no mercado secundário de sua base instalada. O Tribunal de Apelações revogou a concessão do julgamento sumário, o que foi confirmado pela Suprema Corte, a qual citou extensivamente a doutrina sobre teoria dos jogos, tanto quanto citou os acadêmicos da Escola de Chicago no caso *Sylvania* de 1977 [i.e., caso emblemático que marcou a adoção das premissas da Escola de Chicago pela Suprema Corte]. Baseando-se fortemente em noções como informações imperfeitas e aprisionamento [*lock-in*] como fontes de poder de mercado, a Suprema Corte afirmou que um julgamento era necessário para avaliar a capacidade da Kodak de explorar sua base instalada e avaliar suas justificativas de negócios.” (KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000, p. 56, tradução livre).

⁶⁵ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy...*, cit., p. 56.

⁶⁶ Para uma crítica, apontando as falhas do caso *Kodak*, cf. HOVENKAMP, Herbert. *The reckoning of post-Chicago antitrust*. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 7-14.

⁶⁷ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy...*, cit., p. 56.

⁶⁸ BAKER, Jonathan B. *A preface to post-Chicago antitrust*. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 69.

⁶⁹ WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Reports, 2018, p. 108.

⁷⁰ SALOP, Steven C.; SHAPIRO, Carl. *Jean Tirole’s Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundations of Post-Chicago Antitrust Economics*. *Antitrust Magazine*, v. 29, n. 2, p. 76-81, 2015, p. 77.

⁷¹ SALOP, Steven C.; SHAPIRO, Carl. *Op. cit.*, p. 77.

⁷² SALOP, Steven C.; SHAPIRO, Carl. *Op. cit.*, p. 79.

rivais (que ajudou a explicar determinadas condutas exclusionárias) e a teoria dos efeitos unilaterais de fusões horizontais.⁷³

A partir desse quadro, percebe-se que o empirismo se tornou cada vez mais influente na análise antitruste.⁷⁴ As metodologias Pós-Chicago seriam, por consequência, necessariamente mais complexas, refletindo a maior complexidade observada nos mercados. Embora essas metodologias possam produzir conclusões econômicas robustas, alega-se que seu teste tem se mostrado difícil na prática.⁷⁵

Os modelos da teoria dos jogos, por exemplo, estão fundados em premissas específicas e que requerem adaptações, de modo que pode haver limites conceituais à aplicação no antitruste.⁷⁶ Daí por que, para Hovenkamp, o grande desafio da corrente Pós-Chicago, face ao aumento da complexidade, consiste em extrair normas de interpretação que reconheçam estratégias anticompetitivas de modo simples e “administrável” pelos aplicadores do direito.⁷⁷ O maior perigo do movimento Pós-Chicago para o autor, portanto, seria justamente a complexidade das teorias econômicas vinculadas à corrente, que podem confrontar os aplicadores do direito com problemas analíticos que não conseguiriam solucionar.⁷⁸ O autor aponta assim que o antitruste Pós-Chicago parece superestimado e seu valor estaria tão somente no reconhecimento renovado de que os mercados são mais variados e complexos do que a ortodoxia da Escola de Chicago supunha.⁷⁹

A superação das premissas da Escola de Chicago, entretanto, está longe de consolidada. Conforme aponta Fox⁸⁰, a legalidade e a administrabilidade do direito exigem que a teoria econômica seja simplificada e generalizada e as bases para essa generalização são normativas. Essa generalização é necessária, segundo Fox, para tornar os princípios do direito antitruste operacionais e pode ser feita sob valores e objetivos mais alinhados a Chicago ou ao Pós-Chicago.

⁷³ HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 21-22.

⁷⁴ YOO, Christopher S. The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, p. 2145-2169, 2020, p. 2169.

⁷⁵ HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust..., cit., p. 21-22.

⁷⁶ YOO, Christopher S. The Post-Chicago Antitrust Revolution..., cit., p. 2162-2165.

⁷⁷ HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust..., cit., p. 21-22.

⁷⁸ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 39, 49.

⁷⁹ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise...*, cit., p. 39.

⁸⁰ FOX, Eleonor. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 77, 79.

A partir do estudo de casos, Fox identifica que os juristas norte-americanos escolhem as premissas de Chicago ou Pós-Chicago ao sabor do desejo, de forma pouco transparente, empregando certa elasticidade na linguagem econômica. Essa dissonância não seria, segundo a autora, resultado de uma má compreensão da teoria econômica, mas, sim, da existência de valores diversos – ideológicos, pode-se dizer – que ensejariam contradições internas e externas às decisões em matéria antitruste.⁸¹

A exposição realizada sobre as discussões das premissas de aplicação do antitruste no contexto do debate nos Estados Unidos evidencia como é relevante a influência da teoria econômica na determinação da aplicação do antitruste norte-americano. Essa influência tão determinante é o que parece ter levado ao aparente impasse entre a aplicação de modelos econométricos diante do aumento da complexidade dos mercados e a óbvia incapacidade da ciência econômica em oferecer respostas prontas para todos os complexos problemas dos mercados. Nesse ponto parece residir o problema em predeterminar a aplicação do antitruste à análise econômica, abdicando dos valores jurídicos,⁸² sendo tal predeterminação justamente o contrário do que será sugerido, por esta dissertação, em relação ao contexto brasileiro e, de modo geral, em relação à questão dos dados pessoais.

1.2.3 Movimento Neobrandeisiano: a defesa do processo competitivo

Outra vertente mais recente do debate sobre o papel do antitruste surgiu por decorrência do movimento Neobrandeisiano. Os autores vinculados ao movimento apontam que a Escola de Chicago ainda permanece dominante e que o movimento Pós-Chicago não representa propriamente um efetivo rompimento com as premissas de Chicago, apenas apresentando modificações técnicas nas prescrições.⁸³ Assim, apontam que a corrente Pós-Chicago endossa as concepções de bem-estar neoclássicas, que, por sua vez, não encontrariam fundamento na história legislativa do antitruste norte-americano.⁸⁴ Assim que os Neobrandeisianos defendem uma agenda mais ampla de reforma do antitruste.

Inicialmente, destaca-se que os autores defendem que o *consumer welfare standard* seja substituído por uma abordagem cujo foco se volte ao processo competitivo e à estrutura de

⁸¹ FOX, Eleonor. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization..., cit., p. 77, 79.

⁸² Para uma crítica do determinismo econômico e do consequencialismo jurídico, cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 181 et seq.; FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79 et seq.

⁸³ Nesse sentido, e.g., KHAN, Lina. The End of Antitrust History Revisited. *Harvard Law Review*, v. 133, n 5, p. 1655-1682, 2020, p. 1665.

⁸⁴ KHAN, Lina. The End of Antitrust History Revisited, cit., p. 1670-1671.

mercado,⁸⁵ uma vez que o padrão de bem-estar do consumidor de Chicago imporia a impossível tarefa de mensurar efeitos de bem-estar em casos altamente complexos. Assim, os Neobrandeisianos sugerem, em lugar da mensuração dos efeitos de bem-estar, a aplicação de um teste relacionado à proteção da concorrência, ou seja, mais focado no processo competitivo e diferente do modelo de maximização de valor.⁸⁶

Essa abordagem buscaria promover uma maior ênfase na análise de fatores relacionados à neutralidade do processo competitivo e à abertura do mercado, tais como barreiras à entrada, conflitos de interesse, poder econômico de *gatekeepers*, gargalos à concorrência, uso e controle sobre dados e dinâmica de poder de barganha.⁸⁷

Depreende-se que tais propostas guardam forte semelhança com a abordagem europeia de intervenção em mercados digitais – conforme será exposta pelo trabalho –, de modo que as propostas do movimento a princípio têm aptidão para incorporar de forma mais atenta considerações relacionadas à exploração econômica dos dados pessoais (por exemplo, acesso a dados, portabilidade e interoperabilidade, desenho de interfaces e arquiteturas, uso de dados sensíveis, além de outros aspectos).⁸⁸

Com efeito, alguns dos instrumentos propostos pelos Neobrandeisianos já eram empregados em jurisdições europeias, como a investigação de mercado sem a imputação predeterminada de um ilícito (*market inquiry*),⁸⁹ utilizada no Reino Unido e que vem sendo introduzida em outros países. Ademais, a atualidade das propostas é revelada também pelo fato de que possuem caracteres semelhantes às regulações concorrenciais assimétricas que estão

⁸⁵ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017, p. 745-746.

⁸⁶ WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Reports, 2018, p. 136. A premissa subjacente à proposta seria de que um sistema legal funciona melhor protegendo o processo competitivo do que o ambicioso objetivo abstrato de maximização de valores como bem-estar e riqueza. A dificuldade de verificação do bem-estar tem levado as autoridades concorrenciais à forte dependência da mensuração de efeitos sobre preços e por decorrência ao fraco *enforcement* do antitruste.

⁸⁷ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox..., cit., p. 745-746.

⁸⁸ Tim Wu propõe a seguinte agenda de reformas ao antitruste, em resumo: (i) a reforma do controle de fusões, excessivamente centrado na análise de preços, o que tornou a prova excessivamente difícil, ao passo que não dá a atenção devida à análise da inovação e dos efeitos dinâmicos; defende a alteração legislativa nos *standards* de prova; (ii) a democratização do processo de fusões, cujas complexidade e tecnicidade tornariam difícil a participação da sociedade civil; (iii) uma atuação mais agressiva das autoridades antitruste, com a abertura de grandes casos, à semelhança da atuação da União Europeia em face das *Big Techs*; (iv) a maior utilização de remédios estruturais (*break ups*), que se tornaram raros nos últimos anos; (v) a utilização do instrumento de investigação de mercado (*market inquiry*), que permite a apuração do cenário concorrencial sem a necessidade de uma acusação específica a empresas, desde que atendidos alguns pré-requisitos, por exemplo, uma dominância persistente e ausência de justificativa para a estrutura de mercado em questão (WU, Tim. *The Curse of Bigness*..., cit., p. 128-139).

⁸⁹ WU, Tim. *The Curse of Bigness*..., cit., p. 128-139.

sendo introduzidas ou discutidas em jurisdições diversas, embora essas últimas caminhem em direção para além do antitruste.

Além disso, mesmo autores mais críticos aos Neobrandeisianos e vinculados ao Pós-Chicago, como Shapiro, compartilham propostas em sentido semelhante, como a introdução de um conceito mais focado no processo competitivo, de modo que a análise concorrencial possa melhor apreender os efeitos dinâmicos de longo prazo sobre a qualidade e a inovação. Sugere-se também a adoção de critérios mais flexíveis de padrão probatório e prescindibilidade de definição rigorosa de mercados relevantes,⁹⁰ o que sem dúvidas pode influenciar positivamente na análise de casos complexos envolvendo dados pessoais.

Em conclusão, as propostas acima referidas, embora bastante vinculadas às contradições e vicissitudes da própria evolução do antitruste norte-americano, podem ser informativas como possibilidades para melhorar a aplicação do direito da concorrência em mercados movidos a dados pessoais, uma vez que o foco no processo competitivo (que, de modo geral, parece ser uma tendência verificada nas reformas legislativas de jurisdições diversas) pode facilitar a identificação e o endereçamento de problemas concorrenciais decorrentes da exploração de dados pessoais e da degradação da qualidade de produtos e serviços, sobretudo em perspectiva dinâmica.⁹¹

⁹⁰ Ver, por exemplo, SHAPIRO, Carl. Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It. *Antitrust Magazine*, v. 35, n. 3, p. 33-45, 2021, p. 42. O autor alega que, além da expressão “bem-estar do consumidor” ter se tornado confusa, um dos problemas desse *standard* seria justamente o ônus excessivo imposto à parte acusatória de *quantificar* o dano ao consumidor. Em decorrência do *consumer welfare standard*, o judiciário norte-americano tem focado excessivamente nos efeitos de curto-prazo sobre preço e minimizado efeitos de longo-prazo, sobre preço, qualidade e inovação, os quais são difíceis de mensurar. Defende, ainda, uma recalibragem do ônus probatório, com a criação de presunções refutáveis a favor da parte acusatória, e a possibilidade de a parte acusatória ser bem-sucedida sem a necessidade de uma definição rigorosa de mercado relevante. O padrão de proteção à concorrência (*protecting competition standard*) é assim definido por Shapiro: “A business practice is judged to be anticompetitive if it harms trading parties on the other side of the market as a result of disrupting the competitive process.” A seu turno, o autor conceitua “competitive process” como “the dynamic process by which market participants seek to grow by offering more attractive terms and conditions to those with whom they trade. Disrupting the competitive process can involve blocking rivals by impeding their ability to make attractive offers to customers as well as short-circuiting competition by colluding with or merging with rivals. A firm does not disrupt the competitive process by taking an action that makes its offerings more attractive and does not block its rivals from competing on the merits.” (ibid., p. 38).

⁹¹ Não obstante, conforme anota Calixto Salomão Filho, o movimento Neobrandeisiano, embora de inegável relevância no contexto atual de dominação das *big techs*, ainda não chegou a constituir um corpo doutrinário denso, para que possa se revelar uma corrente duradoura (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 159).

1.2.4 A aplicação do direito da concorrência brasileiro à luz da ordem econômica constitucional e do seu entrelaçamento com a proteção de dados pessoais

No contexto brasileiro, a reflexão sobre as premissas e os objetivos do direito concorrencial para uma aplicação mais atenta às preocupações de proteção de dados pessoais deve, necessariamente, perpassar pela ordem econômica constitucional como seu referencial normativo. É a partir do texto constitucional que será possível extrair uma leitura sobre como orientar e efetivar a integração investigada por este trabalho.

Conforme lembra Frazão, a resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do direito da concorrência no contexto brasileiro apenas pode ser encontrada na Constituição, mais precisamente no exame dos princípios da ordem econômica constitucional.⁹² É também na ordem econômica constitucional que se expressam os fundamentos que norteiam a disciplina da proteção de dados pessoais.

Inicialmente, é importante lembrar que, conforme aponta a doutrina, a aplicação do direito concorrencial no Brasil tem se mantido impermeável a argumentos substantivos de natureza constitucional, em um processo que foi denominado de “desconstitucionalização do direito da concorrência”, na expressão de Schuartz.⁹³

Para o autor, entre os fatores que levaram a esse estado de coisas, menciona-se o transplante, em curto espaço de tempo para o Brasil, da jurisprudência norte-americana, celebrada no contexto brasileiro como “referencial normativo indisputado, pronto e acabado”. Outro fator dessa desconstitucionalização é a influência da teoria econômica aplicada ao antitruste, que acaba fazendo as vezes de fonte de direito e sendo utilizada para a seleção de premissas normativas aplicadas ao julgamento de casos concretos.⁹⁴

De modo semelhante, Forgioni entende que a desconstitucionalização do direito da concorrência no Brasil se deveu à ampla aceitação e à difusão do ideário da Escola de Chicago e de sua estreiteza metodológica baseada na análise de eficiências econômicas.⁹⁵

O problema da desconstitucionalização do direito concorrencial também repercute na relação entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais, conforme será exposto nos

⁹² FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46.

⁹³ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009, p. 326.

⁹⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito da concorrência, cit., p. 333-335.

⁹⁵ Nesse sentido, e.g., FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39-41; FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 193.

Capítulos seguintes, uma vez que o debate neste tema é muitas vezes importado do contexto norte-americano (que discute a relação entre o antitruste e o *right to privacy*), não raro sob o enfoque da análise econômica do direito, sem que haja uma compatibilização mínima com a realidade normativa brasileira. Desse modo, afigura-se importante contextualizar o tema à luz do ordenamento jurídico pátrio.

A defesa da concorrência no Brasil encontra fundamento em diversos dispositivos que orientam a ordem econômica constitucional, entre os quais, mais notadamente, o art. 173, § 4º (princípio da repressão do abuso do poder econômico)⁹⁶; o art. 170, *caput* (ordem econômica constitucional) e incisos III, IV e V (função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor)⁹⁷; o art. 219 (mercado interno integrante do patrimônio nacional)⁹⁸; o art. 5º, inciso XXXII (promoção da defesa do consumidor pelo Estado)⁹⁹ e o art. 3º, inciso II (garantia do desenvolvimento nacional como fundamento da República Federativa do Brasil)¹⁰⁰.

A seu turno, a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental consagrado no art. 5º, LXXIX da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022.

A leitura dos princípios e fundamentos que orientam a ordem econômica constitucional, notadamente o art. 170, *caput* da Constituição, não deixa dúvida, conforme assinala Forgioni, de que a concorrência constitui, no ordenamento jurídico brasileiro, um *meio, instrumento* para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social* (art. 170, *caput*).¹⁰¹

No mesmo sentido, examinando a ordem econômica constitucional, José Marcelo Martins Proença ressalta que, no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela da livre concorrência não é um fim em si mesmo e, portanto, poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido

⁹⁶ “Art. 173. [...] § 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”.

⁹⁷ “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: [...] III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor”.

⁹⁸ “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

⁹⁹ “Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹⁰⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II - garantir o desenvolvimento nacional”.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 187-188.

pelo sistema jurídico assim o exigir, em favor de outros interesses, como a própria dignidade humana ou a defesa do consumidor.¹⁰²

A partir do caráter instrumental do direito concorrencial, orientado à consecução dos objetivos da ordem econômica constitucional, Forgioni aponta que a disciplina da concorrência constitui *meio* para a *implementação de políticas públicas*.¹⁰³ Daí que a autora aponta que a aplicação ou não do direito da concorrência em determinado campo ou em outro, de forma vigorosa ou não, pode representar por si só a deliberada implementação de uma dada política pública.¹⁰⁴

Como aponta a autora, a história do antitruste é farta em exemplos de “pautas de interpretação” que a cada momento favorecem interesses e conjunturas específicas dos países.¹⁰⁵ A atualidade é, aliás, bastante representativa disso, dadas as diferentes formas como os países passaram a endereçar os problemas concorrenciais da economia digital, inclusive por meio de alterações legislativas das mais variadas, e a incluir no escopo do controle concorrencial questões diversas de interesse público e segurança nacional.

Assim, a partir da constatação do caráter instrumental da defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, seria possível extrair a leitura de que a ordem econômica

¹⁰² PROENÇA; José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6, 41. “Evidente, pois, que, em prejuízo à defesa da concorrência como um fim, esta poderá ser sacrificada para a tutela de outros interesses, também protegidos em nível constitucional, como a defesa do consumidor. Assim é que é possível a autorização, pelo CADE, de um ato de concentração horizontal de empresas que inevitavelmente sacrificará a concorrência, dado os benefícios que ele poderá colacionar aos consumidores, como a redução dos preços, o aumento das eficiências em termos qualitativos e quantitativos dos produtos etc. Inequívoco, portanto, que a concorrência, na ordem econômica brasileira, é um valor apenas orientador, informador, que pode ser ferido, sacrificado, com vistas à consecução de outras iniciativas para dar uma vida mais digna ao cidadão brasileiro, iniciativas essas que podem ser, com o direito da concorrência, incompatíveis.” (ibid., p. 41).

¹⁰³ FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 189-193.

¹⁰⁴ A expressão “política pública”, conforme explica Eros Grau, designa a atuação do Estado, que é expressiva de um ato de intervenção. O Estado intervém na ordem social não apenas como produtor do direito, mas desenvolve novas formas de atuação, fazendo uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas, exercendo o papel não somente de terceiro-árbitro, mas também de terceiro-ordenador (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 26-28). Em sentido semelhante, Fábio Konder Comparato ensina que, cada vez mais, no Estado contemporâneo, governar significa planejar o futuro por meio de políticas de médio e longo prazo, com a substituição do *government by law* pelo *government by policies*, que supõe, entre outros, o exercício combinado de várias tarefas, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução (COMPARATO, Fábio K. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 102). Daí também que, conforme discorre Grau, entender o direito como instrumento de implementação de políticas públicas implica evidenciar a necessidade de o tomarmos como objeto de análise funcional. Isso significa que não devemos nos contentar em determinar as funções estruturantes e reguladoras do direito nas relações sociais, mas, também, procurar compreender como os mecanismos jurídicos organizam e regulam as relações sociais, empiricamente, em sociedades históricas (GRAU, ibid., p. 29-31).

¹⁰⁵ FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 189-193.

constitucional autoriza a aplicação do direito da concorrência com o objetivo de promoção da proteção dos dados pessoais.

A possibilidade de aplicação das normas concorrenciais para efetivar a proteção de dados pessoais encontra embasamento, em especial, no entrelaçamento normativo dos fundamentos de ambas as disciplinas, a nível constitucional e infraconstitucional. Esse entrelaçamento se observa da leitura conjunta dos fundamentos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011, art. 1º) e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, art. 2º)¹⁰⁶, que, por sua vez, estão espelhados no texto da ordem econômica constitucional (art. 170), vinculando axiologicamente os diplomas ao programa constitucional.

A LGPD reconhece o valor econômico dos dados pessoais ao estipular, entre os fundamentos da disciplina, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2º, V e VI), conectando os fundamentos da matéria àqueles da Lei 12.529/2011 e da ordem econômica constitucional.

Portanto, a topologia dos fundamentos da ordem econômica constitucional expressa com máxima intensidade a sobreposição normativa existente entre as disciplinas do direito concorrencial e da proteção de dados pessoais. Esse conjunto principiológico parece apontar no sentido claro de que ambas as matérias, tanto quanto possível, devem caminhar juntas e não separadas, ser conciliadas e não mutuamente excludentes, o que tem implicações significativas sobre a forma de interpretação da proteção de dados pessoais no direito concorrencial.

A possibilidade de integração da proteção de dados pessoais à aplicação material do direito da concorrência encontra fundamento constitucional, em particular, no objetivo constitucional de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor (CF, art. 170, *caput* e V). São quatro as razões principais desse entendimento.

Primeiro, a dignidade da pessoa humana é fundamento do regime de proteção de dados (LGPD, art. 5º, VII), possuindo ligação intrínseca com a autonomia individual (autodeterminação informativa) e o livre desenvolvimento da personalidade.¹⁰⁷ A consagração

¹⁰⁶ “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

¹⁰⁷ A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que “As conexões entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais são intensas [...] A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido,

da dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, III) e como objetivo da ordem econômica constitucional (art. 170, *caput*) vincula o exercício da atividade econômica e implica que tanto o setor público quanto o setor privado devem estar empenhados na realização desse objetivo constitucional.¹⁰⁸

Segundo, a proteção de dados pessoais também está ligada aos ditames de justiça social, que conformam a ordem econômica constitucional. Tanto é assim que, na atualidade, chega-se a apontar que a privacidade dos dados parece se tornar “artigo de luxo”,¹⁰⁹ em decorrência da crescente cobrança pecuniária por ela e do fato de que os indivíduos cada vez mais estão sendo obrigados a fornecer seus dados para participar das relações de consumo.¹¹⁰ Daí se falar em um custo oculto nas transações envolvendo dados pessoais, uma vez que os consumidores não têm conhecimento sobre o valor atribuído às suas informações e tampouco são compensados adequadamente pelo uso dos dados.

Essa realidade afeta, sobretudo, a parcela majoritária da população brasileira que não consegue apreender o sentido e a extensão da coleta de dados ou pagar por produtos mais protetivos. Os custos individuais e sociais da coleta excessiva de dados, decorrentes das fortes assimetrias de informação e de poder acentuadas em mercados concentrados, são sentidos a partir de vazamentos, fraudes, tratamento discriminatório¹¹¹ e do próprio fortalecimento do

dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima é indispensável.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 30-31). Em sentido semelhante, também o Plenário do STF reconheceu uma ligação intrínseca com a dignidade humana, conforme votos de diversos Ministros, no julgamento da Medida Cautelar concedida pela Min. Rosa Weber, Relatora das ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, j. em 07.05.2020. Nesse sentido, *e.g.*, o Min. Luiz Fux: “[...] a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 197-198.

¹⁰⁹ Nesse sentido, *e.g.*, HESS, Amanda. How Privacy Became a Commodity for the Rich and Powerful. *The New York Times*, 9 maio 2017. (“Now that our privacy is worth something, every side of it is being monetized. We can either trade it for cheap services or shell out cash to protect it. It is increasingly seen not as a right but as a luxury good”).

¹¹⁰ Nota-se essa tendência, hoje, em diversos mercados do setor varejista no Brasil: farmácias oferecendo descontos substanciais em troca de CPFs, estabelecimentos oferecendo descontos pela adesão a programas de fidelidade, sem que os consumidores, muitas vezes, recebam adequadamente informações ou garantias sobre a proteção de dados pessoais.

¹¹¹ Nesse sentido, por exemplo, anota Biselli: “[...] o escopo da discriminação de preços na economia digital está se expandindo à medida que as empresas aumentam a precisão com a qual podem prever a disposição de pagar de um indivíduo. Uma das preocupações como consequência disso é a facilitação da discriminação exploratória de preços, já que preços personalizados potencialmente aumentam a apropriação do excedente dos consumidores” (BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira. Discriminação de preços na economia digital. In:

poder econômico. Assim, a elevação do padrão coletivo de proteção carrega um componente redistributivo ao internalizar nas empresas o custo associado ao processamento massivo de dados e ao devolver aos indivíduos conhecimento e escolha no processo econômico, a fim de que possam, quanto possível, melhor valorar seus dados.

Terceiro, os dados pessoais, tidos como insumos da atividade econômica, são coletados em larga medida nas relações de consumo, nas quais o titular dos dados pessoais é também o consumidor e destinatário final da concorrência. O princípio da defesa do consumidor (art. 170, V), que também fundamenta a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011, art. 1º, *caput*), implica que o consumidor, como titular dos dados pessoais, é também imediatamente interessado no resultado concorrencial decorrente da exploração abusiva dos seus dados pelo poder econômico, o que atrai a relevância da consideração das normas de proteção de dados pessoais na aplicação do direito concorrencial.

Quarto, o princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, que determina o combate ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º), possui como fundamento a defesa do consumidor (art. 170, V). Embora se discutam as dificuldades práticas da verificação do aumento arbitrário dos lucros (ou da existência de preços excessivos),¹¹² essa previsão pode ser lida também, na atual conjuntura econômica, como uma vedação constitucional à coleta excessiva de dados pessoais, notadamente no contexto de serviços de preço zero (quando os dados pessoais podem ser equiparados ao preço pago, ou seja, os consumidores podem não estar sendo devidamente compensados pela extração dos seus dados).

A ênfase nos princípios constitucionais da ordem econômica constitucional não implica necessariamente o alargamento das finalidades do direito concorrencial, já que é possível compreender que a proteção de dados pessoais pode integrar aspectos internos da concorrência, como o bem-estar do consumidor¹¹³, bem como pode constituir uma dimensão

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p. 254).

¹¹² Expondo tais discussões, cf. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 152-155. FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*, cit., p. 249-250; CARVALHO, Vinicius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros. *Preços excessivos: um debate social na perspectiva da defesa da concorrência*. In: CARVALHO, Vinicius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 103-132.

¹¹³ Poder-se-ia defender, por argumentação, que até mesmo no conceito estrito do bem-estar do consumidor, isto é, excedente do consumidor, a proteção de dados pessoais estaria albergada, na medida em que a coleta excessiva de dados pessoais pode ser considerada uma forma de captura de excedente do consumidor para o produtor. Não obstante, concorda-se com Ana Frazão, no sentido de que é necessário “que o Direito da Concorrência amplie o conceito de bem-estar do consumidor para além da eficiência econômica, resgatando a importância da proteção ampla do consumidor tanto direta – por meio da tutela da sua liberdade econômica, da sua individualidade e do controle sobre seus dados pessoais – como indiretamente – por meio da tutela do próprio processo competitivo. Ao contrário do que se pensa, a ampliação do conceito de bem-estar do

não preço da concorrência (sendo interpretada de forma interna à lógica concorrencial, ou seja, a proteção de dados pessoais tida como parâmetro de análise). Assim, a consideração desses aspectos como inerentes à dinâmica concorrencial pode significar a própria concretização material do direito da proteção de dados pessoais.

Essa perspectiva, entretanto, não exclui a necessária consideração do direito fundamental da proteção dos dados pessoais, até pela sua força vinculante ao setor privado, quando constituir limite externo à dinâmica concorrencial, a fim de garantir e proteger as situações existenciais dos titulares dos dados.

Em conclusão, entende-se que, nos mercados com uso intensivo de dados pessoais, é possível a consideração do direito da proteção de dados pessoais na interpretação e aplicação das normas concorrenciais, em vista do seu caráter instrumental de realização da ordem econômica constitucional, o que encontra fundamento, notadamente, no objetivo de promover a todos existência digna (art. 170, *caput*, e art. 1º, III), no ditame da justiça social (art. 170, *caput*) e no princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).

Ademais, o entrelaçamento dos fundamentos que orientam as disciplinas da concorrência e da proteção de dados pessoais, evidenciados nos respectivos diplomas legais e expressados na ordem econômica constitucional, aponta no sentido de que ambas as matérias devem ser observadas conjuntamente e tanto quanto possível conciliadas.

1.2.5 A concorrência como garantia institucional: o problema da difusão do conhecimento e a proteção da existência de escolhas e do equilíbrio das relações econômicas para um devido processo econômico

O conceito de concorrência como *garantia institucional* é defendido, na doutrina jurídica brasileira, por Calixto Salomão Filho, e consiste em uma concepção particularmente importante para a perspectiva que será investigada pela presente dissertação, de modo que pode ser tomada como referência para as reflexões ora propostas.

Ademais, esse conceito também está ligado às reflexões das seções anteriores, uma vez que se volta, de um lado, à superação da influência do paradigma da Escola de Chicago, e,

consumidor não necessariamente levará à insegurança jurídica ou a uma política antitruste inconsistente ou insuscetível de ser administrada pelas autoridades competentes. Na verdade, várias das propostas atuais preocupam-se com a sua implementação em observância aos mesmos patamares de coerência atualmente existentes ou em patamares até superiores”. Cf. FRAZÃO, Ana. *Big Data* e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 549.

de outro, à aplicação do direito concorrencial de modo mais aderente ao ordenamento jurídico pátrio e à realidade dos mercados (notadamente aqueles caracterizados por altas assimetrias de informação, como é o caso dos mercados movidos a dados pessoais).

Antes de apresentar o conceito, reputa-se importante introduzir alguns dos pressupostos que conduzirão à definição a ser apresentada à frente. Isso, porque o conceito de garantia institucional desenvolvido por Calixto Salomão Filho está intimamente relacionado a algumas das reflexões apresentadas pelo autor a respeito da sua *teoria neoestruturalista do direito*¹¹⁴. Assim, na medida em que esses pressupostos são importantes não apenas para a compreensão do conceito, mas também para se delinear algumas premissas adotadas pelo presente trabalho, serão apresentados brevemente a seguir.

Dois aspectos que embasam a perspectiva neoestruturalista merecem ser aqui destacados. Primeiro, os aportes teóricos da *teoria do conhecimento*¹¹⁵ e da *economia da informação*¹¹⁶ conduzem à conclusão de que o direito concorrencial não pode ser orientado primariamente pela eficiência econômica. Segundo, por decorrência desses aportes, destaca-se a importância dos *valores* para orientar a aplicação das normas concorrenciais, resultando em uma proposta de *modelo procedimental econômico*.

Quanto ao primeiro aspecto, manifesta-se mais claramente nos trabalhos de Hayek¹¹⁷ a compreensão de que cada agente de mercado, produtores e consumidores, possui parcelas

¹¹⁴ A perspectiva do neoestruturalismo jurídico, conforme Calixto Salomão Filho, “[...] parte da crítica explícita ao funcionamento positivista do direito e procura identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer raciocínio valorativo na organização da sociedade. É à crítica e transformação dessas estruturas, ora jurídicas ora econômicas, que se propõe a sugerida ‘teoria estruturalista’.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261). Para uma diferenciação do termo “estruturalismo”, conforme acepções utilizadas em outras áreas das ciências sociais, *ibid.*, p. 241-243, 259-260.

¹¹⁵ A expressão “teoria do conhecimento” é emprestada de Calixto Salomão Filho, o qual a utiliza para se referir à concepção de que a concorrência é um processo de obtenção de conhecimento pelos participantes do mercado (produtores e consumidores), e, por decorrência, um processo de descobertas de opções e utilidades. Ademais, menciona os trabalhos de Hayek (mencionados na nota de rodapé nº 117, *infra*) como alguns dos mais representativos dessa concepção. Cf., entre outras menções, *e.g.*, SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, *cit.*, p. 235.

¹¹⁶ A economia da informação é uma corrente da ciência econômica que estuda como a informação (ou as assimetrias de informação) afetam o funcionamento da economia e das relações econômicas. Conforme Calixto Salomão Filho, os principais representantes da economia da informação são, a seu ver, George. Akerloff, Joseph Stigletz e Michael Spence: o primeiro “demonstra como em certos setores, a incerteza sobre a qualidade pode levar ao desaparecimento do próprio mercado”; o segundo, além de ter sistematizado a economia da informação, demonstrou “como as próprias ações têm efeitos sinalizador, transmitindo informações”; e, o terceiro, contribuiu no “desenvolvimento das teorias dos sinais, *i.e.*, formas de transmitir informações entre agentes, reduzindo as assimetrias” (SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, *cit.*, p. 235-236).

¹¹⁷ A respeito, por exemplo, situando a dispersão da informação como um problema econômico: “The peculiar character of the problem of a rational economic order is determined precisely by the fact that the knowledge

limitadas e desiguais de conhecimento, o qual se encontra, portanto, disperso no mercado, de modo que o processo competitivo se caracteriza como um processo imperfeito de transmissão de informação, difusão de conhecimento e descobertas. Essa concepção tem origem, também, no ordoliberalismo alemão¹¹⁸, o qual considera que a vantagem do sistema concorrencial está em permitir que sejam *descobertas* as melhores opções existentes, mediante o acesso a informação e a existência de liberdade de escolha.¹¹⁹ Daí a importância conferida por essa corrente à garantia da existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções existentes.¹²⁰

Esses postulados são conectados pela perspectiva neoestruturalista às contribuições teóricas da economia da informação, que demonstram a impossibilidade de funcionamento adequado dos mercados, em vista da presença das assimetrias de informação, traçando-se daí

of the circumstances of which we must make use never exists in concentrated or integrated form, but solely as the dispersed bits of incomplete and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals possess. The economic problem of society is thus not merely a problem of how to allocate ‘given’ resources – if ‘given’ is taken to mean given to a single mind which deliberately solves the problem set by these ‘data.’ It is rather a problem of how to secure the best use of resources known to any of the members of society, for ends whose relative importance only these individuals know. Or, to put it briefly, it is a problem of the utilization of knowledge not given to anyone in its totality.” (HAYEK, Friedrich A. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945, p. 519-520). Ademais, definindo o processo competitivo como um processo de transmissão de informação: “Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do. It is thus a process which involves a continuous change in the data and whose significance must therefore be completely missed by any theory which treats these data as constant.” (HAYEK, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*. London: The University of Chicago Press, 1948, p. 106).

¹¹⁸ O ordoliberalismo alemão, também referido como Escola de Freiburg, “surge das preocupações comuns de um grupo de professores de Direito e Economia que lecionavam na Universidade de Freiburg nos anos 1930. [...]. As figuras mais importantes desse período inicial são, sem dúvida, Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth e Franz Böhm, o primeiro Professor de Economia e os dois últimos de Direito. Em 1936, Böhm, Eucken e Grossmann-Doerth se juntaram para escrever o chamado *Ordo-Manifesto*, no qual estabeleceram as bases principiológicas para seus trabalhos subsequentes. Após a Guerra a supremacia acadêmica da Escola de Freiburg diminuiu, em face da introdução na Alemanha de princípios econômicos anglo-americanos que se fazem sentir na Lei Antitruste alemã de 1958 (*GWB*). Nos anos 1960 e 1970 a tradição se renova através de expressivos nomes, sobretudo Friedrich von Hayek e Ernst Joachim Mestmäcker, o primeiro criando uma nova vertente, menos intervencionista e mais ideológica, da Escola Ordoliberal (por esse motivo incluído por muitos na chamada *Escola Austríaca*), e o segundo concentrando-se no estudo jurídico do sistema antitruste, sobretudo o comunitário europeu, do ponto de vista ordoliberal.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 42).

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 44.

¹²⁰ Nesse sentido, “[...] fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Note-se, no entanto, que como para o ordoliberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência efetiva não é sempre obrigatória. Em alguns casos basta que seja potencial. Daí por que conceito importante para a teoria ordoliberal na análise das posições de poder sobre o mercado é a verificação da criação, ou não, de barreiras à entrada de outros competidores no mercado.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 44).

algumas reflexões. Por exemplo, conforme observa Salomão Filho, o poder econômico pode constituir instrumento para acelerar e reforçar as assimetrias de informação, representando, portanto, um empecilho à circulação de informações e à “troca comunicativa” no ambiente de mercado, uma vez que o poder econômico é concentrador de conhecimento e informação.¹²¹⁻¹²² Nos países subdesenvolvidos, esse processo seria ainda acentuado pelas dificuldades sociais de acesso à informação.¹²³

A partir da teoria do conhecimento e da economia da informação, Calixto Salomão Filho conclui ser possível repensar as premissas de aplicação do direito concorrencial. Isso, porque, considerando que a informação é intrinsecamente mal distribuída na maioria dos mercados, tem-se como consequência, em muitos deles, o funcionamento inadequado ou inviabilizado.¹²⁴ Ademais, se o equilíbrio de mercado da teoria neoclássica é inatingível e a informação, escassa e bastante díspar, perde sentido a justificativa “técnica” da orientação do direito concorrencial unicamente à eficiência econômica e às alterações alocativas.¹²⁵

Essa conclusão conduz ao segundo aspecto da teoria neoestruturalista, mencionado acima, relacionado à importância transformadora do Direito. Em outras palavras, já que o conhecimento se encontra disperso na sociedade, as regras jurídicas e os valores das normas concorrenciais assumem relevância como fatores propulsores do conhecimento e da própria possibilidade de transformação da realidade. A proteção da concorrência influi duplamente na realidade, permitindo que as escolhas existam e levando à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. Portanto, para Calixto Salomão Filho, deve-se reconhecer os valores associados às normas concorrenciais para possibilitar que os participantes do mercado obtenham conhecimento – inclusive sobre os direitos e os valores –, conheçam a si mesmos e as alternativas disponíveis.¹²⁶

¹²¹ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 31-32, 236.

¹²² Nesse sentido, de acordo com Calixto Salomão Filho, alguns setores caracterizados pela existência de redes (como aqueles em que atuam as plataformas digitais) proporcionam um grau de concentração de informações ainda maior. A dominação da rede permite ao seu titular ter informação extensa sobre padrões de uso e gosto do consumidor. O detentor da rede poderá deter, inclusive, mais informação do que qualquer concorrente, especialmente entrantes, permitindo que possa retirar o máximo de sobrepreço de cada consumidor. Assim, em mercados de redes tecnológicas, o sentido da concorrência se dá pela preservação da possibilidade de escolhas por meio da garantia da existência de concorrência entre as redes. Cf. SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 239-240.

¹²³ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 236.

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 46.

¹²⁵ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 47.

¹²⁶ Nas palavras do autor: “Por longos anos as decisões em matérias que afetam a ordem econômica são deixadas precipuamente para as teorias econômicas, sendo a discussão de valores a elas estranha, ao menos na aparência. [...] O Direito vê o conhecimento de maneira diversa das ciências sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico, [...] para os teóricos do Direito o conhecimento é algo eminentemente

Vislumbra-se desde já que essa perspectiva pode ter efeitos práticos relevantes. Como observa Vinicius Marques de Carvalho, em sentido semelhante, a proteção da concorrência, observada sob o enfoque da difusão do conhecimento, implica reconhecer que, por meio dela, os consumidores podem desenvolver novos hábitos de consumo e conhecer os seus próprios direitos e garantias, o que influi no próprio processo competitivo. Notam-se repercussões no processo de inclusão social, vinculado à ideia de democracia econômica, o que possibilita o próprio desenvolvimento econômico. Nesse sentido:¹²⁷

[...] o princípio concorrencial afeta os consumidores, pelo lado da demanda, que passam a conhecer: os seus próprios gostos, as suas possibilidades de compras, a existência de condutas ou de estruturas que deles retirem bem-estar e os seus direitos e garantias a respeito do processo competitivo, incluindo o acesso às estruturas institucionais protetivas da concorrência. [...]

A relação entre liberdade de concorrência e desenvolvimento nacional pressupõe, por sua vez, garantir que todos os cidadãos sejam capazes de expressar suas preferências econômicas. É, portanto, imprescindível eliminar a exclusão do processo econômico. Em segundo lugar, é necessário garantir os meios para a transmissão dessas preferências econômicas, eliminando valores ou instituições que a impeçam. Trata-se aqui de associar, claramente, o conceito de desenvolvimento econômico com um processo de conhecimento que acarreta inclusão social, vinculando-se à ideia de democracia econômica.

A partir da compreensão sobre a importância do papel do Direito no processo de conhecimento econômico e dos valores associados às normas concorrenciais, Calixto Salomão Filho defende que a difusão do conhecimento e a inclusão de participantes no processo competitivo somente serão possíveis a partir do reconhecimento de que as normas concorrenciais devem *garantir a existência de alternativas e de relações econômicas equilibradas*.¹²⁸ Esses elementos compõem a perspectiva institucional da concorrência, a seguir exposta.

valorativo. O momento valorativo, se bem compreendido e utilizado, é exatamente o que dá ao Direito seu caráter distintivo e sua capacidade de mudança social. Segundo a concepção aqui defendida, a mudança político-institucional só é possível através de profunda discussão política dos valores protegidos pelas normas. A força transformadora e propulsora do Direito está exatamente no fato de ele poder ser, mais que uma forma de definição de valores, instrumento de conhecimento da própria sociedade. Postular que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de determinada sociedade podem influenciar – e influenciam – de maneira determinante o conhecimento que se tem dela. Essa relação definição de valores/conhecimento da sociedade é bastante cristalina no campo econômico. A proteção da concorrência, permitindo a escolha, leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor *concorrência* influi, portanto, duplamente sobre a realidade, permitindo a cada indivíduo conhecê-la. [...] Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, permitindo que os indivíduos e a sociedade adquiram conhecimento sobre a sociedade, os objetivos e os valores fundamentais de normas econômicas [...].” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 48-49).

¹²⁷ CARVALHO, Vinicius Marques. Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência. In: CARVALHO, Vinicius Marques *et al.* *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 20-21.

¹²⁸ Nas palavras do autor, “Urge, então, reconhecer normas que incorporem valores, permitindo que os indivíduos e a sociedade adquiram conhecimento sobre a sociedade, os objetivos e os valores fundamentais de normas

Ademais, o autor defende que a partir desses pressupostos seria possível criar as bases para uma *teoria econômica procedimental*, cujo objetivo seria criar condições de um *devido processo econômico*, ensejando “a inclusão mais ampla possível de agentes econômicos e que permita aos agentes formar suas próprias escolhas com o nível de informações mais equilibrado possível”.¹²⁹ Trata-se de reconhecer, pois, que as pessoas devem e podem participar de modo mais efetivo e amplamente do sistema concorrencial, o que deve ser um objetivo almejado pelas regras concorrenciais.

A partir dessas noções e premissas importantes, é possível, então, conceber a definição do conceito de concorrência como garantia institucional.

Como esclarece Salomão Filho, o termo “institucional” encontra inspiração no institucionalismo constitucional da doutrina alemã, que desenvolveu a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar. As garantias institucionais foram concebidas por decorrência do reconhecimento dos interesses

econômicas [...]. Isso apenas pode ser feito por meio de normas que garantam equilíbrio nas interações econômicas, já que, como visto, é nessas interações (e não antes delas) que os indivíduos podem fornecer, uns aos outros, informações sobre suas utilidades e preferências. [...] Garantido o equilíbrio das interações econômicas, o próprio indivíduo ou grupos sociais descobrirão suas utilidades e preferências econômicas. Daí por que essas regras têm de assumir nítido caráter procedimental, de verdadeiro *due process clause* em matéria econômica. [...] Assim entendida, a regra institucional da *due process clause* em matéria econômica fundamenta princípios redistributivos explícitos em matéria regulatória, como, por exemplo, a universalização dos serviços. Para que o princípio seja realmente efetivo, é preciso incluir uma multidão de cidadãos alijados do processo econômico. Como a própria processualística bem define, a regra do devido processo legal exige e implica como requisito lógico fundamental a participação ampla no processo. Essa ideia pode e deve ser estendida ao procedimentalismo em matéria de relações econômicas. [...] Parece bastante óbvio, e é exatamente isso que significa a concorrência como um processo de descoberta, que, quanto mais alternativas de produtos o consumidor puder examinar e descartar, tanto mais sua escolha será plena de informações relativamente à sua preferência. Ora, se assim é, então, se não houver alternativa para escolha de um produto, não é possível saber quanto a alternativa não escolhida traria de utilidade para o consumidor. E, mesmo que a alternativa exista, só é possível saber o nível de utilidade para o consumidor após o momento em que essa alternativa é exercida. [...] Se é assim, então, o único instrumento capaz de suprir essa carência informacional do consumidor é a existência de alternativas. Só um sistema econômico baseado em alternativas é sensível à variação nos gostos do consumidor e pode transformar-se em função dessas mudanças. Só a existência de acesso à escolha é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado. Consequentemente, a possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado e que deve ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 49-52).

¹²⁹ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 31. Cf., ainda, nota de rodapé nº 129, supra, para uma explicação da abordagem procedimental.

supraindividuais e coletivos previstos na Constituição.¹³⁰ Daí que também a doutrina jurídica alemã reconhece a garantia institucional da concorrência.¹³¹

A concepção de garantia institucional está relacionada ao entendimento, segundo indica Calixto Salomão Filho, de que certas regras jurídicas possuem um caráter precipuamente institucional, uma vez que, de um lado, carregam valores, metas individuais e sociais, que estão situados historicamente e são concebidos pela interação coletiva e democrática; e, de outro lado, não constituem a mera extensão dos direitos individuais.¹³² Portanto, nota-se aqui que há uma certa semelhança e sobreposição do conceito de garantia institucional com o de interesse difuso, embora com esse não se confunda.¹³³

¹³⁰ Nas palavras do autor: “[...] é fundamental deixar claro de que *Institucionalismo* se está falando, dado o múltiplo uso feito do termo no Direito e nas Ciências Sociais. A inspiração e a razão imediata para o uso do termo “Institucionalismo” estão no Institucionalismo constitucional dos juristas alemães, que construíram a teoria das garantias institucionais a partir da interpretação das cláusulas sociais da Constituição de Weimar. Destaque especial ganha, então, a obra de Carl Schmitt. Para esse autor as garantias institucionais aparecem como o grande elemento de reconhecimento dos corpos sociais intermédios e, portanto, dos interesses supraindividuais e coletivos, reconhecidos na Constituição. Aí a grande diferença para a outra grande categoria constitucional reconhecida por C. Schmitt – os direitos fundamentais, estes sempre referidos ao indivíduo [...]. É fundamental notar, no entanto, que é exatamente no Pluralismo de Santi Romano que está a justificação lógica mais consistente para o Institucionalismo constitucional [...]. Não é possível reconhecer garantias a certas instituições (famílias, comunidades locais, sindicatos) sem reconhecer que desses corpos sociais vêm influxos sociais e comportamentais importantes para a formação do Direito. O momento em que esses influxos se tornam jurídicos é menos importante para a reflexão presente [...]. O importante é que existem, são socialmente aceitos e acabam por ter reconhecimento jurídico.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 60-61).

¹³¹ Nesse sentido: “[...] entre os constitucionalistas alemães clássicos sempre se procurou diferenciar entre as garantias institucionais, que seriam aquelas típicas garantias constitucionais de direito público (separação de Poderes etc.) das garantias de instituto, próprias do campo privado (v.g., direito de propriedade) [...]. Na doutrina atual, em função do próprio esvanecer da distinção entre público e privado, sobretudo em certos campos como o do direito econômico, fala-se indistintamente em garantias institucionais (v., nesse sentido, utilizando o termo *Institution* para se referir à garantia da concorrência, V. Emmerich, in Immenga e Mestmäcker [...]).” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 85).

¹³² Importante colacionar, a respeito, as palavras do autor: “A formação democrática de valores e regras deve ser coletiva. ‘Coletiva’ não quer dizer, necessariamente, estatal. Pode se referir a grupos maiores ou menores de pessoas. [...] É preciso, então, reconhecer que devem existir regras que incorporem esses valores, metas individuais e sociais, exatamente para que não seja mera extensão dos direitos individuais. Para tanto, é imperioso admitir sua proveniência plurívoca, do Estado e das próprias relações interindividuais e sociais, historicamente consideradas. E aqui está o caráter precipuamente institucional destas normas.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 60).

¹³³ A fim de facilitar a compreensão, vale colacionar a distinção traçada pelo autor entre as garantias institucionais e os interesses difusos: “Do ponto de vista material pode-se dizer que interesses difusos existem sempre que se está em presença de garantias institucionais [...]. As garantias institucionais têm características bem distintas. Em primeiro lugar, todas elas são, a um tempo, destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não. Mais ainda: em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente, na medida em que a lei ou a doutrina se encarregam de estabelecer instrumentos protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (demandas voltadas à proteção do interesse ‘difuso’). Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública. Note-se que o emprego da palavra ‘utilidade’ é proposital. Serve para indicar que a expressão ‘economicamente destacável’ tem o sentido a ela atribuído pela análise econômica do Direito, isto é, não é preciso que exista um valor monetário identificável. Basta apenas a existência de uma utilidade, representada por aumento de bem-

A partir dessa construção, o autor sustenta o conceito institucional de concorrência, apontando ser possível compreender a sua compatibilidade com os valores sociais historicamente reconhecidos na ordem econômica brasileira.¹³⁴

Sob esse enfoque, entende-se que o direito concorrencial visa primordialmente à defesa da instituição *concorrência*, o que não se confunde com a proteção do mercado.¹³⁵ Nesse sentido, dois são os elementos considerados importantes, pelo conceito formulado, para a tutela concorrencial: a *garantia de lealdade e garantia de existência efetiva*.¹³⁶ Como se nota, esses conceitos estão ligados às noções desenvolvidas pouco acima.

A garantia de lealdade tem o objetivo duplo de assegurar que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de suas virtudes e que o mercado seja preservado como agente transmissor das informações.¹³⁷ O controle da lealdade da concorrência serve, portanto, para a *garantia o fluxo de informações* para o consumidor (suponha-se, por exemplo, as regras contra a criação de confusão com produtos do concorrente). Assim, a informação do consumidor assume relevância como bem jurídico protegido pelo controle da lealdade no mercado.¹³⁸

O segundo elemento, a garantia da existência efetiva, está relacionado à *garantia direta do equilíbrio das relações econômicas*. Isso, porque seria preciso “evitar a formação do poder econômico no mercado, e todos aqueles em que a constituição dessa situação de poder não decorra exclusivamente da maior eficiência econômica”.¹³⁹ Desse modo, um elemento fundamental para a obtenção do desejado equilíbrio seria a *consideração concreta da pluralidade de interesses envolvidos*, inclusive os interesses do consumidor.¹⁴⁰

Elemento fundamental para a obtenção do desejado equilíbrio é a consideração concreta da pluralidade de interesses envolvidos no direito concorrencial. Isso significa que, para determinar o correto ponto de equilíbrio entre a liberdade que se deve dar aos concorrentes e os padrões éticos de comportamento que deles é preciso exigir, faz-se necessário ir além da relação entre as concorrentes e verificar se aquele

estar, até mesmo de lazer, e que interesse a toda a coletividade. É o que ocorre com relação ao meio ambiente. Qualquer dano a ele, além das lesões individuais que pode causar, afeta, sem dúvida, o bem-estar de uma coletividade indeterminada de indivíduos. Nessa perspectiva, pouco importa se essa coletividade é determinável pela existência de uma relação jurídica entre seus membros ou mesmo com a parte contrária. Relevante é que ela é titular de um interesse destacado, que não se confunde nem com o interesse individual, nem com os interesses individuais somados, e nem tampouco com o interesse público.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 92-93).

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 61-62.

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 63.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 66.

¹³⁷ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 66-67.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 67.

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 67.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 67.

específico comportamento pode limitar ou de qualquer forma falsear a liberdade de escolha do consumidor. É a consideração dos interesses do consumidor ao lado dos interesses do concorrente que permite resolver eventuais impasses.

As observações até aqui podem ser sintetizadas no sentido de que o direito concorrencial, em sua concepção institucional, “não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder”.¹⁴¹ Assim, o direito concorrencial pretende “assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada”.¹⁴²

Indo além da definição da concorrência como uma garantia institucional e aproximando-se das reflexões relacionadas à perspectiva neoestruturalista, Calixto Salomão Filho defende que, face à crescente concentração econômica, impõe-se a atenuação da linha divisória entre regulação e direito da concorrência. Isso, porque a experiência histórica mostra a dificuldade do controle de comportamento dos monopólios unicamente pelas vias regulatórias tradicionais (por exemplo, controle de preços) ou pelo direito da concorrência tradicional (repressão a comportamentos). Assim, setores formalmente não regulados devem progressivamente “se submeter a uma disciplina antitruste incisiva que não se limite a sancionar atos ilícitos, mas passe a impor comportamentos”, aspecto este “típico da disciplina regulatória”.¹⁴³

A atenuação das linhas divisórias que separam antitruste e regulação pode levar a um cenário de disseminação de conhecimento, garantindo que haja mais abundância de informação para o consumidor, de modo que ele possa descobrir, por si só, a verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções:¹⁴⁴

[...] Como visto, a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi, portanto, duplamente sobre a realidade – primeira modelando-a, e em seguida permitindo seu conhecimento.

Esta última frase cria uma aparente perplexidade. O normal parece ser o processo inverso – primeiro conhecer e depois modelar. Não assim no direito concorrencial. A regra jurídica é, aí, eminentemente instrumental. A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, sozinho, descobrirá a solução mais adequada para suas necessidades.

¹⁴¹ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 62.

¹⁴² SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 62.

¹⁴³ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p.205.

¹⁴⁴ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 221.

Uma das implicações práticas desse processo de descoberta do consumidor é justamente o fato de que “quanto mais alternativas de produtos o consumidor puder examinar e descartar, tanto mais sua escolha será plena de informações relativamente à sua preferência”. Assim, por decorrência lógica, “se não houver alternativa para escolha de um produto, não é possível saber quando a alternativa não-escolhida traria de utilidade para o consumidor”. Percebe-se que a concorrência é o “único instrumento capaz de suprir essa carência de informação do consumidor”, isto é, garantir a existência de alternativas.¹⁴⁵

A partir de tais preceitos, é possível entender o sentido da garantia institucional da concorrência como ensejadora de um devido processo econômico, acima exposto, ou seja, que permita a difusão do conhecimento e a livre escolha pelos consumidores:¹⁴⁶

[...] Exatamente por se tratar de garantia institucional de um processo de livre escolha, em última análise de um processo de conhecimento dos melhores do mercado, a concorrência ganha justificação própria. No modelo institucional, a concorrência justifica-se, então, pelos fins básicos a que se destina (conhecimento econômico), e não por razões pré ou supra-jurídicas. Exatamente como o *due process*, garantia procedimental da justiça, a concorrência, garantia procedimental do conhecimento, no campo econômico, ganha justificativa autônoma.

A teoria neoestruturalista defendida por Salomão Filho, associada ao conceito de concorrência como garantia institucional delineado acima, busca oferecer um método que permita “a consideração e o sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do direito”.¹⁴⁷ Assim, parte-se da necessidade de um raciocínio valorativo e de uma abordagem funcionalista do direito para a crítica e transformação das relações de dominação e de poder econômico, o que não seria possível com um olhar positivista.¹⁴⁸

É importante observar também que, para os propósitos do presente trabalho, entende-se que a perspectiva da concorrência como garantia institucional se afigura compatível com outra mencionada na seção anterior, relacionada à concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas. Parte-se do entendimento de que ambas as perspectivas – ao menos sob a ótica da dissertação – são complementares e, em qualquer caso, devem ser interpretadas e aplicadas de forma harmônica e orientada à ordem econômica constitucional.¹⁴⁹

¹⁴⁵ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 225. Ainda: “Só a existência de pluralidade de escolhas é sensível à variação nos gostos do consumidor e está disponível a se modificar em função dessas mudanças. Só a concorrência é capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado”.

¹⁴⁶ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 225.

¹⁴⁷ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 261.

¹⁴⁸ SALOMÃO FILHO, *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, cit., p. 259-161.

¹⁴⁹ A questão foi analisada por José Maria Arruda de Andrade, o qual entendeu que “não há como simplesmente escolher uma dessas posições, como se uma excluísse a outra ou como se a constituição federal permitisse e

Dito isso, pode-se sustentar que o conceito de concorrência como garantia institucional, associado aos aportes teóricos da teoria do conhecimento, da economia da informação e do neoestruturalismo jurídico, acima expostos, constitui um importante repertório teórico para ensejar, sob diversos ângulos, profundas reflexões sobre o tema da integração da proteção de dados pessoais à análise substancial e à aplicação do direito da concorrência.

O primeiro aspecto a ser ressaltado diz respeito à dispersão do conhecimento e às assimetrias de informação, profundamente graves nos mercados movidos a dados pessoais, especialmente quando constituem estruturas concentradas. A conclusão lógica aqui é a de que esses mercados não funcionam de modo adequado, porque, entre outros aspectos estruturais, o consumidor não tem conhecimento sobre as formas de processamento dos seus dados. A concorrência deveria significar a dispersão de conhecimento e a existência de escolhas, mas, se o mercado é oligopolizado ou monopolizado, e se os consumidores não têm qualquer conhecimento, o pior nível de proteção de dados pessoais poderá ser imposto. Exemplo disso é a exigência de termos de serviço na modalidade “*take-it or leave-it*” que impõem ampla e excessiva coleta de dados pessoais.

Essa conclusão conduz a outra: ora, se o nível de proteção de dados pessoais nos mercados concentrados já é bastante baixo, e o consumidor não tem conhecimento de níveis mais protetivos, evidentemente não poderá desenvolver novos gostos e hábitos de consumo associados a um maior nível de proteção de dados pessoais. Ou seja, tampouco poderá mobilizar seus dados pessoais para outros concorrentes mais protetivos, de modo que a tendência do setor continuará sendo a concentração ainda maior de dados pessoais em poucos agentes oligopolizados ou monopolistas, a continuidade da extração de renda dos dados pessoais dos consumidores, e a própria inviabilização do surgimento alternativas de produtos e novos modelos de negócio protetivos.

Assim, perde força o argumento utilitário que se traduz na afirmação de que, se a proteção de dados não é uma preferência do consumidor, logo, não deve ser objeto da tutela concorrencial. A mensuração neoclássica das preferências dos consumidores se torna menos relevante à luz da assimetria de informação. A seu turno, a partir do conceito institucional de concorrência, assume relevância o valor normativo do processo de descoberta do consumidor,

determinasse apenas uma delas” (cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 175-177).

de modo que a aplicação do direito concorrencial pode se voltar à garantia da efetiva existência de escolhas, isto é, opções mais protetivas aos dados pessoais.

Não se deve confundir o quanto dito acima como uma questão de apenas melhorar a transparência ou munir o consumidor de informação. Pelo contrário, a concentração econômica e as profundas assimetrias de informação e de poder são justamente as causas que impedem níveis mais altos de proteção de dados pessoais. Daí por que a garantia da concorrência poderá ser um meio para promover a existência de alternativas protetivas, assegurando um processo competitivo mais justo e equilibrado. A tutela concorrencial se volta para, além de intervenções estruturais, a imposição de determinados comportamentos (como a vedação de formas de tratamento de dados pessoais, o desenho de tecnologias e arquiteturas de informação) como meio para elevar a concorrência e, por decorrência, o padrão coletivo de proteção de dados pessoais. Essa parece ser uma tendência observada em diferentes jurisdições, conforme será exposto ao longo desta dissertação.

Por meio da garantia da concorrência, portanto, o consumidor poderá descobrir novas utilidades, valores e direitos, o que possibilitará a própria existência do mercado e o potencial surgimento de novos produtos e serviços. Aqui se nota, em especial, a materialização do devido processo econômico mencionado anteriormente, por meio do elemento de inclusão social e de democracia econômica. Conferir opções de manejo e de proteção dos dados pessoais possibilitaria incluir um maior contingente de pessoas no processo econômico¹⁵⁰, permitindo-lhes maior influência sobre a disposição dos seus dados.

Também se observam, de modo evidente, as repercussões da garantia da lealdade, elemento da proteção institucional da concorrência. Isso, porque a garantia da lealdade se subdivide nas garantias do fluxo de informações para os consumidores e do equilíbrio das relações econômicas. Vê-se aqui que a legislação de proteção de dados pessoais pode funcionar como parâmetro normativo quanto à lealdade, seja para a verificação do cumprimento dos deveres de informação e transparência, seja para aferição do equilíbrio contratual na prestação do serviço que envolve o tratamento de dados pessoais. A ausência de razoabilidade e probidade na atuação do agente dominante, por exemplo, por meio da imposição abusiva de condições contratuais e pouco transparentes, em violação aos requisitos legais, poderia constituir eventual

¹⁵⁰ Nesse sentido, “Para que o princípio [*due process clause* em matéria econômica] seja realmente efetivo, é preciso incluir uma multidão de cidadãos alijados do processo econômico. Como a própria processualística bem define, a regra do devido processo legal exige e implica como requisito lógico fundamental a participação ampla no processo. Essa ideia pode e deve ser estendida ao procedimentalismo em matéria de relações econômicas.” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 50).

abuso de poder econômico. Esses aspectos serão ilustrados de modo mais detalhado no Capítulo 3 do presente trabalho.

Em conclusão, a partir da concepção da garantia institucional da concorrência, construída sobre as bases da teoria do conhecimento econômico e da economia da informação, seria possível observar com maior clareza que o problema da proteção de dados pessoais, associado às profundas assimetrias de informação dos mercados, é um problema concorrencial, na medida em que as estruturas concentradas de mercado inviabilizam a própria existência de escolhas e de um nível maior de proteção de dados.

O diagnóstico do problema estrutural da proteção de dados pessoais será exposto de modo mais detalhado no Capítulo seguinte, o qual se dedicará, especialmente, à exposição dos contornos do direito da proteção de dados pessoais e da sua interface com o direito da concorrência.

Em conclusão, o presente Capítulo aponta que a leitura da concorrência como um meio para a concretização da ordem econômica constitucional e a compreensão da concorrência como uma garantia institucional podem, cada qual, oferecer importantes fundamentos para possibilitar a consideração da proteção de dados pessoais na aplicação do direito concorrencial. Ambas as perspectivas são compreendidas, ao menos para os fins do presente tema, como complementares.

De um lado, como explicado, seria possível compreender que o caráter instrumental da concorrência (isto é, vertida à promoção da ordem econômica fundada na dignidade humana, na justiça social e na defesa do consumidor) implica considerar a proteção de dados pessoais na aplicação do direito da concorrência. Isso pode ser entendido, portanto, como uma forma de implementação de política pública visando à concretização da ordem econômica constitucional. Essa perspectiva tem aplicação prática, conforme apontam experiências em jurisdições diversas, que serão expostas por este trabalho.

De outro lado, a concepção da concorrência como uma garantia institucional (a qual compreende que as normas concorrenciais têm por objetivo garantir a lealdade na atuação dos agentes econômicos e a existência de escolhas, ordenando-se as relações econômicas de forma mais justa e equilibrada) permite certa abertura para que os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais funcionem como meio de promoção da concorrência e como indicador de lealdade, justiça e equilíbrio das relações econômicas. Esses aspectos também têm aplicação prática, conforme será apontado ao longo desta dissertação.

2 ASPECTOS GERAIS DA INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como vetores centrais da atividade econômica na economia digital, os dados pessoais passaram a desempenhar papel crucial na estratégia de negócios e no processo decisório dos agentes econômicos, figurando como importante fator na dinâmica concorrencial. Os agentes econômicos procuram cada vez mais desenvolver formas e meios de gerar e capturar dados, tomando a exploração dos dados como uma ferramenta substancial para melhorar a eficiência de processos produtivos, prever tendências de mercado, direcionar publicidade e ofertas personalizadas, antecipar expectativas e comportamentos.

Ao passo que dados pessoais se tornam insumos fundamentais da atividade econômica, torna-se inevitável a aproximação entre o direito da concorrência e o direito da proteção dos dados pessoais, na medida em que essa nova realidade suscita preocupações e desafios concorrenciais diversos, em larga medida atribuídos aos fatores não preço articulados pela competição por dados pessoais.

É premente, portanto, pensar a interface, cada vez mais ampla e profunda entre as disciplinas, de modo a estabelecer as pontes necessárias para que o diálogo entre as áreas possa assegurar não apenas o princípio constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, mas igualmente o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

É objetivo deste Capítulo, portanto, delinear e analisar os aspectos gerais relacionados à interseção entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais, a fim de perceber como esse diálogo pode ser estimulado de maneira produtiva e efetiva.

Inicialmente, o Capítulo realizará uma exposição sobre o desenvolvimento do direito da proteção de dados pessoais, para, na sequência, realizar a distinção entre os conceitos de “proteção de dados pessoais” e de “privacidade”. Essa distinção será fundamental para explicar a opção não apenas metodológica, mas também analítica do trabalho em tratar do tema sob ótica do direito da proteção de dados pessoais, e não do direito à privacidade, como se observa frequentemente na literatura antitruste. Com essa sistematização de conceitos, o Capítulo prosseguirá à exposição e análise da relação entre a proteção de dados pessoais e o direito da concorrência. Nesse sentido, examinará em que medida há convergência de interesses e objetivos entre as disciplinas.

Para tanto, o Capítulo também fará a exposição da evolução do debate internacional sobre a interação entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais. Será demonstrado que a relação entre as disciplinas evoluiu de um afastamento inicial, passando pelo reconhecimento de que a proteção de dados pessoais pode exercer um papel no direito concorrencial, até a fase mais recente de aplicação prática e adaptação institucional para endereçar as preocupações inter-relacionadas quanto ao poder econômico e à exploração abusiva dos dados pessoais. O Capítulo detalhará, portanto, o diagnóstico emergente, referido anteriormente, da interdependência entre os problemas concorrenciais e a degradação da proteção de dados pessoais.

2.1 Desenvolvimento da proteção de dados pessoais

Os conceitos de privacidade e proteção de dados pessoais costumam ser empregados, tanto na doutrina jurídica quanto na literatura econômica, como expressões intercambiáveis ou quase sinônimas, observando-se, em geral, uma preferência na doutrina concorrencial pela utilização do termo privacidade, que seria tomado, no mais das vezes, como uma expressão guarda-chuva, capaz de abarcar também a proteção de dados pessoais. O emprego intercambiável e indiscriminado dos termos, no entanto, parece contribuir para uma compreensão senão inadequada, ao menos incompleta sobre a complexidade e a particularidades que envolvem as duas disciplinas.¹⁵¹

Como decorrência, nota-se que a literatura antitruste, especialmente aquela de influência norte-americana, frequentemente envereda para a análise econômica do direito da privacidade, por vezes equiparando dados pessoais a simples mercadorias, traçando análises de custo-benefício ou utilizando a expressão “concorrência por privacidade”. Por outro lado, contribuições teóricas na doutrina jurídica concorrencial de origem europeia, por influência do

¹⁵¹ Em decorrência da aparente falta de compreensão sobre os contornos e relação entre disciplinas, por exemplo, relatório preparado por autoridades de proteção de dados pessoais, no qual consta o resultado de entrevistas conduzidas com autoridades de defesa da concorrência, apontou-se que as autoridades estão falando línguas diferentes, com variadas interpretações sobre os mesmos aspectos, na medida em que se utiliza o termo “privacidade” ou “dados pessoais”. Nesse sentido, cf. GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY. *Privacy and data protection as factors in competition regulation: surveying competition regulators to improve cross-regulatory collaboration*. Digital Citizen and Consumer Working Group. Report to the 43th Assembly of Authorities, 2021, p. 18.

desenvolvimento da disciplina no continente, têm conferido tratamento distinto, preferindo posicionar o tema sob a ótica do direito da proteção de dados pessoais.¹⁵²

O presente trabalho se alinha a tal posicionamento e assume a opção metodológica de tratar do tema sob a ótica do direito da proteção de dados pessoais, em oposição a abordá-lo sob a ótica do direito à privacidade – que, em todo caso, devem ser compreendidos como disciplinas distintas, embora sobrepostas, conforme será explicado.

Dessa forma, entende-se que o direito da proteção de dados pessoais se desenvolveu para constituir um direito autônomo e uma disciplina jurídica própria, inclusive no Brasil, com dinâmicas que lhe são particulares e com um potencial normativo mais amplo. Nesse sentido, o direito da proteção de dados pessoais, por meio de toda sua extensão normativa, tem melhor capacidade de influir sobre a aplicação material do direito da concorrência. Por essas razões, o trabalho optou por realizar uma exposição sobre o desenvolvimento do direito da proteção de dados pessoais, até que fosse alçado a um direito fundamental previsto na Constituição brasileira. Essa exposição permitirá melhor situar a importância da disciplina da proteção de dados pessoais no arcabouço da regulação jurídica brasileira.

A proteção de dados pessoais, como disciplina jurídica hoje presente em várias jurisdições, tem um perfil fortemente ligado aos marcos regulatórios europeus. Entretanto, alguns dos institutos mais característicos se desenvolveram na interação com a jurisdição norte-americana, bem como internamente nos Estados Unidos, onde o *right to privacy* já vinha sendo pavimentado pela doutrina e pelos tribunais há muitos anos. O surgimento inicial da disciplina na Europa e nos Estados Unidos se deu, além de outros fatores, em decorrência do próprio desenvolvimento econômico e tecnológico mais precoce nessas regiões.¹⁵³ Atualmente, entretanto, as leis de proteção de dados pessoais estão presentes em 137 jurisdições (ou 71% dos países do mundo).¹⁵⁴

¹⁵² Entre outros exemplos possíveis, destaca-se COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

¹⁵³ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 7-9.

¹⁵⁴ Para dados de países com leis, v. UNCTAD. *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <<https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>>. Acesso em: 14 jul. 2022. Sobre as diferenças entre Estados Unidos e União Europeia, Doneda anota que “[e]nquanto há quase 3 décadas o modelo europeu começava a se delinear e logo procurou estruturar o problema em torno do estabelecimento de parâmetros transnacionais e dos direitos fundamentais, o enfoque norte-americano sempre levou em conta a promoção do fluxo de dados, encarando a tutela da privacidade na área como um sistema de ajustes e vedações de práticas abusivas, a serem verificadas quase sempre em concreto”.

Conforme já exposto, a emergência da economia informacional a partir dos anos 1970, caracterizada pela rápida expansão dos bancos de dados eletrônicos e das tecnologias de informação, cujas preocupações já começavam a aparecer desde a década de 1960, foi o contexto determinante para a modificação substancial do sentido e do alcance do direito à privacidade como concebido até então.¹⁵⁵ A partir de tais transformações, como aponta Mendes, a privacidade passou de “um direito com uma dimensão estritamente negativa e com uma conotação quase egoísta” para “uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações e um pressuposto para qualquer regime democrático”.¹⁵⁶

A decisão do Tribunal Constitucional alemão, em 1983, que julgou parcialmente inconstitucional a lei alemã do censo, promulgada no ano anterior, é considerada paradigmática para demonstrar a transformação do sentido do direito à privacidade. O Tribunal entendeu que o processamento ilimitado de dados pessoais poderia representar uma ameaça ao livre desenvolvimento da personalidade, reconhecendo a existência do *direito à autodeterminação informativa*, por meio do qual os indivíduos teriam o poder de determinar o fluxo de informações a seu respeito na sociedade.¹⁵⁷ Em outras palavras, reconheceu-se o direito subjetivo de “controlar a amplitude da divulgação ou utilização de qualquer aspecto relacionado a sua personalidade por meio de seus dados pessoais”.¹⁵⁸

A partir da afirmação do direito à autodeterminação informativa, Stefano Rodotà sustentou que o direito à privacidade não estava mais estruturado de acordo com o eixo *pessoa-informação-segredo*, mas de acordo com o eixo *pessoa-informação-circulação-controle*. Isso, porque o titular do direito à privacidade passou a exigir, conforme explica o jurista italiano,

¹⁵⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29. O início dos debates doutrinários acerca do direito à privacidade é atribuído ao artigo seminal de Warren e Brandeis (*The right to privacy. Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1980). Conforme Mendes (op. cit., p. 28), “Ao fundamentarem o direito à privacidade, Warren e Brandeis relacionam a sua proteção à inviolabilidade da personalidade, rompendo com a tradição anterior que associava a proteção da vida à propriedade. [...] Como se pode perceber a partir da análise desse artigo, a proteção à privacidade teve um caráter fortemente individualista em seus primórdios, com a sua feição do direito a ser deixado só (*right to be let alone*)”.

¹⁵⁶ MENDES, Laura Schertel, *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*, cit., p. 31. De modo semelhante, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 93-101.

¹⁵⁷ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*, cit., p. 30-32; LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69-70.

¹⁵⁸ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 9.

formas de “circulação controlada”, e não somente a interrupção do fluxo das informações que lhe digam respeito.¹⁵⁹

As primeiras iniciativas de tutela dos dados pessoais surgiram na década de 1970, como a primeira legislação de proteção de dados, de origem alemã (Lei do *Land* alemão de Hesse, de 1970); a primeira lei nacional, de origem sueca (Estatuto para Bancos de Dados, de 1973); o *Privacy Act* dos Estados Unidos, de 1974; e a Lei nacional da República Federativa Alemã, de 1977. Tais legislações estão abrangidas pela *primeira geração* de leis de proteção de dados pessoais, caracterizadas pela fiscalização e pelo controle do Estado sobre a abertura e o funcionamento dos bancos de dados.¹⁶⁰

A partir do final dos anos 1970, teve início a *segunda geração* de leis de proteção de dados pessoais, marcada pela atualização da forma de regulação da matéria, “não mais em torno do fenômeno computacional em si, mas na consideração da privacidade e da proteção de dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercida pelo próprio cidadão”. Nessa fase, houve, por exemplo, a lei francesa e a lei austríaca, ambas de 1978.¹⁶¹

O surgimento da *terceira geração* de leis, nos anos 1980, foi caracterizado pela percepção de que “o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social”. Assim, as leis dessa geração passaram a abranger mais do que a liberdade do cidadão de fornecer ou não seus dados, mas se preocuparam também em garantir a efetividade dessa liberdade. Essa geração de leis foi marcada também pela decisão do Tribunal Constitucional alemão, mencionada anteriormente, que influenciou emendas nas legislações da Alemanha, Áustria, Noruega e Finlândia.¹⁶²

Por fim, alcançou-se à *quarta geração* de leis de proteção de dados pessoais, que abrange as leis vigentes hoje em vários países. As leis da geração atual buscaram “suprir as desvantagens do enfoque individual”, passando a uma abordagem integral do *problema da informação* como fundamento da proteção dos dados pessoais. Nesse sentido, reconheceu-se a

¹⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93. A corrente que adota a concepção de privacidade a partir da noção do controle das informações pessoais tem como precursores os trabalhos de Alain Westin (*Privacy and Freedom*, 1967) e Charles Fried (1968), entre outros. Para um exame crítico desta corrente, cf. LEONARDI, *Tutela e privacidade na Internet*, cit., 2011, p. 67-78; NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press, 2010, p. 70-71. A seu turno, há, ainda, outras influentes correntes teóricas, como aquela desenvolvida por Nissenbaum, que caracteriza a privacidade não em torno do acesso e controle das informações, mas a partir das razoáveis expectativas dos indivíduos em cada contexto de tratamento de dados pessoais.

¹⁶⁰ DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 176.

¹⁶¹ DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 177.

¹⁶² DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 178.

*dificuldade da tutela dos dados pessoais simplesmente na escolha individual, tornando-se necessários “instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção”.*¹⁶³

Nota-se que as assimetrias de informação e de poder oriundas das tecnologias de informação são preocupações que ganharam crescente importância na regulação da proteção de dados pessoais. Stefano Rodotà, por exemplo, apontou que as informações coletadas por organizações privadas “permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes”, de modo a aumentar “as possibilidades de discriminação e desníveis de poder no interior de uma organização social”.¹⁶⁴

Nessa linha evolutiva, observa-se que a proteção de dados pessoais rompeu a perspectiva individualista atrelada à privacidade, assumindo valores e preocupações de dimensão coletiva.¹⁶⁵ Nesse paradigma emergente, tornou-se imperativa a “expansão das possibilidades de intervenção e de participação dos indivíduos e dos grupos” como único caminho para impedir que, “em presença de inovações tecnológicas tão profundas, as modificações do poder se produzam apenas numa direção, isto é, a favor de grupos cada vez mais restritos e de estruturas fechadas e centralizadas”.¹⁶⁶

No desenvolvimento da disciplina, ganhou centralidade o “problema do controle”, ou seja, como tornar efetivo o controle dos dados pessoais pelos indivíduos. É amplamente reconhecido pela doutrina, em linha com o apontado por Stefano Rodotà, que o titular dos dados, sozinho, é incapaz de efetivar o controle das informações, seja porque raramente compreende a dimensão e o sentido tratamento dos dados por grandes organizações, seja porque existe um enorme desnível de informação e poder entre o indivíduo e referidas organizações. O

¹⁶³ DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 179.

¹⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37-40.

¹⁶⁵ Destaca-se a existência diversas contribuições teóricas apontando a superação da perspectiva individualista da proteção de dados pessoais, como o debate doutrinário que aponta o fracasso do modelo contratualista de aviso-e-consentimento (*notice-and-consent*), em vista da teoria da privacidade contextual desenvolvida pela filósofa Helen Nissenbaum; a teoria de privacidade de grupo (*group privacy*) construída pelo filósofo Luciano Floridi e seus colaboradores; e as teorias sobre a coletivização da proteção de dados pessoais, ilustrada pelas publicações do italiano Alessandro Mantelero. Discutindo esses aportes teóricos, cf. ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios. *In: DE LUCCA, Newton et al. (coord.). Direito e Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 381-416. Além disso, Bruno Bioni lembra, na esteira do pensamento de Hannah Arendt, que “a privacidade é encarada como um *bem comum*, que detém particular importância para o estado democrático de direito, por garantir uma participação deliberativa e heterogênea entre os cidadãos em contraste às sociedades totalitárias. A privacidade não beneficia, portanto, somente o indivíduo, mas, colateralmente, a sociedade, revelando-se como um elemento constitutivo da própria vida em sociedade” (BIONI, Bruno. *A proteção de dados pessoais...*, cit., p. 201).

¹⁶⁶ RODOTÀ, *ibid.*, p. 32-33.

controle dos dados pessoais sob uma perspectiva puramente individualista, portanto, seria completamente ilusório.¹⁶⁷

Para elevar os padrões coletivos da proteção de dados pessoais, portanto, desenvolveram-se variadas instituições jurídicas no corpo da disciplina, como autoridades independentes de proteção de dados (responsáveis pela normatização, regulação e fiscalização das atividades de tratamento de dados pessoais¹⁶⁸), instrumentos de tutela coletiva¹⁶⁹ e acordos internacionais com o estabelecimento de padrões mínimos¹⁷⁰. A existência de uma autoridade independente, inclusive, foi alçada a uma garantia fundamental expressa na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada no ano de 2000.

Reconhecendo a importância do engajamento do setor privado na proteção dos dados pessoais, os regimes jurídicos admitem ou estimulam a autorregulação pelo mercado, servindo como exemplos fórmulas como associações de empresas, normas corporativas globais, selos, certificados e códigos de conduta.¹⁷¹ Entretanto, é evidente a insuficiência da autorregulação como solução preponderante para a proteção de dados pessoais.¹⁷²

A escala dos desafios das leis de proteção de dados pessoais alcança, atualmente, proporções inéditas, uma vez que os riscos associados ao tratamento de dados pessoais não se

¹⁶⁷ RODOTÀ, *ibid.*, p. 37; LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, op. cit., p. 78. Conforme Stefano Rodotà, “a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser o alibi de um poder público desejoso de esquivar-se dos novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e que assim se refugia em uma exaltação ilusória dos poderes do indivíduo, o qual se encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente poderá sair como perdedor”. A doutrina também aponta diversos limites e insuficiências do paradigma ancorado no consentimento individual. Nesse sentido: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 130.

¹⁶⁸ A especialidade técnica da matéria tornou fundamental a existência das autoridades independentes. A primeira lei de proteção de dados, do *land* alemão de Hesse, em 1970, já previa a estruturação de um Comissário para proteção de dados pessoais; ainda, o modelo consolidou-se com a introdução da CNIL – *Commission nationale de l'informatique et des libertés* em 1978, na França, tornando-se posteriormente obrigatório em outros países europeus a partir da Diretiva 46/95/CE (DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 308-309).

¹⁶⁹ Para uma discussão sobre a tutela coletiva da proteção de dados pessoais na perspectiva brasileira, cf. ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton *et al.* *Direito e Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 381-416.

¹⁷⁰ Cf., e.g., DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 248-255 (acerca da dimensão internacional da proteção de dados pessoais, destacando a importância da convergência das normas e dos acordos internacionais para transferência de dados pessoais).

¹⁷¹ A esse respeito, por exemplo, admitindo a autorregulação das normas de proteção de dados pessoais, para implementação de um programa de governança, veja-se a LGPD, art. 50. A respeito das “normas corporativas globais” e dos “selos, certificados e códigos de conduta”, como hipóteses que permitem a transferência internacional de dados pessoais, veja-se a LGPD, art. 33 e LEONARDI, Marcel. *Transferência Internacional de Dados Pessoais*. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 294.

¹⁷² Nesse sentido, por exemplo, GELLMAN, Robert; DIXON, Pam. Failures of Privacy Self-Regulation in the United States. In: WRIGHT, Davir; DE HERT, Paul (ed.). *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*, Springer, 2016, p. 53-78.

limitam apenas à proteção dos indivíduos, mas têm a capacidade de afetar a higidez do Estado democrático, a liberdade de informação e de expressão e a segurança jurídica dos mercados.¹⁷³ Daí que as leis de proteção de dados abriram espaço para uma abordagem regulatória mais abrangente, baseada no risco, com maior presença de instrumentos que “privilegiam a demonstração de cumprimento com os parâmetros legais, em uma lógica de *accountability*”.¹⁷⁴ Além disso, a tutela da proteção de dados pessoais se expandiu para incorporar novos instrumentos, como é o caso das normas sobre transparência, limites às decisões automatizadas ou referentes à portabilidade de dados pessoais.¹⁷⁵

Apesar da expansão das leis de proteção de dados, Lancieri sugere, a partir da análise de estudos empíricos avaliando cenários após a implementação da lei europeia (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD) e da lei californiana (*California Consumer Privacy Act* – CCPA), que os marcos legais ainda não parecem resultar em uma mudança significativa em prol de maiores níveis de proteção de dados pessoais. Como possíveis causas dessa aparente ineficácia social das leis, o autor indica as altas assimetrias de informação e o significativo poder econômico existentes nos mercados envolvendo dados pessoais, os quais estariam minando o *enforcement* regulatório sobre a matéria.¹⁷⁶

A seu turno, no Brasil, aspectos da proteção de dados pessoais sempre foram tratados no âmbito de outras matérias, como o direito à privacidade, o direito do consumidor ou outras liberdades individuais. Entretanto, o desenvolvimento e a aplicação do direito à privacidade no Brasil não foram suficientes para formular um arcabouço capaz de fazer frente às novas situações e questões que surgiram com as novas tecnologias de processamento massivo de dados.¹⁷⁷ O cenário normativo brasileiro parece começar a mudar, portanto, com a introdução da LGPD, em 2018, e da Emenda Constitucional nº 115/2022 que, finalmente, em 2022, introduziu a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna brasileira.

É importante reforçar, portanto, que os institutos do direito da proteção de dados pessoais evoluíram para uma abordagem regulatória ampla, que busca elevar os *padrões*

¹⁷³ DONEDA, Panorama histórico da proteção de dados pessoais, cit., p. 5.

¹⁷⁴ DONEDA, Panorama histórico da proteção de dados pessoais, cit., p. 5.

¹⁷⁵ DONEDA, Panorama histórico da proteção de dados pessoais, cit., p. 5.

¹⁷⁶ LANCIERI, Filippo. Narrowing Data Protection's Enforcement Gap. *Maine Law Review*, v. 74, n. 1, p. 16-72, 2002, p. 64. No trabalho, o autor conduziu uma revisão de 26 estudos que analisaram o impacto do regulamento europeu de proteção de dados pessoais (RGPD) e da lei californiana de proteção de dados pessoais (CCPA), concluindo que nenhum desses diplomas, a princípio, teria resultado em uma melhoria significativa na proteção dos dados, ao menos no escopo dos estudos realizados.

¹⁷⁷ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais, cit., p. 10-11.

coletivos de proteção, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do indivíduo frente às significativas assimetrias de informação e poder dos agentes de tratamento, bem como frente às modernas técnicas de tratamento massivo de dados. Assim, cada vez mais, observa-se a relevância da disciplina para a garantia do Estado Democrático de Direito e das liberdades individuais, como dão conta escândalos como o *Cambridge Analytica*.¹⁷⁸

A materialização da proteção de dados pessoais hoje assume novos contornos. A efetividade do consentimento é posta em xeque e exige uma forte incidência regulatória para contrabalançar as assimetrias de poder. Emergem novas formas de se assegurar a proteção de dados pessoais, como a regulação pública sobre o desenho de tecnologias, os padrões e a arquitetura dos sistemas de informação. Também se passa a exigir a constante prestação de contas (*accountability*) por parte dos agentes privados de tratamento de dados perante as autoridades públicas e a sociedade civil.¹⁷⁹

A disciplina da proteção de dados pessoais assumiu contornos próprios, cada vez mais debruçada sobre preocupações particulares do seu campo. A apresentação realizada demonstrou o percurso conduzido pela proteção de dados pessoais para tornar-se um direito autônomo e uma disciplina própria, com a reivindicação de padrões e parâmetros específicos para efetivar sua tutela. A partir disso, a seção seguinte se propõe a distinguir o direito da proteção de dados pessoais do direito à privacidade, a fim de melhor delinear o potencial normativo de influência da proteção de dados pessoais na aplicação material do direito da concorrência.

2.1.1 Distinção entre privacidade e proteção de dados pessoais

É frequente, na literatura antitruste de modo geral, o emprego do termo “privacidade” como expressão guarda-chuva ou sinônima de proteção de dados pessoais, sem que se perceba uma preocupação em observar as diferenças entre os conceitos e suas implicações. Esse emprego parece decorrer da forte influência do *right to privacy* norte-americano e da amplitude

¹⁷⁸ Trata-se de diagnóstico partilhado por Doneda, para quem “[a] proteção de dados pessoais, ainda que fundamentada pelo preceito constitucional, deve se valer de uma estratégia integrada em que são utilizados diversos instrumentos de tutela, que compõem uma série de manifestações em diversas áreas”, mencionando a importância de normas deontológicas, códigos de autorregulação e outros (DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, cit., p. 329).

¹⁷⁹ Ressaltando esses aspectos e tendências, cf., por exemplo, MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revistas Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020; BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2020; BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022; e SOLOVE, Daniel. The Mith of the Privacy Paradox. *George Washington Law Review*, v. 89, n. 1, p. 1-51, 2021.

de trabalhos sobre economia da privacidade e de análise econômica do direito da privacidade,¹⁸⁰ que reverberam na doutrina antitruste, com a frequente referência ao fenômeno da “concorrência por privacidade”.

Ainda que não venha a necessariamente implicar leituras incorretas sobre a interação com o antitruste, a utilização indiscriminada do conceito de privacidade pode levar a uma compreensão limitada sobre o potencial de interação entre as disciplinas e a influência normativa da proteção de dados pessoais em relação ao direito da concorrência, em razão da diferença de escopo e de instrumentos de ambos os direitos.¹⁸¹ Atenta a isso, há outra parte da literatura que prefere utilizar o direito da proteção de dados pessoais como referencial analítico da interação com o direito da concorrência,¹⁸² o que tem captado melhor o potencial e sentido da influência normativa em relação ao direito da concorrência.

Por essas razões, o presente trabalho compreende pela necessidade de traçar a diferença entre o direito à privacidade e o direito da proteção de dados pessoais, distinguindo o escopo de cada um deles. Essa distinção pretende indicar que, sob a ótica da proteção de dados pessoais, há um maior potencial de diálogo com o direito da concorrência, o que muitas vezes não é prontamente captado pelos trabalhos que se opõem à consideração e inclusão da privacidade no âmbito do direito da concorrência.¹⁸³

¹⁸⁰ Para exemplo de trabalho no campo da análise econômica da privacidade, cf. POSNER, Richard. *The Economics of Privacy*. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, p. 405-409, 1981. Para um panorama geral sobre a “economia da privacidade”, que compõe um campo interdisciplinar, porém, com predominância de trabalhos no campo das ciências econômicas, cf., de modo geral, ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. *The Economics of Privacy*. *Journal of Economic Literature*, v. 54 n. 2, p. 442-92, 2016.

¹⁸¹ Como apontado acima (nota de rodapé nº 151), em decorrência da aparente falta de compreensão sobre os contornos e relação entre disciplinas, um relatório preparado por autoridades de proteção de dados pessoais, a partir de entrevistas com autoridades de defesa da concorrência, apontou que as últimas estão falando uma linguagem distinta da proteção de dados pessoais, com variadas interpretações conforme se utiliza os termos “privacidade” ou “dados pessoais”. Nesse sentido, cf. GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY. *Privacy and data protection as factors in competition regulation*, cit., p. 18. Ou seja, conforme se depreende, quando utilizam o termo “dados pessoais”, referem-se aos dados como simples insumos, desprovidos de qualquer valor normativo. De outro lado, quando se referem à “privacidade”, consideram-na como um parâmetro não preço, como qualquer outro (e.g., qualidade). Assim, trata-se de uma linguagem concorrencial que não considera as categorias jurídicas da proteção de dados pessoais, isto é, não considera a dimensão normativa da proteção de dados pessoais.

¹⁸² Essa literatura está situada sobretudo no contexto europeu, em razão do desenvolvimento da disciplina da proteção de dados pessoais no continente e sua importância enquanto direito fundamental.

¹⁸³ Menciona-se, como exemplo, COOPER, James C.; YUN, John M. *Antitrust & Privacy: It’s Complicated*. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 2022, n. 2, p. 343-397, 2022. O problema identificado nessas abordagens, de marcada influência da análise econômica do direito, conforme será destacado adiante, no Capítulo 3 (seção 3.1.2), é o de que partem da premissa que a “privacidade” seria um produto ou uma dimensão como qualquer outra, portanto, normativamente neutra. Daí que essas abordagens utilizam variados expedientes para quantificar a privacidade, para que possa ser submetida às análises de custo-benefício. Quase sempre, portanto, sob essa ótica simplificadora, conduzem à conclusão de que pode e deve ser sacrificada em vista de outros parâmetros como preço e qualidade.

Inicialmente, ressalta-se que não existe na doutrina uma conceituação estanque e definitiva sobre o conceito de privacidade. Não há, tampouco, consenso sobre seu significado e sua abrangência, havendo, portanto, autores que indicam a impossibilidade de um conceito único e a necessidade de um conceito plural e amplo.¹⁸⁴ O debate para a definição do termo privacidade parece muito mais sinuoso na doutrina jurídica norte-americana, que tenta encapsular no *right to privacy* a proteção dos dados pessoais, comparativamente ao debate jurídico no contexto europeu, que caminhou para a separação entre o direito à privacidade e o direito da proteção de dados pessoais.

Isso, porque o sistema jurídico norte-americano, como aponta Leonardi, tem “dificuldade em reconhecer a existência de direitos da personalidade (ao menos na forma como concebidos pelos sistemas jurídicos romano-germânicos), equiparando-os a um direito de propriedade limitado, além do *right of privacy*, ao *right of publicity*”.¹⁸⁵ Portanto, na ausência de uma previsão constitucional expressa ou de uma lei federal abrangente, o regime jurídico de proteção de dados pessoais norte-americano se desenvolveu a partir da construção jurisprudencial do *right of privacy*,¹⁸⁶ bem como de leis setoriais ou estaduais disciplinando a matéria.¹⁸⁷ Assim, a proteção de dados pessoais na experiência norte-americana está abrangida pelo *right of privacy*, no contexto de um esforço doutrinário para ampliação desse conceito na tentativa de abarcar aspectos relacionados ao processamento de dados pessoais.

¹⁸⁴ Expondo a dificuldade da conceituação do termo *privacidade* e a confusão existente com outros conceitos como *intimidade*, *vida privada*, o *direito de ser deixado só*, e *segredo* ou *sigilo*, bem como apontando a necessidade de um conceito plural, veja-se LEONARDI, *Tutela e Privacidade na Internet*, cit., p. 46-67, 78-83. Para Bruno Bioni, a definição do que vem a ser privado é difícil de ser estabelecida afora os casos de domicílio, correspondência e comunicação. Por essa razão, “a privacidade tem sido considerada uma palavra-camaleão ou um termo guarda-chuva cuja conceituação é obscura, de definição improvável ou impossível” (BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais...*, cit., p. 93). Para Leonardi, a expressão “privacidade” representa “um vasto e complexo conjunto de interesses que se sobrepõem e se entrecruzam” (op. cit., p. 83).

¹⁸⁵ LEONARDI, *Tutela da Privacidade na Internet*, cit., p. 88.

¹⁸⁶ O *right of privacy* norte-americano está amparado, em grande medida, nas categorias criadas a partir da jurisprudência de responsabilidade civil (*tort law*) daquele país. Nesse aspecto, possui relevância na dogmática norte-americana a contribuição de William Prosser, em 1960, o qual apontou, a partir da construção jurisprudencial, que havia quatro tipos de atividades danosas ao *privacy*: (i) a intrusão na reclusão ou solidão do sujeito, ou em seus assuntos privados (*intrusion of solitude*), (ii) a divulgação pública de fatos privados embaraçosos sobre o sujeito (*public disclosure of private facts*), (iii) a publicidade que projeta uma falsa percepção do sujeito aos olhos do público (*false light*), e (iv) a apropriação, em benefício do infrator, do nome ou imagem do sujeito (*appropriation*); a respeito, cf. PROSSER, William. *Privacy*. *California Law Review*, v. 38, n. 3, p. 383-423, 1960. Por outro lado, Richards e Solove apontam que a construção de Prosser, embora muito importante consolidação do direito à privacidade nos Estados Unidos, também inibiu novas formas de proteção no contexto do processamento de dados pessoais (RICHARDS, Neil; SOLOVE, Daniel. *Prosser’s Privacy Law: A Mixed Legacy*. *California Law Review*, v. 98, n. 6, p. 1887-1924, 2010, p. 1924).

¹⁸⁷ A título exemplificativo, o *California Consumer Privacy Act* (CCPA), promulgado em 2018, adota amplamente termos como “*privacy*” e “*personal information*”; ao contrário das legislações europeias, notadamente o RGPD, que prefere a terminologia “*data protection*”.

Por outro lado, o direito europeu, de modo bastante distinto, traça uma diferença entre o direito da privacidade e o direito da proteção de dados pessoais. Há uma nítida evolução nos textos normativos do continente até a consagração da proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo. A compreensão dessa evolução é útil como paralelo ilustrativo para a experiência jurídica brasileira.

Em um primeiro momento, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950, garantiu o direito ao respeito à vida privada (art. 8, nº 1). A partir da interpretação desse dispositivo, o direito europeu extraiu o direito à privacidade, utilizado para fundamentar o regramento de processamento de dados pessoais, desaguando na Convenção nº 108 de 1981 e na Diretiva 95/46/EC. Esses diplomas, portanto, ainda marcavam mais acentuadamente a privacidade como fundamento da proteção de dados pessoais.¹⁸⁸

Em um segundo momento, a partir da consolidação da matéria, os textos normativos europeus já alçam explicitamente a proteção de dados pessoais a um direito fundamental distinto.¹⁸⁹ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 2000 e ratificada pelos Países-Membros em 2009, elenca em seu art. 7º o direito ao respeito à vida privada (que na Europa constitui o direito à privacidade)¹⁹⁰, enquanto em dispositivo separado, art. 8º, destaca o direito à proteção de dados pessoais¹⁹¹. Distintamente da Diretiva, o texto do RGPD pouco menciona a privacidade como fundamento da regulação.

A jurisprudência das cortes europeias acompanhou essa interpretação, inicialmente extraindo o direito da proteção de dados pessoais do direito à privacidade e, posteriormente,

¹⁸⁸ Nesse sentido, por exemplo, o art. 1º da Convenção nº 108, de 1981: “The purpose of this Convention is to secure in the territory of each Party for every individual, whatever his nationality or residence, respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him (‘data protection’).” Além disso, por exemplo, o Considerando nº 10 da Diretiva nº 95/46/CE: “Whereas the object of the national laws on the processing of personal data is to protect fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, which is recognized both in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights [...]”.

¹⁸⁹ Para um relato detalhado da evolução dos textos normativos na Europa, cf. FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Bruxelas: Springer, 2014, p. 255 (destacando que diversos países, como Alemanha e Portugal, já haviam conferido tratamento autônomo à proteção de dados pessoais muito antes da consolidação no direito europeu).

¹⁹⁰ Art. 7º (“Respeito pela vida privada e familiar”): “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”. Além disso, em manual oficial: “*The right to privacy – referred to in European law as the right to respect for private life (...)*” (UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Fundamental Rights; Council of Europe. *Handbook on European data protection law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, p. 18).

¹⁹¹ Art. 8º (“Proteção de dados pessoais”): “1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

reconhecendo-os como direitos fundamentais distintos. Aponta-se que apesar de haver uma ligação e sobreposição entre eles, ambos os direitos divergem de escopo.¹⁹² O Tribunal de Justiça da União Europeia não vem fazendo uma distinção substancial continuada entre os dois direitos fundamentais – apesar de tê-la feito em algumas oportunidades –, e a relação entre ambos é, normalmente, deixada em aberto, como apontam decisões recentes.¹⁹³

Entretanto, em manual emitido por órgãos oficiais da União Europeia, aponta-se categoricamente que a proteção de dados evoluiu para um direito distinto que não se subsume ao direito à privacidade (vida privada), ou seja, constitui um direito fundamental separado.¹⁹⁴ Apesar de reconhecer as semelhanças, fundadas na autonomia e dignidade humana, o documento destaca que, na perspectiva europeia, os dois diferem na formulação e alcance: a privacidade (vida privada) consiste em uma “proibição geral de interferência”, sujeita a alguns critérios de interesse público que podem justificá-la¹⁹⁵, e cuja verificação depende do contexto e dos fatos de cada caso. Já a proteção de dados pessoais é tida como “um direito moderno e ativo, que coloca em prática um sistema de freios e contrapesos para proteger os indivíduos sempre que seus dados pessoais são processados”.¹⁹⁶

Assim, o direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, na medida em que qualquer operação de tratamento de dados pessoais atrai o regime de proteção, independentemente do impacto à privacidade. A seu turno, o direito à privacidade abrange situações ligadas à vida privada, conceito esse interpretado amplamente pelos tribunais.¹⁹⁷

¹⁹² KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR. *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, p. 222-228, 2013, p. 228 (analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

¹⁹³ DÖHMANN, Indra Spiecker. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: DONEDA Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 100. Como exemplo de decisão que deixou em aberto a distinção entre os privacidade e proteção de dados pessoais, tem-se a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso C-131/12 (*Google v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*), de 2014, que tratou do direito ao esquecimento. Por outro lado, houve uma significativa distinção entre privacidade e proteção de dados pessoais no julgamento do caso C-28/08 (*Commission v Bavarian Lager*), de 2010, envolvendo a aplicação do Regulamento nº 1049/2001, que trata do acesso público a documentos em órgãos oficiais. O Tribunal decidiu que aplicar a “privacidade ‘de acordo com’ a proteção de dados pessoais” (expressão utilizada pelo Regulamento) significa algo diferente do que aplicar apenas a “privacidade”, portanto, conferindo significado jurídico à distinção (§§ 57-65); ainda, o acórdão apontou expressamente que a proteção de dados pessoais enseja um sistema de proteção específico e reforçado (§ 60). Nesse sentido, cf. FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, cit., p. 259-260.

¹⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Handbook on European data protection law*, cit., p. 19: “(...) data protection developed into a distinct value that is not subsumed by the right to respect for private life. In the EU legal order, data protection is recognised as a fundamental right, separate to the fundamental right to respect for private life.”

¹⁹⁵ Como se percebe, a definição está em conformidade com a interpretação que se tem dado do art. 8º da Convenção de Direitos Humanos da União Europeia.

¹⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Handbook on European data protection law*, cit., p. 19.

¹⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Handbook on European data protection law*, cit., p. 20.

Desse modo, a privacidade pode ir além do direito à proteção de dados em sua exigência de proteção, e a proteção de dados também pode ir além da privacidade. Isso se mostra pelo fato de que também existe uma proteção de dados pessoais na esfera pública, por exemplo, em praças públicas, na escola ou no local de trabalho.¹⁹⁸

No Brasil, apenas em 2018 foi promulgada a primeira lei de proteção de dados pessoais do país (LGPD). Em 2022, como ressaltado, a Emenda Constitucional nº 115 introduziu no rol de direitos e garantias fundamentais a proteção de dados pessoais (art. 5º, LXXIX).

Embora seja recente a incorporação da expressão “proteção de dados pessoais” no glossário jurídico brasileiro, questões associadas à proteção de dados pessoais eram já tratadas no âmbito do direito à privacidade, razão pela qual, como aponta Doneda, “até hoje se observa, coloquialmente ou mesmo em literatura especializada, uma certa ambivalência na utilização dos conceitos de privacidade e proteção de dados”.¹⁹⁹ Apesar de o direito à privacidade ter introduzido no ordenamento uma série de valores também presentes na proteção de dados, acabou dialogando pouco com a dinâmica de desenvolvimento da proteção de dados pessoais no País.²⁰⁰

Nessa esteira de amadurecimento da disciplina no Brasil, em histórico julgamento ocorrido em 2020 (portanto, antes da EC nº 115/2022), o Plenário do STF proferiu decisão reconhecendo o direito fundamental da proteção de dados pessoais, ao suspender o compartilhamento de dados pessoais de telefonia com o IBGE, que o Governo Federal havia tornado obrigatório ao setor privado por meio de Medida Provisória.²⁰¹ O julgamento foi um

¹⁹⁸ DÖHMANN, A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, cit., p. 100.

¹⁹⁹ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 10-11. Ainda de acordo com o autor, essa ambivalência de conceitos no Brasil “faz inclusive as vezes de elemento de continuidade entre uma tradição jurídica que reconheceu, regulou e atualizou o direito à privacidade até chegar às portas de um marco regulatório específico para a proteção de dados pessoais”.

²⁰⁰ DONEDA, Panorama histórico da proteção de dados pessoais, cit., p. 11.

²⁰¹ Trata-se do julgamento pelo Plenário do STF que referendou a Medida Cautelar concedida pela Min. Rosa Weber, relatora das ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387. Em uma maioria de 10 votos, O Plenário suspendeu liminarmente o compartilhamento de dados dos usuários de telefonia com o IBGE, anteriormente obrigado pela Medida Provisória nº 954/2020, no contexto da pandemia de Covid-19. A respeito da decisão, cf. MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; DA FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61-71 (analisando a decisão e apontando, a partir dela, “o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo, extraído a partir de leitura sistemática do texto constitucional brasileiro”).

passo importante para demonstrar o surgimento da proteção de dados como direito fundamental novo e autônomo no Brasil.

Como aponta parte da doutrina, os institutos particulares da proteção de dados pessoais são capazes de torná-la um novo e autônomo direito da personalidade, uma vez que a proteção de dados pessoais tende a romper com a dicotomia público-privado, comumente associada ao direito à privacidade. O direito à privacidade historicamente operou sob a lógica de uma liberdade negativa, pela qual o indivíduo não deveria sofrer interferência em sua esfera privada. Por outro lado, a proteção de dados pessoais constituiria uma liberdade positiva, de determinação pelo indivíduo sobre a forma como a sua personalidade será projetada socialmente, ou seja, como os seus dados pessoais – mesmo que de acesso público – serão utilizados por terceiros.²⁰²

Essa talvez seja a razão pela qual muitos trabalhos focados em antitruste e privacidade saltem à conclusão de haver uma dicotomia entre as disciplinas, quando, em verdade, a proteção de dados pessoais constitui uma disciplina própria, funcionando como liberdade positiva dos indivíduos, e que, portanto, está centralmente preocupada com a integridade do processo decisório dos titulares de dados. O funcionamento da disciplina como um quadro de garantias procedimentais dos titulares oferece balizas concretas para avaliar contextualmente a integridade do processamento de dados; quadro esse não imediatamente disponível sob o enfoque da “privacidade”.

Dessa forma, a proteção de dados pessoais desenvolveu institutos e temáticas que lhe são próprios, como a interoperabilidade e portabilidade de dados, direitos e garantias dos titulares de dados pessoais, o controle sobre dados tornados públicos, os padrões de segurança da informação, a transferência internacional de dados, deveres de transparência e prestação de contas dos agentes de tratamento, a atuação de autoridades independentes, princípios e requisitos substanciais que devem orientar o tratamento de dados, entre outros aspectos. Por outro lado, como ressaltado, o direito à privacidade tem em seu escopo temas e matérias que

²⁰² BIONI, *Proteção de dados pessoais...*, cit., p. 91-97. Para o autor, “[p]arte dessa equívoca construção dogmática – do direito a proteção de dados pessoais como mera evolução do direito à privacidade – pode ser imputada ao fato de que parte da doutrina segue a experiência norte-americana que conecta a proteção dos dados pessoais à privacidade. Acontece que a *privacy* no sistema norte-americano ganhou tal alargamento, pois naquele sistema inexistem justamente os direitos da personalidade para tutelar de forma ampla a pessoa humana. Tal espécie de direito da personalidade faz as vezes de uma categoria jurídica geral para a defesa do livre desenvolvimento da personalidade, o que não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro” (ibid., p. 96).

não necessariamente estão abrangidos pela proteção de dados pessoais, como a intrusão e o isolamento físicos, o direito ao sigilo, à intimidade e à vida privada.

Na medida em que o direito à privacidade e o direito da proteção de dados pessoais são considerados direitos distintos, a relação com o direito concorrencial também se desnuda de modo distinto. Considerando que o direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, ou seja, está fundado na garantia da integridade do tratamento de dados pessoais, há mais zonas de sinergias com o direito concorrencial, que podem convergir por meio de temas como a interoperabilidade e a portabilidade de dados pessoais, a transparência e prestação de contas pelos agentes de tratamento, princípios e requisitos substanciais do tratamento de dados pessoais. Por outro lado, o direito à privacidade (que intersecciona o direito à proteção de dados pessoais, mas não lhe abrange completamente) apresentaria menos zonas de sinergia com o direito concorrencial, uma vez que está associado a uma perspectiva mais atrelada à liberdade negativa, como dito acima.²⁰³

Outro aspecto que ressalta a diferença de escopo entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais é que o regime da proteção de dados pessoais no Brasil possui fundamentos mais amplos, além do respeito à privacidade, mas, também, o desenvolvimento econômico, a livre concorrência, dentre outros.²⁰⁴ Assim, revela-se importante interpretar a proteção de dados pessoais como um direito autônomo, cujo escopo envolve interesses mais abrangentes e que também dialogam com o direito concorrencial.

Dessa forma, embora seja importante se falar em “concorrência pela privacidade”, entende-se preferível a utilização da expressão “concorrência pela proteção de dados pessoais”,²⁰⁵ uma vez que por meio dela é possível captar diversos elementos normativos

²⁰³ Há autores que trabalham com a perspectiva de que a evolução da privacidade abrangeria a proteção de dados pessoais, por exemplo, Stefano Rodatà; entretanto, partilha-se neste trabalho do entendimento de que a proteção de dados pessoais constitui um direito autônomo, conforme expõe Bioni (*Proteção de dados pessoais*, cit., p. 91-97), defendendo, também, que a posição de Rodotà não seria incompatível com a autonomia do direito da proteção de dados pessoais.

²⁰⁴ O art. 2º da LGPD estabelece que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: (i) o respeito à privacidade, (ii) a autodeterminação informativa, (iii) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, (iv) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, (v) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, (vi) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (vii) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

²⁰⁵ No mesmo sentido: “While it is important to recognise ‘competition on privacy’ in the digital environment, we suggest that the concept of ‘competition on data protection’ is preferred in the EU context. Data protection and privacy are heavily overlapping yet distinct concepts. While data protection law incorporates informational privacy, it does not incorporate aspects of privacy such as intrusions on physical seclusion, for instance. Moreover, aspects of data protection law – such as its unconditional application to personal data in the public domain, or the rights it grants, such as rights of access to data, data security standards and the (new) right to data portability – are not captured by ‘privacy’. References to ‘competition on data protection’ should therefore

oferecidos pela legislação de proteção de dados pessoais, não contemplados pelo direito à privacidade, como mencionado acima.

O posicionamento do tema sob a ótica da proteção de dados pessoais também permite superar a pretensa dicotomia entre privacidade e concorrência²⁰⁶, também enfrentada e afastada pela doutrina.²⁰⁷ Assim, compreende-se melhor que os parâmetros normativos da legislação de proteção de dados não são antagônicos à concorrência; pelo contrário, conforme será ressaltado por esta dissertação adiante, podem convergir em direção a resultados pró-competitivos e em benefício dos consumidores finais.

Não obstante, considerando a sobreposição existente entre o direito à privacidade e o direito de proteção de dados pessoais, as referências à privacidade no presente trabalho devem ser entendidas como a sua dimensão abrangida pelo direito à proteção de dados pessoais. Isso, porque inclusive o “respeito à privacidade” constitui um fundamento da disciplina de proteção de dados pessoais no Brasil, conforme dispõe a LGPD.²⁰⁸

be understood as representing the multitude of factors regulated by data protection law that may influence consumer decision-making including, but not limited to, privacy concerns.” (COSTA-CABRAL, LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 8).

²⁰⁶ A alegação de suposta oposição entre privacidade e eficiência é credora da influência exercida pela análise econômica do direito, propalada por expoentes da Escola de Chicago. Richard Posner, por exemplo, apontou que a privacidade reduziria a quantidade de informações disponíveis no mercado, o que, por decorrência, reduziria sua eficiência. Para exemplificar, afirmou que legislações que restringem o acesso a informações criminais de empregadores, e o histórico de crédito de potenciais credores, por decorrência, respectivamente, reduziriam salários e oportunidades de emprego, e aumentariam as taxas de juros (*The Economics of Privacy. The American Economic Review*, v. 71, n. 2, 1981, p. 405-407). Tal raciocínio, além de apresentar falhas internas (porquanto desconsidera os custos sociais da ausência de proteção à privacidade), é bastante problemático, conforme destacado o Capítulo 1, porquanto coloca a eficiência econômica como um valor pré ou suprajurídico, reduzindo a importância de outros valores éticos e morais para a proteção dos dados e condicionando a aplicação do direito.

²⁰⁷ Nesse sentido, por exemplo, Ana Frazão defende que os direitos fundamentais “não podem estar sujeitos, exclusivamente, a juízos de custo-benefício, uma vez que são deontológicos e vinculantes”. Ainda que houvesse o alegado *trade-off*, seria necessário considerar que a inovação “não é um valor absoluto e que, exatamente por isso, não pode ser perseguida de forma irrestrita e às custas do sacrifício das situações existenciais mais elementares dos titulares de dados pessoais”. Ainda, Frazão aponta que “não necessariamente existe *trade-off* entre eficiência e privacidade, diante da multiplicidade de técnicas e ferramentas que podem ser utilizadas para movimentar a economia digital, mas preservando situações existenciais dos titulares de dados pessoais”. (FRAZÃO, Ana. *Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados*. In: TAPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 110-111). Compartilhando visão semelhante, Laura Schertel Mendes afirma que a questão não pode ser observada sob uma perspectiva de dicotomia, mas, sim, “a partir da concepção de que o desenvolvimento tecnológico deve ser harmonizado com a preservação da privacidade” (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor*, cit., p. 34). Em sentido semelhante, cf., ainda, NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press, 2010, p. 187-188 (afastando os *trade-offs* entre privacidade e outros valores, sob a perspectiva da teoria da privacidade contextual); e COHEN, Julie E. *What Is Privacy For*. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 7, p. 1904-1933, 2013 p. 1918-1927 (defendendo a compatibilidade entre privacidade, inovação e *big data*).

²⁰⁸ LGPD, art. 2º, inciso I.

Concluída a exposição sobre o desenvolvimento do direito da proteção de dados pessoais como direito autônomo e distinto do direito à privacidade, as seções seguintes têm por objetivo delinear a interseção entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais.

2.2 Interface entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais

O direito da proteção de dados pessoais evoluiu para ser reconhecido um novo e autônomo direito fundamental, expressamente previsto na Constituição Federal e constituindo uma disciplina com fundamentos e instrumentos de regulação que lhe são próprios. Essa evolução promove uma relação diferenciada com o direito da concorrência, que pode usufruir da integração com o arcabouço jurídico próprio da proteção de dados pessoais, tendo em vista o contexto já apresentado da utilização dos dados como insumo da atividade econômica e variável relevante para a competição.

Para examinar como o direito da proteção de dados pessoais pode ser integrado ao direito da concorrência, em uma abordagem holística de atuação do poder público, este tópico pretende, inicialmente, compreender em que medida há uma comunhão de interesses e objetivos entre as disciplinas (seção 2.2.1), aspecto que parece ser condição para uma atuação sinérgica entre as disciplinas. Em seguida, o trabalho fará uma exposição sobre a evolução do debate sobre a interface e integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência, como forma de situar a evolução das discussões pelas autoridades públicas competentes (seção 2.2.2).

2.2.1 Aspectos gerais sobre a comunhão de interesses e objetivos

De modo geral, as disciplinas do direito concorrencial e da proteção de dados pessoais influenciam o exercício da atividade econômica e buscam proteger os interesses dos indivíduos na sociedade. Entretanto, buscam atingir tais objetivos de modo distinto: enquanto a proteção de dados pessoais protege a integridade do processo decisório dos indivíduos durante todo o ciclo de tratamento de seus dados, o direito concorrencial protege os consumidores contra o abuso do poder econômico.²⁰⁹

²⁰⁹ COSTA-CABRAL; LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 4-5. Vale lembrar que, no contexto brasileiro, como explica Calixto Salomão Filho, o ordenamento jurídico tutela uma pluralidade de interesses, de consumidores e concorrentes. Cf. SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial*, cit., p. 76 et seq.

Ademais, o direito concorrencial se aplica para todas as atividades econômicas (salvo, evidentemente, aquelas em que a Constituição ou a lei estabeleçam exceção ao regime de concorrência ou isenção antitruste), enquanto a proteção de dados se aplica especificamente a qualquer atividade de tratamento²¹⁰ de dados pessoais (salvo as próprias exceções estabelecidas em lei²¹¹), independentemente do seu caráter econômico.

A natureza do dano prevenido e reprimido por cada um dos regimes jurídicos também se distingue. O direito concorrencial almeja, em geral, prevenir e reprimir danos que venham a afetar negativamente a concorrência mediante variáveis como preço, qualidade, inovação e escolha dos consumidores. A seu turno, embora a legislação de proteção de dados pessoais também possa, ao menos indiretamente, evitar a ocorrência desses danos (notadamente ao endereçar as assimetrias de informação e poder entre titulares e controladores de dados), esse não se constitui seu objetivo principal, uma vez que a disciplina busca, primariamente, evitar os danos aos direitos fundamentais.²¹²

Por outro lado, um primeiro ponto de convergência entre as disciplinas é que compartilham a preocupação com o bem-estar dos indivíduos. A concorrência entre empresas deve atuar para aumentar o bem-estar dos consumidores. Os titulares de dados pessoais são em larga medida consumidores. Se esses forem sensíveis às políticas de privacidade das empresas, a existência de concorrência deve possibilitar a melhoria dos parâmetros de proteção, que passam a ser percebidos como vantagem competitiva. A existência de competição tem o potencial de aumentar as escolhas disponíveis para os consumidores.²¹³

A concorrência baseada em parâmetros qualitativos de proteção de dados é do interesse comum e encontra fundamento normativo em ambas as disciplinas. Mais que isso, a doutrina aponta que o desenvolvimento de tecnologias protetivas à privacidade é essencial para a efetividade da proteção dos titulares,²¹⁴ o que pode ser estimulado pelo processo competitivo,

²¹⁰ A definição de tratamento é estabelecida pela LGPD, art. 5º, X, e abrange qualquer operação envolvendo dados pessoais, como coleta, processamento e eliminação.

²¹¹ No Brasil, as hipóteses excepcionais em que não haverá aplicação do regime de proteção de dados pessoais estão entabuladas na LGPD, art. 4º, e abrangem, por exemplo, o tratamento de dados pessoais (i) realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; (ii) realizado para fins exclusivamente: (ii.a) jornalístico e artísticos; ou (ii.b) acadêmicos, (iii) realizado para fins exclusivos de (iii.a) segurança pública; (iii.b) defesa nacional; (iii.c) segurança do Estado; ou (iii.d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; entre outras.

²¹² COSTA-CABRAL; LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 6.

²¹³ COSTA-CABRAL; LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 9.

²¹⁴ “(...) [A] tecnologia pode ser (...) uma ferramenta de empoderamento do titular dos dados pessoais. Sob o guarda-chuva das PETs [*Privacy-Enhancing Technologies*], verificou-se que a tecnologia pode funcionalizar a autodeterminação informacional, remendando-se as fissuras entre o arranjo normativo teorizado e a realidade que lhe é subjacente” (BIONI, *Proteção de dados pessoais...*, cit., p. 264).

notadamente quando o Estado adota medidas de direção e indução da atuação privada nesse campo.²¹⁵

Outro aspecto a ser ressaltado é que ambas as disciplinas estão preocupadas em mitigar e endereçar *assimetrias de informação e poder*. O regime de proteção dos dados pessoais reconhece a vulnerabilidade dos titulares de dados e estabelece uma série de garantias para assegurar a integridade do processo decisório dos titulares de dados, como o aumento da transparência, da promoção e do controle dos dados pelos titulares e regras de prestação de contas (*accountability*) pelos agentes de tratamento. Essas garantias também funcionam para contrabalancear o poder econômico e político dos agentes de tratamento, que poderiam viciar o processo competitivo, por meio da coleta excessiva de dados e exclusão de concorrentes. Assim que a importância do sistema de proteção de dados para a concorrência é reconhecida também pelas próprias autoridades concorrenciais.²¹⁶

As garantias da proteção de dados pessoais podem ser relevantes para o direito da concorrência, também, na medida em que o controle das informações pelos indivíduos lhes permite efetivamente expressar suas preferências por produtos e serviços. Uma das manifestações do poder de mercado é justamente a capacidade das empresas de se desviarem das preferências dos consumidores. Assim, ambas as disciplinas convergem no objetivo de contenção de condutas abusivas, de modo que as decisões dos consumidores possam efetivamente refletir escolhas livres e conscientes. Dessa forma, é possível afirmar que menos controle sobre os dados pessoais pode resultar em mais poder de mercado pelos agentes

²¹⁵ Bioni defende que “haja uma maior intervenção na economia da informação, seja para reduzir a assimetria existente entre seus agentes econômicos, seja para limitar a autonomia da vontade de quem é a sua parte (hiper)vulnerável – o titular de dados pessoais”. Conforme propõe, o foco da intervenção estatal não deve ser sobre os arranjos contratuais de consumo (*dirigismo contratual*) – que pouco agregaria como remédio *ex post* de invalidação de cláusulas contratuais abusivas –, mas sobre o fluxo informacional (*dirigismo informacional*), focando-se “em uma racionalidade regulatória e normativa *ex ante* que procura emponderar o cidadão com o controle dos seus dados pessoais” (BIONI, *Proteção de dados pessoais...*, cit., p. 266).

²¹⁶ Por exemplo, a autoridade concursal australiana (ACCC) emitiu o aprofundado relatório final da sua investigação sobre plataformas digitais, partilhando o entendimento de que um sistema de proteção de dados pessoais confiável pode operar como um catalizador da concorrência, dando aos consumidores a confiança necessária para usar novos serviços digitais. Além disso, ressaltou que em um mercado digital competitivo, os próprios padrões de privacidade podem se tornar um importante marcador de qualidade: podem endereçar fontes de ineficiências de mercado, como assimetrias de informação e desequilíbrios de poder de barganha, capacitando os consumidores a fazerem escolhas mais informadas. Destacou que este aspecto aumenta a concorrência entre as plataformas digitais no que diz respeito à dimensão da privacidade de seus serviços, encorajando o surgimento de modelos de negócio alternativos, que gerem para os (e obtenham dos) consumidores valor de modo distinto (AUSTRALIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Digital Platforms Inquiry - Final Report*. 2019, p. 5, 124).

econômicos, facilitando que empresas imponham condições injustas aos consumidores e concorrentes.²¹⁷

A regulação de proteção de dados pessoais igualmente busca preservar a própria existência do mercado e das trocas econômicas. A ausência da regulação jurídica dos dados pessoais resultaria na ampliação desmedida do poder econômico de empresas detentoras de significativos bancos de dados pessoais, bem como causaria desestímulo ao engajamento dos consumidores finais, inviabilizando o próprio comércio em face da incerteza e desconfiança que seriam decorrentes de um vazio regulatório.²¹⁸

Tais aspectos conduzem a outra semelhança entre ambas as disciplinas, que é a preocupação com o poder político e sua influência sobre o ambiente democrático. Parte das preocupações que motivaram o surgimento do antitruste foi a ameaça que o poder econômico poderia exercer sobre o bom funcionamento das instituições democráticas²¹⁹, preocupação essa que persiste até a atualidade.²²⁰ Embora a dimensão política não seja objeto de aprofundamento por este trabalho, por limitações de escopo, reconhece-se que há uma relação direta entre o acúmulo de dados pessoais, poder econômico e poder político, a qual pode gerar repercussões

²¹⁷ COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Op. cit., p. 9-10.

²¹⁸ Stefano Rodotà menciona o exemplo de que, na Suécia, em seu desenvolvimento, a indústria de computadores empenhou-se na promoção de leis cuja tendência era garantir os direitos dos cidadãos em relação aos bancos de dados, justamente para evitar que a difusão de preocupações ou suspeitas pudessem diminuir a aquisição de computadores (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância...*, cit., p. 35-36; 54). Ainda, Ana Frazão aponta que a regulação jurídica dos dados se apresenta como importante contraponto para, equacionando minimamente a total assimetria informacional existente, possibilitar que “persistam as razões econômicas que justificam as próprias negociações de mercado”. Ante a nova realidade imposta pela economia digital, “a necessidade de intervenção legislativa na questão da proteção de dados pessoais justifica-se sob o prisma da garantia da liberdade e da autodeterminação, que são pressupostos econômicos da própria existência dos mercados”. Cf. FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TAPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: RT, p. 113.

²¹⁹ A história legislativa do Sherman Act (1890) e do Clayton Act (1914), diplomas norte-americanos precursores da disciplina antitruste, por exemplo, evidencia a preocupação dos congressistas norte-americanos de que uma ordem econômica dominada por monopolistas representaria uma ameaça às instituições democráticas e poderia levar, em última instância, à instalação de um regime totalitário. A respeito, cf., PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, p. 1051-1075, 1979, p. 1053-1060; WU, Tim. *The Curse of Bigness...*, cit., 2018, p. 30-31; KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox..., cit., p. 738-739.

²²⁰ É o que lembra Paula Baqueiro, em pesquisa sobre a relação entre poder econômico e poder político, tema ainda pouco abordado na doutrina jurídica brasileira: “[...] a própria arquitetura dos mercados, ancorada em um complexo tecido social, é caracterizada por disputas de poder que se refletem nas instituições de mercado. O poder econômico já se revela, até mesmo na estruturação dos mercados, como elemento pervasivo sobre o sistema político, a regulação econômica, as políticas públicas e o ordenamento jurídico, gerando implicações importantes para se pensar o seu controle e a repressão ao seu abuso.” (BAQUEIRO, Paula. *Poder Econômico e Poder Político no Direito da Concorrência Brasileiro: uma análise a partir da Sociologia Econômica e da Ordem Econômica Constitucional*. 2022. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 113).

sobre o funcionamento das instituições democráticas, ensejando, a partir dessa dimensão, a possibilidade de consideração pelo direito concorrencial.²²¹

Em conclusão, sem desconsiderar que podem existir situações concretas de tensão entre ambas as disciplinas – e passíveis de conciliação, conforme será evidenciado ao longo desta dissertação –, conclui-se que há convergência e complementariedade de interesses e objetivos entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais, o que aponta para a viabilidade de uma maior integração entre as disciplinas.

A convergência entre as disciplinas será confirmada também pela exposição que será realizada na seção seguinte, que situa a discussão a partir da evolução do debate internacional sob a ótica das autoridades públicas, dos relatórios institucionais e da evolução da abordagem adotada em casos concretos.

2.2.2 A evolução do debate internacional: contextualização da convergência sob a ótica das autoridades públicas, dos relatórios e dos casos

Após explicitar o curso de desenvolvimento da proteção de dados pessoais como direito autônomo e a comunhão de interesses e objetivos com o direito da concorrência, a presente seção pretende oferecer uma perspectiva panorâmica da evolução do debate sobre a interface entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais.

Para tanto, adotou-se como recorte metodológico da presente seção a análise de documentos produzidos, especialmente, pelas autoridades públicas.²²² Esses documentos abrangem decisões, relatórios e estudos na interseção entre concorrência e proteção de dados pessoais. A exposição se justifica a fim de demonstrar que a evolução do debate caminhou de

²²¹ Embora não tenha sido possível aprofundar esse aspecto na presente dissertação, por limitações de escopo, é importante que se ressalte que o poder econômico pode influir decisivamente sobre o próprio desenho da legislação de proteção de dados pessoais. Possíveis exemplos no contexto brasileiro, sujeitos a análise mais aprofundada, podem ser regras específicas de tratamento de dados pessoais contidas em alguns diplomas (e.g., na LGPD, na Lei de Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 etc.) que favorecem setores específicos e concentrados, como os setores financeiro e de saúde. Para uma discussão sobre a relação entre poder econômico e poder político, de modo geral, cf. BAQUEIRO, Paula. *Poder Econômico e Poder Político no Direito da Concorrência Brasileiro: uma análise a partir da Sociologia Econômica e da Ordem Econômica Constitucional*. 2022. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

²²² Vale esclarecer que alguns relatórios foram produzidos por especialistas independentes (acadêmicos) sob encomenda das autoridades públicas. Outros foram produzidos pela academia (e.g., relatório do Stigler Center) e foram considerados nesta seção em razão da sua relevância. Não obstante, a maioria dos documentos considerados foram produzidos por autoridades públicas (autoridades concorrenciais, de proteção de dados, entre outras).

um afastamento inicial entre as disciplinas para o entendimento emergente sobre a necessidade de uma abordagem holística envolvendo direito da concorrência e proteção de dados pessoais.

Desse modo, podem ser classificadas em três as fases da evolução do debate sobre a interface entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais: (i) uma *primeira fase*, caracterizada pelo afastamento inicial das disciplinas e certa indiferença por parte das autoridades concorrenciais; (ii) uma *segunda fase*, caracterizada por aproximações iniciais em casos e relatórios preliminares de reconhecimento; (iii) uma *terceira fase*, caracterizada pelo aprofundamento da interação entre as disciplinas e pela busca por novas abordagens regulatórias convergentes.

2.2.2.1 *Primeira fase (2008-2014): afastamento inicial*

Como exemplo inicial da primeira fase, tem-se a operação *Google/DoubleClick* (2008), tida como o primeiro grande caso envolvendo a aquisição de um significativo acervo de dados pessoais. A operação representou o início da verticalização que levou à dominação pelo Google de segmentos do mercado de publicidade online.²²³ A operação suscitou diversas preocupações de privacidade, merecendo destaque a decisão da Federal Trade Commission (FTC) que, embora reconhecendo a privacidade como parâmetro qualitativo da concorrência, afastou-a, deixando subentendido que não deveria ser objeto da análise pela agência na seara antitruste. Tornou-se paradigmático o voto divergente da Comissária Harbour, apontando preocupações de privacidade.²²⁴

No contexto europeu, na mesma época, houve decisão que apontou uma separação entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais. Trata-se da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que, no caso *Asnef/Equifax* (2006), envolvendo informações cadastrais de crédito e solvência de pessoas físicas, afirmou que “quaisquer possíveis questões relacionadas à sensibilidade dos dados pessoais não são, como tal, matéria de direito da

²²³ Nesse sentido, por exemplo, o relatório da autoridade concorrencial britânica sobre o mercado de publicidade online, REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising – Market study final report*, 2020, p. 20, 279-280.

²²⁴ ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. F.T.C. File No. 071-0170 (Google/DoubleClick). 2007. Este voto será mencionado, novamente, na seção 3.1.1, infra.

concorrência, podendo ser resolvidas com base nas disposições relevantes que regem a proteção de dados” (tradução livre).²²⁵

Também como exemplo de separação entre as disciplinas, o Cade analisou, nos anos de 2010 e 2011, parcerias das empresas Oi e Telefônica com a britânica Phorm. O objeto das operações envolveu a implementação de uma tecnologia, desenvolvida pela Phorm, que possibilitava o monitoramento dos consumidores no âmbito dos serviços de banda larga ofertado pelas empresas brasileiras, cuja oferta abrangia mais da metade do mercado brasileiro. Apontaram-se diversas preocupações de privacidade com a tecnologia, considerada inusual e mais invasiva à privacidade,²²⁶ pois seria embutida na camada de conexão e não na camada de conteúdo da internet, como normalmente ocorre na publicidade online. O Tribunal do Cade declinou da análise de preocupações de privacidade, apontando que faltaria competência à autarquia para o exame das referidas questões, remetendo os autos a diferentes autoridades. O Conselheiro Fernando Furlan destacou à época que a privacidade não parecia estar entre as questões passíveis de análise pelo Cade, “ao menos no momento”, afirmou.²²⁷

Em 2012, também de modo ilustrativo, as autoridades concorrenciais, como a norte-americana FTC e a britânica Office of Fair Trading (OFT), analisaram a operação *Facebook/Instagram*, mas nenhuma apresentou qualquer consideração sobre o impacto da operação sobre a privacidade e proteção de dados pessoais dos consumidores finais.²²⁸

Por fim, também nesta primeira fase, menciona-se o caso *Facebook/WhatsApp* (2014), no qual a Comissão Europeia afastou a abordagem de questões de proteção de dados pessoais

²²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Caso C-238/05, *Asnef-Equifax*, julgado em 23 nov. 2006, parágrafo 63. Cf. original: “(...) any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law, they may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection”.

²²⁶ Conforme apontou a Nota Técnica nº 29/2011, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) – à época vinculado à Secretaria de Direito Econômico – do Ministério da Justiça, juntada aos autos do ato de concentração da Telefônica/Phorm (AC nº 08012.010585/2010-29).

²²⁷ AC n. 08012.003107/2010-62; Requerentes: TNL PCS S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda.; Rel. Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, j. 06.10.2010, aprovado sem restrições. Nesse caso, cf. o voto do Conselheiro-Relator Furlan: “Não é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet. A lei atribui ao CADE o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica. Nessa linha, apenas questões que afetem a competição no mercado são passíveis de análise pelo Conselho. *A privacidade na Internet não parece ser uma de tais questões, ao menos no momento*” (grifo nosso). AC nº 08012.010585/2010-29; Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda.; Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz; Voto-Vista: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo; j. 14.12.2011, aprovado sem restrições por maioria. Nesse caso, cf. o Conselheiro Relator Ruiz: “Não obstante a oportuna e esclarecedora manifestação do DPDC sobre o potencial da tecnologia Phorm de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na Internet, ressalto que não é atribuição institucional do CADE analisar tais impactos”. Para uma análise crítica dos casos, cf. MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Ministério da Fazenda (IX Prêmio SEAE), 2014, p. 57-67.

²²⁸ OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. *Consumer Data Rights and Competition - Background note by the Secretariat*. 2020, p. 27.

ao afirmar que “quaisquer preocupações relacionadas à privacidade decorrentes do aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook como resultado da Transação não se enquadram no escopo das regras da lei de concorrência da UE, mas no escopo das regras de proteção de dados da UE” (tradução livre).²²⁹ Entretanto, a decisão reconheceu a privacidade como um parâmetro de qualidade, mencionando-a em diferentes pontos, embora não de modo aprofundado.²³⁰

O posicionamento da Comissão Europeia foi objeto de diversas críticas, tendo sido analisada e explicada por relatórios e decisões subsequentes de autoridades concorrenciais europeias, conforme será exposto a seguir. Em retrospecto, pode-se dizer que o caso *Facebook/WhatsApp* marcou a transição para a próxima fase, em que as autoridades de concorrência passaram a buscar melhor compreender como questões relacionadas à proteção de dados pessoais impactariam a sua análise material.

2.2.2.2 *Segunda fase (2014-2019): aproximação e reconhecimento*

Na segunda fase, de meados de 2014 a meados de 2019, houve o reconhecimento da importância da privacidade e proteção de dados pessoais por autoridades concorrenciais e de proteção de dados, por meio da aproximação inicial em casos e estudos preliminares realizados pelas autoridades públicas no período.

Um dos principais documentos precursores foi emitido em 2014 pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (European Data Protection Supervisor – EDPS), que destacou a existência de objetivos comuns e sinergias entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais, recomendando a atuação conjunta das autoridades para estimular a concorrência por tecnologias mais protetivas e pelo aumento da proteção de dados pessoais. A autoridade elencou temas para atuação integrada, como a mensuração do poder de mercado, o controle de estruturas e a implementação de remédios concorrenciais.²³¹ Assim, o documento

²²⁹ “Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules.” (UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia. Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp, 3 out. 2014, p. 29).

²³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004. Case No COMP/M.7217 – Facebook / WhatsApp. Bruxelas, 3 out. 2014. Esse caso será analisado na seção 3.1.1, infra.

²³¹ UNIÃO EUROPEIA. EDPS. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor – Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. 2014.

antecipou diversas das conclusões que viriam nos relatórios subsequentes, adiantando tendências verificadas na atualidade, como a cooperação e coordenação das autoridades.²³²

Nesta segunda fase, teve início a elaboração de relatórios e estudos pelas autoridades públicas sobre a aplicação do direito da concorrência em mercados digitais, tendência essa que continuou até a atualidade, conforme será mencionado adiante. Além disso, muitos desses documentos passaram a indicar expressamente a importância de o direito da concorrência considerar aspectos de proteção de dados pessoais.

Em 2015, em relatório sobre a exploração comercial de dados dos consumidores, a autoridade concorrencial do Reino Unido expressou preocupações com a ausência de concorrência por proteção de dados pessoais, indicando que os mercados baseados em dados podem não estar atendendo às preferências dos consumidores. Uma das possíveis causas apontadas foi a falta de transparência sobre o “preço” implícito dos dados pessoais. Além disso, o documento apontou a existência de preocupações generalizadas relacionadas à ausência de controle efetivo dos dados pessoais em razão do desconhecimento dos consumidores sobre os termos da coleta e do processamento de dados pelas empresas.²³³

Em 2016, as autoridades concorrenciais da Alemanha e da França afirmaram em relatório conjunto que a exploração econômica dos dados pessoais implicava que a legislação de proteção de dados pessoais não seria irrelevante para o direito da concorrência e que, portanto, a autoridade concorrencial poderia utilizar essa legislação como parâmetro interpretativo, inclusive para verificar condutas abusivas de natureza exploratória.²³⁴ As

²³² No mesmo sentido, cf. VEZZOSO, Simonetta. *All Happy Families Are Alike: The EDPS' Bridges between Competition and Privacy*, *Market and Competition Law Review*, v. 4, n. 1, p. 41-61, 2020, p. 41-67.

²³³ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *The commercial use of consumer data*, 2015.

²³⁴ ALEMANHA; FRANÇA. Bundeskartellamt; Autorité de la Concurrence. *Competition Law and Data*, 2016, p. 23-25. Nota-se que o documento, portanto, antecipou o racional utilizado pelo Bundeskartellamt na investigação contra o Facebook aberta em 2016. Além disso, no documento, as autoridades buscaram explicar os precedentes *Asnef-Equifax* e *Facebook/WhatsApp*, contrapondo-se à interpretação que poderia ser extraída desses casos de que as questões de privacidade pela sua mera natureza deveriam ser excluídas da análise do direito concorrencial. O documento afirma que “o fato de alguns instrumentos jurídicos específicos servirem para resolver questões sensíveis sobre dados pessoais” – em alusão implícita ao caso *Asnef/Equifax* – “não implica que o direito concorrencial seja irrelevante para os dados pessoais” (tradução livre). Ainda, citando precedentes judiciais, apontou que o direito concorrencial pode, sim, levar em conta outros diplomas legais, no mínimo como elemento contextual interpretativo, quando da análise jurídica conduzida pelo direito concorrencial. O documento destacou, ainda, que “as decisões empresariais relativamente à coleta e ao uso de dados pessoais podem ter, paralelamente, implicações nas dimensões econômica e concorrencial” (tradução livre). Assim, apontou que as políticas de privacidade podem ser, sim, consideradas do ponto de vista do direito concorrencial “sempre que essas políticas sejam suscetíveis de afetar a concorrência, notadamente quando são implementadas por uma empresa dominante para a qual os dados sirvam como principal insumo dos seus produtos ou serviços” (tradução livre). Nessa esteira, destacou que pode haver uma “estreita ligação” entre a posição dominante da empresa, seus processos de coleta de dados e a concorrência nos mercados relevantes, o que ensejaria a necessidade de análise pelo direito concorrencial. Também de acordo com o documento, as reduções de privacidade também podem ser objeto do controle de condutas abusivas quando houver uma forte

autoridades também afirmaram que a degradação da privacidade poderia ser considerada um efeito do poder de mercado e da concentração econômica.²³⁵

Em sentido semelhante, estudo da autoridade concorrencial do Japão, de 2017, destacou que o grau de proteção da privacidade pode ser considerado como um componente da qualidade dos serviços digitais, de modo que as práticas restritivas à concorrência poderiam ser mensuradas com base no declínio do nível de proteção à privacidade.²³⁶ Apontou que pode haver casos em que será necessário impor condições relativas à proteção da privacidade como parte do processo de revisão de atos de concentração. A seu turno, apontou que tais condições podem incluir o compromisso de não se alterar a política de proteção de privacidade como forma de fortalecer o próprio poder de mercado.²³⁷

Esses relatórios e estudos podem ser considerados precursores da interface entre as áreas, pois adiantaram a tendência, acentuada nos documentos e debates da fase seguinte, de relacionar a ausência de níveis adequados de proteção de dados pessoais a problemas estruturais de concorrência.

Ademais, o reconhecimento da importância da privacidade e da proteção de dados pessoais pelas autoridades concorrenciais nesta segunda fase também esteve associado à maior frequência de casos concretos envolvendo a exploração de dados pessoais, que demandaram uma abordagem mais aprofundada pelas autoridades. Além da abertura da investigação alemã contra o Facebook, em 2016, já mencionada, podem ser citadas como exemplos as decisões da

inter-relação entre a coleta dos dados e a posição dominante da empresa; e a regulação da proteção de dados pessoais pode servir como padrão de análise para verificação de eventual conduta exploratória.

²³⁵ Ibid., p. 24-25. “In merger control cases, the question of data privacy might particularly become relevant from a competition standpoint if a given undertaking benefits from a strong market power towards its end-users. Indeed, firms that gain a powerful position through a merger may be able to gain further market power through the collection of more consumer data and privacy degradation. If two horizontal competitors compete on privacy as an aspect of product quality, their merger could be expected to reduce quality. For some analysts, a reduction of privacy is indeed tantamount to a reduction of product quality.”

²³⁶ JAPÃO. Japan Fair Trade Commission. *Report of Study Group on Data and Competition Policy* (Tentative Translation). 2017, p. 38.

²³⁷ JAPÃO, op. cit., p. 61.

Comissão Europeia referentes à análise das operações *Microsoft/LinkedIn* (2016)²³⁸ e *Apple/Shazam* (2018)²³⁹.

2.2.2.3 Terceira fase (2019-presente): aplicação e adaptação institucional

A partir de meados de 2019, tem-se uma terceira fase caracterizada por um número significativo de estudos e relatórios dedicados ao exame mais aprofundado sobre aspectos relacionados à proteção de dados pessoais. Essa terceira fase é marcada pela decisão do Bundeskartellamt no caso *Facebook* (2019), que pode ser tomada como divisora de águas no tema. Também a partir dessa terceira fase se verifica o surgimento de propostas de alterações normativas e marcos regulatórios que podem possibilitar abordagens holísticas entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais.

A partir de análises mais aprofundadas dos modelos de negócios das plataformas digitais e de mercados específicos (como o de publicidade online), os documentos examinados apontam que o preço zero dos serviços online pode, em verdade, significar um “preço” muito alto para os consumidores, uma vez que há diversos elementos que não estão entrando na equação das autoridades concorrenciais para avaliar a performance da economia digital, como a própria proteção à privacidade e a segurança dos dados pessoais. Assim, o valor extraído dos dados pode não estar sendo adequadamente “compensado” pelos agentes econômicos.²⁴⁰

²³⁸ Em 2016, a operação *Microsoft/LinkedIn* foi um dos primeiros casos examinados pela Comissão Europeia que evidenciou a abordagem de questões de privacidade e proteção de dados pessoais no direito concorrencial. Em sua análise, a Comissão Europeia considerou a privacidade um elemento de qualidade relevante para os serviços de redes sociais profissionais, analisando e comparando a política de privacidade do LinkedIn com a de outros serviços de redes sociais na União Europeia. Além disso, como forma de mitigar preocupações concorrenciais, a Comissão negociou um remédio que envolveu a aplicação da portabilidade de dados pessoais. O caso será analisado no Capítulo 3 (seção 3.2.1.1).

²³⁹ Ao analisar a operação *Apple/Shazam*, em 2018, a Comissão Europeia considerou, em sua análise, a capacidade de a Apple usar os dados de usuário para fortalecer a posição do Shazam em relação à publicidade online para usuários de música. Também ponderou se os dados de usuários do Shazam seriam um insumo importante para aplicativos de *streaming* de música digital. Em última instância, concluiu que eventual restrição no acesso a dados de consumidores não seria suficiente para causar problemas concorrenciais. As teorias de dano deste caso ventilaram aspectos relacionados à proteção de dados pessoais, como eventuais limitações contratuais ou legais para a circulação dos dados, reforçando a aproximação das disciplinas. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision of 6.9.2018 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. *Case M.8788 – Apple/Shazam*. Bruxelas, 6 set. 2018.

²⁴⁰ Nesse sentido, *e.g.*, o relatório preparado por grupo de acadêmicos e especialistas para o governo britânico, FURMAN, Jason *et al.* *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*. Londres: Crown, 2019, p. 42-43. O exemplo apresentado pelo documento é ilustrativo: “pesquisas sobre o valor que os consumidores atribuem aos serviços de internet sugerem que eles consideram o acesso ao e-mail quase 30 vezes mais valioso do que o acesso às mídias sociais. E, no entanto, eles pagam o mesmo preço monetário zero e podem potencialmente fornecer mais dados em troca no último caso, sugerindo que podem não estar obtendo um bom negócio como poderiam.” (tradução livre). Ademais, no mesmo sentido, o relatório do Stigler Center sobre plataformas digitais afirma que o preço monetário zero para utilização dos serviços ofertados por plataformas digitais não é necessariamente bom para os consumidores, considerando que estes

Aponta-se de modo geral que o uso indevido de dados dos consumidores, com danos à privacidade, pode ser considerado um indicador de baixa qualidade causado pela falta de concorrência, bem como um expediente utilizado pelos agentes econômicos para consolidar poder de mercado.²⁴¹

O conjunto de preocupações relacionado ao desenho de interfaces e da arquitetura das plataformas digitais tornou-se objeto de atenção frequente nos relatórios desta fase, tocando em discussões relacionadas à viabilização do acesso a dados e da migração dos usuários como forma de mitigar o poder de mercado. Desse modo, passaram a ser cada vez mais comuns recomendações sobre a aplicação de remédios de interoperabilidade entre sistemas, padrões abertos e portabilidade de dados como forma de superar os efeitos de rede, evitar a ocorrência de tombamento (*tipping*) e possibilitar a utilização simultânea de prestadores de serviços pelos usuários (*multi-homing*).²⁴²

poderiam pagar um preço negativo (por exemplo, como ocorre com milhas geradas a partir do uso de cartão de crédito). O relatório também apontou que plataformas de múltiplos lados frequentemente subsidiam um dos lados cobrando a mais do outro, de modo que o lado dos usuários é o que efetivamente pode estar pagando a mais (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. *Stigler Committee on Digital Platforms - Final Report*. 2019, p. 8). De modo semelhante, em denso relatório sobre os mercados digitais de publicidade no Reino Unido, a autoridade concorrencial britânica (CMA) apontou que os consumidores não recebem compensação adequada pela sua atenção e pelo uso dos seus dados pessoais, e não têm escolhas suficientes em relação à quantidade de dados que oferecem, comparativamente a um cenário competitivo (REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising - Market study final report*. 2020, p. 8-10, 73).

²⁴¹ Nesse sentido, STIGLER CENTER..., op. cit., p. 8 (destacando que o poder de mercado se manifesta, muitas vezes, por meio da degradação da privacidade e da redução da qualidade); REINO UNIDO, *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 8-10, 73 (destacando a cobrança de preços mais altos por anúncios veiculados nas plataformas Google e Facebook e uma lucratividade bastante acima do necessário para premiar investidores comparativamente ao custo de capital das plataformas). Além disso, o relatório do Congresso norte-americano vai em sentido semelhante ao apontar que a melhor evidência do poder de mercado de plataformas digitais é o grau com que foram capazes de erodir a privacidade do consumidor sem provocar uma resposta do mercado. Assim, apontou que a capacidade de uma plataforma de manter fortes efeitos de rede enquanto degrada a privacidade do usuário “pode ser razoavelmente considerada equivalente à decisão de um monopolista de aumentar os preços ou reduzir a qualidade do produto”. A posição dominante da empresa “pode permitir que ela abuse da privacidade dos consumidores sem perder clientes”. Nesse processo, extrai mais dados, consolidando ainda mais seu domínio que, quando combinado à característica de “o vencedor leva tudo” (*winner-takes-all*) dos mercados digitais, resulta que os consumidores são forçados a usar um serviço com poucas garantias de privacidade ou a renunciar-lhe completamente. O relatório do Congresso norte-americano apontou ainda que sem transparência ou escolha efetiva, as empresas dominantes podem impor termos de serviço com fraca proteção à privacidade, projetados para restringir a escolha do consumidor, portanto, nivelando o processo competitivo por baixo. Essa dinâmica pode impedir que novas empresas ofereçam produtos com fortes proteções de privacidade ou reduzir o incentivo de novos participantes ou rivais para competir diretamente. Em um dos depoimentos citados, afirmou-se que produtos mais protetivos à privacidade – baseados na redução significativa de coleta de dados pessoais no ambiente digital – teriam dificuldades de prosperar, uma vez que, tão logo lançados no mercado, eram premiados para fora pelo Google ou Facebook (ESTADOS UNIDOS, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 51-54, tradução livre).

²⁴² Nesse sentido, e.g., STIGLER CENTER..., op. cit., p. 57. De modo semelhante, o relatório da autoridade concorrencial australiana, que realizou uma aprofundada investigação nos modelos de negócio do Facebook e Google, anotou que nenhuma outra empresa chegou perto do nível de monitoramento realizado por essas plataformas, as quais, conforme identificou a ACCC, detém substancial poder de mercado. Assim, seus acervos

As autoridades concorrenciais também começaram a expressar de modo mais aprofundado preocupações com a integridade do processo decisório dos consumidores finais. De modo geral, os relatórios apontam que os padrões (*defaults*) e a maneira como as escolhas são apresentadas aos consumidores têm uma forte influência na capacidade dos agentes econômicos de coletar dados pessoais e dos usuários em exercer controle.²⁴³ Embora esses aspectos não sejam propriamente novidade para as autoridades de proteção de dados pessoais, esses temas são conectados pelas autoridades concorrenciais com problemas estruturais de mercado, apontando-se que podem, por exemplo, elevar barreiras à entrada e à expansão de concorrentes.²⁴⁴ Assim, o desenho da *arquitetura de escolha* pode implicar a ocultação das configurações de proteção de dados, inibindo a capacidade dos consumidores de controlar seus dados, reforçando efeitos de aprisionamento (*lock-in*). A partir desse diagnóstico, diversos relatórios apontam a relação entre o desenho de interfaces manipulativas e a consolidação do poder de mercado.²⁴⁵

de dados são considerados valiosos não apenas pela escala e escopo da coleta, mas pela qualidade e acurácia. Uma possível saída para reduzir as barreiras à entrada e estimular a inovação, aponta-se, seria facilitar o acesso aos dados, por mecanismos de portabilidade e interoperabilidade. Porém, a autoridade reconhece que algumas questões teriam de ser levadas em consideração, como em que medida os fortes efeitos de rede poderiam limitar a portabilidade e eventuais preocupações de privacidade; a portabilidade, por exemplo, provavelmente não causaria efeito significativo no curto prazo (AUSTRÁLIA, *Digital Platforms Inquiry...*, cit., p. 11). Em sentido semelhante, o relatório preparado por especialistas para a Comissão Europeia dá especial atenção ao tema de acesso a dados, destacando a importância da portabilidade e interoperabilidade como instrumentos importantes para o direito concorrencial (CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era – Final report*. Bruxelas: European Commission (Directorate-General for Competition), 2019, p. 9-10).

²⁴³ REINO UNIDO. *Online platforms and digital advertising...*, cit., 2020, p. 13. De modo semelhante, o relatório do Congresso norte-americano destaca que em decorrência da forma frequentemente oculta com que os dados pessoais são continuamente coletados por determinadas plataformas digitais, revela-se mais difícil para os consumidores comparar os custos de privacidade entre diferentes produtos e serviços (ESTADOS UNIDOS, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., 2020, p. 52-53).

²⁴⁴ Nesse sentido, *e.g.*, REINO UNIDO. *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 73 (apontando que o fato de o Google ser o buscador padrão em diversas aplicações constitui uma barreira à entrada e expansão de concorrentes, ao passo que o Facebook, ao controlar a interoperabilidade oferecida a outras plataformas, isolou-se de pressão competitiva).

²⁴⁵ Nesse sentido, o relatório do Congresso norte-americano apontou que o desenho de interfaces manipulativas se tornou uma ferramenta difundida para aumentar a probabilidade de os usuários consentirem o rastreamento. Esses estímulos comportamentais (*nudges*), veiculados por meio de padrões obscuros (*dark patterns*), são comumente usados em mercados de rastreamento e publicidade online para aumentar o poder de mercado de uma empresa e maximizar a capacidade da empresa de extrair receita de seus usuários (ESTADOS UNIDOS, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 53). De modo semelhante, o Stigler Center (op. cit., p. 12-13) destacou que os consumidores tendem a ficar com as opções padrão fixadas pelas aplicações; e, quando são levados a escolher, optam pela alternativa mais sobressalente. Há diversas formas de direcionamento de escolhas (por exemplo, *framing*, *nudging* e *defaults*), que são exploradas por agentes com poder de mercado, frequentemente privilegiando a opção que implica a maior extração de dados pessoais. Em estudo de 2022, a CMA destacou que a arquitetura de escolha online (OCA, no acrônimo em inglês) pode servir para manter, alavancar ou exercer o poder de mercado no ambiente digital (REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers – Discussion Paper*. 2022, p. vi, 14). O conjunto de práticas da arquitetura de escolha online (OCA), na taxinomia proposta

Também se tornou preocupação central das autoridades concorrenciais a atuação com capacidades “quase regulatórias” de grandes plataformas como Google e Facebook, em relação à proteção de dados pessoais, definindo regras sobre o compartilhamento de dados nos próprios ecossistemas e, portanto, em relação a outros agentes econômicos que neles atuam. Uma das preocupações identificadas é justamente que essas grandes plataformas interpretem a legislação de proteção de dados pessoais de modo a favorecer a consolidação do seu próprio poder de mercado.²⁴⁶ Desse modo, ganha força a importância da cooperação entre as autoridades competentes como forma de compatibilizar os interesses e objetivos do direito da concorrência e da proteção de dados.²⁴⁷

No Brasil, o Cade já produziu relatórios oficiais reconhecendo que a proteção de dados pessoais impõe desafios à autoridade concorrencial, sem, entretanto, apontar expressamente qual seria a direção da política concorrencial em face da nova realidade.²⁴⁸ A presente pesquisa tampouco identificou, até o momento, qualquer caso em que a autoridade tenha considerado de modo aprofundado a proteção de dados pessoais.²⁴⁹

No contexto internacional, no controle de condutas anticompetitivas, o caso alemão *Facebook*, cuja decisão foi emitida em 2019, pode ser considerado paradigmático para a integração da proteção de dados pessoais na aplicação material do direito da concorrência. A seu turno, no tocante à evolução da integração da proteção de dados no contexto do controle de

pelo estudo, abrange (i) a forma como as escolhas são apresentadas aos consumidores, (ii) a informação fornecida ao apresentar escolhas e (iii) a eventual influência indireta (pressão) sobre as escolhas.

²⁴⁶ REINO UNIDO. *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 16.

²⁴⁷ Essa tendência será descrita e analisada no Capítulo 4 do trabalho.

²⁴⁸ Nesse sentido, *e.g.*, no relatório *BRICS in the digital economy*, emitido em 2019, o Cade afirmou que “está ciente dos riscos que a exploração de *big data* por empresas pode representar para a proteção dos direitos de outros usuários, como o direito à privacidade”. Além disso, afirmou que “a dinâmica das plataformas digitais gera uma estreita relação entre proteção de dados, privacidade e política de concorrência”, ressaltando a importância da cooperação ativa e coordenada com outras autoridades, a exemplo da própria ANPD (BRASIL *et al.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica *et al.* *BRICS in the digital economy: competition policy in practice – 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy*. 2019, p. 95, tradução livre). Em 2020, em estudo sobre plataformas digitais, emitido pelo Cade, afirmou-se que “provavelmente o tema da proteção de dados e sua convergência com a concorrência ainda apresentará novos desafios ao Cade”; um desses desafios seria “como coordenar a relação entre privacidade e política de concorrência”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). *Mercados de plataformas digitais*. Cadernos do Cade. 2021, p. 17, 133).

²⁴⁹ Até o momento, nota-se que, nos casos perante o Cade, os dados pessoais foram considerados apenas como insumos. Nesses casos, surgiram questões relacionadas ao acesso a dados e seus reflexos concorrenciais (por exemplo, acesso a informações concorrenciais sensíveis, fechamento de mercado etc.). Assim, a privacidade ou a LGPD foram mencionados de forma lateral, como reforço argumentativo, normalmente para se apontar alguma salvaguarda ou limitação à circulação de dados pessoais, em benefício ou contra a questão concorrencial. Nesse sentido, *e.g.*: (i) AC nº 08700.002792/2016-47 (*joint-venture* entre Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Santander, Bradesco e Itaú Unibanco para criação de um *bureau* de crédito); (ii) PA nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*); (iii) AC nº 08700.003969/2020-17 (*Stone/Linx*); (iii) AC nº 08700.006373/2020-61 (*Serasa/Claro*); (iv) AC nº 08012.009089/2011-11 (*Serasa/SPC*); e (v) AC nº 08700.000059/2021-55 (*Magazine Luiza/Hub*).

concentrações, a decisão da Comissão Europeia no caso *Google/Fitbit* (2020) pode ser considerada um avanço representativo.²⁵⁰

Nesta terceira fase, acentua-se a aproximação das autoridades concorrenciais e de proteção de dados pessoais, em diferentes jurisdições, por meio de variados arranjos institucionais de cooperação e coordenação entre as respectivas autoridades competentes. Essa aproximação é viabilizada por alterações normativas e marcos regulatórios que modificam a forma de aplicação do direito da concorrência ou introduzem novos regimes concorrenciais. Desse modo, esses novos arranjos institucionais parecem indicar que a integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência constitui, também, uma questão de estruturação jurídica da política pública. Essa perspectiva será, portanto, examinada no Capítulo 4 desta dissertação.

A seu turno, no Capítulo seguinte, cumpre verificar como a proteção de dados pessoais pode ser considerada na prática da interpretação substancial e aplicação do direito da concorrência, no controle de estruturas e condutas.

²⁵⁰ Analisando a evolução jurisprudencial, na análise de atos de concentração envolvendo dados pessoais, Roberto Pfeiffer destaca que o caso *Google/Fitbit*, examinado pela Comissão Europeia, representou “um passo além do retórico na incorporação da análise do impacto da combinação de bancos de dados ocasionada por atos de concentração”. Não obstante, Pfeiffer entende que a decisão representa, ainda, um passo tímido na evolução da jurisprudência de controle de concentrações, uma vez que a operação não representou uma efetiva análise dos efeitos da fusão sobre a política de privacidade (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. 2021. 245 f. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021, p. 157-158, 175).

3 A INFLUÊNCIA NORMATIVA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ANÁLISE MATERIAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Conforme percebido da evolução do debate exposto no Capítulo anterior, a emergência significativa e crescente de condutas e concentrações relacionadas a dados pessoais impulsionou a interação e convergência entre o direito concorrencial e o direito da proteção de dados pessoais.

Ante o contexto de interação e aproximação das disciplinas, é necessário ponderar sobre aplicação na prática do controle concorrencial. Por essa razão, o presente Capítulo se volta à verificação de como integrar a proteção de dados pessoais à interpretação e aplicação material do direito concorrencial, no contexto do controle de concentrações e na repressão a condutas, em particular, de modo compatível com a Lei 12.529/2011.

Os trabalhos de Costa-Cabral e Lynskey²⁵¹ se destacam como um esforço no sentido de sistematizar dogmaticamente a influência normativa a ser exercida pela proteção de dados pessoais na análise e aplicação material do direito da concorrência. Os autores apontam que a proteção de dados pessoais exerce duas formas de influência normativa sobre a aplicação do direito concorrencial: interna e externa. Essa classificação se revela útil para esclarecer o recorte que será adotado pelo presente Capítulo.

A consideração do direito da proteção de dados pessoais como uma *influência interna* significa internalizá-lo na análise substancial e aplicação material do direito concorrencial, ou seja, considerá-lo como um parâmetro da concorrência, como um referencial normativo para a interpretação do nível de proteção de dados pessoais, ou, ainda, indicador da regularidade da atuação dos agentes econômicos.

Em outras palavras, o direito da proteção de dados pessoais pode exercer um papel como parâmetro normativo para o direito da concorrência, na interpretação do nível de proteção de dados pessoais, da licitude da conduta dos agentes econômicos e dos riscos associados ao tratamento de dados pessoais. Isso quer dizer que a legislação de proteção de dados pessoais

²⁵¹ COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2022; COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 25, p. 1-39, 2015.

funciona como guia normativo para a verificação da degradação da proteção de dados ou para o exame de possível infração à ordem econômica.²⁵²

Também de acordo com os autores, o direito da proteção de dados pessoais também pode exercer uma *influência externa* na aplicação do direito da concorrência, especialmente em razão de constituir um direito fundamental, portanto, de aplicação imediata.²⁵³ Isso significa que, além de ser internalizado à lógica concorrencial como parâmetro de análise, como dito acima, pode exercer um limite externo e condicionante à concorrência e à aplicação do direito concorrencial.²⁵⁴ Sob a perspectiva da influência externa, o direito da proteção de dados pessoais impõe limites, seja como barreira regulatória à utilização e transferência dos dados, seja à discricionariedade da autoridade no desenho de remédios concorrenciais (imagine-se que eventual remédio de acesso de terceiros a dados pessoais, por exemplo, pode requerer o consentimento dos titulares de dados).²⁵⁵

Feita essa contextualização, o presente trabalho propõe a sistematização dessa classificação por meio da Tabela 1 abaixo, que adiciona novos elementos, procurando tornar mais clara a influência normativa do direito da proteção de dados pessoais, conforme a perspectiva de análise e aplicação do direito concorrencial.

Tabela 1 – Influência normativa do direito da proteção de dados pessoais na análise e aplicação do direito concorrencial

Perspectiva de análise do processo competitivo	Influência normativa do direito da proteção de dados pessoais...	
	...na análise substancial do caso	...no desenho do remédio concorrencial
Dados pessoais como insumo	<i>Influência externa</i> (impõe limites ao tratamento de dados pessoais)	<i>Influência externa</i> (impõe limites à discricionariedade no desenho de remédio)
Proteção de dados pessoais	<i>Influência interna</i> (parâmetro para interpretar o nível de proteção de dados, as escolhas e a regularidade da conduta)	<i>Influência interna</i> (parâmetro para desenhar remédios que elevem a proteção de dados, as escolhas e reduzam o risco de tratamento inadequado)

Fonte: elaboração própria.

²⁵² COSTA-CABRAL; LYNSKEY, Family ties..., cit., p. 3-4.

²⁵³ CF, art. 5º, LXXIX e § 1º.

²⁵⁴ COSTA-CABRAL; LYNSKEY, Family ties..., cit., p. 4.

²⁵⁵ COSTA-CABRAL; LYNSKEY, Family ties..., cit., p. 4.

Como aponta a Tabela acima, entende-se haver duas perspectivas complementares para analisar o processo competitivo de exploração econômica dos dados pessoais, sob o direito concorrencial: (i) analisando os dados pessoais como um *insumo*; e (ii) analisando a *proteção de dados pessoais* propriamente dita. Na primeira hipótese, entende-se que o direito da proteção de dados pessoais exerce uma influência normativa externa; e, na segunda, uma influência normativa interna. Isso seria aplicável seja para a etapa de análise substantiva do caso, seja para a etapa de desenho do remédio concorrencial.²⁵⁶

O foco deste Capítulo recairá sobre a influência interna do direito da proteção de dados pessoais na análise substancial dos casos. Dessa forma, será investigado como a proteção de dados pessoais pode ser integrada como parâmetro normativo para interpretar a degradação da proteção de dados pessoais ou a regularidade da conduta de agente dominante. Essa opção metodológica se justifica, pois é sob essa perspectiva que reside maior parte da controvérsia e dificuldade atualmente sobre como integrar os parâmetros da proteção de dados na análise substantiva própria das autoridades concorrenciais.

Por outro lado, haverá um enfoque reduzido do Capítulo na perspectiva da influência externa, ou seja, quando os dados pessoais são tomados como mero insumo. Isso, porque essa perspectiva é mais amplamente aceita²⁵⁷ pelas autoridades concorrenciais (o que não quer dizer, por outro lado, que os dados pessoais têm recebido a devida atenção mesmo quando tomados apenas como insumo da atividade econômica). Assim, quando a autoridade concorrencial considera os dados pessoais como insumo, aplica teorias de dano tradicionais do direito concorrencial, como teorias sobre o acesso a informações concorrencialmente sensíveis, fechamento de insumo, efeitos unilaterais de concentrações, entre outras.²⁵⁸ Sob essa perspectiva, até o momento, a legislação de proteção de dados tem exercido um papel bastante secundário no direito concorrencial (no mais das vezes, entendida como um limite ao qual, as autoridades supõem, os agentes econômicos observarão).

²⁵⁶ A classificação, como se percebe, tem fim meramente didático, ou seja, voltado a facilitar a compreensão da aplicação do tema naturalmente complexo. Reconhece-se que, em certas situações, o que se entende por influência “interna” ou “externa”, na prática, pode se confundir. Exemplo disso é o caso *Facebook* na Alemanha, que será exposto neste Capítulo, no qual a legislação de proteção de dados pessoais foi tomada como parâmetro interno (incidental) para aferir o abuso da posição dominante; porém, de outro lado, poder-se-ia entender que a própria legislação também constituiu um limite externo, caracterizando, pois, a ilicitude do tratamento de dados pessoais no caso concreto.

²⁵⁷ Nesse sentido, por exemplo, FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 199. A partir da análise de casos, Fernandes aponta que a Comissão Europeia e o Cade vêm tratando os dados pessoais apenas como insumo.

²⁵⁸ No mesmo sentido, FERNANDES, *ibid.*, p. 199.

A análise dos dados pessoais como insumo da atividade econômica é importante, na medida em que os dados pessoais podem efetivamente influir na dinâmica concorrencial, como já bastante destacado nos Capítulos anteriores. Entretanto, entende-se neste trabalho que a análise dos dados pessoais apenas como insumo não é suficiente, de modo que deveria ser complementada pela perspectiva que considera a proteção de dados pessoais como um parâmetro concorrencial – o que pouco se verifica na prática, apesar das exceções mencionadas neste trabalho. Daí a justificativa para o Capítulo estar centrado em como integrar a proteção de dados pessoais como parâmetro interno da análise concorrencial.

Como é possível perceber, o foco do Capítulo também não recairá sobre o desenho de remédios concorrenciais, uma vez que fugiria às possibilidades a consideração aprofundada desse aspecto. Opta-se por abordar o tema dos remédios, portanto, sob a ótica da interação entre as autoridades competentes, o que será feito no Capítulo seguinte.

Feito esse esclarecimento metodológico, destaca-se que o Capítulo está dividido em uma seção referente ao controle de concentrações e outra relacionada ao controle de condutas. Ademais, para as reflexões que serão propostas, o Capítulo tomou como referência exemplos práticos decorrentes de alguns dos casos considerados mais relevantes até o momento envolvendo dados pessoais, em jurisdições diversas.²⁵⁹

O critério para a seleção dos casos buscou justamente conferir preferência àqueles nos quais se identificaram discussões mais pronunciadas sobre aspectos de proteção de dados pessoais, permitindo uma reflexão mais madura sobre como esses parâmetros poderiam ser desenvolvidos, a fim de se identificar padrões de análise e diretrizes de interpretação mais claros, que possam orientar a aplicação do direito concorrencial. Assim, é importante esclarecer que os casos mencionados não são os únicos que abordam o tema, de modo que o Capítulo não tem a pretensão e tampouco poderia realizar uma exposição exaustiva.

Dito isso, o Capítulo abordará, primeiramente, casos no âmbito do controle de estruturas, nos quais é possível observar o delineamento da teoria de dano da degradação da privacidade (degradação da proteção de dados pessoais, na terminologia preferida).

²⁵⁹ Conforme será notado, existe uma prevalência de casos de jurisdições europeias mencionados no Capítulo, porquanto é nessas jurisdições que o tema, no recorte proposto, apresenta-se mais avançado. No Brasil, há uma predominância da abordagem de dados pessoais apenas como insumos até o momento (ou seja, sem a consideração aprofundada dos parâmetros de proteção de dados pessoais), de modo que não se identificou casos a partir dos quais o recorte proposto pelo Capítulo possibilitasse maiores reflexões.

Na sequência, o Capítulo se voltará às condutas unilaterais.²⁶⁰ Nesse sentido, inicialmente será analisada a conduta de imposição abusiva condições contratuais de tratamento de dados pessoais, tomando como referência o caso alemão *Facebook* e as discussões judiciais subsequentes, tendo em vista que esse constitui o exemplo mais significativo, até o momento, da integração normativa da proteção de dados pessoais à interpretação e aplicação do direito concorrencial.

Em seguida, o Capítulo analisará casos de condutas unilaterais da Apple e do Google, caracterizadas pelo desenho de tecnologias e arquiteturas de informação potencialmente restritivas à concorrência, sob a alegação de proteção à privacidade. A partir desses casos, também se demonstrará, com clareza, a necessidade de compatibilização entre concorrência e proteção de dados pessoais.

3.1 Controle de estruturas

A presente seção, referente à análise da possibilidade de integração da proteção de dados pessoais como parâmetro de interpretação substancial no controle de estruturas, tem como objeto central o exame da teoria de dano referente à degradação da privacidade (ou degradação da proteção de dados pessoais²⁶¹).

Optou-se pela análise da referida teoria de dano tendo em vista que, de um lado, é a mais desenvolvida na doutrina e nos precedentes de controle de estruturas, e, de outro lado, possibilita a consideração da proteção de dados pessoais como um parâmetro interno da concorrência, conforme o recorte explicado no início deste Capítulo.

Inicialmente, a seção fará a exposição do delineamento dessa teoria de dano a partir de exemplos de decisões em operações econômicas representativas envolvendo dados pessoais. Na sequência, serão enfrentados os desafios analíticos da aplicação dessa teoria de dano,

²⁶⁰ A pesquisa não identificou, até o momento, um desenvolvimento relevante de casos abordando condutas coordenadas para fixação de parâmetros de proteção de dados pessoais, razão pela qual esse aspecto não foi abordado pela dissertação.

²⁶¹ Pode-se considerar que a redução da portabilidade e interoperabilidade de dados pessoais está abrangida pelo conceito de degradação da proteção de dados pessoais (embora esses aspectos não estariam abrangidos pelo conceito da degradação de privacidade, em linha com a distinção traçada no Capítulo 2). Entretanto, por limitações de escopo e do recorte proposto, os aspectos de portabilidade e interoperabilidade de dados pessoais não serão abordados em profundidade por este Capítulo, uma vez que já vêm desenvolvendo um corpo doutrinário mais amplo no direito da concorrência – relacionado às discussões de dados pessoais como insumo –, o que impediria uma abordagem aprofundada pela dissertação. Para uma exposição relacionada ao direito da concorrência, cf., de modo geral, CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre direito da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 54-97, 100-143.

apontando-se possibilidades de superá-los. Por fim, a seção fará uma reflexão sobre a aplicação dessa teoria de dano sob a Lei 12.529/2011.

3.1.1 A teoria de dano da degradação da privacidade (proteção de dados pessoais): contextualização a partir da análise de casos selecionados

A redução da proteção de dados pessoais em decorrência da concentração econômica pode ser equiparada a uma forma de degradação da qualidade dos produtos e serviços. Essa abordagem permitiria internalizar a proteção de dados pessoais na análise substantiva da autoridade concorrencial. Assim, a degradação da qualidade pode ocorrer por meio de, por exemplo, fusão de bancos de dados pessoais, alteração das políticas de privacidade pós-concentração ou remoção de uma empresa *maverick* reconhecida por oferecer uma alternativa mais protetiva de processamento de dados pessoais.²⁶² Os casos a seguir expostos suscitam reflexões a esse respeito.

Na operação *Google/DoubleClick* (2007), a decisão da maioria da FTC reconheceu expressamente que a privacidade dos consumidores é um atributo da dimensão não preço da concorrência, apesar de ter se omitido em realizar uma análise aprofundada a respeito.²⁶³ Não obstante, tornou-se emblemático o voto divergente da Comissária Pamela Jones Harbour, afirmando existirem teorias de dano que poderiam tornar a privacidade “cognoscível” sob o direito antitruste e que permitiriam à FTC abordar questões de privacidade na análise concorrencial. Destacou que, por exemplo, se os efeitos de rede levassem a uma redução no número de buscadores rivais, os consumidores sofreriam com menos opções de escolha, reduzindo os incentivos dos buscadores rivais para competirem pela proteção da privacidade ou por outras dimensões não preço.²⁶⁴

²⁶² LYNSKEY, Orla. *Non-price Effects of Mergers*. OECD (Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee). 2018, p. 4.

²⁶³ “[...] we investigated the possibility that this transaction could adversely affect non-price attributes of competition, such as consumer privacy. We have concluded that the evidence does not support a conclusion that it would do so. We have therefore concluded that privacy considerations, as such, do not provide a basis to challenge this transaction.” (ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Statement of the Federal Trade Commission*. File No. 071-0170 (Google/DoubleClick). 2007, p. 2-3).

²⁶⁴ A Comissária Pamela Jones Harbour apontou, ainda, que a operação geraria “uma firma com vasto conhecimento das preferências dos consumidores e sujeita a pouco *accountability*”, que “ao encerrar a investigação sem impor quaisquer condições ou outras salvaguardas, a FTC pede aos consumidores que assumam demasiado risco de ambos os tipos de danos [isto é, à concorrência e à privacidade]”. Cf. ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. F.T.C. File No. 071-0170 (Google/DoubleClick). 2007, p. 10-12, tradução livre; e SWIRE, Peter. *Submitted Testimony to the Federal Trade Commission*, Behavioral Advertising Town Hall, 18 out. 2007.

O caso também foi submetido à jurisdição brasileira e, após instrução e pareceres favoráveis dos órgãos opinativos, o Tribunal do Cade decidiu pela aprovação sem restrições. Na breve decisão, que trouxe relato das decisões de autoridades estrangeiras, não houve qualquer menção sobre a privacidade dos consumidores ou efeitos da combinação dos bancos de dados pessoais, exceto quando se referiu à decisão da FTC.²⁶⁵

A seu turno, na operação *Facebook/WhatsApp* (2014), a Comissão Europeia notou expressamente que a privacidade e a segurança da informação eram atributos cada vez mais valorizados pelos consumidores dos aplicativos de comunicação²⁶⁶ e chegou a comparar as políticas de privacidade do WhatsApp e do Facebook Messenger, notando uma clara distinção qualitativa entre elas.²⁶⁷ Entretanto, supôs erroneamente que o Facebook não alteraria a política de privacidade do WhatsApp para combinar os dados pessoais com a rede social,²⁶⁸ como a empresa veio a fazer posteriormente, para direcionamento de propaganda online,²⁶⁹ o que pode

²⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11 (Requerentes: Google; DoubleClick). 2008. A operação foi aprovada sem restrições.

²⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004. *Case No COMP/M.7217 – Facebook / WhatsApp*. Bruxelas, 3 out. 2014, § 87: “In this regard, according to the market investigation, important areas of improvement include: [...] privacy and security, the importance of which varies from user to user but which are becoming increasingly valued, as shown by the introduction of consumer communications apps specifically addressing privacy and security issues and by WhatsApp's plan to introduce [...]”. Além disso, a decisão traz exemplos que demonstram o aumento das preocupações com privacidade por parte dos consumidores: (i) o surgimento e rápido crescimento de aplicativos que buscavam endereçar preocupações de privacidade e segurança da informação, como o Telegram, que possuía 35 milhões de usuários ativos por mês após apenas seis meses de funcionamento; e (ii) a migração de uma grande quantidade de usuários alemães do WhatsApp para o aplicativo Threema em apenas 24 horas após o anúncio da operação envolvendo Facebook/WhatsApp. (ibid., § 174). Vale notar que ambos os aplicativos mencionados (Telegram e Threema) eram conhecidos por disponibilizarem criptografia ponta-a-ponta, funcionalidade que até a análise da operação não havia sido introduzida no WhatsApp.

²⁶⁷ A Comissão Europeia analisou as semelhanças e diferenças entre o WhatsApp e o Facebook Messenger (vinculado à rede social Facebook), a fim de verificar em que medida esses aplicativos seriam competidores. Um dos aspectos diferenciadores estava relacionado às políticas de privacidade: ao contrário do WhatsApp, o Facebook Messenger possibilitava a coleta de dados para as atividades de propaganda online do Facebook; ao passo que o WhatsApp não possibilitava propaganda (ibid., § 102).

²⁶⁸ Importante destacar que houve alertas de terceiros, na instrução do caso, de que o Facebook poderia combinar os dados pessoais entre a rede social e o aplicativo. A decisão concluiu que a operação não suscitava preocupações concorrenciais, tendo em vista que o WhatsApp não coletava dados considerados valiosos para fins de propaganda (apontando que as mensagens entre usuários do WhatsApp não eram armazenadas pelo aplicativo), de modo que não haveria reforço da posição do Facebook no mercado de propaganda online. A decisão, nesse aspecto, estava equivocada, considerando que posteriormente os metadados do WhatsApp passaram a ser utilizados pelo grupo Facebook para a perfilização dos usuários. A decisão também supôs erroneamente que a coleta de dados do WhatsApp para a finalidade de publicidade poderia causar uma “debandada de usuários a serviços considerados menos invasivos”. Essa debandada foi justamente o que não ocorreu, ante os fortes efeitos de rede, as assimetrias de informação e as vantagens de incumbência do WhatsApp (cf. ibid., §§ 166, 184 a 187).

²⁶⁹ Como sabido, pouco após a aprovação da operação, em 2016, o Facebook alterou a política de privacidade do WhatsApp para combinar os dados pessoais dos usuários com a rede social Facebook, bem como utilizar os metadados das conversas do WhatsApp para o direcionamento de propaganda para os usuários. A Comissão Europeia abriu investigação (caso COMP/M.8228) e multou o Facebook em € 55 milhões por fornecer informações enganosas durante a instrução do caso. Em sua decisão, de 17 de maio de 2017, a Comissão Europeia afirmou que, embora o Facebook tenha fornecido informações enganosas ou incorretas na operação

ser considerado uma degradação da proteção de dados pós-operação sequer vislumbrada pela análise concorrencial realizada pela autoridade.

Ademais, o referido caso, já bastante examinado pela doutrina²⁷⁰, tornou-se notório não só pelas falhas da decisão, mas também pela omissão da autoridade que, mesmo reconhecendo a importância da privacidade para os consumidores, deixou de considerar a possibilidade de ocorrência da degradação da proteção de dados pessoais pós-operação. Como sabido, a empresa realizou sucessivas alterações da política de privacidade posteriormente à aquisição, as quais foram objeto de investigações ao redor do mundo, inclusive por autoridades concorrenciais, pela forma “desleal” com que o aplicativo passou a requerer o consentimento dos usuários para a combinação de dados²⁷¹ ou por condicionar a continuidade do serviço à aceitação da alteração da política de privacidade (*take-it-or-leave-it*).²⁷²

A operação não foi analisada pela jurisdição brasileira em razão de o WhatsApp não atingir o faturamento mínimo exigido para a notificação obrigatória e de o Cade não ter acionado a prerrogativa disposta no art. 88, § 7º da Lei 12.529/2011, que permitiria trazer a aquisição ao escrutínio da autoridade.

Em *Microsoft/LinkedIn*, a Comissão Europeia reconheceu que o compartilhamento de dados pessoais com terceiros, mesmo que em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais, pode minar a confiança dos usuários,²⁷³ o que corrobora a compreensão de que

de 2014, tais informações não teriam, segundo a autoridade, alterado o resultado final pela aprovação da operação.

²⁷⁰ Para uma análise crítica da decisão da Comissão Europeia no caso *Facebook/WhatsApp*, cf., por exemplo, BAGNOLI, Vicente. Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, v. 3, n. 1, p. 15–51, 2019, p. 29-47; ESAYAS, Samson. Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy From the Facebook/Whatsapp Merger. *CPI Antitrust Chronicle*, 2017, p. 1-8; FIDELIS, Andressa Lin. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamic effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, p. 189-218, 2017, p. 202-212.

²⁷¹ A atualização da política de privacidade do WhatsApp, realizada em 2016, provocou investigações em diversas jurisdições. Destaca-se a investigação conduzida pela autoridade concorrencial italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM*), que caracterizou o processo de obtenção do consentimento dos usuários como “desleal” e “agressivo”. Cf. ZINGALES, Nicolo. Between a Rock and Two Hard Places: WhatsApp at the Crossroad of Competition, Data Protection and Consumer Law. *Computer Law and Security Review*, v. 33, n. 4, 2017, p. 3.

²⁷² O Capítulo 4 mencionará, ainda, exemplos de investigações concorrenciais em diferentes jurisdições envolvendo a alteração da política de privacidade do WhatsApp ocorrida em 2021 (nesse sentido, cf. notas de rodapé 595, 596 e 597).

²⁷³ Analisando a possibilidade de monetização dos dados do LinkedIn em um cenário pós-operação, a decisão anotou que “[...] it is unclear at this stage whether LinkedIn would indeed have started licensing LinkedIn full data to third parties absent the Transaction. [...] LinkedIn’s pre-Transaction internal documents contain no reference to the possible licensing of LinkedIn full data, or a subset thereof, to any third party, including CRM software solution providers. This is in particular because, LinkedIn’s business model, and the value of the data it collects, are based on its users’ willingness to update their profiles and engage with LinkedIn services, which may be undermined should users become aware that LinkedIn grants third parties access to their data, albeit in a way that is consistent with applicable data protection laws.” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia.

a legislação de proteção de dados apenas oferece um padrão mínimo de proteção, mas que os consumidores podem desejar opções mais protetivas.

Ademais, a autoridade reconheceu que a privacidade era um importante parâmetro de concorrência do mercado de redes sociais profissionais,²⁷⁴ de modo que comparou as políticas de privacidade dos diferentes concorrentes com atuação na Europa, identificando a empresa XING como a mais protetiva à privacidade dos usuários, uma vez que, por exemplo, obtinha o consentimento de modo mais amigável e não condicionava a continuidade da prestação do serviço à aceitação de alterações na política de privacidade.²⁷⁵ Assim, foram impostos um conjunto de compromissos para impedir a exclusão de concorrentes e para garantir a existência de efetiva escolha pelos consumidores.²⁷⁶

A mesma operação foi analisada pelo Cade, sob rito sumário, e aprovada pela autoridade em 10 de outubro de 2016, sem análise aprofundada, não obstante tenha se

Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Bruxelas, 6 dez. 2016, § 248).

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 77: “The results of the market investigation have indeed revealed that privacy is an important parameter of competition and driver of customer choice in the market for PSN [Professional Social Network] services”.

²⁷⁵ Embora o LinkedIn fosse, à época, a rede social profissional mais utilizada na maioria dos países europeus, a investigação apontou a existência de concorrentes com atuação importante e focada em alguns países específicos (XING, na Alemanha e Áustria; Viadeo, na França; e GoldenLine, na Polônia). De acordo com documentos internos analisados pela Comissão, a Microsoft estava particularmente preocupada com a concorrência na Alemanha, apontando que o crescimento do LinkedIn no país estava dentre as “mais altas prioridades” na Europa. Comparando as diferentes políticas de privacidade, a decisão anotou, por exemplo, que a obtenção do consentimento pela XING era mais amigável do que pelo LinkedIn (durante o processo de registro, a XING pedia aos usuários que aceitassem ativamente a política de privacidade e os termos e condições marcando uma caixa de seleção específica, enquanto no LinkedIn, ao clicar para ingressar na rede social, os usuários automaticamente aceitavam a política de privacidade). Além disso, quando a XING introduzia novos serviços com implicações sobre a forma de processamento dados pessoais, buscava explicitamente o consentimento ativo dos usuários; e, independentemente de os usuários consentirem ou não nesses casos específicos, poderiam continuar usando a XING do mesmo modo sem perder nenhuma das funções às quais tinham acesso anteriormente. Por outro lado, quando o LinkedIn fazia alterações em relação à coleta, armazenamento, processamento ou uso de dados pessoais, o LinkedIn apenas informava os usuários dessas alterações e considerava que concordavam com as alterações caso continuassem a usar os serviços do LinkedIn após terem sido notificados das mudanças (cf., *ibid.*, §§ 122, 311, 324, 333 e 350).

²⁷⁶ *Ibid.* A Microsoft, por meio dos produtos Windows e Office, detinha participação significativa nos mercados de sistema operacional para computador pessoal (80%-90%) e software de produtividade (90%) na dimensão europeia. A Comissão considerou que a Microsoft poderia alavancar sua posição dominante para o mercado de redes sociais profissionais, pré-instalando o LinkedIn no Windows, integrando o LinkedIn ao Office e limitando a interoperabilidade. A decisão apontou que haveria uma substancial redução das escolhas disponíveis para os consumidores de redes sociais profissionais caso o LinkedIn se tornasse a única plataforma disponível em decorrência de um fechamento de mercado. A fim de endereçar as preocupações concorrenciais, foram impostos remédios para (i) impedir a pré-instalação e a instalação forçada do LinkedIn em computadores com Windows; (ii) proibir a prática de exclusividade com fabricantes de hardware; (iii) assegurar a interoperabilidade e o acesso a dados (inclusive pessoais) por redes sociais concorrentes, por meio da disponibilização de APIs e de ferramentas para desenvolvedores (Microsoft Graph), desde que observada a devida obtenção do consentimento; (iv) oferecer opções acessíveis e destacadas para que os usuários desativassem o LinkedIn do Office; entre outras.

identificado um número significativo de dados pessoais envolvidos na transação e sua importância para o negócio de propaganda online.²⁷⁷

No caso *Google/Fitbit* (2020), a Comissão Europeia considerou como principal teoria de dano horizontal a de que a obtenção dos bancos de dados pessoais do Fitbit –composto por ampla gama de dados granulares sobre condições físicas e de saúde dos indivíduos²⁷⁸ – poderia causar restrições à concorrência no mercado de propaganda online, ao aumentar as barreiras à entrada e expansão de rivais e reforçar a já significativa posição dominante do Google nesse mercado.²⁷⁹

A sociedade civil e acadêmicos apontaram diversas preocupações relacionadas à degradação da privacidade dos usuários do Fitbit em decorrência da operação.²⁸⁰ Entretanto, a Comissão afastou as preocupações relacionadas à privacidade, ao passo que enfatizou a existência de obrigações regulatórias impostas pela legislação de proteção de dados pessoais e o dever de o Google estar em plena conformidade com elas.²⁸¹ Desse modo, o caso não foi analisado sob a ótica da degradação da qualidade da proteção de dados (ou degradação da privacidade).²⁸² Não obstante, o remédio imposto findou por endereçar, ao menos parcialmente, as preocupações com a privacidade e proteção de dados pessoais aventadas, ao determinar regras para separação do banco de dados pessoais, finalidades de processamento e consentimento destacado.

Assim, a decisão impôs três grupos de remédios. Primeiro, que o Google não poderá utilizar os dados pessoais (dos cidadãos europeus) do Fitbit para propaganda online durante um

²⁷⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Parecer n° 257/2016/CGAA5/SGA1/SG*. Ato de Concentração n° 08700.006084/2016-85 (Requerentes: Microsoft; LinkedIn). 2016.

²⁷⁸ A decisão apontou que o Fitbit coletava uma grande variedade de dados pessoais granulares relacionados à identificação dos indivíduos, hábitos, condições físicas, condições de saúde, coletados por meio dos dispositivos *wearables* (UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission Decision of 17.12.2020 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. Merger Procedure Regulation (EC) 139/2004. *Case M.9660 – Google/Fitbit*. Bruxelas, 17 dez. 2020, p. 94-96).

²⁷⁹ *Ibid.*, § 399 et seq.

²⁸⁰ *Ibid.*, § 452; cf., ainda, SPAGNOLO *et al.* Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers. *Centre for Economic Policy Research*, 30 set. 2020. Disponível em: <<https://cepr.org/voxeu/columns/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁸¹ *Ibid.*, §§ 403-412 e p. 105, notas de rodapé n° 299 e 300 (descrevendo como o RGPD poderia impor limites à utilização dos dados pessoais pelo Google; mas, que, em qualquer caso, a análise concorrencial assumiu como premissa que os bancos de dados poderiam ser combinados licitamente). Dessa forma, depreende-se que a decisão considerou a legislação de proteção de dados pessoais tão somente pela ótica de influência externa (isto é, como limite regulatório para utilização dos dados pessoais) na análise concorrencial e no desenho dos remédios impostos.

²⁸² A Comissão Europeia chegou até mesmo a afirmar que não encontrou evidências da importância da privacidade como um parâmetro concorrencial em *wearables* (coleta de dados pessoais por dispositivos *wearables*), e que, mesmo por hipótese, a “concorrência por privacidade” em *wearables* não seria eliminada, pois o Google não era ativo nesse mercado relevante (*ibid.*, p. 105, nota de rodapé n° 105).

período de 10 anos, prorrogável por igual período. O banco de dados do Fitbit deverá ser mantido em ambiente virtual separado (“silo de dados”), com acesso restringido e monitorado por um *trustee* especializado.²⁸³ Embora não possa utilizar os dados pessoais para propaganda online, permitiu-se a utilização dos dados pessoais para outros serviços do Google, desde que os usuários europeus dessem consentimento explícito (quando não se tratar do mesmo propósito de tratamento, isto é, saúde e *fitness*).²⁸⁴ Segundo, deverá ser assegurada a continuidade, pelo prazo de 10 anos, não prorrogável, do acesso (via API do Fitbit existente) aos dados pessoais por empresas terceiras, sujeito ao consentimento, de modo a mitigar preocupações concorrenciais no mercado nascente de aplicativos de saúde digital.²⁸⁵ Terceiro, aplicou-se remédio para assegurar a interoperabilidade do sistema operacional Android para concorrentes do Fitbit no mercado de *wearables*.²⁸⁶

A despeito do remédio tímido,²⁸⁷ o caso pode ser considerado relevante e ainda suscita reflexões sobre a forma como a Comissão Europeia, ao não considerar a degradação da privacidade e proteção de dados, depositou uma expectativa excessiva na legislação de proteção de dados pessoais para conter eventuais abusos do Google.

Mesmo que o remédio tenha excluído a possibilidade de utilização dos dados pessoais para a propaganda online, as preocupações concorrenciais e com a proteção de dados permaneceram, considerando o histórico de violações da empresa à legislação de proteção de dados, a alta capacidade computacional do Google, seu poder econômico em mercados diversos, a possibilidade de facilmente alavancar sua posição dominante para mercados adjacentes, incluindo o nascente mercado de soluções digitais para saúde, fortalecendo assim o

²⁸³ Ibid., compromisso A.1.

²⁸⁴ Ibid., compromisso nº 5.

²⁸⁵ Ibid., compromisso A.2.

²⁸⁶ Ibid., compromisso A.3.

²⁸⁷ Nesse sentido, Roberto Pfeiffer destaca que “ainda que tendo estabelecido exclusivamente remédio de natureza comportamental, com todas as limitações inerentes a tal espécie, é inegável que o precedente destoa das decisões anteriores, pois as preocupações com os dados pessoais como meio de reforço da posição dominante e como paradigma da qualidade da prestação do serviço ultrapassaram a mera retórica para embasar não apenas o aprofundamento das investigações como o desenho dos remédios acordados para a aprovação do ato de concentração”. Além disso, “ainda que de forma extremamente tímida, já que não contém nenhuma norma acerca da vedação de degradação da política de privacidade do Fitbit, que era menos invasiva do que a do Google, ao menos reflexivamente as obrigações estabelecem uma proteção adicional à proteção de dados, seja pelo reforço de segurança de seu armazenamento, seja pelas restrições de compartilhamento e utilização na publicidade direcionada fora do ambiente do Fitbit”. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. 2021. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021, p. 175).

seu ecossistema.²⁸⁸ Em sentido semelhante, o Parlamento Europeu também considerou os remédios concorrenciais insuficientes em relatório sobre a política concorrencial europeia.²⁸⁹

A dúvida sobre a efetividade da decisão permanece, ainda, pois a separação dos dados pessoais está limitada aos usuários europeus, de modo que o Google poderá desenvolver tecnologias e fortalecer sua posição econômica a partir da utilização de dados de usuários não europeus, considerando o contingente de mais de 31 milhões de usuários ativos do Fitbit no mundo e a presença da empresa em mais de 100 países. Assim, a decisão parece evidenciar as limitações da aplicação tradicional do direito da concorrencial para lidar com aquisições centradas em dados pessoais, o que apenas ilustra a necessidade urgente de uma atualização das regras e aplicações.²⁹⁰

Por fim, cumpre notar que a operação também foi analisada na África do Sul, no Japão e na Austrália. Nas primeiras, adotaram-se remédios semelhantes à jurisdição europeia, enquanto a autoridade australiana considerou os remédios insuficientes. A seu turno, a operação não foi analisada na jurisdição brasileira.

²⁸⁸ Nesse sentido, cf. SPAGNOLO *et al.* Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers. *Centre for Economic Policy Research*, cit. (destacando que a operação causaria dano à privacidade); MODRALL, Jay. Google/Fitbit – The EU Commission Misses a Step. *Kluwer Competition Law Blog*, 17 jun. 2021 (destacando a ausência de uma análise do ecossistema do Google). Ademais, discorrendo sobre a decisão, Lucas Griebeler da Motta apontou que a Comissão Europeia, apegada à aplicação tradicional do direito da concorrência, deu mais importância às sobreposições horizontais e integrações verticais do que efeitos conglomerados e ao incremento de portfólio de informações. Entretanto, a consolidação sob um único controle de algoritmos, dados e inteligência, de ambas as empresas, gerou sinergias que não foram capturadas pela análise concorrencial empregada. O autor notou na decisão a presença de uma lógica de análise estática ao considerar apenas as capacidades existentes de coleta e processamento de dados das partes, desconsiderando o potencial do Fitbit de atuação no mercado de soluções digitais para saúde. O autor apontou que a decisão deveria ter dado mais atenção aos problemas estruturais congêntos que a aquisição de uma enorme base de dados acarretaria, uma vez que conferiu ao Google uma vantagem competitiva significativa e irreplicável no mercado de soluções para saúde digital. Cf. MOTTA, Lucas Griebeler da. Política antitruste e atos de concentração centrados em dados. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (org.). *A aplicação do antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, p. 438-442.

²⁸⁹ “The European Parliament [...] [n]otes that the acquisition of targets with specific data resources can bring about a concentration in control over valuable and non-replicable data resources and result in better data access for the merging parties than for their competitors; stresses that data consolidation via mergers may strengthen a dominant position or allow the acquiring entity to leverage market power, and sometimes raise foreclosure concerns; regrets, therefore, the Commission’s decision to approve Google’s takeover of the wearable fitness device company Fitbit; is worried about future processing of personal data from Fitbit users, including data concerning health, that may be used for the purposes of digital advertising; [...] notes that the remedies proposed by Google and endorsed by the Commission are insufficient to ensure effective competition in wearables and digital health, which are becoming increasingly important in consumers’ lives” (UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Report on competition policy – annual report 2020*. 18 maio 2021).

²⁹⁰ Assim, não parece coincidência que a proposta do Digital Markets Act (DMA), que incorpora diversos elementos de proteção de dados pessoais, tenha sido gestado pela Comissão Europeia no mesmo momento da análise no caso *Google/Fitbit*. A proposta do DMA foi apresentada ao Parlamento Europeu em 15 de dezembro de 2020, ao passo que a decisão no caso *Google/Fitbit* foi emitida dois dias depois.

3.1.2 Desafios analíticos e possibilidades de superação

A literatura costuma apontar a existência de desafios analíticos para a interpretação da degradação da privacidade (proteção de dados pessoais) pelas autoridades concorrenciais em sede de controle de concentrações. De modo geral, aponta-se que essa dificuldade estaria relacionada à afirmação de que a qualidade constituiria uma dimensão subjetiva, multidimensional, de difícil mensuração e que poderia levar a comparações imprecisas ou complexas.²⁹¹ Entretanto, esse desafio analítico pode ser superado por meio de diferentes ferramentas à disposição da autoridade concorrencial.

A análise da degradação da proteção de dados pessoais pode ser realizada de forma objetiva, por meio de exercícios analíticos de verificação e comparação de atributos específicos dos produtos e serviços no mercado em questão. Nesse sentido, por exemplo, nos casos *Facebook/WhatsApp* e *Microsoft/LinkedIn*, foi possível verificar, entre outros aspectos, (i) a preferência dos consumidores por maiores níveis de privacidade no mercado; (ii) a possibilidade de desvio de demanda em caso de alteração da política de privacidade; (iii) a possibilidade de impactos reputacionais da alteração da política de privacidade; (iv) a diferença qualitativa das políticas de privacidade de concorrentes (em critérios como forma de coleta do consentimento, volume de dados pessoais coletados, compartilhamento de dados com terceiros, combinação de dados pessoais entre serviços, prática de *take-it-or-leave-it*, entre outros); e (v) a existência de concorrentes diferenciados pelo nível de proteção de dados pessoais e o risco de serem excluídos.

Em outras palavras, os casos analisados na seção anterior apontam para a viabilidade e existência de parâmetros objetivos que podem auxiliar a autoridade concorrencial na interpretação do risco de possível degradação da privacidade e proteção de dados pessoais em decorrência da posição dominante pós-operação.

Afinal, como bem lembra Pfeiffer, a legislação de proteção de dados pessoais estabelece apenas os requisitos mínimos de proteção. Desse modo, a conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais “não significa a uniformização completa dos modos de coleta e tratamento de dados, que podem variar significativamente”.²⁹²

²⁹¹ DEUTSCHER, Elias. How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission’s Merger Control in Data-Driven Markets. *EUI Working Paper Law*, v. 13, p. 1-28, 2018, p. 11.

²⁹² PFEIFFER, *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 156.

Assim que pode existir um extenso horizonte de diferenciação competitiva por meio de diferentes níveis de proteção de dados, que podem incluir tecnologias mais protetivas, arquiteturas de escolha amigáveis, menor coleta de dados, mais transparência, controle e mecanismos de migração de dados pessoais. Por essa razão, é possível que uma fusão cause uma degradação da dimensão qualitativa da privacidade e da proteção de dados pessoais sem necessariamente violar a legislação de proteção de dados pessoais.²⁹³

Nesse sentido, parece incorreta a afirmação da Comissão Europeia no caso *Google/Fitbit* de que o RGPD deixa pouco espaço para diferenciação entre as empresas,²⁹⁴ o que contradiz, inclusive, o que a própria autoridade verificou no caso *Microsoft/LinkedIn*, exposto acima. Isso apenas parece demonstrar que a degradação da proteção de dados pessoais não tem recebido a devida atenção pela autoridade.

A percepção dos consumidores sobre a coleta e o tratamento dos dados pessoais pode ser verificada e mensurada por meio de pesquisas empíricas,²⁹⁵ inclusive para determinar possíveis reações a mudanças nas funcionalidades de produtos e serviços.²⁹⁶ Há exemplos práticos de pesquisas empíricas consideradas por autoridades concorrenciais em suas decisões, como ocorreu na investigação francesa envolvendo Apple²⁹⁷ e na alemã envolvendo Facebook²⁹⁸; nessa última, sob encomenda da própria autoridade.

²⁹³ DEUTSCHER, How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis..., cit., p. 19.

²⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Case M.9660 – Google/Fitbit*, cit., p. 105: “[...] any decision or initiative that the Parties might adopt, in relation to privacy and data protection, will have to be in compliance with the data protection rules set forth by the GDPR, which provides a high standard of privacy and data protection for the industry and leaves little room for differentiation.”

²⁹⁵ SILVA, Ana Rita Santos. *Towards the Incorporation of privacy in EU Competition Law: how data protection harms can reduce the quality of goods and services*. Master Thesis (International and European Law – EU Economic and Competition Law) – Tilburg University, 2017, p. 60.

²⁹⁶ Elias Deutscher propõe a aplicação da análise conjunta (*conjoint analysis*) para identificar como determinados atributos específicos de um produto ou serviço são valorizados e influenciam as escolhas dos consumidores. Como explica, ao contrário de pesquisas de preferência declarada, a análise conjunta se baseia em experimentos econômicos confrontando os respondentes com cenários e problemas de escolha hipotéticos, porém realistas, na forma de diferentes variações ou perfis de um determinado produto (os chamados estímulos). Mediante a “engenharia reversa” das decisões de escolha do consumidor, a análise conjunta de cenários hipotéticos tenta simular as situações enfrentadas pelos consumidores no mercado, em vez de confiar apenas nas preferências declaradas. Dessa forma, conforme aduz, a análise conjunta pode ser empregada em diferentes cenários pré e pós-operação para simular mudanças de produto relacionadas à degradação da proteção de dados pessoais. Cf. DEUTSCHER, How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis..., cit., p. 20-21.

²⁹⁷ Refere-se ao caso que será analisado no Capítulo 3 (seção 3.2.2.1, infra). Em sua decisão, a autoridade concursal francesa destacou pesquisa realizada pela IFOP e CNIL segundo a qual 70% dos respondentes franceses indicaram ser indispensável que os agentes econômicos obtenham o consentimento antes que seja possíveis utilizarem os dados de navegação obtidos por meio de rastreadores (cf. nota de rodapé nº 472)

²⁹⁸ ALEMANHA. Bundeskartellamt. 6th Decision Division. *Decision in the administrative proceedings* [versão em língua inglesa]. Case B6-22/16 (*Facebook*). 6 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2019/11_07_2019_decisionFacebook.html>. Acesso em: 1 dez. 2022. Nesse sentido: “From 19 to 28 October 2016, the market research

Entretanto, a percepção dos consumidores sobre as práticas de tratamento dos dados pessoais, embora possa informar a autoridade e embasar sua decisão, precisa ser problematizada e pode ser relativizada. Isso, porque, em vista das fortes assimetrias de informação e das limitações inerentes aos questionários que simulam situações específicas, a complexidade da realidade de exploração dos dados dificilmente é percebida e adequadamente refletida em tais pesquisas (refere-se aqui, em especial, àquelas que procuram mensurar o valor dos dados pessoais, o que nem sempre é o caso).

Ademais, a instrução realizada pela autoridade concorrencial, com consulta aos agentes de mercado, como revelaram os casos *Facebook/WhatsApp*, *Microsoft/LinkedIn* e *Google/Fitbit*, constituem um passo fundamental para compreender as diferenças qualitativas das práticas comerciais, o comportamento do consumidor e a viabilidade técnica de condutas abusivas envolvendo dados pessoais pelo agente dominante, o que deve ser levado em consideração pela autoridade concorrencial.

Há ainda, na literatura antitruste, uma alternativa analítica de interpretação da degradação da privacidade. Essa abordagem, veiculada sobretudo pela análise econômica, é referida como “privacidade ajustada a preço” (uma variante do conceito de “qualidade ajustada a preço”) e consiste justamente em equiparar a redução da privacidade (qualidade) a um aumento de preço.²⁹⁹ O valor da abordagem da privacidade ajustada a preço seria a de que ela poderia permitir alguns *insights* decorrentes da aplicação análoga em teorias de dano tradicionalmente utilizadas no direito da concorrência.³⁰⁰

Ademais, essa abordagem dialoga, em certa medida, com a literatura econômica que busca mensurar empiricamente o valor dos dados pessoais para os consumidores em diferentes cenários.³⁰¹ Algumas dessas pesquisas indicam que o valor atribuído pelos consumidores aos

company Marplan/Forsa conducted a consumer survey on the use of social media among a total of 1,117 consumers on behalf of the Bundeskartellamt”.

²⁹⁹ Para uma proposta de aplicação da teoria de dano com base na metodologia de “privacidade ajustada a preço”, cf., de modo geral, DEUTSCHER, Elias. How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis..., cit., p. 14-23.

³⁰⁰ Para um exemplo de diferentes aplicações, cf. DEUTSCHER, Elias. How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis..., cit., p. 16-17 (discutindo, por exemplo, como a abordagem de privacidade ajustada a preço pode auxiliar na verificação de efeitos unilaterais e coordenados de fusões horizontais).

³⁰¹ Assim, na tentativa operacionalizar o valor da privacidade ou dos dados pessoais, estudos no campo da ciência econômica se baseiam em pesquisas (*surveys*) e experimentos que buscam determinar o valor da privacidade a partir de métricas como (i) a disposição dos indivíduos a pagarem por privacidade (*willingness to pay* – WTP) e (ii) a disposição para aceitar a venda ou o acesso aos seus dados (*willingness to accept* – WTA). Para uma revisão da literatura, cf., de modo geral, WAGNER *et al.* Putting a Price Tag on Personal Information – A Literature Review. *Proceedings of the 51st Hawaii International Conference on System Sciences*. 2018.

seus dados pessoais e ao controle sobre eles pode aumentar conforme se concentram as estruturas do mercado (por exemplo, uma firma adquirindo o banco de dados pessoais da outra).³⁰² Esses achados vão ao encontro de outros que apontam que o uso secundário dos dados pessoais constitui uma das maiores causas de valoração da privacidade pelos consumidores.³⁰³

Assim, uma concentração econômica que conduz à combinação de bancos de dados pessoais por empresas pode ensejar novas preocupações (externalidades negativas) de degradação da proteção de dados, por exemplo, perda de controle, novas inferências indesejadas, discriminação adversa e aumento do risco de vazamentos de dados.³⁰⁴

Depreende-se daí que um ato de concentração pode representar uma degradação da proteção de dados pessoais em razão do risco e da incerteza associados à transferência dos dados – que, em tese, aumentaria o valor dos dados pelos consumidores –, implicando uma perda de bem-estar caso não haja um correspondente aumento da proteção de dados.³⁰⁵

Ainda no âmbito do conjunto de proposições que buscam adaptar o tradicional ferramental analítico do direito da concorrência, menciona-se também a proposta de substituição do teste SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*), adotado para mensurar a capacidade de firmas rivais de absorção de desvio de demanda em hipotético aumento de preços. Seu substituto seria o teste SSNDQ (*small but significant and non-transitory decrease in quality*), aplicável analogamente para verificar o desvio da demanda

³⁰² A título exemplificativo, uma pesquisa empírica com 1.269 indivíduos apontou que quase metade dos respondentes estaria disposta a pagar um valor mediano de 5 euros para impedir a venda dos seus dados pessoais do Facebook a uma terceira empresa em hipotética aquisição; e, em caso de perda do controle sobre os seus dados – isto é, sem a possibilidade de vetar a venda dos seus dados –, teriam a expectativa de receber uma compensação significativamente maior, em valor mediano superior a 3.000 euros (cf. SPIEKERMANN, Sarah; KORUNOVSKA, Jana. Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, v. 32, n. 1, p. 1-23, 2016, p. 5-14). Ademais, outra pesquisa realizada com 2.416 indivíduos apontou que o consumidor mediano estaria disposto a pagar 5 dólares por mês para manter a privacidade dos dados, ao passo que exigiria 80 dólares para permitir o acesso aos dados pessoais a terceiros (WINEGAR, Angela G.; SUNSTEIN, Cass R. How Much Is Data Privacy Worth? A Preliminary Investigation. *Journal of Consumer Policy*. v. 42, p. 425-40, 2019).

³⁰³ De acordo com a literatura, o consumidor decide compartilhar informações pessoais com determinada empresa porque esperaria receber um benefício líquido dessa transação. Entretanto, normalmente tem pouco conhecimento ou controle sobre como e por quem esses dados serão tratados posteriormente (além daquilo que porventura conste vagamente na política de privacidade). Nesse sentido, cf. WAGNER *et al.* Putting a Price Tag on Personal Information – A Literature Review. *Proceedings of the 51st Hawaii International Conference on System Sciences*. 2018, p. 3763.

³⁰⁴ ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54 n. 2, p. 442-92, 2016, p. 452 (discutindo preocupações para os consumidores decorrentes do uso secundário de dados pessoais).

³⁰⁵ Por exemplo, apontando que o ato de concentração *Google/Fitbit* resultaria em uma degradação da privacidade ajustada a preço, cf. SPAGNOLO *et al.* Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers. *Centre for Economic Policy Research*, cit.

em caso de uma pequena, porém significativa e não transitória degradação da proteção de dados.³⁰⁶

Alguns autores³⁰⁷ alegam que haveria dificuldades para a aplicação desse teste no contexto da degradação da proteção de dados pessoais. Entretanto, o caso europeu *Android* é bastante ilustrativo³⁰⁸ de que o teste SSNDQ pode ser aplicado sem o rigor exigido pelos mais céticos. Assim, é possível defender a viabilidade do teste SSNDQ para estimar os efeitos da degradação da proteção de dados em controle de estruturas.

Não obstante, apesar da importância das contribuições da análise econômica, sobre o valor da privacidade e dos dados pessoais para os consumidores em contextos específicos, inclusive a ótica da privacidade ajustada a preço, o presente trabalho entende que esses aportes, quando muito, devem possuir papel tão somente informativo e secundário para a análise da degradação da proteção de dados pelo direito da concorrência.

Isso, porque, de modo geral, observa-se nessas perspectivas uma tendência em considerar a utilização dos dados pessoais como algo *normativamente neutro*, ou seja, a qualidade da privacidade seria algo não muito diferente do que a qualidade de outros produtos

³⁰⁶ DEUTSCHER, Elias. How to Measure Privacy-Related Consumer Harm..., cit., p. 15-16.

³⁰⁷ Nesse sentido, e.g., STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, p. 117; TÖRNGREN, Oskar. *Mergers in big data-driven markets – Is the dimension of privacy and protection of personal data something to consider in the merger review?*. Master Thesis (EU Law) – Faculty of Law, Stockholm University, Stockholm, 2017, p. 52. Conforme a doutrina, aponta-se que o teste SSNDQ partiria da presunção de que os consumidores podem facilmente detectar a degradação da qualidade, decidindo assim migrar para um produto ou serviço rival. De acordo com esse raciocínio, o consumidor não possuiria informações perfeitas sobre a política de privacidade do serviço que utiliza e tampouco poderia avaliar facilmente os parâmetros de qualidade dos serviços concorrentes para mudar para aquele que oferece uma melhor proteção de dados. Outra alegação seria o viés de *status quo*, segundo a qual os consumidores tendem a permanecer com a opção padrão que lhes é apresentada, embora possam existir serviços alternativos de melhor qualidade. Entretanto, é possível discordar desse entendimento, pois o teste SSNDQ poderia justamente levar em conta a assimetria de informação e os vieses comportamentais existentes, de modo que o seu resultado seja, assim, mais realista, considerando os efeitos de aprisionamento em decorrência da assimetria de informação. Ademais, o teste pode inclusive ser complementado por pesquisas empíricas, como exposto anteriormente (e.g., análise conjunta), para aferir o comportamento do consumidor uma vez sinalizada a degradação da qualidade.

³⁰⁸ O Tribunal Geral da União Europeia confirmou a aplicação do teste SSNDQ pela Comissão Europeia no caso *Android*, afirmando que, na impossibilidade de se aplicar o teste SSNIP a produtos sem cobrança pecuniária (que dificilmente se enquadram ao clássico teste do monopolista hipotético), o teste SSNDQ constitui uma relevante exercício para as etapas de definição do mercado relevante e de análise do poder de mercado, servindo para verificar o nível de pressão competitiva em uma hipotética degradação da qualidade. O Google alegava, em recurso, que o teste SSNDQ seria impreciso; entretanto, afastando essa alegação, o Tribunal afirmou que a aplicação do teste SSNDQ não requer a definição de um *standard* quantitativo preciso, como ocorreria em um teste SSNIP. Em sua decisão, questionada judicialmente, a Comissão Europeia havia examinado a reação de usuários e desenvolvedores de aplicativos a uma degradação da qualidade do sistema operacional (SO) Android, ou seja, se haveria alternativa caso o Google deixasse de investir na melhoria da qualidade do SO. A partir dessa análise, a Comissão apontou a existência de um mercado relevante de SO licenciáveis e constatou a posição dominante detida pelo Google nesse mercado relevante. Para uma discussão sobre a suficiência dos *standards* do teste SSNDQ, cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Geral da União Europeia. *Caso T-604/18 (Google/Alphabet v. Comissão Europeia)*, 2022, §§ 172-181.

e serviços.³⁰⁹ Assim, essas abordagens falham por não considerar a dimensão normativa do direito da proteção de dados pessoais. Em outras palavras, apenas considerar a privacidade como um parâmetro como qualquer outro pode implicar que a degradação da proteção de dados pessoais terá de se sujeitar às análises de custo-benefício, ou seja, desconsiderando o valor jurídico da proteção e implicando a falsa percepção de que a proteção de dados pessoais poderia ser, em muitos casos, simplesmente sacrificada, quando de fato podem existir possibilidades de preservação e compatibilização. Dessa forma, a desconsideração da dimensão normativa da proteção de dados (por exemplo, a simples equiparação a preço) pode acabar, em última instância, por lançar dúvidas até mesmo sobre a necessidade e a possibilidade de intervenção da autoridade concorrencial.³¹⁰

Desse modo, em sede de controle de estruturas, parece mais acertado considerar o direito de proteção de dados pessoais como vetor e parâmetro normativo de análise da degradação. Assim, a legislação de proteção de dados pessoais poderia servir, ela mesma, como parâmetro para avaliar a qualidade das práticas de coleta e tratamento de dados pessoais e o risco de o agente dominante vir a reduzi-la em cenário pós-operação.

Essa perspectiva normativa foi adotada pela autoridade concorrencial alemã no caso *Facebook* (que será analisado na seção 3.2.1.1, abaixo), ao afastar a análise de preço (ou qualidade ajustada a preço) e apontar que a política de privacidade não deveria ser tomada como a “moeda de troca” sob a ótica do consumidor, uma vez que esse não estaria em condições de fazer um julgamento adequado sobre a entrega dos seus dados pessoais e a aceitação das cláusulas contratuais ditadas pelo agente dominante.³¹¹

³⁰⁹ COSTA-CABRAL; LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 15.

³¹⁰ COSTA-CABRAL; LYNSKEY. *Family ties...*, cit., p. 15.

³¹¹ A autoridade alemã afirmou, no caso *Facebook*, que apesar de, sob a ótica da empresa, o processamento de dados ser monetizado e exercer função indireta de financiamento, de modo que os dados pessoais são por ela percebidos como “moeda de troca”, sob a ótica dos consumidores, permanece a impressão de que o serviço é gratuito. Quando os consumidores pagam um preço pecuniário por determinado produto, têm uma noção clara de quanto estão gastando e de que podem influenciar nos custos incorridos ao adaptar a demanda conforme os limites do seu orçamento. Entretanto, a situação é completamente diferente em relação ao fornecimento dos dados pessoais, que representam recurso ilimitado, pouco importando o orçamento de cada consumidor. Nesse sentido, de acordo com a decisão alemã, o problema do fornecimento de dados pessoais é semelhante ao de aceitar cláusulas contratuais: os consumidores não são realmente capazes de julgar quais e quantos dados pessoais estão sendo coletados pela empresa, para quem seus dados estão sendo transmitidos e quais serão as implicações de dar consentimento para o processamento massivo de dados. Dessa forma, o grande número de condições que regem o tratamento massivo de dados significa que os indivíduos estão pouco cientes ou desconhecem por completo as condições específicas, predeterminadas e ditadas pelo prestador do serviço. Assim, a legislação de proteção de dados pessoais foi tomada, ela mesma, como parâmetro de exame da licitude das cláusulas e das práticas de coleta e processamento de dados pessoais. Cf. ALEMANHA. Bundeskartellamt. 6th Decision Division. *Decision in the administrative proceedings...*, cit., §§ 569-571.

A LGPD oferece parâmetros normativos que podem ser levados em conta para se analisar o nível da proteção de dados pré-operação e sua possível redução pós-consumação. Nesse sentido, por exemplo, pode-se comparar as políticas de privacidade tomando como vetor normativo os princípios de tratamento de dados pessoais encartados no art. 6º da referida Lei, como os *princípios da finalidade* (inciso I), *adequação* (inciso II), *necessidade* (inciso III), *transparência* (inciso VI), entre outros.³¹²

Caffarra e Ryan sugerem, por exemplo, que a autoridade concorrencial deveria solicitar a lista de todas as finalidades de tratamento de dados pessoais das requerentes do ato de concentração, bem como as bases legais utilizadas para cada finalidade, como forma de exercer o controle de estruturas.³¹³ Desse modo, poder-se-ia verificar se há uma base legal específica e legítima para cada finalidade ou se os dados pessoais, de modo contrário, são utilizados para finalidades não informadas ou genéricas, visando a reforçar a posição dominante ou alavancar o poder de mercado.

Para que o tratamento de dados pessoais seja considerado regular, a LGPD exige que cada finalidade de tratamento esteja fundamentada em uma das bases legais previstas na lei (art. 7º e 11). Assim, os critérios substantivos relacionados às bases legais de tratamento podem funcionar como parâmetros normativos para se aferir o nível de proteção e o risco de abuso do poder econômico por meio da exploração abusiva dos dados pessoais.

³¹² “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

³¹³ De acordo com Caffarra e Ryan, “An agency should demand the complete list of processing purposes from buyer and target. There must be a specific ‘legal basis’ for each purpose for which a piece of personal data is used, and it is a legal requirement that this is made clear to consumers. Vague phrases such as ‘improving users’ experience,’ ‘marketing purposes,’ and ‘we may use your personal data to develop new services’ are explicitly ruled out under GDPR. Nor can multiple purposes be bundled together, with a person forced to accept all. One important step in merger analysis should then be to take one forensic sheet of everything that the acquirer is using data for, and another of everything that target is using data for, to anticipate what may happen when those two combine. Enforcers persist with canonic narrow ‘market definitions,’ while data-driven companies operate internal data free-for-all that have no boundaries between markets. Purpose forensics can help understand what they might do when they add data from a target, and this is something analytics privacy experts can help with. [...] ‘Purpose limitation,’ a key concept in data protection, can help constrain the cascading of market power by limiting the use of data to the purpose for which it was originally collected. If enforced, it would prevent a company from automatically opting users into all of its products and data collection, and could be a strong complement to competition enforcement that recognized theories of harm about the extension of data-based market power.” (CAFFARRA, Cristina; RYAN, Johnny. Why Privacy Experts Need a Place at the Antitrust Table. *ProMarket*, 28 jul. 2021).

Nesse sentido, por exemplo, a posição dominante e a concentração econômica podem ser levadas em consideração para interpretar se o *consentimento* é ou não livre, bem como se o balanceamento de interesses, exigido para a utilização da base legal do *legítimo interesse*, desconsiderou o manifesto desequilíbrio decorrente da posição dominante. Esse último aspecto poderia ser verificado, inclusive, por meio da solicitação do *relatório de impacto à proteção de dados pessoais*³¹⁴ das partes.

A partir dos princípios de tratamento de dados pessoais e requisitos substanciais das bases legais, tomados como parâmetros normativos para a indicação do nível de proteção de dados pessoais e das alternativas disponíveis aos consumidores finais, poder-se-ia identificar se há uma excessiva e desproporcional coleta de dados pessoais, sem que haja uma equivalente presença de medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Tomados em conjunto, esses parâmetros permitiriam constatar, portanto, a existência de maior probabilidade de abuso do poder econômico por meio da exploração abusiva dos dados pessoais, como forma de obter vantagem competitiva, elevar barreiras à entrada e expansão de concorrentes, causando danos aos consumidores e à concorrência.

A aplicação prática desses conceitos e parâmetros normativos será detalhada à frente, neste Capítulo, a partir da análise da decisão da autoridade concorrencial alemã no caso *Facebook* (seção 3.2.1, infra). Reputa-se que as considerações que serão expostas à frente também seriam, de certo modo, aplicáveis ao controle de estruturas, a fim de verificar a probabilidade de abuso do poder de mercado.

Ressalta-se também que a LGPD estabelece que os agentes econômicos devem adotar medidas técnicas de proteção de dados pessoais desde a concepção do produto ou do serviço até a sua execução (aspecto conhecido como *privacy by design and by default*).³¹⁵ Esse comando normativo deve ser considerado pela autoridade concorrencial para verificar em que medida a ausência de proteção de dados pessoais, no desenho e na arquitetura do produto ou serviço em questão, é um meio de reforço da posição dominante.

³¹⁴ LGPD, art. 10, § 3º. O relatório de impacto à proteção de dados consiste na documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco (LGPD, art. 5º, XVII).

³¹⁵ “Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. [...] § 2º *As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.*” (grifo nosso).

Desse modo, podem ser verificados, entre outros aspectos, (i) se a arquitetura de escolha e as configurações padrão dos produtos e serviços são projetadas de forma a refletir os interesses dos usuários; (ii) se os usuários têm efetivamente controle sobre seus dados pessoais e podem tomar decisões sobre reter o acesso aos seus dados ou compartilhá-los com terceiros; e (iii) se os usuários têm uma escolha real sobre a plataforma e os prestadores de serviços, podendo facilmente mudar se preferirem o conteúdo, a funcionalidade ou a abordagem de proteção de dados pessoais de um prestador alternativo.³¹⁶

3.1.3 Aplicação no contexto do art. 88 da Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 proíbe os atos de concentração que impliquem (i) eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante; (ii) criação ou reforço de posição dominante; ou (iii) que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 88, § 5º); mas autoriza a aprovação daqueles em que seja possível verificar a existência dos benefícios elencados no art. 88, § 6º, I, desde que sejam repassados parte relevante desses benefícios aos consumidores, conforme dispõe o art. 88, § 6º, II.

Quanto ao item (i) supra, vislumbra-se ser possível que um ato de concentração esteja sujeito à proibição, na forma do art. 88, § 5º, caso se entenda que *parte substancial*³¹⁷ da concorrência a ser eliminada é constituída por agente econômico, produto ou serviço diferenciado por maiores níveis de proteção de dados pessoais (por exemplo, uma eventual empresa tida como *maverick*).³¹⁸ A seu turno, quanto aos itens (ii) e (iii) supra, vislumbra-se ser possível a proibição do ato de concentração, na forma do art. 88, § 5º, caso o agente econômico pós-concentração tenha incentivos para abusar da posição dominante por meio da degradação da proteção de dados pessoais. É o que pode ocorrer, conforme exemplificado na seção anterior, se o agente econômico puder alterar a política de privacidade, passando a impor

³¹⁶ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner's Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. 2021, p. 29.

³¹⁷ O que se entende por eliminação "substancial" depende da análise factual do mercado relevante. Em qualquer caso, não deve levar em conta apenas o tamanho das participações de mercado, mas, também, o potencial dinâmico de crescimento da concorrência, e, sobretudo, a importância da sua existência, como alternativa efetiva para proporcionar maiores níveis de proteção de dados pessoais; o que deve ser valorado, especialmente, em vista dos objetivos almejados pela ordem econômica constitucional, conforme apontado anteriormente pela dissertação. A respeito, cf., ainda, CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. 2016, p. 51 (mencionando, entre outros, a eliminação de *maverick* como critério de análise); e SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*, cit., p. 232-233 (apontando que a eliminação substancial depende de cada caso concreto, podendo-se levar em conta fatores diversos e relativos, como as estruturas de mercado, a natureza dos produtos e a heterogeneidade pronunciada entre eles, barreiras à entrada, entre outros fatores).

³¹⁸ CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. 2016, p. 51.

cláusulas exploratórias em face dos consumidores finais, como modo de fortalecer a posição dominante ou de elevar barreiras à concorrência.³¹⁹

Não obstante, como dito acima, o legislador estabeleceu, no art. 88, § 6º, requisitos adicionais que podem autorizar a aprovação de atos de concentração, em presença de eficiências econômicas específicas da operação. Em primeiro lugar, tem-se o dever de observar o *princípio da proporcionalidade*³²⁰, ou seja, que as eficiências econômicas alegadas observem os *limites estritamente necessários* para sua obtenção (art. 88, § 6º, *caput*). Em segundo, a lei estabelece o *princípio redistributivo*, conforme denomina Calixto Salomão Filho,³²¹ segundo o qual *parte relevante* dos benefícios econômicos alegados, decorrentes da operação, devem ser *repassados* aos consumidores (art. 88, § 6º, II).

Roberto Pfeiffer explica, analisando a regra de ponderação contida no art. 88, § 6º, que a lei brasileira adotou expressamente a preservação do excedente do consumidor como critério de análise de atos de concentração, de modo que, ausentes os requisitos do art. 88, § 6º, o Cade estaria vinculado ao dever de reprová-la operação.³²² A seu turno, em sentido semelhante, José Marcelo Martins Proença observou que a legislação antitruste não autoriza atos de concentração econômica que tragam eficiências excessivas aos agentes econômicos, em detrimento do consumidor.³²³ Cumpre analisar, a seguir, de que forma tais critérios podem ser considerados na análise de atos de concentração centrados em dados pessoais.

³¹⁹ Como esclarece Ana Frazão, a criação ou reforço de posição dominante “deve ser interpretada no sentido de que a lei obviamente não se preocupa com qualquer reforço ou criação de posição dominante, mas sim com aquelas situações nas quais tal posição, além de significativa, seja suscetível de ser exercida abusivamente”. Daí por que “a interpretação da lei deve se atentar para a potencialidade dos efeitos nefastos que justificam o controle de estruturas, tais como aumento de preços, diminuição da oferta ou da inovação, redução da qualidade ou variedade dos produtos ou serviços ou qualquer forma de prejudicar consumidores, assim como com o aumento de incentivos para condutas exclusionárias ou colusivas.” (*Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 131).

³²⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132. O princípio da proporcionalidade será explicado abaixo (a respeito, cf. nota de rodapé 324, infra).

³²¹ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 241.

³²² PFEIFFER, Roberto. Análise de eficiências no controle de concentrações. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular: 2018, p. 814.

³²³ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101-102. Discorrendo sobre o art. 54, II da Lei 8.884/1994, anteriormente vigente, anotou que, “[...] o legislador não mencionou uma distribuição igualitária, mas sim equitativa, concedendo uma margem razoável para a autoridade administrativa apreciar até que ponto a apropriação das novas eficiências adquiridas será ou não excessiva para as empresas envolvidas. A margem razoável concedida à autoridade antitruste não permite, entretanto, a aprovação, na maioria dos casos, de atos de concentração que tragam eficiências excessivas aos agentes econômicos, em detrimento do consumidor, uma vez que a preocupação do legislador, fundamental em todo o direito antitruste, é a indesejada transferência de riqueza dos consumidores para os produtores que os mercados concentrados podem ocasionar”. Esse aspecto foi, portanto, esclarecido pelo legislador da Lei 12.529/2011, que, alterando a redação do dispositivo correspondente, expressamente previu que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes do ato de concentração (art. 88, § 6º, II).

Com efeito, atos de concentração centrados em dados pessoais são normalmente acompanhados de alegadas eficiências econômicas, por exemplo, melhoria da qualidade de bens e serviços (*e.g.*, personalização dos serviços, direcionamento de publicidade), redução de preço (*e.g.*, combate a fraudes, redução de *spread* bancário) e promoção da inovação e do desenvolvimento tecnológico, todas essas hipóteses enquadráveis no art. 88, § 6º, I, “a”, “b” e “c” da Lei 12.529/2011. Assim, o desafio parece ser como interpretar a degradação da proteção de dados pessoais em face dessas eficiências econômicas.

O entendimento que o direito da proteção de dados pessoais exerce uma influência normativa interna e externa na aplicação do direito da concorrência, carregando em si valores jurídicos caros ao ordenamento jurídico brasileiro, parece lançar luz sobre a interpretação a ser conferida à ponderação exigida pelo art. 88, § 6º.

Conforme a leitura ora proposta, a autoridade concorrencial deve se afastar da ótica de que, para os consumidores finais, os dados pessoais são simples moeda de troca ou meros insumos oferecidos pelos produtos e serviços. Assim, o reconhecimento do valor normativo do direito da proteção de dados tem o potencial de evitar a redução da discussão ao exame de falsos *trade-offs* de que o oferecimento de dados pessoais seria condição para obtenção de serviços a menor preço ou de mais qualidade. A nosso ver, o próprio texto legal da lei concorrencial pode oferecer uma solução adequada de interpretação.

A partir da expressão “observados os limites estritamente necessários” (art. 88, § 6º, *caput*), que constitui o princípio da proporcionalidade, pode-se extrair a leitura de que haveria um dever de verificação da existência de meios alternativos e mais protetivos ao processamento de dados pessoais para se chegar às mesmas eficiências alegadas pelas requerentes do ato de concentração. Desse modo, o dispositivo implica examinar se eventuais riscos à degradação da proteção de dados pessoais são necessários, adequados e razoáveis.³²⁴ Essa leitura nos parece

³²⁴ A esse respeito, vale destacar a explicação trazida por Ana Frazão: “No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, tem-se aqui juízo que não se afasta da cláusula geral de vedação ao abuso de direito, tal como prevista no art. 187 do Código Civil. Ao determinar que devem ser observados os limites estritamente necessários para o atingimento dos efeitos positivos pretendidos pela concentração, a Lei n. 12.529/2011 parte da premissa de que direitos e liberdades, tal como é o caso da livre-iniciativa, estão submetidos a limites implícitos tanto de ordem qualitativa – vinculados ao atendimento das finalidades sociais e econômicas que justificam a sua existência –, como de ordem quantitativa – vinculados à razoabilidade entre os fins e os meios escolhidos pelo titular, a fim de se proibir o excesso. Não é outra a conclusão a que se chega a partir do exame da ordem econômica constitucional, especialmente do art. 173, § 4º, e de outros importantes princípios, como o da função social da empresa, que exigem que os empresários exerçam sua livre-iniciativa sem causar danos desnecessários ou desproporcionais aos envolvidos, especialmente aos outros concorrentes e aos consumidores. Daí por que devem ser considerados ilícitos, por violação ao princípio da proporcionalidade, expressamente acolhido pela Lei n. 12.529/2011, todos os efeitos anticoncorrenciais que, no contexto da operação e dos objetivos pretendidos pelos agentes econômicos, não sejam necessários, adequados e razoáveis

em sintonia também com a LGPD, que estabelece os princípios da adequação, necessidade e prevenção como orientadores do processamento de dados pessoais, impondo aos agentes econômicos o dever de prestarem contas sobre o atendimento dessas diretrizes.³²⁵

Ademais, o Guia para a análise de atos de concentração horizontal do Cade exige da autoridade o afastamento de qualquer eficiência que seja puramente especulativa ou que não seja concretamente provável e verificável, “sob pena de se subestimar, equivocadamente, efeitos negativos severos aos consumidores e à coletividade em geral”.³²⁶ Esse critério impõe uma análise mais rigorosa dos benefícios alegados de forma genérica por requerentes sobre o processamento de dados pessoais.

A seu turno, a regra que dá concretude ao princípio redistributivo (art. 88, § 6º, II) impõe verificar em que medida os alegados benefícios decorrentes do processamento de dados pessoais poderão resultar em ganhos excessivos (exploratórios) pós-operação, em contraposição aos riscos de dano e incertezas para os consumidores finais (por exemplo, aumento de assimetrias de informação, perda de controle e externalidades negativas). Desse modo, o princípio redistributivo implica que os benefícios repassados aos consumidores finais podem não ser suficientemente compensados por parâmetros de preço, qualidade e inovação, de modo que poderá ser necessário exigir, quando menos, a devida compensação por meio da elevação do nível de proteção de dados pessoais e da garantia da existência efetiva de escolha, como condições para a aprovação do ato de concentração.³²⁷

A leitura exposta, quanto à possibilidade de interpretação do art. 88, §§ 5º e 6º, em atos de concentração centrados em dados pessoais, enfatizando a influência normativa da proteção de dados pessoais, parece-nos em conformidade com o entendimento de que a lei concorrencial

para justificar os benefícios pretendidos pelas partes” (FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 132-133).

³²⁵ LGPD, art. 6º, II, III, VIII e X.

³²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Brasília, 2016, p. 45.

³²⁷ Nesse sentido, transcrevem-se as lições de Roberto Pfeiffer: “Ao se investigar o eventual repasse de benefícios, além do preço, outras variáveis devem ser analisadas, tais como a preservação da possibilidade (suficiente, ainda que não perfeita) de escolha e os aperfeiçoamentos da qualidade do produto ou serviço [...]. Deste modo, sobretudo nos casos em que o preço não é o melhor elemento de análise, por não ser a principal variável concorrencial de determinado mercado, é pertinente a utilização do *consumer choice approach*. [...] Neste contexto, a supressão da concorrência no mercado relevante não pode ser de tal monta a eliminar a possibilidade de escolha, pois, em tal hipótese, o consumidor não teria benefícios com o Ato de Concentração, especialmente em situações nas quais prepondera a concorrência ‘não preço’ (*non price competition*). Portanto, o critério da preservação do bem-estar do consumidor impõe limites à análise das eficiências compensatórias: a concorrência não poderá ser eliminada a ponto de retirar a pressão competitiva necessária para gerar os incentivos de repasse aos consumidores de parcela relevante dos benefícios proporcionados pelas eficiências econômicas (preservando, assim, o seu excedente), nem suprimir por completo a possibilidade de escolha” (PFEIFFER, Roberto. *Análise de eficiências no controle de concentrações*, cit., p. 817).

constitui instrumento para consecução dos objetivos da ordem econômica constitucional. Desse modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e do princípio redistributivo, conforme a leitura ora sugerida, podem exigir uma atuação mais ativa da autoridade concorrencial, voltada à adoção de remédios estruturais e comportamentais sempre que necessário para a proteção dos dados pessoais.

Além disso, esse entendimento evidencia também a importância de equilibrar as relações econômicas, garantindo aos indivíduos que possam melhor conhecer e participar das relações econômicas relacionadas aos seus dados pessoais, por meio de garantias procedimentais orientadas à proteção de dados pessoais. Assim, a leitura ora sugerida parece em sintonia com a perspectiva da garantia institucional da concorrência, exposta no Capítulo 1 (seção 1.2.5), uma vez que ressalta a importância de um devido processo econômico, que busque assegurar o conhecimento econômico e a existência de escolhas.

3.2 Controle de condutas

Existe uma relação simbiótica entre o controle concorrencial de estruturas e o controle de comportamentos, uma vez que o segundo é necessariamente complemento ao primeiro.³²⁸ Desse modo, ambos os regimes não devem ser observados de modo isolado; pelo contrário, entende-se que o controle de estruturas, como exposto na seção anterior, busca justamente evitar a configuração das situações de abuso de poder econômico, a serem expostas nesta seção.

A presente seção pretende analisar exemplos de condutas unilaterais praticadas por agentes dominantes que, como explicado na introdução do Capítulo, permitem identificar com maior clareza como os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais podem ser integrados à análise substancial e à aplicação do direito da concorrência.

Os exemplos de casos desta seção estão relacionados ao setor de publicidade online, caracterizado por intensa utilização de dados pessoais, e foram selecionados porque permitem, de modo mais claro, destacar os parâmetros relacionados à proteção de dados pessoais. Apesar do setor específico em comento, reputa-se que as generalizações a serem realizadas poderiam, também, ser aplicáveis a casos com uso intensivo de dados pessoais em outros setores econômicos.

³²⁸ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit..., p. 136.

A exposição mais longa quanto ao controle de condutas, a ser realizada nas seções seguintes, deve-se ao fato de que, nesta seara, encontram-se mais desenvolvidos os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais na interpretação e aplicação do direito concorrencial. Daí a justificativa para uma descrição e análise mais completa nesta seção, a qual poderia, inclusive, informar uma nova abordagem no controle de estruturas.³²⁹

Dito isso, a presente seção está voltada à exposição e análise de duas modalidades de condutas unilaterais: a primeira, referente ao caso paradigmático *Facebook* (Alemanha), caracterizada pela imposição abusiva de condições contratuais de tratamento de dados pessoais (seção 3.2.1); e, a segunda, referente aos casos *Apple* (França) e *Google* (Reino Unido), caracterizada pelo desenho de tecnologias, alegadamente voltadas à proteção da privacidade, mas potencialmente restritivas à concorrência (seção 3.2.2).

3.2.1 A conduta abusiva por meio da imposição de condições contratuais: o caso *Facebook* na Alemanha como exemplo da integração normativa da proteção de dados pessoais na aplicação do direito da concorrência

Não é exagero falar que o caso *Facebook* na Alemanha constituiu um divisor de águas no tema da interface entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais. A decisão³³⁰ da autoridade concorrencial alemã tornou-se emblemática como o primeiro caso em que houve uma integração efetiva dos parâmetros normativos da lei de proteção de dados pessoais à análise substancial da decisão proferida por autoridade concorrencial.

A investigação foi aberta em março de 2016, quando a participação do Facebook, no mercado de rede sociais, superava 95% (em usuários ativos por dia) ou 80% (em usuários ativos por mês) na Alemanha, evidenciando a posição dominante nesse mercado.

De acordo com a autoridade concorrencial, a conduta ilícita da empresa consistiu em condicionar o uso da rede social ao acúmulo ilimitado de todo o tipo de dado pessoal gerado pelo uso de sites de terceiros e de serviços proprietários e a junção desses dados à conta na rede

³²⁹ No sentido, por exemplo, exposto por Calixto Salomão Filho: “[...] tem-se optado, em muitas hipóteses de controle das concentrações, pela transformação do controle estrutural em controle dos comportamentos. A formação de uma estrutura potencialmente danosa à concorrência, mas cujos potenciais benefícios para os consumidores desaconselham a pura e simples proibição é permitida, mas submetida a um controle comportamental mais rígido, estabelecido eventualmente via acordos em atos de concentração” (SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 136).

³³⁰ ALEMANHA. Bundeskartellamt. 6th Decision Division. *Decision in the administrative proceedings* [versão em língua inglesa]. Case B6-22/16 (*Facebook*). 6 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2019/11_07_2019_decisionFacebook.html>. Acesso em: 1 dez. 2022.

social Facebook. Os dados combinados pelo grupo incluíam desde aqueles originados de serviços proprietários como WhatsApp e Instagram àqueles obtidos de sites e aplicativos de terceiros que continham APIs da rede social Facebook integrados, como botões de *likes* e caixas de comentários etc.³³¹

O Facebook alegava, em sua defesa, que o processamento dos dados estava em conformidade com as disposições do RGPD. Entretanto, em 7 de fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt proferiu decisão concluindo que o processamento dos dados violava a legislação e configurava abuso de posição dominante. A decisão impôs, ainda, medida preventiva proibindo o Facebook de combinar os dados pessoais oriundos das diferentes fontes.

Nesse sentido, serviços proprietários poderiam continuar coletando dados, porém, a combinação desses dados com a conta da rede social somente seria possível com o consentimento destacado dos usuários. De igual modo, os dados coletados em sites de terceiros somente poderiam ser combinados com a conta da rede social mediante consentimento destacado dos usuários.³³²

De acordo com o comunicado emitido pela autoridade concorrencial, houve uma cooperação estreita com as principais autoridades de proteção de dados pessoais para esclarecer as questões de proteção de dados pessoais.

A teoria do dano utilizada pela autoridade concorrencial, portanto, apontou que a imposição de termos de serviço abusivos configurava o ilícito concorrencial, havendo nexo de causalidade entre a posição dominante e a imposição dos termos abusivos.

O Facebook ajuizou ação para anular a decisão da autoridade alemã e, em agosto de 2019, o Tribunal Regional de Düsseldorf (OLG Düsseldorf), por meio de medida cautelar, suspendeu a decisão do Bundeskartellamt sob o argumento de (i) não ter vislumbrado efeitos anticompetitivos da conduta do Facebook; (ii) insuficiência do fundamento de que os usuários tinham dificuldade em conhecer a extensão da coleta de seus dados; (iii) ausência de

³³¹ De acordo com Andres Mundt, presidente do Bundeskartellamt, “Via APIs, data are transmitted to Facebook and are collected and processed by Facebook even when a Facebook user visits other websites. This even happens when, for example, a user does not press a ‘like button’ but has called up a site into which such a button is embedded. Users are unaware of this.”. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html>. Acesso em: 24 jul. 2021.

³³² ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html>. Acesso em: 16 out. 2019.

causalidade entre a posição dominante e a violação da legislação de proteção dos dados pessoais; e (iv) ausência de comprovação da exclusão de competidores.

Entretanto, o caso teve uma surpreendente reviravolta em sede de recurso da autoridade antitruste, uma vez que o Tribunal de Justiça Federal alemão (Bundesgerichtshof – BGH), em 23 de junho de 2020, suspendeu a decisão do Tribunal de Düsseldorf, mantendo a medida preventiva da autoridade alemã. Em sua decisão, o BGH entendeu que não havia dúvidas de que o Facebook estava abusando da posição dominante.

O BHG apontou que a relação de causalidade, exposta pelo Tribunal de Düsseldorf, não poderia ser tão estreita; e que os direitos fundamentais – como o direito à proteção dos dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa – são vinculantes às relações jurídicas de direito privado e necessitam serem levados em consideração na interpretação das cláusulas gerais do direito civil e na interpretação da Seção 19 da lei concorrencial alemã (GWB), que dispõe sobre o abuso de posição dominante.

Posteriormente, o Tribunal de Düsseldorf, com base em previsão na legislação processual europeia, remeteu uma consulta ao Tribunal de Justiça da União Europeia, questionando se as autoridades concorrenciais europeias poderiam interpretar a legislação europeia de proteção de dados pessoais em suas decisões da forma como fez o Bundeskartellamt. Até o momento da conclusão desta dissertação, a consulta estava pendente de julgamento pela Tribunal de Justiça.

Os fundamentos das referidas decisões, assim como os desdobramentos da remessa do caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, serão examinados nas seções a seguir.

3.2.1.1 *A decisão administrativa do Bundeskartellamt: integração na prática*

A conduta do Facebook foi subsumida à Seção 19 da lei concorrencial alemã, que trata do abuso de posição dominante, especificamente, à cláusula geral de abuso de posição dominante³³³ e ao tipo correspondente à imposição de condições comerciais abusivas que muito provavelmente inexistiriam em um cenário de concorrência efetiva³³⁴.

³³³ Seção 19(1) do GWB.

³³⁴ Seção 19(2), nº 2 do GWB. Conforme o dispositivo, pode existir abuso de posição dominante se o agente econômico “exige pagamento ou outras condições comerciais diferentes daquelas que muito provavelmente surgiriam se existisse uma concorrência efetiva; nesse contexto, deve se ter em conta o comportamento das empresas em mercados comparáveis com concorrência efetiva” (tradução livre).

A caracterização da ilicitude da conduta do Facebook, pela autoridade concorrencial, foi fundamentada nos precedentes *VBL-Gegenwert I e II* e *Pechstein*³³⁵ do Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH), os quais estabeleceram critérios para que condições contratuais abusivas sejam consideradas abuso de posição dominante.³³⁶ É necessária a explicação desses precedentes, em razão da sua importância para o caso.

De acordo com os precedentes *VBL-Gegenwert I e II*, termos e condições abusivos podem caracterizar abuso de posição dominante quando violam, por exemplo, as cláusulas gerais de vedação ao abuso de direito do código civil alemão³³⁷ e cumulativamente sejam decorrentes do poder de mercado da parte que os impõem.³³⁸ Esse último aspecto está diretamente ligado à discussão do nexo de causalidade entre a posição dominante e a imposição abusiva das cláusulas, um dos aspectos relevantes do caso, como se verá.

No precedente *Pechstein*, o Tribunal Federal de Justiça entendeu que para salvaguardar direitos constitucionalmente protegidos, a cláusula de abuso de posição dominante deve ser aplicada quando uma parte contratual é tão poderosa que seria praticamente capaz de ditar os termos contratuais, eliminando assim a autonomia contratual da contraparte. O precedente concluiu que as cláusulas gerais do direito civil alemão e a lei concorrencial devem ser aplicadas em conformidade com os direitos fundamentais, equilibrando e restringindo as posições conflitantes de tal forma que os direitos constitucionais de todas as partes sejam, na medida do possível, efetivamente mantidos.³³⁹

A partir desses precedentes, o BGH teria introduzido o chamado “princípio da adequação” para orientar a aplicação da lei concorrencial, a fim de se verificar a abusividade de condições contratuais. Segundo tal princípio, deve-se avaliar o equilíbrio adequado de interesses em uma situação de negociação desequilibrada na qual ocorre a imposição unilateral de termos e condições por uma das partes. A “adequação” é avaliada, portanto, tomando como parâmetros a legislação alemã de cláusulas contratuais abusivas, as cláusulas gerais do direito civil, assim como os direitos constitucionalmente assegurados. Conforme apontou a autoridade concorrencial, a imposição de condições contratuais inadmitidas pela legislação em vista do

³³⁵ Caso KZR 58/11 (*VBL Gegenwert I*), j. 6 nov. 2013, § 65; Caso KZR 47/14 (*VBL Gegenwert II*), j. 24 jan. 2017, § 35; Caso KZR 6/15 (*Pechstein/International Skating Union*), j. 7 jun. 2016, § 48.

³³⁶ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., §§ 527 e ss.

³³⁷ Seções 307 e seguintes do Código Civil alemão (BGB), as quais são equivalentes, no direito brasileiro, pode-se dizer, ao abuso de direito do art. 187 do Código Civil ou ao regime de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC. Entretanto, o BGB (Seção 307 e seguintes) é bastante mais detalhado que o Código Civil brasileiro, prevendo testes de razoabilidade e espécies de cláusulas proibidas.

³³⁸ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 527.

³³⁹ ALEMANHA. *Ibid.*, § 527.

adequado equilíbrio contratual pode conduzir à conclusão pela existência de abuso de posição dominante, desde que haja uma ligação suficiente ao poder de mercado do agente econômico que as impõe.³⁴⁰

Um aspecto preliminar a ser notado, portanto, é que a decisão não está fundamentada no direito da concorrência europeu, o que seria possível para condutas dessa natureza, mas sim exclusivamente na lei concorrencial alemã.³⁴¹ A autoridade concorrencial sustentou que o conceito de proteção desenvolvido pela jurisprudência alemã sobre a cláusula de abuso de posição dominante está fundado fortemente em decisões sobre valores baseadas em direitos fundamentais e na legislação ordinária sobre cláusulas abusivas, de modo que a aplicação alemã não encontraria equivalência no direito europeu.³⁴²⁻³⁴³

Dessa forma, utilizando os parâmetros de interpretação acima expostos, extraídos da jurisprudência alemã, o Bundeskartellamt verificou a adequação dos termos do serviço e da política de privacidade do Facebook e se poderiam configurar abuso de posição dominante à luz da lei concorrencial alemã.³⁴⁴ Para tanto, a autoridade tomou o RGPD como parâmetro de análise da adequação das cláusulas contratuais impostas pelo Facebook relacionadas ao tratamento de dados pessoais para a prestação do serviço de rede social.

³⁴⁰ ALEMANHA. *Ibid.*, § 528.

³⁴¹ O Regulamento nº 1/2003 da União Europeia estabelece, em seu art. 3(1), que sempre que as autoridades concorrenciais dos Estados-Membros aplicarem a legislação nacional de concorrência a qualquer abuso também proibido pelo art. 102 do TFEU, devem aplicar igualmente o art. 102 do TFEU. Esse dispositivo proíbe, entre outras práticas, a imposição, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas. Não obstante, o mesmo Regulamento, em seu art. 3(3), aponta não ser vedado aos Estados-Membros aplicarem as leis concorrenciais nacionais que tenham um objetivo essencialmente diferente do art. 102 do TFEU. Portanto, com base nesse último dispositivo, o Bundeskartellamt fundamentou a sua decisão exclusivamente na Seção 19 do GWB.

³⁴² ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 914.

³⁴³ Outra possível razão, bem observada por Roberto Pfeiffer, está relacionada ao tratamento conferido pela jurisprudência europeia a condutas exploratórias: “É bastante provável que uma das principais razões para não ter enquadrado a conduta como extração excessiva de dados tenha sido a dificuldade de adaptação para um mercado preço zero do teste de duas etapas instituído pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *United Brands* para parametrizar o preço excessivo. No referido teste, em primeiro lugar há a comparação do preço praticado com os custos incorridos pela empresa para a fabricação do produto ou prestação do serviço. A segunda etapa constitui-se na comparação do preço praticado pelo agente investigado com o cobrado por produtores concorrentes. É bem verdade que a Corte ressalva que outras formas de análise podem ser utilizadas, com destaque para a análise de todas as circunstâncias do entorno econômico e das características intrínsecas do mercado. Assim, uma nova metodologia teria que ser empregada, o que facilita entender a opção pragmática do Bundeskartellamt de ter utilizado o paradigma da imposição de termos e condições contratuais abusivos” (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 192).

³⁴⁴ Especificamente, à luz da Seção 19(1) e (2), nº 2 do GWB.

Os critérios de análise da teoria de dano foram, portanto, eminentemente jurídicos. A decisão afastou a análise de preço (ou de qualidade ajustada a preço³⁴⁵), apontando que a política de privacidade não deveria ser tomada como “preço” do serviço à luz da cláusula de abuso de posição dominante. A autoridade afirmou que apesar de sob a perspectiva da empresa o processamento de dados ser monetizado e exercer uma função indireta de financiamento, de modo que os dados pessoais são percebidos como “moeda de troca”, do ponto de vista dos consumidores permanece a impressão de que o serviço é gratuito. Assim, quando os consumidores pagam um preço monetário por determinado produto, têm uma noção clara de quanto estão gastando e de que podem influenciar nos custos incorridos ao adaptar a demanda conforme os limites do seu orçamento. Entretanto, continuou a autoridade, a situação é completamente diferente em relação aos dados pessoais, que representam recurso ilimitado, pouco importando o orçamento de cada consumidor.

Nesse sentido, aduziu o Bundeskartellamt, o problema principal, semelhante ao problema de aceitar cláusulas contratuais, é que quando os consumidores fornecem seus dados pessoais, eles não são realmente capazes de julgar quais e quantos dados estão sendo coletados pela empresa, para quem seus dados estão sendo transmitidos e quais são as implicações de dar consentimento para o processamento massivo de dados. A autoridade apontou que o grande número de condições que regem o processamento massivo de dados pessoais significa que os indivíduos estão pouco cientes – se não totalmente inconscientes – das condições específicas predeterminadas e ditadas pelo prestador do serviço.³⁴⁶

Como se percebe, ao afastar a análise de preço (o que poderia ser feito, por exemplo, equiparando a extração excessiva de dados pessoais à prática de preços excessivos), a autoridade afastou o expediente complexo de prova, inclusive econômica, que seria necessário para imputar a conduta em questão. Além disso, a teoria de dano não esteve centrada na equiparação da imposição da política de privacidade abusiva a uma degradação da qualidade (embora não tenha deixado de reconhecer que isso poderia ser um efeito da conduta), o que também teria exigido a difícil tarefa de comparar a política de privacidade do Facebook com a de outros serviços. Assim, a legislação de proteção de dados pessoais foi tomada, ela mesma, como parâmetro da abusividade da conduta sob a ótica de uma conduta abusiva de imposição de condições contratuais.

³⁴⁵ A perspectiva da qualidade ajustada a preço foi discutida na seção 3.1.2, supra, referente aos desafios analíticos de interpretação da teoria de dano da degradação da proteção de dados.

³⁴⁶ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., §§ 569-571.

Ao avaliar os termos e condições e a política de privacidade do Facebook à luz do RGPD, arts. 6º e 9º, que estabelecem as bases legais de tratamento dos dados pessoais, o Bundeskartellamt concluiu que: (i) não havia consentimento efetivo (conforme arts. 6(1a) e 9(2a) do RGPD); (ii) o tratamento de dados pessoais não era necessário para a execução do contrato (conforme art. 6(1b) do RGPD); e (iii) não havia justificativa para o tratamento de dados com base no legítimo interesse (conforme art. 6(1f) do RGPD). Cada uma desses fundamentos são expostos a seguir.

Quanto ao primeiro ponto, nos termos do RGPD, o consentimento somente é considerado válido caso consista em uma manifestação de vontade livre e informada. Em outro giro, o consentimento não é considerado válido em casos nos quais exista um *manifesto desequilíbrio* entre o titular e o controlador dos dados ou se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira, livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado.³⁴⁷ Analisando os requisitos legais, a autoridade concorrencial entendeu que a concordância com os termos do serviço não constituiu consentimento válido, uma vez que não havia escolha genuína ou livre conforme a aceção do RGPD. Assim, a posição dominante do Facebook criava, conforme a decisão, um manifesto desequilíbrio em face dos usuários. Isso, porque a empresa tinha uma posição quase monopolista no mercado relevante de redes sociais (com uma participação superior a 90%) e os efeitos de rede diretos impediam a possibilidade de migração dos usuários para outros serviços, razões pelas quais não se poderia assumir a existência de uma escolha livre. Além disso, renunciar à utilização do Facebook implicaria desvantagens consideráveis para os indivíduos, uma vez que não conseguiriam satisfazer a necessidade de participar da rede social.³⁴⁸

O consentimento também foi considerado inválido, pois, contrariamente ao alegado pelo Facebook, o Bundeskartellamt entendeu que os dados coletados pela plataforma para a formação do perfil comportamental dos usuários enquadravam-se como dados pessoais sensíveis (i.e., dados pessoais de categoria especial, na terminologia do RGPD³⁴⁹). Isso, porque os dados pessoais oriundos de serviços proprietários e coletados de sites e aplicativos de terceiros, integrados à plataforma via APIs, eram posteriormente combinados ao perfil no Facebook, de modo que poderiam facilmente revelar origem racial ou étnica, opiniões políticas,

³⁴⁷ RGPD, arts. 4(11) e 7(4) e Considerandos 42 e 43.

³⁴⁸ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., §§ 646.

³⁴⁹ RGPD, art. 9. De acordo com dispositivo, trata-se de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

convicções religiosas ou filosóficas, condição de saúde e orientação sexual.³⁵⁰ O tratamento de dados pessoais sensíveis, portanto, somente seria válido caso houvesse consentimento explícito, conforme determina o RGPD.³⁵¹

Em seus termos e condições, o Facebook também justificou parte do tratamento de dados utilizando a base legal aplicável quando há necessidade de tratamento para a execução do contrato com o titular dos dados pessoais (art. 6(1b) do RGPD). De acordo com a decisão, os termos e condições do Facebook atrelavam essa base legal à finalidade de prestação do serviço personalizado, incluindo a veiculação dos anúncios personalizados. Entretanto, citando a interpretação europeia da legislação, a autoridade concorrencial apontou que, a expressão “necessário” para a execução do contrato, do art. 6(1b), deve ser interpretada de forma restritiva³⁵², implicando que a base legal não pode ser utilizada caso a forma de tratamento e os dados em questão não sejam estritamente necessários para a execução do objeto contratual. No caso em tela, apontou-se que houve interpretação extensiva, uma vez que a coleta de dados ocorria de forma ampla e a base legal escolhida não era aplicável, pois o conteúdo do contrato foi imposto unilateralmente pela empresa em posição dominante.³⁵³

Nessa esteira, o Bundeskartellamt apontou que a evocação de expressões vagas, tais como o fornecimento de uma “experiência personalizada”, “experiências consistentes e contínuas” em todos os produtos, combate a “condutas nocivas”, proteção e apoio à comunidade, pesquisa sobre formas de melhorar os serviços, entre outras, formuladas nos termos e condições do Facebook, implicava ser praticamente impossível avaliar se o tratamento de dados era necessário ou não à luz do art. 6(1b) do RGPD. Dessa forma, de acordo com a autoridade, a base legal em questão não autorizava a fundamentação do tratamento de dados para propósitos vagos, conforme expressos no contrato.³⁵⁴

Além disso, o Bundeskartellamt apontou que a referida base legal não poderia ser utilizada, também, pois não havia relação contratual com outros produtos do grupo – como WhatsApp e Instagram, de onde mais dados pessoais eram coletados para a combinação na rede social – por meio do aceite de termos e condições, semelhante ao que ocorria quando os usuários

³⁵⁰ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., §§ 584-588.

³⁵¹ RGPD, art. 9(1) e (2a).

³⁵² ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., “The Article 29 Data Protection Working Party has always represented the view in relation to Article 7 of Directive 75/46/EC b) which is identical to Article 6 (1b) GDPR that the term ‘necessary’ for the performance of the contract needs to be narrowly construed. Contrary to Facebook’s view, case law also requires a narrow interpretation of these grounds for justification.” (§ 671).

³⁵³ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., §§ 668-677.

³⁵⁴ ALEMANHA. *Ibid.*, §§ 689 et seq.

se registravam junto à rede social Facebook. Em outras palavras, não foi considerado estritamente necessário para a execução do contrato do serviço da rede social Facebook a utilização de dados pessoais coletados de outros serviços do grupo, como Instagram e WhatsApp, que têm processo de registro e contrato à parte, assim como aqueles coletados por meio da integração com sites e aplicativos de terceiros, que também constituíam relação contratual com terceiros.³⁵⁵

O Bundeskartellamt também apresentou objeções à utilização de outras bases legais, especificamente, aquelas tipificadas no art. 6(1c) a (1e) do RGPD, relativas, respectivamente, ao cumprimento de obrigação legal, à defesa de interesses vitais do titular e ao exercício de funções de interesse público, afirmando não haver justificativa para a utilização desses bases legais nos termos e condições com os usuários.³⁵⁶

Entretanto, a base legal utilizada pelo Facebook que exigiu maior desafio analítico na decisão do Bundeskartellamt foi a do legítimo interesse, tipificada no art. 6(1f)³⁵⁷ do RGPD, e que estabelece um conceito jurídico aberto, ou seja, por meio da qual o controlador precisa demonstrar que tem um interesse legítimo que não se sobrepõe aos interesses e direitos fundamentais do titular dos dados. Os requisitos legais da sua aplicação são explicitados no RGPD, isto é, no Considerando nº 47,³⁵⁸ o qual deixa clara a necessidade de haver um balanceamento entre os interesses do controlador, de terceiros e aqueles dos titulares de dados pessoais. As diretrizes para a realização do referido balanceamento foram estabelecidas pela

³⁵⁵ ALEMANHA. *Ibid.*, §§ 678-687.

³⁵⁶ ALEMANHA. *Ibid.*, §§ 714 et seq.

³⁵⁷ RGPD, art. 6(1f): “O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: [...] O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.”

³⁵⁸ RGPD, Considerando nº 47: “Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o responsável. Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidada, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se ao interesse do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional. Dado que incumbe ao legislador prever por lei o fundamento jurídico para autorizar as autoridades a procederem ao tratamento de dados pessoais, esse fundamento jurídico não deverá ser aplicável aos tratamentos efetuados pelas autoridades públicas na prossecução das suas atribuições. [...]”

Opinião nº 6/2014 do WP29,³⁵⁹ por sua vez considerada pelo Bundeskartellamt como parâmetro interpretativo da base legal do legítimo interesse.

Nesse sentido, o exame do balanceamento dos interesses legítimos do Facebook e de terceiros em face dos interesses e direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais foi realizado pelo Bundeskartellamt em relação aos dados pessoais coletados (i) de outros serviços do grupo, como WhatsApp e Instagram, e combinados na rede social Facebook e (ii) da integração da plataforma com sites e aplicativos de terceiros fora do domínio da rede social Facebook e posteriormente combinados ao perfil na rede social.

O exame do balanceamento do legítimo interesse pela autoridade concorrencial seguiu o seguinte passo a passo, conforme se depreende da decisão: (1) identificação dos legítimos interesses do Facebook, de terceiros e dos interesses e direitos dos titulares de dados pessoais; (2) balanceamento dos interesses e direitos tendo em vista as consequências para os titulares dos dados pessoais em relação (2.a) aos tipos de dados coletados, (2.b) aos tipos de processamento dos dados, (2.c) às expectativas razoáveis dos titulares e (2.d) à posição do controlador e dos usuários; e, por último, (3) indicação da inexistência de medidas protetivas aptas a reequilibrar os interesses e direitos dos titulares.

Conforme expõe a decisão, a autoridade concluiu que há um “grande desequilíbrio” entre os interesses da empresa, dos quais apenas alguns seriam legítimos, e a proteção dos direitos fundamentais dos usuários, seja ao processar dados coletados nos serviços proprietários, seja ao processar dados originados da integração com terceiros; especialmente quando se considera uma visão holística do processamento de dados pessoais. Dessa forma, apontou que o legítimo interesse também não poderia ser invocado como base legal para o processamento de dados coletados.³⁶⁰

³⁵⁹ As diretrizes emitidas pela Opinião nº 06/2014 do WP29 sobre o conceito de interesse legítimo do controlador, sob a Diretiva 95/47/EC, estabeleciam que a justificativa da base legal exigia um balanceamento entre os interesses legítimos do controlador, de terceiros e os interesses e direitos fundamentais do titular dos dados. Dessa forma, para realizar o balanceamento, além de determinar os respectivos interesses e direitos fundamentais e justificativas em questão, exigia-se também a consideração dos seguintes aspectos-chave: (i) a avaliação do equilíbrio dos interesses legítimos do controlador ou de terceiros e a necessidade de tratamento de dados para o atendimento desses interesses; (ii) as consequências para os titulares dos dados, tendo em conta a natureza dos dados, as expectativas legítimas dos titulares, a posição do controlador (incluindo a existência de posição dominante) e do titular dos dados; e (iii) quaisquer medidas adicionais que fossem capazes de reestabelecer o equilíbrio entre interesses e direitos, incluindo medidas de fácil aplicação como transparência adicional, minimização de dados e alternativas amigáveis à proteção de dados (cf. decisão do Bundeskartellamt, §§ 279-739).

³⁶⁰ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 870.

Merece destaque, em particular, o fato de a decisão ter considerado, assim como o fez em relação às outras bases legais, a posição dominante do Facebook no teste de balanceamento do legítimo interesse como elemento de desequilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses e direitos fundamentais dos titulares dos dados, em linha com a diretriz interpretativa emanada pela Opinião nº 6/2014 do WP29.

De acordo com o Bundeskartellamt, o fato de o RGPD estabelecer um quadro geral de proteção de dados aplicável a todas as empresas não significa que a posição de mercado seja irrelevante na avaliação da validade das políticas de processamento de dados. A questão de saber se os titulares dos dados foram forçados a aceitar os termos de tratamento de dados devido à falta de ofertas alternativas pode desempenhar um papel importante para esclarecer se o consentimento foi dado livremente, como exige a legislação,³⁶¹ ou se houve um claro desequilíbrio entre o controlador e o titular dos dados, como exposto acima. Além disso, como visto, as bases legais que justificam o processamento de dados pessoais³⁶² incluem o critério da necessidade e proporcionalidade em vista dos fins comerciais e interesses legítimos perseguidos pela empresa. Dessa forma, o exame desses elementos também deve levar em consideração a posição de mercado do controlador de dados.³⁶³

De acordo com a decisão, o Bundeskartellamt consultou as autoridades de proteção de dados relevantes e nenhuma delas se opôs à investigação. O procedimento foi conduzido em estreita cooperação com a autoridade de proteção de dados de Hamburgo e, além disso, houve contato com o Comissário Federal para Proteção de Dados e Liberdade de Informação (Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit – BfDI), que possui assento no Comitê Europeu de Proteção de Dados (European Data Protection Board – EDPB). A decisão apontou que as consultas eliminaram qualquer ameaça de conflito com a atividade fiscalizatória das autoridades de proteção de dados pessoais.³⁶⁴

Acerca do nexo de causalidade, o Bundeskartellamt sustentou que, de acordo com os precedentes do BGH,³⁶⁵ para a configuração do abuso de posição dominante é exigida apenas uma *causalidade normativa* entre a posição dominante e a imposição das cláusulas abusivas.

³⁶¹ RGPD, art. 7(4) e Considerando 43.

³⁶² RGPD, art. 6.

³⁶³ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 552.

³⁶⁴ ALEMANHA. *Ibid.*, § 556

³⁶⁵ Caso KZR 58/11 (*VBL Gegenwert I*), j. 6 nov. 2013, § 65; e caso KZR 47/14 (*VBL Gegenwert II*), j. 24 jan. 2017, § 35. No segundo caso, o Tribunal afirmou que “É verdade que nem todo uso de uma disposição inválida em termos e condições gerais por um agente econômico normal constitui um abuso de poder de mercado. Entretanto, existe um abuso em particular se o acordo da cláusula inválida for resultado do poder de mercado ou da grande superioridade do poder desse agente.” (tradução livre)

Em outras palavras, basta que o agente econômico detenha posição dominante e que a imposição das cláusulas inválidas, em particular, seja considerada resultado dessa posição dominante. A existência de poder de mercado, portanto, é pré-requisito para que a violação a normas de outras diplomas também configure infração antitruste.³⁶⁶

O Facebook, em sentido contrário, sustentava a exigência de uma *causalidade estrita*, requerendo prova de que as condições do processamento de dados tidas como inválidas foram desenhadas precisamente e somente por causa da posição dominante. Entretanto, a autoridade afastou esse argumento, apontando que, para que se configure o abuso de posição dominante, exige-se tão somente uma causalidade normativa entre a posição dominante e a conduta. Ou seja, é suficiente provar que a conduta é anticompetitiva como resultado da posição dominante, o que não requer uma causalidade estrita entre posição dominante e conduta, mas apenas uma causalidade em relação ao resultado.³⁶⁷⁻³⁶⁸

Dessa forma, a autoridade reputou ser desnecessário examinar se concorrentes estavam utilizando cláusulas similares, assim como realizar comparações históricas, geográficas e entre diferentes serviços sobre práticas de processamento de dados.³⁶⁹ Como destacado anteriormente, essa construção da decisão permitiu à autoridade fundamentar a decisão sem se aprofundar em comparações sobre nível de privacidade. Em qualquer caso, o Bundeskartellamt afirmou *en passant* que mesmo sob a perspectiva de uma causalidade estrita, estaria demonstrada a relação com o poder de mercado, uma vez que outros concorrentes sequer tiveram a oportunidade de praticar conduta semelhante.³⁷⁰

Ainda, de acordo com a autoridade, a causalidade entre a posição dominante e a violação da legislação de proteção de dados pessoais foi comprovada porque foi demonstrado

³⁶⁶ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 872 e ss.

³⁶⁷ ALEMANHA. *Ibid.*, § 873.

³⁶⁸ Vale notar que o conceito de *causalidade normativa* entre posição dominante e abuso, firmado pelo Bundeskartellamt e distinguido do conceito de *causalidade estrita*, parece estabelecer uma espécie de presunção de causalidade. Embora a decisão não esteja fundada no art. 102 do TFUE (referente ao abuso de posição dominante na legislação europeia), a construção realizada pelo Bundeskartellamt parece ir em sentido semelhante – ou ao menos estabelece um *standard* ligeiramente superior – ao da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que não requer a demonstração da causalidade entre posição dominante e abuso. Nos casos *Continental Can* (caso 6/72, 1973, § 27) e *Hoffman-La Roche* (caso 85/76, 1979, § 91), o Tribunal de Justiça apontou que, sob o art. 102, não há o requisito de se demonstrar a causalidade entre a posição dominante e o abuso. Já no caso *Tetra Pak II* (caso C-333/94 P, 1996, § 27), a Corte apontou que a aplicação do art. 102 do TFUE pressupõe uma ligação entre a posição dominante e o abuso; entretanto, como expõe a doutrina, este caso não necessariamente contradiz os anteriores, pois tratou de abuso ocorrido em outro mercado relevante distinto daquele em que havia a posição dominante. Cf., comentando a jurisprudência europeia, WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 203-4.

³⁶⁹ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Decision in the administrative proceedings*, cit., § 874.

³⁷⁰ *Ibid.*, § 880.

que a posição dominante, dimensão tida em conta na interpretação da legislação de proteção de dados pessoais, foi determinante para o manifesto desequilíbrio entre o Facebook e os usuários, o que levou à conclusão pela invalidade da utilização das bases legais de tratamento de dados, conforme exposto.³⁷¹

A decisão também apontou que a posição dominante desempenha um papel fundamental para indicar se os usuários têm escolhas disponíveis e se podem decidir por si mesmos qual o nível de proteção de dados que desejam. Se, devido à posição de mercado da empresa, os usuários não têm alternativa a não ser concordar que seus dados sejam processados, torna-se improvável que leiam a política de privacidade, pois a concordância com os termos é a única forma de acessar o serviço. Devido à falta de alternativas e aos efeitos de aprisionamento (*lock-in*), os usuários não conseguem mudar para outro prestador, mesmo que posteriormente fiquem insatisfeitos com a forma como seus dados estão sendo usados, de modo que não conseguem evitar a conduta da empresa dominante. Esses elementos reforçariam assim a causalidade entre a posição dominante e a conduta.³⁷²

Além disso, conforme a autoridade, a decisão não guardou relação sobre a forma com que outras empresas dominantes tratariam dados pessoais em seus respectivos mercados. De acordo com a decisão, a alegação de que outras empresas também trocariam dados pessoais dentro dos seus grupos ou combinariam dados de fontes de terceiros com os próprios dados não poderia ser usada pelo Facebook para eximir a empresa da responsabilidade pelo abuso de posição dominante.³⁷³

A decisão também explicitou a causalidade entre a conduta e os efeitos anticompetitivos. De acordo com autoridade, havia um alto incentivo para a plataforma expandir o escopo do processamento de dados pessoais a fim de reforçar a atuação no mercado de publicidade online. Assim, os dados obtidos por meio das integrações com terceiros permitiram à plataforma criar uma vantagem competitiva na oferta de publicidade direcionada. A integração realizada com outros serviços proprietários, como WhatsApp e Instagram, aumentava a probabilidade da alavancagem do poder de mercado para os mercados em que esses serviços operavam. Ainda, a combinação dos dados entre serviços proprietários fortaleceu os efeitos de rede diretos e dificultou a migração dos usuários para serviços rivais.³⁷⁴ Por decorrência, aumentaram-se as barreiras à entrada para potenciais concorrentes no mercado de

³⁷¹ Ibid., §§ 876 e ss.

³⁷² Ibid., § 883.

³⁷³ Ibid., § 884.

³⁷⁴ Ibid., §§ 886 e ss.

redes sociais. A vantagem competitiva que o Facebook já possuía, devido ao acesso a dados relevantes para a concorrência, foi ampliada, ainda mais, pelo processamento inadequado dos dados pessoais.³⁷⁵

Portanto, como exposto acima, a decisão do Bundeskartellamt, emitida em 6 de fevereiro de 2019, proibiu o condicionamento do uso da rede social Facebook à combinação dos dados de outros serviços proprietários – como WhatsApp, Oculus, Masquerade e Instagram – com os perfis dos usuários da Alemanha na rede social Facebook sem o consentimento destacado. Também foi imposta a proibição de condicionamento do uso da rede social Facebook à combinação dos dados pessoais coletados em sites e aplicativos de terceiros por meio de APIs integradas sem o consentimento destacado dos usuários. Na prática, estabeleceu-se um modelo *opt-out* por definição.

3.2.1.2 *A decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf: contraponto*

Na decisão que deu procedência ao recurso do Facebook, o Tribunal Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf – OLG Düsseldorf), considerou que, embora o Bundeskartellamt tenha corretamente definido o mercado relevante e enquadrado os termos de serviço e a política de privacidade do Facebook como condições contratuais subsumíveis ao tipo de abuso de posição dominante³⁷⁶, a autoridade concorrencial não teria demonstrado o nexo de causalidade com a posição dominante e a caracterização da prática como conduta anticompetitiva, em especial, que não seria imposta em cenário contrafactual competitivo.

A decisão considerou insuficiente o argumento de que o dano ao consumidor seria configurado pela perda do controle sobre seus dados em decorrência da violação à legislação de proteção de dados pessoais e ao direito fundamental à autodeterminação informativa. O Tribunal considerou que o simples fato de o consumidor dar o consentimento, mesmo que isso implique a coleta adicional e a combinação de dados, não significaria a perda de controle dos dados. A decisão assumiu que o consumidor possuiria racionalidade suficiente para ponderar sobre os benefícios de usar a rede social contra as consequências associadas à coleta de dados,³⁷⁷ e que eventual dificuldade de informação ou compreensão dos consumidores sobre a política de processamento de dados não seria problema de poder de mercado, mas, sim, da provável

³⁷⁵ Ibid., § 888.

³⁷⁶ Seção 19(2), nº 2 do GWB.

³⁷⁷ ALEMANHA. Tribunal Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf). Decisão de 26 ago. 2019 no caso VI-Kart 1/19 (V) (*Facebook v. Bundeskartellamt*). 2019, p. 9.

indiferença ou conveniência do usuário do serviço.³⁷⁸ A decisão afirmou que os argumentos relacionados à coleta de dados pessoais sensíveis não convenciam, bem como afirmou que a autoridade concorrencial não teria demonstrado os perigos causados pela coleta de dados em questão.³⁷⁹

O trecho da decisão, acima referido, pode causar certa perplexidade, pois desconsidera aspectos elementares sobre os fundamentos da proteção de dados pessoais e discussões sobre o controle dos dados pessoais e a efetividade do consentimento. Ademais, a decisão teceu as referidas considerações sem referência à legislação de proteção de dados pessoais ou aos fundamentos que justificam a existência da legislação e do direito fundamental à autodeterminação informativa. Nesse sentido, a decisão deixou em aberto se houve ou não violação à legislação de proteção de dados pessoais, apontando não entender esse aspecto como relevante para a análise de mérito e destacando ter dúvida se a violação da legislação de proteção de dados pessoais poderia ser considerada uma exploração relevante dos consumidores sob a ótica concorrencial.³⁸⁰

Ademais, a Corte de Düsseldorf afirmou que não havia causalidade entre a suposta violação da legislação de proteção de dados pessoais e o cometimento de conduta anticompetitiva exploratória. Nesse sentido, apontou que condições contratuais somente constituiriam infração concorrencial se houver causalidade entre a conduta e a posição dominante e estiver claro que não seria imposta em um cenário hipoteticamente competitivo; esse último critério, como visto, em decorrência da última parte da Seção 19(2), nº 2 do GWB. No entendimento do OLG, como ressaltado, o Bundeskartellamt não teria comprovado em sua decisão que as condições apontadas como inválidas não seriam impostas em um hipotético cenário contrafactual competitivo.³⁸¹

Observa-se que a decisão adotou premissas aparentemente contraditórias. Isso, porque, como visto acima, assumiu que os consumidores seriam informados e racionais o suficiente para ponderar sobre aceitar ou não a política de privacidade. De outro, ao avaliar se as condições seriam ou não aplicadas no cenário contrafactual competitivo (no qual se pressuporia a existência de diversas opções), a decisão aparentemente desconsiderou a mesma premissa de consumidores informados e de escolha racional ao simplesmente não supor que poderia existir

³⁷⁸ Ibid., p. 10.

³⁷⁹ Ibid., p. 9-10.

³⁸⁰ Ibid., p. 11.

³⁸¹ Ibid., p. 13.

uma diferenciação de políticas de processamento de dados com a existência de outras mais protetivas, como defendeu a autoridade concorrencial.

Além disso, a decisão afirmou que a causalidade normativa, adotada pelo Bundeskartellamt, não seria suficiente para casos de conduta exploratória.³⁸² Isso, porque, conforme elaborou a decisão do OLG, a conduta exploratória normalmente não afetaria a estrutura de mercado, de modo que, em sua visão, não seria relevante para o resultado do mercado ou para o consumidor se a conduta exploratória seria praticada por agente econômico em posição dominante ou não. A partir desse raciocínio, a Corte de Düsseldorf construiu o fundamento de que a conduta em questão exigiria um padrão mais rigoroso de causalidade do que aquele adotado pela autoridade concorrencial.³⁸³

Observa-se que a fundamentação da decisão nesse trecho também parece falha. Não há como supor que a posição de mercado seja irrelevante para uma conduta exploratória, como afirmado. Parece evidente que os efeitos de conduta exploratória de uma empresa monopolista não podem ser tidos como iguais aos efeitos da mesma conduta de empresa com ínfima participação de mercado. Tampouco não poderia ter sido descartada, como fez o trecho, a possibilidade de a conduta exploratória reforçar a posição dominante. Aliás, esse foi um dos aspectos criticados pela decisão do BGH, conforme será visto à frente.

Assim, a Corte de Düsseldorf apontou que não haveria causalidade entre o processamento de dados pessoais, como conduta exploratória, e o poder de mercado do Facebook. Na visão da decisão, a eventual violação das normas de proteção de dados pessoais não seria derivada do poder de mercado do Facebook, reputando a Corte irrelevante adentrar nos requisitos do RGPD.³⁸⁴

Parte da decisão também se dedicou a demonstrar que teria havido uma interpretação equivocada dos precedentes do BGH considerados pela autoridade concorrencial. Assim, o

³⁸² Ibid., p. 17.

³⁸³ Vale esclarecer que o Tribunal de Düsseldorf introduziu uma classificação de causalidade entre “causalidade de conduta” (*Verhaltenskausalität*) e “causalidade de resultado” (*Ergebniskausalität*). Conforme a decisão, o último conceito seria normalmente aplicável a condutas exclusionárias, nas quais fica claro o resultado anticompetitivo sobre a estrutura de mercado, como reforço da posição dominante ou enfraquecimento da estrutura competitiva. Já o primeiro conceito (“causalidade de conduta”) seria aplicável quando o agente dominante instrumentaliza seu poder de mercado para impor determinado comportamento a outros participantes do mercado (e.g., consumidores finais). Na visão do Tribunal de Düsseldorf, a “causalidade de resultado” seria equivalente à causalidade normativa do Bundeskartellamt, já examinada acima. Entretanto, a conduta exploratória somente poderia ser analisada, de acordo com o Tribunal, sob padrão da “causalidade de conduta” (ibid., cit., p. 17-18). Infere-se que a causalidade de conduta seria o equivalente à causalidade estrita defendida pelo Facebook, por meio da qual deveria se provar que a conduta decorreu somente e em razão da posição dominante.

³⁸⁴ ALEMANHA. Tribunal Regional de Düsseldorf, ibid., p. 24.

OLG Düsseldorf apontou que os casos *VBL-Gegenwert I e II* possuíam discussões factuais bastante distintas do caso do Facebook e que os nexos de causalidade identificados nesses casos foram facilmente evidenciados.³⁸⁵

A decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf, entre outros pontos, afastou o entendimento de que a conduta imputada ao Facebook produziria efeitos exclusionários³⁸⁶; concluiu que a autoridade concorrencial falhou em justificar como os dados em questão aumentariam as barreiras de acesso a competidores potenciais no mercado de redes sociais³⁸⁷; considerou que de, modo geral, não foi demonstrada uma conduta exploratória e abusiva sob a lei concorrencial alemã³⁸⁸; e afastou a alegação de risco de alavancagem do poder para mercados adjacentes.³⁸⁹

3.2.1.3 A decisão do Tribunal de Justiça Federal: confirmação da integração

A decisão do Tribunal de Justiça Federal alemão (Bundesgerichtshof – BGH), proferida por uma câmara de cinco juízes, reverteu a decisão do Tribunal Regional de Düsseldorf e confirmou a decisão do Bundeskartellamt, acrescentando novos elementos à tipificação da conduta na Seção 19(1) do GWB.³⁹⁰ O BGH entendeu que não havia sérias dúvidas de que o Facebook estava abusando da posição dominante ao não requerer consentimento explícito dos usuários para a coleta e combinação dos dados obtidos fora da rede social ao perfil do usuário.³⁹¹

O BGH afastou o entendimento do OLG de que não havia perda de controle dos usuários sobre os dados pessoais e apontou que a decisão *a quo* falhou em não considerar adequadamente os interesses dos usuários que não queriam se abster de acessar a rede social e que tampouco gostariam de se submeter à imposição dos termos e condições do serviço.³⁹² Conforme será explicado, a decisão do BGH deu especial ênfase ao fundamento que a

³⁸⁵ Ibid., p. 25. Os casos *VBL-Gegenwert I e II* tratavam de pedido de pagamento de contraprestação em caso de rescisão; e o caso *Pechstein* tratou da não admissão de atleta profissional em competições sem consentimento de cláusula compromissória de arbitragem.

³⁸⁶ Ibid., p. 28.

³⁸⁷ Ibid., p. 29.

³⁸⁸ Ibid., p. 29.

³⁸⁹ Ibid., p. 31.

³⁹⁰ ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof). Caso KVR 69/19, j. 23 jun. 2020. Disponível em: <<https://juris.bundesgerichtshof.de/>>. Acesso em 22 out. 2022.

³⁹¹ Ibid., § 53.

³⁹² Ibid., § 58.

imposição da coleta dos dados pessoais obtidos de fora e sua combinação na rede social constituiria uma forma de *expansão* indevida dos termos do serviço.³⁹³

Assim, nota-se que, ao corroborar a decisão da autoridade concorrencial, o BGH deu bastante destaque ao referido fundamento, isto é, de que a *expansão* dos termos do serviço tem relevância sob a perspectiva do direito concorrencial, pois implica a *restrição da escolha* dos consumidores. Sob essa perspectiva, não foi oferecida aos usuários a escolha entre um serviço com mais experiência personalizada – e, portanto, coleta ilimitada de dados pessoais obtidos fora da rede social – ou um nível de personalização compatível com os dados pessoais revelados apenas para a rede social.³⁹⁴

A doutrina afirma que o BGH adotou uma nova teoria de dano correspondente à *restrição da liberdade de escolha dos consumidores*, construída sob a perspectiva da imposição da extensão dos serviços (*aufgedrängte Leistungserweiterung*), para chegar, por rota distinta, às mesmas conclusões sobre a abusividade da conduta, de modo que as considerações sobre proteção de dados pessoais teriam ficado em segundo plano.³⁹⁵ Embora seja verdade que essa abordagem de fato ganhou centralidade na decisão do BGH, a leitura da decisão permite afirmar que a violação às normas de proteção de dados pessoais e ao direito fundamental da autodeterminação informativa permaneceu no centro da fundamentação do BGH.³⁹⁶ Esse aspecto será destacado adiante.

O BGH também apresentou em sua decisão uma visão sofisticada sobre a dinâmica econômica dos dados pessoais. Nesse sentido, por exemplo, considerou falho o argumento do OLG de que os consumidores poderiam escolher livremente a quais prestadores dar acesso a seus dados pessoais. Isso, porque, ao conceder acesso aos dados, os usuários estão entregando

³⁹³ Ibid., § 58. Vale destacar que o BGH deixou em aberto – destacando não haver necessidade de distinguir – se a imposição da coleta e do processamento dos dados pessoais obtidos fora da rede social Facebook constituiria uma forma de *venda casada* (i.e., disponibilização de funcionalidades para utilização da rede, por um lado, e a prestação de serviços com base em dados gerados fora da rede, por outro) ou simplesmente *expansão* dos termos do serviço. O BGH reputou a última hipótese mais provável e nela baseou a fundamentação da decisão.

³⁹⁴ Ibid., § 58. Adicionalmente, o BGH afirmou, contrapondo-se ao OLG, que o fato de o serviço ser oferecido sem cobrança pecuniária não torna a expansão dos termos do serviço irrelevante para a análise do abuso da posição dominante (§ 59).

³⁹⁵ Nesse sentido, e.g., WIEDEMANN, Klaus. A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 51, p. 1168-1181, 2020, p. 1170.

³⁹⁶ Importante notar que o BGH apontou (§ 130) em sua decisão que o fato de a decisão do Bundeskartellamt se basear principalmente em violações às regras de proteção de dados não implicou qualquer vício de fundamentação. Para o BGH, mesmo que a decisão da autoridade concorrencial tenha se baseado em considerações de proteção de dados, ela também identificou o núcleo da conduta abusiva como sendo a negação aos usuários de uma escolha genuína ou livre para recusar ou retirar o consentimento para o uso de dados fora do Facebook (conforme § 645 da decisão do Bundeskartellamt).

valor econômico à plataforma – que se reverte em benefício do lado da propaganda online da plataforma – e esse valor aumenta mais à medida em que os dados pessoais são combinados com outros, que naturalmente formam o *pool* de dados do Facebook. A seu turno, esse *pool* de dados é único e não está à disposição dos usuários, assim como os dados de navegação online dos usuários não estão à sua disposição, razão pela qual os usuários não podem fornecer seus dados em igual medida a terceiros.³⁹⁷

A capacidade de a conduta em questão gerar efeitos anticompetitivos também foi destacada pela decisão. De acordo com o BGH, a imposição de condições contratuais inválidas por agente dominante não constitui *per se* uma violação à legislação concorrencial. Entretanto, assim como ocorreria em uma hipótese de venda casada, podem surgir efeitos anticompetitivos nas relações horizontais e verticais se a expansão indevida do serviço comprovadamente se revela uma exploração dos consumidores ou um empecilho à concorrência. O BGH considerou que o dano concorrencial, no caso, reside justamente na exploração dos consumidores e nos efeitos anticompetitivos da expansão do serviço representada pela coleta dos dados fora da plataforma.³⁹⁸

Além disso, o BGH dedicou parte importante da decisão para discorrer sobre o nexo de causalidade a ser exigido em casos de conduta exploratória.³⁹⁹ Reconhecendo que o debate é controverso⁴⁰⁰, o Tribunal Federal rejeitou o entendimento do OLG de que seria exigida uma *causalidade estrita*, corroborando o entendimento do Bundeskartellamt de que seria suficiente uma *causalidade normativa*, ao menos no caso sob exame. O BGH considerou que se pode reputar presente o nexo de causalidade exigido para o abuso de posição dominante quando a imposição abusiva das condições leva a um resultado de mercado prejudicial para os

³⁹⁷ Ibid., § 62.

³⁹⁸ Ibid., § 64.

³⁹⁹ Ibid., §§ 65-83.

⁴⁰⁰ A decisão do BGH é didática nesse aspecto, pois explica as diferentes correntes do debate, ao menos sob a perspectiva alemã, sobre a causalidade necessária para que a imposição de condições contratuais exploratórias constitua abuso de posição dominante. De acordo com BGH, o debate pode ser resumido em três correntes: (i) a primeira, que afirma não haver necessidade de nexo de causalidade entre posição dominante e abuso; (ii) a segunda, seguida pelo OLG, que afirma ser necessário nexo de causalidade e que ele precisa ser instrumental (*causalidade de conduta*) entre a posição dominante e a conduta exploratória; a seu turno subdividida quanto aos requisitos necessários para a causalidade: (ii.1) na visão majoritária, exige-se que as mesmas condições não seriam impostas em um cenário contrafactual de concorrência efetiva; e (ii.2) na visão minoritária, exige-se apenas que a posição dominante tenha contribuído para os consumidores aceitarem as condições sem hesitação; e (iii) a terceira, que não requer uma causalidade instrumental entre o domínio do mercado e a exploração, afirmando que a causalidade necessária entre a posição dominante e a conduta exploratória é de natureza normativa (*causalidade normativa*). De acordo com essa visão, para que haja uma relação de causalidade entre a posição dominante e o resultado no mercado, é suficiente demonstrar que a conduta em questão (que a princípio poderia ser praticada por qualquer agente) somente terá um impacto na concorrência se praticada pelo agente em posição dominante. Esse foi o entendimento do Bundeskartellamt, como visto.

consumidores, que não seria esperado⁴⁰¹ em concorrência efetiva e que ao mesmo tempo dificulta a concorrência. Reputou que tal causalidade deve ser considerada em vista do fato de que, em um mercado de dois lados, a exploração pela plataforma de um lado pode também resultar em impacto negativo na concorrência do outro lado do mercado, no caso, no mercado de publicidade online.⁴⁰²

O BGH afirmou não haver sérias dúvidas de que os termos e condições do serviço produziam efeitos anticompetitivos. Primeiro, porque não se esperava que essas condições seriam impostas em um cenário de efetiva concorrência. Mencionou, por exemplo, a pesquisa realizada pelo Bundeskartellamt indicando que 46% dos usuários alemães do Facebook mudariam de serviço se pudessem revelar menos dados pessoais e que 38,5% pagariam para a rede social deixar de coletar seus dados.⁴⁰³ Assim, em um cenário de concorrência efetiva e sem efeitos de aprisionamento (*lock-in*), de acordo com o BGH, poderia se esperar uma oferta mais diversificada de opções para os consumidores, contemplando suas preferências.⁴⁰⁴ Segundo, porque, conforme afirmou, as condições impostas eram capazes de prejudicar a concorrência, seja porque aumentavam as barreiras quanto à capacidade de concorrentes alcançarem a mesma qualidade e quantidade de dados do Facebook, seja porque diminuía as chances de concorrentes serem igualmente bem-sucedidos na obtenção de clientes no lado da publicidade segmentada.⁴⁰⁵

Para o BGH, a questão se a exploração da posição dominante é ou não abusiva deve ser respondida com base em uma análise abrangente, ponderando todos os interesses afetados e levando em conta o objetivo da lei concorrencial.⁴⁰⁶ A questão se a conduta é ilegal (se os termos e condições, em particular, são ilícitos) foi considerado pelo BGH como apenas um fator – possivelmente decisivo – na ponderação de interesses. De acordo com a decisão, entretanto, não é um pré-requisito do abuso da posição dominante que os termos e condições sejam

⁴⁰¹ Um aspecto interessante da decisão é a flexibilização do padrão de análise quanto ao contrafactual do cenário de concorrência efetiva. O BGH apontou que o fato de uma conduta exploratória ser capaz de afetar as condições de concorrência (por exemplo, impedindo potenciais competidores) implica que não se exige uma *alta probabilidade* de que condições não seriam impostas no cenário competitivo. O Tribunal entendeu suficiente uma *mera expectativa* de que não seriam impostas em tal cenário, desde que essa expectativa esteja fundamentada em indicações reais sobre como os agentes do mercado reagiriam de maneira economicamente razoável às preferências identificáveis dos consumidores e quais incentivos eles teriam para usar termos comerciais diferentes ou diversificar a oferta em vista dessas preferências (ibid., § 81).

⁴⁰² Ibid., § 65.

⁴⁰³ Ibid., §§ 84-85.

⁴⁰⁴ Ibid., § 86.

⁴⁰⁵ Ibid., §§ 93-96.

⁴⁰⁶ Ibid., § 98.

considerados ilegais.⁴⁰⁷ Não obstante, como será explicado adiante, considerou que as condições violavam o direito de proteção de dados pessoais.

A decisão do BGH também é especialmente relevante porque levou em conta uma dimensão política e social normalmente não considerada em decisões de direito concorrencial. O Tribunal afirmou que a rede social possui, para parte dos usuários uma importância decisiva para a participação na vida social, constituindo uma importante forma de comunicação social. Como não há alternativa disponível de rede social, a decisão de usar o Facebook somente pode ser considerada autônoma até a medida em que os indivíduos são capazes de dispensar a parte do serviço que não é essencial.⁴⁰⁸ Tendo em vista a importância política, social e econômica da comunicação online, assim como a quantidade e o escopo dos dados pessoais coletados pelo serviço, os usuários merecem uma proteção particular contra a coleta desproporcional dos dados pessoais, a qual decorre diretamente do direito constitucional à autodeterminação informativa.⁴⁰⁹

Nota-se que a fundamentação do BGH, nesse aspecto, está em sintonia com a decisão do Bundeskartellamt, em especial, com as considerações traçadas com base no precedente *Pechstein*, referente à consideração dos direitos constitucionais na interpretação da validade de condições contratuais. O BGH vai além e afirma que, em circunstâncias como as do caso, em que a empresa privada detém posição dominante e oferece a própria estrutura na qual a comunicação pública ocorre, implica que ela pode estar vinculada por direitos fundamentais em medida semelhante ou igual ao Estado. Assim, afirmou o Tribunal que os requisitos estritos relativos ao tratamento de dados pessoais e as limitações em relação à finalidade para a qual eles podem ser usados – em particular em relação à exigência de obter o consentimento – podem ser um meio adequado ou até mesmo constitucionalmente exigido para proteger o direito fundamental à autodeterminação informativa.⁴¹⁰

O acórdão do BGH foi em sentido semelhante à decisão da autoridade concorrencial ao corroborar a aplicação do RGPD como parâmetro interpretativo na ponderação de interesses

⁴⁰⁷ Ibid., § 99.

⁴⁰⁸ Ibid., § 102.

⁴⁰⁹ Ibid., § 103. De acordo com a decisão do BGH, sob a perspectiva alemã, “o direito constitucional à autodeterminação informativa não estabelece um direito geral ou mesmo abrangente de determinar o uso dos dados da pessoa. No entanto, garante aos indivíduos a possibilidade de influenciar, de forma diferenciada, o contexto e a forma como os seus dados pessoais são disponibilizados e utilizados por terceiros. Em outras palavras, é garantido aos indivíduos o direito de serem substancialmente envolvidos na decisão sobre quais características podem ser atribuídas a eles”. (ibid., § 104, tradução livre). No direito brasileiro, a autodeterminação informativa aparece de modo expresse como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais (LGPD, art. 2º, II).

⁴¹⁰ Ibid., § 105.

exigida, de modo a verificar se houve abuso de posição dominante. Nesse sentido, à semelhança do Bundeskartellamt, o BGH afirmou que a base legal referente ao tratamento necessário para a execução do contrato deve ser interpretada de forma restritiva.⁴¹¹ Desse modo, concluiu que o Facebook não estava autorizado a coletar e processar dados de fora da rede social sem o consentimento destacado dos usuários.⁴¹²

Além disso, também no mesmo sentido da autoridade concorrencial, o BGH afastou a possibilidade de utilização, pelo Facebook, como fundamento para o tratamento de dados obtidos fora da rede social, das bases legais referentes ao cumprimento de obrigação legal (art. 6(1c) do RGPD) e à proteção de interesses vitais dos titulares (art. 6(1d) do RGPD).⁴¹³

Outro ponto que também foi objeto de atenção pelo BGH foi a utilização da base legal do legítimo interesse (art. 6(1e) do RGPD) pela plataforma para fundamentar o tratamento dos dados pessoais obtidos fora da rede social. Nesse sentido, também à semelhança da autoridade concorrencial, o Tribunal Federal concluiu que os interesses legítimos do Facebook em coletar dados pessoais obtidos de fora da rede social para finalidades diversas (por exemplo, oferta de publicidade direcionada, financiamento da plataforma, mensuração e análise, melhoria da segurança do usuário e da rede, e pesquisa) não se sobrepunham aos interesses dos usuários em limitar a coleta de dados ao necessário para usar a rede social. Assim, derrogações e limitações em relação à proteção de dados pessoais devem se limitar ao estritamente necessário. O Tribunal considerou que o Facebook falhou em provar que os seus interesses legítimos não poderiam ser atendidos com o uso de dados pessoais obtidos apenas no âmbito da rede social.⁴¹⁴ Outro aspecto interessante é que o balanceamento de interesses do processamento de dados pode, inclusive, levar em conta os interesses de (potenciais) competidores.⁴¹⁵

Assim, no exame do balanceamento de interesses para a utilização da base legal do legítimo interesse, o BGH afirmou que os interesses dos usuários prevalecem sobre os interesses do Facebook, tendo em vista a grande importância da posição jurídica dos titulares dos dados pessoais, o nível de domínio do mercado, as estruturas de mercado existentes e os efeitos excludentes decorrentes da conduta do Facebook. Ainda, o BGH lembrou que a decisão da autoridade concorrencial não impede a rede social de oferecer a seus usuários uma experiência

⁴¹¹ Ibid., §§ 110-111.

⁴¹² Ibid., § 112.

⁴¹³ Ibid., § 113-116.

⁴¹⁴ Ibid., §§ 117-119.

⁴¹⁵ Ibid., § 120. O trecho da decisão não afirma expressamente que o interesse de (potenciais) competidores deva ser considerado no teste de balanceamento da base legal do legítimo interesse, embora seja possível vislumbrar essa possibilidade.

mais personalizada com base em dados coletados dentro e fora do Facebook; entretanto, apenas exige que seja oferecida aos usuários o consentimento destacado quanto à coleta de dados pessoais fora da rede social.⁴¹⁶

Por fim, é importante destacar também que o BGH afastou a alegação de incompetência da autoridade concorrencial para impor uma proibição “típica de proteção de dados pessoais”. O Tribunal afirmou que a autoridade concorrencial tem poderes à luz da lei concorrencial alemã para impor qualquer medida comportamental ou estrutural que seja proporcional e necessária para pôr fim ao efeito anticompetitivo.⁴¹⁷

3.2.1.4 *A consulta ao Tribunal de Justiça da União Europeia: rumo à integração no contexto europeu?*

Em 22 de abril de 2021, o Tribunal Regional de Düsseldorf, valendo-se de previsão da legislação comunitária europeia⁴¹⁸, submeteu consulta formal⁴¹⁹ para decisão prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em síntese, a consulta questionou se uma autoridade nacional de defesa da concorrência, como o Bundeskartellamt, poderia interpretar o RGPD tal como procedeu, uma vez que não seria uma autoridade de proteção de dados pessoais.

Os desdobramentos dessa consulta certamente repercutirão de forma significativa no tema da integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência, de modo que ela merece especial atenção por parte desta dissertação. Com efeito, a relevância desta consulta já é percebida pelo conteúdo do parecer proferido no procedimento.

Nesse sentido, em 20 de setembro de 2022, o Advogado-Geral do Tribunal, a quem compete apresentar pareceres imparciais e independentes⁴²⁰ sobre os casos a serem julgados pelo Tribunal de Justiça – e cuja opinião, embora não vinculante, é considerada bastante influente –, emitiu um parecer sobre a consulta.⁴²¹

⁴¹⁶ Ibid., § 121.

⁴¹⁷ Ibid., § 127.

⁴¹⁸ TFUE, art. 267.

⁴¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Düsseldorf (Germany) lodged on 22 April 2021 – Facebook Inc. and Others v Bundeskartellamt (Case C-252/21)*. 2021.

⁴²⁰ TFUE, art. 252.

⁴²¹ UNIÃO EUROPEIA. The Court of Justice of the European Union. Opinion of Advocate General Rantos. *Case C-252/21 (Meta v. Bundeskartellamt)*. 20 set. 2022.

Diz o parecer que o RGPD não impede que outras autoridades concorrenciais, no âmbito das suas competências, levem em consideração, como uma questão incidental, a compatibilidade da conduta com a legislação de proteção de dados.⁴²² Presume-se que essa análise é parte da verificação se existe concorrência baseada no mérito (*competition on the merits*), a qual deve considerar o contexto econômico e legal no qual se insere a conduta. Daí por que a existência de violação à RGPD – considerada não de modo isolado, mas conjuntamente às circunstâncias do caso – pode ser uma pista vital para compreender se a conduta utiliza métodos compatíveis ou não com a concorrência baseada no mérito.⁴²³

Portanto, dois seriam os critérios que, na visão do Advogado-Geral, autorizariam a consideração da legislação de proteção de dados pessoais – assim como de qualquer outro diploma legal – pelas autoridades concorrenciais, em casos de abuso de posição dominante: (i) o exame da legislação deve ser incidental (ou seja, instrumental para a constatação da infração concorrencial); e (ii) tal exame deve ocorrer sem o prejuízo da aplicação da regulação pelas autoridades fiscalizatórias competentes.⁴²⁴

Portanto, o parecer ressaltou a importância da cooperação (o que será retomado em maior detalhe no Capítulo 4), apontando que a autoridade concorrencial, quando interpretar o RGPD, está sujeita um dever de, no mínimo, informar e cooperar com as autoridades competentes.⁴²⁵ Disso decorre, na visão do Advogado-Geral, que a autoridade concorrencial deve, a princípio, levar em consideração a interpretação das autoridades de proteção de dados pessoais quanto às mesmas práticas.⁴²⁶

O parecer também concordou quanto à interpretação material conduzida pelo Bundeskartellamt, em relação à classificação dos dados pessoais objeto da perfilização como sensíveis⁴²⁷, bem como convergiu, não apresentando qualquer reparo, em relação à interpretação conferida pela autoridade concorrencial quanto às bases legais de tratamento de dados pessoais (cumprimento contratual, legítimo interesse, consentimento etc.).⁴²⁸

Até a conclusão da presente dissertação, o Tribunal de Justiça da União Europeia não havia emitido a decisão sobre a consulta em tela. É possível vislumbrar que eventual decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no mesmo sentido do parecer do Advogado-Geral,

⁴²² UNIÃO EUROPEIA, Opinion of Advocate General Rantos, cit., § 22.

⁴²³ Ibid., § 23.

⁴²⁴ Ibid., § 24.

⁴²⁵ Ibid., § 29.

⁴²⁶ Ibid., § 30.

⁴²⁷ Ibid., § 46.

⁴²⁸ Ibid., § 47-77.

poderá encorajar as autoridades concorrenciais europeias a integrarem às suas análises considerações sobre a proteção de dados pessoais.

Por fim, em outra investigação, sem relação com esse procedimento, a autoridade irlandesa de proteção de dados pessoais, competente para fiscalizar a Meta (grupo econômico ao qual pertence o Facebook), proferiu decisão, em 4 de janeiro de 2023, concluindo que o processamento de dados pessoais pela rede social era irregular. O conteúdo dessa decisão⁴²⁹ apenas confirma que a interpretação da autoridade concorrential alemã, quanto ao descumprimento do RGPD, estava correta.

3.2.1.5 *Aplicação no contexto do art. 36 da Lei 12.529/2011*

Uma conduta semelhante à praticada pelo Facebook – a imposição de termos de serviço e de política de privacidade em violação à legislação de proteção de dados pessoais, resultando na coleta excessiva de dados pessoais – poderia ser tipificada como abuso de posição dominante, na forma da Lei 12.529/2011, art. 36, IV⁴³⁰?

A fim de responder à questão de forma sistematizada, cumpre esclarecer os requisitos reputados necessários para a configuração do abuso de posição dominante: (i) a existência de posição dominante; (ii) a comprovação material da conduta; (iii) a demonstração da ausência de razoabilidade da prática; e (iv) o nexó de causalidade entre a posição dominante, a conduta e os seus efeitos.⁴³¹

Quanto ao primeiro aspecto, a existência de posição dominante, a Lei 12.529/2011 aduz ser presumida sempre que o agente econômico for capaz de alterar unilateral ou

⁴²⁹ IRLANDA. Data Protection Commission. *Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland*. 4 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>>. Acesso em: 7 jan. 2023. A decisão da autoridade de proteção de dados impôs uma multa total à Meta no valor de 390 milhões de euros, por violações dos serviços do Facebook e Instagram ao RGPD. Em 2018, ano no qual foram apresentadas as denúncias, o Facebook havia alterado as bases legais do tratamento de dados para a maioria das suas operações, substituindo a base legal do consentimento pela base legal do “cumprimento de contrato”. O Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB) foi envolvido no processo de elaboração da decisão, concluindo que a base legal do cumprimento de contrato não poderia ser utilizada pelos serviços, ou seja, a combinação de dados pessoais para o oferecimento de publicidade personalizada não era condição necessária para o cumprimento do contrato. Ademais, o EDPB entendeu que houve violação ao princípio da justiça (*fairness*). A decisão final também concluiu houve violações da Meta aos deveres de transparência, explicação adequada e clara sobre as bases legais utilizadas e sobre as finalidades do tratamento de dados.

⁴³⁰ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

⁴³¹ Os requisitos ora expostos não coincidem exatamente, mas, são inspirados por aqueles adotados por Pfeiffer, na análise de questão semelhante, em tese sobre o tema. Cf. PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 200-201.

coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% do mercado relevante (art. 36, § 2º). Em sentido semelhante, a doutrina aponta que a posição dominante é caracterizada pela capacidade de o agente econômico atuar com um comportamento *independente e indiferente* em relação ao mercado.⁴³²

Em vista de aspectos mencionados anteriormente, entende-se que a posição dominante em mercados movidos a dados pessoais (notadamente em mercados de preço zero) deve ser verificada considerando não apenas as participações de mercado, mas em vista da capacidade de o agente econômico degradar a proteção de dados pessoais sem perder parcela importante dos usuários. Isso pode ser evidenciado por fatores como as características do produto ou serviço, a ausência de alternativas, a presença de fortes assimetrias de informação, efeitos de rede diretos que impeçam a migração, entre outros. A presunção legal de 20% pode funcionar, portanto, como um patamar de inversão do ônus da prova, de modo que o agente comprove que não detém a posição dominante.

Um argumento que pode surgir contrário à intervenção concorrencial na situação em tela é o de que a conduta de violação à legislação de proteção de dados poderia ser praticada por qualquer agente, inclusive por aqueles com ínfima participação.⁴³³ Trata-se de argumento que também é notado nas discussões de infrações concorrenciais tipificadas como concorrência desleal e ilícito consumerista, de modo que, pelos mesmos motivos, deve ser afastado.⁴³⁴ O que diferencia a prática de agentes menores – sem posição dominante – é que essa situação pressupõe a existência de alternativas e, portanto, disponibilidade de escolha. A preocupação com a conduta dos agentes dominantes, objeto da lei concorrencial, é justamente a proteção das condições estruturais de concorrência, isto é, a garantia institucional da concorrência, conforme acepção já exposta.

O segundo aspecto, a comprovação material da conduta, depende da comprovação de que houve a imposição dos termos de serviço e da política de privacidade cujas condições se reputam ilícitas. Constitui, portanto, questão fática a ser verificada caso a caso. Esse requisito

⁴³² FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 264.

⁴³³ Expondo a existência desse argumento e, também, afastando-o, cf. PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 202.

⁴³⁴ A esse respeito, vale transcrever a lição de Frazão: “[...] a posição dominante continua a ser um importante critério do Direito da Concorrência nas condutas unilaterais. É ela que permitira, na maioria dos casos, a distinção entre lesão à concorrência e lesão a concorrentes, ou seja, a distinção entre infração antitruste e concorrência desleal. Por outro lado, é essa mesma posição dominante que, dependendo do seu grau e da estrutura do mercado, fará com que praticamente qualquer conduta ilícita do agente que a titulariza seja considerada uma infração antitruste e não apenas uma questão de concorrência desleal” (FRAZÃO, *Direito da Concorrência*, cit., p. 255).

também se liga à forma como a teoria de dano é construída e, por conseguinte, como a conduta é imputada. A depender dessa construção, pode haver uma maior ou menor dificuldade de a autoridade demonstrar os contornos da conduta, o que se relaciona aos demais requisitos quanto ao exame da razoabilidade e à caracterização dos efeitos.

Como visto no caso *Facebook*, a conduta pode ser imputada (i) como a prática de imposição abusiva de condições contratuais, como fez a autoridade concorrencial alemã; ou (ii) como uma espécie de venda casada⁴³⁵, na linha da decisão do Tribunal de Justiça Federal alemão; sem prejuízo de que ambas as perspectivas possam ser conjugadas e se reforcem, como ficou claro na decisão do Tribunal de Justiça Federal.

O fato de a conduta de imposição de condições contratuais não equitativas ter sido descrita pelo Tribunal de modo análogo a uma espécie de venda casada decorre do fato de que ambas as espécies estão inseridas em gênero comum, denominado de *negociação compulsória*.⁴³⁶ Conforme aponta Calixto Salomão Filho, a compulsão (ou *coerção*), elemento que caracteriza a negociação compulsória, consiste na “determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte”.⁴³⁷ Esse conceito será retomado à frente no exame do requisito de razoabilidade.

Quanto à imputação específica na modalidade de venda casada, a conduta estaria tipificada no rol exemplificativo da Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º (inciso XVIII). Vislumbra-se ser possível, portanto, que a imputação sob a lei brasileira seja descrita de modo semelhante à descrição feita na decisão do Tribunal (conforme a seção 3.2.1.3, supra), ou seja, caracterizando a prática como a subordinação da prestação de um serviço (por exemplo, rede social) à oferta de outro serviço hiperpersonalizado, não desejado pelo usuário, decorrente da extração excessiva de dados pessoais (no caso *Facebook*, o serviço de publicidade direcionada).

⁴³⁵ Como visto, o racional de se imputar a conduta como venda casada decorreu do fato de a plataforma ter condicionado a utilização do serviço de rede social à combinação de dados pessoais obtidos de outros serviços como WhatsApp e Instagram e dados originados da navegação na internet. Entendeu-se que essa combinação não seria essencial e necessária para a prestação do serviço de rede social e que, portanto, os usuários deveriam ter acesso a uma alternativa menos personalizada de serviço.

⁴³⁶ Apontando a possibilidade de enquadramento da conduta do Facebook como negociação compulsória, cf. PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 201.

⁴³⁷ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 500-501. O autor constrói sua definição a partir de exemplos de venda casada, para facilitar e tornar mais coerente a sua exposição, porém, afirma que “[t]odas as generalizações e abstrações feitas a partir deles são, no entanto, aplicáveis a qualquer hipótese de negociação compulsória” (p. 506). Assim, nota-se com mais clareza a razão pela qual o Tribunal recorreu ao conceito de venda casada para descrever a imposição abusiva das condições contratuais.

A Lei 12.529/2011 não contém tipificação, no rol exemplificativo de condutas proibidas (art. 36, § 3º), da prática de imposição de condições contratuais não equitativas, o que pode revelar, por si só, um tratamento distinto do legislador brasileiro, ao menos comparativamente à centralidade desse tipo de ilícito nas leis alemã⁴³⁸ e europeia⁴³⁹. Isso não quer dizer, por outro lado, que uma conduta dessa espécie não possa configurar abuso de posição dominante, subsumível ao art. 36, I, II e IV da Lei 12.529/2011.⁴⁴⁰

É necessário aqui tecer breves comentários sobre a competência do Cade para atuar sobre a questão, em vista de possível controvérsia doutrinária⁴⁴¹. Entende-se que o Cade tem, sim, competência para reprimir o abuso de posição dominante caracterizado pela imposição de condições contratuais não equitativas, desleais ou ilícitas, por decorrência do princípio constitucional da repressão ao *abuso* do poder econômico (CF, art. 173, § 4º).

Assim, da própria interpretação teleológica do que constitui abuso do poder econômico, esclarecido pela doutrina⁴⁴², é possível concluir pela competência da autarquia para

⁴³⁸ A Seção 19(2), nº 2 do GWB dispõe que o abuso de posição dominante pode existir se o agente econômico “exige pagamento ou outras condições comerciais diferentes daquelas que muito provavelmente surgiriam se existisse uma concorrência efetiva; nesse contexto, deve se ter em conta o comportamento das empresas em mercados comparáveis com concorrência efetiva” (tradução livre).

⁴³⁹ O TFUE, art. 102(a), dispõe ser proibido o abuso de posição dominante caracterizado por “impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou *outras condições de transação não equitativas*” (grifo nosso).

⁴⁴⁰ De acordo com Calixto Salomão Filho, a conduta de negociação compulsória não deve ser compreendida exclusivamente como ilícito de abuso de posição dominante (art. 36, IV). Entende o autor que pode constituir ato tendente à dominação dos mercados, possibilitando a tipificação também nos incisos I e II do art. 36 da Lei 12.529/2011. Cf. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 520-525.

⁴⁴¹ Há uma discussão de fundo se o Cade teria competência para reprimir condutas “puramente” exploratórias, ou seja, que não produzam efeitos exclusionários. A discussão é controversa e, no Brasil, está relacionada ao debate sobre o *enforcement* da prática de preços excessivos (Lei 12.529/2011, art. 36, III). Foge à possibilidade do presente trabalho o exame aprofundado da questão, de modo que, para uma visão ponderada sobre a importância da persecução dos preços excessivos, cf., por exemplo, CARVALHO, Vinicius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros. *Preços excessivos: um debate social na perspectiva da defesa da concorrência*. In: CARVALHO, Vinicius Marques de *et al.* *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 17-43. Há um aspecto relevante para o presente trabalho, ressaltado pelos autores, decorrente do fato de que a prática de preços excessivos pode ter simultaneamente não só efeitos exploratórios, mas também exclusionários. De modo análogo, isso é justamente o que foi apontado no caso *Facebook*, em relação à prática de imposição abusiva das condições contratuais pelo Facebook. Assim, conforme as decisões do caso, a conduta do Facebook não foi “puramente” exploratória, mas também causou efeitos exclusionários.

⁴⁴² A esse respeito, discorrendo sobre o conceito de abuso de poder econômico a partir da sua relação com a teoria geral da vedação ao abuso de direito, vale colacionar as palavras de Ana Frazão: “A impossibilidade de dispensar a reprovabilidade nos ilícitos antitruste também decorre diretamente do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, ao preconizar o dever da lei de reprimir o abuso do poder econômico. [...] Para entender melhor a diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas, é importante observar que o abuso do poder econômico tem íntima conexão com a teoria geral do abuso de direito, que há muito superou os limites do ato emulativo, e fornece importantes parâmetros para o diagnóstico do exercício abusivo dos direitos, tal como ocorre com o critério do desvio de finalidade. [...] a cláusula geral de vedação ao abuso de direito envolve uma análise simultaneamente qualitativa e quantitativa do exercício dos direitos: indaga-se sobre a compatibilidade do exercício com parâmetros como as finalidades sociais e econômicas do direito, a boa-fé e os bons costumes e sobre a utilização dos meios necessários, adequados e proporcionais para buscar tais fins, analisando se houve excesso ou falta de razoabilidade. Tais critérios são claramente aplicáveis às hipóteses de abuso de poder econômico, em que,

reprimir a prática. O abuso do poder econômico é definido pelo uso anormal do poder econômico, pelo desvio de finalidade do poder e da liberdade de iniciativa.⁴⁴³ Portanto, caracteriza-se pelo rompimento dos deveres de prudência e diligência esperados do agente em posição dominante, pelo simples fato de se presumir, a partir da sua posição de mercado e do seu comportamento, a existência de efeitos anticompetitivos.⁴⁴⁴

Daí a conclusão de que o Cade pode examinar, por exemplo, o conteúdo dos contratos de adesão e os desníveis do equilíbrio contratual, como já o fez⁴⁴⁵, no âmbito da investigação de uma conduta abusiva de imposição de termos de serviço e política de privacidade, pela

normalmente, a livre-iniciativa é contrastada com os seus fins econômicos e sociais, notadamente os relacionados à proteção do ambiente competitivo, e também com um juízo de adequação e proporcionalidade entre os meios utilizados pelo agente diante dos fins por ele buscados. [...] Sob essa perspectiva, até mesmo a culpa assume uma nova feição já que, no contexto de intersubjetividade dos direitos subjetivos, é perfeitamente enquadrável como negligente ou imprudente a conduta daquele que exerce o seu direito sem as cautelas necessárias para a preservação dos iguais direitos dos demais cidadãos. Logo, a cláusula geral de vedação ao abuso de direito é perfeitamente compatível com a culpa no seu sentido normativo, ressaltando os deveres de prudência e diligência que todos os agentes econômicos têm para a preservação do ambiente concorrencial, especialmente quando são detentores de posição dominante.” (FRAZÃO, *Direito da Concorrência*, cit., p. 267-271).

⁴⁴³ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 415-416.

⁴⁴⁴ A respeito, vale mencionar a teoria da responsabilidade especial dos agentes dominantes, exposta por Bruno Drago: “Empresas com posição dominante carregam consigo uma responsabilidade especial de autoavaliação do impacto concorrencial de suas próprias condutas, com todos os riscos inerentes a esta análise. Da mesma forma, se a posição dominante em que se encontra o agente econômico gera o ônus da responsabilidade especial de autoavaliação de suas condutas comerciais, seu desrespeito deve gerar presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado (*iuris tantum*), admitindo, portanto, prova em contrário para descaracterização da conduta”; o autor distingue, ainda, situações de “superdominância” nas quais “as chances de produção de efeitos excludentes de concorrência são exponencializadas”. Cf. DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 388, 392-393.

⁴⁴⁵ A título de exemplo, menciona-se a decisão do Cade no PA nº 08012.012740/2007-46, referente às cláusulas de raio de *shopping centers* na cidade de Porto Alegre/RS, no qual foi apontada a existência de relação assimétrica entre locadores (*shoppings*) e locatários (lojistas) e, por conseguinte, a ausência de razoabilidade nas dimensões das cláusulas impostas. Nesse sentido, cf. trecho relevante: “[...] o exercício da atividade empresarial do lojista fica limitado pelo *shopping center* locador por condições impostas no contrato de locação, que tem características de um contrato de adesão, o que suprime as estratégias de expansão ou contratação de negócios dos lojistas. [...] Eis as evidências de ausência de negociação e, por conseguinte, de confirmação da tese de cláusula de adesão imposta por *shopping centers* a lojistas. Se houvesse negociação, isto é, se houvesse contribuição dos lojistas para que se pactuasse um bom termo entre as partes, haveria algum tipo de diferença entre os contratos, diferença essa que não existe no caso concreto. Não se pode ignorar o porte do empreendimento e as necessidades de uniformização dos contratos relacionados aos seus negócios. Todavia, o problema, a meu ver, reside na rigidez desses contratos e a aplicação indiscriminada de condições díspares de negócio sobre os lojistas de menor porte e poder de barganha. Essa imposição é importante para ser cotejada com a distinção dos *loci* de negociação em que se encontram lojistas e *shopping centers*, já que, diante de uma posição desfavorável, o *player* mais forte tem incentivos de impor condições abusivas (tais como uma cláusula de raio anticompetitiva) ao *player* mais fraco. [...] Entendo que o caso concreto demanda a aplicação de medidas acessórias [...] uma vez constatada a abusividade das cláusulas, não faz sentido permitir que o particular continue a utilizar tal instrumento, tornando a conduta um ilícito continuado” (voto condutor do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior no Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, j. 31.08.2016).

simples razão de que essa prática pode causar dano à ordem econômica, conforme restou caracterizado na decisão examinada acima.

Essas considerações ligam-se ao terceiro requisito, que corresponde à demonstração da ausência de razoabilidade da prática. A esse respeito, cumprirá verificar se o agente dominante se utilizou dos meios necessários, adequados e proporcionais para o atingimento dos fins almejados pela conduta, ou seja, analisando se houve excesso ou falta de razoabilidade. O exame da ausência de razoabilidade da conduta do agente dominante constitui, portanto, um juízo de adequação e proporcionalidade entre os meios utilizados pelo agente diante dos fins por ele buscados.⁴⁴⁶ A existência de superdominância e a importância econômica e social da plataforma podem ter relevância no exame da razoabilidade quanto ao desvio de finalidade no exercício do poder econômico.⁴⁴⁷

Reputa-se importante retomar aqui algumas considerações tecidas no Capítulo 1. Defende-se que deve haver um cuidado na interpretação e na aplicação do direito concorrencial para que não se proceda ao exame meramente utilitarista dos dados pessoais, ou seja, desprovendo-os de qualquer valor normativo e condicionando a proteção de dados ao exclusivo exame da utilidade do produto ou serviço. Defende-se que a interpretação seja orientada, quanto possível, aos fins almejados pela ordem econômica constitucional. Assim, entende-se que a concepção da garantia institucional da concorrência seria de rica aplicação nesse contexto, uma vez que dá destaque, no momento interpretativo, ao exame da lealdade (deveres de informação), da garantia da existência de escolha e do equilíbrio das relações econômicas, considerando a pluralidade de interesses nas relações econômicas. Portanto, esses critérios podem orientar a interpretação da conduta sob exame.

No exame quanto à razoabilidade da conduta de imposição abusiva de política de privacidade, a LGPD pode ser tomada como parâmetro normativo, a fim de verificar em que medida há violação aos deveres de informação, associados à garantia da lealdade na atuação do agente dominante, e se existe um desequilíbrio desproporcional na relação jurídica entre o prestador dominante e o consumidor final, contrário aos interesses do último. Os parâmetros da LGPD podem indicar se a conduta do agente dominante empregou ou não meios necessários, adequados e proporcionais para as finalidades de tratamento de dados pessoais informadas, constituindo ou não exercício abusivo do poder econômico.

⁴⁴⁶ FRAZÃO, *Direito da Concorrência*, cit., p. 270; i.e., no sentido exposto na nota de rodapé nº 442, supra.

⁴⁴⁷ Como visto, esse foi um aspecto ressaltado pela decisão do BGH, supra, destacando que a rede social Facebook constituía uma infraestrutura importante de comunicação e participação da vida social.

Tomar outro diploma legal como parâmetro normativo para a verificação da razoabilidade de determinada conduta não consiste em inovação na prática decisória do Cade. É natural supor que a investigação de uma prática exija a verificação da forma e do conteúdo direito exercido, o que naturalmente imporá a confrontação com a legislação pertinente. O Cade assim procede, por exemplo, em investigações de *sham litigation* e de propriedade industrial, examinando a razoabilidade do exercício dos direitos de petição e de exclusiva a partir da confrontação com os parâmetros normativos da legislação processual, da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), bem como aqueles previstos nas cláusulas gerais de direito civil que impõem padrões de conduta.⁴⁴⁸

Entende-se que a LGPD oferece parâmetros normativos suficientes para que o Cade possa realizar uma interpretação normativa, no escopo da sua competência de apuração de infração à ordem econômica. Com efeito, há que se ter em vista que a lei brasileira foi inspirada e guarda semelhança com a legislação europeia, inclusive quanto à sistemática das bases legais (LGPD, arts. 7º e 11), as quais devem fundamentar cada uma das finalidades de tratamento de dados pessoais informadas aos titulares dos dados.

Foge à possibilidade deste trabalho elencar todas as possibilidades sobre como os parâmetros normativos da LGPD podem servir à interpretação do abuso do poder econômico. Ressalvadas as diferenças entre as leis europeia e brasileira, reputa-se que decisão da autoridade concorrential alemã, acima descrita (seção 3.2.1.1), serve ao propósito de bem ilustrar as possibilidades de interpretação e de aplicação prática dos parâmetros normativos da legislação

⁴⁴⁸ A esse respeito, por exemplo, veja-se o entendimento do Cade no precedente *Eli Lilly*: [...] o *sham litigation* está relacionado à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada, de maneira que a proteção constitucional do direito de ação não impede a constatação de abuso nem a configuração do ilícito antitruste. [...] É pacífico, portanto, na jurisprudência deste Conselho, que o direito de petição não é absoluto e não está imune à avaliação da autarquia. Isso significa que o CADE reconhece a sua competência para averiguar, se, no caso concreto, houve ou não alguma razoabilidade no exercício desse direito, ainda que a abusividade não tenha sido constatada no processo judicial ou administrativo de origem. [...] a análise da jurisprudência do CADE, demonstra que, de forma geral, *deverão ser consideradas a plausibilidade das ações, a veracidade das informações fornecidas, além da proporcionalidade dos meios utilizados*. [...] o abuso de direito não se caracteriza apenas na hipótese de ato emulativo, ou seja, quando houve a vontade deliberada de prejudicar terceiro. *O exercício dos direitos exige que sejam observados critérios de razoabilidade, além dos deveres decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva. Logo, mesmo não havendo dolo, não é possível descartar a existência de abuso de direito de petição, quando demonstrado que a representada faltou com os deveres de diligência e lealdade*. [...] Todavia, a condenação ora proposta baseia-se precisamente no enfoque do abuso de direito sustentado pela representada, ou seja, está lastreada no desvio de finalidade do direito, identificado a partir da violação objetiva do dever de cuidado e da boa-fé objetiva. Com efeito, *a forma como procedeu a representada para buscar a proteção patentária de seu produto não levou em consideração os deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, sobretudo no que toca aos deveres de informação e de diligência*.” (voto condutor da Conselheira Relatora Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91; Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos; Representados: Eli Lilly, j. 24.06.2015, grifo nosso).

de proteção de dados. Em qualquer caso, devem ser mencionadas, de modo exemplificativo e não exaustivo, algumas normas da LGPD que constituem parâmetros fundamentais para um exame de razoabilidade.

Um conjunto basilar de parâmetros está contido no art. 6º da LGPD, que elenca os princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais. Em especial, merecem destaque os princípios da *finalidade* (inciso I), *adequação* (inciso II), *necessidade* (inciso III), e *transparência* (inciso VI), que, conjuntamente, são centrais para a interpretação da regularidade do tratamento de dados. A esse respeito, confira-se o texto legal:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

[...]

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Notam-se nesses princípios critérios claros para a verificação, pela autoridade concorrencial, da adequação e razoabilidade das políticas de privacidade eventualmente impostas abusivamente, como os deveres de prestação de informações *claras e precisas* (inciso VI); de enunciação de finalidades *específicas e explícitas* (inciso I); de tratamento *compatível* com as finalidades informadas (incisos I e II); entre outros.

Merece especial atenção o *princípio da necessidade* (inciso III), que determina a limitação do tratamento de dados pessoais ao mínimo necessário para se alcançar a finalidade informada. A partir dele seria possível caracterizar eventual infração do agente dominante, consubstanciada pela coleta excessiva e desproporcional de dados pessoais, que lhe confira vantagem competitiva indevida.

Quanto às *bases legais* de tratamento (cujas regras devem ser lidas conjuntamente com os princípios acima), de modo semelhante à sistemática europeia, a LGPD elenca requisitos específicos (relembre-se, exigidos para que o tratamento de dados referente a cada finalidade informada possa ser considerado regular). Os critérios da lei brasileira quanto a algumas das

bases legais (por exemplo, *consentimento* e *legítimo interesse*⁴⁴⁹) assemelham-se àqueles do RGPD, mencionados de modo exemplificativo na decisão da autoridade alemã. Daí por que se entende que a LGPD oferece parâmetros normativos suficientes para amparar o exame de razoabilidade quanto a eventual conduta anticompetitiva caracterizada pela exploração abusiva de dados pessoais.

É importante retomar aqui o conceito de negociação compulsória desenvolvido por Calixto Salomão Filho. A *coerção jurídica*, mencionada anteriormente, caracteriza-se pelo fato de que o consumidor é levado a praticar ato jurídico (no caso, aceitar os termos do serviço) que em outras situações não praticaria.⁴⁵⁰ Aduz o autor que a “verdadeira fonte jurídico-concorrencial da coerção é a dependência econômica”, caracterizada pela inexistência de alternativas razoáveis e suficientes para o consumidor sujeito à negociação compulsória.⁴⁵¹ A inexistência de alternativas “não é determinada a partir das preferências subjetivas de determinado agente econômico, mas baseada em rica casuística que permite a determinação empírica da inexistência objetiva de alternativas”.⁴⁵² Entende-se que os exemplos desenvolvidos pelo autor, aplicáveis a qualquer situação de negociação compulsória, seriam perfeitamente cabíveis à situação ora examinada e poderiam auxiliar na demonstração da falta de razoabilidade da prática em tela.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Mencionam-se alguns critérios da LGPD que corroboram o argumento, aqui defendido, de que existem parâmetros normativos que poderiam ser considerados na interpretação, pelo direito da concorrência, de eventual conduta abusiva. Nesse sentido, veja-se. O *consentimento* (LGPD, art. 7º, I) somente é considerado regular quando constitui manifestação *livre, informada e inequívoca* pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (LGPD, art. 5º XII). De outro lado, o consentimento deverá referir-se a finalidades *determinadas*, e as *autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas* (LGPD, art. 8º, § 4º). Essas regras oferecem, portanto, exemplos de parâmetros correlatos aos que foram levados em consideração na decisão do caso *Facebook*. A base legal do *legítimo interesse*, por exemplo, poderá ser fundamentada, conforme a LGPD, quando o tratamento de dados for necessário para atender aos interesses legítimos do controlador, *exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais* (LGPD, art. 7º, IX). O *legítimo interesse* do controlador somente poderá fundamentar o tratamento de dados para *finalidades legítimas*, consideradas a partir de *situações concretas* (LGPD, art. 10, *caput*), e considerando os dados *estritamente necessários* para a finalidade pretendida (LGPD, art. 10, § 1º).

⁴⁵⁰ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 506.

⁴⁵¹ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 507.

⁴⁵² SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 508.

⁴⁵³ SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, cit., p. 508-513. A conduta pode ser classificada como *dependência absoluta*, na tipologia de negociação compulsória desenvolvida por Salomão Filho. Uma primeira espécie de dependência absoluta está relacionada ao *poder no mercado*: “a forma de coerção dá-se através do exercício do poder econômico”, ou seja, “[e]m face de ausência de concorrência, isto é, da impossibilidade de escolha no mercado do produto primário e da inviabilidade de sua substituição, o consumidor ou agente econômico se vê constringido a aceitar o produto secundário vinculado à aquisição do bem principal”. A segunda espécie de dependência absoluta se vincula às *deficiências de informação*, quando o consumidor é obrigado a adquirir um serviço do mercado secundário e não tem informação suficiente para avaliar os custos associados a isso. Trata-se de situações tipicamente relacionadas a produtos primários que são vinculados a serviços de manutenção ou de reposição. Nesse sentido, “[a] totalidade ou grande parcela dos consumidores

Nota-se que o mesmo racional de negociação compulsória – pode-se sustentar – embasou a decisão da autoridade concorrencial alemã, a partir da constatação de que o poder econômico do Facebook implicava ausência de alternativas, ou seja, os consumidores não tinham qualquer escolha, senão aceitar os termos, configurando-se aí a coerção jurídica na acepção exposta. Os parâmetros normativos da LGPD foram instrumentais a essa conclusão. Como apontou a decisão do Tribunal Federal, a partir da pesquisa empírica realizada pela autoridade concorrencial, era razoável supor que parte relevante dos usuários, caso tivessem opção, escolheriam não se submeter à coleta excessiva de dados. Sob essa perspectiva, a manutenção da escolha e a consideração da pluralidade de interesses constituíram valores relevantes para a garantia institucional da concorrência.

O último requisito se refere ao nexos de causalidade entre a posição dominante, a conduta e os seus efeitos. A respeito, concorda-se com o entendimento de Roberto Pfeiffer, para quem é “imprescindível a demonstração do nexos de causalidade entre a posição dominante e a prática da conduta, ou seja, a de que a conduta foi possível de ser praticada e de gerar efeitos anticoncorrenciais em razão da incidência de posição dominante”.⁴⁵⁴

Conforme visto na análise das decisões do caso *Facebook*, um dos pontos de controvérsia foi o padrão de prova exigido quanto ao nexos de causalidade entre a posição dominante e a conduta. À luz dos posicionamentos expostos,⁴⁵⁵ a posição da autoridade concorrencial alemã, confirmada pelo Tribunal Federal de Justiça, parece a mais acertada. Isso, porque a exigência de um nexos de causalidade “estrito”, além de desnecessário, poderia tornar a prova da relação causal praticamente impossível. De outro lado, a comprovação da chamada “causalidade normativa” parece suficiente para demonstrar o abuso do poder econômico, ou seja, desde que haja a demonstração de que os efeitos da conduta sobre a ordem econômica decorreram justamente da posição dominante. Essa leitura parece, defende-se aqui, compatível com a sistemática do art. 36 da Lei 12.529/2011.⁴⁵⁶

não chega sequer a cogitar dos custos de manutenção no momento da aquisição de um bem de consumo. Não têm possibilidade de saber qual a frequência e nem o preço da manutenção, o que depende de cálculos complexos, que só o próprio produtor ou algum ‘consumidor profissional’ pode fazer”. Outra hipótese de dependência absoluta está associada às *redes com retornos crescentes de escala*. Nesse sentido, por exemplo, “[o] agente econômico, ao introduzir seu novo produto principal com nova tecnologia (realmente nova, trazendo acréscimo de utilidade para o consumidor), cria produto acessório, sendo só ele compatível com o produto principal”.

⁴⁵⁴ PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 204.

⁴⁵⁵ Para a distinção entre causalidade estrita e normativa, cf. notas de rodapé n.ºs. 368 e 400, supra.

⁴⁵⁶ Essa posição vai em sentido semelhante à exposta por Pfeiffer. Nesse sentido: “não é qualquer conduta relacionada com a coleta e tratamento inadequados de dados pessoais que será passível de enquadramento como abuso de posição dominante, mas somente aquela que foi praticada e cujos efeitos possam repercutir sobre a concorrência em decorrência do poder de mercado, já que se existissem diversos concorrentes efetivos

Um último aspecto, mais controverso e com diferentes nuances, diz respeito à necessidade de demonstração ou não de efeitos potenciais (ou concretos) sobre a concorrência para a configuração do abuso de posição dominante na forma do art. 36, IV da Lei 12.529/2011.⁴⁵⁷ Em outras palavras, bastaria a comprovação de uma conduta abusiva “puramente” exploratória de coleta excessiva de dados pessoais ou há que se demonstrar também a potencial restrição à concorrência?

Ao menos duas correntes podem ser vislumbradas para responder essa questão: a primeira sustentaria que a coleta excessiva de dados, em violação à legislação, por agente dominante, por si só, configuraria o *abuso* do poder econômico; a seu turno, a segunda, a partir de uma interpretação teleológica do art. 36 da Lei 12.529/2011, sustentaria que seria necessário apontar-se alguma consequência concorrencial, mesmo que potencial, não necessariamente capitulada nos incisos I e II do art. 36 (por exemplo, uma vantagem concorrencial obtida pelo agente dominante).⁴⁵⁸

Essa questão foi exposta e analisada por Roberto Pffeifer, que se filia ao segundo entendimento. O autor defende que o apontamento dos efeitos concorrenciais, mesmo que potenciais, também serve ao propósito de afastar o risco de *bis in idem*, conferindo maior segurança jurídica à decisão da autoridade concorrencial. Portanto, seria suficiente, para ele, a demonstração de que a conduta, no mínimo, confere uma vantagem competitiva.⁴⁵⁹

A bem da verdade, entende-se ser difícil imaginar uma conduta, de relevância econômica, praticada por agente dominante em mercados movidos a dados pessoais, que não tenha o potencial para produzir efeitos concorrenciais, por exemplo, conferindo uma vantagem competitiva, criando ou reforçando a posição dominante, facilitando a alavancagem do poder, elevando barreiras à entrada e à expansão de rivais, excluindo concorrentes, seja no próprio

o consumidor teria a opção de não se submeter à exploração. Imaginemos que uma plataforma que tenha uma posição dominante que seja tão pronunciada que alcance uma situação de quase monopólio. Na prática não haveria outra opção ao consumidor que desejasse o acesso ao serviço prestado com quase exclusividade pela plataforma quase monopolista do que expressar o seu consentimento (forçado) com a coleta e tratamento de seus dados. Porém, que não se está afirmando que sem a posição dominante seria impossível praticar a conduta. Por exemplo, na questão do consentimento compulsório, é possível sim que empresa sem posição dominante pratique a conduta. Porém, é intuitivo que com isto provavelmente perderá os consumidores que não queiram dar consentimento e, assim, mudem de plataforma. [...] a posição dominante possibilita a imposição da conduta sem o risco – ou com o risco extremamente mitigado – de perda substancial de usuários que não expressariam o consentimento se não fossem obrigados.” (PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 204-205).

⁴⁵⁷ PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 205-208.

⁴⁵⁸ PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 206.

⁴⁵⁹ PFEIFFER, *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*, cit., p. 207.

mercado da conduta, seja em mercados adjacentes ou em outros lados da plataforma, se for o caso.

Em outras palavras, excetuando-se possíveis casos em que os dados pessoais têm papel lateral nos modelos de negócios dos agentes dominantes – aspecto sujeito a uma análise factual e caso a caso –, parece improvável que, nos mercados movidos a dados pessoais, as condutas abusivas envolvendo dados pessoais tenham efeitos puramente exploratórios. Relembre-se, novamente, que o caso *Facebook* não constituiu uma conduta puramente exploratória, uma vez que os efeitos anticompetitivos foram delineados.

Assim, entende-se razoável a posição defendida pela necessidade de apontamento de efeito anticompetitivo – por exemplo, uma vantagem concorrencial –, mesmo que potencial, como forma de conferir maior segurança jurídica à decisão da autoridade concorrencial, evitando-se, assim, questionamento relacionado a *bis in idem*, quando a mesma conduta constituir ilícito sob outro diploma, como o CDC ou a LGPD.

Em conclusão, responde-se afirmativamente à questão do início da seção, reputando-se possível que a conduta de imposição de condições contratuais, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, configure abuso de posição dominante, na forma do art. 36, IV da Lei 12.529/2011. A depender das circunstâncias, seria possível, ainda, a tipificação nos incisos I e II do mesmo dispositivo.

3.2.2 O desenho de tecnologias e arquiteturas de informação restritivas à concorrência sob a alegação de proteção à privacidade: a necessária compatibilização entre concorrência e proteção de dados pessoais

A presente seção examina uma modalidade de conduta anticompetitiva relacionada à examinada no caso *Facebook*, porém, com contornos distintos. Ao invés de produzir um resultado econômico de coleta excessiva de dados pessoais, a conduta restringe a coleta de dados pessoais, valendo-se do argumento de proteção à privacidade.

Essa prática tem sido observada por meio do desenho de tecnologias e arquiteturas de informação que, almejando atender à demanda por produtos e serviços mais protetivos à privacidade, podem ter o condão de causar restrições à concorrência. Nesses casos, parece importante que a autoridade concorrencial considere os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais a fim de verificar em que medida a prática seria adequada, proporcional e necessária para as finalidades almejadas.

Daí que, nesses casos, parece ganhar força o argumento, exposto pela dissertação, quanto à importância de compatibilizar os objetivos do direito da concorrência e da proteção de dados pessoais, de modo a maximizar os benefícios à concorrência e aos consumidores finais. Os casos que serão expostos a seguir, referentes a condutas de Apple e Google, ilustram essa perspectiva, oferecendo reflexões práticas de interpretação e aplicação.

3.2.2.1 *Caso Apple na França: a implementação da tecnologia App Tracking Transparency (ATT) no sistema operacional iOS*

O caso decorre do anúncio, pela Apple, em 22 junho de 2020, da introdução da funcionalidade denominada *App Tracking Transparency* (ATT) no seu sistema operacional iOS. Com essa funcionalidade, hoje em plena operação, o usuário do iPhone, quando abre um aplicativo de terceiro – não Apple –, é apresentado a uma janela, do sistema iOS, solicitando o seu consentimento para que o referido aplicativo possa realizar o seu rastreamento pelo celular, geralmente para fins de publicidade personalizada. Desse modo, a partir de um pequeno texto na janela explicando o propósito do rastreamento, informado pelo desenvolvedor do aplicativo à Apple, o usuário tem duas opções: negar o rastreamento pelo aplicativo ou permiti-lo.⁴⁶⁰ De acordo com a Apple, a medida objetiva a proteger a privacidade dos usuários do sistema operacional e, como se depreende, o consumidor teria ganho poder de escolha sobre a disposição dos seus dados pessoais.

Em 23 de outubro de 2020, associações do setor de publicidade apresentaram uma denúncia perante a autoridade concorrencial francesa, argumentando que a implantação da funcionalidade ATT e a obrigação imposta aos desenvolvedores de aplicativos de se submeterem a ele constituiria abuso de posição dominante da Apple, consubstanciado pela imposição de condições comerciais não equitativas (desleais).⁴⁶¹ O abuso seria caracterizado pelo fato de que a solicitação, conforme argumentado, não seria necessária nem proporcional para atingir o objetivo perseguido pela Apple de proteger a privacidade dos usuários.⁴⁶²

Os denunciantes alegaram que os desenvolvedores de aplicativos já estariam sujeitos ao RGPD, de modo que a implantação da solicitação ATT não se justificaria, na medida em que

⁴⁶⁰ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021* (Representantes: Interactive Advertising Bureau France, Mobile Marketing Association France, Union Des Entreprises de Conseil et Achat Media, e Syndicat des Régies Internet; Representada: Apple). 2021, p. 3.

⁴⁶¹ Art. 102(a) do TFUE. Ademais, a denúncia também acusou a Apple da prática de abuso de posição dominante tipificada no art. 102(d) do TFUE.

⁴⁶² FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021...*, cit., p. 3.

a legislação já garantiria um nível adequado de proteção. Além disso, a solicitação ATT introduziria ineficiências em detrimento dos desenvolvedores, ao adicionar uma camada de solicitação.⁴⁶³ A denúncia apontou, ainda, que a introdução do ATT limitaria a capacidade dos desenvolvedores de fornecer publicidade personalizada e de medir a eficácia dos anúncios. Argumentaram que isso beneficiaria, de outro lado, a atividade publicitária da Apple. Ademais, o financiamento por meio de publicidade, modelo predominante no setor, poderia mudar para outro, financiado pelo pagamento dos usuários. De acordo com os denunciantes, a Apple teria interesse em incentivar essa mudança, na medida em que recebe comissões de até 30% pelos pagamentos no seu ecossistema. Desse modo, consideravam que a implementação da solicitação ATT teria um impacto significativo em suas atividades, uma vez que a taxa de aceitação dos usuários à solicitação ATT, estimava-se, deveria ser reduzida para um percentual em torno de 10 a 20%. Alguns agentes do setor esperariam, com isso, uma queda na receita no iOS no patamar de 50%.⁴⁶⁴

Assim, a denúncia requereu a imposição de medida preventiva para suspender a implementação do ATT, até a decisão final da autoridade concorrencial, e que a Apple fosse obrigada a negociar com os atores do setor de publicidade digital, a fim de encontrar uma solução razoável para a obtenção do consentimento dos usuários para fins de rastreamento, cumprindo os requisitos da legislação europeia de proteção de dados, de modo a melhor compatibilizar os interesses dos consumidores e da concorrência.⁴⁶⁵

A autoridade concorrencial francesa proferiu decisão, em juízo de cognição sumária, em 17 de março de 2021, negando a medida preventiva pleiteada. Até a conclusão da presente dissertação, não houve decisão final da autoridade concorrencial referente ao caso. De qualquer modo, a decisão é importante para a análise, porquanto aborda diversos pontos importantes para o tema desta dissertação.

A autoridade concorrencial apontou que não havia indícios suficientes, até aquele momento, que apontassem para uma conduta abusiva. Não vislumbrou que a introdução da solicitação ATT pudesse ser capaz de impor restrições excessivas ou desproporcionadas à atividade dos desenvolvedores de aplicações, de modo a constituir uma restrição não equitativa na aceção da lei concorrencial europeia. Observou, ainda, que a Apple já possuía um

⁴⁶³ Ibid., p. 21.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 22.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 3-4.

histórico⁴⁶⁶ de estratégias comerciais voltadas à proteção da privacidade dos usuários no sistema iOS, de modo que, a princípio, tratar-se-ia de uma política comercial legítima da empresa.⁴⁶⁷

As conclusões da decisão sumária foram embasadas, de modo decisivo, pelo parecer da autoridade francesa de proteção de dados pessoais (Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL), emitido a pedido da autoridade concorrencial e juntado aos autos da investigação, examinando a adequação da funcionalidade introduzida.

A CNIL considerou que os meios empregados no desenho da janela do consentimento do ATT constituíam uma forma simples e clara para permitir ao usuário expressar, facilmente, recusa ou consentimento. A redação utilizada pela Apple no âmbito da solicitação ATT seria neutra e não permitiria estabelecer que uma opção seria preferida em detrimento da outra. A CNIL também destacou ser favorável à menção à palavra “rastreamento” contida na janela, entendendo que a informação seria essencial para permitir ao usuário tomar conhecimento que o processamento de dados seria destinado à formação de perfil comportamental. O parecer também concordou com o fato de as janelas aparecerem individualmente, para cada aplicativo aberto pelo usuário.⁴⁶⁸

Ademais, a CNIL apontou que a legislação europeia de proteção de dados não proibia que o desenho de qualquer *software* contenha, ou mesmo imponha, uma janela para que os usuários realizem escolhas. Pelo contrário, a legislação encoraja – relembre-se, como também ocorre no Brasil⁴⁶⁹ – que o desenho das aplicações leve em consideração, desde a concepção, o direito à proteção de dados, para que todos os agentes econômicos da cadeia de processamento de dados possam cumprir os requisitos legais. A CNIL considerou que a funcionalidade poderia apresentar um benefício real aos usuários e aos desenvolvedores: aos primeiros, oferecendo maior controle sobre os seus dados e permitindo expressar suas escolhas; aos segundos,

⁴⁶⁶ De acordo com a Autorité de la Concurrence, a proteção dos dados pessoais estava inserida numa estratégia de longo prazo da Apple, que, no passado, implementou medidas que permitiram uma proteção reforçada dos dados pessoais dos usuários (por exemplo, por meio da encriptação de dados específicos do iPhone) e melhor controle dos dados pessoais. A decisão menciona que, em 2005, a Apple implementou um modo de navegação privada em seu navegador de internet (Safari) para permitir que seus usuários bloqueassem *cookies* por padrão. Em 2017, a Apple implementou o sistema de Prevenção Inteligente de Rastreamento (ITP – *Intelligent Tracking Prevention*) no Safari para detectar e excluir *cookies* de terceiros em determinadas circunstâncias (FRANÇA, *ibid.*, p. 33).

⁴⁶⁷ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021...*, cit., p. 4.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 17-18.

⁴⁶⁹ LGPD, art. 46, § 2°.

dotando-os de uma ferramenta simples para obter o consentimento e cumprir a legislação de proteção de dados.⁴⁷⁰

No mérito da decisão, a autoridade concorrencial lembrou que a adoção de uma política de proteção do consumidor por uma plataforma dominante não seria, por si só, um comportamento anticompetitivo, uma vez que se insere na liberdade de iniciativa da empresa, a qual está livre para estabelecer regras adicionais para além da legislação. No entanto, a liberdade de que goza o agente dominante para definir essas regras, apontou a decisão, não o exime da obrigação de implementá-las em condições objetivas, transparentes e não discriminatórias.⁴⁷¹

Um aspecto que poderia indicar a legitimidade da funcionalidade, na visão da autoridade concorrencial, foi o fato de que a tecnologia implementada parecia atender a uma demanda crescente dos consumidores franceses por proteção à privacidade. A decisão mencionou, como exemplo, uma pesquisa⁴⁷² do Instituto Francês de Opinião Pública (IFOP), encomendada pela CNIL, a qual apontou que 70% dos respondentes consideravam fundamental que as empresas do setor de publicidade online obtivessem o seu consentimento antes de utilizarem os dados pessoais de navegação, obtidos via rastreadores.⁴⁷³

A decisão da autoridade concorrencial, concordando com o parecer da CNIL, considerou bastante positivo o fato de que os usuários, ao disporem de uma funcionalidade que lhes permite realizar escolhas distintas, por aplicativo, têm a chance de fazê-las levando em conta os desenvolvedores de aplicativos que conheçam mais e que têm maior confiança, o que pode resultar em taxas de aceitação mais elevadas à solicitação ATT.⁴⁷⁴ Ademais, a autoridade concorrencial ressaltou que os desenvolvedores poderão personalizar, em parte, o texto da solicitação, a fim de explicar os motivos pelos quais desejam rastrear os usuários, a fim de convencê-los a aceitar a solicitação. Esses aspectos, ao lado de outros já mencionados, apontariam no sentido de que a funcionalidade não parecia excessiva nem desproporcional, seja em relação aos interesses dos consumidores, que desejavam maior controle e proteção dos dados pessoais, seja em relação aos desenvolvedores, inclusive aqueles que financiavam as suas atividades com base em publicidade personalizada.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021...*, cit., p. 18.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁷² IFOP. *Les français et la réglementation en matière de cookies*. 14 jan. 2020. Disponível em: <ifop.com/publication/les-francais-et-la-reglementation-en-matiere-de-cookies/>. Acesso em: 1 dez. 2022.

⁴⁷³ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021...*, cit., p. 33.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 34-35.

A autoridade concorrencial também afastou a alegação dos denunciantes de que a solicitação do ATT não possibilitaria a obtenção do consentimento dos usuários em conformidade com os requisitos do RGPD. A decisão apontou que a funcionalidade não era apresentada pela Apple como um meio necessário para a obtenção do consentimento em conformidade com a referida lei. De modo distinto, a tecnologia foi veiculada tão somente como medida adicional destinada a assegurar uma proteção extra do usuário, sem a pretensão de substituir o consentimento válido que deveria ser obtido pelas empresas para a coleta e o processamento dos dados. Assim, a autoridade concorrencial concluiu que a funcionalidade foi projetada para complementar as interfaces já utilizadas pelos desenvolvedores e para permitir que os usuários possam fazer uma escolha mais informada.⁴⁷⁶

Um aspecto bastante importante, suscitado pela denúncia, foi a alegação de autopreferência (*self-preferencing*) na obtenção do consentimento do usuário para os próprios serviços de publicidade da Apple, em contraste ao tratamento conferido pela empresa aos desenvolvedores de aplicativos. A denúncia alegou que a janela ATT não aparecia para os serviços de publicidade da Apple, ficando a escolha escondida nas configurações do iPhone, onde as opções ficavam ativadas (*opt-in*) por padrão.⁴⁷⁷ Embora a autoridade não tenha encontrado indícios suficientes na decisão sumária em relação à discriminação, infere-se que essa alegação é uma das mais fortes que pesam contra a Apple, de modo que, conforme consta, será objeto de aprofundamento pela investigação.

É interessante notar que, em 4 de janeiro de 2023, a própria CNIL proferiu decisão⁴⁷⁸ multando a Apple em 8 milhões de euros, apontando que a empresa não obteve adequadamente o consentimento dos usuários do iPhone para realizar o rastreamento associado à sua loja de aplicativos. A decisão apontou justamente que as configurações de rastreamento, para fins de publicidade, como dito, ficavam ativadas por padrão no sistema, de modo que o usuário precisava realizar muitas ações para desativar a configuração. A prática pode denotar a exploração do viés comportamental do consumidor (*status quo bias* ou *default bias*), o que pode constituir um indício forte de autopreferência, em contradição ao tratamento conferido pela Apple a terceiros na sua funcionalidade ATT.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 35.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 4, 21.

⁴⁷⁸ FRANÇA. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. *Advertising ID: Apple Distribution International fined 8 million euros*. 4 jan 2023. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/en/advertising-id-apple-distribution-international-fined-8-million-euros>>. Acesso em: 5 jan. 2023.

Em conclusão, o caso perante a autoridade concorrencial francesa, embora não tenha sido concluído até o término da dissertação, demonstra a intrincada relação que pode existir entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais. Os critérios substantivos da proteção de dados pessoais foram determinantes para avaliar a adequação e a proporcionalidade da medida implementada pela Apple, prevalecendo o entendimento, ao menos no momento da decisão sumária, de que a proteção de dados pessoais deve ter preponderância, porquanto proporciona mais benefícios aos consumidores.

O elemento da garantia da lealdade, relacionado à transmissão de informação e conhecimento ao consumidor no processo competitivo, bem como a garantia da existência de escolhas, aspectos ressaltados pela dissertação, como notado, constituem aspectos bastante presentes no caso e estão intimamente relacionados à proteção de dados pessoais, tornando esta decisão exemplificativa quanto à aplicação prática dos conceitos.

Evidentemente que, sob o ponto de vista da garantia institucional da concorrência, não se pode ter uma visão ingênua de que, somente por causa de mais escolhas dentro da plataforma, sobre a disposição dos dados, em uma perspectiva estática, o consumidor terá efetivamente ganho poder de escolha a longo prazo, em uma perspectiva dinâmica. Isso, porque, caso a plataforma se torne dominante (em mercado adjacente) em decorrência do desenho da tecnologia no mercado de origem (oferecendo mais escolhas de proteção, porém, que reforçam ou alavancam o próprio poder de mercado), pode haver perda de escolha pela própria eliminação de concorrência. Disso decorre a importância de examinar e balancear os interesses da concorrência e da proteção de dados pessoais.

Reputa-se que será interessante acompanhar, portanto, o desfecho da investigação perante a Autorité de la Concurrence, notadamente quanto à conclusão pela existência ou não de autopreferência pela Apple. Novamente, os parâmetros da legislação de proteção de dados poderão exercer uma influência normativa na análise material da autoridade concorrencial, a fim de identificar se a Apple, de modo desproporcional, utilizou um padrão mais frouxo de proteção de dados pessoais em relação à própria plataforma, em prejuízo à concorrência. A decisão da CNIL, mencionada acima, poderá reforçar esse entendimento.

3.2.2.2 Caso Google no Reino Unido: a descontinuação dos cookies de terceiros no navegador Chrome

O caso consiste em uma investigação aberta pela autoridade concorrencial britânica (CMA) contra o Google, em 7 de janeiro de 2021, por suspeita de abuso de posição dominante, em decorrência do projeto denominado *Privacy Sandbox*, anunciado pela empresa em 22 de agosto de 2019, o qual tem por objetivo descontinuar os *cookies* de terceiros do navegador Chrome (que pertence ao Google), substituindo-os por um conjunto de funcionalidades a ser desenvolvido pela empresa, visando, conforme alegado, a garantir maior proteção à privacidade dos usuários na navegação pela internet.

As preocupações da autoridade concorrencial britânica, que justificaram a abertura da referida investigação, estão relacionadas ao fato de que o Google é dominante em diversos mercados digitais e de publicidade online.

No mercado de buscadores, possui participação acima de 90%. Ademais, também possui significativa fatia em toda a cadeia de distribuição de publicidade online: no Reino Unido, responde por cerca de 50-60% do mercado das plataformas do lado dos anunciantes (*demand side platforms* – DSPs) e do mercado das plataformas do lado dos editores (*supply side platforms* – SSPs), e detém cerca de 90% de participação no mercado servidores para anúncios.⁴⁷⁹ A seu turno, no mercado de navegadores, por meio do navegador Chrome, alcançou, em 2021, participação de 60% (computadores) e 40% (celulares) no Reino Unido, ou, respectivamente, 67% e 63% no mundo.⁴⁸⁰

O funcionamento da publicidade digital⁴⁸¹ depende, atualmente, da capacidade das empresas identificarem e rastrearem os usuários por meio de *cookies* de terceiros, por sua vez atrelados aos navegadores de internet.⁴⁸²

Os *cookies* de terceiros são utilizados para entrecruzar os dados dos usuários entre diferentes domínios da internet, razão pela qual permitem identificar e rastrear os indivíduos assertivamente, a fim de veicular propaganda online segmentada de acordo com o perfil de navegação. Ocorre que os *cookies*, especialmente os de terceiros, inseridos no navegador de

⁴⁷⁹ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 15-16.

⁴⁸⁰ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 23.

⁴⁸¹ Refere-se aqui, conforme afirmou a CMA, à publicidade gráfica de exibição aberta (*open display advertising*), ou seja, a publicidade veiculada, por exemplo, em sites de notícias e aplicativos. Não deve ser confundida com a publicidade veiculada por plataformas próprias (e.g., Facebook), nem com a publicidade veiculada em buscadores.

⁴⁸² REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 16.

internet, sempre suscitaram preocupações quanto à privacidade e conformidade com a legislação de proteção de dados.⁴⁸³ Para além disso, parte dos usuários, mais informados, passaram a buscar alternativas para bloquear o rastreamento, ao passo que parte da concorrência (i.e., navegadores como Safari, Firefox e Brave) também decidiu bloquear os *cookies* de terceiros. É nesse contexto, atento às mudanças no lado da demanda, que o Google anunciou que reformularia a tecnologia de rastreamento associada ao seu navegador.

Com o anúncio da descontinuação dos *cookies* de terceiros – incluindo concorrentes do Google no ecossistema de publicidade online –, surgiram imediatas preocupações de que a mudança poderia fortalecer a posição do Google em diversos mercados, em prejuízo da concorrência e dos consumidores. Isso, porque o Google não seria dependente dos *cookies* de terceiros, uma vez que consegue segmentar detalhadamente os usuários por meio das suas diversas plataformas e serviços, de modo que poderia continuar veiculando com alto desempenho anúncios segmentados.⁴⁸⁴ Por outro lado, todos os outros agentes de mercado (editores, anunciantes e intermediários) ficariam sem dados granulares para direcionar ou obter propaganda segmentada, especialmente considerando que muitos não são verticalizados, o que acabaria, em última instância, canalizando investimentos de publicidade para o próprio Google.⁴⁸⁵

Com a abertura da investigação de posição dominante, a autoridade concorrencial britânica expressou preocupações, em resumo, quanto ao potencial dano da mudança de tecnologia no que concerne (i) à concorrência nos mercados da cadeia de distribuição de publicidade online; (ii) à possibilidade de autopreferência pelo Google; e (iii) à imposição de condições injustas de processamento de dados aos usuários do Chrome.⁴⁸⁶

Interessa ao trabalho, em especial, o último ponto, mais relacionado à capacidade de o Google impor condições injustas de coleta e processamento de dados pessoais com a mudança tecnológica. A esse respeito, a CMA apontou que o Google poderia, aproveitando-se da mudança, abusar da posição dominante inviabilizando que os usuários pudessem ter uma escolha efetiva sobre *se e como* seus dados pessoais seriam processados para a finalidade de receberem publicidade direcionada na internet.⁴⁸⁷

⁴⁸³ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 4-5.

⁴⁸⁴ REINO UNIDO, *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 295.

⁴⁸⁵ REINO UNIDO, *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 294-295.

⁴⁸⁶ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 18.

⁴⁸⁷ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 53.

A abertura da investigação constitui desdobramento direto do amplo e profundo *market study*⁴⁸⁸ conduzido pela CMA, entre 2019 e 2020, com foco na atuação do Google e Facebook e o mercado de publicidade online. No relatório final⁴⁸⁹, de 1º de julho de 2020, a CMA apontou significativas preocupações com a superdominância do Google em diversos mercados de publicidade online. A autoridade havia manifestado apreensão com o projeto de descontinuação dos *cookies* de terceiros do navegador Chrome, afirmando que poderia abrir investigação para apurar infração concorrencial.⁴⁹⁰

Daí que a investigação de abuso de posição dominante deve ser entendida como uma continuação da apuração iniciada no *market study*.⁴⁹¹ Por isso, é importante retomar alguns aspectos relevantes desse relatório diretamente relacionados ao tema.

O relatório concluiu que o Google está protegido por vantagens de incumbência tão fortes (efeitos de rede, economias de escala e acesso incomparável a dados de usuários) que os potenciais rivais não podem mais competir em igualdade de condições. A fraca concorrência nos mercados de publicidade digital, entendeu a autoridade, acaba causando o aumento de preços de bens e serviços em toda a economia, ao passo que os consumidores acabam fornecendo mais dados pessoais do que gostariam.⁴⁹²

A partir do relatório, produzido em colaboração com a autoridade britânica de proteção de dados pessoais (Information Commissioner's Office – ICO), emergiu a forte constatação, pelas autoridades, da interdependência das preocupações do direito da concorrência e da proteção de dados pessoais, desencadeando a necessidade de se encontrar uma solução conjunta e alinhada.

A apuração da CMA concluiu que plataformas dominantes, como o Google, tem incentivos em usar a legislação de proteção de dados pessoais como justificativa para restringir o acesso de terceiros a dados pessoais⁴⁹³, retendo-os no próprio ecossistema, de modo a

⁴⁸⁸ O *market study* constitui um tipo de instrumento estatutário da legislação britânica que confere poderes investigatórios à CMA, para que possa identificar problemas de mercado e apontar recomendações e soluções regulatórias e concorrenciais, independentemente de qualquer acusação formal. A partir dele é possível obter uma visão geral do funcionamento do mercado e das suas falhas, o que permite melhor embasar intervenções públicas subsequentes. Nesse sentido, cf. DUNNE, Niamh. *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 279, 293.

⁴⁸⁹ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising* (market study final report). 2020.

⁴⁹⁰ REINO UNIDO, *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 436.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 20.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 16, 194. De acordo com a CMA, possíveis exemplos de limitação do acesso de terceiros a dados pessoais seriam (i) a remoção do Google dos dados de registro de data e hora das solicitações de lance (relacionadas às requisições automatizadas de anúncio), o que pode prejudicar a capacidade dos editores de

consolidar sua vantagem competitiva e entrincheirar o seu poder de mercado. O Google estaria atuando com capacidade “quase-regulatória” em relação ao padrão de proteção de dados, estabelecendo regras para todos os participantes do mercado, e a descontinuação dos *cookies* do navegador Chrome seria justamente um exemplo disso.⁴⁹⁴ Por outro lado, dentro dos seus próprios ecossistemas, segundo a CMA, plataformas como o Google adotariam uma visão mais permissiva quanto à legislação de proteção de dados pessoais, ou seja, combinando e compartilhando dados pessoais extensivamente entre seus próprios serviços e funcionalidades.

Em seu anúncio público em relação à mudança, o Google havia indicado que desenvolveria mecanismos com padrões abertos para atender às necessidades dos anunciantes e editores.⁴⁹⁵ Entretanto, a autoridade concorrencial considerou que, ainda assim, mesmo que as novas funcionalidades permitam a segmentação de perfil de modo menos assertivo, teriam o potencial de transformar o navegador Chrome no principal gargalo da tecnologia para anúncios, fortalecendo a posição do Google no centro do ecossistema de publicidade digital.⁴⁹⁶

Transcorreu rápido decurso de tempo, portanto, entre a conclusão do *market study* e a abertura da investigação por abuso de posição dominante em face do Google. As autoridades britânicas de concorrência e de proteção de dados pessoais continuaram colaborando na investigação em face do Google e em um contexto mais amplo, com repercussões diretas e imediatas sobre o caso.

Em 19 de maio de 2021, ambas as autoridades, CMA e ICO, emitiram uma declaração pública bastante representativa sobre os objetivos comuns perseguidos pelo direito da concorrência e pela proteção de dados pessoais. As autoridades declararam que entendem haver significativas sinergias entre as duas áreas, podendo ser conciliadas a fim de concretizar os objetivos comuns de ambas as políticas públicas.⁴⁹⁷

competir efetivamente no mercado de exibição aberta (*open display*); e (ii) a decisão do Google de impedir que os IDs de usuário DoubleClick (que pertence ao Google) sejam acessados por compradores de anúncios, o que poderia impedir “a capacidade dos anunciantes de fazer uso de modelagem de atribuição independente e medição multiplataforma de alcance e frequência” (tradução livre). A CMA ponderou que esses exemplos, entretanto, poderiam representar uma abordagem cautelosa do Google, mas que deve ser contrastada com o rigor aplicado no compartilhamento de dados dentro do seu próprio ecossistema.

⁴⁹⁴ REINO UNIDO, *Online platforms and digital advertising...*, cit., p. 16.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 294.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 296.

⁴⁹⁷ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner’s Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. 2021, p. 26-27. Importante colacionar o quanto afirmado pelas autoridades: “No geral, nossa opinião é a de que os mercados digitais competitivos, com uma regulação de proteção de dados apropriada e bem direcionada, devem ajudar a levar aos seguintes resultados pró-privacidade e pró-concorrência: (i) os usuários têm informações claras sobre quais dados pessoais são coletados e como são usados, e podem tomar uma decisão informada sobre a aceitação dos termos oferecidos pelas plataformas para uso dos seus dados pessoais; (ii) a arquitetura de escolha e as

O documento é bastante relevante, uma vez que, como se infere, trata-se de declaração de princípios apontando qual será a abordagem de *enforcement* das autoridades e as expectativas quanto à atuação do Google e de outras plataformas dominantes. Nesse sentido, o documento menciona a investigação do *Privacy Sandbox* como exemplo de caso no qual essa abordagem integrada está sendo praticada.⁴⁹⁸

Pouco tempo depois, em 11 de junho de 2021, a CMA anunciou que suspenderia a investigação em face do Google em decorrência da aceitação dos compromissos oferecidos pela empresa. A proposta de acordo foi, então, submetida a duas rodadas de consulta pública: a primeira, em junho de 2021, e, a segunda, em novembro de 2021. A partir delas, realizaram-se modificações para conferir clareza e consistência aos compromissos.⁴⁹⁹

Finalmente, em 11 de fevereiro de 2022, a CMA publicou a sua decisão final⁵⁰⁰ aceitando a versão final dos compromissos propostos pelo Google, de modo que o acordo passou a ser monitorado com o auxílio de *trustees* independentes.

O acordo celebrado com a CMA terá duração de seis anos e estabelece um conjunto de obrigações sobre finalidades, critérios e garantias procedimentais que deverão orientar o processo de descontinuação dos *cookies* de terceiros e o desenvolvimento da tecnologia substituta. Os compromissos objetivam direcionar esse processo a resultados que assegurem o respeito à privacidade e a conformidade com a proteção dos dados pessoais, a melhoria da experiência dos usuários no controle dos dados pessoais, a proteção à concorrência e maior transparência, além de vedarem a combinação de dados pessoais de certas fontes.⁵⁰¹

configurações padrão são projetadas de forma a refletir os interesses dos usuários; (iii) os usuários têm mais controle sobre seus dados pessoais e podem tomar decisões conscientes sobre reter o acesso a eles ou compartilhá-los com terceiros; (iv) os usuários têm uma escolha real sobre a plataforma e os prestadores de serviços e podem facilmente mudar se preferirem o conteúdo, a funcionalidade ou a abordagem de proteção de dados de um prestador alternativo; (v) os prestadores de serviços digitais podem competir entre si reconhecendo a privacidade como um aspecto importante da qualidade, ou, alternativamente, oferecendo maiores benefícios àqueles usuários que permitam e estejam confortáveis com uma maior coleta dos seus dados pessoais; e (vi) as plataformas são incentivadas a inovar e desenvolver novas formas de veicular publicidade que atendam às necessidades de segmentação dos anunciantes usando menos dados pessoais, protegendo assim a privacidade dos usuários em maior medida.” (tradução livre).

⁴⁹⁸ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner’s Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. 2021, p. 29.

⁴⁹⁹ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 5.

⁵⁰⁰ REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit.

⁵⁰¹ Em resumo, os compromissos dizem respeito a (i) transparência e consulta a terceiros interessados; (ii) envolvimento e supervisão da CMA no processo de desenvolvimento; (iii) formas vedadas ou autorizadas de utilização dos dados pessoais após a descontinuação dos *cookies* de terceiros; (iv) vedação à autopreferência; (v) produção de relatórios; entre outros aspectos. Cf. REINO UNIDO, *Decision to accept commitments offered by Google...*, cit., p. 6-7.

Em conclusão, os casos *Apple* e *Google* demonstram, sob a ótica de condutas relacionadas ao desenho de tecnologias e arquiteturas de informação, a importância e as possibilidades de como integrar os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais à interpretação substancial do direito da concorrência, de modo a compatibilizar e amplificar resultados complementares e positivos, que beneficiem os interesses seja da concorrência, por acesso responsável a dados, seja dos consumidores, os quais almejam maior controle e transparência sobre o tratamento de dados pessoais.

Os casos demonstram, também sob a referida ótica, que os parâmetros normativos do direito da proteção de dados pessoais funcionam para amparar o exame de razoabilidade da conduta, de modo a verificar-se em que medida o agente econômico dominante emprega meios necessários, adequados e proporcionais ao fim almejado de proteção à privacidade dos usuários, em face de potenciais restrições à concorrência.

Em outras palavras, a legislação de proteção de dados pessoais pode auxiliar na análise se o desenho da tecnologia é legítimo, objetivamente justificável e tecnicamente necessário. Isso implica refletir, como indicaram as discussões suscitadas pelo caso *Google*, se existem meios alternativos que também poderiam assegurar a proteção dos dados pessoais, ao mesmo tempo que preservem a concorrência.⁵⁰²

Além disso, como apontaram os casos examinados, os parâmetros normativos do direito da proteção de dados pessoais também podem auxiliar na verificação se a plataforma incumbente emprega para si própria um padrão de proteção de dados pessoais mais frouxo do que aquele imposto aos demais participantes do mercado, os quais acabam submetidos ao poder da plataforma e às suas regras. Talvez esteja aí a razão pela qual têm se tornado mais comuns, na regulação e no direito concorrencial, remédios voltados à vedação da combinação de dados pessoais pelas plataformas dominantes.

Reputa-se que o presente Capítulo logrou indicar possibilidades de integração dos parâmetros normativos da proteção de dados pessoais na análise substancial e aplicação do direito da concorrência, seja no controle de estruturas (seção 3.1), seja no controle de condutas (seção 3.2). Os casos analisados, que compõem perspectivas complementares, indicam que seria possível a aplicação prática no contexto da Lei 12.529/2011.

⁵⁰² Conforme exposto anteriormente em PROENÇA, José Marcelo Martins; BARRIOS, Lucas de Góis. Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência. *Consultor Jurídico*, 6 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/opiniao-padroes-privacidade-defesa-concorrencia>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

Ademais, como apontado no final do Capítulo 2 e como evidenciou o presente Capítulo, a integração da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial parece dependente, também, da organização institucional do poder público, notadamente, da atuação da autoridade de proteção de dados pessoais juntamente à autoridade concorrencial. Esse aspecto será, portanto, objeto do Capítulo seguinte, que se dedicará a investigar o tema sob a perspectiva da formulação da política pública.

4 UMA QUESTÃO DE POLÍTICA PÚBLICA? A INTEGRAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO ARRANJO INSTITUCIONAL

Ao se observar o plano das premissas do direito da concorrência e da sua interseção normativa e funcional com a proteção de dados pessoais – conforme discorrido nos Capítulos 1 e 2 –, entendeu-se haver fundamentos consistentes para integrar a proteção de dados pessoais ao direito da concorrência. Ademais, ao considerar o plano mais operacional do controle de estruturas e de condutas, conforme exposto no Capítulo 3, notou-se que existem diferentes possibilidades analíticas para que essa integração possa se materializar normativamente na análise de casos concretos.

A partir dessas bases, o presente Capítulo se volta ao seguinte questionamento: a integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência seria, então, uma questão eminentemente de política pública (*policy*)?

Com esse questionamento, modifica-se o enfoque usualmente adotado no debate sobre a interseção entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais, na medida em que se demonstra que as possibilidades de integração entre as disciplinas dizem respeito não apenas aos contornos e objetivos intrínsecos de cada área, mas também à forma como o poder público organiza a intervenção do direito da concorrência.

Assim, observa-se que o escopo e a profundidade com que as preocupações de proteção de dados pessoais serão abarcadas pela aplicação do direito da concorrência pode ser, principalmente, uma questão sobre como o poder público organiza a sua intervenção. Ou seja, é uma questão também, e quiçá principalmente, de escolha de política pública das autoridades competentes.

Retoma-se, então, a perspectiva de que o direito é um instrumento para a implementação de políticas públicas, de modo que o direito ofereceria um quadro para a intervenção do Estado, que a partir do direito desenvolve arranjos para ordenação social.⁵⁰³ Sob

⁵⁰³ Conforme explica Eros Grau, o Estado intervém na ordem social não apenas como produtor do direito, mas desenvolve novas formas de atuação, fazendo uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas, exercendo o papel não somente de terceiro-árbitro, mas também de terceiro-ordenador (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, p. 26-31). A partir dessa compreensão, Paula Forgioni defende que o direito concorrencial é um instrumento para implementação de políticas públicas (FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, cit., p. 189-193).

essa perspectiva, a forma como a proteção de dados pessoais será integrada ao direito da concorrência revela-se como uma possibilidade de implementação de política pública.

Para responder ao questionamento, o Capítulo examinará a dimensão estruturante da política pública, isto é, mais precisamente, as possibilidades de arranjos institucionais para a atuação próxima entre as autoridades de defesa da concorrência e de proteção de dados pessoais, de modo a viabilizar a efetiva integração normativa do direito da proteção de dados pessoais na aplicação material do direito da concorrência.

Utiliza-se aqui a noção de “dimensão estruturante” do direito, na acepção de Diogo Coutinho,⁵⁰⁴ ou seja, a perspectiva descritiva que objetiva a verificar o papel do direito na estruturação de arranjos complexos que tornem eficazes as políticas públicas (dimensão do “direito como arranjo institucional”). Sob essa ótica, como explica Coutinho, a ideia-chave consiste em verificar de que forma o direito “define tarefas, divide competências, articula, orchestra e coordena relações intersetoriais no setor público”. Desse modo, examinam-se questões como “Quem faz o quê? Com que competências? Como articular a política pública em questão com outras em curso?”. Portanto, essa perspectiva dá ênfase à identificação de padrões, regularidades, inovações e variáveis institucionais, bem como o modo como estruturas, processos e normas jurídicas moldam e conformam as instituições e influenciam o seu desempenho.⁵⁰⁵

Feito esse esclarecimento, o Capítulo se organiza do seguinte modo: inicialmente, serão feitas considerações iniciais sobre possibilidades e tendências de arranjo institucional envolvendo autoridades concorrenciais e de proteção de dados pessoais para abordagens integradas. Em seguida, o Capítulo analisará como se organizam as competências entre Cade e ANPD e o espaço para uma atuação integrada no contexto brasileiro. Na sequência, o Capítulo analisará as perspectivas de arranjos institucionais para uma atuação integrada em diferentes contextos: na repressão a comportamentos (atuação *ex post*); em vista das propostas de regimes de regulação concorrencial assimétrica; e em sede de controle de concentrações (atuação *ex ante*).

⁵⁰⁴ COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 193-198.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 193-198.

4.1 Tendências de arranjo institucional na aproximação entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais

As razões para a aproximação de autoridades de concorrência e de proteção de dados pessoais foram examinadas nos Capítulos anteriores. Como visto, há crescente consenso de que existem diversas relações de interdependência entre concorrência e proteção de dados, de modo que abordagens isoladas de atuação das autoridades competentes não são mais consideradas como apropriadas ou prudentes, sobretudo no contexto do persistente poder econômico presente nos mercados digitais.⁵⁰⁶

Dessa forma, verifica-se, igualmente, um certo consenso sobre a necessidade de uma atuação mais próxima entre autoridades de defesa da concorrência e de proteção de dados pessoais, visando a tornar as políticas públicas e o *enforcement* mais coerentes e efetivos, sobretudo no contexto de mercados digitais. Essa tendência foi sendo cristalizada, nos últimos anos, em diferentes jurisdições, por meio da cooperação na análise de casos específicos ou por meio de estratégias mais amplas de cooperação e coordenação interinstitucional.

A questão da interação entre concorrência e regulação e do desenho institucional mais apropriado, no que tange à alocação de competências, são temas há bastante examinados pela doutrina,⁵⁰⁷ de modo que foge ao escopo deste trabalho expor de modo aprofundado as diferentes formas de desenho institucional de autoridades concorrenciais. Não obstante, de modo geral, pode-se apontar que um bom desenho institucional é tido como um componente crítico para a política concorrencial e seu *enforcement*, ao passo que o desenho institucional obviamente é também bastante dependente do contexto de cada país.⁵⁰⁸

No cenário internacional, nota-se uma tendência mais recente de acumulação de competências no âmbito das mesmas agências (inclusão de competências de concorrência ou

⁵⁰⁶ KERBER, Wolfgang; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa. *Synergies Between Data Protection Law and Competition Law*. Verbraucherzentrale Bundesverband, 2021, p. 22.

⁵⁰⁷ Veja-se, por exemplo, OLIVEIRA, Gesner de; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry. *Textos para discussão (Série Economia de Empresas)*, nº 77, FGV, jul. 1999; DUNNE, Niamh. *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; KOVACIC, William E.; HYMAN, David A. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios..., cit. (discutindo o modelo norte-americano da FTC); OTTOW, Annetje T. Erosion of innovation? The institutional design of competition agencies – A Dutch case study. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 2, n. 2, p. 25-43, 2014 (discutindo o modelo holandês da ACM); e ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mario., *Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance...*, cit., p. 16-33 (discutindo de modo geral a combinação de competências e o desenho de super-reguladores com competências multidisciplinares, como o modelo da agência australiana ACCC).

⁵⁰⁸ FOX, Eleanor M. Antitrust and Institutions: Design and Change, *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 41, p. 473-488, 2010.

proteção do consumidor⁵⁰⁹ ou sua combinação nas mesmas autoridades) como estratégia para criação de economias de escala e escopo, composição de equipes multidisciplinares, coerência de políticas públicas transversais, objetivando a melhorar o funcionamento dos mercados.⁵¹⁰ Ademais, discussões sobre a ampliação do escopo do direito da concorrência e políticas de *enforcement* mais vigorosas têm igualmente o potencial de aumentar a interação e sobreposição de atuação das agências concorrencial e reguladora ou mesmo implicar o redesenho dessas instituições nos diferentes países.⁵¹¹

No Brasil, antes da criação da ANPD, cogitou-se a incorporação das suas competências ao Cade, em decorrência da indefinição à época sobre a criação do órgão e sua independência funcional.⁵¹² A proposta foi apresentada como uma forma de aproveitar as sinergias das atribuições, facilitar a criação da autoridade, garantir a independência administrativa, economizar recursos públicos, entre outras razões.⁵¹³ Entretanto, não se pretende revolver a questão da combinação de competências entre Cade e ANPD, o que fugiria à possibilidade de uma análise detalhada neste trabalho, preferindo-se assumir que a separação das autarquias está consumada (o que aproxima definitivamente o Brasil do modelo consagrado na Europa de autoridades de proteção de dados independentes).

Nas jurisdições em que as autoridades concorrenciais têm competências singulares, não multidisciplinares ou reguladoras, como é o caso da brasileira, a complementariedade com outras políticas públicas torna desejável uma cooperação próxima com outras autoridades.⁵¹⁴ Essa cooperação pode se dar por meio de acordos escritos (memorando de entendimentos, acordo de cooperação etc.), criação de grupos de trabalho interinstitucional e interações informais entre representantes das respectivas autoridades.⁵¹⁵

⁵⁰⁹ Um exemplo nesse sentido é a 9ª emenda à lei concorrencial alemã, de 2017, que introduziu competências para a autoridade concorrencial relacionadas à proteção do consumidor, permitindo a investigação da imposição de termos contratuais abusivos.

⁵¹⁰ ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mario. *Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance*. European University Institute, jun. 2019, p. 90.

⁵¹¹ ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mario. Op. cit., p. 90-91.

⁵¹² LEORATTI, Alexandre; PIMENTA, Guilherme. Cade sugere mudança na lei para atuar como autoridade de proteção de dados. *JOTA*, 17 ago. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/autoridade-de-protecao-de-dados-cade-17082020>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

⁵¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade como Autoridade de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. Brasília, 2020.

⁵¹⁴ KOVACIC; William E.; HYMAN, David A. Op. cit., p. 38.

⁵¹⁵ KOVACIC; William E.; HYMAN, David A. *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?*. *GW Law Faculty Publications & Other Works*, n. 631, 2013, p. 29.

No Brasil, a lei concorrencial prevê que as demais autoridades são obrigadas a colaborar com o Cade.⁵¹⁶ Dessa forma, o Cade sedimentou a prática, em casos relevantes, notadamente em setores regulados, de consultar a autarquia competente, como são exemplo investigações envolvendo telecomunicações⁵¹⁷ e propriedade industrial⁵¹⁸. Além disso, a coordenação entre autoridades também pode abranger a análise de atos de concentração, como dá exemplo o memorando de entendimentos firmado entre Cade e Bacen, em 2018, em razão da jurisdição concorrente dessas autoridades.⁵¹⁹

Ademais, os mercados digitais, em razão de suas particularidades (altas assimetrias de informação, necessidade de intervenção estatal célere, especialidade técnica), impuseram aos formuladores de políticas públicas, notadamente nos países cujas autoridades têm competências separadas, o desafio justamente de definir qual é a melhor arquitetura institucional para a governança concorrencial e regulatória da economia digital.⁵²⁰

Daí por que se notam com força na atualidade, para a governança dos mercados digitais, o processo de diluição da separação rígida entre concorrência e regulação, como polos de um espectro, e a emergência de abordagens intermediárias de direito da concorrência com roupagens regulatórias. Esse fenômeno não é novo nem exclusivo dos mercados digitais; em verdade, é descrito pela doutrina como *direito da concorrência regulatório*, isto é, quando o direito da concorrência incorpora características procedimentais e substantivas tipicamente associadas à regulação.⁵²¹

⁵¹⁶ Lei 12.529/2011, art. 9º, § 3º. A Lei 8.884/1994 também continha previsão semelhante (art. 36). A Lei das Agências Reguladoras (Lei 13.848/2019) reforçou a necessidade de colaboração com o Cade (arts. 25 a 28).

⁵¹⁷ ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mario. Op. cit., p. 10. Nesse sentido, por exemplo, pode-se mencionar o Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71, no qual a Superintendência-Geral do Cade arquivou representação em face das operadoras de telefonia nacionais por prática de *zero rating*, após parecer da Anatel no sentido de que a conduta não seria anticompetitiva, mas, sim, geraria eficiências.

⁵¹⁸ Veja-se, por exemplo, o Inquérito Administrativo nº 08700.000015/2018-20 (Intraoss/ Neodent), no qual o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) foi instado a se manifestar sobre os requisitos de registro de desenho industrial para implantes dentários, e cujo parecer foi utilizado pela Superintendência-Geral do Cade como uma das razões para arquivamento do caso.

⁵¹⁹ BRASIL. Banco Central. BC e Cade vão trabalhar juntos para fomentar concorrência no sistema financeiro, 1 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/231/noticia>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

⁵²⁰ LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 3, p. 613-669, 2022, p. 647.

⁵²¹ Niamh Dunne descreve como “direito da concorrência como regulação” (*competition law as regulation*) ou simplesmente “direito da concorrência regulatório” (*regulatory competition law*) a forma como a disciplina concorrencial incorpora características procedimentais e substantivas tipicamente associadas à regulação. Nesse sentido: “Accordingly, competition law becomes regulatory in nature when it incorporates certain procedures or substantive characteristics more typically associated with regulation. A number of recurring elements of this shift towards competition law-as-regulation can be identified: administrative/technocratic rather than adversarial/judicial implementation; *ex ante* enforcement; detailed positive obligations on firms; static, regulatory-type remedies that require on-going monitoring; and a focus on achieving best outcomes

A forma de atuação da autoridade concorrencial britânica (CMA) é um exemplo nesse sentido, a partir do emprego do instrumento de investigação de mercado (*market inquiry*). Essa abordagem procedimental foi posta em prática pela CMA na investigação de abuso de posição dominante contra o Google referente ao *Privacy Sandbox* (caso que pode ser tido como exemplo emblemático de abordagem procedimental na interface entre concorrência e proteção de dados). Outro exemplo que pode ser descrito como direito da concorrência regulatório decorre da introdução da Seção 19a na Lei Concorrencial Alemã (GWB), que será mencionada neste Capítulo.

Essa tendência repercute na interação entre autoridades de concorrência e de proteção de dados justamente por que uma abordagem holística implica a aproximação das políticas públicas, abrindo espaço para a aplicação de instrumentos e de parâmetros do direito da proteção de dados pessoais pela autoridade concorrencial.⁵²²

Como desdobramento dessa conjuntura, em larga medida propiciada pelo contexto de inter-relação dos problemas originados pelos mercados digitais, tem-se o aumento da cooperação e coordenação entre as autoridades de concorrência e de proteção de dados pessoais.

No âmbito da União Europeia, em 2017, foi criado o fórum *Digital Clearing House*, por iniciativa da autoridade europeia de proteção de dados pessoais (EDPS), em conjunto com as autoridades europeias de concorrência e defesa do consumidor, visando à troca de informações e discussões sobre temas na interseção das políticas públicas.⁵²³ No Reino Unido, em 2020, também foi criada instância semelhante, batizada de *Digital Regulation Cooperation*

rather than merely preventing anticompetitive behaviour.” (DUNNE, Niamh. *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79). De modo semelhante, Oliveira e Pereira Neto classificaram como “regulação antitruste” (*antitrust regulation*) a configuração institucional caracterizada pelo emprego da autoridade antitruste tanto do direito da concorrência quanto de regulações econômica ou técnica, típicas da autoridade reguladora (OLIVEIRA, Gesner de; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Regulation and competition policy...*, cit., p. 11).

⁵²² KIRA, Beatriz; SINHA, Vikram; SRINIVASAN, Sharmadha. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. *Industrial and Corporate Change*, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, 2021, p. 1355-6 (defendendo a proposta de uma abordagem holística, o que requereria, na prática, que as instituições responsáveis pela política concorrencial desenvolvessem *expertise* sobre os instrumentos de proteção de dados pessoais).

⁵²³ UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor. *Opinion 8/2016 - EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 2016, p. 15 et seq. Discutindo a iniciativa, cf. VEZZOSO, Simonetta. All Happy Families Are Alike: The EDPS’ Bridges Between Competition and Privacy. *Market and Competition Law Review*, v. 4, n. 1, p. 41-61, 2020, p. 61 et seq.

Forum.⁵²⁴ Outras iniciativas semelhantes de atuação transversal entre concorrência e proteção de dados também surgiram na Holanda⁵²⁵ e Austrália⁵²⁶.

Algumas dessas iniciativas têm resultado em declarações orientadoras importantíssimas quanto à política pública de atuação das autoridades competentes em temas de concorrência e proteção de dados pessoais. É o caso da declaração conjunta emitida em 2021 pelas autoridades britânicas competentes, CMA e ICO, que destacou como as autoridades devem aproveitar as sinergias entre concorrência e proteção de dados pessoais; como pretendem resolver potenciais tensões entre as duas áreas; e como trabalharão conjuntamente para maximizar a coerência das políticas públicas.⁵²⁷

Referido documento conjunto é um dos mais representativos até o momento sobre a forma como autoridades de concorrência e proteção de dados pessoais podem apontar uma agenda de atuação e pauta de interpretação conjunta. Nota-se ainda que os princípios enunciados no documento decorrem da experiência de análise do caso *Google (Privacy Sandbox)*, liderado pela CMA em cooperação próxima com o ICO.⁵²⁸

Também se afigura bastante significativo o documento elaborado pela autoridade concorrencial da África do Sul, apontando que deve incorporar à sua análise concorrencial preocupações relacionadas à privacidade e à proteção de dados pessoais. No documento emitido, além de afirmar a necessidade de se alcançar resultados igualitários na economia digital, a autoridade apontou que sua condição de país em desenvolvimento, sem tradição de

⁵²⁴ No Reino Unido foi criado, em 2020, o *Digital Regulation Cooperation Forum* entre a autoridade antitruste britânica (CMA), a autoridade nacional de proteção de dados pessoais (ICO) e a agência reguladora de comunicações (Ofcom). Posteriormente, houve a adesão do regulador do sistema financeiro (FCA). Cf. documento de lançamento: REINO UNIDO. Policy paper - Digital Regulation Cooperation Forum launch document, 1 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/digital-regulation-cooperation-forum>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

⁵²⁵ Na Holanda, em 2021, foi criado o *Digital Regulation Cooperation Platform* (SDT), abrangendo as autoridades concorrencial, de supervisão dos mercados financeiros, de proteção de dados pessoais e de mídia audiovisual. Cf. HOLANDA. Authority for Consumers and Markets. *The Digital Regulation Cooperation Platform (SDT)* <<https://www.acm.nl/en/about-acm/cooperation/national-cooperation/digital-regulation-cooperation-platform-sdt>>. Acesso em 7 nov. 2022.

⁵²⁶ Na Austrália, em 2022, foi criado o *Digital Platform Regulators Forum* (DP-Reg), abrangendo as autoridades de concorrência e de proteção do consumidor, de proteção de dados pessoais, de segurança na internet, e de comunicações e mídia. Cf. *Digital Platform Regulators Forum (DP-Reg)*. Disponível em: <<https://www.acma.gov.au/dp-reg-joint-public-statement>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

⁵²⁷ REINO UNIDO. CMA, ICO. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO, 2021*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-ico-joint-statement-on-competition-and-data-protection-law>>. Acesso em 28 ago. 2021.

⁵²⁸ Nesse sentido, ver, e.g., decisão da CMA aceitando os remédios oferecidos pelo Google (REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals. Case n. 50972, 11 fev. 2022) e o parecer emitido pelo ICO em conexão com o caso (REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. Data protection and privacy expectations for online advertising proposals, 25 nov. 2021).

enforcement de proteção de dados, implica a necessária abordagem de questões de dados pessoais pelo direito da concorrência.

Assim, a autoridade afirmou acreditar que depender exclusivamente da lei de proteção de dados para abordar as preocupações relacionadas com os dados pessoais – portanto, sem considerá-las no direito concorrencial – seria um erro, uma vez que a referida lei não conseguiria lidar com essas questões quando surgissem, por exemplo, no âmbito de fusões e aquisições.⁵²⁹

Outras autoridades também lançaram documentos congêneres com propostas de aproximação de *policy*, com variados graus de detalhamento, intensidade e escopo. Assim, por exemplo, na Itália, as autoridades de concorrência, de comunicações e de proteção de dados pessoais lançaram documento conjunto, em 2019, com diretrizes e recomendações de *policy* em caráter mais amplo para uma atuação integrada em assuntos de concorrência e proteção de dados pessoais.⁵³⁰ Além disso, também Singapura elaborou junto com autoridades do país um estudo sobre tema, apontando áreas de convergência.⁵³¹

Nos Estados Unidos, a política concorrencial norte-americana foi institucionalizada por meio de ato normativo federal (*Executive Order*), emanado pelo governo Biden em 2021,

⁵²⁹ A autoridade concorrencial da África do Sul publicou, em 2020, o seu guia *Competition in the Digital Economy*, que busca orientar sua política concorrencial, conforme expressamente anunciado, em direção a resultados mais igualitários. De acordo com o guia, a lei de proteção de dados tem um objetivo comum com a lei de concorrência, na medida em que busca também proteger os indivíduos de terem seus dados explorados abusivamente. Apontou ser notável que, à medida que as autoridades da concorrência aperfeiçoam sua compreensão sobre o bem-estar do consumidor nos mercados digitais, tornam-se relevantes aspectos como a privacidade e proteção de dados pessoais, a escolha do consumidor, os custos de mudança (*switching costs*) e os efeitos de aprisionamento (*lock-in effects*). Para a autoridade sul-africana, o acúmulo e uso de dados, principalmente sem respeitar o consentimento e a privacidade dos consumidores, tem potencial para aumentar o poder de mercado das grandes empresas digitais. As preocupações podem ser ainda mais exacerbadas, pois as empresas que atuam em vários mercados diferentes na economia digital podem alavancar as informações do consumidor coletadas em uma parte de seus negócios para ganhar presença em outro mercado. Destaca que a exploração dos dados pessoais é especialmente preocupante naqueles países em desenvolvimento nos quais, por exemplo, não se desenvolveu *expertise* de *enforcement* de proteção de dados pessoais. O documento registrou que, durante o período de consulta pública, algumas contribuições insistiram para que a autoridade distinguisse as preocupações de consumidor (*consumer-related concerns*) das preocupações de concorrência (*competition-related concerns*). Entretanto, a autoridade afirmou acreditar que depender exclusivamente da lei de proteção de dados para abordar as preocupações ligadas aos dados pessoais – portanto, sem considerá-las no direito concorrencial – seria um erro, uma vez que a referida lei não consegue lidar com essas questões quando surgem no âmbito de fusões e aquisições ou abusos exploratórios; destacando, também, que o consumidor possui poder de barganha limitado em mercados digitais (ÁFRICA DO SUL. Competition Commission. *Competition in the Digital Economy*. Set. 2020, p. 49-50).

⁵³⁰ ITÁLIA. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; Garante per la Protezione dei Dati Personali. *Big Data - Indagine Conoscitiva Congiunta: linee guida e raccomandazioni di policy*, 2019.

⁵³¹ SINGAPURA. Competition Commission. *Data: Engine for Growth – Implications for Competition Law, Personal Data Protection, and Intellectual Property Rights*. 2017. Disponível em: <<https://www.ccs.gov.sg/resources/publications/occasional-research-papers/data-engine-for-growth>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

que, entre tantas prescrições a agências federais, determinou à FTC que enderece práticas restritivas à concorrência relacionadas à coleta indevida de dados pessoais e que causem dano à privacidade do consumidor.⁵³² Embora a FTC tenha competência multidisciplinar que abrange a proteção da privacidade, o decreto federal estabelece regras para estimular a cooperação específica com outras agências com competência correlata.⁵³³

Outra tendência que passa a ser notada com maior frequência são as alterações nas leis concorrenciais, regulamentos oficiais e guias de análise das autoridades concorrenciais, que introduzem critérios substantivos de análise relacionados à privacidade e à proteção de dados pessoais, com aptidão para provocar novos arranjos institucionais, com possível efeito de induzir a atuação integrada de autoridades.

O exemplo mais relevante de alteração legislativa nesse sentido parece decorrer do Canadá, que alterou a lei concorrencial do país, em 2022, para incluir como critério de análise de efeitos concorrenciais de concentrações e condutas aqueles sobre os parâmetros não preço de qualidade, escolha e privacidade do consumidor.⁵³⁴ Outras jurisdições têm, de modo mais geral, alterado suas leis para indicar que dados podem exercer um papel importante na análise substantiva do direito da concorrência, como fez a Alemanha na 9ª emenda à lei concorrencial, em 2017; e a China, na alteração da lei concorrencial, em 2022, incluindo a proibição de condutas abusivas com dados e algoritmos.⁵³⁵

Em relação a critérios substantivos presentes em regulamentos e guias de análise de autoridades, menciona-se o exemplo da autoridade concorrencial de Singapura, cujo guia de análise de atos de concentração, atualizado em 2022, passou a considerar a degradação da proteção de dados pessoais como possível dano concorrencial.⁵³⁶ Na China, o regulamento de

⁵³² Section 5(h)(i): “To address persistent and recurrent practices that inhibit competition, the Chair of the FTC, in the Chair’s discretion, is also encouraged to consider working with the rest of the Commission to exercise the FTC’s statutory rulemaking authority, as appropriate and consistent with applicable law, in areas such as: [...] unfair data collection and surveillance practices that may damage competition, consumer autonomy, and consumer privacy”. Cf. ESTADOS UNIDOS. The White House. *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, 9 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>>. Acesso em 4 dez. 2022.

⁵³³ Ibid., Section 3 (Agency Cooperation in Oversight, Investigation, and Remedies).

⁵³⁴ CANADÁ. Competition Bureau Canada. *Guide to the 2022 amendments to the Competition Act*, 24 jun. 2022. Disponível em <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04671.html>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁵³⁵ CHINA. Decisão do Comitê Permanente da Assembleia Popular Nacional sobre a Alteração da Lei Antimonopólio da República Popular da China, 24 jun. 2022. Disponível em: <http://www.news.cn/politics/2022-06/24/c_1128774712.htm>. Acesso em: 4 dez. 2022.

⁵³⁶ Nesse sentido: “In formulating theories of harm, CCCS will consider how rivalry might be affected post-merger. A merger between two competing firms may harm the rivalry process in terms of price, the quantity sold, service quality, product range, product quality or innovation. For example, if evidence indicates that in

plataformas digitais da autoridade concorrencial pode ser considerado bastante sofisticado, porquanto detalhado em hipóteses e critérios de análise. Entre as diversas condutas abusivas previstas, está a coleta excessiva de dados pessoais,⁵³⁷ ao passo que se preveem como possíveis indicadores de impactos negativos de concentrações a redução das escolhas dos consumidores e o risco do uso inadequado dos dados pessoais.⁵³⁸

Disso tudo, observa-se uma tendência importante de jurisdições diversas adotarem diferentes estratégias estruturantes de integração entre direito concorrencial e proteção de dados pessoais, em relação à (i) organização interinstitucional, (ii) declaração da pauta de interpretação e de atuação no tema, e (iii) alteração das normas de análise substancial que podem permitir uma aproximação entre as disciplinas.

Essas diferenças parecem simplesmente refletir a realidade e os valores de cada jurisdição, o que se percebe com alguma clareza ao se comparar na presente seção as medidas estruturantes adotadas em países como Reino Unido, Alemanha, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, China e Singapura. Esses aspectos serão retomados abaixo em relação a iniciativas específicas nos contextos do controle de condutas, da regulação assimétrica e do controle estruturas, o que poderá confirmar a impressão verificada nesta seção.

Com isso, será possível verificar o contexto brasileiro quanto à interação das competências entre ANPD e Cade, a fim de se examinar em que medida arranjos institucionais estudados no presente Capítulo poderiam informar possibilidades de iniciativas no Brasil.

addition to price, the merging firms compete strongly on quality (for example, if data protection is a significant parameter of competition), CCCS will consider the harm to the rivalry process in relation to quality. CCCS will also seek to understand the commercial rationale for the merger. However, the development of a theory or theories of harm will be based on objective assessment of the circumstances surrounding the transaction and not the subjective intentions of the merging parties.” Cf. SINGAPURA. Competition & Consumer Commission Singapura. *CCCS Guidelines on the substantive assessment of mergers*. 2022, p. 17-18.

⁵³⁷ Nesse sentido, por exemplo, o art. 16(5) do regulamento prevê que podem ser consideradas condições de transação não razoáveis, configurando abuso, a coleta obrigatória de informações não essenciais do usuário. Cf. CHINA. Comitê Antimonopólio do Conselho de Estado. *Diretrizes Antimonopólio do Comitê Antimonopólio do Conselho Estadual no Campo da Economia de Plataforma* [tradução livre]. 7 fev. 2021. Disponível em: <https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html>. Acesso em: 1 dez. 2022.

⁵³⁸ Entre diversos exemplos possíveis, no tocante ao abuso de posição dominante, o artigo 16(5) do regulamento prevê que podem ser consideradas condições de transação não razoáveis, configurando abuso, a coleta obrigatória de informações não essenciais do usuário. A seu turno, o artigo 20(6) do regulamento aponta como possíveis impactos negativos da concentração econômica, sobre os consumidores, entre outros, a redução da qualidade das mercadorias, o comprometimento da capacidade e de escolha dos consumidores, a possibilidade de discriminação de diferentes grupos de consumidores e a possibilidade de utilização inadequada dos dados dos consumidores. CHINA. Comitê Antimonopólio do Conselho de Estado. *Diretrizes Antimonopólio do Comitê Antimonopólio do Conselho Estadual no Campo da Economia de Plataforma*, op. cit.

4.2 A interação das competências da ANPD e do Cade

A natureza transversal da LGPD trouxe um enorme desafio hermenêutico e de coordenação para a aplicação coerente da legislação nos diversos domínios.⁵³⁹ Esse desafio decorre também da interação da LGPD com os microssistemas jurídicos preexistentes (defesa da concorrência, defesa do consumidor, regulações setoriais etc.), o que implicou a necessidade da lei de dispor sobre o arranjo institucional e a divisão de competências na administração pública.⁵⁴⁰ A sobreposição da LGPD com outros microssistemas resulta ainda que uma mesma conduta envolvendo dados pessoais pode atrair a competência de órgãos diversos, como o próprio Cade, o que reforça a importância da coordenação.⁵⁴¹

Reconhecendo esse desafio de aplicação coerente, a lei estabeleceu critérios para orientar a interação entre a ANPD e outros órgãos.⁵⁴² A lei estabeleceu que a ANPD deve articular-se, coordenar-se e manter fórum permanente de comunicação com demais órgãos e entidades públicas, inclusive com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema da proteção de dados pessoais.⁵⁴³ A legislação aponta expressamente que a ANPD deve funcionar como o “órgão central” de interpretação da LGPD e de sua normatização.⁵⁴⁴

A partir da leitura do texto legal, como aponta a doutrina, é possível depreender que a LGPD reconhece a existência de uma rede para o *enforcement* de proteção de dados pessoais.⁵⁴⁵ O Cade ou qualquer outro órgão ou entidade pública com competência fiscalizatória e normativa relacionada a dados pessoais poderá aplicar e interpretar a legislação de proteção de dados pessoais no âmbito de suas competências, desde que tenha em vista o papel “central”⁵⁴⁶ e “terminativo”⁵⁴⁷ da ANPD na interpretação do texto.

Em termos práticos, isso pode implicar concretamente que, por dever de cautela e diligência, em observância ao princípio da segurança jurídica, o Cade consulte a ANPD quando puder haver dúvida sobre a interpretação de algum dispositivo da LGPD ou simplesmente para

⁵³⁹ WIMMER, Miriam. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 377, 380.

⁵⁴⁰ WIMMER, op. cit., p. 381

⁵⁴¹ WIMMER, op. cit., p. 382.

⁵⁴² WIMMER, op. cit., p. 383.

⁵⁴³ LGPD, art. 55-J, XXIII, § 3º e § 4º e art. 55-K, parágrafo único.

⁵⁴⁴ LGPD, art. 55-K, parágrafo único.

⁵⁴⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 151. De acordo com o autor, “Ainda que caiba à ANPD o papel de organizar essa coordenação para se alcançar uma *enforcement* uniformizado distribuído em várias mãos, é importante observar que não há uma hierarquia desta para com os demais órgãos reguladores com competências correlatas.”

⁵⁴⁶ LGPD, art. 55-K.

⁵⁴⁷ LGPD, art. 55-J, XX.

colher subsídios do órgão. Ademais, seria possível também inferir um dever de informação sobre investigações a fim de evitar um conflito fiscalizatório – decisões contraditórias – sobre a mesma situação fática, em observância também aos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. Esses aspectos têm sido, aliás, observados em casos concretos em outras jurisdições, conforme será exposto neste Capítulo.

De outro lado, considerando que o texto da LGPD abre espaço para que outros órgãos interpretem a referida lei, parece óbvio que não há que se falar em apropriação de competência no controle de estruturas (art. 88 e 90 da Lei 12.529/2011) quando o Cade verifica se uma fusão restritiva à concorrência pode gerar efeitos negativos sobre a proteção de dados pessoais enquanto parâmetro da dimensão não preço da concorrência.⁵⁴⁸ De modo análogo, no controle de condutas, também não há que se falar em apropriação de competência quando o Cade reprime uma conduta envolvendo a exploração de dados pessoais que se enquadra como infração à ordem econômica (art. 36 da Lei 12.529/2011), mesmo que paralelamente configure violação à LGPD.⁵⁴⁹

Ademais, a lei estabelece que compete exclusivamente à ANPD a aplicação das sanções previstas na LGPD,⁵⁵⁰ e, de outro lado, que as sanções previstas na LGPD não substituem a aplicação das sanções administrativas previstas em outras leis específicas.⁵⁵¹ Daí se infere que a atuação da autoridade concorrencial não configura *bis in idem*, na medida em que a infração por ela reprimida está fundamentada no art. 36 da Lei 12.529/2011, independentemente da persecução pela ANPD.⁵⁵² O mesmo se passa com ilícitos de outras naturezas, por exemplo, a própria prática de cartel (que enseja a persecução em outras esferas

⁵⁴⁸ A questão foi bem analisada por Roberto Pfeiffer, que assim destacou: “Não há uma assunção de competência alheia pelos órgãos de defesa da concorrência, pois é substancialmente distinto ter a atribuição de proteção da privacidade (competência das autoridades de proteção de dados) e exercer legitimamente a sua atribuição de examinar se uma fusão restritiva que afeta a concorrência terá impacto negativo na coleta e processamento de dados.” (PFEIFFER, *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais...*, cit., 156-157).

⁵⁴⁹ Exemplo bastante ilustrativo disso é a Recomendação Conjunta, de 7 de maio de 2021, emitida pelo MPF, Senacon, Cade e ANPD, para que o WhatsApp adiasse a entrada em vigor da sua política de privacidade. Apontou-se que a conduta poderia configurar ilícito sob a LGPD e sob o art. 36 da Lei 12.529/2011. O caso será explicado abaixo.

⁵⁵⁰ LGPD, art. 55-K: “A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.”

⁵⁵¹ LGPD, art. 52, § 2º: “O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica.”

⁵⁵² A questão também é analisada detalhadamente por Pfeiffer, apontando a inexistência de *bis in idem*. Cf. PFEIFFER, *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais...*, cit., p. 200-214. Aponta o autor que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de não incidir *bis in idem* em sancionamento concomitante de uma determinada conduta caso ela viole normas estabelecidas em diferentes leis, possuindo, assim, interesses tutelados diversos e sendo aplicadas sanções de diversa natureza por autoridades distintas” (p. 213).

administrativas ou judiciais⁵⁵³) sem que se configure *bis in idem* em razão da tutela de bens jurídicos diversos.

Os critérios orientadores e procedimentais estabelecidos pela LGPD, conforme aponta Miriam Wimmer, permitem vislumbrar os contornos de um *sistema nacional de proteção de dados pessoais*.⁵⁵⁴ A ANPD é colocada no centro gravitacional desse sistema de modo a organizar a coordenação com outros órgãos.⁵⁵⁵ Somente essa coordenação permitirá articular competências segundo um modelo de complementaridade, viabilizando a implementação da LGPD com coerência, consistência e segurança jurídica.⁵⁵⁶

O quadro normativo para cooperação e coordenação instituído pela LGPD abriu espaço para diferentes possibilidades de arranjo institucional envolvendo Cade e ANPD. Em 2021, ambas as autoridades assinaram *acordo de cooperação técnica* para viabilizar ações a serem adotadas de forma conjunta e coordenada. O documento destaca a importância da atuação da autoridade concorrencial quando houver repercussões concorrenciais decorrentes da exploração de dados pessoais. O conteúdo do acordo⁵⁵⁷ não antecipa qual será a agenda de

⁵⁵³ Nesse sentido, para exemplos, cf. BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de combate a cartéis em licitações*. 2019 (citando o papel de órgãos de controle como TCU, GCU e AGU).

⁵⁵⁴ WIMMER, Os desafios do enforcement na LGPD..., cit., p. 386.

⁵⁵⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 151 (apontando a inexistência de hierarquia com os demais órgãos reguladores).

⁵⁵⁶ WIMMER, Os desafios do enforcement na LGPD..., cit., p. 386.

⁵⁵⁷ BRASIL. *ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica*. 2 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em: 28 jul. 2021. Na justificativa contida no Acordo, para a sua celebração, apontou-se que: “[...] o Direito da Concorrência demonstra ser uma das áreas jurídicas mais afetadas com o recrudescimento progressivo da importância dos dados pessoais para a economia. Isso, porque, malgrado os inegáveis benefícios provenientes do uso acentuado de dados pessoais, há que se lidar com as possibilidades de, por exemplo, violações de direitos como a privacidade, a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa por parte de agentes econômicos com o objeto de auferir vantagens econômicas e sobrepujar os concorrentes. Dada a importância econômica atribuída aos dados pessoais na atualidade [...], percebe-se a necessidade de se compartilhar esforços por parte das entidades competentes a fim de se proteger, em concomitância, o devido controle que os titulares devem ter sobre seus dados e como eles estão sendo utilizados e a livre concorrência em relação a esses dados, que pode ser ameaçada por atos de concentração por parte de agentes econômicos que, eventualmente, tencionam mitigar e neutralizar a concorrência mediante a prática de atividades lesivas à ordem econômica. [...] É evidente que, dados os efeitos concorrenciais da coleta de dados pessoais, além de algoritmos e plataformas, não se pode imiscuir o CADE da competência em proceder à análise e administração de situações em que haja riscos concorrenciais decorrentes do tratamento de dados.” Além disso, o rol de obrigações listadas no acordo inclui uma ampla gama de ações relacionadas à interface entre antitruste e proteção de dados pessoais. Dentre as obrigações mútuas estipuladas pelas autoridades, destacam-se (i) o compartilhamento de documentos, estudos e conhecimento, (ii) a comunicação recíproca da instauração de processos administrativos que possam se relacionar à competência de cada autoridade, (iii) a solicitação de análises e manifestações acerca de processos que digam respeito às competências de cada autoridade, (iv) a informação de qualquer fato, ato, negócio ou situação que possa caracterizar indício de infração, (v) a comunicação acerca do eventual descumprimento de decisões e termos de compromisso, (vi) a informação sobre propostas de acordos que digam respeito às competências da outra, e (vii) a realização de estudos e eventos de capacitação. No Plano de Trabalho anexo ao referido Acordo de Cooperação Técnica constam apenas três eixos de ação: (i) Compartilhamento de Informações, de prazo “contínuo”; (ii) Estudos, de prazo “sob

atuação das autoridades na interseção das competências das autoridades, embora constitua um primeiro passo importante de aproximação.

Esclarecida a interação das competências entre ANPD e Cade, as seções seguintes têm por objetivo explorar possibilidades de arranjo institucional para a atuação integrada da autoridade concorrencial e de proteção de dados pessoais, em diferentes contextos (repressão de condutas, na regulação assimétrica e no controle de estruturas).

4.3 Perspectivas de arranjos institucionais em diferentes contextos de integração

A tendência apontada de estreitamento das competências concorrencial e de proteção de dados pessoais, inclusive quanto às possibilidades de novas configurações institucionais, será examinada nas seções seguintes nos contextos específicos da repressão a comportamentos *ex post*, da regulação concorrencial assimétrica e do controle de estruturas, de modo a compreender como esses contextos influenciam possíveis arranjos.

A exposição visa a auxiliar na verificação sobre em que medida a integração de aspectos da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência constitui uma escolha de política pública quanto ao endereçamento dos problemas da economia de dados pessoais pela via da concorrência ou da regulação de dados ou ainda a partir da combinação de ambas as competências, bem como os reflexos sobre os arranjos institucionais possíveis.

4.3.1 Controle de condutas

No âmbito da repressão *ex post* de condutas anticompetitivas com uso de dados pessoais, tem-se observado uma cooperação entre autoridades de defesa da concorrência e de proteção de dados pessoais em diferentes graus de intensidade. Nesta seção, serão mencionados alguns exemplos de atuação cooperada e coordenada entre as autoridades, a fim de se verificar em que medida dependem de arranjos institucionais.

Os desenvolvimentos do tema na França apontam para a evolução de arranjos de interação por meio de consultas, com o potencial de caminhar em direção a interações mais intensas. Nesse país, onde as autoridades de concorrência (AdC) e de proteção de dados pessoais (CNIL) possuem competências separadas, menciona-se o precedente em que a CNIL deu parecer no âmbito de uma investigação de conduta anticompetitiva perante a autoridade

demanda”; e (iii) Capacitação, de prazo “contínuo”; ou seja, não se estipulou de antemão quaisquer ações concretas com prazos pré-definidos, deixando-se em aberto as ações que efetivamente serão adotadas.

concorrencial, examinando os requisitos quanto ao desenho de remédio concorrencial que impôs o compartilhamento de dados de consumidores no caso *Direct Energie/GDF* (2014).⁵⁵⁸ O caso ilustra que é possível encontrar soluções conjuntas entre autoridades no desenho de remédios de acesso a dados.

Ainda na França, houve cooperação estreita entre a AdC e a CNIL no caso *Apple* sobre a introdução da funcionalidade *App Tracking Transparency* (ATT), examinado no Capítulo anterior (seção 3.2.2.1). Como visto, a autoridade de proteção de dados (CNIL) deu parecer sobre a aplicação da proteção de dados pessoais no tocante à prática da Apple, examinando a forma de consentimento instituída e concluindo pela legitimidade da prática. A autoridade concorrencial, valendo-se da opinião da CNIL, em cognição sumária, denegou a medida preventiva pleiteada pelos representantes do setor de publicidade online, prestigiando a proteção de dados no caso.⁵⁵⁹

Em decorrência das experiências relatadas de cooperação caso a caso, na França, ambas as autoridades, AdC e CNIL, expressaram o desejo de traçar estratégias de cooperação e coordenação mais amplas, para melhor aproveitar as sinergias de atuação conjunta.⁵⁶⁰

No contexto alemão, o caso *Facebook* demonstra que a cooperação interinstitucional para repressão de condutas também é necessária para conferir segurança jurídica e legitimidade à decisão da autoridade concorrencial. Como visto, a autoridade concorrencial consultou e trabalhou em cooperação estreita com as autoridades de proteção de dados, o que permitiu

⁵⁵⁸ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 14-MC-02 du 09 septembre 2014* (Representante: Direct énergie; Representada: GDF Suez). 2014. O caso envolveu um pedido de medida preventiva apresentado pela empresa Direct Energie, atuante nos setores do gás e eletricidade. A autoridade concorrencial ordenou à GDF que concedesse aos concorrentes acesso ao histórico de consumo dos consumidores finais. No entanto, entendeu que o compartilhamento desses dados só poderia ser feito mediante o cumprimento das disposições relativas à proteção dos dados pessoais e impôs o estabelecimento de um direito de oposição prévia dos clientes à prospecção dos concorrentes da GDF, seguindo as recomendações contidas no parecer da CNIL. A experiência permitiu à AdC adotar um remédio de natureza semelhante no caso de conduta *EDF* (2022), que impôs o compartilhamento de dados pessoais observando regras específicas de consentimento. Cf. FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 22-D-06 du 22 février 2022* (Representante: Engie; Representada: EDF). 2022.

⁵⁵⁹ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les associations Interactive Advertising Bureau France, Mobile Marketing Association France, Union Des Entreprises de Conseil et Achat Media, et Syndicat des Régies Internet dans le secteur de la publicité sur applications mobiles sur iOS*. 2021, p. 17-18.

⁵⁶⁰ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Intervention de Benoît Cœuré, président de l'Autorité de la concurrence, devant le collège de la CNIL – Droit de la concurrence et protection des données personnelles*. 2 jun 2022. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-06/20220608-CNIL-discours_0.pdf>. Acesso em 5 nov. 2022.

eliminar possíveis conflitos da atividade fiscalizatória, conforme constou expressamente na decisão.⁵⁶¹

O fato de ter havido cooperação entre as autoridades no caso alemão conferiu legitimidade à decisão do Bundeskartellamt, conforme concluiu o parecer do Advogado-Geral, vinculado ao Tribunal de Justiça da União Europeia, analisando a decisão em procedimento de consulta remetido à corte.⁵⁶² Conforme exposto no Capítulo anterior (seção 3.2.1.4), o parecer apontou que, no contexto europeu, a autoridade concorrencial, ao interpretar as disposições do RGPD, está sujeita ao dever de informar e cooperar com as autoridades competentes de proteção de dados pessoais, o que havia ocorrido no caso.⁵⁶³

Não obstante, o exemplo mais emblemático de cooperação interinstitucional para repressão de condutas envolvendo dados pessoais, até o momento, vem do Reino Unido. Isso, porque a autoridade de proteção de dados britânica ICO colaborou intensamente na investigação de abuso de posição dominante no caso *Google (Privacy Sandbox)*, examinado no Capítulo anterior (seção 3.2.2.2, supra).

O caso britânico ilustra um exemplo de atuação conjunta de natureza intensa e continuada, uma vez que o ICO emitiu parecer sobre requisitos para o tratamento de dados pessoais,⁵⁶⁴ auxiliou no desenho do remédio⁵⁶⁵ e monitora a implementação do remédio pelo

⁵⁶¹ Cf. decisão do Bundeskartellamt, citada anteriormente, § 556. De acordo com a decisão, o procedimento foi conduzido em estreita cooperação com a autoridade de proteção de dados de Hamburgo, bem como houve contato com o Comissário Federal para Proteção de Dados e Liberdade de Informação (*Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* – BfDI), que possui assento no Comitê Europeu de Proteção de Dados (*European Data Protection Board*).

⁵⁶² No âmbito da consulta formulada pela OLG Düsseldorf ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em decorrência do caso *Facebook* na Alemanha, cf. parecer do Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Athanasios Rantos, emitido em 20 de setembro de 2020: “29. Thus, in the absence of clear rules on cooperation mechanisms, which it may fall to the EU legislature to adopt, a competition authority, when interpreting the provisions of the GDPR, is subject, at the very least, to a duty to inform and cooperate with the competent authorities within the meaning of that regulation, in accordance with the national provisions that govern its powers (principle of procedural autonomy of the Member States) and in compliance with the principles of equivalence and effectiveness. [...] 32. In the present case, it seems to me that the fact that the Federal Cartel Office entered into cooperation with the supervisory authorities responsible at national level and that the lead supervisory authority in Ireland has also been contacted informally – circumstances alluded to by the Federal Cartel Office and which it is for the referring court to verify – may be sufficient evidence that the authority has fulfilled its duties of diligence and sincere cooperation.” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Case C-252/21 (*Meta v. Bundeskartellamt*). Opinion of Advocate General Rantos, 20 set. 2022).

⁵⁶³ Não obstante, o julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda pendente, será determinante para a evolução do tema no continente europeu.

⁵⁶⁴ REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. *Data protection and privacy expectations for online advertising proposals (Opinion)*. 2021.

⁵⁶⁵ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals (Case number 50972)*. 2022.

Google,⁵⁶⁶ tudo em conjunto em sede do procedimento concorrencial. Essa atuação sintonizada das autoridades se deve às ações conjuntas predecessoras, como a condução da investigação de mercado (*market study*) sobre o setor propaganda online, a partir do qual traçaram uma agenda de atuação conjunta⁵⁶⁷ e que também culminou na declaração conjunta de *policy* mencionada anteriormente.⁵⁶⁸

Os exemplos mencionados acima ilustram diferentes graus de intensidade em possíveis arranjos institucionais de integração de proteção de dados pessoais ao controle concorrencial de condutas. A abordagem francesa e alemã, embora mais intensa, parecem lembrar a que ocorre no Brasil, no que se refere às consultas pontuais pela autoridade concorrencial à autoridade reguladora competente, para esclarecer aspectos específicos de investigação. A abordagem britânica, por sua vez, em razão da competência particular da CMA, indica uma atuação concorrencial procedimental quase regulatória de fiscalização da conduta, lado a lado com a autoridade de proteção de dados pessoais.

A sobreposição das competências das autoridades concorrencial e regulatória nos mercados digitais tem suscitado reflexões da doutrina sobre qual autoridade estaria melhor posicionada para promover o *enforcement* dos comportamentos abusivos. Como destacado, diferentes regimes podem ser simultaneamente aptos para reprimir uma mesma conduta. Em que medida a abertura de investigações pela autoridade concorrencial de condutas que também constituiriam ilícitos em outras esferas – como no caso alemão *Facebook* – seria, portanto, uma questão de arranjo de política pública?

Um exemplo da importância prática do questionamento, implicando reflexões subsequentes, é o fato de que, enquanto na Alemanha a investigação contra o Facebook foi promovida com fundamento na legislação concorrencial, por sua vez, na Itália, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), que possui competência dupla concorrencial e consumerista, sancionou a conduta com contornos semelhantes com fundamento na legislação de defesa do consumidor.⁵⁶⁹ A situação permitiu posteriormente a

⁵⁶⁶ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. CMA second update report on implementation of the Privacy Sandbox commitments, 2022, p. 10: “The ICO has continued to work actively alongside the CMA in implementing the Commitments”.

⁵⁶⁷ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising (market study final report)*. 2020, p. 433-435.

⁵⁶⁸ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner’s Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 2021.

⁵⁶⁹ Foi imposta multa de 10 milhões de euros e publicação da sanção no site da empresa.

comparação das decisões pela doutrina, a qual refletiu sobre os prós e contras de cada regime e qual poderia impor sanções ou remédios mais dissuasórios.⁵⁷⁰

Conforme discute a doutrina, enquanto os regimes sancionatórios consumerista e de proteção de dados pessoais podem oferecer uma rota mais fácil e rápida de sancionamento de condutas abusivas em razão do menor padrão probatório exigido em comparação com o processo sancionador concorrencial, por outro lado, as penalidades possíveis naqueles regimes seriam significativamente menores do que as cabíveis no regime concorrencial.⁵⁷¹ Ademais, os remédios possíveis, estruturais ou comportamentais, bem como os instrumentos de *enforcement* à disposição da autoridade concorrencial são normalmente mais amplos do que aqueles à disposição das autoridades consumerista e de proteção de dados.⁵⁷² Refletindo a partir dessa perspectiva de “caixa de ferramentas”, o regime concorrencial pode oferecer um conjunto mais robusto de persecução *ex post*.

Conforme aponta Martorelli, esses aspectos ficaram claros nas decisões do Bundeskartellamt e da AGCM contra o Facebook, uma vez que sob a abordagem alemã pela via antitruste foi possível a adoção de um remédio quase estrutural que tornou a combinação de dados pessoais desativada por padrão (modelo *opt-out* mandatório), garantindo mais escolha por parte dos consumidores sobre a coleta. A seu turno, a AGCM impôs uma multa de 10 milhões de euros e uma punição de “*name and shame*” no site da rede social.⁵⁷³ Ambas as abordagens parecem demonstrar a existência de diferenças grandes entre cada via eleita de repressão *ex post* a uma mesma conduta. Outros exemplos serão mencionados à frente.

Evidentemente, seria possível também a abertura de casos em cada autoridade para a tutela de bens jurídicos diversos, com a possibilidade de alguma medida de interação. Entretanto, essa abordagem pode suscitar dúvidas sobre a eficiência administrativa da atuação separada, em oposição a abordagens conjuntas e concentradas.

Portanto, a depender da conduta investigada, da posição de mercado do agente envolvido e das repercussões concorrenciais da conduta, pode ser mais interessante para o poder

⁵⁷⁰ BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. The interaction of EU competition, consumer, and data protection law in the digital economy: The regulatory dilemma in the Facebook odyssey. *Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 3, p. 428-446, 2019, p. 445; e MARTORELLI, Claudia. *Competition law, consumer law and data protection law in the digital economy: a comparison between the Bundeskartellamt and the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato decisions against Facebook*. Tesi di Laurea in Cattedra di data protection (Master's Degree) – Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss Guido Carli, 2022, p. 140 et seq.

⁵⁷¹ BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. The interaction of EU competition, consumer, and data protection law in the digital economy... cit., p. 445.

⁵⁷² BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 445.

⁵⁷³ MARTORELLI, Claudia, op. cit., p. 138, 150.

público, por exemplo, a eleição da via antitruste com o auxílio técnico e a cooperação próxima da autoridade de proteção de dados, como forma possível de arranjo institucional, como ocorreu na abordagem britânica no caso *Google* acima mencionado.

É importante examinar neste ponto a proposta apresentada por Lancieri e Pereira Neto sobre as possibilidades de arranjo institucional para a interação e a divisão de tarefas entre uma *autoridade nacional de concorrência* (doravante, ANC) e uma *autoridade nacional reguladora* (doravante, ANR), voltadas para o contexto do desenho de remédios para repressão a condutas em mercados digitais.⁵⁷⁴

A proposta dos autores parte de reflexões sobre a experiência acumulada na aplicação de remédios, principalmente por autoridades concorrenciais ao redor do mundo, bem como da sistematização de condutas típicas de mercados digitais que abrem espaço para atuação concomitante ou sucessiva de ANCs e ANRs competentes nas diferentes etapas de *enforcement*, conforme a seguir explicadas. Assim, é importante notar que os autores não vinculam sua proposta a nenhuma jurisdição específica e tampouco se voltam ao exame exclusivo de condutas envolvendo dados pessoais, embora as considerem na sua proposta.

Para os autores, a sobreposição de competências para apuração de comportamentos ilícitos no contexto dos mercados digitais permite a combinação das tarefas de ANCs e ANRs com sobreposição de competências em *três etapas* do processo de desenho de remédios, para: (i) *identificar* a conduta ou o comportamento que causa ou tem o potencial de causar danos aos bens jurídicos tutelados; (ii) *desenhar* o remédio apropriado; e (iii) *implementar* e *monitorar* o remédio e eventualmente *adaptá-lo*.⁵⁷⁵

Entretanto, como observam os autores, até o momento as autoridades têm atuado principalmente de forma “verticalizada”, ou seja, a autoridade, ANC ou ANR, que identifica a conduta é a mesma que desenha o remédio e monitora sua implementação.⁵⁷⁶

Trazendo a discussão para o campo da proteção de dados pessoais, as exceções a essa “verticalização” ainda parecem limitadas, conforme apontadas nos casos analisados por este trabalho, quando a autoridade de proteção de dados auxilia na identificação da conduta por meio de colaboração (*e.g.*, caso *Apple* na França) ou no desenho dos remédios (*e.g.*, caso *Direct Energie/GDF* na França). Em alguns casos, não fica claro em quais etapas (se apenas na

⁵⁷⁴ LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 3, p. 613-669, 2022.

⁵⁷⁵ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 616.

⁵⁷⁶ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 649-650.

identificação ou também no desenho do remédio) houve colaboração da autoridade de proteção de dados (e.g., caso *Facebook* na Alemanha). Em outros, é notória a colaboração em todas as etapas do *enforcement*, isto é, identificando, desenhando, implementando e monitorando (e.g., caso *Google* no Reino Unido).

A proposta de Lancieri e Pereira Neto decorre justamente do *insight* que não há razão para que essa verticalização de atribuições não possa ser repartida de modo que haja uma divisão de trabalho para tornar mais efetivos o *enforcement* e a implementação das políticas públicas quando houver sobreposição entre as autoridades, o que dependerá também do tipo de conduta.⁵⁷⁷ De outro lado, observa-se aqui a dimensão estruturante sobre o papel do direito na organização da política pública, mencionado por Coutinho,⁵⁷⁸ ou seja, definir tarefas, articular e orquestrar as relações intersetoriais entre autoridades.

Lancieri e Pereira Neto propõem um modelo que busca orientar quando e como cada autoridade (autoridade concorrencial atuando *ex post* vs. autoridade reguladora atuando *ex ante*) pode atuar para a identificação da conduta, desenho de remédios e monitoramento da implementação.⁵⁷⁹

Dessa forma, de particular relevância é a inferência que pode ser extraída e aplicada no presente trabalho de que, para condutas envolvendo dados pessoais, até o presente momento, no mais das vezes, ocorre de a autoridade reguladora competente (a autoridade de proteção de dados pessoais) ficar exclusivamente responsável por todos os níveis de *enforcement*: identificar a conduta, desenhar a intervenção e monitorar o remédio.⁵⁸⁰ Entretanto, na proposta apresentada pelos autores, determinados tipos de condutas abrem espaço para que a autoridade concorrencial possa liderar ou fazer parte do *enforcement*.

Desse modo, a seguir, apresenta-se a Tabela 2, adaptada a partir da proposta original de Lancieri e Pereira Neto, contendo tipos de condutas envolvendo dados pessoais, remédios

⁵⁷⁷ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 649-650. Essa repartição de tarefas na interação entre as autoridades concorrencial e reguladora ocorreria conforme ao menos quatro critérios elencados pelos autores, tais como (i) as diferenças de competência legal; (ii) a necessidade de *expertise* técnica; (iii) os riscos de captura regulatória; e (iv) os custos do regime administrativo (ibid., p. 653).

⁵⁷⁸ COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 193-198.

⁵⁷⁹ Vale notar que a proposta considera apenas o *trade-off* entre a atuação *ex post* da autoridade concorrencial (e.g., procedimento sancionador) vs. a atuação *ex ante* da autoridade reguladora (e.g., atuação preventiva, investigação de mercado ou regulação). Cf. LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 655-657.

⁵⁸⁰ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 652.

possíveis e a sugestão de divisão de trabalho entre a autoridade concorrencial e a autoridade reguladora (por exemplo, a autoridade de proteção de dados pessoais).

Tabela 2 – Tipos de condutas envolvendo dados pessoais, exemplos de remédios e divisão de trabalho entre autoridade concorrencial e autoridade reguladora

Conduta	Variação de possíveis remédios	Mais adequada p/ identificar os problemas	Mais adequada p/ desenhar os remédios	Mais adequada p/ monitorar a implementação
Limitar a interoperabilidade e portabilidade de dados pessoais	<i>Remédio limitado:</i> medidas de transparência; notificação antecipada de alterações na API <i>Remédio amplo:</i> obrigação de interoperabilidade; separação estrutural	ANC (primária) + ANR (secundária)	ANR (primária) + ANC (secundária)	ANR (primária)
Coleta e tratamento de dados pessoais restritivos	<i>Remédio limitado:</i> medidas de transparência; readequação da arquitetura de consentimento <i>Remédio amplo:</i> limitar ou proibir a coleta ou o tratamento de dados pessoais			
Termos de serviço abusivos	<i>Remédio limitado:</i> transparência e obrigações de consentimento/notificação antecipada de mudanças <i>Remédio amplo:</i> impor obrigações nos termos do serviço; sistema de resolução de disputas	ANR (primária) + ANC (secundária)	ANR (primária) + ANC (secundária)	ANR (primária)
Desenho de interfaces restritivas ou nudges, sludges e dark patterns	<i>Remédio limitado:</i> exigência de interfaces neutras (e.g., opções apresentadas em cores iguais) <i>Remédio amplo:</i> proibição da adoção de certas interfaces e imposição de padrões			

Fonte: adaptado de LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario. Op. cit., p. 41 (tradução livre).⁵⁸¹

Legenda: ANC: Autoridade Nacional de Concorrência; ANR: Autoridade Nacional Reguladora (e.g., autoridade nacional de proteção de dados pessoais).

⁵⁸¹ A tabela foi reduzida e adaptada para constar apenas aspectos relacionados à proteção de dados pessoais.

A Tabela 2 serve ao propósito de ilustrar que, para diferentes tipos de condutas que podem envolver dados pessoais (coluna à esquerda), existe uma gradação de remédios que podem ser impostos, mais limitados ou mais amplos (segunda coluna), que dialogam com parâmetros substanciais e instrumentos normativos da legislação de proteção de dados pessoais. Além disso, conforme o tipo de conduta, poderia haver uma divisão de tarefas entre autoridades (na identificação da conduta, no desenho dos remédios e no monitoramento), de modo que uma ou outra autoridade (por exemplo, Cade ou ANPD) poderia assumir o papel primário ou secundário em cada etapa do *enforcement* (colunas à direita da Tabela).

Assim, conforme a visão exposta pelos autores, refletida na Tabela 2, a autoridade concorrencial estaria melhor posicionada para identificar limitações à interoperabilidade e portabilidade de dados, uma vez que essas condutas teriam maior potencial de gerar efeitos exclusionários sobre a concorrência. Por outro lado, para os autores, remédios para esse tipo de conduta podem envolver medidas complexas de redesenho de APIs, padrões de compartilhamento de dados pessoais, entre outros, de modo que a autoridade reguladora (*e.g.*, a autoridade de proteção de dados pessoais), em razão da sua especialidade técnica, poderia exercer um papel preponderante no desenho e monitoramento dos remédios para esses tipos de conduta.⁵⁸²

A seu turno, para condutas de caráter mais fortemente exploratório – mapeadas por Lanceiri e Pereira Neto conforme ilustradas na Tabela 2 colacionada –, como a imposição de termos de serviço abusivos, os autores sustentam que a autoridade reguladora, aqui entendida como a autoridade de proteção de dados pessoais, estaria melhor posicionada para identificar a conduta, desenhar e monitorar os remédios. Isso decorreria da especialidade técnica da autoridade reguladora para verificar a abusividade de termos e condições, conforme explicam os autores.⁵⁸³

Entretanto, este trabalho observa que essa avaliação é bastante dependente do contexto factual. Isso, porque até mesmo os autores reconhecem que a autoridade concorrencial pode ter um papel mais ativo na identificação de condutas com características mais exclusionárias, por exemplo, a prática autopreferência (*self-preferencing*) por meio de interfaces ou coleta de dados que afete negativamente a concorrência em relações verticais (entre plataforma e vendedores na própria plataforma), entre outras possibilidades.⁵⁸⁴

⁵⁸² LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 657-659.

⁵⁸³ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 663-666.

⁵⁸⁴ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 663-666.

Assim é que este trabalho reputa que, apesar de funcionar como classificação didática e indicativa, deve-se ter certa cautela em tomar o binômio conduta exclusionária vs. conduta exploratória como parâmetro para definir quando a autoridade concorrencial deveria ou não atuar (lembrando que as autoridades concorrenciais possuem competência para atuar também nas condutas exploratórias). O caso alemão *Facebook* é exemplo nesse sentido, uma vez que, apesar de quase sempre ser lembrado pelo caráter exploratório da conduta, os efeitos exclusionários também foram considerados importantes pelas decisões do Bundeskartellamt e do Tribunal Federal de Justiça. Assim, a existência de significativa posição dominante pode ser um referencial mais seguro para atrair a atuação da autoridade concorrencial.

Em qualquer caso, a sistematização dos autores, mesmo que formulada sem vinculação específica a um ordenamento jurídico específico, é bastante positiva justamente por situar possibilidades de arranjo institucional e servir como ponto de partida para discussões concretas adaptáveis à realidade de cada jurisdição, conforme os instrumentos disponíveis em cada regime jurídico, como os autores ressaltam.⁵⁸⁵

Trazendo a discussão para a realidade brasileira, cumpre refletir sobre como essa proposta e as experiências de colaboração e coordenação mencionadas anteriormente podem informar diferentes arranjos de interação, considerando especialmente a atuação *ex post* do Cade vs. a atuação *ex ante* da ANPD, em linha com a proposta analisada.

Acerca da sua capacidade de atuação preventiva, a ANPD tem poderes de normatização sobre diferentes aspectos, que podem impactar indistintamente número diverso de agentes regulados. Além disso, a autoridade regulamentou recentemente sua atividade preventiva,⁵⁸⁶ estabelecendo a forma pela qual poderá direcionar a conformidade de agentes regulados, seja emanando uma “solicitação de regularização”, seja exigindo um “plano de conformidade”.⁵⁸⁷ Em caso de descumprimento das solicitações de caráter preventivo, o agente

⁵⁸⁵ LANCIERI; PEREIRA NETO, op. cit., p. 657.

⁵⁸⁶ Resolução CD/ANPD nº 1/2021 (Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no ANPD), art. 15, § 3º; arts. 30 a 36. De acordo com o mencionado art. 15, § 3º, “A atividade preventiva consiste em uma atuação baseada, preferencialmente, na construção conjunta e dialogada de soluções e medidas que visam a reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade ou a evitar ou remediar situações que possam acarretar risco ou dano aos titulares de dados pessoais e a outros agentes de tratamento”.

⁵⁸⁷ Resolução CD/ANPD nº 1/2021 (Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no ANPD), art. 15, § 3º; arts. 30 a 36.

regulado pode responder a processo administrativo perante a ANPD,⁵⁸⁸ sujeitando-se às sanções⁵⁸⁹ previstas na LGPD.

É possível vislumbrar, no âmbito da referida atuação preventiva da ANPD, a possibilidade de que a autoridade possa propor soluções *ex ante* de conformidade que considerem a dimensão concorrencial. A posição de mercado do agente regulado pode ser levada em conta para se verificar em que medida o consentimento é livre ou como a posição dominante causa um desequilíbrio no balanceamento do legítimo interesse como base legal do tratamento dos dados pessoais.⁵⁹⁰ Disso decorre que parece plenamente possível, como arranjo institucional, que o procedimento preventivo da ANPD abra espaço para diálogo com a autoridade concorrencial, sem prejuízo de a autoridade concorrencial poder abrir uma investigação própria a depender das questões concorrenciais colocadas.

Não obstante, o poder de barganha da ANPD em sua atuação preventiva parece mais limitado que o do Cade em procedimento de repressão *ex post*, uma vez que, embora seja do interesse do agente regulado evitar a abertura de processo sancionador, as diferenças dos instrumentos e das sanções de cada regime a princípio apontam para um potencial dissuasório maior do regime concorrencial. Isso, porque a atuação da ANPD em sede preventiva fica limitada à condução do agente regulado para conformidade com a LGPD, restando dúvida sobre a capacidade de imposição de um padrão protetivo muito acima do exigido pela lei.⁵⁹¹ Embora fuja ao escopo do trabalho aprofundar esse ponto, a questão é mencionada como indicativo de que, a depender da natureza da conduta e da posição de mercado do agente envolvido, o poder

⁵⁸⁸ Resolução CD/ANPD nº 1/2021, art. 35, § 4º.

⁵⁸⁹ LGPD, art. 52. Entre as sanções possíveis, que podem ser entendidas como mais “brandas” constam: (i) advertência; (ii) multa simples de até R\$ 50 milhões; (iii) multa diária; (iv) publicização da infração (*name and shame*); (v) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; e (vi) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração. A seu turno, entre as sanções mais “pesadas” constam: (i) suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (ii) suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 meses, prorrogável por igual período; e (iii) proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. De acordo com a LGPD, art. 52, § 6º, I, as últimas sanções, aqui referidas como “mais pesadas” (i.e., art. 52, X, XI e XII), somente podem ser impostas após a aplicação de alguma das sanções referidas acima como “mais brandas”.

⁵⁹⁰ A esse respeito, por exemplo, ver a interpretação conferida pelo Bundeskartellamt das bases legais do RGPD no caso *Facebook* (conforme seção 3.2.1.1, supra); e, ainda, a Opinião nº 06/2014 do WP29 que menciona que a posição dominante da empresa a ser considerada no teste do balanceamento da base legal do legítimo interesse no contexto da legislação europeia de proteção de dados pessoais (cf. nota de rodapé nº 359, supra).

⁵⁹¹ Isso, evidentemente, em decorrência do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II).

público deverá ponderar sobre a melhor via para o endereçamento do problema que sobrepõe ambas as competências.⁵⁹²

A relevância dessa questão é demonstrada pelo caso *WhatsApp* no Brasil⁵⁹³, originado em decorrência da alteração da política de privacidade do aplicativo, em janeiro de 2021, ampliando o compartilhamento de dados pessoais com o grupo econômico do Facebook e condicionando a continuidade do serviço ao aceite dos usuários.

Embora o caso tenha surgido a partir de um ato conjunto emitido por autoridades diversas (ANPD, Cade, MPF e Senacon), cada qual apontando possíveis violações a diferentes diplomas sob sua competência (Lei 12.529/2011, LGPD e CDC), notou-se como desdobramento dessa ação conjunta que a ANPD passou a ter certa liderança na condução subsequente do caso, que passou a gravitar em torno da conformidade do WhatsApp à LGPD, embora mantendo-se aberta ao diálogo com os outros órgãos.

Portanto, apesar das preocupações concorrenciais enunciadas no caso *WhatsApp*, incluindo o potencial cometimento de abuso de posição dominante,⁵⁹⁴ até o momento não houve qualquer apuração dos efeitos concorrenciais decorrentes da alteração da política de

⁵⁹² Nesse sentido, por exemplo, enquanto a ANPD pode exigir do agente regulado condições para adequação e conformidade à LGPD (*e.g.*, medidas de transparência, elaboração de relatório de impacto de proteção de dados, mecanismos para exercício dos direitos pelos titulares, realização de testes de balanceamento de legítimo interesse, como ocorreu no caso *WhatsApp*, a seguir mencionado), a seu turno, o processo sancionador antitruste pode permitir a imposição de um leque mais amplo de remédios sobre dados pessoais para mitigação de efeitos negativos sobre a concorrência (*e.g.*, proibição de determinadas finalidades de tratamento de dados, imposição de interoperabilidade, redesenho de interfaces, compartilhamento mandatório do acesso a dados, garantia da existência de escolha por parte dos consumidores), inclusive por meio de acordos típicos da Lei 12.529/2011, como o Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

⁵⁹³ O caso *WhatsApp* no Brasil foi originado a partir da Recomendação Conjunta emitida pelo MPF, Cade, Senacon e ANPD, de 7 de maio de 2021, para que a empresa suspendesse a implementação da política de privacidade anunciada meses antes, em decorrência das preocupações de que a alteração pudesse constituir múltiplas violações à Lei 12.529/2011, à LGPD e ao CDC. Apesar do “ponta pé” conjunto das autoridades, nota-se que a ANPD assumiu a liderança na condução da análise, por meio de investigação sob sua alçada, para verificar a conformidade do aplicativo à LGPD. Nesse sentido, ver as Notas Técnicas n.ºs. 02/2021/CGTP/ANPD, 19/2021/CGF/ANPD e 49/2022/CGF/ANPD, emitidas no processo administrativo n.º 00261.000012/2021-04, disponíveis em: BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *ANPD conclui a análise de adequação da nova Política de Privacidade do WhatsApp à LGPD*. 31 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-conclui-a-analise-de-adequacao-da-nova-politica-de-privacidade-do-aplicativo-a-lgpd>>. Acesso em 12 nov. 2022.

⁵⁹⁴ Na Recomendação Conjunta da ANPD, Cade, MPF e Senacon, de 7 de maio de 2021, destacou-se que a conduta do WhatsApp, além de possível ilícito sob outros diplomas legais, poderia configurar eventual abuso de posição dominante “por impor o rompimento da continuidade de prestação de serviço essencial de comunicação aos seus usuários em razão de recusa em submeterem-se à condição imposta de compartilhamento obrigatório de dados com a empresa Facebook e seus parceiros (artigo 36, inciso IV c/c o § 3º, inciso XII, da Lei nº 12.529/2011)”. O documento apontou a importância da atuação tempestiva do Cade para “fomentar o saudável desenvolvimento da arquitetura estrutural destes mercados conjuntamente com o valor da livre concorrência e em prol de benefícios aos consumidores”; e destacou, ainda, a “assimetria informacional” da autoridade, a “resiliência estrutural dos mercados envolvidos” e os “potenciais efeitos sobre a concorrência referentes à política a ser implementada, especialmente considerando a ausência de um *design* regulatório prévio”.

privacidade. Desse modo, parece não ter havido uma reflexão sobre os problemas estruturais que conduzem à degradação da proteção de dados pessoais, notadamente, a posição dominante detida pelo WhatsApp, a importância estrutural do aplicativo no Brasil, a relação desses fatores com a possível inexistência de efetiva escolha por parte dos consumidores, a influência da posição dominante na aplicação das bases legais de tratamento de dados pessoais (consentimento, legítimo interesse etc.), entre outros aspectos.

Diferentemente do que se passou no Brasil, em outros países como Argentina⁵⁹⁵, Índia⁵⁹⁶ e Turquia⁵⁹⁷, houve investigação aprofundada pela autoridade concorrencial, com diferentes medidas adotadas pelas jurisdições, inclusive cautelares. Perante a autoridade concorrencial turca, por exemplo, a empresa foi multada em cerca de 346 milhões de liras turcas (cerca de 100 milhões de reais) por causar restrições à concorrência e ordenada a cessar a conduta e apresentar um remédio a ser monitorado por cinco anos.⁵⁹⁸

Em conclusão, para a repressão a condutas, depende-se que o arranjo institucional escolhido pelas autoridades para a condução da análise dos casos na interseção entre direito da concorrência e proteção de dados pessoais tem reflexos diretos na forma e na intensidade como as preocupações serão endereçadas. A atuação de uma autoridade não exclui a atuação da outra, mas é necessário ponderar em quais circunstâncias se afigura mais estratégico dar preponderância ao procedimento sob a alçada da autoridade concorrencial (caso britânico *Google*), sob a autoridade de proteção de dados (caso brasileiro *WhatsApp*) ou ainda simultaneamente, sob ambas as autoridades.

É possível defender que, quando a conduta envolvendo dados pessoais em questão seja praticada por uma empresa em posição dominante e esteja situada em mercado concentrado, adote-se um arranjo institucional que confira preponderância à investigação pela autoridade concorrencial, abrindo espaço para uma atuação e cooperação próxima com a autoridade de proteção de dados – que pode atuar na identificação da conduta e no desenho e monitoramento

⁵⁹⁵ Na Argentina, houve a imposição de medida preventiva, confirmada em segunda instância. ARGENTINA. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Medida de Precaução para WhatsApp é confirmada pela Câmara de recursos*, 2022. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia/medida-de-precaucao-para-whatsapp-e-confirmada-pela-camara-de-recursos>>. Acesso em: 5 nov. 2022.

⁵⁹⁶ Na Índia, o prosseguimento da investigação foi confirmado em sede recursal pelo Superior Tribunal de Delhi e pela Suprema Corte. Cf. MCCONNELL, Charles. Indian Supreme Court forces WhatsApp to face abuse probe over 2021 privacy update. *Global Competition Review*, 18 out. 2022. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/indian-supreme-court-forces-whatsapp-face-abuse-probe-over-2021-privacy-update>>. Acesso em 5 nov. 2022.

⁵⁹⁷ TURQUIA. Rekabet Kurumu. Decisão n. 22-48/706-299, de 20 out. 2022 (WhatsApp). Disponível em: <<https://www.rekabet.gov.tr/en/Guncel/investigation-about-meta-platforms-inc-p-8c3ec4adc160ed11a22e00505685ee05>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

⁵⁹⁸ Ibid.

dos remédios –, como ocorreu no caso *Google* (Reino Unido) e, em menor medida, nos casos *Facebook* (Alemanha) e *Apple* (França).

A análise empreendida nesta seção indicou que, no contexto da repressão a condutas, a integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência em regra envolve, em maior ou menor grau, algum componente de arranjo institucional, que se configura pela eventual eleição da esfera onde ocorrerá o *enforcement*, divisão de tarefas entre autoridades (identificação da conduta, desenho e monitoramento dos remédios), forma e intensidade da interação (de consulta pontual à interação contínua); além de poder conferir segurança jurídica e legitimidade à decisão da autoridade concorrencial.

4.3.2 Tendência de regulações concorrenciais assimétricas e seus reflexos

Conforme exposto na seção anterior, a repressão concorrencial *ex post* vem abrindo espaço à tendência de estabelecimento de regimes de regulação concorrencial assimétrica. Esses novos instrumentos de regulação, conforme se observa, incorporam elementos de proteção de dados pessoais, de modo que podem ser descritos como uma nova estratégia de arranjo institucional que desloca a integração da proteção de dados pessoais do direito concorrencial para a regulação concorrencial assimétrica *ex ante*. Exatamente por isso merecem análise, uma vez que podem informar o exame da influência do arranjo institucional no tema.

Os regimes de regulação concorrencial *ex ante* são dirigidos em grande medida às plataformas digitais. Alemanha e Japão possuem regimes de regulação assimétrica em pleno funcionamento e com plataformas digitais designadas até a escrita deste trabalho. O *Digital Markets Act* (DMA) foi aprovado pelo Parlamento Europeu em setembro de 2022 e começará a ser aplicado a partir de maio de 2023. O Reino Unido possui proposta avançada em discussão no seu Parlamento; ao passo que há discussões semelhantes pendentes em países como Estados Unidos, Austrália, França, Itália e outros.⁵⁹⁹

De modo geral, essas propostas estabelecem regimes de regulação concorrencial *ex ante* que deverão funcionar em complemento à aplicação do direito concorrencial, ao passo que são caracterizadas como regulação assimétrica justamente por incidirem sobre agentes

⁵⁹⁹ OECD. Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets. OECD Competition Committee Discussion Paper. 2021, p. 7-8.

econômicos com posição diferenciada em ecossistemas e mercados digitais.⁶⁰⁰ Ademais, a aplicação desses regimes, em geral, ficará a cargo das autoridades concorrenciais, embora cada jurisdição possa prever especificidades de desenho institucional.

A natureza *ex ante* dos regimes decorre da possibilidade de os agentes econômicos serem designados como alvos regulatórios e se sujeitarem a regras de conduta fixadas previamente, sejam elas predeterminadas, adaptáveis ou desenhadas conforme o modelo de negócio da plataforma em questão. Dessa forma, as regulações encurtam o caminho para a proibição de condutas pelas autoridades concorrenciais, sem a necessidade de passar por um longo processo de investigação, dispensando a definição de posição dominante, delimitação de mercado relevante e análise rigorosa dos efeitos da conduta.

As razões para o estabelecimento dos regimes *ex ante*, conforme se aponta, abrangem a necessidade de endereçar os problemas estruturais dos mercados digitais, caracterizados pelos fortes efeitos de rede e pela tendência ao tombamento (*tipping*),⁶⁰¹ a necessidade de promover uma intervenção pró-competitiva mais rápida em vista da demora e da complexidade do *enforcement ex post* e a insuficiência das ferramentas antitruste atuais.⁶⁰² As regulações anunciam uma preocupação em garantir um processo competitivo mais equitativo e viabilizar a contestabilidade das plataformas, mitigando o desequilíbrio de poder e promovendo uma maior capacidade de escolha pelos consumidores.⁶⁰³

As propostas variam de forma significativa, desde o procedimento de designação dos alvos regulatórios, à tipificação e aplicação das condutas proibidas, à possibilidade de defesa

⁶⁰⁰ FERNANDES, Victor Oliveira. Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções. *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁶⁰¹ OECD. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, cit., p. 51.

⁶⁰² AUSTRÁLIA. *Digital platform services inquiry – Interim report No. 5 – Regulatory reform*. Set. 2022. (apontando diversas razões para um novo regime *ex ante*; entre outras, a insuficiência dos regimes atuais e a demora das investigações de condutas, i.e., casos como *Google Shopping*, *Google Android*, *Google Adsense*, levaram, respectivamente, 7 anos, 7 anos, 9 anos, para serem concluídos pela Comissão Europeia). Além disso, vale observar que a investigação alemã no caso *Facebook* teve início em 2016 e enfrentou um longo caminho até que a decisão impondo a medida preventiva se tornasse eficaz, considerando também os recursos judiciais. Assim, a 10ª emenda à lei concorrencial alemã, aprovada em janeiro de 2021, instituiu, na Alemanha, um regime concorrencial com características *ex ante*, bem como suprimiu uma etapa recursal judicial, isto é, recursos judiciais às decisões sob a Seção 19a serão direcionados, diretamente, ao Tribunal Federal de Justiça alemão (cf. Seção 71(5) do GWB).

⁶⁰³ Nesse sentido, e.g., UNIÃO EUROPEIA. Regulation 2022/1925 (Digital Markets Act). EUR-Lex, 12 out. 2022. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>>. Acesso em: 16 nov. 2022. Considerandos 2 a 6.

dos agentes econômicos quanto à designação e à conduta praticada. Essas diferenças evidenciam os variados interesses e as escolhas de política pública de cada jurisdição.⁶⁰⁴

Uma das preocupações que conectam todos os regimes é a importância conferida aos dados e, por decorrência, à regulação do fluxo dos dados e à garantia da integridade do processo de escolha pelo consumidor como fatores para mitigar o poder das plataformas. Com o objetivo de promover maior contestabilidade e equidade, além de outros aspectos, as regulações dão centralidade à garantia procedimental da escolha do consumidor, por meio de mecanismos de acesso, transparência, migração e lisura quanto à oferta dos serviços e à coleta e ao tratamento de dados, inclusive dados pessoais.

O exemplo mais significativo disso é o DMA, que adota o modelo regulatório com rol predeterminado de condutas proibidas, merecendo ser analisado em maior detalhe. A regulação europeia afirma que se aplica sem prejuízo ao *enforcement* concorrencial e à legislação europeia de proteção de dados pessoais.⁶⁰⁵ Há diversas disposições da regulação que funcionam como uma camada adicional de proteção em relação à legislação europeia de proteção de dados pessoais, dialogando intensamente com o RGPD.

Um aspecto inicial importante a ser destacado é que o DMA objetiva combater o modelo estabelecido de “*take-it-or-leave-it*” das plataformas digitais, que condiciona o acesso aos serviços à coleta e à combinação ilimitadas de dados pessoais obtidos de diferentes fontes, minando o processo de escolha do consumidor e reforçando o poder das plataformas.⁶⁰⁶ Daí por que, inspirado pelo caso *Facebook* da Alemanha, o DMA estabelece o modelo de *opt-out* padrão da combinação de dados pessoais, exceto se houver consentimento destacado, obrigando as plataformas a oferecerem serviços alternativos com menor captura de dados pessoais, ou seja, alternativas menos personalizadas de serviço que impliquem o menor cruzamento de dados pessoais.

O DMA proíbe os *gatekeepers* que operam plataformas de (i) utilizarem os dados pessoais dos prestadores de serviços de propaganda online que operam na própria plataforma;

⁶⁰⁴ Para uma discussão dos prós e contras de cada regime, veja-se, *e.g.*, FERNANDES, Victor Oliveira. Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais..., cit.

⁶⁰⁵ Regulação 2022/1925 (DMA), Considerandos 12 e 78.

⁶⁰⁶ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, p. 507-533, 2020, p. 507, 516. Os autores destacam que a condicionamento dos serviços à lógica binária de pegar ou largar (*take-it-or-leave-it*) implica a ausência de vontade livre, em razão da assimetria de poder entre o titular de dados e o agente de tratamento, somada à dependência dos consumidores aos serviços na sociedade da informação. Assim, ao não consentir, o custo para o titular dos dados é significativo: vê-se impedido de desfrutar do serviço, por exemplo, utilizar uma rede social ou um aplicativo de mensagem.

(ii) a combinação de dados pessoais obtidos pelo *gatekeeper* na plataforma com dados pessoais obtidos por outros serviços prestados pelo *gatekeeper* ou por terceiros; (iii) a utilização “cruzada” de dados pessoais pelo *gatekeeper* em outros serviços prestados por ele (*e.g.*, *pool* de dados pessoais); e (iv) a inscrição dos usuários finais em múltiplos serviços para a combinação de dados pessoais.⁶⁰⁷ Essas condutas serão proibidas a menos que haja consentimento explícito e destacado na forma da legislação europeia de proteção de dados pessoais, em condições mais restritivas detalhadas pelo DMA.⁶⁰⁸

Conforme afirma a regulação, essas obrigações têm por objetivo não apenas empoderar os consumidores, mas também viabilizar a contestabilidade das plataformas, permitindo que os usuários possam escolher livremente quais serviços querem utilizar e o volume de dados pessoais que querem disponibilizar.⁶⁰⁹

Dois aspectos são particularmente relevantes. Primeiro, como se infere, o DMA expressamente veda a plataforma de utilizar as bases legais da “necessidade de cumprimento contratual” e do “legítimo interesse” para a combinação dos dados pessoais, ou seja, torna necessário o consentimento destacado dos usuários finais, na forma do RGPD.⁶¹⁰ Segundo, as plataformas devem necessariamente oferecer a alternativa menos personalizada para os usuários sem que necessariamente implique a degradação da qualidade do serviço, a não ser que essa degradação decorra tão somente da não disponibilização adicional de dados.⁶¹¹ Nota-se nessas disposições a influência explícita do racional adotado pelas decisões do Bundeskartellamt e do Tribunal Federal Justiça alemão no caso *Facebook*.

Ademais, as obrigações de interoperabilidade e de portabilidade constituem elementos centrais da regulação, impondo a necessária conciliação com a proteção de dados pessoais.⁶¹² Há ainda um conjunto diverso de obrigações com a capacidade de influenciar de maneira

⁶⁰⁷ Regulação 2022/1925 (DMA), Artigo 5(2), respectivamente, (a), (b), (c) e (d). Além dessas obrigações, há também vedação à utilização pelo *gatekeeper* de dados, incluindo dados pessoais, obtidos por vendedores da própria plataforma, quando concorrer com esses vendedores na própria plataforma (típico exemplo do modelo de negócios da Amazon (cf. DMA, artigo 6(2)).

⁶⁰⁸ Regulação 2022/1925 (DMA), Artigo 5(2), *in fine*.

⁶⁰⁹ Regulação 2022/1925 (DMA), Considerando 36.

⁶¹⁰ Regulação 2022/1925 (DMA), Considerando 36.

⁶¹¹ Artigo 13(6) e Considerando 36. Um aspecto interessante que demonstra como o DMA funcionará como camada adicional à legislação de proteção de dados pessoais é que o pedido de consentimento para a combinação de dados pessoais somente poderá ser exigido anualmente.

⁶¹² Regulação 2022/1925 (DMA), *e.g.*, Considerando 64, art. 5(7) e art. 7 (sobre interoperabilidade); art. 6(9) e Considerando 59 (sobre portabilidade). Nesse sentido, por exemplo, o DMA estipula obrigações de compartilhamento contínuo de dados, incluindo dados pessoais, pelo *gatekeeper*, com terceiros, em relação às transações envolvendo os usuários finais clientes desses terceiros operando na plataforma, observando a devida anonimização (DMA, *e.g.*, art. 6(10) e (11)).

significativa a coleta e o tratamento de dados pessoais pelas plataformas. Essas obrigações incluem disposições a respeito de aspectos como acesso e uso do serviço pelos usuários finais, transparência, condições de isonomia e não discriminação, instalação e desinstalação de aplicações e vedação de restrições técnicas ao processo de escolha.⁶¹³

A regulação também se mostra bastante atenta ao fenômeno da exploração comportamental dos consumidores, por meio de expedientes como *dark patterns*, *nudges* e *sludges*, frequentemente empregados para aumentar a coleta de dados pessoais. Daí por que o DMA determina que, em sua conformidade à regulação, o *gatekeeper* não poderá dificultar ou subverter o processo de escolha dos usuários finais, inclusive de forma não neutra ou explorando seus vieses por meio da estrutura, do desenho, da interface e das funcionalidades da plataforma digital.⁶¹⁴

A exposição ilustra que as disposições do DMA, como afirmado anteriormente, funcionam como camada de reforço ao direito de proteção de dados pessoais. Como observa a doutrina, as obrigações do DMA relacionadas à obtenção do consentimento e à portabilidade de dados não contradizem o RGPD, mas o complementam e vão muito além dele.⁶¹⁵ Como destacam Mendes e Fonseca, a atenção ao desenho das tecnologias e à arquitetura dos sistemas de informação representa uma tendência contemporânea de materialização da proteção de dados pessoais,⁶¹⁶ e a regulação vai justamente ao encontro dessa tendência ao colocar o desenho e a arquitetura das plataformas no centro da regulação.

Outro exemplo de que a regulação reforçará o regime de proteção de dados é a obrigação imposta aos *gatekeepers* para que realizem auditorias independentes detalhando as formas como realizam a perfilização dos consumidores nas suas plataformas, incluindo detalhes sobre a obtenção do consentimento e os impactos do tratamento de dados.⁶¹⁷

Essas obrigações possuem implicação direta no arranjo institucional, uma vez que a auditoria será encaminhada às autoridades europeias de proteção de dados pessoais para

⁶¹³ Cf., de modo geral, Regulação 2022/1925 (DMA), arts. 5 e 6.

⁶¹⁴ Regulação 2022/1925 (DMA), art. 13(6).

⁶¹⁵ GERADIN, Damien; BANIA, Konstantina; KARANIKIOTI, Theano. The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation. *SSRN*, p. 1-13, 2022 (destacando que as obrigações de consentimento não contradizem o RGPD; pelo contrário, que juntamente às obrigações de portabilidade, vão além do quanto exigido pelo RGPD). Cf., ainda, o Considerando 59 da Regulação 2022/1925 (DMA), impondo obrigações de portabilidade em complemento ao RGPD.

⁶¹⁶ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização, cit., p. 520-522.

⁶¹⁷ Regulação 2022/1925 (DMA), art. 15(1).

embasar o *enforcement* nas suas respectivas áreas de atuação.⁶¹⁸ Além disso, embora a Comissão Europeia seja a principal responsável pelo *enforcement* do DMA, a regulação prevê a participação das autoridades europeias de proteção de dados com recomendações e relatórios voltados à promoção da coerência com seus instrumentos regulatórios.⁶¹⁹

Pelo exposto, nota-se que o DMA introduz um importante componente de arranjo institucional, uma vez que, ao constituir uma regulação jurídica com fortes elementos normativos ligados à proteção de dados pessoais, provoca uma necessária conformação da interação entre a autoridade concorrencial, responsável pelo *enforcement* da regulação, e as autoridades de proteção de dados pessoais, responsáveis por acompanhar esse *enforcement* e prestar auxílio técnico contínuo e atento à coerência regulatória com os instrumentos de proteção de dados. Essa abordagem não causa surpresa em decorrência de a proteção de dados pessoais constituir um direito fundamental de maior importância no contexto europeu e, por isso, detalhadamente considerado pela regulação.⁶²⁰

O DMA poderá causar um impacto importante no contexto europeu de *enforcement* concorrencial, uma vez que, embora a Comissão Europeia seja a principal autoridade competente para conduzir as investigações de violações a essa regulação, todas as autoridades nacionais de concorrência poderão iniciar investigações preliminares sobre possíveis violações dos *gatekeepers* designados pela Comissão às condutas proibidas pela regulação, havendo a possibilidade de poderem cooperar com a Comissão nessas investigações, constituindo uma rede de fiscalização.⁶²¹

⁶¹⁸ Regulação 2022/1925 (DMA), art. 15(1).

⁶¹⁹ Embora a Comissão Europeia figure como a principal autoridade responsável por executar o DMA, a regulação prevê o estabelecimento de um conselho interinstitucional de autoridades europeias (*high-level group*), incluindo as autoridades europeias de proteção de dados (European Data Protection Supervisor – EDPS e European Data Protection Board – EDPB). Esse conselho oferecerá recomendações sobre a implementação e o *enforcement* do DMA, inclusive no tocante à coerência com outros instrumentos regulatórios (a legislação de proteção de dados), conforme dispõe o art. 40 do DMA. As autoridades de proteção de dados europeias poderão emitir relatórios e recomendações para que haja coerência na aplicação do DMA em relação ao RGPD.

⁶²⁰ Essa abordagem não causa surpresa em decorrência de a proteção de dados pessoais constituir um direito fundamental de maior importância no contexto europeu e, por isso, detalhadamente considerado pela regulação. No contexto da elaboração do DMA, a autoridade Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (European Data Protection Supervisor – EDPS) produziu um parecer indicando que a regulação representava o fortalecimento da proteção de dados, de modo que propôs melhorias no texto, inclusive voltadas à estruturação da cooperação interinstitucional entre a Comissão Europeia e as autoridades europeias de proteção de dados pessoais no contexto de aplicação da regulação. Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor. *Opinion 2/2021 on the Proposal for a Digital Markets Act*. 2021.

⁶²¹ Regulação 2022/1925 (DMA), art. 38(7). Entretanto, de acordo com o art. 37, as autoridades nacionais não poderão ter poderes para promover o *enforcement* do DMA, de modo que o caso poderá ser assumido pela Comissão Europeia. Cf. ALEMANHA. Monopolkommission. *Biennial Report XXIV: Competition 2022 (Chapter V: Is there a need for further regulation with regard to the problem of non-contestable digital ecosystems?)*. 2022, p. ix-x (discutindo a relação entre as autoridades nacionais e o DMA).

A proposta do Reino Unido, diferentemente do DMA, não prevê uma lista predefinida de ilícitos e deverá impor um código de conduta adaptado ao modelo de negócios da plataforma.⁶²² A partir da regulação proposta, a autoridade concorrencial poderá impor às plataformas a interoperabilidade mandatória, o acesso de terceiros a dados, medidas de separação estrutural, medidas que aumentem o controle do consumidor sobre os dados, tudo isso visando a alterar a estrutura dos mercados digitais.⁶²³ Além disso, o regime em discussão deve implicar uma revisão do arranjo institucional regulatório quanto à condução dos casos e ao desenho e *enforcement* dos remédios; daí por que a proposta poderá conter mecanismos para facilitar a coordenação e cooperação interinstitucional, inclusive no tocante à troca de informações sigilosas entre os reguladores.⁶²⁴

A seu turno, o regime estabelecido na Alemanha, por meio da 10ª emenda à lei concorrencial alemã (GWB), que incluiu a Seção 19a no referido diploma, entrou em vigor em janeiro de 2021 e é considerado o primeiro e único do gênero. Isso, porque as regras da Seção 19a se distinguem dos demais regimes, uma vez que, como lembra Kerber, juridicamente constituem parte do direito da concorrência alemão.⁶²⁵

Portanto, há aqui um aspecto muito importante a ser notado: as medidas previstas no dispositivo tecnicamente não constituem uma regulação *ex ante*, mas sim um novo instrumento dentro do direito da concorrência alemão (algo que poderia se enquadrar na definição de direito concorrencial regulatório, conforme acepção de Dunne⁶²⁶), de modo a contornar as desvantagens do procedimento tradicional de repressão de condutas.

A Seção 19a do GWB ampliou os poderes do Bundeskartellamt para investigar agentes econômicos designados como de “*significativa importância entre diferentes mercados*”, em razão de critérios qualitativos estabelecidos pelo dispositivo.⁶²⁷ A partir desses critérios, até o

⁶²² REINO UNIDO. *A new pro-competition regime for digital markets*. 2021, p. 8. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets>>.

⁶²³ *Ibid.*, p. 34.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 15-17.

⁶²⁵ KERBER, Wolfgang; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa. *Synergies Between Data Protection Law and Competition Law*. Verbraucherzentrale Bundesverband, 2021, p. 60: “There are no doubts that these rules are legally part of competition law, and exist additionally to the traditional ex-post control of abusive behavior of dominant firms (sect. 19 GWB), which also remains applicable to the large digital firms”.

⁶²⁶ Cf. nota de rodapé 521, *supra*.

⁶²⁷ Section 19(a) do GWB; no original: “Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb”. A decisão de designação é válida por 5 anos e, entre os critérios para designar a empresa como tal, a autoridade deve levar em consideração (i) sua posição dominante em um ou vários mercados; (ii) sua solidez financeira ou seu acesso a outros recursos; (iii) sua integração vertical e suas atividades em mercados de outra forma relacionados; (iv) seu acesso a dados relevantes para a concorrência; (v) a relevância de suas atividades para o acesso de terceiros aos mercados de fornecimento e vendas e sua influência relacionada nas atividades comerciais de terceiros (Seção 19a(1)).

momento foram designados os grupos Alphabet, Meta e Amazon; enquanto a Apple está pendente de designação.⁶²⁸

Diferentemente do DMA, a Seção 19a não estabelece uma lista de condutas proibidas *per se*, mas possibilidades de proibições que poderão ser impostas relacionadas a condutas anticompetitivas. Assim, a autoridade concorrencial poderá proibir o agente econômico de praticar condutas tais como (i) praticar autopreferência (*self-preferencing*); (ii) pré-instalar exclusivamente aplicativos; (iii) elevar barreiras por meio de dados importantes para a concorrência (inclusive mediante a imposição de termos e condições abusivos); (iii) recusar ou dificultar a interoperabilidade e a portabilidade de dados dificultando a concorrência; e (iv) exigir dados pessoais que não sejam absolutamente necessários para a prestação do serviço ou condicionar a qualidade do serviço à coleta de dados que não sejam razoavelmente necessários para tanto.⁶²⁹

Assim que, por exemplo, em decorrência do procedimento da Seção 19a em face do grupo Meta, a empresa aceitou não condicionar a utilização dos seus óculos de realidade virtual ao registro de uma conta na rede social Facebook.⁶³⁰

A Comissão de Monopólio do governo federal alemão aponta que, em decorrência da sobreposição com muitas das condutas proibidas sob o DMA (arts. 5º, 6º e 7º), é possível que a Seção 19a da lei concorrencial alemã perca certa aplicação prática, ao menos em relação aos *gatekeepers* designados sob a legislação europeia.⁶³¹

Nota-se que a legislação alemã possui racional semelhante às demais no sentido de tentar reduzir o potencial de condutas exploratórias pelas plataformas, ao instituir medidas com potencial de emponderar os consumidores para que exerçam mais efetivamente a liberdade de escolha, inclusive quanto à disponibilização dos seus dados e à migração entre serviços. Na

⁶²⁸ Até a conclusão desta dissertação, o Bundeskartellamt já havia aberto investigações com fundamento na Seção 19a em relação ao Google, Meta, Amazon e Apple, a última ainda não designada. Em relação à Meta, investiga-se a ligação do serviço proprietário Oculus ao serviço de rede social. Em relação à Amazon, a autoridade tem duas investigações em andamento, relacionadas aos termos negociados com vendedores no *marketplace*. Em relação ao Google, são investigados os termos de processamento de dados pessoais da empresa. Já em relação à Apple, a autoridade aponta que recebeu diversas denúncias, incluindo de empresas atuantes em publicidade online (em decorrência das alterações nos padrões de privacidade do sistema operacional iOS 14.5 com potencial de limitar a coleta de dados pelos aplicativos), além de outras condutas relacionadas a *self-preferencing* e às regras das lojas de aplicativos.

⁶²⁹ De modo geral, GWB, Seção 19a(2).

⁶³⁰ ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Meta (Facebook) responds to the Bundeskartellamt's concerns – VR headsets can now be used without a Facebook account (Press release)*. 23 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

⁶³¹ ALEMANHA. Monopolkommission. *Biennial Report XXIV: Competition 2022 (Chapter V: Is there a need for further regulation with regard to the problem of non-contestable digital ecosystems?)*. 2022, p. x-xiii (discutindo a relação entre o DMA e a Seção 19a do GWB).

legislação concorrencial alemã, assim como no DMA, verifica-se a possibilidade de materialização da proteção de dados pessoais por meio da possibilidade do desenho das tecnologias e da arquitetura das plataformas. Não obstante, de modo distinto ao DMA, na lei alemã, é possibilitado ao agente designado apresentar defesa justificando objetivamente as suas condutas, recaindo sobre si o ônus da prova.⁶³²

Não se identificou na legislação alemã qualquer previsão específica acerca do arranjo institucional para *enforcement* da Seção 19a, de modo que o mais razoável a se esperar é que a autoridade concorrencial alemã, quando necessário, consulte as autoridades de proteção de dados pessoais do mesmo modo como procedeu no caso *Facebook*.

Nos Estados Unidos, há projeto de lei em discussão no legislativo do país, denominado de “Lei de Inovação e Escolha Online” (*American Innovation and Choice Online Act – Aicoa*).⁶³³ De modo semelhante ao DMA, também prevê uma lista de condutas consideradas ilícitas pelas plataformas designadas (*covered platforms*), embora menos detalhadas que a regulação europeia. Entretanto, diferentemente do DMA e à semelhança do regime alemão, a proposta norte-americana permite “defesas afirmativas” pelo agente econômico designado, possibilitando que justifique a conduta em questão com base em argumentos de eficiência (melhoria de uma funcionalidade central da plataforma), proteção à privacidade ou cumprimento de dever legal, mesmo que essa justificativa, ao que indica o texto, tenha de ser interpretada restritivamente.⁶³⁴

Conforme o texto proposto, entre outras justificativas, a plataforma poderá alegar (recaindo sobre si o ônus da prova) que a conduta é estrita e razoavelmente necessária para proteger a privacidade dos usuários. Além disso, a privacidade não poderá ser utilizada como pretexto para a conduta, aspecto a ser verificado concretamente.⁶³⁵ Nota-se nesses pontos que a regulação norte-americana prestigia a privacidade, reconhecendo a necessidade de ser conciliada e considerada no contexto da regulação concorrencial.⁶³⁶

⁶³² GWB, Seção 19a(4).

⁶³³ ESTADOS UNIDOS. Senate. *Bill S.2992 - American Innovation and Choice Online Act*. 2021. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

⁶³⁴ *Ibid.*, Seção 3(b).

⁶³⁵ *Ibid.*, Seção 3(b).

⁶³⁶ Entretanto, em razão da falta de um regime legal federal abrangente nos Estados Unidos relacionado à proteção de dados pessoais, nota-se que a proposta de regulação norte-americana oferece menos balizas que o DMA quanto aos parâmetros e requisitos, *e.g.*, para consentimento ou portabilidade de dados.

Prevê-se que o *enforcement* da legislação em discussão ficará a cargo da FTC, o que deve facilitar a aplicação do diploma em razão da competência multidisciplinar do órgão para tutelar interesses de concorrência e privacidade.

Por sua vez, no Japão, a “Lei para Melhorar a Transparência e Equidade das Plataformas Digitais” (*Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms – TFDPA*), em vigor desde fevereiro de 2021, adotou estratégia regulatória bastante distinta das demais, em uma abordagem de correção.

Os agentes econômicos designados (até o momento cinco⁶³⁷) devem envidar esforços voluntários e proativos em melhorar a transparência e equidade da plataforma digital, publicizando termos e condições, informações, e desenvolvendo procedimentos e sistemas previstos na legislação. A plataforma deve submeter relatório anual das medidas adotadas, que será analisado pelo Ministro da Economia, Comércio e Indústria. Caso necessário, então, o Ministro poderá requerer à autoridade concorrencial (Japan Fair Trade Commission – JFTC) que adote as medidas cabíveis com base na legislação concorrencial do país.⁶³⁸

O panorama exposto indica que a regulação concorrencial *ex ante* dos mercados digitais dá concretude à lição exposta por Calixto Salomão Filho sobre a necessária atenuação da linha divisória entre regulação e antitruste nas situações de concentração de poder econômico.⁶³⁹ A regulação assume, em sintonia com o preconizado pelo autor, um caráter de procedimentalização da atividade econômica, a fim de garantir interações equilibradas juridicamente. Por meio de um conjunto de valores e regras institucionais, busca-se garantir um processo competitivo fundado na liberdade de escolha e na ampliação das informações e de

⁶³⁷ Até o momento, já foram designadas as plataformas Amazon, Rakuten, Yahoo, Google e Meta. Cf. JAPÃO. Ministry of Economy, Trade and Industry. *Digital platforms*. Disponível em: <https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/index.html>. Acesso em 15 nov. 2022.

⁶³⁸ Ibid.

⁶³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*, cit., p. 205: “Na verdade, é de rigor uma regulação mais incisiva do ponto de vista concorrencial, que inclua seus princípios e reforce sua aplicação, fazendo frente às necessidades específicas da regulação de situações de concentração de poder econômico. Essas afirmações teóricas têm profunda correspondência no mundo real. Significam, na verdade, que, progressivamente, mais setores formalmente não-regulados devem se submeter a uma disciplina antitruste incisiva que não se limite a sancionar atos ilícitos, mas passe a impor comportamentos (o que, como se verá, é típico da disciplina regulatória). Essa tendência se faz sentir em novas teorias de direito concorrencial, como a *essential facility doctrine*, que propõe verdadeira linha de conduta obrigatória para os monopólios (obrigação de contratar a preços competitivos), isto é, verdadeira regulação da atividade do monopolista.”

conhecimento para os concorrentes e consumidores, constituindo nesses elementos o enfoque redistributivo e vertido à diluição do poder econômico.⁶⁴⁰

As regulações (e propostas de regulações) examinadas apresentam uma grande variedade de conformações, que refletem valores e escolhas de política pública de cada jurisdição. Por exemplo, a regulação europeia enfatiza a proteção procedimental do direito fundamental à proteção de dados pessoais por meio de requisitos específicos de tratamento de dados, maior incidência regulatória e *accountability*, ao passo que, nos Estados Unidos, a proteção à privacidade será avaliada como possível justificativa para as condutas praticadas pelas plataformas, caso a caso.

As regulações também apontam para um necessário rearranjo institucional entre as autoridades de concorrência e proteção de dados pessoais. Isso fica mais evidente no contexto europeu, uma vez que a regulação funciona em larga medida como uma camada de reforço à legislação de proteção de dados pessoais. Assim, embora as obrigações estejam predefinidas no DMA, há uma necessidade de coerência regulatória de *enforcement* que exige interação contínua com as autoridades europeias de proteção de dados, de tal modo que será criado um conselho interinstitucional. Na Alemanha, as regras foram incorporadas à lei de defesa da concorrência, o que deve implicar maior cooperação e coordenação com as autoridades de proteção de dados para identificação de comportamentos abusivos ou desenho de remédios e monitoramento das proibições contidas na Seção 19a. No Reino Unido sucede de modo semelhante, porém, as autoridades de proteção de dados possivelmente serão chamadas para desenhar os códigos de condutas aplicáveis às plataformas. A exceção deverá ser os Estados Unidos, cuja autoridade responsável, a FTC, possui competência multidisciplinar e se beneficiará das sinergias internas.

Para além da representatividade das mudanças, que chegam a ser paradigmáticas por alterar as estratégias de intervenção do Estado nos mercados digitais, no plano simbólico elas evidenciam que a defesa da concorrência deve caminhar tanto quanto possível alinhada à proteção de dados pessoais. Se isso não foi possível, em algumas jurisdições, pela resistência na aplicação estreita do direito concorrencial, passado ao plano da regulação concorrencial, a necessidade de conciliação se mostra premente.

⁶⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*, cit., p. 215-232 (desenvolvendo apontamentos para a elaboração de uma teoria crítico-estruturalista da regulação e explicando a relação entre regulação e proteção da difusão do conhecimento econômico).

O DMA e, em menor medida, a Seção 19a da lei concorrencial alemã ilustram que os requisitos da proteção de dados pessoais podem funcionar como catalizadores da concorrência, ao garantirem escolhas informadas e efetivas por parte dos consumidores, e migração entre serviços; bem como que a materialização da proteção de dados pessoais também ocorra por meio do desenho e da arquitetura das plataformas digitais.

Também no plano simbólico, as mudanças de regimes, de tão diferentes entre si, a ponto se serem referidas pela OCDE como “cacofonia regulatória”,⁶⁴¹ revelam que os Estados nacionais, ao menos aqueles no centro do capitalismo mundial, estão prontos para rapidamente promoverem mudanças significativas nos marcos regulatórios e nas estratégias de intervenção na economia digital, distanciando-se da propalada uniformização normativa exportada aos países periféricos. Esse panorama apenas reforça a possibilidade de reformas legislativas no contexto brasileiro e a aplicação do direito da concorrência de forma mais consistente com os valores e objetivos da ordem econômica constitucional.

A constatação de que, de um lado, as regulações concorrenciais proíbem condutas que são extraídas de teorias de dano a partir da experiência das autoridades concorrenciais na repressão de condutas e, de outro, incorporam diversos caracteres normativos do direito da proteção de dados pessoais, apenas evidencia que a proteção de dados pessoais (enquanto componente fundamental para o bom funcionamento dos mercados digitais) não estava sendo adequadamente considerada na aplicação do direito da concorrência, o que tornou necessária sua integração às regulações concorrenciais.

Em conclusão, a análise das regulações concorrenciais assimétricas aponta para a necessidade da consideração do arranjo institucional para a tutela efetiva e coerente dos interesses da concorrência e da proteção de dados pessoais. O modelo do DMA é o exemplo mais significativo disso, uma vez que implicará uma interação intensa entre a autoridade concorrencial e as autoridades europeias de proteção de dados pessoais. Por outro lado, a Seção 19a da lei concorrencial alemã é simbolicamente muito significativa, pois aponta que arranjos institucionais podem ser facilitados por meio de reformas legislativas, no direito concorrencial, que confirmam novos poderes de atuação à autoridade concorrencial para examinar e proibir condutas abusivas envolvendo dados pessoais.

⁶⁴¹ OECD. *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*, cit., p. 3.

4.3.3 Controle de concentrações

A presente seção pretende analisar as perspectivas de arranjos institucionais relacionados à integração da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial no contexto da análise de atos de concentração. Como destacado anteriormente, tem-se apontado que o controle concorrencial *ex post* apresenta desvantagens para o *enforcement* concorrencial nos mercados digitais, especialmente pela demora de resolução e dinamicidade dos mercados. O controle de concentrações pode, assim, possibilitar arranjos institucionais para endereçar antecipadamente os riscos relacionados à exploração dos dados pessoais.

Os exemplos existentes de cooperação entre Cade e autoridades reguladoras no contexto do controle prévio de estruturas são bastante ilustrativos quanto às possibilidades abertas de arranjos de colaboração entre a autoridade concorrencial brasileira e a ANPD para a análise de atos de concentração.

Em decorrência de arranjo institucional específico entre Cade e Bacen,⁶⁴² por exemplo, foi possível a interação mais intensa entre as autarquias para a análise do ato de concentração *Itaú/XP*, por meio de contatos entre as equipes técnicas das autoridades para trocarem impressões e discutirem preocupações concorrenciais e eventuais remédios.⁶⁴³

Em sentido semelhante, é comum a consulta da autoridade concorrencial a agências reguladoras para a análise de atos de concentração. Assim, por exemplo, no caso *Compass/Gaspetro*, ocorreu consulta à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e posteriormente houve recurso dessa autoridade em face da decisão da SG pela aprovação.⁶⁴⁴ Na operação *Ream/Petrobras*, a ANP colaborou ativamente no desenho dos remédios concorrenciais adotados pelo Tribunal do Cade em sua decisão.⁶⁴⁵ No caso *AT&T/TimeWarner*,⁶⁴⁶ foram consultadas a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine), as quais emitiram pareceres apontando

⁶⁴² No caso do setor financeiro, tem-se situação específica decorrente das competências legais do Bacen para autorizar operações societárias envolvendo instituições financeiras (art. 10, X, alíneas c e g, c/c art. 18, § 2º, da Lei 4.595/1964). Portanto, em razão da competência concorrente entre Cade e Banco Central do Brasil, ambas as instituições assinaram, em 2018, Memorando de Entendimentos estabelecendo procedimentos de cooperação para análise de atos de concentração.

⁶⁴³ Cf. voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira no AC nº 08700.004431/2017-16.

⁶⁴⁴ O recurso da agência reguladora, entretanto, não alterou a conclusão da autoridade pela aprovação sem restrições da operação (AC nº 08700.004540/2021-10). A hipótese de recurso de agência reguladora está fundamentada na Lei 12.529/2011, art. 65, I.

⁶⁴⁵ AC nº 08700.006512/2021-37.

⁶⁴⁶ AC nº 08700.001390/2017-14.

ressalvas quanto à operação, levadas em consideração pelo Tribunal na decisão que aprovou a operação condicionada a remédios.⁶⁴⁷

As experiências de cooperação assinaladas indicam ser plenamente possível a cooperação entre Cade e ANPD no curso do exame de atos de concentração, seja na análise material dos casos, seja no desenho e monitoramento de remédios. A presente pesquisa não identificou, até o momento, qualquer cooperação entre as autoridades nesse sentido. Entretanto, é possível localizar no contexto internacional casos nos quais essa cooperação ocorreu em sede de controle de concentrações.

No ato de concentração *Enerest/Electricité de Strasbourg* (2012), perante a autoridade concorrencial francesa, a autoridade de proteção de dados pessoais do país (CNIL) foi consultada para examinar o remédio concorrencial de compartilhamento do acesso a dados pessoais referentes ao perfil de consumo de eletricidade. A partir dessa cooperação, estabeleceram-se balizas procedimentais para que esse compartilhamento observasse a obtenção regular do consentimento pelos consumidores finais.⁶⁴⁸

É possível localizar na Colômbia outro exemplo de incorporação da proteção de dados a remédios em controle de concentrações. O caso não envolveu cooperação interinstitucional em decorrência de a autoridade colombiana Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) possuir múltiplas competências. Em qualquer caso, tratou-se de parceria envolvendo os maiores bancos colombianos, em 2019, em cuja análise a autoridade recomendou a adoção de remédio concorrencial determinando a proteção dos dados dos consumidores e a interoperabilidade de sistemas.⁶⁴⁹ Não tivesse a autoridade competência múltipla, poderia se tratar claramente de remédio adotado em sede de cooperação.

⁶⁴⁷ Para uma exposição dos casos em que houve cooperação interinstitucional, cf. BRASIL. Interactions between competition authorities and sector regulators – Contribution from Brazil. *Global Forum on Competition*. OECD (Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee), 2022.

⁶⁴⁸ FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 12-DCC-20 du 07 février 2012* (Requerentes: Electricité de Strasbourg e Enerest). 2012. O caso envolveu a aquisição de controle da Enerest pela Electricité de Strasbourg. A última comprometeu-se a facultar o acesso às informações dos consumidores (histórico de consumo de eletricidade, perfil de consumo, entre outras), necessárias à elaboração de propostas comerciais, a qualquer concorrente que as solicitassem. O compartilhamento dessas informações ficou condicionado à autorização prévia e expressa dos consumidores, por correio postal ou e-mail.

⁶⁴⁹ COLÔMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. *Despacho Superintendente (Respuesta a solitud de análisis de una operación de integración empresarial entre Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A. y Banco de Bototá S.A.)*. Bogotá, 19 jul. 2019. O caso envolveu operação submetida à autoridade colombiana, em 2019, na qual os três maiores bancos do país solicitaram a avaliação quanto à criação de empresa para conectar instituições públicas e privadas aos consumidores em uma plataforma digital de certificação da identidade. Em seu remédio concorrencial, a autoridade impôs obrigações de proteção de dados pessoais, no âmbito da nova empresa, além de regras relacionadas à migração dos dados, incluindo a necessidade de obtenção de consentimento e a interoperabilidade do sistema.

No contexto europeu, após os apelos do Comitê Europeu de Proteção de Dados Pessoais (*European Data Protection Board* – EDPB) para que aspectos de proteção de dados pessoais fossem analisadas no âmbito do controle de concentrações – colocando-se o órgão, inclusive, à disposição para contribuir na análise material das fusões –,⁶⁵⁰ finalmente a Comissão Europeia trabalhou em cooperação estreita com a autoridade na análise do caso *Google/Fitbit*,⁶⁵¹ o que explica o remédio final particularmente atento à proteção de dados pessoais.⁶⁵² Ademais, de modo inédito, no remédio imposto pela autoridade concorrencial previu-se que o *trustee* de monitoramento deveria preparar relatórios a serem encaminhados à autoridade de proteção de dados pessoais competente.⁶⁵³ O caso ilustra o exemplo mais representativo até o momento de cooperação em sede de controle de concentrações.

Para além desses exemplos, ainda limitados no tocante ao controle de concentrações de operações envolvendo dados pessoais, os arranjos institucionais particulares de outras jurisdições para análise de concentrações em outros setores, como no setor de mídia, podem servir de ponto de partida para reflexões.

A esse respeito, em algumas jurisdições, a autoridade concorrencial é obrigada a consultar o regulador setorial a fim de que este emita opinião sobre questões “não econômicas”, como a liberdade de expressão e a preservação da pluralidade de opiniões. Em alguns países, a opinião desse regulador é vinculante quanto à aprovação do ato de concentração.⁶⁵⁴ O fundamento desse controle prévio duplo, no setor de mídia, decorre da compreensão de que a concentração econômica em poucos conglomerados ameaça a diversidade do debate público e a pluralidade de ideias necessárias ao regime democrático.⁶⁵⁵

⁶⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board (EDPB). *Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration*. 27 ago. 2018; UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board (EDPB). *Statement on privacy implications of mergers*. 19 fev. 2020.

⁶⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions* (press release). 17 dez. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484>. Acesso em 8 nov. 2022.

⁶⁵² Conforme apontado anteriormente (seção 3.1.1, supra).

⁶⁵³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission Decision of 17.12.2020 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. Merger Procedure Regulation (EC) 139/2004. *Case M.9660 – Google/Fitbit*. Bruxelas, 17 dez. 2020, compromisso n° 26.

⁶⁵⁴ Em Portugal, a opinião da autoridade reguladora é vinculante: “[...] whenever there is a merger in a market subject to economic regulation, the PCA requests the opinion of the NRA concerned before taking a final decision. Opinions of NRAs are not binding to the PCA, except for the case of negative opinions of the media regulatory authority regarding freedom of speech and the expression of differing opinions” (PORTUGAL. *Roundtable on changes in institutional design of competition authorities – Note by Portugal*. OECD, p. 4).

⁶⁵⁵ DREXL, Josef. Competition law in media markets and its contribution to democracy – a global perspective. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n. 14-16, 2015, p. 14-19, 29-31 (discutindo diferentes modelos no controle de concentrações no setor de mídia para a proteção da liberdade de expressão e pluralidade de opiniões; o autor aponta que reguladoras de mídia podem atuar como uma segunda

A partir dessa perspectiva e para além dos arranjos examinados anteriormente, a doutrina⁶⁵⁶ cogita que seria possível que um ato de concentração fosse analisado duplamente pela autoridade concorrencial e pela autoridade de proteção de dados pessoais, para que a última se certificasse de que a concentração econômica não apresenta riscos relevantes e respeita a proteção de dados pessoais. Guardadas as devidas diferenças, essa análise dupla já ocorre no Brasil em alguns setores regulados, como o financeiro e o de saúde suplementar. Não obstante, a perspectiva ventilada requereria no Brasil uma reforma legislativa a fim de que a ANPD pudesse conduzir um procedimento autônomo de análise, o que, em qualquer caso, fugiria do escopo do direito concorrencial.

Outra possibilidade levantada pela doutrina é a de que a autoridade concorrencial possa exigir uma análise *ex post* do ato de concentração, condicionando sua validade à comprovação da conformidade do processamento de dados perante a autoridade de proteção de dados pessoais.⁶⁵⁷ Com efeito, essa possibilidade estaria amparada no contexto brasileiro pela competência do Cade, quando entender que o risco de processamento abusivo de dados pessoais poderá constituir um efeito nocivo sobre a ordem econômica.⁶⁵⁸ Essa pode ser uma alternativa efetiva de arranjo institucional para a integração da proteção de dados pessoais, uma vez que evita eventual atraso indesejado da análise do ato de concentração.

Ademais, a discussão sobre a integração da proteção de dados pessoais ao controle de concentrações deve passar por uma necessária reflexão sobre o *trade-off* envolvido entre se eleger o controle prévio para endereçar os problemas da exploração dos dados pessoais ou relegá-los à repressão *a posteriori* pelas autoridades competentes. Dois exemplos da experiência brasileira são informativos sobre a relevância dessa reflexão.

Nos casos *Oi/Phorm* e *Telefônica/Phorm*, que passaram pelo Cade em 2010 e 2011,⁶⁵⁹ foram apontadas diversas preocupações com a tecnologia da Phorm, mais invasiva à privacidade, aspecto que havia sido inclusive apontado por parecer⁶⁶⁰ do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), vinculado ao Ministério da Justiça, acostado aos

camada no controle de concentrações, inclusive para aplicar remédios possivelmente não disponíveis no direito da concorrência).

⁶⁵⁶ Nesse sentido, *e.g.*, COSTA-CABRAL, LYNSKEY. *Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU law*, cit., p. 28-29.

⁶⁵⁷ COSTA-CABRAL, LYNSKEY. *Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU law*, cit., p. 28.

⁶⁵⁸ Conforme dispõe a Lei 12.529/2011, art. 61, §§ 1º e 2º, VI.

⁶⁵⁹ Conforme apontado na seção na 3.2.2 (cf. nota de rodapé nº 227, supra).

⁶⁶⁰ Nota Técnica nº 29/2011 – CGSC/DPDC/MJ, de 25 de abril de 2011, no AC nº 08012.010585/2010-29 (*Telefônica/Phorm*).

autos do segundo ato de concentração. Não obstante, o Tribunal do Cade não considerou a análise da degradação da privacidade dos consumidores, deixando para que o DPDC examinasse tal questão posteriormente, conforme se extrai do julgamento.⁶⁶¹

Disso decorreu que somente em 2014 o DPDC concluiu a investigação, proferindo decisão no sentido de que a tecnologia da Phorm era extremamente invasiva e violadora da privacidade e da autonomia dos consumidores, de modo que impôs uma multa de R\$ 3,5 milhões.⁶⁶² Entretanto, quando da decisão proferida pelo DPDC, a parceria com a Phorm já

⁶⁶¹ Nesse sentido, por exemplo, extrai-se da ata de julgamento do ato de concentração referente à operação *Telefônica/Phorm* a seguinte manifestação do Conselheiro Alessandro Octaviani: “[...] em relação à questão da privacidade, muito embora não seja de expressa competência desse Conselho cuidar dessas questões, pois elas estão afeitas por uma ordem protegidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor e por outra, pela Constituição que garante o direito de privacidade, ou seja, pelos órgãos que cuidam dos direitos humanos aqui no nosso país, eu acho que esse bloco de questões deve ser remetido às agências que cuidem especificamente dessas questões. [...] Raras vezes eu vi manifestações tão veementes nas reportagens a respeito de intrusividade de uma tecnologia quanto em relação ao que se descreve da Phorm, então me parece que esse é um ponto sensível. Se escapa a nossa competência direta, não escapa a nossa competência indireta de pelo menos, encaminharmos aos órgãos corretos e aqui eu já faço a minha sugestão: que se encaminhe o voto específico do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo ao DPDC e os demais votos também. [...] Outro órgão que eu acho importante receber cópia dos autos é o Comitê Gestor da Internet e eu sugiro ao DPDC que chame para essa conversa, não só organizações de defesa do consumidor que lidam com os perigos advindos da tecnologia, especialmente o IDEC que tem uma divisão interna especial para lidar só com novas tecnologias, como também chamem o Ministério Público e outras entidades que cuidam dos interesses difusos. Eu acho que isso aqui é um tema que merece esse tipo de cuidado”. Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29 (Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda.), julgado em 14 dez. 2011, fls. 623-624.

⁶⁶² BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Nota Técnica nº 137/2014-CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ de 22 de julho de 2014. Processo Administrativo nº 08012.003471/2010-22 (Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor *ex officio*; Representado: TNL PCS S/A – Oi). 2014. Vale colacionar o teor da referida Nota Técnica: “No presente caso, a TNL PCS S.A. (‘Oi’) implementou ferramenta tecnológica denominada *Navegador* capaz de mapear a navegação e interceptar as comunicações dos consumidores com o intuito de disponibilizar a outras empresas (portanto, comercializar) dados personalizados. A afronta, por conseguinte, é ao direito fundamental de proteção da dignidade e personalidade humana – o direito a privacidade e intimidade. Ademais, a empresa não informa ao consumidor de forma adequada, clara e ostensiva sobre o acompanhamento constante da navegação na internet. A publicidade é realizada de forma que induz o consumidor em erro sobre a natureza do serviço [...] vez que as mensagens da campanha simplesmente são apresentadas como um instrumento de auxílio à navegação e busca na internet, omitindo-se à efetiva transmissão dos dados digitados pelo consumidor. Na verdade, é mapeado todo o conteúdo por ele acessado na internet e repassado para empresas que pretendem adquirir e realizar a denominada publicidade direcionada e personalizada. [...] Assim, são graves as omissões na veiculação de informações relevantes à compreensão pelo consumidor para que de modo livre e consciente realize sua escolha de ativar ou não o *Navegador*. Além do mais, o direito de escolha do consumidor fica mitigado, haja vista que a publicidade do serviço ou produto que lhe é direcionada pode não ser o que realmente necessite ou esteja à procura. [...] fica patente que a intenção do *Navegador* é, de fato, copiar as informações de cada consumidor, com vistas a direcioná-lo, a princípio, a uma publicidade específica. No entanto, não há garantia de que seus dados informados não possam ser utilizados para outro fim [...] Em suma, o serviço *Navegador* agrava a vulnerabilidade, aumenta drasticamente a assimetria do consumidor em relação ao fornecedor alterando o equilíbrio da relação de consumo em favor deste último, confunde-se com método comercial e publicitário com características coercitivas e desleais, torna precária a proteção das informações dos consumidores mantidas pelos fornecedores, retira do consumidor seu poder de autodeterminação em relação à utilização de dados e informações geradas a partir de sua utilização da internet que deveria, por pressuposto, ser livre e autônoma. Essa passa a ser uma utilização monitorada para a publicidade online. O *Navegador* retira do consumidor garantias específicas e eficazes para a tutela de sua privacidade e de sua autonomia.”

havia sido descontinuada, após a vigência por 3 anos (entre 2010 e 2013),⁶⁶³ o que significa que as dezenas de milhões de consumidores brasileiros que acessaram a internet por meio dos serviços da Oi restaram lesados com a exploração abusiva dos dados nesse período.

O entendimento do Cade de que não detinha competência para questões de privacidade foi determinante para o desfecho do ato de concentração. Entretanto, tivesse a autoridade concorrencial percebido sua competência na matéria, uma cooperação estreita com o DPDC, para situar a degradação da privacidade como um dano concorrencial, poderia ter ensejado uma intervenção tempestiva, inclusive para proibir a operação, em razão da sua incompatibilidade com a ordem econômica constitucional.

Outro exemplo decorre da aquisição *Facebook/WhatsApp*, de 2014, que não foi submetida à jurisdição brasileira por não atingir o faturamento mínimo (art. 88, II da Lei 12.529/2011), mas que ensejou, posteriormente, alterações sucessivas na política de privacidade do WhatsApp para a combinação de dados com o grupo econômico do Facebook. A devida análise prévia no controle de concentrações poderia ter oportunizado o endereçamento tempestivo das preocupações à época já bem conhecidas, e que, tempo depois, ensejaram investigações subsequentes no mundo e no Brasil, por autoridades de concorrência e de proteção de dados pessoais.

Em pesquisa empírica sobre a prática do Cade em controle de concentrações, Stephanie Penereiro aponta ser comum que a autoridade concorrencial aprove concentrações verticais e conglomerais no controle *ex ante*, para então, em curto espaço de tempo, instaurar investigações relacionadas às concentrações que autorizou.⁶⁶⁴ É premente que isso não se repita em mercados envolvendo dados pessoais, como também parece ocorrer até então. Por exemplo, na operação *Serasa/Claro*⁶⁶⁵ (por meio da qual a Claro compartilhou os dados dos clientes com o birô de crédito Serasa), o Cade se limitou a enviar cópia do processo à ANPD e Anatel, após a decisão de aprovação da operação, sem analisar os riscos de degradação da proteção de dados. O ideal seria, entretanto, que as outras autoridades fossem chamadas a colaborar efetivamente no curso da análise material, enquanto o caso está sob exame no controle prévio.

Em conclusão, o controle prévio de concentrações se afigura como um *locus* importante para a formação de um arranjo institucional que possibilite a integração da proteção

⁶⁶³ Ibid.

⁶⁶⁴ PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto. *Condutas anticompetitivas e a crescente concentração de mercado autorizada pelo Cade*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 125-126.

⁶⁶⁵ AC nº 08700.006373/2020-61.

de dados pessoais ao direito da concorrência, especialmente por possibilitar uma intervenção célere e antecipada à materialização de violações e da exploração abusiva dos dados pessoais em razão da concentração econômica. Do contrário, tais problemas ficariam relegados à eventual fiscalização *ex post*, que pode sequer ocorrer ou provavelmente não ser suficiente para reparar os danos causados pela exploração abusiva dos dados pessoais, conforme parece ter restado claro do desdobramento dos casos *Oi/Phorm* e *Telefônica/Phorm*.

Há diversas possibilidades de atuação mais próxima entre Cade e ANPD na análise de atos de concentração, por meio de grupos de trabalho, consultas e colaboração continuada, no contexto da análise material, desenho e monitoramento do remédio, ou, em última instância, na imposição da avaliação *ex post* da conformidade da operação à legislação de proteção de dados. Essa interação pode ser determinante para uma decisão construída de forma mais atenta à proteção de dados pessoais, como ocorreu no caso *Google/Fitbit*, de modo a evitar a materialização de danos aos consumidores e à concorrência.

4.4 A integração da proteção de dados pessoais ao direito da concorrência como uma questão de política pública

Em vista do problema de pesquisa sobre como integrar a proteção de dados pessoais ao direito concorrencial, o presente Capítulo investigou em que medida essa integração constitui uma questão eminentemente de política pública, mais precisamente, na perspectiva estruturante da política pública, ou seja, relacionada à construção de arranjos institucionais que possibilitem a atuação da autoridade concorrencial no tema.

Com isso se pretendeu, em outras palavras, verificar em que medida as normas jurídicas têm sido mobilizadas ou alteradas, em diferentes países e contextos, para o estabelecimento de variáveis institucionais, estruturas e processos de atuação, articulação e coordenação das autoridades concorrenciais, visando ao enfrentamento de problemas concorrenciais relacionados à proteção de dados pessoais. Essa análise teve por objetivo, portanto, verificar em que medida os arranjos institucionais são determinantes ou importantes para a efetividade da integração e atuação das autoridades concorrenciais.

Observou-se inicialmente que as tendências de mudanças institucionais verificadas neste Capítulo estão inseridas em um movimento mais amplo de reflexão e adaptação das formas e dos instrumentos regulatórios e concorrenciais de intervenção para o enfrentamento efetivo e coerente dos complexos problemas da economia digital, caracterizada pelas

plataformas de intermediação, fortes efeitos de rede, acentuadas assimetrias de informação, uso intensivo de dados e significativa concentração econômica.

A partir da análise das experiências recentes de diferentes jurisdições, o presente Capítulo constatou que esse movimento de reposicionamento da intervenção estatal provocado pela economia digital repercute decisivamente no espaço institucional de atuação da autoridade concorrencial na interseção com a regulação de proteção de dados pessoais.

As repercussões dessa conjuntura no tema são sentidas por meio de (i) tendências de desenho, inclusão e combinação de competências envolvendo a autoridade concorrencial; (ii) formação de estruturas e procedimentos interinstitucionais para atuação conjunta ou coordenada entre autoridades de concorrência e proteção de dados pessoais; (iii) declaração de agendas conjuntas de política pública; (iv) reformas normativas para estabelecimento de regimes, instrumentos e parâmetros de controle concorrencial incorporando elementos de proteção de dados pessoais; e (v) cooperação e coordenação entre autoridades na análise material de casos e no desenho de remédios concorrenciais; entre outros aspectos.

Em uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer que esses arranjos constituem, em algumas jurisdições, como Reino Unido, Alemanha, União Europeia e China, uma verdadeira atenuação das fronteiras entre a disciplina da concorrência e a regulação de proteção de dados pessoais, seja em decorrência de abordagens quase regulatórias de atuação da autoridade concorrencial, seja pelo estabelecimento de regulações concorrenciais assimétricas com elementos de proteção de dados pessoais.

O exame dos diferentes de casos de interação entre as autoridades concorrencial e de proteção de dados pessoais em sede de controle de condutas apontou para diferentes graus de intensidade com que a cooperação pode ocorrer concretamente, desde a identificação da conduta ao desenho e monitoramento do remédio. O diálogo entre as autoridades se revela componente fundamental para efetivar a integração, de modo especialmente atento, ao passo que serve para evitar possíveis conflitos fiscalizatórios, propiciar coerência à atuação estatal e conferir segurança jurídica à decisão da autoridade concorrencial.

Ademais, parece haver um *trade-off* quando se considera promover o *enforcement* de condutas exploratórias envolvendo dados pessoais praticadas por agentes com posição dominante perante a autoridade concorrencial ou a de proteção de dados. Quando a autoridade concorrencial abdica de investigar, deixa de reconhecer que a degradação da proteção de dados pessoais constitui um problema estrutural de concentração econômica e que o dano aos

consumidores tem natureza de dano concorrencial. Mencionou-se como possível exemplo o caso brasileiro *WhatsApp*, que evoluiu para um procedimento perante a ANPD, ao passo que outras jurisdições conduziram investigações concorrenciais. O caso ilustra que a sede e abertura da investigação podem constituir um arranjo institucional, passando pelo diálogo e certo consenso entre as autoridades competentes – considerando inclusive limitações e instrumentos de cada regime –, para que haja maior efetividade e coerência de atuação, como dá exemplo o caso britânico *Google (Privacy Sandbox)*.

A tendência de surgimento de novos regimes híbridos de concorrência e regulação, como regulações concorrenciais assimétricas (DMA, lei japonesa) ou novo instrumental de intervenção inserido no direito concorrencial (Seção 19a da lei concorrencial alemã), pode ser entendida, como visto, como resultado da convergência entre as disciplinas concorrencial e de proteção de dados pessoais, ensejando a cristalização de novas estruturas, processos e arranjos institucionais. A evolução até o surgimento de tais regimes é, portanto, a demonstração de que a integração das preocupações de proteção de dados pessoais comporta diferentes possibilidades de conformação nos sistemas jurídicos, inclusive no seio do direito concorrencial, refletindo escolhas políticas de cada jurisdição.⁶⁶⁶

No contexto do controle de atos de concentração, o Capítulo apontou que a cooperação entre as autoridades concorrencial e de proteção de dados pessoais é componente importante, seja na análise material das preocupações e do risco de abuso do poder econômico, seja no desenho e monitoramento dos remédios envolvendo dados pessoais. Exemplos de cooperação nesse sentido são extraídos das jurisdições francesa e europeia, como o caso *Google/Fitbit*, o mais representativo no controle prévio até o momento.

⁶⁶⁶ Essas reformas normativas suscitam, ainda, profundas reflexões sobre o papel e a evolução do direito concorrencial. Isso, porque o DMA pode ser compreendido como um ponto de inflexão na política concorrencial europeia, uma vez que a Comissão Europeia foi, por muitos anos, resistente a integrar efetivamente preocupações de proteção de dados pessoais em sua análise substancial. Isso, em sentido contrário à abordagem do tema na Alemanha e a despeito dos apelos das autoridades europeias de proteção de dados e da sociedade civil, desde os desdobramentos do caso *Facebook/WhatsApp* (2014) até o ápice de preocupações decorrentes da operação *Google/Fitbit* (2020), oportunidade na qual houve maior diálogo para uma devida consideração. Não parece coincidência, portanto, que, em 2020, a Comissão Europeia apresentou finalmente a proposta de texto do DMA, cujo nível de detalhamento e de integração de elementos e camadas de proteção de dados pessoais cristaliza o ápice da convergência entre as disciplinas, direcionando os anseios de integração – no caso europeu –, de certo modo, para a via da regulação concorrencial. É inegável perceber, no DMA, a influência da evolução do direito concorrencial alemão, desde a abertura do caso *Facebook* em 2016, à decisão da autoridade concorrencial em 2019, à confirmação da decisão pelo Tribunal de Justiça Federal em 2020, à proposta da 10ª emenda à lei concorrencial alemã apresentada em 2020 e promulgada em 2021, que introduziu a Seção 19a examinada anteriormente (cuja sistemática de condutas proibidas ou passíveis de proibição foi espelhada, em certa medida, no DMA, refletindo, entre outras, a teoria de dano do caso alemão *Facebook*).

Ademais, de modo semelhante ao *trade-off* existente no contexto de repressão a condutas (a respeito de qual autoridade deve conduzir a investigação), também no controle de concentrações se verifica a existência de um *trade-off* entre a intervenção *ex ante* ou a repressão *ex post*. Nota-se uma tendência de a autoridade não intervir no momento da análise do ato de concentração, deixando para que eventual abuso seja apurado posteriormente em sede de repressão a condutas (pela autoridade concorrencial ou por outra autoridade, como a de defesa do consumidor ou a de proteção de dados), como ilustram os casos envolvendo a britânica Phorm ou a aquisição do WhatsApp. Entretanto, um arranjo institucional que permita o endereçamento de tais riscos antes da consumação das operações implicará, potencialmente, um custo significativamente menor para o poder público e para a sociedade do que a investigação *a posteriori*, quando o dano já se encontrará consumado.

Ademais, os arranjos adotados por cada jurisdição constituem escolhas de política pública que refletem valores de cada sociedade. A esse respeito, é significativo o exemplo da autoridade concorrencial da África do Sul, que destacou que o fato de ser país em desenvolvimento e sem tradição regulatória de proteção de dados pessoais torna imperiosa a integração das preocupações de exploração dos dados pessoais no controle concorrencial.⁶⁶⁷ Também pode-se sustentar que as reformas legislativas nas jurisdições alemã e europeia têm por trás a influência do ordoliberalismo e a importância que essa escola de pensamento conferiu à escolha dos consumidores, aspecto que sempre esteve presente na política concorrencial dessas jurisdições.⁶⁶⁸

Em conclusão, o presente Capítulo serviu para demonstrar que a questão sobre como integrar os parâmetros normativos do direito da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial não constitui apenas uma questão de repensar as premissas e os objetivos dessa disciplina – ou no caso brasileiro, reconhecer a necessidade de seu alinhamento aos objetivos da ordem econômica constitucional –, a fim de melhor interpretar e integrar tais questões à aplicação material do direito concorrencial. Para além disso, essa integração perpassa também por um aspecto anterior e estruturante da política pública, que consiste em construir arranjos institucionais que permitam mais diálogo, interação efetiva e consenso entre as autoridades competentes, escolhas públicas sobre objetivos a serem alcançados, e reformas legislativas que

⁶⁶⁷ Nesse sentido, cf. nota de rodapé nº 529, supra.

⁶⁶⁸ WASASTJERNA, Maria. *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, p. 94-99 (descrevendo a influência do ordoliberalismo alemão na política concorrencial europeia e a ênfase conferida à escolha do consumidor por essa escola de pensamento).

tornem possível essa integração, ampliando competências da autoridade concorrencial ou dotando-a de instrumentos para promover o *enforcement* no tema.

CONCLUSÕES

Na economia informacional, a produtividade econômica está centrada cada vez mais em conhecimento e nas tecnologias de processamento de informação e de comunicação, em processos de retroalimentação cumulativo entre inovação e seu uso.⁶⁶⁹ Por essa razão, a competitividade das empresas depende, largamente, da capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação.⁶⁷⁰ Sob essa perspectiva, dados pessoais são considerados como matéria-prima da atividade econômica.

Essa perspectiva, decorrente do avanço tecnológico, que alçou o processamento de dados pessoais a uma escala sem precedentes, igualmente tornou necessária a proteção dos dados pessoais, como meio de garantir a dignidade humana, autonomia individual e proteção da sociedade contra arbitrariedades. A proteção de dados pessoais caminhou, portanto, para ser reconhecida como um direito fundamental e uma disciplina jurídica autônoma, constituindo uma regulação transversal e voltada à garantia substancial da integridade do processamento dos dados pessoais, à prestação de contas contínua pelos agentes de tratamento e ao empoderamento dos titulares de dados.

Entretanto, tamanhas são as assimetrias de informação, a escala atual do processamento de dados pessoais e a dependência crescente do seu fornecimento para a participação na vida econômica e social, que, no campo da proteção de dados pessoais, estabeleceu-se razoável consenso de que os indivíduos, em geral, desconhecem a magnitude do tratamento de dados e, sozinhos, são incapazes de efetivamente controlar os seus dados.⁶⁷¹ Daí por que a doutrina de proteção de dados aponta a necessidade da adoção de estratégias regulatórias voltadas à elevação dos padrões coletivos de proteção, por meio de medidas estruturais incidentes sobre o fluxo informacional, por exemplo, estimulando ou tornando os desenhos das tecnologias e arquiteturas de informação mais protetivos.⁶⁷²

Esses aspectos não passam despercebidos ao direito concorrencial e estão intimamente conectados às discussões no campo, conforme constatado no exame da evolução do debate acerca da interação entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais.⁶⁷³ Aponta-

⁶⁶⁹ CASTELLS, op. cit., p. 74, 88.

⁶⁷⁰ CASTELLS, op. cit., p. 74, 88.

⁶⁷¹ Em razão disso, por exemplo, há razoável consenso, na doutrina, sobre a inefetividade do consentimento com solução única ou central para na estratégia de regulação de proteção de dados pessoais.

⁶⁷² Nesse sentido, por exemplo, SOLOVE, *The Mith of the Privacy Paradox*, cit. p. 6: “[...] privacy regulation should focus on regulating the architecture that structures the way information is used, maintained, and transferred”.

⁶⁷³ Conforme apontado, em detalhe, na seção 2.2.2.

se que, de modo geral, a concentração econômica pode ter como efeito negativo o nivelamento por baixo da proteção de dados pessoais e a redução das escolhas disponíveis. O agente econômico em posição dominante tem incentivos para degradar a proteção de dados, a fim de coletar mais dados e com eles realizar usos secundários, em possível reforço à posição dominante. A longo prazo, essa dinâmica tem o potencial de excluir do mercado produtos e serviços mais protetivos, reduzindo escolhas, inviabilizando que consumidores tenham conhecimento sobre alternativas mais protetivas e desenvolvam hábitos de consumo associados ao tratamento dos dados pessoais. Além disso, as pesquisas apontam a preocupação crescente dos consumidores sobre a forma como os seus dados são utilizados, de modo que a proteção de dados pessoais é observada como diferencial competitivo e reconhecida como parâmetro não preço da concorrência.

Em vista desse diagnóstico, que indica a existência de uma relação entre a concentração econômica e a degradação da proteção de dados pessoais, conforme reconhecem as autoridades concorrenciais em decisões e relatórios institucionais, bem como considerando o fato de que a exploração abusiva dos dados pessoais ainda não tem recebido a devida atenção pelo direito da concorrência, a presente dissertação se voltou ao problema sobre *como* integrar a proteção de dados pessoais à análise e à aplicação do direito da concorrência no contexto brasileiro.

Entendeu-se, na hipótese, que essa integração seria viabilizada a partir da conjugação de três dimensões: (i) no plano das premissas, por meio do entendimento quanto ao alinhamento entre os pressupostos e objetivos do direito concorrencial e os fundamentos do direito da proteção de dados pessoais; (ii) no plano prático do controle concorrencial, pela identificação de possibilidades de aplicação em casos concretos, de modo compatível com a realidade brasileira, a fim de que fossem superadas eventuais dificuldades analíticas; e (iii) no plano institucional, por meio do estabelecimento de escolhas de política pública, em vista dos arranjos institucionais necessários para operacionalizar a integração.

O desenvolvimento do trabalho apontou no sentido de que a hipótese – explicada na introdução e acima retomada – mostrou-se verdadeira, uma vez que foram identificadas possibilidades para integrar a proteção de dados pessoais ao direito da concorrência em todas as três dimensões mencionadas. Ademais, todas essas dimensões se mostraram importantes e decisivas para indicar caminhos sobre como a integração pode ser concretizada, especialmente a última delas, conforme será indicado a seguir. Ademais, em vista dos casos e das experiências examinados neste trabalho, reputa-se que as possibilidades de integração identificadas pela

dissertação podem ser adotadas no contexto brasileiro de modo aderente ao ordenamento jurídico pátrio.

No plano das premissas, identificou-se que a integração deve passar inicialmente pela superação da influência do paradigma da Escola de Chicago do antitruste, que, ao promover uma metodologia de análise centrada na teoria de preço, reduziu o escopo de aplicação do direito concorrencial à análise de eficiências econômicas e à mensuração do bem-estar, em um modelo teórico de agentes racionais e de informação perfeita, incompatível com a realidade dos mercados movidos a dados pessoais.

O trabalho concluiu que a influência do paradigma ligado à Escola de Chicago seria sentida na aplicação do direito concorrencial em mercados com uso intensivo de dados pessoais. Isso, porque, além da impermeabilidade a valores jurídicos frequentemente notada nas decisões de autoridades concorrenciais, as análises dos julgadores muitas vezes subestimam as assimetrias de informação e supõem que os consumidores realizam escolhas informadas e racionais, desconsiderando uma análise mais realista sobre o funcionamento dos mercados movidos a dados pessoais e o processo decisório dos consumidores finais.

Também como possível exemplo da influência do paradigma da Escola de Chicago, os efeitos negativos nas dimensões não preço ou “não econômicas” são frequentemente minimizados ou desconsiderados pelas autoridades, entre outras razões, pela ausência de cobrança pecuniária nos mercados ou pela dificuldade de quantificação e de submissão à rigorosa análise de eficiências econômicas. Disso decorre que a degradação da proteção de dados pessoais, sob a influência da análise econômica neoclássica, tende a ser ignorada, uma vez que os dados pessoais, compreendidos apenas como insumos ou observados exclusivamente pela ótica da utilidade e análise de custo-benefício, são minimizados como uma “moeda de troca” necessária, menos importante ou normativamente neutra.

A Escola de Chicago foi, ao menos em parte, contestada pelas abordagens do Pós-Chicago, que pretendem, com a evolução dos modelos econômicos, analisar os mercados de forma mais realista, assumindo a existência de falhas, imperfeições e comportamentos estratégicos. Existem abordagens econômicas interessantes no tema da dissertação que poderiam, eventualmente, informar o direito concorrencial, como as metodologias decorrentes da “privacidade ajustada a preço”. Entretanto, essas abordagens econômicas, além de passíveis das críticas apontadas acima, são incapazes de predizer o funcionamento de mercados movidos a dados pessoais, altamente complexos e imperfeitos, ou seja, não podem substituir a aplicação

do direito e a consideração dos valores presentes no ordenamento jurídico. Essa constatação apenas reafirma a importância de considerar a dimensão normativa dos dados pessoais na aplicação do direito concorrencial.

Aproximando a discussão do contexto brasileiro, verificou-se ser possível extrair a leitura de que a ordem econômica constitucional comporta a proteção de dados pessoais como um fim a ser resguardado pelo direito concorrencial. Isso, porque os dados pessoais são fornecidos muitas vezes no contexto de relações de consumo, de modo que o interesse dos consumidores, como titulares dos dados pessoais, é um interesse protegido pela concorrência. Os dados pessoais estão intimamente ligados à dignidade humana, que, além de um fundamento da República (art. 1º, III, CF), é um fim da ordem econômica constitucional (art. 170, *caput*, CF), de modo que a concorrência, como instrumento vinculado ao objetivo constitucional de assegurar a todos existência digna, não poderia passar ao largo da proteção de dados pessoais. Em acréscimo, ressaltou-se um entrelaçamento principiológico entre os fundamentos que orientam a LGPD (art. 2º), a Lei 12.529/2011 (art. 1º, *caput*) e a ordem econômica constitucional (art. 170, *caput*, IV e V, CF), o que aponta no sentido de que a aplicação do direito concorrencial deve ser conciliada e, tanto quanto possível, orientada à proteção de dados pessoais.

Foi interessante notar que essa leitura, extraída da ordem econômica constitucional brasileira, parece plenamente factível de ser implementada e de produzir efeitos concretos positivos. Isso, porque entendimentos semelhantes à leitura constitucional ora sugerida têm sido colocados em prática em outras jurisdições. Como exemplo significativo disso, o trabalho identificou a declaração conjunta emitida pelas autoridades britânicas sobre como deverão conciliar as disciplinas da concorrência e proteção de dados pessoais⁶⁷⁴, o que foi posto em prática no caso *Google (Privacy Sandbox)*. Outro exemplo relevante, mais próximo da tradição jurídica romano-germânica brasileira, foi observado no caso *Facebook* na Alemanha, no qual os direitos constitucionais, como a autodeterminação informativa, foram considerados na aplicação do direito concorrencial, seja na interpretação quanto à imposição abusiva de cláusulas contratuais pelo Facebook, seja na consideração de que a rede social estava vinculada à observância dos direitos constitucionais, por ter participação de mercado em torno de 90% no

⁶⁷⁴ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner's Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. 2021.

país e oferecer uma infraestrutura considerada decisivamente importante para a participação dos indivíduos na vida social.⁶⁷⁵

Ainda no plano das premissas do direito concorrencial, verificou-se que a noção de concorrência como garantia institucional possui relevância como aporte teórico para fundamentar a integração da proteção de dados pessoais na aplicação da disciplina. Sob essa perspectiva, percebe-se com maior clareza a convergência de objetivos. A concepção da concorrência como garantia institucional atrai para o centro da aplicação do direito concorrencial a preocupação com a existência de escolhas e a proteção do processo de conhecimento pelos consumidores, os quais são valores também caros à proteção de dados pessoais. A partir desse enfoque, a subtração de escolhas quanto à existência de alternativas protetivas – por exemplo, por meio da imposição abusiva de políticas de privacidade – pode ser compreendida como uma ofensa à garantia institucional da concorrência, uma vez que exclui do mercado a possibilidade de existência de escolhas e de conhecimento pelos consumidores, inviabilizando, portanto, a formação de novos hábitos de consumo.

Essa perspectiva também tem repercussões práticas, verificadas pelo trabalho, quanto à integração da proteção de dados pessoais à análise substancial do direito concorrencial. A concorrência entendida como garantia institucional confere maior foco no processo competitivo, implicando a consideração e o sopesamento dos interesses envolvidos, por meio de uma abordagem funcional do direito, de modo a possibilitar relações mais equilibradas no mercado. Nesse sentido, pode-se mencionar como exemplo dessa perspectiva a abordagem adotada pela autoridade concorrencial alemã no caso *Facebook*, cuja decisão concluiu pela existência de desequilíbrio na relação entre a plataforma e os usuários, tomando como fundamento os parâmetros substantivos da legislação de proteção de dados pessoais. A decisão do Bundeskartellamt, ao final, devolveu poder de escolha aos consumidores acerca do processamento ou não de volume maior de dados pessoais, ou seja, quanto à adesão ou não a um serviço hiperpersonalizado.

O presente trabalho também identificou – o que poderia ser compreendido como uma manifestação da garantia institucional da concorrência – a tendência estabelecida de atenuação da fronteira entre antitruste e regulação, ou, especificamente, entre direito da concorrência e a regulação de proteção de dados pessoais. Isso significa que o direito da concorrência tende a ser aplicado – ao menos nos casos relacionados ao tema – de forma mais procedimental ou com

⁶⁷⁵ A esse respeito, cf. a decisão administrativa do Bundeskartellamt (seção 3.2.1.1, *supra*) e a decisão do Tribunal Federal Alemão (seção 3.2.1.3, *supra*).

roupagem regulatória, voltado à imposição de comportamentos, os quais dialogam com garantias típicas da legislação de proteção de dados pessoais (por exemplo, regulação da finalidade de tratamento dos dados pessoais, das escolhas disponíveis, do desenho das plataformas e da transparência). Pode-se mencionar como exemplos disso, examinados pela dissertação, no âmbito da repressão a condutas, os casos *Facebook* (Alemanha) e *Google* (Reino Unido); e, no âmbito do controle de concentrações, em razão do caráter regulatório-comportamental dos remédios, os casos *Microsoft/LinkedIn* (União Europeia) e *Google/Fitbit* (União Europeia).

Ainda no plano das premissas, para a interpretação do direito da concorrência quanto à sua interação com a disciplina da proteção de dados pessoais, o presente trabalho identificou uma certa confusão conceitual no tratamento do tema pela literatura antitruste e por conseguinte, uma certa ausência de sistematização das discussões, muito em decorrência da grande quantidade de trabalhos esparsos e da ampla utilização do termo guarda-chuva “privacidade” pela literatura, em vez de abordagens vinculadas à proteção de dados pessoais. Conforme identificado, essa disseminação do termo “privacidade”, na literatura antitruste, deve-se à ampla difusão do termo “*privacy*” da tradição jurídica norte-americana e à influência dos trabalhos de análise econômica da privacidade (*economics of privacy*).

A ausência de diferenciação conceitual e de sistematização, conforme percebido pela pesquisa, parece contribuir para alimentar a corrente cética quanto à integração da privacidade ao direito concorrencial, por duas razões principais. Primeiro, porque a privacidade, na referida literatura antitruste, muitas vezes segue a influência de parte da doutrina de origem norte-americana de análise econômica do direito, portanto, submetendo-a a análises de custo-benefício que acabam reduzindo a importância da regulação jurídica, inclusive desconsiderando valores que não o da eficiência econômica. Segundo, porque a privacidade, ainda bastante vinculada à noção de liberdade negativa, não consegue captar o sentido e o potencial normativo do direito da proteção de dados pessoais, o que gera incompreensão, na referida literatura, sobre as sinergias entre as disciplinas. Por essas razões, o trabalho reputou importante realizar um esforço no sentido de delinear os contornos do direito da proteção de dados pessoais como um direito autônomo.

A diferenciação conceitual e de escopo traçada pelo trabalho foi importante para estabelecer as bases que nortearam o restante da pesquisa. A partir dela foi possível caracterizar a influência normativa exercida pela proteção de dados pessoais na interpretação e aplicação do direito concorrencial, conforme explicado no Capítulo 3.

Também a partir dessa diferenciação conceitual, que ressaltou o escopo do direito da proteção de dados pessoais, foi possível apontar e verificar, de modo geral, a prevalência de sinergias com o direito concorrencial. Apontou-se que ambas as disciplinas convergem em seus objetivos e interesses para o endereçamento das assimetrias de informação e poder decorrentes da exploração dos dados pessoais, por meio da remediação dos riscos de danos derivados de condutas abusivas dos agentes dominantes e da elevação do padrão coletivo de proteção de dados em uma perspectiva dinâmica.

Eventuais tensões, que podem existir em casos concretos, devem passar por uma abordagem de intervenção que privilegia a convergência e a conciliação dos interesses de ambas as disciplinas, seja em razão da leitura extraída da ordem econômica constitucional, mencionada acima, seja porque essa compatibilização é capaz de amplificar os benefícios da concorrência e da proteção de dados pessoais, possibilitando mais conhecimento e escolhas para os consumidores e garantindo a existência de um devido processo econômico.

Passando ao plano prático do controle concorrencial, o presente trabalho pretendeu investigar como essa integração poderia ser operacionalizada no controle de estruturas e de condutas. Em outras palavras, o trabalho verificou como poderia ocorrer a integração na prática e se ela poderia ser aplicada de forma compatível com a Lei 12.529/2011. Para tanto, adotou-se como recorte metodológico o foco na perspectiva da influência interna do direito da proteção de dados pessoais na interpretação e aplicação do direito concorrencial; ou seja, em vez de se analisar os dados pessoais como insumo, examinou-se como a proteção de dados pessoais poderia ser considerada como parâmetro não preço da concorrência ou como parâmetro da regularidade de atuação dos agentes econômicos.

Quanto ao controle de estruturas, verificaram-se possibilidades para adoção da teoria de dano da degradação da proteção de dados pessoais. Desse modo, a partir da análise dos principais precedentes identificados no tema – quais sejam, *Google/DoubleClick* (2007), *Facebook/WhatsApp* (2014), *Microsoft/LinkedIn* (2016) e *Google/Fitbit* (2020)⁶⁷⁶ –, foi possível identificar uma sensível evolução da abordagem, uma vez que, de um afastamento inicial das considerações sobre privacidade pelas autoridades concorrenciais, as decisões passaram a comparar as políticas de privacidade dos serviços no mercado e a considerar a

⁶⁷⁶ Refere-se às decisões da FTC, quanto ao primeiro caso, e da Comissão Europeia, quanto aos demais, examinados no Capítulo 3.

possibilidade de exclusão de alternativas mais protetivas, bem como a adotar complexos remédios com regras de proteção dos dados pessoais.

Não obstante, ainda há uma resistência das autoridades concorrenciais em considerar a teoria de dano da degradação da privacidade, aplicando-a, quando muito, confinada em mercados relevantes estritamente delimitados. Assim, as decisões preferem tratar os dados pessoais exclusivamente como insumos, aplicando, então, teorias de dano tradicionais do direito concorrencial. Desse modo, a integração da proteção de dados pessoais acaba deslocada da análise material para o desenho de remédios, como ocorreu no caso *Google/Fitbit*.

Em qualquer caso, identificaram-se possibilidades para superação dos alegados desafios analíticos relacionados à interpretação e aplicação da teoria de dano da degradação da privacidade (proteção de dados pessoais), mapeados no Capítulo 3, que apontam para a conclusão pela possibilidade de sua aplicação prática. Notou-se que, no âmbito do controle de concentrações, a LGPD pode servir como parâmetro normativo para se comparar o nível de proteção dos consumidores, as finalidades de tratamento de dados envolvidas na operação, entre outros aspectos.

Quanto à aplicação da Lei 12.529/2011, apontou-se ser possível extrair do princípio da proporcionalidade (art. 88, § 6º, *caput*) e do princípio redistributivo (art. 88, § 6º, II), que norteiam a ponderação dos efeitos de atos de concentração, a leitura de que há fundamento para que o Cade possa intervir de modo a evitar riscos indevidos de danos aos consumidores, consubstanciados pela degradação da proteção de dados após a concentração econômica, os quais poderiam ser entendidos como efeitos nocivos sobre a ordem econômica, autorizando a aplicação de remédios (art. 61, § 2º, VI).

Quanto ao controle de condutas, analisou-se o paradigmático caso *Facebook*, conduzido pela autoridade concorrencial alemã, que constitui o principal precedente a incorporar em sua análise a dimensão normativa da legislação de proteção de dados pessoais. Foi possível notar que a autoridade situou o ilícito concorrencial de imposição abusiva das condições contratuais como uma manifestação da posição dominante da empresa, delineando, portanto, a existência de nexo de causalidade entre a conduta e a posição dominante e os efeitos negativos no mercado, caracterizados pelos danos aos consumidores e à concorrência. A importância do caso decorre do fato de a autoridade concorrencial alemã ter comprovado que a empresa realizou uma interpretação extensiva e irregular dos requisitos legais de tratamento de dados pessoais, concluindo pela ilicitude do tratamento de dados pessoais e do contrato de

prestação de serviço, o qual pôde ser imposto aos usuários em razão da posição dominante detida pela plataforma.

Refletindo sobre a possibilidade de tipificação de uma conduta semelhante no ordenamento concorrencial brasileiro, concluiu-se que seria possível enquadrar essa conduta, caracterizada pela imposição abusiva de condições contratuais, como abuso de posição dominante, à luz da Lei 12.529/2011, art. 36, IV. Para tanto, reputou-se necessária, além da demonstração da posição dominante, a existência de nexo de causalidade entre a posição dominante e a conduta, bem como que sejam apontados efeitos negativos sobre a concorrência. Esses requisitos também estiveram presentes no caso *Facebook*.

A lei brasileira de proteção de dados pessoais oferece parâmetros normativos que podem amparar a análise da conduta e a verificação da adequação das condições impostas pelo agente dominante. Exemplos relevantes nesse sentido são os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência (LGPD, art. 6º, I, II, III e VI), bem como os requisitos substanciais das bases legais de tratamento (LGPD, arts. 7º a 11). A partir desses parâmetros normativos, ao lado de outros requisitos apontados pela dissertação, seria possível caracterizar eventual infração à ordem econômica consubstanciada pela imposição abusiva de condições de tratamento de dados pessoais.

Outra forma de abuso de posição dominante verificada pelo trabalho está relacionada à utilização da proteção à privacidade como alegação, pretensa ou não, para o desenho de tecnologias ou arquiteturas de informação restritivas à concorrência. A partir da análise dos casos *Apple* (França) e *Google* (Reino Unido), apontou-se a necessidade, nessas situações, de verificar em que medida a prática – o desenho da tecnologia ou a arquitetura de informação em questão – é legítima, razoável e proporcional, incluindo o exame sobre a existência de alternativas menos restritivas à concorrência e que preservem a proteção de dados pessoais. Ademais, essa modalidade de conduta também demonstra a importância de a autoridade concorrencial integrar à sua análise os parâmetros normativos da proteção de dados pessoais, a fim de que obtenha uma interpretação harmônica e convergente, amplificando os benefícios à concorrência e à proteção de dados pessoais.

Relacionado ao último aspecto da hipótese formulada, o Capítulo 4 se dedicou a investigar a perspectiva estruturante da política pública, ou seja, a identificar em que medida a integração de aspectos da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial seria dependente dos arranjos institucionais para operacionalizar e efetivar essa integração. Como destacado

anteriormente, a hipótese previa que algum grau de arranjo institucional seria necessário, cumprindo à pesquisa identificar propriamente como poderia ser concretizado, com a indicação de padrões, variáveis e inovações institucionais.

A partir do exame de experiências estrangeiras e nacionais, chegou-se à conclusão de que a integração da proteção de dados pessoais ao direito concorrencial, para que seja verdadeiramente efetiva, é bastante dependente da estruturação jurídica da política pública, notadamente do arranjo institucional de atuação da autoridade concorrencial, no tocante à sua interface de atuação com a autoridade de proteção de dados pessoais. Conforme observado, esses arranjos institucionais podem ocorrer sob diferentes formas e graus de intensidade, podem ser voltados para aproximar as autoridades competentes ou para conferir à autoridade concorrencial competências e instrumentos de *enforcement*, visando ao fortalecimento da sua atuação em mercados movidos a dados pessoais.

Quanto à interação entre as autoridades competentes, verificaram-se possibilidades de integração que vão desde formas mais simples de cooperação caso a caso (consulta na análise material, colaboração contínua, desenho conjunto de remédios etc.) até abordagens institucionais mais amplas como a elaboração de documentos conjuntos ou a estruturação de agendas de atuação. A interação e a aproximação entre as autoridades servem, em geral, ao propósito de promover a coerência regulatória e de políticas públicas, evitar conflitos de fiscalização, assim como conferir segurança jurídica às decisões da autoridade concorrencial que integrem elementos de proteção de dados pessoais.

Essas conclusões puderam ser extraídas da análise de exemplos de cooperações estabelecidas entre autoridades concorrenciais e de proteção de dados pessoais, seja no âmbito do controle de condutas, como nos casos *Google* (Reino Unido), *Apple* (França) e *Facebook* (Alemanha); seja no âmbito do controle de concentrações, como nos casos *Google/Fitibit* (União Europeia) e *Enerest/Electricité de Strasbourg* (França). A interação entre as autoridades nos casos parece ser, portanto, um componente determinante para que as decisões das autoridades concorrenciais sejam construídas de modo mais atento à proteção de dados pessoais, notadamente quando o caso envolve o desenho de remédios.

O trabalho também constatou que há espaço para inovação institucional no que tange à divisão de trabalho entre as autoridades no âmbito de casos perante a autoridade concorrencial, visto ser possível que a autoridade de proteção de dados pessoais auxilie a

autoridade concorrencial nas etapas de análise substancial do mérito do caso, de desenho dos remédios, e de implementação e monitoramento dos remédios.

Entre exemplos possíveis, o caso britânico *Google (Privacy Sandbox)* ilustra a possibilidade de cooperação continuada em investigação de abuso de posição dominante. A decisão da Comissão Europeia no caso *Google/Fitbit* exemplifica que um terceiro independente (*trustee*) pode monitorar os remédios e repassar os relatórios à autoridade de proteção de dados. Ainda, em último caso, eventual operação poderia ser aprovada condicionada a eventual conformidade *ex post* do tratamento de dados pessoais perante a autoridade de proteção de dados.

Outro aspecto que demanda arranjos institucionais – e atrelados à efetividade da integração – está relacionado à existência de *trade-offs* quanto ao momento de intervenção (*ex ante* ou *ex post*) e quanto à autoridade responsável pela intervenção (por exemplo, Cade ou ANPD). Esses aspectos foram percebidos a partir da análise de experiências nacionais, como os atos de concentração *Oi/Phorm* e *Telefônica/Phorm* e seus desdobramentos; e o caso *WhatsApp*, com o envolvimento da ANPD e do Cade, comparativamente a investigações estrangeiras sobre os mesmos fatos. Notou-se que a intervenção *ex ante*, no controle de concentrações, com o envolvimento da ANPD, em certos casos, provavelmente é o momento ideal de intervenção, a fim de evitar a concretização dos danos decorrentes da exploração abusiva dos dados pessoais, notadamente em mercados concentrados, ante a possibilidade crível da pouca efetividade da atuação *a posteriori*.

Ademais, para condutas que podem configurar simultaneamente infração à ordem econômica e violação à legislação de proteção de dados pessoais, como ocorreu no caso *WhatsApp*, as experiências analisadas pelo trabalho apontam para a necessidade de as respectivas autoridades competentes ponderarem a respeito de conduzirem o caso no âmbito da autoridade concorrencial – por exemplo, como uma investigação de abuso de posição dominante –, sem prejuízo da cooperação contínua com a ANPD, como apontado acima. Isso deve ser levado em consideração tendo em vista a posição dominante e o grau de concentração no mercado em questão, sopesando-se os instrumentos de intervenção disponíveis sob o regime concorrencial *vis-à-vis* aqueles sob a alçada da autoridade de proteção de dados. Novamente, o caso britânico *Google (Privacy Sandbox)* pode ser mencionado como exemplo bem-sucedido da atuação ventilada.

O trabalho logrou identificar, em diversas jurisdições, exemplos de novos regramentos e alterações legislativas que determinam a necessária consideração, pelas autoridades concorrenciais, de efeitos negativos relacionados à privacidade e à proteção de dados pessoais decorrentes de concentrações e condutas. Essas iniciativas foram veiculadas, por exemplo, por meio de regulamentos e diretrizes de análise (*e.g.*, China, Singapura), decreto presidencial (*e.g.*, Estados Unidos) e alteração na lei concorrencial dos países (*e.g.*, Alemanha, Canadá). Em particular, merece menção a alteração legislativa ao *Competition Act* do Canadá, de 2022, que determinou que deverão ser considerados como efeitos negativos aqueles sobre parâmetros não preço, como as escolhas e a privacidade dos consumidores. As diretrizes antimonopólio para plataformas digitais, da China, são igualmente bastante representativas, na medida em que preveem critérios específicos e detalhados para identificar efeitos negativos de exploração abusiva de dados pessoais e de degradação da proteção de dados.

Uma das conclusões relevantes da presente pesquisa é a de que parece existir, de fato, uma tendência de atenuação da fronteira entre o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais. Evidentemente, tratar-se-ia de uma tendência inserida em outra maior, voltada às transformações da intervenção concorrencial na economia digital, mas que também repercute na interface entre o direito concorrencial e a proteção de dados.

Em primeiro lugar, isso pode ser observado pela natureza tipicamente regulatória dos remédios concorrenciais aplicados, que integram elementos de proteção de dados pessoais e impõem comportamentos às plataformas, determinando o desenho das tecnologias e de arquiteturas de informação, obrigando o oferecimento de escolhas, vedando o processamento de dados pessoais para finalidades específicas, estabelecendo sistemas de monitoramento complexos sobre a disposição dos dados pessoais, entre outras previsões. Essa tendência parece vir acompanhada de outra, relacionada às alterações legislativas para conferir maiores poderes às autoridades concorrenciais e robustecer os critérios substantivos de análise, sendo as mudanças na lei concorrencial canadense e alemã exemplos representativos dessa tendência.

Em segundo lugar, essa atenuação entre as fronteiras do direito da concorrência e o direito da proteção de dados pessoais também é simbolizada, principalmente, pelo surgimento das regulações concorrenciais assimétricas, que incorporam elementos de proteção de dados pessoais, funcionando como uma camada adicional de proteção, ou seja, um regime de reforço à legislação de proteção de dados pessoais. Embora o DMA seja o exemplo mais significativo disso, a Seção 19a da lei concorrencial alemã, cujo texto é mais singelo também constitui um

exemplo representativo de que é possível pensar em instrumentos jurídicos inovadores e inseridos no direito concorrencial.

As experiências verificadas pelo trabalho apontam que a resposta sobre como integrar a proteção de dados pessoais ao direito concorrencial não constitui apenas uma questão de repensar as premissas e os objetivos da disciplina – ou, no caso brasileiro, reconhecer a necessidade do seu alinhamento aos valores e objetivos da ordem econômica constitucional – para que possa, em sua interpretação e aplicação, considerar adequadamente os problemas da exploração abusiva e da degradação da proteção de dados pessoais.

Para além desses aspectos, a integração da proteção de dados à aplicação do direito da concorrência perpassa, necessariamente, pela dimensão estruturante da política pública, que envolve dois aspectos principais. De um lado, refletir sobre a necessidade de alterações em diretrizes, regulamentos e na lei concorrencial, a fim de estabelecer novos parâmetros de análise, instrumentos ou poderes de intervenção para a autoridade concorrencial. De outro lado, estabelecer uma agenda de atuação conjunta entre as autoridades concorrencial e de proteção de dados pessoais, seja na análise caso a caso, seja de modo mais amplo, para promover o alinhamento e a efetividade das políticas públicas.

Em conclusão, reputa-se que o trabalho logrou responder ao problema de pesquisa, expondo possibilidades para que as autoridades possam promover maior interação entre as disciplinas da concorrência e proteção de dados pessoais. Espera-se que as experiências e os exemplos mencionados neste trabalho possam auxiliar na superação dos desafios.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54 n. 2, p. 442-92, 2016.

ÁFRICA DO SUL. Competition Commission. *Competition in the Digital Economy – Version 2*. 2020

AKERLOF, George. Market for Lemons. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ALEMANHA; FRANÇA. Bundeskartellamt; Autorité de la Concurrence. *Competition Law and Data*. 2016.

ALEMANHA. Bundeskartellamt. 6th Decision Division. *Decision in the administrative proceedings* [versão em língua inglesa]. Case B6-22/16 (*Facebook*). 6 fev. 2019. Disponível em:

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2019/11_07_2019_decisionFacebook.html>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources* (press release). 7 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ALEMANHA. Bundeskartellamt. *Meta (Facebook) responds to the Bundeskartellamt's concerns – VR headsets can now be used without a Facebook account* (press release). 23 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ALEMANHA. Monopolkommission. *Biennial Report XXIV: Competition 2022 – Chapter V: Is there a need for further regulation with regard to the problem of non-contestable digital ecosystems?*. 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof). Decisão de 23 jun. 2020 no caso KVR 69/19 (*Facebook*) [versão em língua inglesa]. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof). Decisão de 24 jan. 2017 no caso KZR 47/14 (*VBL Gegenwert II*). 2017.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof). Decisão de 6 nov. 2013 no caso KZR 58/11 (*VBL Gegenwert I*). 2013.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof). Decisão de 7 jun. 2016 no caso KZR 6/15 (*Pechstein/International Skating Union*). 2016.

ALEMANHA. Tribunal Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf). Decisão de 26 ago. 2019 no caso VI-Kart 1/19 (V) (*Facebook v. Bundeskartellamt*). 2019.

ALEXIADIS, Peter; PEREIRA NETO, Caio Mario. *Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance*. Fisolé: European University Institute, 2019.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ARGENTINA. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Medida de Precaução para WhatsApp é confirmada pela Câmara de recursos*, 2022. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia/medida-de-precaucao-para-whatsapp-e-confirmada-pela-camara-de-recursos>>. Acesso em: 5 nov. 2022

AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Digital Platforms Inquiry – final report*. Canberra: Commonwealth of Australia, 2019.

AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. *Digital Platform Services Inquiry – Interim report No. 5 – Regulatory reform*. Canberra: Commonwealth of Australia, 2022.

BAESENS, Bart. *Analytics in a Big Data World: The Essential Guide to Data Science and Its Applications*. Wiley, 2014.

BAKER, Jonathan B. A preface to post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 60-75.

BAGNOLI, Vicente. Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, v. 3, n. 1, p. 15–51, 2019.

BAQUEIRO, Paula. *Poder Econômico e Poder Político no Direito da Concorrência Brasileiro: uma análise a partir da Sociologia Econômica e da Ordem Econômica Constitucional*. 2022. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 113

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Regulação e proteção de dados pessoais: o princípio da accountability*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BISELLI, Esther Collet Janny Teixeira. Discriminação de preços na economia digital. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p. 238-269.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. The interaction of EU competition, consumer, and data protection law in the digital economy: The regulatory dilemma in the Facebook odyssey. *Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 3, p. 428-446, 2019.

BRASIL *et al.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica *et al.* *BRICS in the digital economy: competition policy in practice – 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy*. 2019.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *ANPD conclui a análise de adequação da nova Política de Privacidade do WhatsApp à LGPD*. 31 out. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-conclui-a-analise-de-adequacao-da-nova-politica-de-privacidade-do-aplicativo-a-lgpd>>. Acesso em 12 nov. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica*. 2 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Resolução CD/ANPD nº 1, de 28 de outubro de 2021* (Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados). 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *BC e Cade vão trabalhar juntos para fomentar concorrência no sistema financeiro*. 1 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/231/noticia>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62 (Requerentes: TNL PCS S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda.), julgado em 06 out. 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29 (Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda.), julgado em 14 dez. 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11 (Requerentes: Google e DoubleClick), aprovado em 23 de abril de 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade como Autoridade de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. Brasília, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. *Mercados de plataformas digitais* (Cadernos do Cade). 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de combate a cartéis em licitações*. 2019

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer nº 257/2016/CGAA5/SGA1/SG de 21 set. 2016. Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85 (Requerentes: Microsoft e LinkedIn). 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46 (Representante: Ministério Público Federal, Procuradoria da República do Rio Grande do Sul; Representado: Administradora Gaúcha de Shopping Center S.A. e outros), julgado em 31 ago. 2016.

BRASIL. Interactions between competition authorities and sector regulators (Contribution from Brazil). Global Forum on Competition. OECD (Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee), 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Nota Técnica nº 137/2014-CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ de 22 de julho de 2014. Processo Administrativo nº 08012.003471/2010-22 (Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor *ex officio*; Representado: TNL PCS S/A – Oi). 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal; Secretaria Nacional do Consumidor; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Recomendação Conjunta de 7 de maio de 2021 ao WhatsApp e ao Facebook. 2021.

CAFFARRA, Cristina; RYAN, Johnny. Why Privacy Experts Need a Place at the Antitrust Table. *ProMarket*, 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.promarket.org/2021/07/28/privacy-experts-antitrust-data-harms-digital-platforms/>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

CANADÁ. Competition Bureau Canada. *Guide to the 2022 amendments to the Competition Act*, 24 jun. 2022. Disponível em <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04671.html>>. Acesso em: 24 jul. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques. Princípios e Finalidade da Defesa da Concorrência. In: CARVALHO, Vinicius Marques et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 17-43.

CARVALHO, Vinicius Marques de; CASTRO, Ricardo Medeiros. Preços excessivos: um debate social na perspectiva da defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinicius Marques de et al. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015, p. 103-131.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura – Vol. 1 (A sociedade em rede)*. 18 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CASTRO, Bruno Braz de. *A que(m) serve o antitruste?: eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2019.

CHINA. Comitê Antimonopólio do Conselho de Estado. *Diretrizes Antimonopólio do Comitê Antimonopólio do Conselho Estadual no Campo da Economia de Plataforma* [tradução livre]. 7 fev. 2021. Disponível em: <https://gkml.sam.gov.cn/nsjg/fljdj/202102/t20210207_325967.html>. Acesso em: 1 dez. 2022.

COHEN, Julie E. What Is Privacy For. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 7, p. 1904-1933, 2013.

COLÔMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Despacho Superintendente de 19 jul. 2019 (Respuesta a solicitud de análisis de una operación de integración empresarial entre Bancolombia S.A., Banco Davivienda S.A. y Banco de Bototá S.A.). Número de radicación 19-110185. Bogotá, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COOPER, James C.; YUN, John M. Antitrust & Privacy: It's Complicated. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 2022, n. 2, p. 343-397, 2022.

COREA, Francesco. *An Introduction to Data: Everything You Need to Know About AI, Big Data and Data Science*. Springer, 2019.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. The Internal and External Constraints of Data Protection on Competition Law in the EU. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 25, p. 1-39, 2015.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editoria Fiocruz, 2013, p. 181-200.

COYLE, Diane *et al.* *The value of data: policy implications*. Cambridge: Bennett Institute for Public Policy; Open Data Institute, 2020.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre direito da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 54-97, 100-143.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era – Final report*. Bruxelas: European Commission (Directorate-General for Competition), 2019.

DEUTSCHER, Elias. How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission's Merger Control in Data-Driven Markets. *EUI Working Paper Law*, v. 13, p. 1-28, 2018.

DÖHMANN, Indra Spiecker. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 97-113.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3-20.

DRAGO, Bruno de Luca. *Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DREXL, Josef. Competition law in media markets and its contribution to democracy – a global perspective. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n. 14-16, p. 1-31, 2015.

DUNNE, Niamh. *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ESAYAS, Samson. Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy From the Facebook/Whatsapp Merger. *CPI Antitrust Chronicle*, 2017

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. F.T.C. File No. 071-0170 (Google/DoubleClick). 2007.

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Statement of the Federal Trade Commission*. File No. 071-0170 (Google/DoubleClick). 2007.

ESTADOS UNIDOS. House of Representatives. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. *Investigation of Competition in Digital Markets*. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Senate. *Bill S.2992 - American Innovation and Choice Online Act*. 2021. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* (Opinion of the Court). 1911.

ESTADOS UNIDOS. The White House. *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. 9 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022,

FERNANDES, Victor Oliveira. Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções. *Consultor Jurídico*, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

FIDELIS, Andressa Lin. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamic effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, p. 189-218, 2017.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOX, Eleanor M. Antitrust and Institutions: Design and Change. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 473-488, 2010.

FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio *et al.* (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 76-86.

FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 12-DCC-20 du 07 février 2012* (Requerentes: Electricité de Strasbourg e Enerest). 2012.

FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 14-MC-02 du 09 septembre 2014* (Representante: Direct énergie; Representada: GDF Suez). 2014.

FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision 22-D-06 du 22 février 2022* (Representante: Engie; Representada: EDF). 2022.

FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Décision n° 21-D-07 du 17 mars 2021* (Representantes: Interactive Advertising Bureau France, Mobile Marketing Association France, Union Des Entreprises de Conseil et Achat Media, e Syndicat des Régies Internet; Representada: Apple). 2021.

FRANÇA. Autorité de la concurrence. *Intervention de Benoît Cœuré, président de l'Autorité de la concurrence, devant le collège de la CNIL – Droit de la concurrence et protection des données personnelles*. 2 jun. 2022. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-06/20220608-CNIL-discours_0.pdf>. Acesso em 5 nov. 2022.

FRANÇA. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. *Advertising ID: Apple Distribution International fined 8 million euros*. 4 jan 2023. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/en/advertising-id-apple-distribution-international-fined-8-million-euros>>. Acesso em: 5 jan. 2023.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TAPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 99-129.

FRAZÃO, Ana. *Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais*. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 535-552.

FURMAN, Jason *et al.* *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*. Londres: Crown, 2019.

FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Bruxelas: Springer, 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. São Paulo: Pioneira, 1989.

GELLMAN, Robert; DIXON, Pam. Failures of Privacy Self-Regulation in the United States. In: WRIGHT, Davir; DE HERT, Paul (ed.). *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*. Springer, 2016, p. 53-78.

GERADIN, Damien; BANIA, Konstantina; KARANIKIOTI, Theano. The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation. *SSRN*, p. 1-13, 2022.

GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY. Digital Citizen and Consumer Working Group. *Privacy and data protection as factors in competition regulation: surveying competition regulators to improve cross-regulatory collaboration*. Report to the 43th Assembly of Authorities. 2021.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

HAYEK, Friedrich A. *Individualism and Economic Order*. London: The University of Chicago Press, 1948.

HESS, Amanda. How Privacy Became a Commodity for the Rich and Powerful. *The New York Times*, 9 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/05/09/magazine/how-privacy-became-a-commodity-for-the-rich-and-powerful.html>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

HOVENKAMP, Herbert; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7. p. 1843-1878, 2020.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, p. 213-284, nov., 1985.

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio et al. (ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 1-33.

HOVENKAMP, Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?. *Journal of Corporation Law*, v. 45, p. 101-130, 2019.

IRLANDA. Data Protection Commission. *Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland*. 4 jan. 2023. Disponível em: <<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/data-protection-commission-announces-conclusion-two-inquiries-meta-ireland>>. Acesso em: 7 jan. 2023.

ITÁLIA. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; Garante per la Protezione dei Dati Personali. *Big Data - Indagine Conoscitiva Congiunta: linee guida e raccomandazioni di policy*. 2019.

JAPÃO. Japan Fair Trade Commission. *Report of Study Group on Data and Competition Policy* (tentative translation). 2017.

JAPÃO. Ministry of Economy, Trade and Industry. *Digital platforms*. Disponível em: <https://www.meti.go.jp/english/policy/mono_info_service/information_economy/digital_platforms/index.html>. Acesso em 15 nov. 2022.

JONES, Charles I.; TONETTI, Christopher. Nonrivalry and the Economics of Data. *American Economic Review*, v. 110, n. 9, p. 2819-58, 2020.

KELLEHER, John D.; TIERNEY; Brendan. *Data Science*. Cambridge: MIT Press, 2018.

- KERBER, Wolfgang; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa. *Synergies Between Data Protection Law and Competition Law*. Verbraucherzentrale Bundesverband, 2021.
- KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017.
- KHAN, Lina. The End of Antitrust History Revisited. *Harvard Law Review*, v. 133, n. 5, p. 1655-1682, 2020.
- KIRA, Beatriz; SINHA, Vikram; SRINIVASAN, Sharmadha. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. *Industrial and Corporate Change*, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, 2021.
- KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR. *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, p. 222-228, 2013.
- KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000.
- KOVACIC; William E.; HYMAN, David A. Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer?. *GW Law Faculty Publications & Other Works*, n. 631, 2013, p. 29.
- LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 3, p. 613-669, 2022.
- LANCIERI, Filippo. Narrowing Data Protection's Enforcement Gap. *Maine Law Review*, v. 74, n. 1, p. 16-72, 2022.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEONARDI, Marcel. Transferência Internacional de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 289-298.
- LEORATTI; Alexandre; PIMENTA, Guilherme. Cade sugere mudança na lei para atuar como autoridade de proteção de dados. *Jota*, 17 ago. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/autoridade-de-protecao-de-dados-cade-17082020>>. Acesso em: 11 nov. 2022.
- LYNSKEY, Orly. *Non-price Effects of Mergers*. OECD (Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee). 2018.
- MANYIKA, James *et al.* *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity – Executive Summary*. McKinsey Global Institute, 2011.
- MARTORELLI, Claudia. *Competition law, consumer law and data protection law in the digital economy: a comparison between the Bundeskartellamt and the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato decisions against Facebook*. Tesi di Laurea in Cattedra di data protection (Master's Degree) – Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss Guido Carli, 2022.

MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade – o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Ministério da Fazenda (IX Prêmio SEAE), 2014.

MAZZUCATO, Mariana. *The Value of Everthing*. New York: Public Affairs, 2018.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revistas Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; DA FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 73-95.

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

MENDES, Laura Shertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 90, p. 39-64, 2019.

MOCHÓN, Francisco. *Princípios de economia*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

MODRALL, Jay. Google/Fitbit – The EU Commission Misses a Step. *Kluwer Competition Law Blog*, 17 jun. 2021.

MOTTA, Lucas Griebeler da. Política antitruste e atos de concentração centrados em dados. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (org.). *A aplicação do antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, p. 409-451.

NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 1, p. 149-206, 2015.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press, 2009.

OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. *Quality considerations in digital zero-price markets – background note by the Secretariat*. 2018.

OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. *Consumer Data Rights and Competition – Background note by the Secretariat*. 2020.

OECD. Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets. OECD Competition Committee Discussion Paper. 2021.

OECD. Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. OECD Digital Economy Papers, n. 220, 2013.

OLIVEIRA, Gesner de; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry. *Textos para discussão (Série Economia de Empresas)*, n. 77, FGV, jul. 1999.

ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2010.

OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William C. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Atlas, 1983.

OTTOW, Annetje T. Erosion of innovation? The institutional design of competition agencies – A Dutch case study. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 2., n. 2., p. 25-43, 2014.

PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto. *Condutas anticompetitivas e a crescente concentração de mercado autorizada pelo Cade*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da Concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. 2021. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

PFEIFFER, Roberto. Análise de eficiências no controle de concentrações. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018, p. 801-820.

PITOFISKY, Robert. Introduction: Setting the Stage. In: PITOFISKY, Robert (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 3-6.

PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, p. 1051-1075, 1979.

POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, p. 925-948, 1978.

POSNER, Richard. The Economics of Privacy. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, p. 405-409, 1981.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins; BARRIOS, Lucas de Góis. Padrões de privacidade exclusionários e defesa da concorrência. *Consultor Jurídico*, 6 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/opiniaio-padroes-privacidade-defesa-concorrenca>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

PROSSER, William. Privacy. *California Law Review*, v. 38, n. 3, p. 383-423, 1960.

PURTOVA, Nadezhda. The illusion of personal data as no one's property. *Law, Innovation and Technology*, v. 7, n. 1, p. 83-111, 2015.

REINO UNIDO. *A new pro-competition regime for digital markets*. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets>>.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority; Information Commissioner's Office. *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. 2021.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *CMA second update report on implementation of the Privacy Sandbox commitments*. 27 out. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals*. Case n. 50972. 11 fev. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Investigation into Google's 'Privacy Sandbox' browser changes*. Case number 50972. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes#personal-data>>. Acesso em: 1 dez. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers (discussion paper)*. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *Online platforms and digital advertising (market study final report)*. 2020.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. *The commercial use of consumer data*, 2015.

REINO UNIDO. House of Lords. *Online platforms and the Digital Single Market*. 2016.

REINO UNIDO. Information Commissioner's Office. *Data protection and privacy expectations for online advertising proposals (opinion)*. 2021.

RICHARDS, Neil; SOLOVE, Daniel. Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy. *California Law Review*, v. 98, n. 6, p. 1887–1924, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RONCAGLIA, Alessandro. *The Wealth of Ideas: A History of Economic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SALOP, Steven C. Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336-353, 2010.

SALOP, Steven C.; SHAPIRO, Carl. Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundations of Post-Chicago Antitrust Economics. *Antitrust Magazine*, v. 29, n. 2, p. 76-81, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo *et al.* (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-59.

SCHMIDT, Ingo L. O.; RITTALER, Jan B. *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers. 1989.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

SCHUMPETER, Joseph A.; NICHOL, A. J. Robinson's Economics of Imperfect Competition. *Journal of Political Economy*, v. 42, n. 2, p. 249-259, 1934.

SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: Towards a Post-Chicago Synthesis. *Jobs & Capital*, p. 10-17, Winter 1997.

SHAPIRO, Carl. Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It. *Antitrust Magazine*, v. 35, n. 3, p. 33-45, 2021.

SILVA, Ana Rita Santos. *Towards the Incorporation of privacy in EU Competition Law: how data protection harms can reduce the quality of goods and services*. Master Thesis (International and European Law – EU Economic and Competition Law) – Tilburg University, 2017.

SINGAPURA. Competition Commission. *Data: Engine for Growth – Implications for Competition Law, Personal Data Protection, and Intellectual Property Rights*. 2017.

SINGAPURA. Competition & Consumer Commission Singapura. *CCCS Guidelines on the substantive assessment of mergers*. 2022

SOLOVE, Daniel. The Mith of the Privacy Paradox. *George Washington Law Review*, v. 89, n. 1, p. 1-51, 2021

SPAGNOLO *et al.* Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers. *Centre for Economic Policy Research*, 30 set. 2020. Disponível em: <<https://cepr.org/voxeu/columns/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

SPIEKERMANN, Sarah; KORUNOVSKA, Jana. Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, v. 32, n. 1, p. 1-23, 2016.

STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report*. 2019

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SWIRE, Peter. *Submitted Testimony to the Federal Trade Commission*. Behavioral Advertising Town Hall, 18 out. 2007.

TÖRNGREN, Oskar. *Mergers in big data-driven markets – Is the dimension of privacy and protection of personal data something to consider in the merger review?*. Master Thesis (EU Law) – Faculty of Law, Stockholm University, Stockholm, 2017.

TURQUIA. Rekabet Kurumu. Decisão n. 22-48/706-299, de 20 out. 2022 (WhatsApp). Disponível em: <<https://www.rekabet.gov.tr/en/Guncel/investigation-about-meta-platforms-inc-p-8c3ec4adc160ed11a22e00505685ee05>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Bruxelas, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission Decision of 17.12.2020 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. Merger Procedure Regulation (EC) 139/2004. *Case M.9660 – Google/Fitbit*. Bruxelas, 17 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission Decision of 6.9.2018 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. Merger Procedure Regulation (EC) 139/2004. *Case M.8788 – Apple/Shazam*. Bruxelas, 6 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004. *Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp*. Bruxelas, 3 out. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Bruxelas, 6 dez. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Commission decision of 6.9.2018 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement. *Case M.8788 – Apple/Shazam*. Bruxelas, 6 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions. *Press release*. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484>. Acesso em: 8 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board (EDPB). *Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration*. Bruxelas, 27 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Board (EDPB). *Statement on privacy implications of mergers*. Bruxelas, 19 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor (EDPS). *Opinion 2/2021 on the Proposal for a Digital Markets Act*. Bruxelas, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_markets_act_en.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor (EDPS). *Opinion 8/2016 – EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. Bruxelas, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor (EDPS). *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor – Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Bruxelas, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. European General Court. *Case T-604/18 (Google/Alphabet v. Comissão Europeia)*, julgado em 14 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Parliament. Committee on Economic and Monetary Affairs. *Report on competition policy – annual report 2020*. 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0168_EN.html>. Acesso em: 1 dez. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Fundamental Rights; Council of Europe. *Handbook on European data protection law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). EUR-Lex, 4 abr. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>. Acesso em 1 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). EUR-Lex, 12 out. 2022. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. The Court of Justice of the European Union. Case C-238/05 (*Asnef-Equifax*), julgado em 23 nov. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. The Court of Justice of the European Union. *Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Düsseldorf (Germany) lodged on 22 April 2021 – Facebook Inc. and Others v Bundeskartellamt (Case C-252/21)*. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. The Court of Justice of the European Union. Opinion of Advocate General Rantos. *Case C-252/21 (Meta v. Bundeskartellamt)*. 20 set. 2022.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <<https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

VEZZOSO, Simonetta. All Happy Families Are Alike: The EDPS' Bridges Between Competition and Privacy. *Market and Competition Law Review*, v. 4, n. 1, p. 41-61, 2020.

WAGNER *et al.* Putting a Price Tag on Personal Information – A Literature Review. *Proceedings of the 51st Hawaii International Conference on System Sciences*. 2018.

WASASTJERNA, Maria. Competition, *Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020

WEYL, E. Glen. Price Theory. *Journal of Economic Literature*, v. 57 n. 2, p. 329-384, 2019.

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

WIEDEMANN, Klaus. A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse of Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 51, p. 1168-1181, 2020.

WIMMER, Miriam. Os desafios do *enforcement* na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: DONEDA, Danilo *et al.* (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 375-387.

WINEGAR, Angela G.; SUNSTEIN, Cass R. How Much Is Data Privacy Worth? A Preliminary Investigation. *Journal of Consumer Policy*. v. 42, p. 425-40, 2019.

WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YOO, Christopher S. The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, p. 2145-2169, 2020.

ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton *et al.* (coord.). *Direito e Internet IV: Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 381-416.

ZINGALES, Nicolo. Between a Rock and Two Hard Places: WhatsApp at the Crossroad of Competition, Data Protection and Consumer Law. *Computer Law and Security Review*, v. 33, n. 4, p. 553-558, 2017.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: Public Affairs, 2019.