

5

NOVOS RUMOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: O CONTROLE DO MONOPÓLIO E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA ECONOMIA DE DADOS PESSOAIS COM BASE NA LEI 12.529/2011¹

New directions in competition law: Monopoly control and consumer protection in the economy of personal data

Suzy Elizabeth Koury²

Pontífica Universidade Católica (PUC/SP) – São Paulo/SP, Brasil

Lis Arrais Oliveira³

Centro Universitário do Pará (CESUPA/PA) – Belém/PA, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação, surge o questionamento sobre a necessidade, ou não, de evolução dos conceitos e das interpretações tradicionais do direito antitruste, para que este ramo do direito possa oferecer uma tutela adequada aos consumidores e ao processo competitivo.

Objetivo: O artigo objetiva discutir a necessidade de evolução da interpretação e da metodologia do direito da concorrência, no que tange à proteção de dados pessoais de consumidores, para que, assim, seja possível assegurar o bem-estar e a proteção do consumidor.

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

OCIRD: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 21/01/2022 **Aceito em:** 02/04/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1984). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, tendo exercido a presidência entre 2016 e 2018. Líder do grupo de pesquisas CNPQ “Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia” e vice-líder do grupo “MinAmazônia” (Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia). É autora do livro *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine)* e os grupos de empresas, bem como organizadora de várias obras e autora de artigos científicos que discutem temas ligados ao mercado de trabalho, desigualdade e aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) na Amazônia. Afiliação institucional principal: Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Belém, PA. Professora da PUC-SP. **E-mail:** suzykoury@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5382551862867769>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1244-6221>.

3 Graduada em direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Programa de Pós Graduação do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada inscrita na OAB/PA nº 31.017. Afiliação institucional principal: Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Belém, PA. **E-mail:** lisarrais@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8763357849507121>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-4198-2824>.

Método: Inicialmente, será feita uma análise dos preceitos da ordem econômica e social estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Lei 12.529/2011. Em seguida, será apresentado o controle monopolístico do mercado de dados e as suas principais implicações. Trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, com uso do método hipotético-dedutivo.

Resultados: A análise mostrou que a interpretação do direito da concorrência necessita evoluir para se tornar um instrumento capaz de atuar em defesa do consumidor na nova economia.

Conclusões: O direito antitruste brasileiro não deve se limitar ao uso de conceitos e interpretações tradicionais para promover a tutela da livre concorrência e da defesa do consumidor diante dos novos desafios que surgem com as novas tecnologias da informação e da comunicação.

Palavras-chave: Constituição de 1988. Ordem econômica e social. Direito da Concorrência. Proteção ao consumidor. Evolução do antitruste.

STRUCTURED ABSTRACT

Contextualization: With the emergence of new information and communication technologies, the necessity, or not, of evolution of the traditional concepts and interpretations of antitrust law becomes questionable, in order for this branch of law to offer adequate protection to consumers and to the competitive process.

The purpose: The article aims to present the necessity of the evolution of the methodology of competition law, with regard to the protection of personal data of consumers, so that it is possible to ensure the well-being and protection of the consumer.

Method: Based on qualitative research, of an applied nature, using the hypothetical-deductive method, an analysis of the precepts of the economic and social order provided for by the Constitution of the Federative Republic of Brazil and of the Brazilian antitrust law will be made. Then, the monopolistic control of the data market and its main implications will be presented.

Results: The analysis showed that competition law needs to evolve to become an instrument capable of promoting consumer protection in the new economy.

Conclusions: Brazilian antitrust law should not be limited to the use of traditional concepts and interpretations to promote consumer protection and the protection of free competition, especially considering the new challenges that arise with new information and communication technologies.

Keywords: Brazilian Federal Constitution. Economic and social order. Competition law. Consumer's protection. Antitrust evolution.

Código de classificação JEL: K21

Sumário: 1. Introdução; 2. A tutela jurídica da livre concorrência na Constituição da república federativa do Brasil de 1988 e na Lei 12.529/2011; 3. A concentração monopolística do mercado de dados pessoais; 4. O direito da concorrência como instrumento de proteção dos dados pessoais de consumidores; 5. Considerações Finais; Referências.



1. INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência busca, desde os seus primórdios, outros objetivos que não os meramente econômicos. Os precursores da legislação antitruste eram movidos por preocupações relacionadas com a justiça do comportamento empresarial, com a proteção dos pequenos negócios contra as grandes empresas e com a prevenção dos monopólios e cartéis, a fim de evitar que prejudicassem o bem-estar dos consumidores em razão do aumento de preços ou da redução da oferta (FRAZÃO, 2017).

Dessa forma, além dos objetivos diretamente garantidores da concorrência, tais como a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, uma legislação de defesa da concorrência deve atender a razões sociopolíticas, impedindo que o poder econômico desmedido acabe comprometendo os objetivos sociais e o próprio poder do Estado (FRAZÃO, 2017).

Essa abordagem ampla do direito da concorrência justifica-se pela constatação de que o mercado é uma instituição social e política que regula e mantém algumas estruturas de poder, capaz de criar e gerar males permanentes, caso se desenvolva livremente por meio de suas próprias leis (BASTOS, 2007).

Por essa razão, o Estado assume a obrigação de regulamentar e intervir para garantir o funcionamento adequado do mercado, concepção esta que encontra respaldo no art. 215 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 (BRASIL, 1988), o qual inclui o mercado como patrimônio nacional.

Observa-se, então, que não há qualquer solução que não passe pela permanência do Estado como organismo social máximo, e pelo direito como instrumento e linguagem deste Estado. Dessa forma, apesar de o direito não conseguir, sozinho, produzir riquezas, ele deve ser usado como instrumento para realizar a sua redistribuição. O Estado deve exercer um papel ativo no exercício de sua função mais relevante nos tempos atuais, a de planejar, conduzir ao futuro, e criar padrões sólidos de comportamento para a sociedade, especialmente para os agentes econômicos. Para tanto, o direito assume um importante papel de possibilitar e sustentar a democracia econômica (BASTOS, 2007).

Dessa maneira, observa-se que a intervenção do Estado na economia não é indesejada pelo sistema jurídico, pelo contrário, o sistema a institui e regulamenta, visto que, para que a livre iniciativa e a livre concorrência continuem existindo, necessitam ser regulamentadas e conduzidas pela autoridade governamental, em atenção aos princípios fundamentais da República Federativa (FORGIONI, 2016).

Com a consolidação de tais medidas e a percepção de que os princípios econômicos são o elemento básico da convivência de uma sociedade, chega-se a noção de Constituição Econômica. A Constituição Econômica decorre da harmonização dos componentes da Ordem Jurídica, da Ordem Política e da Ordem Econômica. Portanto, sua interpretação exige a aplicação de metodologia compatível com a sua natureza, que é bastante diversa da aplicada para as Cartas simplesmente políticas, visto que, na Constituição Econômica, os valores das três "Ordens" constitucionalizam-se. Configura-se um todo orgânico, um sistema de elementos em perfeita conexão (SOUZA, 2002).

Não obstante, observa-se que, embora o Direito da Concorrência brasileiro, em suas origens, tivesse uma relação de proximidade com a Constituição, a sua aplicação prática acabou distancian-

do-o da ordem econômica constitucional. Com isso, o direito antitruste tornou-se um instrumento flexível de implantação das políticas econômicas do Estado, ainda que incompatíveis com a dinâmica concorrencial (FRAZÃO, 2017).

De fato, a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), foi progressivamente interpretada e aplicada a partir dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago⁴, distanciando-se cada vez mais das premissas e discussões constitucionais que motivaram a própria criação do Direito da Concorrência no Brasil. Por assim ser, observa-se uma grande distância entre o arcabouço normativo decorrente da Constituição e da legislação antitruste, e a prática que se consolidou, o que culminou em um nítido afastamento entre o Direito da Concorrência e a Constituição da República Federativa do Brasil.

A metodologia amplamente difundida pela Escola de Chicago é baseada na maximização da eficiência para a resolução de controvérsias. Assim, a busca da eficiência como objetivo único do Direito Antitruste se tornou uma orientação predominante.

Ocorre que, estes modelos econômicos consequencialistas⁵ não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor ou diretrizes de aplicação do Direito da Concorrência. A eficiência dificilmente será um critério único, claro e coerente para orientar a política antitruste, especialmente diante da necessidade de orientá-la em uma direção que garanta a proteção do consumidor. Assim, mesmo os critérios mais aceitos e utilizados de eficiência estão sujeitos a inúmeros questionamentos quanto à possibilidade de serem identificados, de forma satisfatória, com o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2021).

Essas reflexões aplicam-se ao contexto vivenciado na atualidade, visto que, com o crescimento exponencial do fluxo de dados pessoais, a expansão da tecnologia da informação, a tendência à quantificação de todos os aspectos referentes à vida humana e de uma constante necessidade de produzir informações preditivas muito precisas sobre indivíduos em busca de benefícios lucrativos, a necessidade de regulamentar de maneira mais direta o mercado movido a dados se faz iminente.

Uma condição de alta relevância oportunizada por esta imensa base de dados, a qual ficou conhecida como Big Data, para os mercados virtuais, é a possibilidade de criar e explorar bases de dados fornecidas pelos consumidores. As experiências individuais dos consumidores podem ser especialmente customizadas: as plataformas virtuais são capazes de modificar a disposição dos produtos ofertados, a recomendação de itens, a apresentação de marketing, os resultados de busca e outros critérios, com base nos comportamentos e preferências anteriormente manifestados e nelas armazenados (BAQUEIRO, 2020).

A necessidade do sistema capitalista de conhecer as preferências de indivíduos e grupos impulsionou o crescimento do mercado movido a dados, o qual, de acordo com Zuboff (2021), tornou-se um “mercado de comportamentos futuros”, em razão da necessidade em aprimorar cada vez mais os mecanismos de atração e vigilância e promover uma previsão comportamental mais eficiente sobre

4 A Escola de Chicago desponta no contexto da crise do capitalismo, no final da década de 1970, sustentando o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Seus principais precursores são Bork, Bowman, Mac Gee e Posner. De acordo com tal concepção, a concentração e o poder econômico dela derivados não seriam um mal em si, pois gerariam eficiências, e não a manutenção de um mercado competitivo. Para essa vertente, até mesmo monopólios não seriam problemáticos, desde que produzissem eficiências, bem-estar ao consumidor e não houvesse barreiras à entrada.

5 Para o consequencialismo, o valor de uma ação não é abstraído de seus fundamentos, mas das vantagens que possa acarretar. Assim, o consequencialismo pode ser definido como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione, explícita ou implicitamente, a adequação de uma determinada decisão à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas.

os usuários. Assim, a indústria da tecnologia passou a ampliar e modificar suas arquiteturas de extração de dados, em busca de resultados mais lucrativos (ZUBOFF, 2021).

O uso de técnicas complexas de previsão de comportamentos e reconhecimento de padrões tornou-se recorrente, os algoritmos passam a determinar o acesso a uma série de direitos e oportunidades, decidindo quem obterá crédito e a que taxa de juros, quem será contratado para trabalhar em determinada empresa ou qual a probabilidade de reincidência de determinado criminoso (O'NEIL, 2021; PASQUALE, 2015).

Nesse contexto, a concentração de informações comercialmente relevantes confere ao agente econômico vantagem competitiva em comparação aos rivais, o que pode ocasionar efeitos anti-concorrenciais, visto que, essas empresas podem utilizar a informação em favor de interesses próprios, motivando o fechamento de mercados.

Agentes mais bem informados possuem as vantagens de estabelecer diretrizes e interferir em diversos aspectos da vida cotidiana, bem como, investir na produção de informações ainda mais precisas e preditivas. Com isso, estes agentes exercem um poder controlador, o qual difere do poder disciplinar na medida em que é capaz de modular o comportamento dos indivíduos de maneira muito sutil, através do acesso ou da restrição à informação. Dessa forma, exercem certo nível de controle sobre a ordem econômica, os mercados e o sistema capitalista (HAN, 2018).

Por isso, conforme aduz Wu (2016), o verdadeiro negócio das plataformas digitais é influenciar consciências, com a disputa pela atenção e tempo das pessoas. Trata-se da forma mais fundamental de poder, a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ator social tem de influenciar, de forma assimétrica, a decisão dos outros atores sociais em favor dos seus próprios interesses e valores.

Diante disso, nada justifica a retração do direito antitruste diante da nova realidade trazida pelo Big Data, especialmente pelo seu objetivo principal ser o controle do poder econômico. Portanto, este ramo do direito não poderá desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais de usuários, independente de ser decorrente ou não de violação ao direito da personalidade, se converte em poder econômico (FRAZÃO, 2021).

Torna-se inequívoca a necessidade de que o direito da concorrência avance na regulação dos dados, compreendendo e captando as características dessa nova dinâmica competitiva, identificando as fontes e a extensão do poder econômico resultante e exercendo o seu papel no controle do abuso de poder econômico, tanto pela via das condutas, como pela via das estruturas. Contudo, é imprescindível que seja superada, definitivamente, a ótica extremamente restritiva, confinada às questões de eficiência econômica (FRAZÃO, 2021).

Este é o ponto de partida do presente estudo, que objetiva apresentar a necessidade de evolução da metodologia aplicada ao direito da concorrência, especialmente no que tange à proteção de dados pessoais de consumidores, para que, assim, seja possível assegurar o bem-estar e a proteção do consumidor.

Inicialmente, será feita uma análise da tutela jurídica da livre concorrência na Constituição de 1988 e da Lei 12.529/2011. Em seguida, será abordada a concentração monopolística do mercado de dados pessoais na atualidade, e as implicações que tal concentração proporciona aos agentes envolvidos no referido mercado.

Por fim, será possível concluir sobre a necessidade de uma evolução da metodologia utilizada no direito antitruste, para que esta afaste alguns mecanismos tradicionais, bem como, a ideologia que restringe a tomada de decisão à busca pela maximização da eficiência como finalidade última, para que então, seja possível proteger o bem-estar do consumidor.

A partir de uma pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, com o uso do método hipotético-dedutivo, o estudo contempla a hipótese de que o direito da concorrência necessita evoluir para se tornar um instrumento capaz de atuar em defesa do consumidor.

2. A TUTELA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E NA LEI 12.529/2011

As primeiras Constituições ao redor do mundo surgem em um contexto da valoração da propriedade privada e do livre mercado, valores caros ao capitalismo liberal. Não obstante, o advento das complicações e contradições deste modelo gera mudanças na concepção do regime capitalista. Nesse sentido, o mercado deixa de ser percebido como um ambiente natural espontâneo, e passa a ser considerado como uma construção social que decorre de uma complexa somatória de interações entre os seus participantes públicos e privados (GRAU, 2010; BASTOS, 2007).

Dessa forma, o Estado deixa de lado a subserviência acentuada à “mão invisível”⁶ do mercado e assume nitidamente o papel de agente regulador da economia. Portanto, deixa de ser um mero garantidor de liberdades e da propriedade e passa a atuar ativamente no regime da propriedade e em prol da redução das desigualdades sociais. Uma maior intervenção do Estado na economia não é apenas almejada pelos resultados distributivos, mas também pelos benefícios que proporciona às empresas privadas (BASTOS, 2007).

Com isso, um planejamento firme e dirigente, instrumentalizado por políticas públicas que objetivem coordenar os interesses presentes na sociedade e atingir objetivos sociais de caráter nacional se faz necessário. Surgem, assim, as constituições dirigentes e as suas normas programáticas⁷, as quais se ocupam em gerir não apenas os fins do Estado, porém, também de algumas instituições civis relevantes, como a propriedade, a empresa e o mercado (BASTOS, 2007).

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de constituição programática, a qual não permite que as relações privadas fiquem à mercê do poder econômico ou dos detentores dos meios de produção. Dessa forma, na busca de um sistema econômico social, o Estado acaba por inserir a dimensão política no cálculo econômico e permite que critérios políticos superem a rigidez da lógica econômica na busca do bem estar da coletividade (BASTOS, 2007).

O advento da CRFB/88 impulsionou o reconhecimento do Direito Econômico como ramo do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem por objeto a regulamentação da política econômica, e por sujeito o agente que delas participa. Dessa forma, observa-se que na Constituição Econômica, a norma adquire valor econômico, o qual se soma ao valor político inerente à norma jurídica

6 Segundo o conceito da mão invisível, cunhado pelo filósofo e economista Adam Smith, o mercado livre se autorregula, sem a necessidade da intervenção do Estado. Na busca por seus interesses próprios, os indivíduos contribuiriam para o equilíbrio do mercado. Esse equilíbrio seria o resultado do que hoje conhecemos como a lei da oferta e da procura. A mão invisível é, portanto, a representação simbólica da ideia de que o próprio mercado se organiza da melhor maneira possível.

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



constitucional (KOURY, 2013).

A política econômica deve ser aplicada obedecendo a uma linha sistêmica, tomando a Constituição como um todo, como um conjunto harmônico de normas e princípios que modelam a ordem jurídica. Dessa forma, a interpretação e a aplicação da política econômica devem ser efetuadas com base nos métodos mais consonantes à realidade constitucional e a referência aos princípios fundamentais da República (SOUZA, 2002).

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social. Entretanto, tais objetivos apenas são atingidos mediante a observância dos princípios fundamentais da república, especialmente, aos enumerados nos incisos do art. 170 da CRFB/88.

Nos termos do art. 170 da Constituição de 1988, a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa. Não obstante, tal ordem tem como princípio basilar a livre concorrência e a proteção ao consumidor. Assim, entende-se que, no princípio da livre iniciativa, abriga-se a atuação estatal de disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízo à concorrência (FORGIONI, 2016).

Poder-se-ia afirmar que alguns princípios constitucionais da ordem econômica seriam contraditórios ou conflitantes, o que se verifica no próprio art. 170, o qual consagra a propriedade privada e a livre concorrência, bem como, a função social da propriedade e a repressão ao abuso do poder econômico como limitadora da livre concorrência. Nesse caso, os princípios ficam à disposição do intérprete, que, ao optar por um não exclui os demais, que podem vir a ser utilizados em outras circunstâncias. Não obstante, a opção do intérprete não caracteriza o arbítrio, pois está limitada pelos parâmetros dos fundamentos e das finalidades às quais estão atrelados os princípios (SOUZA, 2002).

A livre concorrência, por exemplo, deve ser interpretada em conjunto com o princípio de repressão aos abusos do poder econômico, nos termos do art. 173, inc. IV, §4º, da Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o poder econômico é a regra e não a exceção, razão pela qual é frustrada qualquer suposição de que o mercado esteja naturalmente organizado em função do consumidor (GRAU, 2010).

A concorrência livre, portanto, assume um papel diferente da estrutura exigida de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora entre uns e outros. Trata-se de um processo comportamental competitivo – a competitividade – que admite gradações de pluralidade e fluidez, e é este comportamento, o qual exige a descentralização de coordenação como base da formação de preços, que define a livre concorrência (GRAU, 2010).

Por assim ser, é possível interpretar a livre concorrência como uma forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a menor preço, por exemplo. Além disso, do ponto de vista político, também acaba por garantir oportunidades iguais a todos os agentes, visto que é uma forma de desconcentração de poder (GRAU, 2010).

A Lei Antitruste Brasileira, que completou 10 (dez) anos em novembro de 2021, não tem como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e da concorrência. O legislador constituinte procurou também proteger o consumidor contra a busca incessante por lucros excessivos por parte das empresas ou associações de fornecedores de bens ou serviços que pretendem aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas. Assim, em sistemas nos quais, tradicionalmente, há concentração de poder, com a presença de mercados centralizados, costuma-se

controlar as atividades dos agentes econômicos que ocupam posições dominantes, impedindo que estes abusem de sua posição em detrimento do consumidor (FORGIONI, 2016).

Cabe ressaltar que o pensamento econômico vem se preocupando com a determinação de conceitos próprios, portadores de conteúdo específico, que permitem oferecer interpretações mais amplas dos fatos submetidos à sua apreciação. Assim, as pesquisas destacam estes conceitos, possibilitando à teoria econômica superar a análise dos fenômenos sob o prisma dos lucros ou da rentabilidade (SOUZA, 2002).

Nesse sentido, a partir de uma valoração dissonante do princípio primitivo de rentabilidade econômica ou lucro materialmente traduzido, é possível compreender o substrato do que é chamado de economicidade. A economicidade pode ser traduzida a partir da atribuição de valor às vantagens que são asseguradas pela realização do ato, que pode apresentar característica moral, estética, religiosa, política e etc. (KOURY, 2013).

O princípio da economicidade ultrapassa a simples noção do “ser econômico” pautado exclusivamente na rentabilidade econômica e no lucro material, o que justifica a tomada de decisões que podem ser antieconômicas, porém, atendem à economicidade sócio-política, como exemplo da fixação pelo governo de salários assistenciais (KOURY, 2013).

Em certas situações, os elementos característicos do econômico ficam superados, e assim, justificam-se atitudes de interesse político ou social, como as medidas governamentais de caráter supletivo, os salários assistenciais superiores à resistência do custo comum, e outras resoluções que se desviam do interesse econômico típico, de maneira a definir um amplo sentimento de vantagem. Com isso, a economicidade extravasa o simples modo de ser econômico e a subversão de valores culturais de maior significação nos julgamentos e apreciações que são feitas dos acontecimentos sociais e das atitudes humanas (SOUZA, 2002).

Aplicando-se essas considerações, tem-se que o direito da concorrência não se reduz ao alcance da eficiência econômica, conforme é possível extrair do legado da Escola de Chicago, o qual sustenta o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado e considera que a concentração de poder econômico não seria um mal em si (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

O ordenamento jurídico brasileiro não corrobora qualquer afirmação de que a Legislação Antitruste objetiva apenas a tutela da “eficiência alocativa”, encontrando nesta o seu valor supremo. Pelo contrário, observa-se na lei uma complexa constelação de princípios, valores e interesses, que não podem ser ignorados pelo seu intérprete (FORGIONI, 2016).

Deve-se deixar claro que não há qualquer necessidade de alteração na Lei 12.529/2001, mas sim na sua interpretação e aplicação, pois, como ressalta Forgioni: “Desde há muito, encontra-se nos diplomas brasileiros antitruste, bem como nas normas constitucionais, a repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico, tendo em vista a proteção da população, dos consumidores.” (FORGIONI, 2016, p. 145).

O caput do art. 36 da lei antitruste refere-se a “efeitos potenciais a serem eventualmente produzidos”, possibilitando coibir atos que, no futuro, possam vir a gerar abusos do poder econômico e lucros arbitrários ou preços excessivos em detrimento dos consumidores.

Diante disso, a concentração de poder econômico nas mãos de grandes empresas tornou-se



uma problemática nítida e que exige atenção. Neste estudo, destacam-se as empresas de tecnologia, que, além de terem tido um incremento na quantidade de fusões, nos últimos anos, têm enfrentado diversas investigações tendo como foco a adoção de estratégias comerciais ambíguas em mercados como os de mecanismos de buscas online, desenvolvimento de aplicativos, mídias sociais e intermediação do e-commerce (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Empresas como a Google, a Apple, o Facebook e a Amazon têm atraído preocupações das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Assim, a dominação das “Big-Tech”, como ficaram conhecidas, reavivou o debate sobre a moldura antitruste focada no paradigma da Escola de Chicago, em razão do poder de mercado detido por estas grandes plataformas digitais, o que se passa a analisar (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

3. A CONCENTRAÇÃO MONOPOLÍSTICA DO MERCADO DE DADOS PESSOAIS

Com o advento das Novas Tecnologias da Informação - as quais proporcionaram a criação do Big Data - coletar, processar e explorar dados pessoais para uso comercial tornou-se uma prática recorrente. Não obstante, tal questão é geralmente analisada sob a ótica da proteção ao consumidor e não como um aspecto de direito da concorrência.

Como mencionado, recentemente, fusões e aquisições de grande porte envolvendo grandes corporações trouxeram à tona a discussão que envolve os impactos concorrenciais destas condutas, na medida em que estes agentes passam a exercer um controle cada vez maior sobre o mercado de dados em evidência na atualidade. Portanto, há uma importante necessidade em entender as possíveis implicações que estes atos causam aos consumidores e ao mercado.

O termo “Big Data” é vago e demanda precisão, entretanto, as suas definições mais frequentes se referem à larga dimensão de bases de armazenamentos de dados; a necessidade de uso de poder de computação em larga escala e de softwares e métodos para extrair valor dos dados em um período razoável de tempo (STUCKE; GRUNES, 2016).

O Big Data é a informação potencializada em volume, velocidade e variedade, e requer tecnologias específicas e métodos analíticos para a transformação dos dados em valor. Assim, distingue-se dos dados em geral em decorrência do volume dos dados armazenados; da velocidade através da qual são coletados, processados e disseminados; da variedade de informações produzidas, bem como do valor que tais dados passam a adquirir. Cada um destes elementos cresceu exponencialmente na última década, e continuam em ascensão (STUCKE; GRUNES, 2016).

As atividades das grandes plataformas digitais representam parte dos desafios que o uso excessivo de dados e dos modelos de algoritmos trazem para o direito à concorrência, bem como para qualquer tentativa de regulamentação na área, vez que se tratam dos principais coletores e processadores de dados, que ocupam grande protagonismo no âmbito do uso de informações e de processamento de dados na atualidade.

Este protagonismo desencadeia uma vasta acumulação de dados por apenas um pequeno número de agentes, daí a tendência de se tratarem de verdadeiros monopólios virtuais que acabam por dificultar a competição nesses mercados (FRAZÃO, 2021).

Trata-se de um mercado fundamentalmente propulsionado por investimentos em pesquisa e desenvolvimento, uma vez que a inovação assume papel central, situando a propriedade intelectual como seu principal produto. Estes mercados, portanto, inauguram a Nova Economia e a singularizam, tanto pelas dinâmicas e estruturas inéditas, quanto pela extraordinária centralidade da produção intelectual e da inovação. Nesse sentido, cumpre mencionar que um incentivo relevante para a inovação é a expectativa do monopólio artificial concedido pela proteção da propriedade intelectual (BAQUEIRO, 2020).

Embora as mudanças tecnológicas possuam o efeito comum de gerar novos mercados, a Internet o fez de modo sem precedentes, ao gerar, em um curto espaço de tempo, a eclosão, a evolução, a competição e o desaparecimento de mercados que acabavam de nascer.

Além de proporcionar o surgimento de novos mercados, o advento da Internet viabilizou o crescimento exacerbado deles. O crescimento de plataformas virtuais é um exemplo: a Amazon abriu em 1995 e, em 2016, suas vendas aproximaram-se de 136 bilhões de dólares; o YouTube, lançado em 2005, conta hoje com mais de 1 bilhão de usuários ativos; o Facebook, criado em 2004, alcançou o número de 1,87 milhão de usuários em 2017, a Netflix iniciou a transmissão de conteúdo via streaming em 2007, nos Estados Unidos e, hoje, aproxima-se de 100 milhões de assinantes pelo mundo (BAQUEIRO, 2020).

A inovação possui papel primordial nessa análise, visto que consumidores podem compartilhar informações com quantos serviços quiserem, porém, para tanto, é necessário que as plataformas desenvolvam produtos e serviços que atraiam cada vez mais usuários. O motivo pelo qual as operadoras de streaming, como a Netflix, desbancaram empresas de grande porte como a Blockbuster foi o uso mais efetivo da base de dados das primeiras em comparação com as últimas, mesmo com uma base de dados inferior a princípio (SOKOL; MA, 2017).

Dessa forma, observa-se que a concorrência pode surgir de repente e, a partir de uma inovação, superar a atividade de empresas dominantes no mercado. No caso das operadoras de streaming, não foi a quantidade de dados obtidos que foi relevante, e sim os insights que obtiveram a partir de sua base de dados e da sua habilidade em inovar. Dessa forma, as empresas criam produtos inovadores que suprem as necessidades dos consumidores na mesma medida em que coletam os seus dados, os quais são utilizados para aprimorar cada vez mais o produto criado (SOKOL; MA, 2017).

As empresas da Nova Economia engajam-se em uma competição dinâmica, por mercados, em corridas do tipo “winner-takes-all” (“o vencedor leva tudo”), com foco em investimentos em propriedade intelectual, a fim de produzir inovações que lhes confirmem liderança no mercado para, assim, reduzir ou eliminar atuais e potenciais concorrentes. Desse modo, a concorrência estática, baseada na competição por preços e qualidade do produto, passa a ter importância reduzida (BAQUEIRO, 2020).

Nesse contexto, as inovações possuem um grande potencial para retornos dinâmicos crescentes em escala – onde quanto mais assinantes, melhor – em razão do ato dos consumidores continuarem usando uma prática ou produto por conta de uma preferência passada, ou da inércia social, mesmo quando a vantagem inicial do concorrente que adquire a liderança é pequena ou arbitrária (MAZZUCATO, 2020).

Os direitos de exclusividade concedidos pela propriedade intelectual, seja por meio de pa-



tentes, direitos autorais, ou desenhos industriais, permitem que a empresa inovadora usufrua de um considerável período de tempo de monopólio, impedindo a entrada de novos competidores e viabilizando os lucros. Neste ponto, a realidade desta Nova Economia, fortemente caracterizada pela inovação e pela propriedade intelectual, reacende e renova problemas relacionados ao direito da concorrência (BAQUEIRO, 2020).

Esse fenômeno é exemplificado pelas externalidades de rede, o que significa que, uma rede social se torna mais valiosa para o proprietário quanto mais pessoas se conectarem. O Facebook e o Twitter, por exemplo, fazem tudo o que podem para aumentar o número de usuários inscritos, ou seja, quanto maior a rede, mais forte é a posição da empresa (MAZZUCATO, 2020).

Na nova economia, os efeitos de rede são altíssimos, assim como os custos da mudança para os usuários, que dificilmente abandonam o uso da plataforma dominante no mercado. Desse modo, o ideal é que os mercados digitais sejam regulados por políticas públicas que fomentem a competição e proporcionem as oportunidades de inovação, e contenha as forças que possam vir a consolidar uma alta concentração ou um único vencedor (BAGNOLI, 2021).

As grandes plataformas digitais, as quais já estão estabelecidas no mercado, possuem tendências inteiramente monopolistas em razão dos fortes efeitos de rede, os quais trazem altos custos de mudança, e assim, desestimulam os usuários a procurarem plataformas alternativas. Desse modo, os benefícios de troca para uma plataforma diferente devem ser suficientes para persuadir consumidores a arcarem com eles, o que raramente ocorre (KIRA; COUTINHO, 2021).

Os elevados custos de troca e os grandes efeitos de rede são verdadeiras barreiras à entrada em mercados digitais, visto que, novos atores possuem uma enorme dificuldade em reunir massa crítica suficiente para entrar no mercado ou oferecer bens ou serviços em um nível competitivo.

Sendo assim, em razão dos mercados digitais funcionarem em uma dinâmica conhecida como “o vencedor leva tudo”, novas empresas têm dificuldades para substituir incumbentes, mesmo quando mais eficientes ou com amplo potencial inovador. Portanto, a concentração nos mercados digitais pode levar à redução da escolha do consumidor e dos incentivos à inovação (KIRA; COUTINHO, 2021).

Os efeitos de rede estão centralizando cada vez mais a internet, concentrando um enorme poder de mercado nas mãos de poucas empresas. O Google, sozinho, é responsável por 70% das pesquisas online nos EUA e 90% na Europa. O Facebook tem mais de 1,5 bilhão de usuários, o que corresponde a um quarto da população do planeta. Seis empresas – Facebook, Google, Yahoo, AOL, Twitter, Amazon - representam cerca de 53% do mercado de publicidade digital, com Google e Facebook representando 39% (MAZZUCATO, 2020).

Esse domínio permite que essas empresas imponham as suas condições sobre usuários e demais empresas. Empresas como a Google constituem, de fato, monopólios, porém, não são reconhecidas como tal, e não atraíram o tipo de legislação que as grandes empresas de setores mais tradicionais atraíram (MAZZUCATO, 2020).

As práticas exclusionárias exercidas por estas grandes empresas podem retardar a introdução de novos produtos e serviços em mercados atuais e futuros, ou condicionar as inovações aos seus próprios interesses, o que acarreta uma prática anticompetitiva. Diante disso, ressalta-se a importância de combater o uso da proteção à inovação com vistas à manutenção de vantagens com-

petitivas (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Essas plataformas digitais usufruem de amplo poder de conexão, de alavancagem, de exploração e extração de dados pessoais e de comunicação. Com isso, diante da quantidade cada vez maior de usuários que utilizam essas plataformas, este poder passa a ser canalizado para influenciar e manipular usuários para diferentes propósitos, sejam econômicos, sociais ou políticos (FRAZÃO, 2021).

Após desfrutarem dos seus ganhos de escala e atingirem um determinado plateau, as grandes plataformas digitais passam a lançar mão de outro tipo de vantagens: a sua influência econômica e política, a sua conduta passa a ser focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos (MOURÃO; NOVAIS, 2020).

Na era do Big Data, a coleta e a extração de dados configuram, apenas, a primeira fase de uma cadeia produtiva, pois os dados colhidos devem ser processados para que possam gerar valor. Isso significa que, o mero acesso aos dados, sem a possibilidade efetiva de transformá-los em informação, é insuficiente para alimentar este mercado no qual a informação se tornou um ativo de suma importância. Nesse sentido, o desafio é saber como os dados acessados por diferentes agentes econômicos são convertidos em informação, e, por conseguinte, em poder econômico, o que se torna desafiador justamente porque os modelos utilizados por estes agentes não são transparentes (O'NEIL, 2021; FRAZÃO, 2021).

Diferentes agentes econômicos possuem diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em matéria de qualidade quanto de velocidade. Tal desnível pode se transformar em verdadeira barreira de acesso ou permanência em determinados mercados. Esse aspecto é ainda mais preocupante diante da falta de transparência em relação aos algoritmos, o que impossibilita que se saiba como eles utilizam os dados e para que fins (FRAZÃO, 2021).

De acordo com O'Neill (2021), modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção. No caso de empresas como o Google, a Amazon e o Facebook, esses algoritmos precisamente talhados valem, sozinhos, centenas de bilhões de dólares, e são caixas-pretas impenetráveis, cujo conteúdo é segredo corporativo altamente protegido. Assim, os três elementos que fazem com que alguns destes modelos venham a ser nocivos - chamados de "Arma de Destruição Matemática" - são opacidade, escala e dano (O'NEIL, 2021).

Quando um modelo ganha escala, ele passa a afetar toda a vida dos indivíduos. É o que ocorre, por exemplo, com o modelo de crédito, que acaba determinando se o indivíduo consegue ou não um apartamento, um emprego ou um carro. Estes modelos matemáticos são opacos e os seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos que possuem domínio sobre eles (O'NEIL, 2021).

Vejamos o exemplo do Facebook e de seus usuários que contam com a plataforma para receber notícias. Considerando que o Facebook determina, com base nos seus próprios interesses, o que é entregue a cada usuário em sua rede social, sabe-se que a possibilidade de que um ajuste no seu algoritmo gere desdobramentos no sistema social, econômico e político não deve ser descartada.

O Facebook é um laboratório de larga escala; em horas, é possível processar informações de dezenas de milhões de pessoas, medindo, por exemplo, o impacto de suas palavras e dos links compartilhados entre elas, de modo que é possível usar essas informações para modular ações. Trata-se de uma plataforma massiva, poderosa e opaca, e, portanto, detentora de uma quantidade



significativa de poder, sem que se saiba nada a respeito dos algoritmos, entregando-se aos usuários apenas os resultados dos experimentos que os pesquisadores decidem publicar (O'NEIL, 2021).

O Facebook não é a única plataforma a exercer este massivo poder; outras corporações de capital aberto, como a Google, Apple, Microsoft, Amazon e etc., possuem vasta informação sobre grande parte da humanidade e os meios para nos guiar da forma que quiserem (O'NEIL, 2021).

O poder de controle da informação inerente a essas plataformas é enorme. Com isso, moldar a ideologia é uma das principais formas de atuação da elite econômica para a manutenção do seu poder, o que envolve estratégias de educação e doutrinação. Assim, o Big Data expandiu as formas pelas quais é possível moldar a opinião pública e potencializou vários dos seus efeitos (FRAZÃO, 2021).

A atuação das plataformas gera um duplo efeito no plano concorrencial, qual seja, a criação de uma dinâmica concorrencial própria sobre o uso e o processamento de dados, o que impossibilita a concorrência no mercado de dados e processamento fora delas, bem como a crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços (FRAZÃO, 2021).

A Google é o exemplo mais ilustrativo desta cultura. Antes da Google, as buscas eram efetuadas em portais desorganizados, caracterizados por anúncios e spams excessivos. A Google inovou e obteve sucesso absoluto neste campo quando passou a oferecer resultados relevantes e claros em frações de segundos. Não obstante, o sucesso comercial trouxe à companhia um poder econômico exacerbado. Certamente, esta condição gera importantes implicações, especialmente no setor concorrencial, onde as regras clássicas de competição passam a ser afetadas. Quando uma empresa do porte da Google se funde com empresas sem tanta relevância, tal aquisição gera grandes implicações aos concorrentes diretos desta última (PASQUALE, 2015).

Dentre as modalidades de atos de concentração no controle de estruturas, previstas na Lei 12.529/2011, em seus artigos 88 a 91 as integrações verticais e os conglomerados são operações marcantes em mercados digitais movidos a dados e, por isso, exigem especial enfoque, sob pena de uma investigação insuficiente quanto aos riscos anticompetitivos que possam ser gerados (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Essa onda de integrações verticais e de conglomerados está associada ao poder de alavancagem das plataformas digitais, as quais não servem apenas como infraestrutura para a conexão entre as diferentes categorias de usuários, mas também como via de integração de mercados. Essa alavancagem reflete a ideia de que uma empresa é propensa a usar o seu domínio em uma linha de negócio para estabelecer posição dominante em outra linha distinta ou acessória (KHAN, 2017).

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

As preocupações surgem quando essas aquisições fortalecem a dominância das grandes plataformas e prejudicam o processo competitivo, eliminando potenciais rivais ou construindo barreiras a entrada para competidores potenciais ou reais (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

A concentração de informações comercialmente relevantes confere ao agente econômico vantagem competitiva em comparação aos rivais, o que pode ocasionar efeitos anticoncorrenciais. A persistência de uma estrutura de mercado altamente concentrada em função do acesso aos dados põe em risco interesses de longo prazo, vez que as empresas, em mercados não competitivos, não precisam concorrer para melhorar produtos e serviços antigos ou tentar criar novos, acarretando a desaceleração da inovação, a perda da concorrência de qualidade e a estagnação geral da indústria. Portanto, além da possibilidade de imposição de preços excessivos em uma perspectiva estática, a eficiência dinâmica também pode ser comprometida (KHAN, 2017).

O risco que a fusão traz ao processo competitivo não se limita ao fechamento dos mercados e as barreiras à entrada, se estende também ao fortalecimento da posição dominante no ecossistema controlado pelo agente detentor de um massivo poder econômico. Isso ocorre pelos novos serviços trazerem valor aos consumidores, que o consideram como um complemento do serviço principal, ou por atraírem um número crescente de usuários (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

As plataformas dominantes exercem múltiplas funções e geralmente controlam um ecossistema que se beneficia dos fortes efeitos de rede, os quais se tornam verdadeiras barreiras à entrada. Diante disso, é necessária a aplicação de novos limites, os quais podem ser restritos aos casos de forte dominância de um agente econômico, nos quais a possibilidade de entrada no mercado é extremamente limitada.

Evidencia-se que as grandes plataformas digitais detêm não apenas poder econômico, como o possuem em um sentido que ultrapassa todas as noções tradicionais, as quais estão normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. Diante disso, a variedade, a extensão e o impacto do poder econômico e político das plataformas digitais é tão grande que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (FRAZÃO, 2021).

O modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais⁸. Nesse aspecto, a partir do momento em que se reconhece que estes agentes, em razão dos dados que detêm e da posição que exercem na economia movida a dados, reúnem expressivo poder econômico, não há como deixar de recorrer ao Direito da Concorrência, cuja missão essencial é, precisamente, o controle do poder econômico, independentemente da sua origem ou da forma como se estrutura (FRAZÃO, 2021).

4. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A LEI 12.529/2011 COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES

O funcionamento monopolístico do mercado de dados faz despontar situações inéditas na realidade da economia, que despertam o interesse e a necessidade de atualizar os estudos e as teorias quanto ao tema, bem como as políticas econômicas e de antitruste, visto que, o exame antitruste pautado exclusivamente no aspecto estático do preço pode não registrar danos anticompetitivos que têm como base a exploração de dados.

Na transição para a economia movida a dados, a aquisição de um elevado poder econômico em decorrência do emprego do Big Data por determinados agentes econômicos ensejou uma enorme

⁸ O monopólio natural surge por forças das condições naturais do mercado, e pode se consolidar em razão das altas barreiras de entrada em um segmento, bem como, estar relacionado a fortes economias de escala na condução dos negócios em um determinado segmento.



concentração de mercado no meio digital, o que se convencionou chamar de “data-opólios”, os quais se diferenciam dos monopólios comuns, pois o poder não é exercido pela cobrança de preços mais altos aos consumidores, mas sim por meio de distorções para além do valor pecuniário, as quais afetam a privacidade e a autonomia de consumidores (EZRACHI; STUCKE, 2018).

Diante disso, a Comissão Europeia já considera as dificuldades na definição do mercado relevante e da análise de participação no mercado (marketshare) nos mercados digitais. Portanto, defende a aplicação mais flexível desses conceitos, com foco no funcionamento dinâmico do mercado digital (TURGOT, 2021).

As maiores plataformas do mundo, como a Google, Apple, Microsoft, Amazon e o Facebook, estão investindo diretamente em extração, processamento e armazenamento de dados, e possuem uma massiva vantagem, visto que, são corporações com alcance global. Desse modo, autoridades antitrustes na Europa já vêm adotando a concepção de que a posição dominante no mercado digital com base em dados exige um tratamento diferenciado (BAGNOLI, 2021).

As plataformas a preço zero se sentem livres para cobrar “preços” - medidos em termos de excesso de dados - cada vez mais altos, o que não ocorreria se monetizassem a sua atividade explicitamente. Desse modo, uma prática abusiva comumente exercida por empresas em posição de dominância é o uso do acesso privilegiado a ricas bases de dados para distorção do processo competitivo (KIRA; COUTINHO, 2021).

Nesse sentido, não se pode desconsiderar o funcionamento, as características e os problemas concorrenciais específicos do mercado digital, incluindo os agentes envolvidos, os seus interesses, a existência de barreiras à entrada, o poder de mercado, o exercício da posição dominante, e o acesso a amplas bases de recursos como dados, o qual pode restringir o incentivo à inovação (BAGNOLI, 2021).

Em vista disso, é necessário refletir sobre a importância de afastar a abordagem antitruste tradicional de definir o poder de mercado a partir da parcela de mercado controlada, a qual é inadequada para abarcar a realidade da Nova Economia. Essa abordagem, ainda predominantemente voltada para a análise de preços, desconsidera um elemento essencial do poder de mercado nestes setores, que é a ameaça real ou potencial de inovações drásticas para a tomada de liderança (BAQUEIRO, 2020).

Embora a inovação se coloque como um elemento relevante da competição em qualquer setor econômico, a diferença das plataformas digitais é que os investimentos em inovações são o principal input do processo competitivo, que se desenvolve a partir da oferta de novos produtos e serviços que geram um significativo excedente de oferta ao consumidor. Ademais, a concorrência entre plataformas muitas vezes acaba se desenvolvendo apenas nas dimensões de qualidade e de inovação, visto que se trata de um mercado a “preço zero”. Dessa forma, estas particularidades tornam as discussões sobre inovação fundamentais para o debate sobre a política de defesa da concorrência em mercados digitais (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

A consolidação de uma moldura antitruste que privilegie a inovação enfrenta desafios teóricos consideráveis. Nas últimas duas décadas, vários especialistas do direito da concorrência têm argumentado que, em setores submetidos a intenso dinamismo tecnológico, a centralidade da inovação exige o abandono, ou pelo menos a relativização, de alguns dos dogmas tradicionais da teoria

de mercados contestáveis, como a própria noção de concorrência perfeita típica da Escola de Chicago (BAQUEIRO, 2020).

É imprescindível considerar o papel da concorrência potencial em mercados inovadores. Em setores como o de alta tecnologia, os competidores não são constrangidos apenas pelos concorrentes no mercado, visto que há também uma forte constrição por parte de concorrentes desconhecidos, que podem investir em pesquisa e desenvolvimento e adentrar o mercado com uma inovação. Em vista disso, a inquirição quanto ao poder de mercado na Nova Economia deve incluir uma análise quanto ao vigor da competição dinâmica e potencial (BAQUEIRO, 2020).

A política antitruste deve se atentar ao momento em que empresas iniciantes, com uma base de usuários em rápido crescimento, mesmo que ainda não gerem volume de negócios suficiente para serem percebidas pelos critérios tradicionais de faturamento, refletem seu potencial competitivo pelo manejo de dados.

Em muitos casos, esses potenciais competidores são adquiridos por empresas dominantes no mercado, e com isso, encerram ou alteram a sua atividade produtiva, para atender aos interesses das empresas dominantes, as quais objetivam descontinuar a produtividade rival e prevenir a competição futura, razão pela qual essas transações ficaram conhecidas como “aquisições assassinas”, pois acabam excluindo um potencial rival do mercado (TURGOT, 2021).

Nestes casos, a análise antitruste é legítima em decorrência de preocupações quanto ao reforço da posição dominante, suscetível de ser exercida abusivamente, e do impedimento significativo da concorrência, o que se torna alarmante quando há um padrão sistemático de atos de concentração pelas grandes plataformas digitais.

Note-se que a Lei 12.529/2011 prevê que se presume a existência de posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado” (§2º. Art. 36), o que permite que se combatam monopólios e outras práticas restritivas no mercado de exploração de dados, bem como por meio de concentrações econômicas.

Assim, a intervenção é viável quando se observar que a fusão de um entrante potencial com uma incumbente⁹, privaria o mercado de uma desconcentração e do acirramento da competição futura. Cumpre observar que não há necessidade de sobreposição direta entre as atividades das empresas no momento da operação, mas, sim, que uma concorrência direta entre elas seria provável caso a transação não acontecesse. Desse modo, a análise de entradas está associada à avaliação da possibilidade e da probabilidade de rivalidade futura entre as partes envolvidas no ato de concentração (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

A literatura dominante sobre o tema sustenta que a detenção de poder de mercado por plataformas digitais seria naturalmente relativizada pelas forças da competição dinâmica, pelo desenvolvimento de novos produtos, de modo que as agências antitruste deveriam evitar empreender intervenções repressivas quando não estiverem presentes os pressupostos e as evidências que tradicionalmente orientam o controle de condutas abusivas (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

De forma alternativa, parte minoritária da literatura tem proposto que o estímulo à inovação nos mercados digitais depende ativamente da manutenção de níveis adequados de concorrência e

⁹ Nesse sentido, relevante é a concepção de competição dinâmica, a qual atribui maior ênfase à concorrência potencial como método efetivo de análise. Sendo assim, entende-se que, quando as empresas tradicionais – incumbentes – se fundem com startups responsáveis por desenvolver o vetor inovação, a competição plena acaba por ser prejudicada.

que, por isso, o controle de concentração deve ser ampliado para abranger a repressão de práticas exclusionárias com efeitos sobre os estímulos a inovar. Essa vertente sustenta que práticas exclusionárias adotadas por plataformas digitais podem retardar a introdução de novos produtos e serviços em mercados atuais e futuros, mesmo quando não são detectadas pelos filtros e pelas metodologias da análise antitruste tradicional (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Por isso a importância do desenvolvimento de uma versão qualificada da teoria do dano que descreve riscos à inovação pela perda de um competidor potencial. Sendo assim, esses atos de concentração devem preocupar a autoridade antitruste, não apenas por reduzirem as restrições competitivas no mercado em questão, ao retirarem do mercado uma empresa cujas tecnologias poderiam ter desafiado o operador dominante, mas também por eliminar um produto do mercado, restringindo a escolha de consumidores (KIRA, COUTINHO, 2021).

Nesse sentido, a aquisição de um entrante por uma incumbente pode levar a perda da concorrência potencial, como também de um produto ou serviço inovador ou potencialmente disruptivo (KIRA, COUTINHO, 2021).

Em vista dessa situação de incerteza, dinamismo e hostilidade competitiva, atenta-se para a insuficiência das leis antitruste atuais em lidar com essa realidade. Se as interações competitivas se desenvolvem em uma dinâmica inédita, é preciso que o direito da concorrência lance mão de abordagens que sejam capazes de apropriadamente enfrentar o fenômeno. O ideal de competição perfeita em mercados de competição dinâmica, portanto, é inadequado para garantir o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico (BAQUEIRO, 2020).

A aplicação das normas de direito da concorrência deve levar em conta as diferenças entre as indústrias da Nova Economia e as indústrias tradicionais, a fim de que as políticas antitruste reflitam as características dos setores que são dinamicamente competitivos, em contraposição aos estaticamente competitivos.

É por essa razão que uma corrente de revitalização do antitruste vem defendendo uma análise fundamentada na neutralidade do processo competitivo e na abertura das estruturas de mercados, com vistas a uma melhor percepção do estado da concorrência.

A questão básica consiste em verificar se o ato representa uma competição pelo mérito ou um esforço para desabilitar ou subverter o processo competitivo. Na nova economia, portanto, é fortalecida a preocupação de que os mercados sejam mantidos abertos e de que os recém-chegados tenham uma chance. A partir dessas considerações, a concorrência potencial é uma diretiva possível de ser observada em relação às integrações verticais e conglomerados (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Considerando que a inovação anda cada vez mais próxima e associada à concorrência, fazendo surgir novas práticas, modalidades e estratégias de competição, é preciso agora notar a inovação a partir de novos olhares e reconhecer que ela também deve ser analisada por referenciais concorrenciais. A inovação não pode estar alheia ao escopo da análise antitruste. Em verdade, é importante tomar a inovação como um legítimo padrão para análises concorrenciais, uma vez que ela condiciona dinâmicas de competição e estruturas de mercado distintas, que incitam a necessidade de revisar e, possivelmente, reformular os pressupostos e abordagens tradicionais do direito antitruste.

Não obstante, se, por um lado, a expectativa de retornos extraordinários induz a inovação, por outro, a abertura do processo competitivo e a possibilidade de novas entradas são cruciais para

o processo de inovação. Dessa forma, na análise de condutas abusivas, observa-se que o que deve ser investigado não é se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são mais ou menos propensas à inovação, mesmo porque não é função do antitruste construir a política de inovação nos mercados. A discussão que se coloca é se uma conduta anticompetitiva que tem o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a inovação ou de prejudicá-los retardando-a (BAQUEIRO; 2020).

O bem-estar do consumidor envolve não apenas os custos, mas a qualidade do produto, a variedade e a inovação. Proteger esses interesses requer uma concepção mais ampla de bem-estar do consumidor do que a atual. Assim sendo, a ideia de bem-estar do consumidor, na qual o direito antitruste é baseado, não deve mais estar restrita apenas à proteção contra o aumento de preços, é necessário que esta concepção abranja outras esferas de proteção, como a preservação da sua individualidade, identidade e cidadania (FRAZÃO, 2021).

Demonstra-se, portanto, a necessidade de ampliação do conceito de bem-estar do consumidor para além da eficiência econômica, resgatando a importância da sua proteção ampla, para que ocorra tanto por meio da tutela da sua liberdade econômica, individualidade e controle sobre seus dados, como por meio da tutela do próprio processo competitivo.

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

Conforme pontua a European Data Protection Board (EDPB)¹⁰, entidade central que reúne os representantes de todas as autoridades de proteção de dados da União Europeia, sempre que um ato de concentração significativo é proposto, é essencial avaliar implicações a longo prazo para a preservação da economia, dos dados e dos direitos do consumidor, tendo em vista que o aumento da concentração de mercado, particularmente nos digitais, tem o potencial de ameaçar o nível de proteção de dados e a liberdade de que gozam os consumidores.

Nas aquisições e fusões de empresas que possam acumular grande poder informacional, a salvaguarda de dados e os interesses de privacidade dos indivíduos merecem atenção. As empresas dominantes no mercado de dados possuem incentivos para adotar configurações de privacidade mais baixas, permitindo o processamento de dados sem consentimento explícito do usuário. Essa degradação da qualidade pode ser observada nas ferramentas de buscas, as quais possuem incentivos para priorizar a coleta de dados e mostrar no topo da tela os resultados que geram mais receita de anúncios por click, ao invés de fornecer os resultados de pesquisa mais relevantes (KIRA; COUTINHO, 2021).

Diante disso, é imprescindível que, o escopo da coleta de dados, na medida em que afeta a privacidade do consumidor, seja observado como uma medida de qualidade do produto. Sendo assim, uma diminuição unilateral no controle do usuário sobre os dados pode ser considerada uma degradação da qualidade do produto, resultando em um dano potencial e em prejuízos poupáveis (KIRA; COUTINHO, 2021).

Não obstante, reconhecer a natureza multifacetada do bem-estar do consumidor para além

10 Ver: Statement Of The EDPB on the data protection impacts of economic concentration. Disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf



da eficiência econômica e a relevância das estruturas de mercado para a promoção do processo competitivo não significa ampliar de forma indesejável ou atribuir excessivo subjetivismo às funções do direito antitruste, mas, sim, compreender o uso de dados como fonte de exercício do poder econômico, o que, repita-se, encontra amparo na Constituição brasileira e na Lei 12.529/2011.

Em circunstâncias nas quais a degradação da privacidade ocorre por meio do exercício do poder de mercado, há uma justificativa legítima para as autoridades de concorrência abordarem a privacidade como uma preocupação antitruste. Se os consumidores valorizam a privacidade como uma característica desejável, a sua redução é análoga a uma redução na qualidade do serviço prestado. Em mercados em que consumidores se preocupam com coleta e uso de seus dados, a proteção da privacidade está relacionada à competição pela qualidade (OCDE, 2016).

Por fim, compreende que as autoridades independentes de proteção de dados podem ajudar na avaliação de tal impacto para o consumidor ou a sociedade em geral, em termos de privacidade, liberdade de expressão e escolha. Essa verificação pode ser integrada à análise realizada pelas autoridades da concorrência.

Diante disso, para aqueles que sustentam que o objetivo único do direito da concorrência seja a maximização do bem-estar do consumidor, este não deve ser compreendido apenas sob a ótica do preço, sendo necessária a inclusão de outros aspectos que compõem a proteção do consumidor. Tal raciocínio torna-se ainda mais imperioso em se tratando dos dados pessoais, diante da importância destes para os usuários e dos sérios impactos que poderão trazer para as suas vidas e para a vida em sociedade (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar a necessidade de evolução do direito da concorrência diante da extensão do poder econômico decorrente do mercado baseado em dados, com amparo na atual lei antitruste brasileira, cuja interpretação deve ser ampliada.

Com o processamento de uma grande quantidade de dados pessoais baseados no comportamento e a conseqüente extração de informações sensíveis, a vigilância dos usuários é uma característica intrínseca à economia movida a dados. Nessa condição, agentes econômicos tendem a utilizar vantagens competitivas advindas do manejo de dados para reforçar sua posição dominante e, muitas vezes, monopolista.

Observou-se, quanto às plataformas digitais, a tendência de um mercado resistente a entrada de novos concorrentes e ao estímulo a inovação, o que resulta na intensificação de concentrações de mercado e de barreiras às entradas com distorções para além do preço, alcançando a privacidade e autodeterminação dos consumidores. Por essa razão, é necessário efetuar uma análise adequada sobre a possibilidade de as grandes plataformas digitais utilizarem o poder de informação que possuem para alcançar objetivos e interesses próprios, em detrimento da proteção e bem-estar do consumidor.

Diante da complexidade da problemática, o direito da concorrência não pode abrir mão do seu papel de intervir nas questões em que a utilização dos dados leve a abusos de posição dominante ou a concentrações injustificáveis.

Demonstrou-se que a Lei 12.529/2011 tem por finalidade, além da proteção da livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico contra o consumidor, protegendo-o contra agentes dominantes, nos exatos termos do que estabelece a Constituição de 1988, nosso diferendo da lei americana que visa à tutela da concorrência, o que resta expresso no art. 36, caput e incisos, especialmente o inciso III.

Trata-se, portanto, de uma questão que exige atuação conjunta e convergente entre direito da concorrência e da proteção de dados, inclusive para efeitos da necessária readequação da interpretação e da metodologia do primeiro e da construção de caminhos para uma atuação harmoniosa entre as respectivas autoridades. Daí a importância de se considerar a privacidade, a proteção de dados e a concorrência conjuntamente, tendo em vista a harmonia e a unidade que se espera do sistema jurídico como um todo.

Finalmente, cumpre ressaltar que a noção de bem-estar do consumidor está além do aspecto preço. A partir do reconhecimento de que os dados são fontes de poder econômico, é necessária a superação do reducionismo da Escola de Chicago, incluindo a tutela do próprio processo competitivo com a proteção do consumidor em relação à inovação, qualidade e diversidade.

REFERÊNCIAS

BAQUEIRO, Paula. **Competição, inovação e antitruste na Nova Economia: novas dinâmicas competitivas e a necessidade de revisitação dos pressupostos analíticos do direito da concorrência**. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). *Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BAGNOLI, Vicente. Designing competition policy in digital markets for developing economies: How the EU can contribute with the digital markets act and digital services act. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 133-158, 2021.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **O constitucionalismo social: a constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico**. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2JEWHiA>. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; Heike, SCHWEITZER. **Competition Policy for the digital era**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3E7hcwe>. Acesso em: 29 mar. 2022. E-book.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. eDistorcions: how data-opolies are dissipating the internet's



potential. In: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital Platforms and Concentration**. Chicago: Chicago Booth School of Business, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3jwEYIx>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 5-7. [recurso eletrônico].

FERNANDES, Víctor Oliveira; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 535-552.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: Pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Diálogo entre o direito da concorrência e a regulação de dados. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3KF9LyR>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: **O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

KAHN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Yale, v. 126, n. 710, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3xtFiQr>. Acesso em: 24 jan. 2022.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: Novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 82-103, 2021.

KOURY, Suzy Cavalcante. **O princípio da economicidade na obra de Washington Peluso Albino de Souza**. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. especial em memória do prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 445-463, 2013.

MAZZUCATO, Mariana. O valor de tudo: Produção e apropriação na economia global. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020

MOURÃO, Carlos; NOVAIS, Leandro. A proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 31-53, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xjLLHk>. Acesso em: 24 jan. 2022.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Big Data**: Bringing Competition Policy to the Digital Era. [S. l.]: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PASQUALE, Frank. **The Black Box society**: The secret algorithms that control Money and information. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allan P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TURGOT, Claire. Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 5, n 2, p. 112-121, 2021.

WU, Tim. The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads. Nova Iorque: Knopf, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

LIS ARRAIS OLIVEIRA

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft) e participação ativa nas discussões dos resultados (validation).

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

KOURY, Suzy; OLIVEIRA, Lia Arrais. Novos Rumos do Direito da Concorrência: O Controle do Monopólio e a Proteção ao Consumidor na Economia de Dados Pessoais com base na Lei 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 87-108, 2022. **DOI**: <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.970>. Disponível em: . Acesso em: dia mês. ano

