4. ANTITRUSTE E PRIVACIDADE

Daniel Favoretto Rocha
Marina Chakmati

INTRODUÇÃO

No contexto das preocupações envolvendo o conflito de valores entre a proteção à intimidade e a livre concorrência, a questão da privacidade ganha destaque. Não bastasse a complexidade dessa análise por si só, o direito da concorrência está atualmente diante de um novo desafio: lidar com os mercados digitais, onde questões de privacidade são cada vez mais presentes.

Dentre as características dos mercados digitais, citam-se a geração, a transferência e o processamento de dados em volumes expressivos. A coleta desses dados pode ser feita de forma consentida ou não pelo internauta.

Fato é que, muitas vezes, os dados de natureza pessoal acabam sendo coletados mesmo sem a anuência expressa do usuário, gerando desconforto e vulnerabilidade em relação à privacidade e à intimidade do indivíduo. Mesmo quando há consentimento, ele muitas vezes não é completamente informado, pois se trata apenas de um aspecto adicional na aceitação de termos de uso bastante detalhados e longos.

Em que pese essa coleta abrangente de dados, com possíveis implicações à esfera privada e íntima do usuário, tais informações têm sido capazes de gerar grande valor econômico a muitos negócios, o que revela o valor dos dados nesses mercados.

Até pouco tempo atrás, a forma encontrada pelas empresas para coletar informações era solicitar que seus clientes preenchessem simples formulários de cadastro, que contavam com determinadas informações pessoais. Contudo, com o surgimento da internet, isto é, essa rede de computadores conectados por todo o mundo, que troca dados e mensagens utilizando um protocolo comum, a coleta de dados ocorre em

atividades triviais¹ e, na maioria das vezes, sem o conhecimento expreso e informado do titular desses dados.

Esse assunto veio à tona com mais intensidade recentemente, em razão do episódio de uso indevido de dados pelo Facebook e pela Cambridge Analytica,² bem como, em menor grau de repercussão e de relação com atividade empresarial, em razão da divulgação do escândalo de dados por WikiLeaks e, mais tarde, por Edward Snowden. Esses casos, em maior ou menor grau, contribuíram para que hoje se dê maior atenção ao uso de dados por agentes do mercado.³

O tráfego de dados tenderá a ser ainda maior nos próximos anos, ante a gradual implementação da chamada internet das coisas (IdC) (*internet of things* [IoT]), que consiste na rede de objetos e dispositivos interligados para cumprir a função de facilitação das atividades cotidianas das pessoas.⁴ Daí advêm os projetos de cidades inteligentes e de digitalização de

- 1 MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. p. 7. Disponível em: http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20312/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Aluna_Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro_Mestrado%20em%20Direito%20da%20Regula%C3%A7%C3%A3o_19.02.2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 maio 2020.
- 2 Para saber mais, ler: CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 9 maio 2020.
- 3 Sobre esse assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Big data* entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência”, de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Bruno Polonio Renzetti, a respeito da inter-relação entre *big data*, privacidade e defesa da concorrência.
- 4 Pereira Neto *et al.* definem internet das coisas como “a expressão que busca designar todo um conjunto de novos serviços e dispositivos que reúnem ao menos três elementos: conectividade, uso de sensores/atuadores, e capacidade computacional de processamento e armazenamento de dados” (PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel;

bens domésticos,⁵ dentre vários outros. Com isso, as preocupações de privacidade e uso de dados serão ainda maiores.

No cotidiano, enquanto cidadãos se locomovem em um centro urbano, eles se deparam com diversos dispositivos tecnológicos capazes de registrar suas exatas localizações e comportamentos, como câmeras de segurança, veículos elétricos compartilhados e *smartphones*.

Por meio de algoritmos específicos, uma simples pesquisa na plataforma de buscas do Google ou uma “curtida” em um comentário no Facebook, por exemplo, são suficientes para dar ensejo a um cruzamento de dados sobre o indivíduo, capaz de gerar uma quantidade relevante de informações sobre a pessoa. Essa atividade vem contribuindo para a agregação e processamento de um volume cada vez maior de dados, gerando o fenômeno comumente denominado *big data*.

Do ponto de vista concorrencial, essa coleta e processamento de dados pode despertar mais atenção quando a empresa responsável detiver posição dominante no mercado,⁶ em razão de possíveis impactos à concorrência.

ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018).

- 5 Para saber sobre projetos relacionados à internet das coisas, ver PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel; ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018. Ver, também: DONEDA, Danilo. Um panorama de proteção de dados para as cidades inteligentes. *Jota*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-panorama-de-protecao-de-dados-para-as-cidades-inteligentes-04072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- 6 Segundo o art. 36, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, presume-se a posição dominante da empresa quando esta detiver participação de mercado igual ou maior a 20% ou, ainda, conforme indicado no *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, do Cade, quando a empresa integrar as quatro maiores empresas do mercado e, conjuntamente, detiverem 75% ou mais do mercado relevante.

Com a redução no custo de coleta, transmissão, armazenamento e processamento de dados, a tendência é que um número cada vez maior de empresas utilize maior quantidade de dados para auxiliá-las na oferta de bens e serviços. Isso demonstra que, embora a tecnologia e as plataformas digitais tenham criado novos mercados, mercados tradicionais também incorporam a lógica de coleta e processamento de dados para obter vantagem competitiva.

Esse é o objeto deste capítulo, que analisa a relação entre privacidade e antitruste. O capítulo possui dois escopos: (i) mapear o debate internacional a respeito da relação entre privacidade e antitruste, apontando para diferentes interpretações que a comunidade jurídica está dando aos impactos das plataformas digitais sobre a concorrência; e (ii) identificar qual a intersecção entre privacidade e antitruste, separando o que entendemos ser do campo do direito regulatório e o que é do campo da defesa da concorrência.

Três são os principais diagnósticos deste capítulo, que, embora pareçam elementares, são objeto de intensa discussão acadêmica mundo afora e, muitas vezes, passam despercebidos nesse debate.

Primeiro, a particularidade dos mercados digitais é o fato de que dados passam a ser um ativo que confere vantagem competitiva aos agentes que os detêm.⁷

Segundo, a novidade dos mercados digitais, em relação aos mercados tradicionais, é o fato de que as novas tecnologias permitem o acúmulo e processamento de dados em maior quantidade e rapidez e a menor custo. Com essa capacidade tecnológica, passou a ser tecnicamente viável e economicamente racional concorrer por dados pessoais.⁸ Sem essa capacidade tecnológica, o custo de coleta e processamento de dados seria maior,

⁷ Para fins de esclarecimento, entendemos mercados digitais como mercados nos quais o bem ou serviço ofertado é virtual ou possui utilidade em razão de plataforma virtual.

⁸ Apesar da novidade dos mercados digitais, mercados tradicionais tendem, cada vez mais, a incorporar essa lógica a sua dinâmica competitiva, em razão da gradual digitalização das atividades econômicas.

razão pela qual a concorrência entre *players* não teria o foco hoje visto em dados pessoais. Além disso, a dinâmica entre os *players* desses mercados faz com que muitos deles dependam dos chamados efeitos de rede⁹ (*network effects*) para se manterem competitivos, o que pode servir como uma barreira à entrada dos *players* que não alcançam uma massa crítica mínima.

Terceiro, o campo da defesa da concorrência deve analisar essa dinâmica essencialmente sob a perspectiva de eficiência econômica e da vantagem competitiva.

A privacidade, por si só, embora seja de extrema relevância jurídica, deve ser uma preocupação primordial da autoridade regulatória competente, não da autoridade antitruste. Ainda que haja intersecção entre privacidade e concorrência e que possa ser desejável que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) atue em casos nos quais a privacidade se apresenta como diferencial competitivo não preço, enfrentar problemas de privacidade que não alteram a concorrência extrapola os fins do antitruste e a competência, no caso, do Cade. Com o que discutiremos neste capítulo, essa diferenciação ficará um pouco mais clara.

Para tanto, o capítulo foi dividido em três tópicos centrais, além da presente introdução e da conclusão, ao final. O primeiro tópico será um mapeamento do debate internacional existente hoje, que discute a relação entre privacidade e antitruste. Nesse debate, há diferentes posições a respeito do assunto, permitindo entender diferentes perspectivas sobre o objeto deste capítulo. O segundo tópico será um aprofundamento dessa relação, com base em *leading cases* de jurisdições estrangeiras. Por fim, o terceiro tópico trará esse debate ao Brasil, identificando as poucas ocasiões nas quais o Cade abordou mais diretamente a intersecção entre privacidade e defesa da concorrência.

9 Os efeitos de rede surgem quando um produto ou serviço é valorizado em razão de um aumento em seu uso por outras pessoas. Ou seja, o produto ou serviço torna-se mais atraente e útil ao consumidor, na medida em que mais usuários aderem ao seu uso.

4.1 | **DO PANORAMA INTERNACIONAL ENVOLVENDO A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

Tendo em vista o valor expressivo atribuído aos dados no contexto de mercados digitais, discute-se em que medida grandes quantidades de dados confeririam a certas companhias uma vantagem competitiva ilegítima em relação a seus concorrentes.

Neste tópico, faremos um breve mapeamento do atual debate internacional que trata da relação entre privacidade e antitruste. A utilidade desse mapeamento, além de permitir que o leitor tenha acesso a esse debate, será a discussão dos dilemas da intersecção entre privacidade e a defesa da concorrência, a ser aprofundada nos tópicos seguintes.

Ao apresentar as diversas posições adotadas na comunidade jurídica internacional (acadêmicos, advogados e *policy makers*),¹⁰ este tópico já articulará os conceitos relacionados à referida intersecção.

Após pesquisa sobre o assunto, foi possível constatar os seguintes aspectos desse debate. Primeiro, a discussão sobre privacidade e concorrência não está restrita à comunidade jurídica, pois entre os autores e debatedores desse tema há, também, economistas e administradores, não apenas juristas.¹¹ É um assunto, portanto, que está sendo explorado sob diversas perspectivas e em diversos campos de estudo.

Um segundo aspecto é que o caminho percorrido pela literatura especializada, até chegar ao debate atual sobre a intersecção entre privacidade e antitruste, não vem de muito longe. Apenas recentemente esse assunto pautou a agenda de parcela significativa da comunidade jurídica, provavelmente em razão da velocidade com que esses mercados se desenvolveram e da natureza recente dos casos e projetos mencionados na introdução deste capítulo.

¹⁰ Cabe fazer um esclarecimento. Sobre o mapeamento feito neste tópico, vale esclarecer que, embora tenhamos recorrido a fontes e autores da comunidade de economistas, seus entendimentos podem ser estendidos à comunidade jurídica, em razão do constante diálogo entre ambos os grupos e do esparso uso da literatura econômica no direito antitruste.

¹¹ Exemplos de personalidades que já trataram desse assunto e que possuem formação em áreas diversas da jurídica são Brian Kahin e Shankar Iyer.

A relação entre privacidade e antitruste somente passou a ser objeto de debate após a dinâmica competitiva dos mercados digitais ser mais compreendida, destacadamente a importância dos dados para esses mercados. O estudo desses mercados se dava, há uma década, no âmbito de trabalhos acadêmicos pontuais,¹² até ser objeto de um debate mais difundido, conforme se pode concluir da conhecida publicação no jornal *The Economist*, em 2017.¹³

A ascensão desse tema na comunidade antitruste extrapola o ambiente acadêmico e pode ser notada, também, na atuação de autoridades de diversas jurisdições ao redor do mundo, que, recentemente, promoveram investigações contra grandes empresas de tecnologia – e.g., a investigação da *Bundeskartellamt* contra o Facebook, na Alemanha,¹⁴ e as investigações promovidas pela Comissão Europeia¹⁵ e pela *Federal Trade Commission* (FTC)¹⁶ contra o Google.

O terceiro aspecto é que, nesse debate, ainda há pouca produção científica ou acadêmica advinda do Brasil, sendo claramente predominante o

¹² Cita-se como exemplo: PICKER, Randal C. Competition and privacy in Web 2.0 and the cloud. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 103, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/125/. Acesso em: 9 maio 2020.

¹³ The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹⁴ Para saber mais, ver: BUNDESKARTELLAMT. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁵ Para saber mais, ver: COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. 27 jun. 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁶ Para saber mais, ver: <https://www.ftc.gov/public-statements/2015/03/statement-chairwoman-edith-ramirez-commissioners-julie-brill-maureen-k>. Acesso em: 9 maio 2020.

engajamento de interlocutores de outros países, incluindo Estados Unidos, Índia, Inglaterra e Alemanha. Não à toa, há relativamente poucos materiais sobre o assunto em português, ainda menos de origem brasileira.

Essa situação tende a mudar, em razão, por exemplo, das recentes investigações do Cade sobre grandes empresas de tecnologia¹⁷ e da recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁸ (Lei n. 13.709/2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fomentará esse debate, pois pode trazer impactos positivos e negativos à concorrência.¹⁹ Não cabe detalhar os motivos, por extrapolar o escopo deste capítulo, mas cabe apontar exemplos desses possíveis impactos concorrenciais, como (i) as exigências de infraestrutura de proteção a dados pessoais, podendo elevar as barreiras à entrada de novos concorrentes, (ii) o maior rigor sobre a atuação das incumbentes, grandes empresas de tecnologia; e (iii) o direito dos usuários à portabilidade de dados pessoais, podendo ampliar a competição entre plataformas e/ou reduzir os incentivos à inovação.

De forma simplificada, é possível dividir esse debate internacional em três posições. Uma delas consiste na visão de que o intenso uso de dados é uma questão de privacidade, não devendo ser objeto de qualquer escrutínio antitruste. Em outras palavras, a privacidade seria um campo distante do antitruste, não cabendo aproximá-los.

¹⁷ Citam-se, principalmente, o Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94 e o Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19, cujos representados foram a Google Inc. e a Google Brasil Internet Ltda.

¹⁸ Para saber mais dos potenciais impactos dessa lei, ler: MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. *Jota*, 14 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

¹⁹ Para saber mais sobre o assunto, ver: FRAZÃO, Ana. O alcance da LGPD e repercussões para a atividade empresarial. *Jota*, 5 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-alcance-da-lgpd-e-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-05092018. Acesso em: 11 jan. 2019.

A segunda posição reconhece que há intersecção entre privacidade e antitruste, mas entende que as autoridades de defesa da concorrência devem ser minimalistas sobre o assunto, para evitar a inibição da inovação e uma expansão indevida do mandato original dessas autoridades. Os defensores dessa corrente entendem que a tradicional política antitruste é suficiente para lidar com abusos decorrentes do uso de dados de maneira anticompetitiva, ainda que alguns ajustes na moldura analítica e remédios sejam necessários.

Para tornar esse cenário mais concreto, vale mencionar exemplos de autores que adotam essas primeiras posições. Joe Kennedy defende que as companhias que detêm quantidade expressiva de dados não representam uma ameaça à competição, mas sim uma importante fonte de inovação. A grande quantidade de dados coletados tem sido essencial para fomentar inovações econômicas importantes, incluindo diagnósticos médicos, assistentes digitais e segurança pública.²⁰ Em sua perspectiva, as políticas antitruste deveriam incentivar a coleta de dados por essas companhias, e não limitá-la.²¹

Thomas Lenard segue visão semelhante, entendendo que as gigantes de tecnologia têm grandes bases de dados em razão de terem tido sucesso no mercado, não o contrário. Para ele, restringir o uso de grandes bases de dados seria, basicamente, desencorajar o sucesso normal de mercado.²²

A terceira posição também reconhece que há referida intersecção, mas entende que a abordagem das autoridades antitruste sobre o assunto deve

²⁰ KENNEDY, Joe. The myth of data monopoly: why antitrust concerns about data are overblown. *Information, Technology & Innovation Foundation (ITIF)*, mar. 2017, p. 3.

²¹ Para tanto, o advogado ressalta que dados são bens não rivais, ou seja, o uso dos dados por uma companhia não reduz a quantidade de dados disponíveis para outras. Aqui, referido autor aproxima a natureza dos dados do conceito econômico de bem público, que consiste em um bem cujo consumo não impede o consumo concomitante de terceiros. Cf. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. 3. ed. Tradução: Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 411.

²² TIKU, Nitasha. Digital privacy is making antitrust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 10 maio 2018.

ser mais ativa do que a abordagem atual. Em outras palavras, essa corrente entende que o campo da privacidade e o do antitruste são mais próximos, devendo ser objeto de maior controle antitruste do que se tem atualmente.

Entre os que adotam esse terceiro posicionamento, Stucke e Grunes consideram que o antitruste deveria contemplar as preocupações decorrentes do acúmulo de dados, uma vez que o simples ato de coleta de grandes quantidades de dados permite que a empresa detenha vantagem competitiva ilegítima em relação aos demais concorrentes.²³

Ressalta-se, desde já, que, conforme as posições analisadas *supra*, este capítulo não é o primeiro a identificar que a concorrência pode ir além do preço e se dar no âmbito dos termos de privacidade. Há, nesse debate, autores que argumentam que a privacidade é uma variável competitiva,²⁴ defendendo, portanto, um ponto de convergência entre o campo do antitruste e o campo da privacidade.

4.2 | **DA INTERSECÇÃO ENTRE A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

4.2.1 | **DADOS PESSOAIS COMO ATIVOS QUE CONFEREM VANTAGEM COMPETITIVA**

Em razão do avanço da tecnologia, mercados passaram a acessar mais dados de seus consumidores, com maior frequência e capacidade de armazenamento. Cada curtida ou comentário em uma rede social, cada vídeo assistido *on-line*, cada compra realizada em plataforma de *e-commerce* ou cada busca feita em *site* de busca pode revelar muito sobre o usuário.

²³ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. New York: Oxford University Press, 2016.

²⁴ Ver: BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016. Ver, também: FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, p. 189-219, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.

Por isso, mercados digitais se pautam em um modelo de negócio baseado na individualização da oferta do bem ou serviço ao consumidor (i.e., customização da oferta) e na oferta a preço zero, o que a literatura especializada chama de *zero-price markets* e consiste no fenômeno no qual o consumidor final acessa o bem ofertado a preço zero.²⁵

Embora não seja o foco deste capítulo, é importante notar que o funcionamento de mercados a preço zero se pauta nos dados como ativos: a oferta gratuita do produto ou serviço só é viabilizada em razão dos ganhos que o ofertante tem em usar os dados adquiridos do mercado consumidor.

Seja por meio da comercialização dos dados com terceiros, seja por meio da “locação” de espaços *on-line* destinados à publicidade, o uso de dados permite a essas plataformas ofertarem seus produtos ou serviços a preço reduzido ou gratuito,²⁶ ampliando o acesso de usuários.

Além dessas duas utilidades de dados pessoais a plataformas digitais, dados também têm a função de *inputs* na oferta do produto ou serviço, i.e., maximizam o valor do produto ou serviço ao consumidor, pois tornam seu uso mais customizado e personalizado.²⁷ Exemplo disso é o filtro feito pelo Google²⁸ e pela Amazon, nas buscas realizadas pelo usuário, com base em suas preferências pessoais.

O uso de dados pessoais, ao personalizar e, possivelmente, maximizar a experiência dos usuários *on-line*, pode servir de diferencial competitivo entre ofertantes.

²⁵ Para saber mais sobre o assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Zero-price markets* e seus desafios para a análise concorrencial”, de Marcela Abras Lorenzetti e Antonio Bloch Belizario, a respeito de *zero-price markets*.

²⁶ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 156-157, 2015.

²⁷ BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market as a tool for a case by case analysis at the digital economy: could the EU decision at Facebook/WhatsApp merger have been different? *Ascola Conference*, 6 nov. 2017, p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁸ Para saber mais sobre os filtros do Google, ver: GRIMMELMANN, James. The Google dilemma. *New York Law School Law Review*, v. 53, p. 939-950, 2009.

Por esses motivos, dados são ativos que conferem vantagem competitiva aos agentes desses mercados. Esta é a primeira intersecção entre privacidade e antitruste: a proteção de dados pessoais (privacidade) pode entrar em conflito com os interesses econômicos dos agentes que competem no mercado, pois o direito à privacidade pode limitar acesso a dados pessoais, que hoje são ativos competitivamente relevantes.

4.2.2 | PRIVACIDADE COMO VARIÁVEL COMPETITIVA DA OFERTA

Conforme já indicado no item 4.1. acima, a concorrência não se dá apenas no fator preço.²⁹ Em mercados digitais, nos quais dados muitas vezes servem de moeda de troca e, atualmente, os consumidores estão começando a dar mais valor aos seus dados pessoais, a privacidade pode ser objeto da própria concorrência.

A concorrência que pode se manifestar nesse aspecto da oferta é a diferenciação entre termos de uso em que os tratamentos de dados pessoais são estabelecidos. *Sites* que possuem política de privacidade mais rigorosa tendem a obter mais acessos de usuários que valorizam sua respectiva privacidade, ao contrário dos *sites* que exigem mais autorizações de compartilhamento de dados para que o usuário tenha acesso ao serviço e utilizam esses dados de forma menos transparente.

Esta é a segunda intersecção entre privacidade e antitruste: a privacidade é uma variável competitiva. A partir dessa intersecção, seguem alguns pontos de problematização a serem levantados.

A título de exemplo, considere o seguinte exercício hipotético: recentemente, entraram dois *players* no mercado: “Manicure 24 Horas” e “Manicure Já”. Ambos, na forma de aplicativos, prestam serviços relacionados ao

²⁹ Ver: BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016. Ver, também: FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.

agendamento de manicure *on-line* e têm milhões de consumidores ativos em suas redes.

Para ampliar sua fonte de receita, a companhia “Manicure Já” passa a vender os dados de seus clientes (tais como sexo, idade, histórico de agendamento, localização por GPS, etc.) para outras companhias, inclusive para a companhia “Manicure 24 Horas”. Essa prática, adotada conforme os termos de uso previamente aceitos por seus usuários, teria o objetivo de promover propagandas altamente direcionadas.

Um primeiro ponto a ser levantado é se os próprios termos de uso da “Manicure Já” seriam abusivos, ao explorar de forma ilegítima uma posição dominante. Nesse caso, a discussão seria essencialmente de uma conduta exploratória (*exploitative conduct*), em que uma empresa dominante estaria explorando indevidamente seus consumidores. Discussão similar ocorreu no processo administrativo em que a *Bundeskartellamt* (autoridade anti-truste alemã) condenou o Facebook,³⁰ em fevereiro de 2019, tendo sua decisão revertida pela corte de apelações em agosto de 2019. No entanto, vale notar que muitas jurisdições, incluindo Estados Unidos e Brasil, não tratam de condutas puramente exploratórias no âmbito de defesa da concorrência, mas sim em outros microssistemas jurídicos (e.g., direito de defesa do

30 No caso, a autoridade considerou abusiva a prática em que o Facebook coletava dados de seus usuários referentes à atividade destes fora da rede social. Mais especificamente, os dados eram coletados por meio de aplicativos de interface mantidos entre o Facebook e *sites* ou plataformas de terceiros. Após a coleta, o Facebook cruzava esses dados com aqueles coletados em sua própria plataforma, direcionando o conteúdo exposto ao usuário na rede social. A autoridade alemã condenou o Facebook, entendendo tratar-se de abuso de posição dominante, com violação às regras europeias de uso de dados para fins anticompetitivos. Para ver a síntese oficial da decisão, em inglês: BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019. E para ver a declaração do Facebook sobre a condenação: CUNNANE, Yvonne; SHANBHAG, Nikhil. Why we disagree with the Bundeskartellamt. *Facebook*, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2019/02/bundeskartellamt-order/>. Acesso em: 14 jun. 2019.

consumidor). Ainda na situação hipotética relatada, suponha-se que, com o passar do tempo, os consumidores do aplicativo “Manicure Já” passem a se queixar da venda de seus dados a outras companhias, com base na violação de privacidade perpetrada pela companhia.

Nesse contexto, um acordo firmado entre as duas companhias, com o objetivo de estabelecer restrições à coleta e ao uso de dados dos usuários, pode gerar impactos tanto na esfera da privacidade quanto na esfera da concorrência. Aqui, temos outros pontos de problematização, ainda objeto de debate entre diferentes posições.

Por um lado, esse acordo poderia ser interpretado como anticompetitivo pelos seguintes motivos. Ao concordarem termos de uso e níveis de proteção à privacidade aos seus usuários, as empresas poderiam estar diminuindo a concorrência no quesito privacidade, uma variável competitiva de oferta, como indicado *supra*.

Além disso, ao restringir o uso de dados, essa coordenação entre as concorrentes “Manicure Já” e “Manicure 24 Horas” poderia desincentivar a inovação ou, ainda, implicar a troca de informações sensíveis, quais sejam, informações sobre a estrutura de dados da concorrente.

Questiona-se, ainda, se esse acordo poderia aumentar as barreiras à entrada nesse mercado, caso essas duas empresas sejam dominantes. Supondo que novas plataformas entrassem nesse mercado com o objetivo de gerar receita por meio da propaganda, o acordo previamente firmado entre as concorrentes, que proibisse o trânsito de dados entre companhias para o uso em propagandas, consistiria em uma barreira à entrada desses *players*, os quais não conseguiriam desenvolver suas plataformas.

Esse exemplo ilustra a complexidade da intersecção entre privacidade e antitruste e a dificuldade de dar qualquer resposta unívoca que esgote o assunto. Por exemplo, uma suposta coordenação entre companhias, que seria desejável em termos de proteção à privacidade, poderia ser prejudicial à concorrência. Nesse sentido, a pergunta é: de que forma a política antitruste deve endereçar essas questões?

Considerando que a política antitruste se interessa por outros elementos envolvidos no ambiente competitivo que não só o elemento preço, um acordo entre companhias sobre a privacidade dos usuários levantaria preocupações. A título de exemplo, a FTC já interferiu em acordo firmado por

concessionárias em não abrir aos sábados,³¹ o que demonstra o interesse da autoridade por temas relacionados, mas não restritos ao preço.

Considerando que um dos critérios de verificação dos efeitos anticompetitivos de dada conduta é o prejuízo que esta acarretou sobre o bem-estar do consumidor,³² haveria patente intersecção entre privacidade e antitruste se a privacidade fosse considerada um elemento de qualidade do produto ofertado e, portanto, influente no critério de averiguação do bem-estar do consumidor.

Tendo em vista todas as reflexões suscitadas acima, verifica-se que a privacidade pode gerar questões difíceis para as autoridades concorrenciais. O bem-estar do consumidor, sob uma perspectiva puramente econômica, difere das discussões de vulnerabilidade da ótica contratual,³³ mas a interface entre as duas perspectivas tem trazido novos desafios, como demonstra a discussão sobre o Facebook na Alemanha.

4.2.3 | USO DA POLÍTICA ANTITRUSTE PARA COIBIR VIOLAÇÕES À PRIVACIDADE E SEUS LIMITES

O terceiro e último ponto de intersecção entre privacidade e antitruste é o valor que determinado sistema jurídico dá à privacidade, permitindo (ou não) que o direito da concorrência seja utilizado para tutelar esse bem jurídico.

Conforme explica Filippo Lancieri,³⁴ ao comparar os sistemas europeu e estadunidense, a depender de quanto determinada sociedade valora a

³¹ Veja: FTC. *Detroit Auto Dealers Association v. FTC*, 955 F.2d 457 (6th Cir. 1992).

³² Além de ser um critério amplamente utilizado por diversas jurisdições estrangeiras, cabe trazer aqui, como demonstração de seu uso na jurisprudência do Cade, o voto-relator do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 (j. 22/03/2016), e o voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro, no Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15 (j. 23/02/2017).

³³ Sobre o assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Big data* entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência”, de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Bruno Polonio Renzetti.

³⁴ LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 13-14, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.

privacidade como bem jurídico a ser tutelado, a autoridade antitruste pode se legitimar para fiscalizar com maior rigor as grandes empresas de tecnologia e, com isso, abordar casos de violação à privacidade, construindo uma visão mais ampla da inter-relação entre privacidade e concorrência.

Tendo essas intersecções em mente, não é à toa que o tratamento da privacidade pode alterar a dinâmica competitiva dos agentes que competem no mercado. Os direitos à privacidade dos usuários e, até mesmo, de terceiros que não sejam usuários diretos podem servir de limites às decisões econômicas dos *players* do mercado.³⁵ Por meio do direito, alteram-se as regras do jogo de mercado.

Por fim, importante notar que o exemplo do acordo horizontal descrito no item 4.2.2 acima foi utilizado para ilustrar uma situação hipotética na qual o tema privacidade poderia interessar ao antitruste. Contudo, há outros exemplos que envolvem o mesmo tema e que despertam igual interesse ao antitruste. Vale abordar alguns exemplos concretos.

4.2.3.1 | *Google/DoubleClick*³⁶

A decisão do Google em adquirir o DoubleClick, em 2007, possibilitou que a FTC estudasse, publicamente, pela primeira vez, a intersecção da política antitruste com a privacidade.³⁷ A operação foi aprovada sem restrições tanto pela FTC quanto pela Comissão Europeia. Foi levantada a preocupação

³⁵ “By regulating a key input, data protection policies shape data markets. Limits on data gathering, processing and use established by regulations outline the framework in which companies operate, develop new products and compete to attract demand, among others” (LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018).

³⁶ Google e Double Click. FTC. Caso: 071-0170, 20 dez. 2007.

³⁷ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

de que a combinação de dados das partes envolvidas na operação poderia gerar distorções competitivas. Nesse sentido, entendeu-se, também, que os dados poderiam conferir ao serviço AdSense do Google vantagem competitiva em relação a serviços rivais.

Por mais que a FTC tenha reconhecido que não se pode atribuir um preço à privacidade, o que representaria uma dimensão não preço da competição, também entendeu que a política antitruste não permite que uma operação seja reprovada simplesmente com base na proteção da privacidade.

Não obstante a operação tenha sido aprovada sem restrições por quatro conselheiros, a Conselheira da FTC, Pamela Jones Harbour, proferiu voto contrário ao proferido por seus colegas, levantando preocupações justamente na interface entre concorrência e privacidade. Em primeiro lugar, a Conselheira argumentou que o resultado da análise não endereçou de modo adequado nem os interesses competitivos da sociedade, nem os interesses relacionados à privacidade dos consumidores.³⁸

De acordo com Harbour, a operação não estaria apenas concretizando a combinação dos produtos e serviços do Google e da DoubleClick, mas também representaria a combinação de quantidade elevada de dados sobre o comportamento dos consumidores na internet, reunidos por ambas as companhias. Dessa forma, a Conselheira temia que a companhia criada como resultado da operação fosse capaz de dominar a *database of intentions*.³⁹

³⁸ FTC. Google/DoubleClick. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170. p. 9.

³⁹ O conceito de *database of intentions* foi descrito pela primeira vez por John Battelle como o resultado agregado de todas as buscas feitas, todas as listas de resultados obtidas e todo o caminho percorrido na internet. Nesse sentido, essa base de dados representa todas as necessidades, os desejos e as vontades que podem ser descobertos, arquivados e explorados por vários propósitos. Além disso, é certo que essa base de dados, nunca antes existente, só tende a aumentar. Battelle alerta que, apesar de essa base de dados permitir que, cada vez mais, a sociedade possa se conhecer, também há um risco de que seja manipulada de modo abusivo (BATTELLE, John. *The database of intentions*. *Jonh Battelle's*

Além disso, ainda segundo a Conselheira, os efeitos de rede auxiliariam na consolidação da posição de dominância da nova companhia, na medida em que os dados da DoubleClick, adquiridos pelo Google, seriam supostamente utilizados pela nova companhia, o que, conseqüentemente, iria aumentar os efeitos de rede, que já são relevantes para a DoubleClick e o Google.

Dessa forma, a aquisição de dados adicionais seria importante para o antitruste na medida em que elevaria a posição de dominância da nova companhia resultante da fusão.

Assim, num posicionamento polêmico, Harbour conclui que, muito embora pudesse gerar eficiências, no geral, a operação seria mais prejudicial do que benéfica ao mercado. Além disso, a operação aprovada sem restrições poderia ser uma ameaça à privacidade dos usuários.

Nesse sentido, ainda segundo o voto divergente da Conselheira, como autoridade que detém competência tanto para analisar aspectos concorrenciais quanto para analisar aspectos gerais referentes à defesa do consumidor, a FTC seria capaz de rever uma ampla gama de práticas negociais. Portanto, a autoridade deveria ter endereçado sua missão complementar de proteger tanto a concorrência quanto o consumidor ao analisar a fusão envolvendo a DoubleClick e o Google.⁴⁰

A posição da Conselheira Harbour, apesar de ilustrar preocupações na interface entre concorrência e privacidade, foi isolada no Conselho da FTC. Prevaleceu a visão de que, sem claras evidências de que a operação traria algum impacto anticompetitivo ao mercado, a autoridade deveria aprová-la sem restrições, o que de fato ocorreu por ampla maioria.

Essa posição mais cautelosa de separação entre preocupações concorrenciais e de privacidade foi defendida, por exemplo, por Maureen Ohlhausen, que posteriormente tornou-se Conselheira do Órgão. Nesse sentido, em

Searchblog, 13 nov. 2003. Disponível em: https://battellemedia.com/archives/2003/11/the_database_of_intentions. Acesso em: 13 jul. 2018).

⁴⁰ FTC. Google/DoubleClick. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170. p. 13.

artigo sobre o tema, a Conselheira alertou que a privacidade deve ter algum papel na análise antitruste, mas este deve estar alinhado aos objetivos da concorrência (i.e., promover eficiência econômica e ampliar o bem-estar do consumidor).⁴¹ Dessa forma, o antitruste não deve ser utilizado como panaceia para endereçar as questões associadas à privacidade.

4.2.3.2 | *Facebook*⁴²

Sob a perspectiva europeia, o caso Facebook,⁴³ em análise pela autoridade antitruste alemã (i.e., *Bundeskartellamt*), merece destaque na medida em que suscitou discussões relevantes envolvendo a intersecção da política antitruste com a privacidade. Em meio a escândalos referentes a vazamento de dados, o órgão alemão demonstrou preocupação, sobretudo na forma como o Facebook adquire dados pessoais a partir de aplicativos de terceiros.⁴⁴

A autoridade sustenta que o Facebook estaria abusando de sua posição dominante ao coletar, reunir e utilizar os dados dos usuários do modo como vem fazendo. Até o momento, para que tenham acesso à plataforma, o Facebook exige que seus usuários concordem com os termos e condições impostos pela companhia, os quais autorizam que o Facebook colete dados diversos (em ambientes externos à plataforma) para uso na conta do respec-

⁴¹ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 36. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

⁴² CoStar Group, Inc., Lonestar Acquisition Sub, Inc., e LoopNet, Inc. FTC. Caso: 111 0172, 30 ago. 2012.

⁴³ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDAC C6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁴ 540 milhões de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon. *GI*, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

tivo usuário.⁴⁵

Ou seja, as disposições amplas contidas no regulamento do Facebook autorizam que a companhia colete dados em (i) seu próprio *site*; (ii) plataformas detidas pelo Facebook (tais como WhatsApp e Instagram); e, ainda, (iii) plataformas de terceiros. Os dados reunidos são, na sequência, combinados com as contas dos usuários conectados ao Facebook.⁴⁶

Com base em tais disposições, o Facebook vem coletando dados pessoais em larga escala. O maior problema identificado pela *Bundeskartellamt*, contudo, consiste no fato de que a conduta até então praticada pelo Facebook não contava com o consentimento voluntário dos usuários. O conceito de consentimento voluntário estaria associado à ideia de que o simples uso dos serviços do Facebook (i.e., o acesso à plataforma da companhia) não poderia estar condicionado ao consentimento do usuário para que os dados fossem coletados e combinados dessa maneira.

A autoridade argumentou, então, que a plataforma estaria abusando de sua posição dominante ao condicionar o acesso do usuário à concordância com as disposições referentes à coleta de dados. Dessa forma, em um primeiro momento, decidiu-se que (i) o Facebook teria autorização para continuar coletando dados das plataformas detidas pela companhia, mas não para combinar tais dados com as contas dos usuários, a menos que houvesse consentimento voluntário nesse sentido; e (ii) o Facebook só poderia coletar dados de plataformas terceiras e combiná-los às contas dos usuários caso houvesse consentimento voluntário nesse sentido.⁴⁷

⁴⁵ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁶ 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: 9 maio 2020.

⁴⁷ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em:

Contudo, em decisão polêmica, a Corte Superior de Düsseldorf (“Corte Superior”) adotou postura veementemente contrária àquela manifestada pela *Bundeskartellamt*, de forma que reverteu a decisão inicialmente proferida.⁴⁸ Na ocasião, a Corte Superior criticou a decisão da *Bundeskartellamt* e declarou que a prática perpetrada pelo Facebook não configurava conduta anticompetitiva.

Dentre os fundamentos para tanto, a Corte Superior, ao contrário da *Bundeskartellamt*, argumentou que o usuário teria plenas condições de decidir, de forma autônoma e independente, em que medida as vantagens de se conectar a uma rede social, sem custo e financiada por publicidade, superaria as consequências do uso de dados pela rede social, de forma que a coleta de dados não estaria associada a eventual conduta anticompetitiva.

Além disso, a Corte Superior rejeitou a ideia – defendida pela *Bundeskartellamt* – de que existiria nexo causal entre a posição de mercado dominante exercida pelo Facebook e a possível violação à lei de proteção de dados.

Nesse sentido, as conclusões alcançadas pelas diferentes autoridades foram conflitantes, pois a Corte Superior questionou a legalidade da decisão proferida pela *Bundeskartellamt*. Inclusive, trecho da decisão proferida pela Corte Superior declara que “nem toda desvantagem econômica causada a outra companhia constitui um obstáculo do ponto de vista do direito antitruste”.⁴⁹

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDAC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁸ ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁴⁹ ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. p. 28 (tradução livre). Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

Dessa forma, é evidente que a Corte Superior identifica um claro limite de aplicação do direito antitruste no que diz respeito a casos que envolvam o direito à privacidade, sinalizando que muitas das supostas preocupações levantadas pela *Bundeskartellamt* não estariam contempladas pelo escopo de atuação da autoridade e, conseqüentemente, do direito antitruste.

Logo, ainda que, em um primeiro momento, a decisão da *Bundeskartellamt* tenha indicado que a autoridade poderia estar intensificando suas intervenções em mercados tecnológicos, a Corte Superior considerou a abordagem da *Bundeskartellamt* excessivamente paternalista.

Nesse contexto, recentemente, o Ministro da Economia alemão, Peter Altmaier, finalizou proposta legislativa com o objetivo de alterar a legislação antitruste do país.⁵⁰ Idealmente, a proposta pretende estabelecer parâmetros de atuação mais claros às plataformas dominantes e, ao mesmo tempo, promover oportunidades de inovação às companhias, além de esclarecer questões relativas ao tratamento de dados. Ou seja, seguindo a normatização do tema, a tendência é que a autoridade da concorrência alemã seja mais cautelosa na análise de atos de concentração que envolvam questões de privacidade.

Fato é que a repercussão do caso Facebook serve para demonstrar que o desafio, no contexto de mercados tecnológicos que envolvam questões de privacidade, é, ainda, identificar em quais casos a intervenção da autoridade antitruste é necessária, e de que forma essa intervenção deve ocorrer.⁵¹

Ainda que não exista resposta para essa discussão, o caso Facebook parece ser, até o momento, um dos maiores exemplos mundiais de tentativa de aplicação do antitruste a um contexto de privacidade. Esse caso é um

⁵⁰ COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI). Germany: regulator finalizes proposed changes in competition. *Competition Policy International*, 8 out. 2019. Disponível em: www.competitionpolicyinternational.com/germany-regulator-finalizes-proposed-changes-in-competition-rules/. Acesso em: 9 maio 2020.

⁵¹ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 38. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

precedente em que se testaram diferentes teses e limites da relação entre proteção de dados e defesa da concorrência, razão pela qual se constatou intenso debate entre instituições que adotaram visões divergentes.

Embora a decisão da Corte Superior tenha se consolidado sobre a decisão da *Bundeskartellamt*, por motivo de hierarquia entre instâncias decisórias, o caso Facebook é um precedente rico para explorar o tema, independentemente da posição que se pretenda defender.

4.3 | **DA RELAÇÃO DO BRASIL COM A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

No âmbito do Brasil, a política antitruste está diretamente atrelada a princípios constitucionais. O art. 170 da Constituição estabelece a livre concorrência⁵² como um dos princípios da ordem econômica.

Nesse sentido, o art. 173, § 4º, da Constituição⁵³ reprime o abuso do poder econômico, com vistas a evitar a eliminação da concorrência no mercado, autorizando que o Estado interfira na liberdade de atuação dos particulares na hipótese de esta representar risco à concorrência no mercado. Dessa forma, em observância ao comando da Constituição, a política antitruste tem como uma de suas principais finalidades preservar a economia aberta e competitiva.

Ocorre que, dentre os inúmeros princípios previstos pela Constituição, protegem-se, também, direitos e garantias fundamentais tais como “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, conforme prevê o seu art. 5º, X.⁵⁴ Assim, observa-se que, apesar de o Estado estar

⁵² “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: [...] IV – livre concorrência;”

⁵³ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

⁵⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se

autorizado a intervir na liberdade de atuação dos particulares em determinadas situações, a própria Constituição limita a interferência do Estado, na medida em que o valor da livre concorrência deve ser sopesado com outros valores constitucionais, tais como a intimidade e a privacidade do indivíduo.

Verifica-se, portanto, que o direito da concorrência não só está inserido em um diálogo com princípios da ordem econômica (promoção do bem-estar social e direito de escolha do consumidor, por exemplo), mas também deve dialogar com os demais princípios constitucionais.

Uma das formas encontradas para propiciar esse diálogo entre princípios constitucionais foi dividir as competências do Estado em diferentes entidades e órgãos públicos, que aplicarão o direito em um contexto de diálogo institucional.

Para o escopo deste capítulo, interessam-nos as competências do Estado relacionadas à privacidade e ao antitruste. O Cade detém competências restritas à defesa da concorrência, nos termos da Constituição e da Lei n. 12.529/2011, além de poder ter seus atos administrativos revistos judicialmente.

Essa separação entre competências e matérias jurídicas, entretanto, pode não ser tão fácil de distinguir no caso concreto, em razão das intersecções entre privacidade e antitruste expostas *supra*. Por isso, cabe verificar, a seguir, a experiência do Cade em casos nos quais este tangenciou questões de privacidade.

Por fim, nesse contexto institucional, vale ressaltar a recente criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) e da Medida Provisória n. 869/2018, já aprovada pelo Congresso Nacional. O possível diálogo

aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

entre essa autoridade e o Cade, se houver, será de potencial interesse aos fins deste capítulo.

4.3.1 | TELEFÔNICA/PHORM E OI/PHORM

Ao trazer a discussão para o cenário brasileiro, é importante mencionar a operação aprovada, sem restrições, em 2011, que envolveu a Telefônica Data S.A. e a Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Nessa ocasião, a autoridade antitruste brasileira se manifestou, pela primeira vez, de forma explícita sobre as questões envolvendo a política antitruste e a privacidade.⁵⁵

O caso incluiu manifestações de agentes do setor público, como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), e empresas como Microsoft, Yahoo e Globo.com, as quais opinaram sobre a proteção dos dados dos consumidores. O DPDC trouxe ao conhecimento do Cade o fato de que a Phorm estaria sob investigação por seu *software* “Navegador” desde 2010.

A investigação no âmbito do direito do consumidor teria sido instaurada na medida em que o produto oferecido pela Phorm estaria supostamente possibilitando o monitoramento de consumidores *on-line* brasileiros. Devido às suspeitas de práticas abusivas promovidas pela Phorm, relacionadas à privacidade do consumidor, a operação, no âmbito do Cade, lidou de perto com questões dessa natureza.

Nesse sentido, apesar de o assunto ter sido debatido no âmbito da autarquia, em seu voto, o então Conselheiro Alessandro Octaviani Luis afasta, expressamente, o tema privacidade da competência do Cade:

O primeiro é 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 protegida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor e por outra, pela Constituição que

⁵⁵ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012.

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.⁵⁶

Nessa toada, outros conselheiros, como o então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, também afastaram o tema privacidade da pauta de assuntos que competem ao Cade, na medida em que ele afirmou que “as questões relacionadas à privacidade dos usuários” já estavam sendo tratadas pelo DPDC e, assim, “escapam aos limites da análise antitruste”.⁵⁷

Esse afastamento do tema privacidade é positivo, por um lado, pois demonstra autocontenção do Cade em limitar sua competência legal e não adotar postura ativista, favorecendo seu diálogo institucional com outros órgãos e prevenindo eventuais sobreposições de competência sobre o assunto. No entanto, esse afastamento do tema privacidade pode ter elementos negativos, por outro lado, se representar uma limitação na capacidade de compreender os pontos de intersecção entre privacidade e antitruste,⁵⁸ deixando de lidar com todos os aspectos competitivos envolvidos em casos que abordem a temática da privacidade.

Nesse ponto, uma posição equilibrada parece fundamental, atribuindo ao Cade a liderança no tratamento das questões de privacidade que tenham real impacto sobre a concorrência, mas reconhecendo a competência de outras autoridades (incluindo a Secretaria Nacional do Consumidor [Senacon] e a

⁵⁶ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012. p. 165.

⁵⁷ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012. p. 164.

⁵⁸ Reconhecemos, no entanto, que esse precedente não é suficiente para tirar conclusões definitivas em relação à posição do Cade sobre o assunto, pois é datado de 2011. Cabe aguardar o futuro próximo, quando o Cade, provavelmente, se manifestará sobre o tema.

nova ANPD) para lidar com questões puramente de privacidade, que afetem relações de consumo e direitos individuais.

CONCLUSÃO

Considerando que, de um lado, a privacidade protege dados e limita seu uso por terceiros e, de outro lado, dados são objeto de intensa exploração econômica nos mercados de hoje, há espaço importante de intersecção entre privacidade e antitruste.

A dúvida que mais interfere no *enforcement* da defesa da concorrência e que se nota no debate atual é referente aos limites dessa intersecção. De forma mais específica, há, hoje, uma carência de critérios objetivos para conceituar e averiguar abuso de poder econômico por uso abusivo de dados e quando isso causa distorções na competição. Trata-se de uma constatação, como visto, aplicável a diversas jurisdições, não apenas ao Brasil.

Em busca de auxiliar no esclarecimento da referida dúvida, este capítulo concluiu que a novidade dos mercados digitais, em relação aos mercados tradicionais, é o fato de que as novas tecnologias permitiram um acúmulo e processamento de dados em maior quantidade e rapidez. A particularidade mais relevante dos mercados digitais, para fins de privacidade, está no fato de que dados passaram a ser um ativo que confere importante vantagem competitiva aos agentes que os detêm.

Com isso, identificamos três pontos de intersecção entre privacidade e antitruste, que podem ser sistematizados a seguir:

- (i) A privacidade pode entrar em conflito com os interesses econômicos dos agentes que competem no mercado, pois o direito à privacidade pode limitar o acesso a dados pessoais, ativos concorrencialmente relevantes.
- (ii) A privacidade pode ser considerada uma variável competitiva de qualidade do serviço ou produto ofertado. Consequentemente, eventual cooperação entre concorrentes, em matéria de privacidade, poderia, de um lado, aumentar o bem-estar do consumidor e, de outro lado, configurar uma conduta colusiva.

- (iii) Autoridades antitruste que se encontrem em sistemas altamente protetivos em relação à privacidade tendem a visualizar um espaço de interface maior entre privacidade e defesa da concorrência, mas ainda assim devem estar atentas aos limites de aplicação da lei concorrencial (*vide*, por exemplo, a reversão da decisão da autoridade alemã pela corte de apelações no caso Facebook).

Com essas intersecções, a defesa da concorrência deve estar atenta para o uso de dados no processo competitivo. No entanto, o campo da defesa da concorrência deve analisar essa dinâmica primordialmente sob uma perspectiva de eficiência econômica, buscando evitar distorções no processo concorrencial.

Se os pontos de intersecção entre privacidade e antitruste não estiverem bem compreendidos, há probabilidade de a autoridade antitruste, ao abordar o tema, não se limitar à perspectiva concorrencial e, com isso, exceder sua competência legal, causando atritos com outras instituições do sistema jurídico em que está inserida.

REFERÊNCIAS

540 MILHÕES de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon. *GI*, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market as a tool for a case by case analysis at the digital economy: could the EU decision at Facebook/WhatsApp merger have been different? *Ascola Conference*, 6 nov. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795. Acesso em: 5 maio 2018.

BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016.

BATTELLE, John. The database of intentions. *Jonh Battelle's Searchblog*, 13 nov. 2003. Disponível em: https://battellemedia.com/archives/2003/11/the_database_of_intentions. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin, j. 23/02/2017.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, j. 22/03/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 13 maio 2018.

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: 9 maio 2020.

BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

BUNDESKARTELLAMT. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 9 maio 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. 27 jun. 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI). Germany: regulator final-

- izes proposed changes in competition. *Competition Policy International*, 8 out. 2019. Disponível em: www.competitionpolicyinternational.com/germany-regulator-finalizes-proposed-changes-in-competition-rules/. Acesso em: 9 maio 2020.
- CUNNANE, Yvonne; SHANBHAG, Nikhil. Why we disagree with the Bundeskartellamt. *Facebook*, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2019/02/bundeskartellamt-order/>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- DONEDA, Danilo. Um panorama de proteção de dados para as cidades inteligentes. *Jota*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-panorama-de-protecao-de-dados-para-as-cidades-inteligentes-04072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.
- FRAZÃO, Ana. O alcance da LGPD e repercussões para a atividade empresarial. *Jota*, 5 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=pay-wall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-alcance-da-lgpd-e-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-05092018. Acesso em: 11 jan. 2019.
- FTC. *Detroit Auto Dealers Association v. FTC*, 955 F.2d 457 (6th Cir. 1992).
- FTC. *Google/DoubleClick. Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170.
- FTC. FTC places conditions on CoStar's \$ 860 million acquisition of LoopNet. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/04/ftc-places-conditions-costars-860-million-acquisition-loopnet>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- GRIMMELMANN, James. The Google dilemma. *New York Law School Law Review*, v. 53, 2009.
- KENNEDY, Joe. The myth of data monopoly: why antitrust concerns about data are overblown. *Information, Technology & Innovation Foundation (ITIF)*, mar. 2017.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. 3. ed. Tradução: Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.
- MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de*

concentrações econômicas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20312/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Aluna_Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro_Mestrado%20em%20Direito%20da%20Regula%C3%A7%C3%A3o_19.02.2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 maio 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. *Jota*, 14 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel; ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

PICKER, Randal C. Competition and privacy in Web 2.0 and the cloud. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 103, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/125/. Acesso em: 9 maio 2020.

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

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>. Acesso em: 10 maio 2018.

TIKU, Nitasha. Digital privacy is making antitrust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 10 maio 2018.