

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

MARCUS VINICIUS SILVEIRA DE SÁ

**INTEGRANDO PROTEÇÃO DE DADOS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
REDISCUSSÃO DO PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE E SEU FERRAMENTAL
CLÁSSICO NA ECONOMIA DIGITAL MOVIDA A DADOS**

BRASÍLIA

2023

MARCUS VINICIUS SILVEIRA DE SÁ

**INTEGRANDO PROTEÇÃO DE DADOS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
REDISSCUSSÃO DO PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE E SEU FERRAMENTAL
CLÁSSICO NA ECONOMIA DIGITAL MOVIDA A DADOS**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da professora doutora Miriam Wimmer apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

BRASÍLIA

2023

MARCUS VINICIUS SILVEIRA DE SÁ

**INTEGRANDO PROTEÇÃO DE DADOS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
REDISSCUSSÃO DO PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE E SEU FERRAMENTAL
CLÁSSICO NA ECONOMIA DIGITAL MOVIDA A DADOS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Econômico e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

10 de março de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Orientadora. Dra. Miriam Wimmer
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha mãe, Andressa, meus avós, Celso Tadeu e Elvira Madalena, e meus padrinhos, Vinicius (“Quinquinhos”) e Márcia Regina (“Didá”), por todo apoio e suporte ao longo de toda a minha vida pessoal, profissional e acadêmica. Vocês são os responsáveis por nutrir a minha paixão pela constante busca por novos conhecimentos e por nunca desistir de minhas aspirações. Sem vocês, nada seria possível.

Agradeço especialmente minha esposa Daniela por toda a paciência e companheirismo, tão necessários para o enfrentamento de uma jornada acadêmica naturalmente repleta de desafios. Sua compreensão, amor e carinho foram, e continuam sendo, essenciais para que eu possa, dia após dia, superar todos os obstáculos e conquistar meus sonhos.

Meus sinceros agradecimentos à Carolina Helena pela confiança e por todas as oportunidades e ensinamentos que me foram proporcionados ao longo desses mais de cinco anos de atuação no Cade. O resultado positivo dessa pesquisa é decerto um reflexo de toda essa convivência com uma profissional tão brilhante e compromissada, que muito inspira todos ao seu redor.

Por fim, não poderia deixar de agradecer aos demais colegas de trabalho, especialmente ao Ednei, cujas longas conversas e embates teóricos contribuíram de maneira ímpar para organização e aperfeiçoamento do presente estudo.

*Not all that is gold glitters;
Not all those who wander, or wonder, are lost.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. AS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO RESULTADO DO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA	15
I.1. Aproximação da matéria	15
I.2. Plataformas digitais e mercados de múltiplos lados: definições e conceitos	16
I.3. Características gerais associadas aos mercados de plataformas digitais	19
I.3.1. Efeitos de rede	19
I.3.2. Subsídio cruzado	20
I.3.2.1. Preço-zero	22
I.3.2.2. Relativização do conceito de gratuidade associado à prática de preço-zero	24
I.3.3. Geração, coleta e uso de dados	25
I.3.4. Escala sem massa, baixo custo marginal e economias de escala e escopo	27
I.3.5. Custos de troca	29
I.3.6. Inovação disruptiva	30
I.3.7. Winner takes all ou winner takes most	31
II. O PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE NA PROTEÇÃO DE DADOS	35
II.1. Considerações iniciais	35
II.2. Principais vertentes teóricas	37
II.3. Diferentes autoridades antitruste, diferentes entendimentos	42
III. DESAFIOS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM <i>DATA-DRIVEN MARKETS</i>	50
III.1. A (in)compatibilidade das ferramentas tradicionais à nova realidade	50
III.2. A busca de soluções para os desafios	52
III.2.1. Adaptações ao teste SSNIP	52
III.2.2. Reconsiderações sobre a necessidade de delimitação precisa de mercado relevante e aferição de participação de mercado	58
III.2.3. Maior ênfase na análise de teorias do dano	64
IV. AVALIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE MERCADOS DIGITAIS	67
IV.1. Percurso metodológico	67
IV.2. Síntese dos resultados obtidos	71
IV.3. Os primeiros 10 anos da proteção de dados pessoais no Cade sob a égide da lei nº 12.529/11	74
IV.3.1. Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47 (Bureau de crédito)	74
IV.3.2. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping)	75
IV.3.3. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (Google AdWords)	77
IV.3.4. Inquérito Administrativo nº 08700.005986/2018-66 (Elo/Amex/Visa/Mastercard)	80
IV.3.5. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17 (Linx/Stone)	82
IV.3.6. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61 (Claro/Serasa)	84
IV.3.7. Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72 (Sinch/Wavy)	86
IV.3.8. Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38 (GuiaBolso/Bradesco)	87
IV.3.9. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55 (Hub/Magalu)	91
IV.4. Considerações sobre o estudo de caso realizado: percepção quanto à visão do Cade	94
CONCLUSÕES	97
POSFÁCIO: O QUE ESPERAR DO FUTURO?	103
REFERÊNCIAS	106

RESUMO

O presente trabalho busca rediscutir a aplicabilidade do ferramental antitruste clássico frente à digitalização da economia e a crescente importância de dados para o funcionamento de mercados digitais através da avaliação do papel do direito antitruste na proteção de dados, tanto no que se refere aos seus aspectos teóricos, quanto práticos. Com a digitalização da economia e popularização do modelo de negócios de plataformas, os dados dos usuários tornaram-se importantes *assets* para diversos mercados digitais, sobretudo para aqueles em que praticado preço-zero para um dos lados. Nestes, o fator preço perde espaço como principal variável competitiva, colocando em aparente xeque a efetividade das ferramentas tradicionais de análise antitruste. Nesse contexto, partindo da corrente teórica que sustenta existir uma correlação entre os objetivos almejados pelo direito antitruste e pela disciplina da proteção de dados pessoais, questionou-se (i) se as ferramentas tradicionais do direito antitruste seriam suficientes para analisar os impactos de atos de concentração e condutas restritivas à concorrência em mercados digitais, por serem estas as principais instâncias em que a autoridade antitruste brasileira exerce sua competência legal, bem como (ii) de que forma o Cade estaria lidando, na prática, com o fator privacidade como variável competitiva e avaliando os impactos do controle e acesso à dados em suas análises após a entrada em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência. Para a pesquisa, utilizou-se do método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas por meio de artigos científicos e estudos econômicos. Ademais, foram utilizados estudos econômicos realizados por especialistas e organizações/organismos internacionais, de modo a exemplificar e trazer para mais próximo da realidade do mercado as discussões até então puramente teóricas apresentadas. Para além disso, avaliou-se a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira referente à proteção de dados pessoais em mercados digitais nos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/2011. Como hipótese, ao final parcialmente confirmada, observou-se a impropriedade da aplicação das ferramentas tradicionais avaliadas da maneira como originalmente concebidas, sugerindo a doutrina especializada a sua adaptação quando diante da necessidade de avaliação de um caso concreto ou ainda a prevalência da análise das eventuais teorias do dano sobre a tentativa de aplicação de tal ferramental. Não obstante, embora não tenham sido verificados precedentes em que o Cade tenha aplicado algumas das variações ao teste SSNIP sugeridas pela doutrina, constatou-se que o Cade vem gradativamente, mesmo antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, reconhecendo a importância da proteção de dados e o valor destes para os mercados digitais, por vezes adaptando as ferramentas de análise tradicionais. Especialmente, verificou-se a tendência de uma não utilização de uma estrita definição de mercado relevante e do uso simultâneo de diferentes *proxies* para aferição de poder de mercado.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Proteção de Dados. Mercados Digitais. Plataformas.

ABSTRACT

This paper seeks to discuss the applicability of classical antitrust tools in the digital economy, due to the growing importance of data for digital markets, by evaluating the role of antitrust law in data protection, both in terms of its theoretical and practical aspects. With the digitization of the economy and the popularization of the platform business model, user data has become important assets for several digital markets, especially for those who adopt a zero-pricing strategy. In these markets, the price factor leaves the spotlight as the main competitive variable, putting in apparent check the effectiveness of traditional antitrust analysis tools. In this context, assuming the existence of a correlation between the objectives pursued by the antitrust law and by the personal data protection discipline, we inquired (i) whether the traditional tools of antitrust law would be sufficient to evaluate the impacts of mergers and abuse of dominance conducts in digital markets, since these are the main instances in which the Brazilian antitrust authority exercises its legal competence, as well as (ii) how CADE is dealing, in practice, with privacy as a competitive variable and evaluating the impact of the control and access to data in its analyzes after the entry into force of the current Competition Defense Law. The research adopted a bibliographical survey method, deepening it through scientific articles and economic studies, as well as the data collected in economic studies conducted by specialists and international organizations/organisms, and the results obtained in them, in order to exemplify and bring closer to the market reality the theoretical discussions previously presented. In addition, we analyzed the jurisprudence of the Brazilian antitrust authority regarding the protection of personal data in digital markets in the first 10 years of effectiveness of Law No. 12.529/2011. As a partially confirmed hypothesis, it was observed the impropriety of the application of the traditional tools in the way they were originally conceived, suggesting the specialized doctrine to adapt it when faced with the need to evaluate a concrete case or even the prevalence of the analysis of eventual theories of damage over the attempt to apply such tools. Nevertheless, although no precedent was found in which the Brazilian authority applied any of the variations to the SSNIP test suggested by the doctrine, we observed that CADE has been gradually, even before the Brazilian Personal Data Protection Law entered into force, recognizing the importance of data protection and its value for digital markets, sometimes adapting the traditional analysis tools to evaluate the possible impacts on competition of mergers and unilateral conducts. In particular, there was a tendency of not using a strict definition of relevant market and adopting different proxies simultaneously to measure market power.

Key-words: Antitrust Law. Data Protection. Digital Markets. Platforms.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a coleta, geração, análise e exploração comercial de dados são o núcleo duro¹ da economia digital, havendo quem declare tratar-se do novo petróleo². Nesse cenário, tem-se que dados pessoais são tidos como valiosos recursos que garantem vantagens competitivas às empresas que exploram mercados digitais, os quais podem ser adquiridos mediante condutas voluntárias dos consumidores³, capturados por ferramentas tecnológicas⁴ ou derivarem da análise de outros dados já coletados.

Importante definir desde já o que se entende por “dados pessoais”. Segundo definição adotada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), consideram-se dados pessoais qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável⁵. No mesmo sentido, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD)⁶, no inciso I de seu art. 5º, conceitua dado pessoal como sendo “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

A partir de tal conceituação aberta, tem-se que estão inclusos na categoria “dados pessoais”, *inter alia*:

- (i) dados gerados, tais como comentários, fotos, vídeos, etc.;
- (ii) dados sobre atividade ou comportamento, incluindo-se o que os indivíduos pesquisam na internet, compram online, o quanto estão dispostas a pagar por algo e de que forma, etc.;
- (iii) dados sociais, como contatos e amigos em redes sociais;
- (iv) localização, como endereço residencial, GPS, endereço de IP, etc.;
- (v) dados demográficos, como idade, sexo, cor, raça, renda, preferências sexuais, filiação política, etc.;

¹ Nesse sentido, *vide*: KERBER, Wolfgang. *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 0, No. 0.

² Nesse sentido, *vide* as seguintes matérias jornalísticas: *The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, but Data*. *The Economist*, 06 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em 06 maio 2022; e BHAGESHPUR, Kiran. *Data Is The New Oil -- And That's A Good Thing*. *Forbes*, 15 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2019/11/15/data-is-the-new-oil-and-thats-a-good-thing/?sh=563bc97e7304>>. Acesso em 06 maio 2022.

³ Por exemplo, através da utilização consensual de plataformas de pesquisa online (PPO), e-mails ou redes sociais.

⁴ A título de exemplo, constituem ferramentas de captura de dados os chamados *cookies* e os rastreadores de navegação (*trackers*).

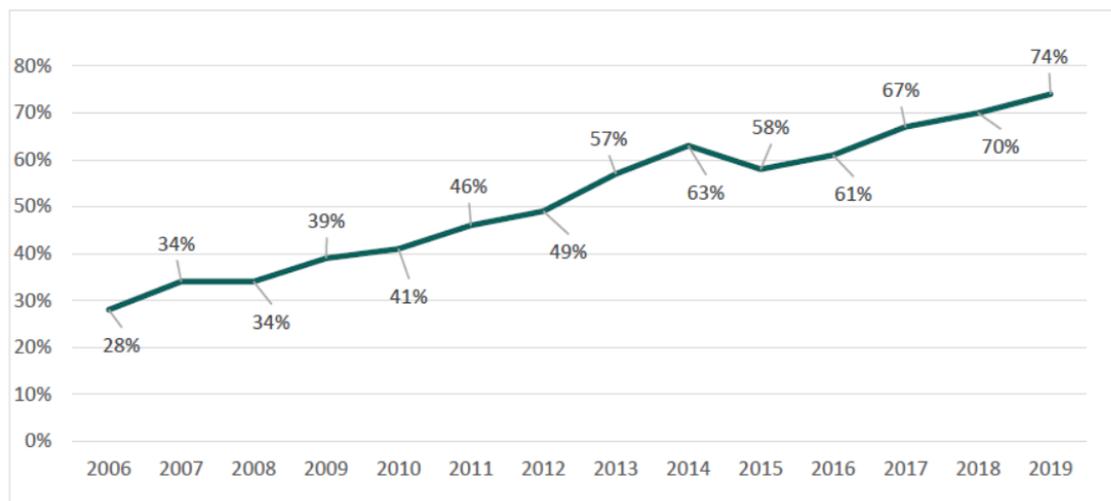
⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. Disponível em: <http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf>. Acesso em 31 ago. 2021.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 06 maio 2022.

- (vi) informações de identificação oficial como nome, informações financeiras, dados bancários, saúde, histórico de ocorrências policiais, processos judiciais, etc.

Segundo estudos da *International Data Corporation* (IDC), o volume de dados produzidos no mundo cresce exponencialmente a cada dia⁷. Em 2018, foram produzidos 33 zettabytes⁸ de dados, sendo esperada a produção de 175 zettabytes em 2025. O Brasil não escapa dessa realidade, tendo sido verificado que o percentual de indivíduos que acessam a internet (e, portanto, geram dados) vem crescendo a cada ano⁹. Veja-se:

Gráfico 1 - Percentual de Indivíduos que Acessaram a Internet nos Últimos 3 Meses



Fonte: Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br)

Diversos mercados digitais fazem uso de dados. Contudo, em alguns deles, chamados de *data-driven markets*, os efeitos de rede¹⁰ resultantes da quantidade (escala) e variedade (escopo) de dados influenciam positivamente¹¹ no poder de mercado das plataformas em que neles

⁷ INTERNATIONAL DATA CORPORATION. *The Digitization of the World: From Edge to Core*, 2018. Disponível em: <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

⁸ Unidade de informação ou memória correspondente a 1.000.000.000.000.000.000 (10²¹) Bytes.

⁹ CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br), *Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2019*. Disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/individuos/>>. Acesso em: 29 out. 2021.

¹⁰ Conforme apontado por Gal e Elkin-Koren. Mercados marcados pelo uso de *big data* exibem vários tipos de efeitos de rede: “*those arising from the use of a product by many others; trial-and-error and learning-by-doing effects; and scope-of-data and spillover effects in multi-sided markets*”. (GAL, Michal; ELKIN-KOREN, Niva. *Algorithmic consumers*. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 30, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876201>. Acesso em 12 nov. 2021).

¹¹ KATHURIA, Vikas; GLOBOCNIK, Jure. *Exclusionary conduct in data-driven markets: limitations of data sharing remedy*, 2020. Disponível em: <<https://academic.oup.com/antitrust/article/8/3/511/5699250>>. Acesso em 29 abr. 2022.

atuam, o que torna os dados pessoais dos usuários valiosos *assets*¹² para o mercado, os quais são “comercializados por uma indústria multibilionária”¹³.

Nesse cenário, surge uma série de preocupações relacionadas à proteção de dados, as quais vêm sendo alvo de inúmeras produções acadêmicas nos últimos anos.

Não obstante, parte relevante dos estudos jurídicos brasileiros¹⁴ sobre a regulamentação dos dados pessoais voltam-se, principalmente, a questões relacionadas à proteção de tais informações como consequência natural do direito constitucional à privacidade, esculpido no art. 5º, X, da Carta Magna de 1988, e do recentemente formalizado direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 115/2022¹⁵. Pouco se fala, contudo, da relevância do tema sobre o ponto de vista do Direito Concorrencial e dos impactos regulatórios da proteção de dados sobre a ordem econômica.

Levando-se em consideração que o objetivo do direito antitruste é garantir e proteger a concorrência no mercado, “porque é esta que promove o bem-estar material da coletividade”¹⁶ e alinhando-se ao entendimento de Frazão¹⁷, no sentido de que para garantir-se uma atuação efetiva das autoridades antitruste na repressão de abusos em mercados digitais, estas deverão necessariamente levar em consideração o papel dos dados pessoais em sua dinâmica

¹² SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *O custo da privacidade: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos*. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital*, Brasília: CADE, 2021.v.3. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

¹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

¹⁴ Nesse sentido, vide: DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>>. Acesso em 03 dez. 2022; QUEIROZ, Rafael M. R.; PONCE, Paula P. *Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, Disponível em: <<https://revista.internetlab.org.br/tercio-sampaio-ferraz-junior-e-sigilo-de-dados-o-direito-a-privacidade-e-os-limites-a-funcao-fiscalizadora-do-estado-o-que-permanece-e-o-que-deve-ser-reconsiderado/>>. Acesso em 03 dez. 2022; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à Proteção de Dados*. In: Coordenadores: BIONI, Bruno e outros. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 28 ago. 2018.

¹⁶ FRANCESCHINI, José I. G.; PEREIRA, Edgard A. *As eficiências econômicas sob o prisma jurídico*. In: Revista de Direito Econômico, n. 23, abr/jun, 1996, Brasília, p. 25-37.

¹⁷ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

competitiva, parte-se da premissa de que há uma correlação entre os objetivos almejados pelo direito antitruste e pela disciplina da proteção de dados pessoais.

Assim sendo, observa-se que com as mudanças estruturais na economia, sobretudo derivadas da revolução digital, conforme identificado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)¹⁸, a forma como os diferentes agentes econômicos competem pela preferência dos consumidores sofre importantes alterações, o que suscita importantes reflexões sobre o papel das políticas de defesa da concorrência e do direito antitruste. Isso se dá, sobretudo, em razão de as categorias clássicas do direito concorrencial, consubstanciadas sobretudo na utilização de ferramentas da teoria econômica neoclássicas, serem desafiadas pela nova realidade dos mercados digitais.

Nesse contexto, buscar-se-á, com o presente trabalho, responder (i) se as ferramentas tradicionais do direito antitruste, baseadas no fator preço como principal variável competitiva, seriam adequadas para analisar os impactos de atos de concentração e condutas restritivas à concorrência em mercados de plataformas digitais, caracterizados pelo fator “preço-zero”, por serem estas as principais instâncias em que a autoridade antitruste brasileira exerce sua competência legal, bem como (ii) em que medida, e de que forma, o Cade estaria, na prática, lidando com o fator privacidade como variável competitiva e avaliando os impactos do controle e acesso à dados em suas análises após a entrada em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência – LDC (Lei nº 12.529/11¹⁹).

Como hipótese, cogita-se que, no geral, o Cade adote uma postura pouco interventiva, limitando-se aplicar soluções individualizadas, nem sempre replicáveis, adaptando para cada caso concreto suas ferramentas analíticas e fazendo prevalecer um modelo de análise qualitativo diante de mercados digitais, sobretudo aqueles movidos a dados.

Para responder as perguntas formuladas e alcançar os objetivos propostos, o estudo em voga utilizará primordialmente o método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas no meio acadêmico por meio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses publicadas em diversos sítios eletrônicos, bem como em outros sites e revistas especializadas.

¹⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

¹⁹ 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, entre outros*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em 03 maio 2022.

Outrossim, serão utilizados os dados colhidos em estudos econômicos realizados por especialistas e organizações/organismos internacionais, bem como os resultados neles obtidos, com vistas a exemplificar e trazer para mais próximo da realidade do mercado as discussões até então puramente teóricas apresentadas.

Para além disso, tendo em vista o interesse da presente pesquisa na identificação de soluções práticas para os problemas identificados, será aplicado, ainda, o método de análise de decisões/estudos de caso, avaliando-se a jurisprudência²⁰ do Cade nos 10 primeiros anos²¹ de vigência da Lei nº 12.529/11 (maio/2012-maio/2022)²², no que diz respeito à proteção de dados pessoais em sede de análise de atos de concentração e repressão de condutas unilaterais²³ envolvendo mercados digitais de múltiplos lados.

Ante todo o exposto e em suma, pretendendo o presente trabalho investigar o papel do direito antitruste na proteção de dados pessoais no âmbito dos mercados de plataformas digitais movidos a dados a partir de uma perspectiva jurídico-econômica, natural de tal campo do conhecimento científico, para além da presente introdução, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos principais, os quais irão se dedicar, respectivamente, a:

²⁰ Para maiores informações sobre as ferramentas e parâmetros de busca utilizados na identificação dos casos relevantes para a presente pesquisa, *vide* tópico IV.1. A relação completa de processos avaliados consta no Anexo I.

²¹ Para a escolha do recorte temporal realizado, considerou-se o fato de os precedentes Oi/Phorm e Telefônica/Phorm, os quais serão objeto de maiores considerações no item 2.3, foram decididos ainda sob a égide da Lei nº 8.884/94, de modo que buscou-se verificar se as alterações trazidas pela atual Lei de Defesa da Concorrência impactaram, em alguma medida, na visão do Cade sobre o tema objeto do presente estudo.

²² De maneira complementar, em se tratando do primeiro caso de conduta unilateral envolvendo uma plataforma digital, mesmo que o Processo nº 08012.010483/2011-94, conhecido como “caso Google Shopping” tenha sido instaurado em momento anterior ao considerado pelo presente trabalho, tendo em vista sua importância natural para a presente pesquisa, e tendo o seu julgamento sido realizado já quando da vigência da nova Lei, optou-se por incluí-lo no estudo.

²³ Na medida em que o Cade atua tanto no controle preventivo de concentrações, através da análise *ex-ante* de atos de concentração, quanto de maneira repressiva através da investigação *ex post* de condutas anticompetitivas, a escolha pela pesquisa tanto de atos de concentração quanto condutas unilaterais permitirá uma visão mais completa do entendimento daquela autoridade antitruste. Ademais, organizacionalmente, ambos tramitam internamente pela Superintendência-Geral do Cade na mesma macrounidade, denominada de SGA1. Com efeito, destaca-se que não foi objeto de pesquisa as condutas classificadas como colusivas ou coordenadas, na medida em que tais processos, devido a suas características próprias, costumam tramitar em sigilo por significativos períodos e são marcados por elevados níveis de confidencialidade, bem como organizacionalmente, tramitam por uma macrounidade distinta dos atos de concentração e conduta unilateral, denominada de SGA2. De qualquer modo, a título de completude, vale destacar que durante a pesquisa realizada identificou-se tão somente um único precedente sobre o tema. Trata-se do Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29, instaurado em 2016 após recebimento de denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor do Uber sobre suposta formação de cartel e influência a adoção de conduta uniforme entre os motoristas do aplicativo. Tal processo tramitou na CGAA4, microunidade pertencente a SGA1, e foi arquivada pela inexistência de indícios suficientes para a configuração de infrações à ordem econômica.

- (i) identificar as características principais dos mercados de plataformas digitais, de modo a melhor compreendê-los e evidenciar a importância dos dados para o seu funcionamento;
- (ii) perquirir sobre a relação entre o direito antitruste e a proteção de dados pessoais, com a apresentação das principais vertentes teóricas identificadas na doutrina especializada e na jurisprudência de diferentes autoridades antitruste sobre o papel daquele primeiro na garantia daquele segundo;
- (iii) investigar os desafios decorrentes da relação identificada acima, sobretudo com a análise sobre a (in)compatibilidade das ferramentas tradicionais de análise do direito antitruste *vis-à-vis* a perda da relevância da variável competitiva preço para os *data-driven markets* e a identificação das possíveis soluções teóricas para o enfrentamento de tais desafios; e
- (iv) avaliar o posicionamento do Cade quanto às questões apresentadas anteriormente, com base em uma análise jurisprudencial dos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11, tanto em sede de controle preventivo de estruturas quanto repressivo de condutas unilaterais envolvendo mercados digitais.

Ao final, serão apresentadas as principais conclusões obtidas, seguido de um posfácio prognóstico, oportunidade em que serão apresentadas algumas considerações relevantes sobre o tema de estudo que, apesar de fugirem ao escopo delimitado para a presente pesquisa, mostram-se especialmente relevantes por oportunizarem e incentivarem a realização de novos trabalhos acadêmicos no futuro.

I. AS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO RESULTADO DO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Conforme apontado por Fernandes, “os agentes econômicos atuantes nos mercados digitais são comumente designados como ‘plataformas digitais’, ‘plataformas online’ ou, ainda, ‘plataformas movidas a dados’²⁴. Estando as plataformas digitais no centro do objeto de estudo do presente trabalho, *mister* tecermos algumas considerações a seu respeito, especialmente no que se refere à sua definição e principais características, necessárias para uma melhor compreensão das discussões ora propostas.

I.1. Aproximação da matéria

Desde o final do último milênio, a vida em sociedade vem sendo significativamente impactada por uma série de inovações tecnológicas, marcadas pelo processo de digitalização/transformação digital. Tal termo, apesar de originalmente designado para referir-se às tecnologias da informação criadas para tecnologias digitais, “atualmente representa a mudança fundamental nas condições de vida desencadeada pela sua utilização em todo mundo”²⁵. Essas tecnologias, segundo Hoffman-Riem,

“permitem a utilização de sistemas ciberfísicos para novos processos de produção em rede e automatizados (por exemplo, na indústria 4.0), alterações na forma como as pessoas vivem as suas vidas (por exemplo, na ‘casa inteligente’), a criação e utilização de redes sociais (como o Google ou o Facebook) e outros novos serviços de comunicação (por exemplo, mensagens instantâneas), bem como novos sistemas de vigilância por empresas privadas e agências governamentais.”²⁶

Mais especificamente, o atual cenário teve origem no final dos anos 90, com a popularização da internet resultando em um intenso processo de transformações econômico-sociais. As rápidas mudanças, constante inovação e aperfeiçoamento de tecnologias ocorreram de tal maneira que muitos dizem ter ocorrido uma verdadeira revolução²⁷ digital.

²⁴ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 106.

²⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital, desafios para o direito*, 2º ed. Tradução de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.1.

²⁶ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital, desafios para o direito*, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.1-2.

²⁷ Nesse sentido, veja-se: STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: policy brief*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/policy-brief---digital-platforms---stigler-center.pdf?la=en&hash=AC961B3E1410CF08F90E904616ACF3A3398603BF>>. Acesso em 25 jun. 2022; BECKER, Buno B.; MATTIUZZO, Marcela. *Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020; e ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Vectors of digital transformation*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/vectors-of-digital-transformation_5ade2bba-en>. Acesso em 18 ago. 2021.

Como resultado desse processo, deu-se início a “Nova Economia”, também chamada de economia digital²⁸, que apresenta características próprias, intrinsecamente ligadas à digitalização. Sobre as diferenças entre a “nova” e a “velha” economia, Tappscott²⁹ aduz que

“In the *old economy*, information flow was physical: cash, checks, invoices, bills of lading, reports, face-to-face meetings, analog telephone calls or radio and television transmissions, blueprints, maps, photographs, musical scores, and direct mail advertisements.

In the *new [digital] economy*, information in all its forms becomes digital – reduced to bits stored in computers and racing at the speed of light across networks... The new world of possibilities thereby created is as significant as the invention of language itself, the old paradigm on which all the physically based interactions occurred.”³⁰

Conforme apontado pela OCDE, hodiernamente, a economia digital é um setor “vital” que possui uma importância imensurável para a sociedade moderna, sendo responsável por garantir crescimentos econômicos substanciais³¹. Isso se dá, sobretudo, em razão de o processo de digitalização permitir o desenvolvimento de uma multiplicidade e variedade de novos modelos de negócios, merecendo especial destaque as plataformas digitais.

Nesse contexto, identifica-se que a nova economia possui uma série de características próprias que diferenciam os chamados “mercados digitais” dos tradicionais mercados que o Poder Público está acostumado a regular³², principalmente por tratarem-se, muitas vezes, de mercados de dois ou múltiplos lados.

I.2. Plataformas digitais e mercados de múltiplos lados: definições e conceitos

Expressões como plataformas e mercados de dois ou múltiplos lados têm aparecido frequentemente no âmbito do Direito Concorrencial, principalmente após o fenômeno da digitalização dos mercados.

²⁸ A expressão “economia digital” é um termo guarda-chuva utilizado, sobretudo, para descrever genericamente um conjunto de mercados focados em tecnologias digitais.

²⁹ TAPSCOTT, Don. *Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence*. New York: McGraw-Hill, 1995, p.6.

³⁰ Tradução livre: “na antiga econômica, o fluxo informacional era físico: dinheiro, cheque, fatura, bill of lading, duplicatas, relatórios, reuniões presenciais, ligações telefônicas, transmissões de rádio e televisão analógicas, mapas, plantas, fotos, partituras musicais e propagandas por correios. Na nova economia digital, informação em todas as suas formas se torna digital – reduzida a bits armazenadas em computadores e processadas na velocidade da luz através de redes... O novo mundo de possibilidades, assim, gerou criações tão significativas quanto a invenção da própria língua, o antigo paradigma em que todas as interações físicas ocorriam.”

³¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition policy and knowledge based capital: key findings*, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf>>. Acesso em 03 maio 2022.

³² Para maiores considerações sobre essa diferença, *vide*: HONORÉ, Pierre; VERZENI, Romain. *Competition Law in the Digital Economy: a french perspective*. Disponível em: <<http://iar.agcm.it/article/view/12853>>. Acesso em 29 ago. 2018.

Contribuições ímpares a respeito do modelo de concorrência observado em mercados de vários lados foram apresentadas, inicialmente, por Jean-Charles Rochet e Jean Tirole³³. Em seu estudo seminal, sustenta-se que em alguns mercados³⁴, nos quais se observa a presença de externalidades de rede³⁵, nota-se a presença de algum tipo de plataforma comum que possibilita a interação de dois tipos de agentes econômicos interdependentes. Ou seja, cria-se valor ao aproximar dois ou mais tipos diferentes de agentes econômicos, facilitando a interação entre eles³⁶.

Os autores afirmam, ainda, que definir um mercado de vários lados apenas com base na existência de uma plataforma capaz de colocar a bordo todos os agentes interdependentes pode tornar tal definição indesejavelmente ampla. Desta forma, defendem ser imprescindível, também, uma análise quanto à estrutura de preços adotada por determinada plataforma para, aí sim, definir um mercado como sendo de vários lados. Em suas palavras:

“a market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it as so to bring both sides on board”.

Vários autores³⁷ buscaram apresentar uma definição mais precisa para os termos supra, mas até o presente momento inexistente definição universalmente aceita. Contudo, dos estudos efetuados é possível extrair ao menos quatro características de mercados de vários lados e três elementos para caracterização de uma plataforma de múltiplos lados.

³³ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Platform competition in two-sided markets*. Disponível em: <<http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

³⁴ Diz-se “alguns mercados” em razão de, não necessariamente, a existência de externalidades de rede resultar em mercados de vários lados. A título exemplo, poder-se-ia citar a plataforma do *Whatsapp*, que, embora torne-se mais interessante para um usuário a medida em que aumenta também o número de usuários, inexistente, em tese, diferentes grupos de consumidores com interesses distintos, pois todos visam apenas a comunicação.

³⁵ Segundo Varian, “externalidades de rede constituem um tipo especial de externalidades, em que a utilidade de uma pessoa por um bem depende do número de outras pessoas que consomem esse bem” (VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007, p. 706). Ou seja, externalidades de rede são verificadas quando a decisão de consumir determinado bem está vinculada ao número de consumidores que já consomem tal bem. A presença de externalidades de rede faz com que um consumidor tenda a preferir determinado bem se a rede de consumo do mesmo, isto é, seu rol de consumidores, já é amplo. Isso é observado em razão de o grande número de consumidores já existentes ser capaz de agregar mais valor à utilização de tal bem. Mais informações sobre esse ponto podem ser encontradas no tópico I.2.1.

³⁶ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of multi-sided platform business*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w18783.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

³⁷ Nesse sentido, veja-se: EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets*. *Yale Journal of Regulation*, v. 20(2), pp. 352-381, 2003; HAGIU, Andrei. *Merchant or Two-Sided Platform?* *Review of Network Economics*, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.2202/1446-9022.1113>>. Acesso em 20 ago. 2021; RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 23(3), pp. 125-143, 2009; EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The new economics of multi-sided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

As quatro características de um mercado de múltiplos lados seriam: (i) presença de dois ou mais grupos de consumidores; (ii) que dependem, de alguma maneira, uns dos outros; (iii) em que a atração de um grupo pelo outro, por si só, não gera valor, o que acaba atravancando a interação entre eles; e (iv) há imprescindibilidade da presença de uma plataforma capaz de gerar valor na atração, viabilizando, por consequência, a interação entre os diferentes grupos.

Já os três elementos caracterizadores de uma plataforma de dois ou mais lados são assim apresentados pela OCDE³⁸:

“The first element is that there are two distinct groups of consumers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. A two-sided platform provides goods or services simultaneously to these two groups.

The second element is the existence of indirect externalities across groups of consumers. That means that the value that a customer on one side realizes from the platform increases with the number of customers on the other side. For example, a search platform is more valuable to advertisers if it is more likely that it will reach a larger number of potential buyers. At the same time, it is more valuable to potential buyers if the platform has more advertisers because that makes it more likely that a buyer will see a relevant advertisement.

The third element is non-neutrality of the price structure, i.e., the price structure of the platform affects the level of transactions. The price structure is the way prices are distributed between consumers on the two sides of the market. The platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount. Since the price structure matters, the platform must design it so as to induce both sides to join the platform”.

É certo que existem diferenças entre os termos “mercado de dois lados” e “plataforma de dois lados”. O primeiro refere-se ao ambiente competitivo em si, ao passo que o segundo refere-se ao modelo de negócio adotado. Inobstante, para fins do presente trabalho, por vezes os termos serão utilizados como sinônimos, sendo inclusive desenvolvido e por vezes empregado o termo “mercado de plataformas digitais” para referir-se aos mercados de múltiplos lados marcados pela presença de grandes plataformas como Apple, Facebook³⁹, Amazon e Google que, através da internet, promovem interações entre dois ou mais grupos distintos, mas interdependentes de usuários, gerando valor nessa interação.

³⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Two-sided markets*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

³⁹ Por mais que se reconheça que a denominação atual do Grupo econômico a que pertence o Facebook seja “Meta”, ao longo do presente estudo será utilizada a denominação “Facebook” em virtude de a rede social do Grupo Meta ter mantido sua denominação original. Em outras palavras, tem-se que as informações aqui apresentadas dizem respeito única e exclusivamente à rede social Facebook e seu modelo de negócios, não ao Grupo Meta em toda a sua extensão.

Isso se dará tanto para adequar-se à linguagem aplicada internacionalmente pela doutrina quanto pelo fato de o modelo de plataforma ser o principal utilizado por empresas que atuam em mercados digitais de múltiplos lados. Não obstante, necessário desde já destacar que a existência de uma plataforma por si só não é suficiente para a caracterização de um mercado como de dois lados, na medida em que eventual plataforma pode representar apenas um dos canais de distribuição utilizados por dada empresa para ofertar ao mercado os produtos/serviços por ela fornecidos⁴⁰.

I.3. Características gerais associadas aos mercados de plataformas digitais

Apesar de cada mercado digital possuir especificidades próprias, naqueles em que predominante o modelo de plataformas, algumas características comuns são verificadas, as quais vêm sendo objeto de diferentes estudos por parte da academia, autoridades antitrustes e órgãos/organismos internacionais⁴¹. São elas: (i) efeitos de rede (*network effects*); (ii) subsídios cruzados, com possibilidade de aplicação de preço-zero para um dos lados; (iii) geração, coleta e uso de dados; (iv) escala sem massa, baixo custo marginal e economias de escala e escopo; (v) custos de troca; (vi) inovação disruptiva; e (vii) *winner takes all/winner takes most*.

Vejamos individualmente cada uma delas.

I.3.1. Efeitos de rede

A primeira característica deriva do fato de a utilidade da plataforma aumentar para os usuários à medida que o número de usuários do mesmo lado (efeito direto) ou do outro lado (efeito indireto) também cresce. Como exemplo de efeito positivo direto, costuma-se indicar o mercado de redes sociais, em que o benefício gerado para um usuário aumenta na medida em que seus amigos e familiares também se tornam usuários da mesma plataforma, permitindo-os interagir. Nesse mesmo mercado, na medida em que o aumento do número de usuários se traduz em um maior público-alvo potencial atingido por campanhas publicitárias, tem-se também a existência de efeitos positivos indiretos, pois à medida que novos usuários se cadastram e

⁴⁰ HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

⁴¹ À título de exemplo, veja-se: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022; ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022; e RENZETTI, Bruno P.; BUENO, Carolina D. G. B.; PAIXÃO, Raíssa L. de F. *Mercados digitais: alguns conceitos*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

utilizam a rede social, há um aumento de utilidade para as empresas que anunciam na plataforma.

A existência de efeitos positivos diretos também é verificada no mercado de mensageria privada, onde atuam agentes como Whatsapp e Telegram, pois a utilidade da plataforma aumenta para os usuários à medida que novos usuários também ingressam na rede e passam a ser através dela contatáveis.

Da mesma forma, efeitos de rede indiretos estão presentes no mercado de transporte individual de passageiros, pois à medida que o número de motoristas aumenta cresce a utilidade da plataforma para os passageiros e vice-versa. Outrossim, no que se refere aos meios de pagamento, verifica-se que a utilidade de um instrumento destes aumenta para seus detentores à medida que o número de estabelecimentos que os aceitam também aumenta, enquanto o interesse dos lojistas por tal meio de pagamento cresce à medida que aumenta o número de pessoas que os utilizam.

Não obstante, há de se destacar desde já que algumas plataformas são marcadas pela existência de efeitos negativos de rede⁴², como no caso daquelas de encontros (*dating platforms*). Nesses mercados, diz-se que a utilidade da plataforma decai para um usuário com o aumento do número de usuários com características que não correspondam ao seu interesse, posto que tornar-se-ia mais difícil o encontro da “pessoa ideal” buscada⁴³. Para além disso, a depender da estrutura dos serviços prestados, um excesso de usuários em diferentes lados pode ocasionar “congestionamentos” na rede, prejudicando a experiência daqueles que a utilizam, o que também reduziria sua utilidade.

1.3.2. Subsídio cruzado

A possibilidade de subsídios cruzados se traduz em uma das formas de viabilizar a formação de uma massa crítica viável e as operações de plataformas digitais que operam em mercados de múltiplos lados através de sua estrutura de preços diferenciada. Em outras

⁴² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁴³ Nesse sentido, conforme notado por Hovenkamp, em alguns países do mundo verificou-se o surgimento de diversas plataformas com temáticas específicas e/ou voltadas para públicos determinados que buscariam fugir do Tinder, então plataforma dominante, como o Grindr para o público LGBTQIA+, OurTime para adultos mais velhos e seniores, J-Date para judeus, Shaadi para indianos, PURRsonal para amantes de gatos, entre outros.

palavras, permite a uma plataforma ajustar o preço cobrado sobre um lado do mercado para que este subsidie a atuação da plataforma em outro lado.

Tome-se o mercado de publicidade online de imóveis por exemplo. Nesse mercado, os clientes potenciais (aqueles que buscam um imóvel) podem acessar gratuitamente diferentes plataformas em busca de um imóvel, ao passo que alguns anunciantes profissionais de imóveis (como corretoras e imobiliárias) pagam para que a plataforma liste seus imóveis. Ou seja, diz-se que os anunciantes subsidiam o acesso gratuito por parte dos clientes potenciais. Na prática, o financiamento é também por vezes complementado por anunciantes de produtos em geral relacionados ao mercado imobiliário, como seguradoras, que adquirem espaços publicitários nas plataformas para divulgar seus produtos/serviços.

Em mercados em que empregada a sistemática acima, a doutrina⁴⁴ ressalta que o principal desafio das plataformas é conseguir encontrar o ponto ótimo entre o preço praticado sobre cada um dos lados e o número de agentes que utilizam a plataforma.

Isso porque, em virtude dos efeitos de rede explicados acima, um preço muito alto pode tornar a plataforma desinteressante para os anunciantes profissionais, que deixarão de anunciar nela. Com a sua saída, haverá conseqüentemente uma redução do número de imóveis anunciados, o que tornará a plataforma menos interessante para os clientes potenciais, que também irão deixar de acessá-la. Ao final, haverá uma redução do fluxo de usuários na plataforma, o que reduzirá a sua utilidade também para aqueles que adquirem espaços publicitários, posto que suas propagandas poderão afetar menos pessoas.

Da mesma forma, um excesso de anúncios veiculados poderá prejudicar a experiência do cliente potencial, tornando-a desinteressante. Com um baixo número de clientes potenciais, a utilidade da plataforma para anunciantes profissionais pode não justificar o investimento necessário para nela anunciar seus imóveis, por conseqüência reduzirá ainda mais a utilidade para clientes potenciais, repetindo o ciclo acima descrito.

Desta forma, hodiernamente, mostra-se comum em mercados digitais que se pratique preço-zero para, ao menos, um dos lados do mercado.

⁴⁴ Nesse sentido, veja-se: HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

1.3.2.1. Preço-zero

Mercados de preço-zero existem há décadas⁴⁵, mas com o advento da internet estes tornaram-se mais populares⁴⁶, crescendo em número e variedade. Isso se dá, sobretudo, em razão de algumas características das plataformas digitais descritas anteriormente, sobretudo a sua multilateralidade e possibilidade de implementação de uma estrutura diferenciada de preços que permita a prática de subsídios cruzados.

Assim sendo, observa-se que as principais plataformas digitais utilizadas pelos consumidores aplicam “preço-zero” para um dos lados. Isto é, plataformas que não exigem de ao menos um dos lados da plataforma a contraprestação de pagamento em quantias monetárias para utilização de seus serviços. É o caso, por exemplo, daqueles que realizam pesquisas nas ferramentas de busca do Google, assistem vídeos no Youtube, interagem nas redes sociais do Facebook, Instagram e Twitter, buscam produtos na Amazon, comunicam-se por mensagens de Whatsapp ou Telegram, entre outros.

Assim, é comum referir-se a tais mercados como sendo gratuitos para o público em geral, que acessa tais plataformas, via de regra, sem a necessidade de efetuar o pagamento de qualquer quantia monetária, muito embora, por vezes seja ofertada a possibilidade de contratação de serviços adicionais (“*premium*”) mediante remuneração.

Para melhor ilustrar a questão, podemos avaliar a estrutura e modelo de precificação utilizados pelo Google e Facebook, respectivamente, nos mercados de busca online e redes sociais, os quais são especialmente pertinentes para o presente estudo devido à relevância dos dados pessoais para o seu funcionamento.

No que diz respeito ao modelo utilizado Google, conforme analisado pelo Cade no Processo Administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (PA) nº 08700.005694/2013-19⁴⁷, tem-se que tal agente se utiliza do modelo de plataforma para unir pelo menos 3 lados distintos do mercado.

⁴⁵ EVANS, David S. *The antitrust economics of free*, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193>. Acesso em 28 jun. 2022.

⁴⁶ HOOFNAGLE, Chris J.; WHITTINGTON, Jan. *Free: accounting for the cost of internet's most popular price*, 2014. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/pdf/61-3-2.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2022.

⁴⁷ Os autos públicos do processo em referência podem ser acessados pelo endereço: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxjwy0jsF2VUK9nLLMn4AapgZHPEyXU3WqUFUJvQc-tbB>.

Em um primeiro lado, permite-se que os internautas digitem palavras-chaves e recebam “gratuitamente” uma lista de sites cujo conteúdo seja relacionado ao texto digitado. Aqui, a plataforma presta aos seus usuários os serviços de coleta, indexação, ranqueamento e apresentação de resultados de determinada busca por ele solicitada.

De outro lado, há a relação entre os sites listados e a própria plataforma, que presta a eles o serviço de exibição gratuita para uma audiência potencial. Por sua vez, tais sites permitem que seu conteúdo seja rastreado pelos *crawlers*⁴⁸ da plataforma, que copiam seu conteúdo para indexá-los, ranqueá-los e então apresentá-los ao usuário que realizou a busca.

Já o terceiro lado, esse sim considerado “pago”, é conhecido como “busca patrocinada” e refere-se à publicidade virtual. Aqui, a plataforma contrata com o interessado um mecanismo de remuneração⁴⁹ para apresentação, em destaque, do *link* à sua página, normalmente acima ou ao lado dos resultados da busca orgânica.

Já com relação ao modelo de negócios do Facebook, podemos destacar a existência de no mínimo dois lados distintos.

Em um primeiro, tem-se os usuários, que criam “gratuitamente” seus perfis na rede e incluem informações pessoais, tais como nome, e-mail, foto, data de nascimento e formação acadêmica. Para além desses dados fornecidos quando da criação da conta, a plataforma também coleta, organiza e analisa aquelas informações geradas das interações do usuário na plataforma, tais como as páginas curtidas, vídeos assistidos, etc.

Do outro lado da plataforma estão os *advertisers* (“anunciantes”), pessoas físicas ou jurídicas, que se utilizam da plataforma para fazer propaganda de seus negócios⁵⁰ e a

⁴⁸ Em síntese, *crawlers* são uma espécie de “robô” que atravessa a internet e armazena informações de diferentes sites em um repositório que é posteriormente indexado para apresentar de maneira eficiente o resultado da busca realizada pelo usuário da ferramenta. Para maiores informações, veja-se: SHARMA, Shruti; GUPTA, Parul. *The anatomy of web crawlers*, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/283093504_The_anatomy_of_web_crawlers>. Acesso em 28 jun. 2022; e MIRTAHERI, Seyed M., et al. *A brief history of web crawlers*, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.48550/arXiv.1405.0749>>. Acesso em 28 jun. 2022.

⁴⁹ Usualmente, os mecanismos de busca são remunerados quando os internautas clicam nos links patrocinados, forma de remuneração conhecida como CPC, ou custo por clique, mas há também outras formas, como estabelecimento de “taxas de sucesso/conversão”, relacionados à concretização de vendas, pelos anunciantes, que derivem do tráfego do site de busca.

⁵⁰ É certo que não se mostra necessário que uma empresa atue no lado pago da plataforma para fazer suas propagandas, podendo simplesmente criar um perfil “gratuito” e interagir organicamente com os usuários da plataforma. Contudo, não se pode ignorar a existência deste lado pago e o perfil de seus consumidores.

remuneram de alguma forma⁵¹, tais como através do pagamento de determinada quantia para aumento do alcance (“impulsioneamento”) de determinada publicação ou para veiculação direta de anúncios na plataforma.

1.3.2.2. Relativização do conceito de gratuidade associado à prática de preço-zero

Apesar de considerados “gratuitos”, muito questiona-se sobre a real gratuidade desses serviços, aduzindo que, apesar de não exigido pagamento em pecúnia, os serviços são remunerados mediante o fornecimento dos dados dos usuários aos prestadores de serviço, os quais possuem inestimável valor econômico, ainda que não precificáveis *ab initio*.

Isso porque, a cadeia de valor dos dados pessoais foi identificada pela OCDE como composta por quatro elos: (i) coleta e acesso; (ii) armazenamento e agregação; (iii) análise e distribuição; e (iv) utilização. Através dessa cadeia de valor,

“a multiplicity of individuals, businesses, public institutions and non-profit organizations might be expected to view and to process these datasets. This includes data brokers, who mediate trade in personal information between one data controller and another, and cloud computing providers”^{52,53}.

Desta forma, pode-se dizer que os usuários de diversas plataformas digitais remuneram os prestadores dos serviços com dados sobre suas preferências, comportamentos, interesses, entre outros, os quais são coletados, armazenados, agregados, analisados e utilizados pelas próprias plataformas, tanto de maneira direta, para aprimoramento dos serviços prestados, quanto, por vezes, através de sua comercialização para terceiros. Afinal, serviços como os de *marketing*/propaganda, consultoria e estatísticas dependem de informações geradas pelas empresas para criar perfis de usuários que tornem mais eficientes as estratégias de *behaviorial targeting* (“segmentação comportamental”)⁵⁴.

⁵¹ Para maiores informações sobre “marketing no facebook”, basta visualizar a página da plataforma dedicada para tal fim: <https://www.facebook.com/business/overview?ref=fbv3_footer>.

⁵² EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em 28 ago. 2018.

⁵³ Tradução livre: “espera-se que múltiplos indivíduos, empresas, instituições públicas e organizações sem fins lucrativos possam ter acesso e processar essas bases de dados. Isso inclui corretores de dados, que mediam a troca de informações pessoais entre um controlador de dados e outro, e provedores de nuvens”.

⁵⁴ Para um aprofundamento dessas discussões, *vide*: PENTLAND, Alex. *Social Physics: How Good Ideas Spread—The Lessons from a New Science*. Massachusetts: Penguin Press, 2014; e POLONETSKY, Jules; TENE, Omer. *Privacy and big data: making ends meet*. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/PolonetskyTene.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

A obtenção e manipulação dessas informações, portanto, são capazes de fornecer importante vantagem competitiva aos agentes que as controlam⁵⁵, de modo que se diz que a concorrência entre serviços projetados para capturar dados pessoais se dá pela atenção e lealdade dos usuários que os utilizam⁵⁶, pois, com isso é possível obter um imenso conjunto de dados com elevado valor comercial.

Em suma, poder-se-ia afirmar que, de um ponto de vista econômico, os dados pessoais tornaram-se ativos passíveis de negociação, com inegável relevância para a ordem econômica. Em outras palavras, com o processo de digitalização, os indivíduos deixaram de ser apenas consumidores para tornarem-se, também, produtores/fornecedores de um dos mais valiosos *assets* para o mercado: suas informações pessoais.

1.3.3. Geração, coleta e uso de dados

A relação intrínseca entre plataformas digitais e a geração, coleta e uso de dados é também apontada como uma das características comuns entre os diferentes mercados digitais.

Diversos tipos de dados são coletados quando um usuário navega na internet⁵⁷. De maneira geral, as informações coletadas costumam dizer respeito a

“especificações sobre a conexão do usuário (*e.g.* endereços IP e informações sobre os sistemas operacionais em uso), informações pessoais (*e.g.* nome e usuário, localização geográfica, gênero e ocupação profissional) e históricos do comportamento dos consumidores online (*e.g.* preferência de compra, interesses de buscas e conteúdos produzidos compartilhados)”⁵⁸.

Quanto à forma de obtenção de tais dados, costuma-se⁵⁹ segmentar os dados em (i) voluntários, (ii) observados; e (iii) inferidos. Os primeiros seriam aqueles voluntariamente

⁵⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The evolving concept of market power in the digital economy*: OECD background note, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁵⁶ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy in the digital era: final report*, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2022.

⁵⁷ LERNER, Andres V. *The role of “big data” in online platform competition*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780>. Acesso em 22 out. 2022.

⁵⁸ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais*: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 108.

⁵⁹ Nesse sentido, *vide*: CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era*, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 31 out. 2021; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 22 out. 2022. FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais*: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

fornecidos pelos seus detentores, tais como nome, idade e endereço de e-mail quando da criação de um perfil em uma rede social. Já o segundo tipo compreende os dados “extraídos por meio de ferramentas de observação das ações e dos comportamentos dos usuários”⁶⁰, tais como por intermédio de *trackers*⁶¹. Por fim, aponta-se ser possível inferir informações, isto é, gerar novos dados a partir da análise de informações já coletadas, sendo tais tipos de dados enquadrados na terceira categoria mencionada acima.

Hodiernamente, diz-se que os mercados de plataformas digitais são marcados por “modelos de negócios orientados pela captura de enormes quantidades de dados e o seu rápido processamento”⁶², aspecto fundamental do fenômeno conhecido como *big data*. Diferentes autores já buscaram interpretar, descrever e elaborar um conceito para o termo *big data*. Apesar de não haver, até o presente momento, um conceito único amplamente aceito pela doutrina, observa-se que diversos estudos “chamam atenção para as possibilidades de, a partir do tratamento de dados em larga escala, extrair novos *insights* ou criar novas formas de valor, de maneiras que transformam mercados, organizações, o relacionamento entre cidadãos e governos, dentre outros”⁶³.

Para fins do presente estudo, opta-se por filiar-se às lições de Hoffmann-Riem, segundo o qual “o termo *big data* refere-se a situações em que as tecnologias digitais são utilizadas para lidar com grandes e diversas quantidades de dados e às várias possibilidades de combinação, avaliação e processamento desses dados”, sendo frequentemente atribuídas cinco características para sua identificação, denominadas de 5 “Vs”⁶⁴: (i) volume (grandes quantidades), (ii) variedade (diversos tipos de dados, coletados de diferentes maneiras), (iii) velocidade (alta velocidade de geração, captura e processamento), (iv) veracidade (consistência, precisão e qualidade da informação) e (v) valor (capacidade de dar utilidade/aplicação).

⁶⁰ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 108.

⁶¹ Em síntese, *trackers* podem ser entendidos como um conjunto de tecnologias de rastreamento.

⁶² FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza M. da S. B. *Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados*, 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%20Santos%20C%202020>>. Acesso em 18 maio 2022.

⁶³ WIMMER, Miriam. *Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: um panorama dos principais desafios*. In: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes. (Org.). *Direito Digital: Debates Contemporâneos*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 15-30.

⁶⁴ BURRI, Mira. *Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/326208067_Understanding_the_Implications_of_Big_Data_and_Big_Data_Analytics_for_Competition_Law_An_Attempt_for_a_Primer>. Acesso em 22 out. 2022.

Destaca Wimmer que o conceito de *big data*

“aponta não apenas para uma diferença quantitativa (i.e. referente ao tamanho das bases de dados), mas para uma diferença qualitativa nas possibilidades de tratamento de dados, que resulta na possibilidade de conectar bases de dados distintas e estabelecer relacionamentos imprevistos entre dados coletados em diferentes contextos e para diferentes finalidades”⁶⁵.

Apesar de não serem as únicas que coletam e fazem uso de dados, a capacidade das plataformas digitais de refiná-los para aprimorar suas atividades de modo a atrair mais usuários que irão gerar mais dados, em um verdadeiro ciclo de retroalimentação (*feedback loop*⁶⁶), as distingue das demais empresas e modelos de negócios que fazem uso de dados. Há, inclusive, quem reconheça que diversas plataformas digitais têm os dados como verdadeiros insumos essenciais⁶⁷.

1.3.4. Escala sem massa, baixo custo marginal e economias de escala e escopo

O termo escala sem massa foi cunhado por Brynjolfsson, *et al*⁶⁸ para refletir a capacidade de algumas plataformas de crescerem extensivamente de maneira mais célere e menos custosa do que em mercados tradicionais, por serem os mercados digitais marcados pela existência de custos unitários extremamente baixos para o processamento, armazenamento, replicação e transmissão de dados⁶⁹.

Tal característica está diretamente relacionada ao dito baixo custo marginal associado às plataformas, que, após absorverem os custos iniciais referentes a estrutura física necessária (como *hardware* e servidor), o custo marginal para inclusão de mais um usuário à plataforma é baixo, sendo por vezes virtualmente nulo (próximo de zero).

⁶⁵ WIMMER, Miriam. *Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: um panorama dos principais desafios*. In: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes. (Org.). *Direito Digital: Debates Contemporâneos*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 15-30.

⁶⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 2016. Disponível em: <https://www.tralac.org/images/News/Documents/Big_data_Bringing_competition_policy_to_the_digital_era_Background_note_by_the_Secretariat_OECD_September_2016.pdf>. Acesso em 22 out. 2022.

⁶⁷ Nesse sentido, veja-se: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022; e STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁶⁸ BRYNJOLFSSON, Erik, et al. *Scale Without Mass: Business Process Replication and Industry Dynamics*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980568>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁶⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022.

Afirma-se, ainda, que plataformas são marcadas por economias de escala e escopo, sendo de especial interesse as relacionadas ao controle de bases de dados. Em suma, verifica-se que em alguns mercados digitais, como o de busca online, quanto maior o volume de dados coletados sobre os padrões de consulta e clique (“*click-and-query data*”), maior também será a capacidade de aprimoramento do algoritmo de busca, o que representa uma significativa economia de escala⁷⁰.

Ao mesmo tempo, reconhece-se a existência de economia de escopo em razão da possibilidade de se utilizar dos dados coletados em um mercado para aprimorar os serviços prestados em outro mercado, compartilhando-se, portanto, custos e dados de desenvolvimento entre diferentes linhas de negócios⁷¹. Por estas razões, não é incomum que grandes plataformas busquem constantemente aprimorar seus produtos e desenvolver novos serviços, expandindo sua atuação para outros mercados, a partir das informações já coletadas em seu mercado de origem.

A título de exemplo, indica-se o lançamento do *marketplace* do Facebook, o qual, segundo atestado pela própria empresa⁷², teria sido desenvolvido a partir da percepção de que seus usuários já estavam utilizando a rede social para realizar transações organicamente. Em outras palavras, embora tenha sido projetado para promover a conexão entre pessoas, e não para facilitar transações comerciais, o Facebook teria se valido das informações sobre o comportamento de seus usuários no interior da plataforma de rede social para ingressar no mercado de classificados online.

Em conjunto, as economias de escala e escopo, ao permitirem essa expansão para diferentes mercados, tornam as plataformas cada vez mais completas e agradáveis para seus usuários, reforçando a relevância da plataforma e gerando, para ela, vantagens competitivas. Esse tipo de expansão, por vezes, culmina na formação de verdadeiros ecossistemas digitais⁷³,

⁷⁰ COMPETITION & MARKET AUTHORITY. *Online platforms and digital advertising market study, 2020*. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁷¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁷² Informação extraída da resposta pública do Facebook ao Ofício nº 2824/2020/DIAP/CGP/DAP/CADE nos autos do Ato de Concentração nº 08700.001796/2020-94 (Requerentes: Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. e Zap Viva Real Group.), registrado sob o nº SEI 0766697.

⁷³ Segundo definição proposta pela OCDE, um ecossistema digital é uma combinação de aplicações interoperáveis, sistemas operacionais, plataformas, modelos de negócios e/ou hardware, os quais não necessitam ser

como aqueles do Google e da Apple, os quais podem gerar preocupações concorrenciais relacionadas ao aprisionamento (efeito *lock-in*) por aumentar significativamente os custos de troca (*switching costs*), abaixo abordados.

1.3.5. Custos de troca

Tais custos também são apontados como uma característica comum e marcante dos mercados de plataformas digitais e dizem respeito à dificuldade para os usuários trocarem de plataforma. Ora, é certo que muitos desses mercados são “gratuitos” para parte de seus usuários, de modo que poder-se-ia questionar a existência dos elevados custos de troca, na medida em que bastariam aos consumidores passar a utilizar a plataforma concorrente, baixando o aplicativo concorrente ou acessar seu *website*, sem a necessidade de incorrer em custos monetários.

Entretanto, os altos custos de troca em mercados digitais decorrem de outras espécies de custos, tais como perda de dados, tempo necessário para criar uma nova conta, reinserir suas informações e se acostumar à interface da nova plataforma e redução de funcionalidades em virtude da falta de interoperabilidade⁷⁴.

É o que é verificado, por exemplo, quando da troca de sistema operacional de *smartphones*. Conforme reconhecido pela Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)⁷⁵, em virtude da interoperabilidade própria entre diversos aplicativos e aplicações próprias do sistema iOS e Android, um usuário, ao optar por trocar de sistema, provavelmente incorrerá em diversos dos custos acima, pois necessitará criar uma nova conta para o sistema, adquirir e baixar novamente seus aplicativos e aprender a navegar na interface do nosso sistema.

Esses custos por vezes são reforçados pela presença de fortes efeitos de rede, como no caso dos mercados de redes sociais, posto que a mudança para eventual plataforma concorrente somente seria interessante na hipótese de suas conexões também estarem presentes na outra

simultaneamente detidos por uma mesma empresa. Para maiores informações, veja-se: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁷⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The evolving concept of market power in the digital economy*: OECD background note, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁷⁵ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *Digital platform services inquiry: interim report no.2, app marketplaces*. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

plataforma. Inexistindo interoperabilidade que permita ao usuário manter as conexões formadas, os custos relacionados à troca de plataforma se mostram significativamente altos; potencialmente impeditivos⁷⁶.

Para além disso, por não ter acesso aos dados históricos sobre o comportamento do usuário, a nova plataforma dificilmente poderá oferecer de imediato um serviço tão personalizado aos interesses do usuário quanto aquela por ele já utilizada. Visando ilustrar tal situação, imagine-se a substituição de uma plataforma de busca online. Não detendo o concorrente acesso aos dados sobre o padrão de pesquisa do usuário, este não conseguirá oferecer de maneira tão precisa sugestões de busca, tampouco indexar os resultados de forma a apresentar em uma melhor posição o melhor resultado possivelmente desejado pelo usuário, sobretudo quando utilizados termos de pesquisa ambíguos⁷⁷. Conforme destacado no relatório do Digital Competition Expert Panel⁷⁸, essa “perda de dados” é um dos principais fatores responsáveis pelo aprisionamento de usuários em plataformas dominantes, conhecido na literatura econômica como efeito *lock-in*.

1.3.6. Inovação disruptiva

Outra característica recorrentemente apontada é a inovação disruptiva⁷⁹. De maneira geral, a inovação é definida como “uma das formas de criação de vantagens competitivas, por meio de ganhos de produtividade no mercado”⁸⁰. A inovação, portanto, está presente em inúmeros mercados, sejam eles digitais ou não.

⁷⁶ Para maiores informações nesse sentido, veja-se: CALVANO, Emilio; POLO, Michele. *Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey*, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523611>. Acesso em 10 maio 2022.

⁷⁷ É o que verificado, por exemplo, com o termo “palmeiras” que pode representar tanto uma espécie de plantas quanto o time de futebol brasileiro. Não conseguindo prever se o usuário possui maior interesse em plantas ou em futebol, o resultado da busca pode não corresponder ao que efetivamente buscado pelo usuário.

⁷⁸ Digital Competition Expert Panel. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>. Acesso em 14 maio 2022.

⁷⁹ Para maiores informações sobre inovação disruptiva, bem como sua diferença com relação a inovação incremental, veja-se: CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. *What is disruptive innovation?* Disponível em: <<https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁸⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 3/2017: Cooperação para inovação*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2017/documento-de-trabalho-n03-2017-cooperacao-para-inovacao-o-papel-do-antitruste-e-das-politicas-publicas-em-diferentes-paises.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

Entretanto, alguns mercados digitais são marcados por rápidos e constantes avanços tecnológicos que trazem consigo inovações imprevisíveis capazes de significativamente alterá-los ou até mesmo criar novos mercados⁸¹. Diz-se, então, que o processo de inovação é disruptivo, pois possui o potencial de drasticamente modificar a estrutura e o funcionamento dos mercados.

É o que verificado, por exemplo, com o surgimento do serviço de *streaming* de vídeos como o da Netflix, que impactou profundamente o mercado de locação de filmes então dominado por redes de lojas físicas como as da Blockbuster.

1.3.7. Winner takes all ou winner takes most

Por fim, aponta-se que o conjunto de características acima apresentadas resulta no fato de os mercados de plataformas digitais apresentarem a tendência de serem mercados “*winner takes all*” ou ao menos “*winner takes most*”. Isto é, marcados pela presença de uma única empresa dominante, com nenhum ou poucos concorrentes com baixa expressividade no mercado, os quais enfrentam grandes dificuldades em concorrer efetivamente com a líder do mercado, que assume uma posição de (quase) monopolista⁸².

Ressalta-se que esta característica somente se faz presente quando diante de fortes efeitos de rede, custos de troca elevados e significativas economias de escala e escopo, tornando difícil ou ao menos indesejável, por parte dos usuários, a utilização de múltiplas plataformas simultaneamente (*multihoming*)⁸³. Contudo, a intensidade dos fatores acima nem sempre se mostra suficiente para configurá-los como *winner takes all*, de modo que este seria, em verdade, um fenômeno relativamente raro⁸⁴.

Ainda assim, há quem sustente que mercados digitais apresentariam tendência ao monopólio ou até mesmo que seriam monopólios naturais. Nesse cenário, haveria, então, uma concorrência pelo mercado, ao invés de uma concorrência no mercado. Não obstante, identifica-

⁸¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁸² KADAR, Massimiliano. *European Union competition law in the digital era, 2015*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703062>. Acesso em 20 jun. 2022.

⁸³ Nesse sentido, vide: IANSINTI, Marco; LAKHANI, Karim R. *Managing our hub economy*. Harvard Business Review, sept-out 2017. Disponível em: <<https://hbr.org/2017/09/managing-our-hub-economy>>. Acesso em 20 abr. 2022; e ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁸⁴ HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

se que seria necessária a presença concomitante de cinco fatores inter-relacionados para que um mercado digital fosse caracterizado como monopólio natural⁸⁵. São eles: (i) ausência de concorrência ou de *multihoming*; (ii) durabilidade da posição dominante, com a habilidade de acomodar ou resistir às mudanças tecnológicas; (iii) efeitos de rede relevantes; (iv) ausência de diferenciação significativa do produto/serviço; e (v) ausência de interoperabilidade e/ou compartilhamento de dados.

Assim, poucos mercados digitais de fato seriam monopólios naturais, o que justifica as crescentes preocupações⁸⁶ relacionadas à aquisição, por parte das empresas dominantes, de *startups* e empresas nascentes em geral, as quais poderiam vir a ser *mavericks*⁸⁷ e com elas concorrer no futuro.

Para além disso, tem-se que a caracterização como *winner takes all* ou *winner takes most* tampouco significa que a posição dominante seria incontestável, mantendo-se a empresa incumbente permanentemente na liderança e invulnerável à concorrência por outras plataformas e modelos de negócios⁸⁸.

A história dos mercados digitais traz consigo exemplos de plataformas hoje praticamente esquecidas que anteriormente acreditava-se serem imbatíveis.

O primeiro deles que vale menção é o mercado de redes sociais, o qual era dominado nos Estados Unidos pelo MySpace, e que muitos acreditavam que estava destinado a tornar-se um monopólio natural permanente⁸⁹, mas foi substituído pelo Facebook, que hoje lidera tal

⁸⁵ HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

⁸⁶ Nesse sentido, veja-se: BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital conglomerates and EU competition policy*, 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512>. Acesso em 22 jun. 2022; STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: policy brief*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/policy-brief---digital-platforms---stigler-center.pdf?la=en&hash=AC961B3E1410CF08F90E904616ACF3A3398603BF>>. Acesso em 25 jun. 2022; e ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control: Background note by the Secretariat*, 2020. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf)>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁸⁷ Segundo definição adotada pelo Cade “empresas *mavericks* são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo, isto é, possuem um maior incentivo a desviar que a maioria dos rivais”. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*, 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁸⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁸⁹ Nesse sentido, veja-se as seguintes matérias jornalísticas: THE GUARDIAN. *Will MySpace Ever Lose its Monopoly?*, 2007. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2007/feb/08/business.comment>>.

mercado. No Brasil, situação semelhante foi enfrentada pelo Orkut, que no passado ostentava a posição de rede social dominante no país.

Outro exemplo é o mercado de busca online, o qual tinha como principal agente de mercado nos anos de 1990 o AltaVista, adquirido em 2003 pelo Yahoo, que passou a dominá-lo até ser superado pelo Google, o que resultou no encerramento das atividades do AltaVista como buscador independente em 2013⁹⁰.

Essa possibilidade de substituição do agente dominante se dá não só pela emergência de um concorrente com potencial disruptivo, mas também pelo efeito ambivalente de algumas das características gerais dos mercados digitais, como escala sem massa, efeitos de rede e da natureza não-rival dos dados⁹¹. Isto é, da mesma forma que tais fatores auxiliam no crescimento e manutenção da posição dominante por parte da empresa incumbente, estes também facilitam⁹² que entrantes que ofereçam serviços melhores possam rapidamente conquistar espaço no mercado, bastando que a sua plataforma melhor se adeque às preferências dos consumidores. Assim, cada usuário que migra para a nova plataforma a torna mais útil para novos usuários ao mesmo tempo em que reduz a utilidade da plataforma anterior, incentivando um desvio significativo da demanda para o novo entrante.

É certo que nem todos os mercados digitais compartilham de todas as características acima. Entretanto, na medida em que ao menos parte significativa delas está presente em diversos deles, a apresentação da forma como realizada acima, apresenta-se como um primeiro passo em direção a compreensão e endereçamento do problema de pesquisa ora proposto.

Desta forma, e na medida em que fugiria ao escopo do presente trabalho a elaboração e proposição de uma definição precisa para o termo “mercado de plataformas digitais”, opta-se por deixar tal definição em aberto, sendo a expressão utilizada para referirmo-nos a um conjunto

Acesso em 26 jun. 2022; e TECH NEWS WORLD. *MySpace is a natural monopoly*, 2007. Disponível em: <<https://www.technewsworld.com/story/myspace-is-a-natural-monopoly-55185.html>>. Acesso em 26 jun. 2022.

⁹⁰ Para maiores informações, veja-se a seguinte publicação especializada: SEARCH ENGINE LAND. *A Eulogy for AltaVista, The Google Of Its Time*, 2013. Disponível em: <<https://searchengineland.com/altavista-eulogy-165366>>. Acesso em 27 jun. 2022.

⁹¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁹² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

amplo de mercados que compartilham, ao menos em parte, as características acima apresentadas.

II. O PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE NA PROTEÇÃO DE DADOS

Compreendidas as principais características associadas às plataformas digitais, personagens centrais do estudo ora proposto, entende-se por apropriado avançar nas discussões ora pretendidas, demonstrando-se as razões pelas quais a propagação de tal modelo de negócios fez surgirem discussões sobre o papel do direito antitruste na proteção de dados pessoais. Após, será apresentada a visão das distintas correntes doutrinárias sobre a relação entre o direito antitruste e a proteção de dados pessoais para, em seguida, verificarmos o posicionamento adotado por diferentes autoridades antitruste quando diante de casos concretos em que tenha sido realizado tal debate.

II.1. Considerações iniciais

Como resultado do processo de digitalização, verifica-se que as plataformas digitais, *big data*, mídias sociais e sistemas de nuvem (*cloud based systems*) estão revolucionando o mercado e o modo como as pessoas interagem. Essas transformações disruptivas, ao mesmo tempo em que alteram o modelo de negócios existentes, oferecem o potencial para aprimorar a qualidade de vida⁹³.

Entretanto, conforme nota Acquisti⁹⁴, quanto mais os indivíduos e as organizações fazem uso de tecnologias, mais rápida e barata se tornam a produção e o processamento de dados pessoais e, potencialmente, de dados sensíveis, o que faz surgirem preocupações sobre a privacidade dos usuários⁹⁵.

Nesse mesmo sentido, Törngren⁹⁶ destaca que a crescente importância dos dados para fins comerciais e o uso de *big data* levaram a uma atualização das preocupações relacionadas à defesa do consumidor, privacidade e proteção de dados pessoais.

Sabe-se que, de maneira geral, o Estado possui diversas ferramentas para lidar com problemas econômico-sociais, podendo optar, *inter alia*, por deixar as forças de mercado

⁹³ Nesse sentido: GSMA. *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem*, 2016. Disponível em: <https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report-Summary_Oct-2016_16pp_WEBv3.pdf>. Acesso em 29 ago. 2018.

⁹⁴ ACQUISTI, Alessandro. *The economics of personal data and the economics of privacy*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021

⁹⁵ Trecho original: “(...) the more organizations and individuals embrace digital technologies, the cheaper and faster become the production and processing of personal, and potentially sensitive, data. Thus, privacy concerns grow as well”

⁹⁶ TÖRNGREN, Oskar. *Mergers in big data-driven markets: is the dimension of privacy and protection of personal data something to consider in the merger review?* Disponível em: <<https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1186978/FULLTEXT01.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021

agirem visando a autorregulação, intervir através de um sistema próprio de regulação ou utilizar das ferramentas de controle preventivo de estruturas e repressivo de condutas do direito antitruste.

Entretanto, no que se refere às plataformas digitais, verifica-se que as forças de mercado por si só não são capazes de resolver os problemas relacionados à proteção de dados, na medida em que os agentes que coletam e processam dados pessoais não internalizam os prejuízos associados à sua violação⁹⁷. Assim sendo, entende-se que a primeira ferramenta mencionada acima não se mostra adequada para a solução do problema.

Para além disso, apesar de apresentarem algumas características básicas comuns, os mercados de plataformas digitais diferem significativamente uns dos outros, por vezes, sendo verificado o exercício de pressão competitiva entre empresas que operam com modelos de negócios substancialmente diferentes, com focos distintos. Nesse contexto, a depender do mercado avaliado, verifica-se uma série de externalidades positivas e negativas na ausência de regulação sobre a livre-circulação de dados⁹⁸, não sendo possível concluir, de maneira genérica e em abstrato, se uma medida voltada à restrição do fluxo de dados seria uma medida benéfica ou prejudicial aos usuários e à sociedade⁹⁹, devendo ser realizada uma avaliação sobre cada caso concreto individualmente¹⁰⁰.

Destarte, a doutrina sugere a aplicação de regulação para alguns casos de controle antitruste para outros, e, por vezes, uma mistura de ambos para um terceiro conjunto de casos¹⁰¹. Isso se dá, sobretudo, em razão de o direito antitruste ser fato-intensivo¹⁰², utilizando-se tal ramo do direito de uma metodologia específica voltada à descoberta de fatos e compreensão

⁹⁷ STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: policy brief*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/policy-brief---digital-platforms---stigler-center.pdf?la=en&hash=AC961B3E1410CF08F90E904616ACF3A3398603BF>>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁹⁸ SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *O custo da privacidade: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos*. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital*, Brasília: CADE, 2021.v.3. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

⁹⁹ ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. *The economics of privacy*. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>>. Acesso em 28 ago. 2018.

¹⁰⁰ KERBER, Wolfgang. *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 0, No. 0.

¹⁰¹ HOVENKAMP, Herbert. *Regulation and the marginalist revolution*, 2019. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1447&context=flr>>. Acesso em 28 jun. 2022.

¹⁰² HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

dos fenômenos postos à sua apreciação; evitando as autoridades antitruste fazer afirmações categóricas sobre situações de mercado não verificáveis.

Assim sendo, com as mudanças estruturais na economia e na forma como os diferentes agentes econômicos competem no mercado, uma série de importantes reflexões sobre o papel das políticas de defesa da concorrência e do direito antitruste vêm sendo realizadas pela comunidade internacional¹⁰³, intensificando-se esse debate no Brasil¹⁰⁴ com a promulgação da LGPD.

II.2. Principais vertentes teóricas

Para alguns, defensores da linha de pensamento conhecida como “negacionista” ou “conservadora”, não haveria espaço para inclusão no antitruste da função de proteção de dados pessoais¹⁰⁵, devendo este limitar-se a prezar pela eficiência econômica, sob pena de, não o fazendo, flexibilizar excessivamente os seus propósitos, “sacrificando a segurança e a consistência que supostamente caracterizam o exame antitruste tradicional centrado na capacidade de o incumbente aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas”¹⁰⁶.

Em outras palavras, segundo tal corrente, não haveria interseção entre defesa da concorrência e proteção de dados, sendo este último uma questão de privacidade e não de antitruste, devendo eventuais preocupações serem endereçadas por normas específicas ou pelo uso das ferramentas presentes no direito do consumidor¹⁰⁷, tendo em vista a arguida natureza¹⁰⁸ da relação entre o usuário e a plataforma.

¹⁰³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documento de Trabalho nº 5/2020. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

¹⁰⁴ ROCHA, Daniel F.; CHAKMATI, Marina. *Antitruste e privacidade*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.) *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, pp. 119-150.

¹⁰⁵ Nesse sentido e para maiores informações, veja-se: WRIGHT, Joshua; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan, KLICK, Jonathan. *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, 2019 Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524>. Acesso em 25 ago. 2022.

¹⁰⁶ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza M. da S. B. *Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados*, 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%20Santos%20C%202020>>. Acesso em 18 maio 2022.

¹⁰⁷ Nesse sentido, veja-se: SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin E. *Antitrust and regulating big data*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834611>. Acesso em 10 mar 2023; e PFEIFFER, Roberto A. C. *Digital Economy, Big Data and Competition Law*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440296>. Acesso em 10 mar. 2023.

¹⁰⁸ Por não dizer respeito ao objeto do presente estudo, não serão tecidas maiores considerações sobre esse tema, o qual já foi objeto de discussões aprofundadas no seguinte estudo: OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR,

Nesse contexto, Kennedy¹⁰⁹ defende que os agentes de mercado detentores de um grande volume de dados não são uma ameaça à concorrência, mas sim uma importante fonte de inovação, de modo que a coleta de dados deveria ser incentivada ao invés de limitada.

Para outros, haveria, sim, uma interseção entre a proteção de dados pessoais e o direito antitruste¹¹⁰, mas as autoridades deveriam ser cautelosas quando de suas intervenções para não excederem suas competências, tampouco desincentivar a atividade econômica e o processo de inovação, evitando-se, desta forma, que a intervenção gere desequilíbrios e produza no mercado resultados líquidos negativos superiores ao de uma não-intervenção. Por estas razões, diferentes estudos costumam referir-se a tal linha de pensamento como “moderada”.

Ademais, para os defensores dessa corrente, a tradicional política antitruste seria “suficiente para lidar com abusos decorrentes do uso de dados de maneira anticompetitiva, ainda que alguns ajustes na moldura analítica e remédios sejam necessários”¹¹¹, destacando Hovenkamp¹¹² que a concorrência em mercados de plataformas digitais pode apresentar novos desafios, mas que a maior parte deles pode ser endereçada pelas ferramentas atualmente já previstas no direito antitruste.

Por sua vez, a terceira corrente de pensamento também entende que há uma relação entre a defesa da concorrência e a proteção de dados. Diferencia-se, entretanto, da segunda linha de pensamento apresentada por defenderem seus expoentes que as autoridades antitruste deveriam adotar abordagens mais ativas do que as atualmente verificadas¹¹³. Isso se dá, sobretudo, por entenderem que o direito antitruste possui finalidades mais amplas que as defendidas originalmente pela Escola de Chicago¹¹⁴, propondo-se à prevenção e repressão de quaisquer

Alexander. *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561563>. Acesso em 10 mar. 2023.

¹⁰⁹ KENNEDY, Joe. *The Myth of Data Monopoly: why antitrust concerns about data are overblown*, 2017. Disponível em: <<https://www2.itif.org/2017-data-competition.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2022.

¹¹⁰ HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

¹¹¹ ROCHA, Daniel F.; CHAKMATI, Marina. *Antitruste e privacidade*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.) *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p.127.

¹¹² HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

¹¹³ ROCHA, Daniel F.; CHAKMATI, Marina. *Antitruste e privacidade*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.) *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, pp. 119-150.

¹¹⁴ O termo “Escola de Chicago” é utilizado para referir-se a linha clássica de pensamento de autores do final da década de 1970, como Bork, Posner, Bowman e MacGee, os quais pregavam, em suma, o menor grau possível de intervenção do Estado na economia. Para tais autores, a concentração e o poder de mercado de tal fenômeno derivado não seriam necessariamente prejudiciais, pois capazes de gerar eficiências. Conforme apontado por Frazão, para essa vertente, nem mesmo a formação de monopólios seriam problemáticos, caso produzissem

espécies de abuso de poder econômico¹¹⁵. Essa linha vem sendo conhecida como “hipster antitruste” ou “neo-brandeisiana”, sendo o posicionamento adotado, por exemplo, por Wu¹¹⁶, Khan¹¹⁷ e Stucke e Grunes¹¹⁸.

Sem pretender esgotar o debate sobre o tema, mas tão somente auxiliar o leitor a melhor compreender as razões pelas quais as duas últimas correntes acima entendem pela existência de uma área comum entre proteção de dados e o antitruste, mostra-se imprescindível apresentar algumas considerações adicionais sobre a identificada interseção entre defesa da concorrência e privacidade¹¹⁹.

Em suma, os defensores destas correntes entendem que, hodiernamente, muito embora os dados pessoais não sejam uma moeda, no sentido estrito do termo, eles possuiriam valor econômico, sendo, por estas razões, de interesse para o mercado¹²⁰. Destarte, haveria a necessidade de garantir-se uma maior integração entre proteção de dados e outras disciplinas,

eficiências, bem-estar ao consumidor e não houvesse barreiras à entrada em tais mercados. Tal ponto seria inclusive a ideia central do paradoxo antitruste de Bork, que sustenta que a defesa da concorrência pelo Estado poderia impedir a formação de economias de escala benéficas ao consumidor.

¹¹⁵ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza M. da S. B. *Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados*, 2020. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%20Santos%20C%202020>>. Acesso em 18 maio 2022.

¹¹⁶ WU, Tim. *After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice*, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2291/>. Acesso em 18 maio 2021.

¹¹⁷ Nesse sentido, veja-se, dentre outros: KHAN, Lina M. *What make tech platforms so powerful? In: PROMARKET. Digital platforms and concentration*, 2018. Disponível em: <<https://www.promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em 18 maio 2021; e KHAN, Lina M. *Amazon's antitrust paradox*, 2017. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>>. Acesso em 18 maio 2021.

¹¹⁸ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. New York: Oxford University Press, 2016.

¹¹⁹ Não obstante a existência de debates sobre o conceito de privacidade, para fins do presente estudo, o termo será utilizado para referir-se ao nível de controle que os usuários detêm sobre seus dados pessoais. Para maiores informações sobre o tema, vide: SOLOVE, Daniel J. *Conceptualizing privacy*. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3481326>>. Acesso em 01 dez. 2022.

¹²⁰ COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law*, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2022; BUITEN, Miriam C. *Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>>. Acesso em 22 nov. 2022.

como direito do consumidor e defesa da concorrência¹²¹, na medida em que todas possuiriam, neste ponto, o interesse comum de evitar abusos relacionados à exploração de dados¹²².

Mais do que apenas um objetivo-maior comum, a doutrina especializada aponta para a existência de significativas complementariedades entre tais disciplinas¹²³, as quais deveriam ser observadas para garantir-se o efetivo cumprimento de seus objetivos individuais específicos.

Nesse sentido, Costa-Cabral e Lynskey¹²⁴ apontam que as leis de proteção de dados podem servir (i) de parâmetro para avaliação de efeitos anticompetitivos sobre parâmetros não-preço de concorrência (*e.g.* qualidade, escolha e inovação), estabelecendo um *benchmark* do nível ótimo de proteção a ser adotado, cujo desrespeito poderia indicar a existência de abusos; e (ii) como limite externo à aplicação das leis de defesa da concorrência, em virtude do status de direito fundamental garantido à privacidade¹²⁵. Isso significaria, por exemplo, que as autoridades antitrustes não poderiam celebrar acordos ou aplicar remédios que pudessem, de qualquer forma, ferir a privacidade.

¹²¹ Nesse sentido, veja-se: EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em 28 ago. 2018; e AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=5ECEAAC84B41B270984401116D3C7996.1_cid371?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 22 out. 2022.

¹²² Nesse sentido, *vide*: ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a market failure perspective*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3686785>. Acesso em 22 out. 2022; e DiPORTO, Fabiana; GHIDINI, Gustavo. *Big Data between privacy and competition: dominance by exploitation? Which remedies?*. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Di%20Porto%20and%20Ghidini.pdf>. Acesso em 30 nov. 2022.

¹²³ Nesse sentido, *vide*: COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, 2017*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2022; DOUGLAS, Erika M. *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771461>. Acesso em 30 nov. 2022; e ESAYAS, Samson. *Competition in (Data) Privacy: 'Zero' Price Markets, Market Power and the Role of Competition Law*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3295065>. Acesso em 30 nov. 2022.

¹²⁴ COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, 2017*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2022.

¹²⁵ Destaca-se que os autores realizaram tais reflexões com base no direito europeu, não sendo passível de importação, portanto, para todos os casos. No Brasil, contudo, entende-se por aplicáveis tais considerações, na medida em que não só o direito à privacidade já constava no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, mas também recentemente formalizou-se o direito fundamental à proteção de dados pessoais com a Emenda Constitucional n. 115/2022.

Há de se destacar, contudo, o posicionamento daqueles que apontam para a existência de limites entre essa interação, reconhecendo a existência de pontos de conflito/tensão entre as disciplinas de defesa da concorrência e proteção de dados.

Sobre esse ponto, Douglas¹²⁶ indica a existência de dois principais desafios à análise antitruste.

O primeiro consiste na dificuldade de se avaliar os *tradeoffs* entre diferentes dimensões de qualidade. É o que é verificado, por exemplo, quando diante da alteração do *design* de um produto que pode reduzir os níveis de privacidade fornecidos aos usuários, através de um aumento do volume de dados coletados, ao mesmo tempo em que aumenta a qualidade por outros meios, tais como pelo oferecimento de um produto/serviço personalizado, que melhor se aproxime dos interesses daquele usuário.

Já o segundo reside no fato de os interesses protegidos pelas normas de proteção de dados nem sempre convergirem com aqueles do antitruste, por vezes, podendo apresentar-se, em verdade, como opostos. Como exemplo, indica-se a situação em que, sob o ponto de vista da defesa da concorrência, mostrar-se-ia interessante promover o acesso a uma base de dados que esteja sobre o controle da empresa dominante, fornecendo, com isso, o acesso a dados pessoais por outras empresas que com ela concorram no mercado sem o consentimento prévio dos usuários.

Apesar de nem sempre convergentes, reconhece a autora que desafios deste tipo não são exclusivos da relação entre defesa da concorrência e proteção de dados, indicando a história do antitruste que situações semelhantes já foram enfrentadas em virtude da relação daquela primeira com outras disciplinas, tais como propriedade intelectual e direito do consumidor, sendo, portanto, superáveis.

Assim sendo, e conforme já adiantado, de maneira geral, identifica-se que, no âmbito do direito antitruste, a privacidade poderia ser vista como um fator não-preço de concorrência, geralmente associada à dimensão qualidade¹²⁷ de um produto/serviço.

¹²⁶ DOUGLAS, Erika M. *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771461>. Acesso em 30 nov. 2022.

¹²⁷ LYNSKEY, Orla. *Grappling with “Data Power”*: Normative Nudges from Data Protection and Privacy. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/332027427_Grappling_with_Data_Power_Normative_Nudges_from_Data_Protection_and_Privacy>. Acesso em 13 dez. 2022; e ROBERTSON, Viktoria H. S. E. *Excessive data*

Isto é, entende-se que embora as plataformas digitais não concorram pelo fator preço, tais agentes poderiam concorrer com base no nível de proteção à privacidade conferido, caso tal fator seja considerado relevante pelos consumidores do produto/serviço prestado. É o caso, por exemplo, da *search engine* do DuckDuckGo, a qual anuncia¹²⁸ possuir como principal diferencial competitivo o fato de permitir, *inter alia*, a navegação e realização de pesquisas na internet sem a coleta e armazenamento de informações do usuário, fazendo uso de *slogans* como “*your personal data is nobody's business*” e “*same internet, more privacy*” para promover seus serviços.

Diferentes autoridades antitruste reconhecem a necessidade de avaliarem-se outras variáveis competitivas, tais como qualidade, em suas análises, havendo menções expressas nesse sentido nos guias de análise publicados pelas autoridades americanas¹²⁹, europeia¹³⁰ e brasileira¹³¹. Isso não significa, contudo, que haja necessariamente uma convergência de entendimentos entre tais autoridades no que diz respeito à possibilidade de incluírem-se em suas análises questões relacionadas à proteção de dados, conforme explorado no tópico a seguir.

II.3. Diferentes autoridades antitruste, diferentes entendimentos

As diversas linhas de pensamento não estão restritas apenas aos debates acadêmicos, revelando a jurisprudência de diferentes autoridades antitruste a existência de entendimentos nem sempre convergentes.

Vejamos alguns exemplos.

Em 2007, a Federal Trade Commission (FTC), autoridade antitruste dos Estados Unidos da América, quando da análise do ato de concentração Google/DoubleClick¹³², investigou, *inter*

collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971>. Acesso em 22 nov. 2022.

¹²⁸ Para maiores informações, *vide*: <<https://duckduckgo.com/about>>. Acesso em 13 dez. 2022.

¹²⁹ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal merger guidelines (2010)*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>>. Acesso em 12 nov. 2022.

¹³⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52004XC0205%2802%29>>. Acesso em 12 nov. 2022.

¹³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em 31 out. 2021

¹³² FEDERAL TRADE COMMISSION. *Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022.

alia, a possibilidade de a combinação da base de dados das requerentes ser explorada de maneira lesiva à privacidade dos usuários e garantir significativa vantagem competitiva ao Google em relação aos seus rivais, concedendo-lhe mais poder de mercado.

Ao final, por maioria, a autoridade decidiu não impugnar a operação, entre outros motivos, por entender que os dados das partes não seriam essenciais¹³³ para que empresas pudessem com elas concorrer no mercado no pós-Operação e que não seria possível reprová-la tão somente por questões relacionadas à proteção de dados¹³⁴.

Naquela oportunidade, contudo, a Conselheira Pamela Jones Harbour, em seu voto vencido¹³⁵, argumentou que questões relacionadas a dados não poderiam ser avaliadas tão somente sob o aspecto de defesa do consumidor, também devendo ser alvo de considerações sob o ponto de vista antitruste¹³⁶, o que, ao seu ver, não havia sido realizado.

¹³³ “Yet, the evidence indicates that neither the data available to Google, nor the data available to DoubleClick, constitutes an essential input to a successful online advertising product. A number of Google’s competitors have at their disposal valuable stores of data not available to Google. For instance, Google’s most significant competitors in the ad intermediation market, Microsoft, Yahoo!, and Time Warner have access to their own unique data stores. These firms own popular search engines, and will have access to consumer information from their internal ad servers, ad intermediation services, other web properties, and software. The entry and expansion of these well-financed competitors has transformed the ad intermediation marketplace over the last six months. All of these firms are vertically integrated, and all appear to be well-positioned to compete vigorously against Google in this new marketplace.”

¹³⁴ “This is not the first time that the Commission has been asked to block a merger, notwithstanding that the transaction is not likely to create, enhance, or facilitate market power in violation of the antitrust statutes we enforce. The Commission has been asked before to intervene in transactions for reasons unrelated to antitrust concerns, such as concerns about environmental quality or impact on employees. Although such issues may present important policy questions for the Nation, the sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry. That said, we investigated the possibility that this transaction could adversely affect non-price attributes of competition, such as consumer privacy. We have concluded that the evidence does not support a conclusion that it would do so. We have therefore concluded that privacy considerations, as such, do not provide a basis to challenge this transaction.”

¹³⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. Dissenting Statement Of Commissioner Pamela Jones Harbour In the matter of Google/DoubleClick. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022.

¹³⁶ “Throughout the Commission’s antitrust investigation of this transaction, I was concerned that the data issues would be relegated to the consumer protection side of the agency, and would not receive adequate attention by antitrust staff. I remain concerned that the Commission’s antitrust investigation relied on the parties’ representations about what they intend to do with their combined data troves, even though their choices about data integration are as relevant to the antitrust analysis as they are to the consumer protection review. After all, why would Google pay billions of dollars for DoubleClick, in an effort to keep DoubleClick out of the hands of competitors, if Google does not intend to combine the two firms’ valuable datasets?
(...)

I have paid particularly close attention to the privacy debate surrounding this transaction. In addition, I have considered (and continue to consider) various theories that might make privacy “cognizable” under the antitrust laws, and thus would have enabled the Commission to reach the privacy issues as part of its antitrust analysis of

Ademais, apontou que os efeitos de rede presentes nos mercados relevantes potencialmente afetados mereciam maior atenção da autoridade, podendo a combinação dos negócios e *data sets* do Google e DoubleClick impactar no desenvolvimento futuro de tais mercados¹³⁷. Destacou, ainda, que tal combinação inseria a operação num cenário de interseção entre o direito antitruste e proteção de dados, sendo competente o FTC para impugnar a operação¹³⁸.

Não obstante o posicionamento majoritário expressado à época, tem-se que, desde então, as discussões evoluíram substancialmente, de modo que em 2022 a autoridade antitruste norte-americana iniciou¹³⁹ procedimento de consulta pública visando a atualização de seu guia de análise de fusões e aquisições, o qual expressamente indica o interesse na obtenção de informações que permitam melhor compreender e endereçar questões ligadas a mercados digitais, tais como o papel dos dados em mercados de múltiplos-lados com preço-zero.

Já na Alemanha, a Bundeskartellamt, autoridade antitruste alemã, no âmbito do *Case B6-22/16*¹⁴⁰ demonstrou preocupações com a política de dados do Facebook, que permitia a coleta de dados em ambientes externos à sua plataforma de rede social com o intuito de combiná-los com os gerados em sua plataforma para processamento conjunto dos dados, o que consistiria em um abuso de posição dominante e violação ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (General Data Protection Regulation – GDPR).

the transaction I have paid particularly close attention to the privacy debate surrounding this transaction. In addition, I have considered (and continue to consider) various theories that might make privacy “cognizable” under the antitrust laws, and thus would have enabled the Commission to reach the privacy issues as part of its antitrust analysis of the transaction.”

¹³⁷ “These existing horizontal overlaps are troubling enough, and might have provided a predicate for the Commission to impose conditions on the merger. But even more troubling is that the combination of Google and DoubleClick likely will affect the evolution of the entire online advertising market – especially in light of existing network effects, and the tremendous additional network effects the transaction will generate. The majority’s analysis skims too quickly over these points. Network effects deserve greater attention”.

¹³⁸ “In many ways, the acquisition of DoubleClick by Google is a case of first impression for the Commission. The transaction will combine not only the two firms’ products and services, but also their vast troves of data about consumer behavior on the Internet. Thus, the transaction reflects an interplay between traditional competition and consumer protection issues. The Commission is uniquely situated to evaluate the implications of this kind of data merger, from a competition as well as a consumer protection perspective.”

¹³⁹ Nesse sentido, veja-se o seguinte *press release*, publicado em janeiro de 2022: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/01/federal-trade-commission-justice-department-seek-strengthen-enforcement-against-illegal-mergers>>. Acesso em 30 jun. 2022.

¹⁴⁰ BUNDESKARTELLAMT, *Case B6-22/16*. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5>. Acesso em 29 jun. 2022.

Em suas razões de decidir, apontou-se ser indispensável o exame da conduta não apenas sob a égide da legislação antitruste, mas também sobre os princípios da proteção de dados esculpido no GDPR, na medida em que a forma como coletados e processados dados são especialmente relevantes para a dinâmica competitiva em mercados digitais, pois poderiam resultar em um aumento das barreiras à entrada e garantir vantagens competitivas à empresa dominante. Assim, em 2019, a autoridade alemã proibiu o Facebook de condicionar o uso de sua rede social à coleta de dados da forma como vinha sendo realizada.

O Facebook, então, recorreu da decisão para a Corte regional de Düsseldorf, que concedeu medida liminar, no âmbito do *Case VI-Kart 1/19 (V)*¹⁴¹. Em sua decisão, a Corte suspendeu a decisão da Bundeskartellamt por entender, *inter alia*, que (i) a conduta não seria danosa à concorrência, na medida em que não resultava em prejuízos financeiros aos consumidores da plataforma; (ii) não haveria nexo de causalidade entre a posição dominante do Facebook e as disposições constantes em sua política de dados; e (iii) não haveria abusividade, pois os consumidores conscientemente anuiriam aos termos de uso da plataforma, podendo, a qualquer momento, deixá-la. Destaca-se que a Corte não apresentou maiores considerações sobre as supostas alegações de desconformidades ao GDPR, as quais teriam sido entendidas como não relevantes¹⁴² para a análise da Corte quanto as questões antitrustes postas.

Ato contínuo, em 2020, a Suprema Corte Federal Alemã, no âmbito do *Case KVR 69/19*, reverteu¹⁴³ a decisão da Corte de Düsseldorf e, ainda em sede de avaliação preliminar, confirmou a decisão da autoridade antitruste, reconhecendo que o Facebook teria abusado de sua posição dominante no mercado de redes sociais ao impor uma política de dados que

¹⁴¹ Apesar dos esforços investidos na pesquisa, não se mostrou possível a obtenção de uma versão oficial traduzida da decisão original da Corte, tampouco uma elaborada por cortesia pela própria autoridade antitruste. Dessa forma, mostrou-se necessário utilizar a uma tradução não-oficial do *decisium*, elaborada pelo D-kart, blog antitruste da Universidade de Düsseldorf. Para além disso, foram analisados artigos científicos que analisaram a versão original em alemão, bem como *press releases* oficiais da autoridade antitruste sobre o andamento dos referidos processos para complementar a análise. Eis a referência da mencionada versão em inglês da decisão: D-KART. Facebook./ Bundeskartellamt The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V). Disponível em: <<https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>>. Acesso em 29 jun. 2022.

¹⁴² Nesse sentido, veja-se: WIEDEMANN, Klaus. *A matter of choice: the German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)*, 2020. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00990-3>>. Acesso em 29 jun. 2022.

¹⁴³ BUNDESKARTELLAMT. *Courtesy translation of Decision KVR 69/19 rendered by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em 29 jun. 2022.

permitissem-lhe coletar dados gerados por usuários registrados em sua plataforma em sites e aplicativos de terceiros.

Os exemplos acima demonstram a complexidade e dinamicidade das discussões, as quais abarcam diferentes pontos de vista que ao longo do tempo se transformam. Dessa realidade não escapa o Brasil, merecendo destaque o entendimento expressado pelo Cade em 2010-2011, quando da avaliação dos Atos de Concentração nºs 08012.003107/2010-62 (Oi/Phorm) e 08012.010585/2010-29 (Telefônica/Phorm).

Ambas as operações diziam respeito a um contrato de parceria firmado pela Phorm com empresas de telecomunicações voltado à implementação de tecnologia que permitisse o monitoramento e coleta de dados gerados pelo usuário durante sua navegação na internet com o intuito de oferecer-lhe publicidade direcionada às suas preferências. Como consequência, foram suscitadas preocupações relacionadas à privacidade dos usuários na internet e possibilidade de obtenção de vantagens significativas à Phorm em face de outros agentes que ofereceriam serviços de publicidade direcionada.

A primeira operação foi aprovada sem restrições por unanimidade pelo Cade, nos termos do voto do então Conselheiro Relator Fernando Furlan¹⁴⁴, o qual expressamente indiciou em suas razões de decidir que

“Não é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet. A lei atribui ao CADE o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica. Nessa linha, apenas questões que afetem a competição no mercado são passíveis de análise pelo Conselho. A privacidade na Internet não parece ser uma de tais questões, ao menos no momento.”¹⁴⁵

Para além disso, entendeu-se que haveria outras empresas com significativa base de usuários que poderiam propiciar a entrada de novos agentes no mercado de publicidade online de maneira análoga à realizada pela Phorm.

Já no segundo Ato de Concentração, o ex-Conselheiro Ricardo Ruiz, em seu Voto como Relator, defendeu que

“Não obstante a oportuna e esclarecedora manifestação do DPDC sobre o potencial da tecnologia Phorm de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na Internet, ressalto que não é atribuição

¹⁴⁴ Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62, constante no Documento SEI nº 0062933 (pp. 96-106).

¹⁴⁵ Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62, constante no Documento SEI nº 0062933, p. 97.

institucional do CADE analisar tais impactos. A lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884/94, atribuiu a este Conselho o dever e o poder de analisar os impactos concorrenciais dos atos de concentração. A única finalidade da análise concorrencial de fusões, aquisições (etc.) é identificar e condicionar operações que possam prejudicar a concorrência.”¹⁴⁶

Diferentemente do ocorrido quando da análise daquele primeiro caso, não houve unanimidade na decisão, tendo o ex-Conselheiro Fernando Furlan apresentando voto-vista¹⁴⁷, condicionando a aprovação da referida Operação ao desfazimento da parceria Oi/Phorm.

Para o então Conselheiro, a operação teria o potencial de transferir o “poder de monopólio do mercado de internet de banda larga para o mercado de publicidade”, representando o acesso a todos os dados dos usuários “um papel análogo a uma *essential facility*”, na medida em que com a exceção do uso de *softwares* ilícitos ou invasões não autorizadas de computadores, “outros agentes do mercado de publicidade na internet simplesmente não têm como obter o volume e a qualidade de informações que as provedoras podem obter ao monitorar todo o tráfego de seus usuários”.

Ao seu ver, os problemas concorrenciais identificados resultariam da combinação da parceria Telefônica/Phorm com aquela já existente entre esta última e a Oi, razão pela qual propôs que “em qualquer outra parceria realizada pela Phorm com provedores de banda larga, essa seja avaliada considerando-se o volume de dados de usuários de banda larga”.

Não obstante, houve, ainda, apresentação de voto-vista por parte do ex-Conselheiro Marcos Paulo Verissimo¹⁴⁸, que entendeu pela possibilidade de aprovação sem restrições da operação, nos termos do voto do relator.

Ao final, então, por maioria, a operação foi aprovada sem restrições.

Com base nos precedentes acima, poder-se-ia cogitar, *a priori*, que o entendimento do Cade estaria mais próximo daquele conservador apresentado anteriormente, fruto da linha clássica da Escola de Chicago, segundo o qual o campo do direito antitruste não possuiria interseção com a proteção de dados.

¹⁴⁶ Voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29, constante no Documento SEI nº 0051084, pp. 199-200.

¹⁴⁷ Voto-vista do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29, constante no Documento SEI nº 0051086 (pp. 256-270).

¹⁴⁸ Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29, constante no Documento SEI nº 0051098 (pp. 121-138)

Há de se destacar, contudo, que os precedentes citados acima são anteriores a entrada em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência, que trouxe consigo profundas mudanças na política brasileira de defesa da concorrência, bem como, que, desde então, o Conselho do Cade e a Superintendência-Geral já tiveram suas respectivas composições completamente alteradas¹⁴⁹. Com novos Conselheiros e Superintendentes-Gerais, podem ser apresentadas novas teses e opiniões que, por vezes, redirecionam a jurisprudência de um órgão.

Entretanto, para que seja possível verificar se, de fato houve e, em caso positivo, em que medida eventual alteração do entendimento impactou a avaliação de atos de concentração e condutas unilaterais no Cade, faz-se necessário a avaliação da jurisprudência da autoridade antitruste nacional a partir de sua entrada em vigor até o presente momento, o que será realizado no capítulo IV.

Não obstante, importa destacar que a LDC ao prever de maneira em aberto que a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica no Brasil é orientada, *inter alia*, pela repressão ao abuso do poder econômico, não obsta, *prima facie*, a avaliação de questões ligadas a proteção de dados quando da análise do impacto concorrencial de atos de concentração e condutas unilaterais postos a apreciação da autoridade antitruste nacional.

Destarte, no atual cenário, poder-se-ia afirmar que há uma inegável e crescente relação entre a proteção de dados e defesa da concorrência¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Ao longo dos 10 primeiros anos da Lei nº 12.529/11, o Cade contou com 4 Superintendentes-Gerais e 23 membros do Tribunal. Considerando que este último é composto por 1 presidente e 6 membros, tem-se que o Tribunal passou por mais de 3 alterações completas em sua composição. A título de completude, indica-se abaixo o nome de cada membro do Conselho e o respectivo mandato: Marcos Paulo Veríssimo (03/05/2011 a 02/05/2013), Olavo Zago Chinaglia (13/08/2010 a 12/08/2012), Alessandro Serafin Octaviani Luis (30/03/2011 a 12/08/2012), Elvino de Carvalho Mendonça (03/05/2011 a 02/05/2013), Vinicius Marques de Carvalho (30/05/2012 a 29/05/2016), Ricardo Machado Ruiz (22/02/2012 a 21/02/2014), Ana de Oliveira Frazão (16/08/2012 a 15/08/2015), Eduardo Pontual Ribeiro (16/08/2012 a 15/08/2014), Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo (20/01/2014 a 20/01/2018), Márcio de Oliveira Junior (16/01/2014 a 15/01/2017), Alexandre Cordeiro Macedo (09/07/2015 a 08/07/2019 e 12/07/2021 a 10/07/2025), João Paulo de Resende (15/07/2015 a 14/07/2019), Paulo Burnier da Silveira (17/07/2015 a 16/07/2019), Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt (16/09/2015 a 15/09/2019), Alexandre Barreto de Souza (22/06/2017 a 22/06/2021), Maurício Oscar Bandeira Maia (12/07/2017 a 11/07/2021), Polyanna Ferreira Silva Vilanova (06/11/2017 a 08/07/2019), Paula Farani de Azevedo Silveira (19/02/2018 a 18/02/2022), Lenisa Rodrigues Prado (11/10/2019 a 10/10/2023), Luis Henrique Bertolino Braido (05/11/2019 a 04/11/2023), Sérgio Costa Ravagnani (07/10/2019 a 06/10/2023), Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann (15/10/2019 a 14/10/2023) e Gustavo Augusto Freitas de Lima (12/04/2022 a 11/04/2026). Por suas vezes, eis os Superintendentes-Gerais e seus respectivos mandatos: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (29/05/2012 a 28/05/2015), Eduardo Frade Rodrigues (16/07/2015 a 15/07/2017), Alexandre Cordeiro Macedo (1º mandato: 24/10/2017 a 23/10/2019 e 2º mandato: 24/10/2019 a 23/10/2021) e Alexandre Barreto de Souza (13/04/2022 a 12/04/2024).

¹⁵⁰ FRAZÃO, Ana. *Big data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais*. In: BIONI, et al. (Coords). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Forense, 2020, pp. 961-993.

Reforça esse entendimento o fato de diversas autoridades antitruste, centros de pesquisa e órgãos/organismos internacionais, terem dedicado consideráveis esforços sobre o tema da concorrência em mercados digitais e da sua relação com proteção de dados pessoais¹⁵¹ em busca de soluções eficientes para os desafios compartilhados pela comunidade antitruste, os quais serão apresentados a seguir.

¹⁵¹ Nesse sentido, para além dos documentos da OCDE, Cade e Stigler Center já citados no presente trabalho, veja-se, por exemplo: TÖRNGREN, Oskar. *Mergers in big data-driven markets: is the dimension of privacy and protection of personal data something to consider in the merger review?* Disponível em: <<https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1186978/FULLTEXT01.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2022; e FRAZÃO, Ana. *Big data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais*. In: BIONI, et al. (Coords). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Forense, 2020, pp. 961-993. Acesso em 01 abr. 2022. Para além disso, *mister* observar a realização de eventos internacionais como os da International Competition Network (ICN) com sessões de debate contemplando tais temas, como o ICN Merger Workshop 2022 (<<https://icnmergerworkshop2022.cade.gov.br/>>), e o ICN Virtual Unilateral Conduct Workshop 2022 (<<https://www.cci.gov.in/node/6541>>).

III. DESAFIOS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM *DATA-DRIVEN MARKETS*

Compreendida a relação entre defesa da concorrência e proteção de dados e adotando-se como pressuposto já anunciado o entendimento de que há uma correlação entre os objetivos almejados pelo direito antitruste e pela disciplina da proteção de dados pessoais, de modo a atingir os objetivos propostos pelo presente estudo, há de se investigar os desafios associados à defesa da concorrência em mercados digitais movidos a dados. Para tanto, será avaliado se as ferramentas tradicionais do direito antitruste, baseadas no fator preço como principal variável competitiva, seriam aplicáveis aos mercados digitais movidos a dados, bem como investigadas as propostas formuladas pela doutrina especializada para a solução de tais desafios.

III.1. A (in)compatibilidade das ferramentas tradicionais à nova realidade

A nova realidade decorrente da digitalização dos mercados acarreta uma série de desafios a análise antitruste, que se utiliza primordialmente das ferramentas da teoria econômica neoclássicas, baseadas, em grande parte, no elemento “preço” como principal variável competitiva do mercado. Em outras palavras, tem-se que as categorias clássicas do direito concorrencial, são desafiadas pela nova realidade dos mercados digitais baseados em dados (*data-driven markets*).

Senão vejamos.

Uma das primeiras, e costumeiramente considerada uma das mais importantes¹⁵², etapas de análises antitruste, consiste na identificação do(s) mercado(s) relevante(s) possivelmente afetado(s) por dada conduta anticompetitiva, seja ela unilateral ou colusiva, ou ato de concentração.

Segundo Frazão, a definição do mercado relevante tem por objetivo compreender a dinâmica concorrencial do mercado,

“motivo pelo qual é feita a partir do exame da substitutibilidade dos produtos ou serviços envolvidos, o que se reflete na elasticidade da demanda. A ideia básica subjacente à definição do mercado relevante é saber em que medida os consumidores poderiam desviar sua demanda para produtos substituíveis caso houvesse um aumento de preços”¹⁵³.

¹⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho 01/10*. Delimitação de Mercado Relevante. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/economic-studies/working_papers/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em 30 out. 2021

¹⁵³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139- 140

Conforme identificado por Bagnoli, para a definição do mercado relevante faz-se uso do teste do monopolista hipotético (TMH),

“segundo o qual se define o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos ou serviços e a menor área geográfica, que são necessários para um suposto agente monopolista dispor de condições para impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços [*small but significant and non-transitory increase in price – SSNIP*], quando os consumidores não conseguem desviar uma parcela significativa da demanda para outros produtos ou serviços substitutos, ou produtos ou serviços provenientes de outra área geográfica”¹⁵⁴.

Pelos comentários dos autores supra, observa-se que a implementação do TMH se dá através da aplicação da análise de perda crítica e do teste SSNIP.

O primeiro, nos termos do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (Guia H) do Cade, “representa um dos métodos quantitativos que podem ser aplicados, (...) se valendo de informações da demanda e da elasticidade preço da demanda para fazer inferências sobre a possibilidade de dois ou mais produtos fazerem parte do mesmo MR [mercado relevante]”¹⁵⁵.

Já o segundo, destina-se a verificar a reação do mercado a um aumento pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços. Isto é, busca-se identificar se, em um curto espaço de tempo, diante do aumento de preço, seria possível esperar que outras empresas passem a ofertar o produto/serviço em dado mercado, bem como se tal aumento levaria os consumidores a desviarem suas respectivas demandas para outros fornecedores.

Em suma, verifica-se que o mercado relevante poderia ser entendido como o menor espaço em que dada empresa poderia exercer poder de mercado, sendo tal exercício geralmente associado a um aumento unilateral de preços. Ou, conforme resumido por Eben, “*the smallest market worth monopolizing*”¹⁵⁶.

Não obstante, conforme visto, apesar de não ser uma característica exclusiva destes, os mercados digitais, em grande parte, sobretudo naqueles em o modelo de negócios predominante é o de plataformas, são mercados de múltiplos lados em que ao menos um dos lados é um mercado de preço-zero.

¹⁵⁴ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*, 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 293-294

¹⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em 31 out. 2021.

¹⁵⁶ EBEN, Magali. *Market definition and free online services: the prospect of personal data as price*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207201>. Acesso em 15 set. 2022.

Não sendo o preço um fator relevante de concorrência, já é possível notar uma primeira dificuldade da aplicação das ferramentas tradicionais retromencionadas.

Para Newman¹⁵⁷, torna-se incoerente a aplicação dessas ferramentas em mercados de preço-zero, onde a unidade básica de valor extraída dos consumidores não é expressada pelo fator preço. Isso porque, não haveria uma maneira concreta de se analisar um aumento de 5% de um preço zero. Afinal, matematicamente, se 5% de zero é zero, torna-se inoperável a aplicação do teste SSNIP¹⁵⁸.

Ainda sobre essa dificuldade, Crémer, Montjoye e Schweitzer, em seu relatório para a Comissão Europeia, apontam que

“It is clearly outside of the scope of this report to discuss in any detail the difficulties associated with the use of the small but significant non-transitory increase in price, or "SSNIP" test, to multi-sided markets. Suffice it to say that increasing one price without modifying the price on the other side does not make much sense, and there is no clear theoretical guide to know which way price changes on both sides should be balanced. The problem is even more complicated when a zero price is charged on one side”¹⁵⁹

Isso não quer dizer, contudo, que tais ferramentas não possuem mais utilidades e precisariam ser descartadas, tendo surgido diversas propostas para a solução dos desafios acima apresentados.

III.2. A busca de soluções para os desafios

III.2.1. Adaptações ao teste SSNIP

Para se adaptar à nova realidade dos mercados digitais e captar suas peculiaridades, parte da doutrina especializada propõe variações/adaptações do teste SSNIP. Dentre as principais sugestões de adaptação estão aquelas que se debruçam sobre outras variáveis relevantes não relacionadas ao fator preço, tais como qualidade¹⁶⁰ (*small but significant non-transitory decrease in quality*, ou SSNDQ), custo¹⁶¹ (*small but significant and non-transitory increase in*

¹⁵⁷ NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets: applications*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304>. Acesso em 31 out. 2021

¹⁵⁸ EVANS, David. S. *The antitrust economics of free*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193>. Acesso em 31 out. 2021

¹⁵⁹ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era*, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 31 out. 2021

¹⁶⁰ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era*, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 31 out. 2021

¹⁶¹ NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets: applications*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304>. Acesso em 31 out. 2021.

costs, ou SSNIC) e atenção¹⁶² (*attentional small but significant and non-transitory increase in price* ou A-SSNIP). Para além dessas, há, ainda, uma proposta que visa considerar como preço o volume de dados pessoais transacionáveis¹⁶³ (*tradeable personal data* ou TPD) requeridos para aquisição do bem/utilização do serviço¹⁶⁴.

O primeiro teste indicado acima busca avaliar os desvios de demanda a partir da diminuição da qualidade do serviço prestado, enquanto o segundo toma por base um aumento nos custos de informação e atenção associados à utilização da plataforma. Já o terceiro, apesar da possível confusão terminológica associada com o segundo teste, derivada da tradução literal do termo original para o português, com ele não se confunde, dedicando-se o A-SSNIP à verificação da reação dos consumidores a um aumento na quantidade de “anúncios” (publicidade *online*) veiculados nas plataformas. Por fim, no que diz respeito ao último teste mencionado acima, destaca-se que este tem como foco a quantidade de TPDs que os consumidores estão dispostos a fornecer para ter acesso aos produtos/serviços oferecidos pela plataforma, avaliando-se, portanto, eventuais desvios de demanda decorrentes de um aumento do volume de tal espécie de dados pessoais capturados.

Aplicando-se tais instrumentos no contexto dos *data-driven markets*, tem-se que o nível de proteção à privacidade conferido pode ser considerado um fator de qualidade, de modo eventual teste poderia ser aplicado quando da alteração das políticas de proteção a dados pessoais de dada plataforma ou até mesmo para análise de operações de fusões que resultariam na união de bancos de dados de duas empresas.

Como exemplo, podemos citar as decisões da Comissão Europeia nos casos LinkedIn/Microsoft¹⁶⁵ e Facebook/Whatsapp¹⁶⁶, em que, apesar de não terem resultado na

¹⁶² WU, Tim. *Blind spot: the attention economy and the law*. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship>. Acesso em 15 set. 2022.

¹⁶³ Em suma, Eben define um “dado pessoal transacionável” como sendo um dado pessoal que pode ser parte de uma transação entre o vendedor/provedor de um bem ou serviço e um usuário e que pode ser monetizada. Ou seja, uma informação de um indivíduo dotada de valor econômico para o mercado, capaz, destarte, de tornar-se monetizável. No original: “*personal data which can be part of an Exchange between a seller, or service provider, and a user, and which can be monetized by the seller*”.

¹⁶⁴ EBEN, Magali. *Market definition and free online services: the prospect of personal data as price*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207201>. Acesso em 15 set. 2022.

¹⁶⁵ EUROPEAN COMMISSION. *Regulation (EC) N° 139/2004*. Merger Procedure Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.

¹⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Regulation (EC) N° 139/2004*. Merger Procedure Case COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp. Disponível em:

reprovação das operações, reconheceu-se que a privacidade dos dados seria “um fator significativo de qualidade”¹⁶⁷ e, portanto, deve ser considerada como um parâmetro de competição em mercados digitais.

Da mesma forma, um aumento do volume de dados capturados por dada plataforma poderia ser tido como um aumento de custos para seus usuários, que passariam a ter que fornecer um volume maior de dados pessoais para se utilizar dos serviços prestados por aquele agente.

Nesse sentido, importa lembrar a já citada decisão da Bundeskartellamt, que entendeu que o Facebook havia abusado de sua posição dominante, incorrendo em prática exploratória comparável a um aumento injustificado de preços¹⁶⁸ na forma de coleta de dados, "ao condicionar o uso de sua rede social a permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook"¹⁶⁹.

Não obstante as considerações acima, estes não são testes de fácil aplicação, os quais possuem, decerto, diversas limitações.

Uma delas, e que pode ser tida como a mais valiosa para a presente discussão, diz respeito a possibilidade de os usuários sequer perceberem o aumento de custos ou a redução da qualidade. Ao não perceberem tais alterações, a tendência é que não haja alterações em suas condutas individuais e que continuem a utilizar dos serviços de determinada plataforma ao invés de buscarem soluções alternativas. Acomodando-se, portanto, diante de eventual exercício abusivo de poder de mercado.

Para além disso, identifica-se uma significativa carga de subjetividade em elementos como “qualidade”, o que decerto reduz a objetividade e a capacidade de efetiva quantificação naturalmente associada ao teste SSNIP, o que também limita sua efetividade e prejudica sua aplicação.

<https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.

¹⁶⁷ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 9, nº 1. Junho 2021, p. 82-103.

¹⁶⁸ Nesse sentido, veja-se: COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law*, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2022.

¹⁶⁹ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 9, nº 1. Junho 2021, p. 82-103

Entretanto, sobre esse ponto, importante mencionar que a *General Court* da União Europeia, quando do julgamento do caso Google Android (Case T-604/18)¹⁷⁰ enfrentou os argumentos apresentados pelo Google em seu recurso contra a decisão da Comissão Europeia no caso AT.40099¹⁷¹, no sentido de que o SSNDQ seria um instrumento impreciso, incapaz de captar de maneira apropriada a sensibilidade dos usuários à qualidade de um sistema operacional e que, por não haver um padrão *standard* de qualidade pré-definido, não seria possível aplicá-lo em um caso concreto.

Não obstante, em sua decisão, entendeu aquele Tribunal não haver uma hierarquia entre os diferentes tipos de evidências que deveriam ser observadas no processo de definição de mercado relevante, podendo os resultados da aplicação de tal teste no tocante a eventual redução do nível de qualidade do produto serem utilizadas para tal propósito, sobretudo quando diante de uma situação em que os resultados de um SSNIP *test* seriam pouco informativos.

Para além disso, entendeu não ser necessário a definição precisa de um *standard* de qualidade para a aplicação do SSNDQ *test*, bastando a avaliação dos resultados de uma redução pequena, porém não transitória e significativa dos níveis de qualidade anteriormente praticados.

Assim sendo, a *General Court* afastou a argumentação apresentada pelo Google e manteve a decisão da Comissão Europeia neste ponto, o que há de ser entendido como indicativo de que embora a aplicação do SSNDQ apresente limitações, este ainda pode ser aplicável para a análise de casos concretos, trazendo consigo importantes *insights* para a análise antitruste.

Com efeito, também em virtude da supramencionada decisão da autoridade alemã, poder-se-ia aprofundar as discussões acerca do teste baseado exclusivamente no volume de dados coletados; uma espécie de “*small but significant and non-transitory increase in data collection*” (SSNIDC). A princípio, tal teste destinar-se-ia a averiguar o comportamento dos usuários diante de um aumento significativo e não-transitório do volume de dados coletados pela plataforma.

¹⁷⁰ GENERAL COURT. *Judgment of the General Court (Sixth Chamber, Extended Composition) of 14 September 2022: Case T-604/18*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018TJ0604>>. Acesso em 20 dez. 2022.

¹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION. *Commission decision of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 – Google Android)*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf>. Acesso em 20 dez. 2022.

Entretanto, não só a aplicação de tal teste encontraria as mesmas dificuldades referentes a aplicação do teste SSNIC e SSNDQ supra descritas, relacionadas à possibilidade de não percepção de efeitos pelos usuários, como também encontra um problema em sua essência, que poderia macular os resultados obtidos.

Isto é, ao considerar que um mero aumento do volume de dados coletados poderia indicar a existência de poder de mercado, estar-se-ia presumindo que os dados possuem um valor *per se*. Entretanto, conforme observado por Mauro, Grimaldi e Greco¹⁷², em seus estudos sobre as características essenciais voltadas à definição do termo *big data*¹⁷³, é a capacidade de processamento e análise das informações que confere valor aos dados.

Assim sendo, reputa-se temerário associar imediatamente a possibilidade de aumento do volume de dados coletados com a existência de poder de mercado. Tal constatação se torna ainda mais relevante quando observada a existência de um cenário marcado pela ausência de racionalidade efetiva, evidenciada pelo moderno “paradoxo da privacidade”, alvo de uma série de estudos¹⁷⁴ elaborados desde o início dos anos 2000.

Segundo tal paradoxo, as preocupações expressadas pelos indivíduos no tocante à sua privacidade vão de encontro ao comportamento por eles adotado. Em outras palavras e em suma, consumidores de mercados digitais dizem preocupar-se com seus dados, mas em geral adotam nenhuma ou poucas medidas de precaução e proteção de suas informações pessoais.

¹⁷² DeMAURO, Andrea; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. *A formal definition of big data based on its essential features*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/299379163_A_formal_definition_of_Big_Data_based_on_its_essential_features>. Acesso em 02 abr. 2022.

¹⁷³ Segundo reconhecido pela OCDE, embora o uso do termo “big data” seja geralmente vago e não preciso, as definições mais frequentes se referem a (i) grandes dimensões de *datasets*; e (ii) necessidade de se utilizar processadores de alta capacidade e softwares não estandardizados, para extrair valor dos dados em um período razoável de tempo. De maneira complementar, propõe os autores mencionados a adoção da seguinte definição para o termo *big data*: “*Big Data is the Information asset characterized by such a High Volume, Velocity and Variety to require specific Technology and Analytical Methods for its transformation into Value*”.

¹⁷⁴ Para um aprofundamento na discussão, vide: BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. *Privacy in e-commerce: stated preferences vs actual behavior*. Disponível em: <<https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract>>. Acesso em 30 ago. 2021.; DINEV, Tamara; HART, Paul. *Na extended privacy calculus model for e-commerce transactions*. Disponível em: <<https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/isre.1060.0080?journalCode=isre>>. Acesso em 30 ago. 2021.; NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R; HORNE, David A. *The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors*. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 30 ago. 2021.; KOKOLAKIS, Spyros. *Privacy attitudes and privacy behaviour: a review of current research on the privacy paradox phenomenon*. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017>>. Acesso em 30 ago. 2021.

Ou seja, nesse cenário, apesar de dizerem-se preocupados, em tese, parte relevante dos consumidores tenderiam a deixar de ler os Termos & Condições/Termos de Uso de dada plataforma ou *website* antes de utilizar seus serviços, limitando-se a aceitá-las na íntegra ou em clicar nas opções pré-preenchidas que surgem ao entrarmos em algumas páginas da internet. Assim, mesmo um entrante recente ou uma empresa que normalmente não seria considerada como dominante mostrar-se-ia capaz de coletar volumes significativos de dados, inclusive ajustando periodicamente seus termos visando um acúmulo maior de informações.

Tais volumes, inclusive, poderiam vir a ser superiores à sua efetiva capacidade de processamento. É o que se extrai, por exemplo, dos modelos de Hirshleifer¹⁷⁵ e Taylor¹⁷⁶, que demonstram que agentes econômicos podem “super investir” na coleta de dados pessoais sobre outros agentes, gerando ineficiências.

Um possível enfrentamento às questões apresentadas acima referentes ao SSNIDC seria a adoção das considerações efetuadas por Eben, as quais voltam-se exclusivamente aos dados pessoais tidos como “transacionáveis”, por estes já possuírem em sua própria natureza um valor que justifique a intenção de uma parte em obtê-los. A aplicação do conceito de TPD, contudo, invoca novos desafios, sendo um deles a identificação de quais dados poderiam ser considerados transacionáveis e quais, conseqüentemente, seriam não-transacionáveis.

Isso porque, a depender do contexto em que estiver inserido, um dado tido como transacionável em um mercado pode não ter nenhuma aplicação ou utilidade em outro mercado. Destarte, caso um agente não seja capaz de prever de antemão quais seriam os dados transacionáveis e os não-transacionáveis, ele seria tentado a buscar capturar todas as informações disponíveis, podendo incorrer na situação descrita nos modelos econômicos supramencionados.

É certo que todas as dificuldades apresentadas acima, sobretudo ligadas à aplicação prática de tais testes, não afastam ou mitigam a utilidade das propostas de adaptação ao SSNIP ora debatidas. Entretanto, importante é a lição de Fernandes ao apontar que

“as propostas de modificação do teste SSNIP deve ser útil como ‘guias conceituais’ para a compreensão da concorrência entre plataformas digitais, porém não como ferramentas econômicas precisas e universais.

¹⁷⁵ HIRSHLEIFER, Jack. *Privacy: its origin, function and future*. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724176>>. Acesso em 28 ago. 2021.

¹⁷⁶ TAYLOR, Curtis R. *Privacy in competitive markets*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419720>. Acesso em 30 ago. 2021.

A falta de metodologias econômicas robustas para adaptação do TMH em mercados de preço zero recomenda que a autoridade antitruste tente, ao máximo possível, complementar a análise de poder de mercado com o exame de evidências diretas¹⁷⁷.

Em outras palavras, ao invés de testes como absolutos, tais testes devem ser compreendidos como algumas das diversas ferramentas econômicas de análise disponíveis, as quais, ao invés de utilizadas de maneira isolada, devem ser conjugadas com outras e avaliadas em conjunto com as demais informações disponíveis em cada caso concreto.

III.2.2. Reconsiderações sobre a necessidade de delimitação precisa de mercado relevante e aferição de participação de mercado

Conforme reconhecido pelo Cade¹⁷⁸, os mercados digitais são marcados por frequente inovações, com a competição, muitas vezes, se dando entre empresas que adotam diferentes modelos de negócio. Ademais, tratam-se de mercados com barreiras fluidas, o que reforça a dificuldade de se definir de maneira precisa os mercados relevantes para fins de análises antitruste.

Para além disso, diz-se que a definição de mercados relevantes é desafiada pela própria natureza multifacetada das plataformas digitais¹⁷⁹, devendo a autoridade antitruste decidir se os múltiplos lados integram apenas um único mercado relevante ou se cada um destes lados corresponde a um mercado relevante próprio¹⁸⁰. A opção por um ou por outro traz consigo diferentes implicações para todo o restante da análise realizada, razão pela qual tal processo costuma ser alvo de grandes debates e divergências entre diferentes autoridades antitruste¹⁸¹.

¹⁷⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 255.

¹⁷⁸ Nesse sentido, vide como exemplo as manifestações do referido Conselho no âmbito do Ato de concentração nº 08700.001796/2020-94 e do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Ademais, destaca-se que tal entendimento foi reproduzido pela autoridade quando da publicação do já mencionado Caderno sobre mercados digitais.

¹⁷⁹ Nesse sentido, vide: FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸⁰ Para maiores informações sobre o tema, vide ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em 21 set. 2022.

¹⁸¹ Por tal discussão fugir ao escopo do presente trabalho, não serão tecidas maiores considerações sobre ela. Entretanto, maiores considerações podem ser encontradas em EBEN, Magali; ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *The relevant market concept in competition law and its application to digital markets: a comparative analysis of the EU, US and Brazil*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3762447>. Acesso em 21 set. 2022; e FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 241-250.

Não obstante, reconhece-se que um demasiado preciosismo na busca da definição do mercado relevante poderia levar à perda da identificação de elementos centrais na dinâmica competitiva. Dessa forma, mais do que um fim em si mesmo, deve-se ter em mente que a definição de mercado relevante é apenas mais uma das ferramentas de análise que estão à disposição das autoridades de defesa da concorrência.

Destarte, por vezes, mostra-se mais interessante deixar a definição em aberto e aventar diferentes cenários, aplicando-se, desse modo, uma análise mais dinâmica para a avaliação das teorias do dano aplicáveis no caso concreto.

É justamente nesse sentido que parece apontar o Cade em algumas de suas análises mais recentes. Senão vejamos.

No âmbito do Ato de Concentração (AC) nº 08700.001796/2020-94¹⁸² (“OLX/Zap”) a SG destacou, em seu Parecer, que “a definição do mercado relevante de classificados online deve ser compreendida como uma primeira aproximação para a compreensão da dinâmica competitiva existente”¹⁸³.

De maneira semelhante, no PA nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”), consta no Voto do Conselheiro Relator que

“Tradicionalmente, a apuração de qualquer conduta anticompetitiva se inicia a partir da definição de mercado relevante, sob a perspectiva do produto e geográfica. Tal definição é um instrumento sempre utilizado pelo CADE, mas que não deve ser tomado como um fim em si mesmo. Em alguns casos, especificamente aqueles envolvendo os que compreendem mercados dinâmicos como o presente, uma definição de mercado relevante pode ser vista como uma guia auxiliar na condução da análise, entretanto, isso não impede que a autoridade antitruste trabalhe a definição e seu escopo com certa flexibilidade, no intuito de não ‘encaixotar’ seu olhar, e eventualmente deixar de levar em consideração qualquer aspecto significativo do mercado. É o que afirma a OCDE:

‘Therefore, provided the competitive effects analysis examines the interrelationship between the different sides or markets, the framing of the market definition as a multi-sided market or as multiple interrelated markets, or indeed the absence of a market definition, need not distort the conclusion.’ (OECD, 2018 – pág. 13)”¹⁸⁴.

¹⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.001796/2020-94. Requerentes: Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. e Zap Viva Real Group.

¹⁸³ Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656.

¹⁸⁴ Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0632170.

Destaca-se que não se está falando, em hipótese alguma, de suposta inefetividade da ferramenta de definição de mercado, tampouco pugnando pelo seu abandono, mas tão somente adaptando-a, visando enfrentar os desafios apresentados por uma economia movida a dados.

Neste sentido, nota-se que mesmo quando deixada a definição em aberto, muitas vezes se estabelece um marco referencial de mercado relevante com base nas características identificadas.

Como exemplo, indica-se mais uma vez o AC OLX/Zap, em que verificado que agentes com modelos de negócios diferentes, ao mesmo tempo em que cooperavam entre si ou, ao menos, utilizam os serviços ofertados por empresas que poderiam ser consideradas suas rivais, competiam pela atenção e preferência dos usuários da plataforma.

Desta forma, em tal precedente, entendeu-se que “a definição rígida de um mercado relevante nos moldes tradicionais” não era desejável, mas, “com o objetivo de estabelecer um marco referencial para a análise concorrencial a ser desenvolvida”¹⁸⁵, indicou-se como mercado relevante o mercado de classificados online de imóveis, o qual contemplava, “além das plataformas que funcionam somente como vitrines para imóveis, as imobiliárias digitais, sites, aplicativos e redes sociais que disponibilizem classificados de online de imóveis, como é o caso do Facebook Marketplace”¹⁸⁶.

Ante o exposto, verifica-se que o Cade vem reconhecendo que existem limitações ao uso da ferramenta de definição de mercado e tem buscado adaptá-la quando necessário.

Não obstante, em um cenário em que ausente uma precisa definição de mercado relevante, poder-se-ia questionar sobre a forma como seria possível realizar a identificação da existência de posição dominante, condição necessária para o exercício de poder de mercado.

Conforme já brevemente adiantado, quando não definida ou deixada em aberto a definição de mercado relevante, de modo a permitir a realização da análise sobre os efeitos de dada operação ou conduta, costuma-se estabelecer uma série de diferentes cenários. Ainda assim, considerando a intangibilidade de diversos bens relevantes para os mercados de plataformas digitais (*e.g.* dados pessoais), os quais não são simples de serem mensurados,

¹⁸⁵ Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656.

¹⁸⁶ *Idem.*

surtem dúvidas sobre a capacidade e possibilidade de se efetivamente quantificar as participações de mercado para se aferir a existência de posição dominante e poder de mercado.

Dessa forma, diferentes autoridades/agências antitruste, organismos e organizações internacionais passaram a realizar estudos e pesquisas visando endereçar tal questão e compartilhar as experiências práticas vivenciadas. É o que foi realizado, por exemplo, pela International Competition Network (ICN), cujo grupo de trabalho de condutas unilaterais (Unilateral Conduct Working Group – UCWG) realizou uma pesquisa com 97 autoridades antitrustes e 251 *non-governmental advisors* (NGAs), tendo, ao final, elaborado um relatório¹⁸⁷ com as informações apresentadas pelas 39 autoridades e 24 NGAs que efetivamente responderam ao questionário divulgado.

O documento indica que 25 autoridades antitruste e 16 NGAs consideram que as participações de mercado são uma boa *proxy* para aferir a existência de poder de mercado em mercados digitais, ao passo que apenas 13 autoridades e 9 NGAs se manifestaram em sentido contrário.

Em suas considerações, a autoridade alemã aponta que as participações de mercado de uma plataforma fornecem uma ideia geral quanto a estrutura do mercado e a posição dos concorrentes, servindo como uma boa base para as análises na medida em que demonstram a diferença de *market share* entre os agentes e, ao avaliar a evolução das participações ao longo do tempo, é possível inferir sobre a estabilidade das posições¹⁸⁸.

Não obstante, diversas respostas ressaltaram a necessidade de adoção de cuidados adicionais com a utilização de participações de mercado em análises envolvendo mercados digitais de múltiplos lados, na medida em que, por serem mercados dinâmicos, as participações podem não representar a realidade do mercado, sobretudo quanto a atratividade de novos produtos e modelos de negócio.

¹⁸⁷ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*. Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2021.

¹⁸⁸ Isto é, verificar se historicamente os mesmos agentes estão na mesma posição ou se há constantes variações no *share*, com as primeiras posições do mercado sendo constantemente disputadas e alteradas.

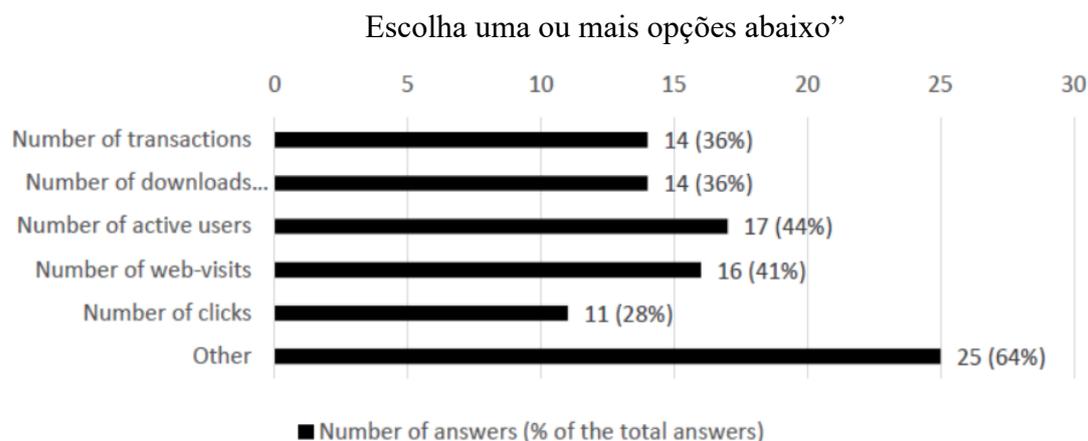
No Brasil, a jurisprudência do Cade revela que mesmo quando utilizadas participações de mercado para aferir dominância em diferentes cenários de definição, são tecidas diversas considerações quanto à interpretação do que revelam tais dados.

Nesse sentido, no já citado AC OLX/Zap, a SG apontou que “(...) a diversidade de modelos de negócio dos concorrentes prejudica ou mesmo inviabiliza a construção de estruturas de oferta que reflitam de forma fidedigna o real poder de mercado de cada player envolvido”¹⁸⁹, de modo que, naquele caso, foram utilizadas diferentes métricas que resultavam em distintas estruturas de oferta em que as participações de mercado variavam substancialmente. Observou-se, inclusive, que “a depender da métrica adotada, alguns dos concorrentes efetivos podem não estar devidamente retratados, podendo, inclusive, não figurar na estrutura de oferta em virtude da indisponibilidade de dados”¹⁹⁰.

Dessa forma, destacou-se que “as estruturas de oferta (...) buscam captar as diferentes faces da competição em um mercado marcado pela diversidade de modelos de negócio e pela oferta de diferentes soluções para problemas similares”.

No que se refere a essa utilização de diferentes métricas, o retro mencionado Relatório da ICN revela que, em mercados de preço zero, dentre outras, costumam ser utilizadas como *proxies*, pelas autoridades antitruste, o número de transações, *downloads*, usuários ativos, visitas ao *website* e *clicks*, na seguinte proporção:

Gráfico 2 - Respostas das autoridades antitrustes ao questionamento “em mercados digitais em que o preço do serviço/produto é zero, como você determina as participações de mercado?



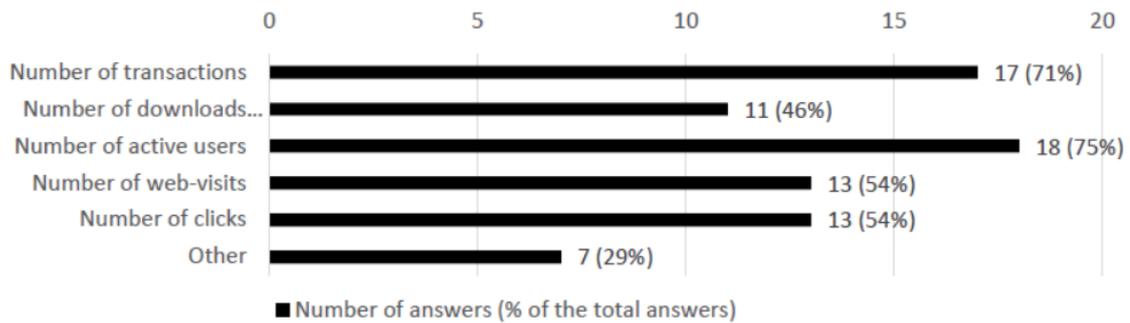
¹⁸⁹ Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656.

¹⁹⁰ Idem.

Fonte: ICN Unilateral Conduct Working Group

De maneira semelhante, com base nas informações apresentadas pelas NGAs, elaborou-se o seguinte gráfico, que apresenta a percepção de tais agentes sobre a possibilidade de utilização de tais informações como métricas para aferição de participação de mercado:

Gráfico 3 - Respostas da NGAs ao questionamento “em mercados digitais em que o preço do serviço/produto é zero, como deveriam ser determinadas as participações de mercado?”



Fonte: ICN Unilateral Conduct Working Group

O documento relata, ainda, que várias respostas enfatizaram que a lista de *proxies* não é exaustiva e que sua escolha e utilização dependem das circunstâncias específicas de cada caso, bem como do tipo de informação disponível. Ademais, recomendou-se a utilização de mais uma métrica nas investigações, de modo a garantir uma melhor compreensão da dinâmica competitiva existente.

De fato, a análise da jurisprudência do Cade¹⁹¹ revela que a autoridade antitruste brasileira, em diferentes oportunidades, faz uso simultâneo de diferentes métricas para aferição de participação de mercado em mercados digitais.

No AC OLX/Zap, por exemplo, foram utilizadas, para elaboração de estruturas de oferta do mercado de classificados online de imóveis as *proxies* (i) número de acessos às plataformas/sites; (ii) número de acessos únicos¹⁹²; e (iii) quantidade de anúncios não-duplicados veiculados.

¹⁹¹ Para além dos exemplos citados abaixo, maiores considerações sobre o quantitativo de casos em que utilizadas mais de uma *proxy* por parte da autoridade podem ser encontradas no tópico IV.2, o qual encontra-se inserido em um capítulo dedicado exclusivamente a análise da jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11 com relação a proteção de dados pessoais em mercados digitais.

¹⁹² Conforme apontado no Parecer da SG deste caso, a métrica “acessos únicos” busca identificar a quantidade de usuários distintos que acessaram o site/plataforma. Nesse caso, assume-se que cada usuário corresponde a um único endereço de IP

De maneira semelhante, no âmbito do Inquérito Administrativo (IA) nº 08700.004588/2020-47¹⁹³ (“Rappi/Ifood”), a Superintendência-Geral do Cade, quando da instauração do IA, faz menção às diferentes métricas utilizadas pela Representante (Rappi), Representada (Ifood) e pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (ABRASEL) para cálculo da participação de mercado do Ifood no mercado de plataformas digitais de *delivery*. Apesar de não detalhado nos autos públicos todas as *proxies* utilizadas, observa-se que houve um intenso debate entre as partes acerca da métrica que melhor representaria a realidade do mercado, tendo a SG, naquela ocasião, se limitado a verificar que “em qualquer caso, o percentual supera os 20% exigidos, na Lei de Defesa da Concorrência, para que se autorize a presunção de posição dominante”¹⁹⁴.

III.2.3. Maior ênfase na análise de teorias do dano

Há, também, aqueles que defendem que uma possível solução para enfrentamento das questões apresentadas anteriormente seria um maior enfoque na análise das teorias do dano aplicáveis a cada caso concreto¹⁹⁵. Isto é, que as autoridades antitruste concentrem seus esforços na avaliação das proposições teóricas estruturadas destinadas a demonstrar as razões pelas quais uma dada conduta ou concentração econômica pode acarretar prejuízos à concorrência.

Nesse sentido, Kira e Coutinho defendem que “um conjunto de teorias de dano aplicável às plataformas digitais, além de ser dinâmico e ajustável no tempo à luz da experiência e das mudanças tecnológicas, deve dedicar especial atenção a pelo menos quatro conjuntos de problemas concorrenciais”¹⁹⁶, quais sejam: (i) aumentos de preços não monetários, (ii) redução da qualidade, (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, e (iv) tratamento preferencial de certos produtos e serviços.

Isso porque, segundo os autores, “tais parâmetros são apresentados como reformulações de elementos e motivações comumente encontrados na formulação de teorias do dano

¹⁹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Representante: Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. Representada: Ifood.com Agência de Restaurantes Online S. A.

¹⁹⁴ Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0875341

¹⁹⁵ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy in the digital era*: final report, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2022.

¹⁹⁶ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 9, nº 1. Junho 2021, p. 82-103.

tradicionais, mas com adaptações para mais adequadamente capturarem as dinâmicas particulares de mercados digitais”¹⁹⁷.

Para além dessas, em virtude de muitas plataformas digitais terem construído verdadeiros ecossistemas digitais, costuma-se sugerir¹⁹⁸ a utilização de teorias do dano geralmente relacionadas à avaliação de poder conglomerado e integrações verticais, consubstanciadas principalmente na possibilidade de adoção de estratégias de *self-preferencing*, *leveraging*, *tying* e *bundling*¹⁹⁹.

O Cade, quando da análise do AC nº 08700.002703/2019-13²⁰⁰ (“Mosaico/Buscapé”), reconheceu a dificuldade de se definir o mercado relevante afetado pela operação e fez menção ao estudo da Comissão Europeia produzido por Crémer, Montjoye e Schweitzer, o qual expressamente propõe uma maior ênfase na análise das teorias do dano e identificação de possíveis estratégias anticompetitivas. Veja-se:

“No caso do setor em análise, nota-se especial dinamicidade e flexibilidade na oferta de serviços. Sobre esse setor, segundo o recente estudo da Comissão Europeia ‘Competition policy for the digital era’, os maiores desafios na análise de mercados digitais estão justamente relacionados à definição do mercado relevante. Segundo o documento,

‘No mundo digital, os limites do mercado podem não ser tão claros quanto nos mercados tradicionais. Eles podem mudar muito rapidamente. Além disso, no caso de plataformas de múltiplos lados, a interdependência dos “lados” torna-se parte crucial da análise, considerando que o papel tradicional de definição do mercado tem sido o de isolar problemas. Portanto, argumentamos que, nos mercados digitais, devemos dar menos ênfase à análise da definição de mercado e mais ênfase nas teorias de dano e identificação de estratégias anticompetitivas”²⁰¹.

Entretanto, naquela oportunidade, a autoridade antitruste brasileira entendeu que a Operação não suscitava preocupações concorrenciais, tendo optado por não prosseguir com a

¹⁹⁷ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 9, nº 1. Junho 2021, p. 82-103.

¹⁹⁸ Nesse sentido, vide: ATTAYDE, Maria C. de S. L. (2021) *Efeitos conglomerados na Jurisprudência do Cade*. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/956>>. Acesso em 28 nov. 2022 e LIM, Yong. *Tech wars: Return of the Conglomerate — Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?* Disponível em: <<https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiView.kci?sereArticleSearchBean.artiId=ART002565219>>. Acesso em 27 nov. 2022.

¹⁹⁹ BINOTTO, Ana. *Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento*. In: Jesus, Agnes M. et al. (org.). *Mulheres no antitruste*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/322682027.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.002703/2019-13. Requerentes: Mosaico Negócios de Internet S.A. e Buscapé Company Informação e Tecnologia Ltda.

²⁰¹ Parecer nº 12/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0650030.

análise e avaliar as possíveis teorias do dano aplicáveis, em razão da baixa participação de mercado conjunta das Requerentes que atuavam em mercados então já dominados pelo Google, decidindo pela aprovação sem restrições da Operação.

Não obstante, apesar de não ter feito qualquer menção expressa ao termo “teoria do dano”, quando da análise do AC nº 08700.001908/2019-73²⁰² (“IBM/Red Hat”), em virtude da integração entre os softwares dos diversos segmentos que integram os portfólios das requerentes daquela Operação, a Superintendência-Geral do Cade avaliou os possíveis prejuízos à concorrência associados àquela concentração a partir da análise de duas hipóteses, assim descritas pela autoridade:

- “i) ofertando softwares de vários segmentos que se relacionam e se integram dentro de uma solução tecnológica, a IBM atue para fechar um ou mais mercados para seus concorrentes, seja por meio da degradação da interoperabilidade de seus produtos com produtos de empresas concorrentes, seja por meio de estratégias de venda casada ou condicionada de seus próprios softwares (*tying/bundling*);
- ii) atuando no mercado como ofertante de uma solução de TI baseada em nuvem, a IBM acabe por impedir que seus concorrentes utilizem, em suas soluções, os softwares do seu portfólio.”²⁰³

Assim sendo, muito embora por vezes não faça uso da expressão “teoria do dano”, observa-se não ser estranho ao Cade a avaliação de possíveis efeitos anticompetitivos a partir da análise de proposições teóricas.

Identificada a forma pela qual vem sendo enfrentados os desafios referentes a utilização das ferramentas tradicionais de análise antitruste aos mercados digitais em geral, resta apenas verificarmos, na jurisprudência do Cade, como tal autoridade antitruste vem lidando com as questões específicas associadas à economia digital e qual a sua percepção quanto ao seu papel proteção de dados pessoais em mercados digitais.

²⁰² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.001908/2019-73. Requerentes: International Business Machines Corporation – IBM e Red Hat, Inc.

²⁰³ Parecer nº 10/2019/CGAA4/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0629461

IV. AVALIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE MERCADOS DIGITAIS

Apresentados e avaliados os principais aspectos teóricos pretendidos pelo presente estudo, resta apenas avaliar, com base na jurisprudência da autoridade antitruste brasileira após a entrada em vigor da atual Lei de Defesa da Concorrência, como o Cade vem enfrentando, na prática, os desafios apresentados anteriormente para, com isso, verificarmos o posicionamento da autoridade antitruste nacional, atingindo-se com isso a íntegra dos objetivos propostos no presente estudo.

Com efeito, na medida em que o Cade atua tanto no controle preventivo de estruturas, através da análise *ex ante* de atos de concentração, quanto de maneira repressiva através da investigação *ex post* de condutas anticompetitivas, a escolha pela pesquisa tanto de atos de concentração quanto de condutas unilaterais permitirá uma visão mais completa do entendimento daquela autoridade antitruste. Ademais, organizacionalmente, ambos tramitam internamente pela Superintendência-Geral do Cade na mesma macrounidade, denominada de SGA1.

Para além disso, antes de apresentarmos com maiores detalhes o percurso metodológico utilizado para a pesquisa jurisprudencial realizada, importa destacar que não foram objeto de pesquisa as condutas classificadas como colusivas ou coordenadas, na medida em que tais processos, devido às suas características próprias, costumam tramitar em sigilo por significativos períodos e são marcados por elevados níveis de confidencialidade, bem como organizacionalmente, tramitam por uma macrounidade distinta dos atos de concentração e condutas unilaterais, denominada de SGA2.

IV.1. Percurso metodológico

Inicialmente, há que se destacar a inexistência de uma metodologia predefinida para se realizar de maneira única a presente pesquisa, o que decerto representa um desafio para a pesquisa ora proposta. Os desafios se intensificam ainda mais quando observada a inexistência de uma terminologia padronizada que seja recorrentemente utilizada nos diferentes precedentes da autarquia, de modo que a depender da escolha de palavras utilizadas, a quantidade de resultados obtidos varia consideravelmente.

Destarte, visando superar os desafios existentes, para realizar a pesquisa jurisprudencial, optou-se por inicialmente se utilizar como base a relação completa de Atos de Concentração e Condutas referenciadas pelo Caderno do Cade envolvendo plataformas digitais. Isso porque,

trata-se de um documento público, de fácil acesso, elaborado pela própria autoridade antitruste, em que consta a relação de casos que foram avaliados pelo Cade desde 1995 até 2020. Tendo em vista o recorte histórico proposto, foram desde o início descartados aqueles processos iniciados em período anterior à vigência da Lei nº 12.529/11 (*i.e.* 29 de maio de 2012).

Não obstante, tendo em vista que o próprio Caderno menciona não terem sido considerados no estudo realizado os mercados digitais envolvendo o setor financeiro, complementou-se a referida base de processos com aqueles indicados no Caderno de Instrumentos de Pagamento, mencionado no próprio Caderno de plataformas digitais como sendo aquele em que foram avaliados os mercados de plataformas digitais envolvendo o setor financeiro. Aqui, mais uma vez, desconsiderou-se os processos iniciados em período anterior ao delimitado na presente pesquisa.

Agregadas essas informações, observou-se que tal base de dados não contemplava a integralidade do período considerado no presente estudo, tendo em vista tratarem-se de publicações realizadas, respectivamente, nos anos de 2020 e 2019.

Dessa forma, optou-se por complementar a pesquisa jurisprudencial por intermédio de duas ferramentas especializadas disponibilizadas pelo próprio Cade em seu *website*. No que se refere aos Atos de Concentração, utilizou-se a ferramenta “Pesquisa Avançada de Ato de Concentração”²⁰⁴ (PATC), enquanto para a busca de Condutas foi utilizado o “Sistema de Busca de Jurisprudência”²⁰⁵ (SBJ) do Cade.

A escolha pela utilização de sistemas distintos justifica-se pelo fato de aquele primeiro ser um módulo avançado desenvolvido para refinar os resultados daquele segundo no que se refere exclusivamente a Atos de Concentração, permitindo a aplicação de filtros que não estariam disponíveis senão pela utilização de tal sistema. Para além disso, tendo em vista que ainda não foi disponibilizada ao público uma ferramenta de “Pesquisa Avançada de Condutas”, optou-se pela utilização, nestes casos, do SBJ, de modo a permitir a replicabilidade da metodologia ora adotada.

²⁰⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Pesquisa Avançada de Ato de Concentração*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/consultajurisprudencia/controlador_pesquisa.php?acao_externa=pesquisa&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em 10 mar. 2023.

²⁰⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Sistema de Busca de Jurisprudência*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.cade.gov.br/>>. Acesso em 10 mar. 2023.

Em tais sistemas, de modo a permitir a obtenção de resultados que pudessem complementar a relação de processos detida pelo procedimento descrito inicialmente, foram realizadas 2 (duas) pesquisas, cada uma utilizando entre aspas 14 palavras-chave diferentes, interconectadas pelo operador “ou” no campo “pesquisa livre”, as quais, aplicando-se os filtros abaixo especificados, geraram os resultados descritos na tabela a seguir:

Tabela 01- Síntese dos termos utilizados na pesquisa

Ferramenta de Pesquisa	Filtros aplicados	Palavras-chave (interconectadas pelo operador “ou”)	Resultados
<p>Pesquisa Avançada de Ato de Concentração</p>	<p>Tipo do Processo: Ato de Concentração Ordinário e Ato de Concentração Sumário; Tipo do Documento: Nota Técnica, Voto e Parecer; Regime de Notificação: Lei nº 12.529/2011; Data da Notificação: de 01/01/2019 até 31/04/2022</p>	“gateway de pagamentos”	110
		“gateway de pagamento”	
		“carteira digital”	
		“e-wallet”	
		“bureaux”	
		“bureau”	
		"fintech"	
		"fintechs"	
		“plataformas digitais”	
		“plataforma digital”	
		“comunicação eletrônica”	
		“mercados digitais”	
		“dados pessoais”	
		“LGPD”	
<p>Sistema de Busca de Jurisprudência</p>	<p>Coleções: Jurisprudência Tipo de Processo: Inquérito Administrativo, Processo Administrativo, Procedimento Preparatório; Tipo de Documento: Nota Técnica SG, Parecer, Parecer SG, Voto, Voto Processo Administrativo, Voto Recurso Voluntário, Voto Requerimento de TCC; Ano de: 2019 até 2022</p>	“gateway de pagamentos”	38
		“gateway de pagamento”	
		“carteira digital”	
		“e-wallet”	
		“bureaux”	
		“bureau”	
		"fintech"	
		"fintechs"	
		“plataformas digitais”	
		“plataforma digital”	
		“comunicação eletrônica”	
		“mercados digitais”	
		“dados pessoais”	
		“LGPD”	

Fonte: elaboração própria.

Destaca-se que, com exceção das palavras-chave “mercados digitais”, “dados pessoais” e “LGPD”, as quais foram utilizadas por compreenderem a ideia geral do presente estudo, a

escolha dos termos acima se deu em razão de terem sido esses os indicados pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) como aqueles utilizados originalmente na pesquisa realizada para a elaboração dos Cadernos mencionados anteriormente. A escolha, portanto, buscou garantir a padronização e uniformidade dos termos utilizados, ao mesmo tempo em que se pretendeu obter a maior quantidade possível de resultados relacionados ao tema do presente estudo.

Para além disso, a escolha pela realização de uma pesquisa única com várias palavras-chaves simultaneamente, interconectadas pelo operador “ou”, buscou eliminar resultados repetidos, os quais surgiriam quando em um único processo fossem utilizados mais de um dos termos selecionados.

Importante destacar desde já que não foram considerados no presente estudo os processos porventura classificados como sigilosos pelo Cade à época do levantamento dos dados, posto que não constam na lista de resultados das ferramentas públicas de pesquisa.

Outrossim, de maneira complementar, em se tratando do primeiro caso de conduta unilateral envolvendo uma plataforma digital, mesmo que o Processo nº 08012.010483/2011-94, conhecido como “caso Google Shopping” tenha sido instaurado em momento anterior ao período considerado pelo presente trabalho, tendo em vista sua importância natural para a presente pesquisa, e tendo o seu julgamento sido realizado já quando da vigência da nova Lei, optou-se por incluí-lo no rol de processos avaliados pelo presente estudo.

Como resultado, gerou-se uma base de dados com 281 processos (227 ACs e 54 Conduas), os quais tiveram seu conteúdo individualmente avaliados para permitir a exclusão daqueles que não guardam relação direta com o objeto do presente estudo. Isto é, aqueles em que os resultados dos termos de pesquisa são apenas brevemente mencionados, como em notas de rodapé ou citações, não tendo sido postos à apreciação do Cade nenhuma matéria envolvendo mercados digitais.

Ao final, foram identificados 202 casos (171 ACs e 31 Conduas) relevantes para o presente estudo, os quais encontram-se especificados na planilha em anexo (Anexo I).

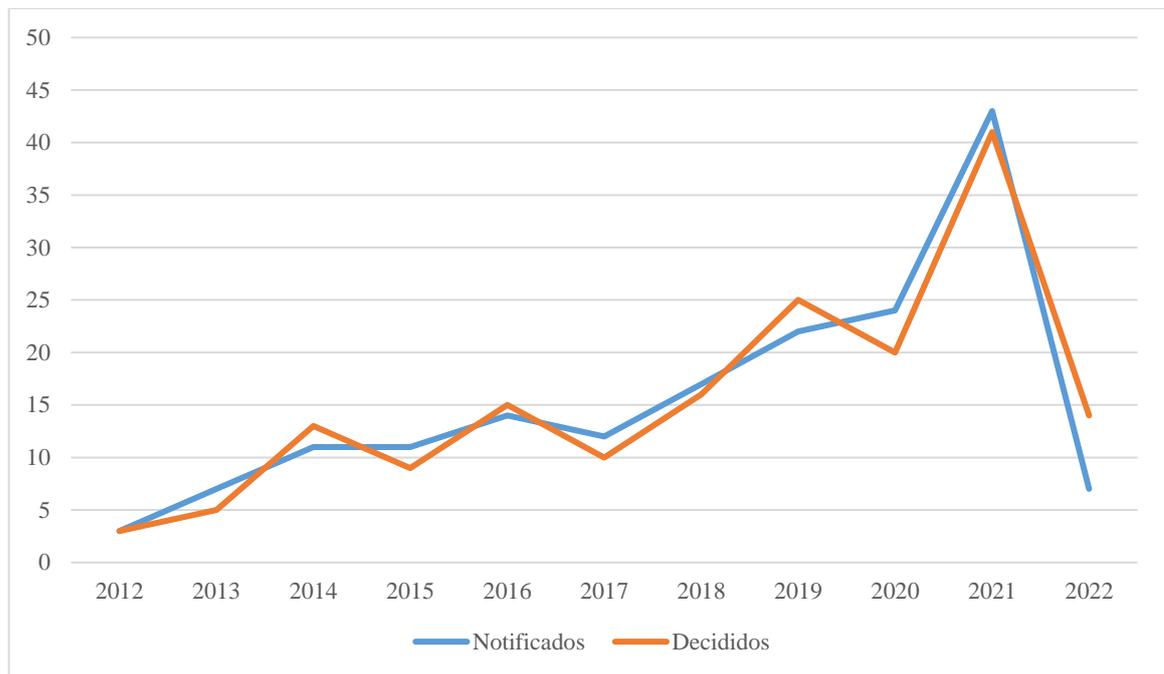
Importante destacar desde já, que não se está afirmando que a o Cade possua apenas 202 casos envolvendo mercados digitais, mas tão somente que foram esses os considerados para a presente pesquisa, que abrangeu apenas os processos de caráter público da autarquia. Dessa

forma, se utilizados outros parâmetros de pesquisa e/ou considerados também processos sigilosos e condutas colusivas, os resultados poderão ser diferentes.

IV.2. Síntese dos resultados obtidos

Avaliando-se o período histórico considerado (29.05.2012 – 29.05.2022), os 171 Atos de Concentração considerados apresentaram a seguinte distribuição ao longo do tempo, considerando-se os anos de notificação e decisão:

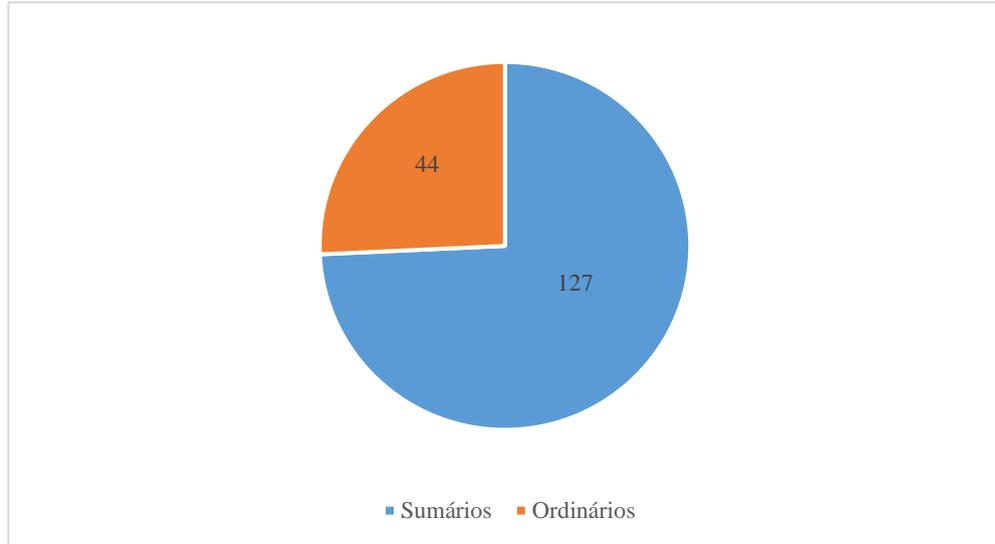
Gráfico 4 - Atos de Concentração Notificados e Decididos por Ano



Fonte: elaboração própria.

A maior parte destes, cerca de 60%, tramitaram sobre o rito sumário de notificação, de modo que apenas cerca de 40% foram alvo de investigações mais aprofundadas por parte do Cade. Veja-se:

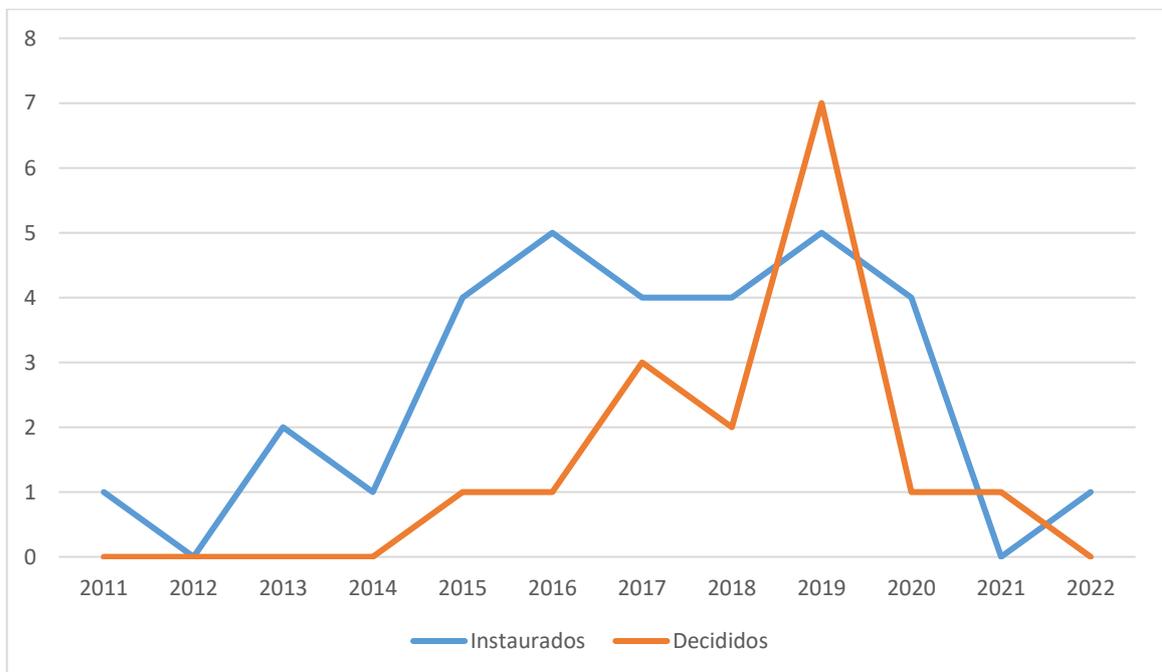
Gráfico 5 - Distribuição dos Atos de Concentração por Rito de Notificação



Fonte: elaboração própria.

Com efeito, considerando-se tão somente as investigações públicas, observa-se que no mesmo período foram iniciadas 31 investigações no Cade envolvendo plataformas digitais. Incluindo-se nessa relação o caso “Google Shopping”, iniciado no ano de 2011 e tido como o primeiro caso de conduta unilateral envolvendo mercados digitais, verifica-se a seguinte variação ao longo dos anos:

Gráfico 06 - Condutas Unilaterais Instauradas e Decididas por Ano



Fonte: elaboração própria.

Mister mencionar que, das 32 condutas consideradas, apenas 16 já foram julgadas definitivamente pelo Cade. Destas, embora não se tenha condenado nenhuma das empresas representadas, foram celebrados 5 Termos de Compromisso de Cessação (TCC) das práticas sob investigação.

Pelos dados acima, observa-se que cada vez mais estão sendo levados à apreciação da autoridade antitruste nacional operações e denúncias de práticas anticoncorrenciais envolvendo mercados digitais.

Não obstante, em que pese os esforços despendidos e os objetivos almejados pelo presente estudo, avaliando-se a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira nos 10 (dez) primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11, exclusivamente no que diz respeito a mercados digitais de múltiplos lados, não se identificou nenhuma oportunidade em que o Cade, seja em sede de análise de atos de concentração ou de repressão de condutas unilaterais, tenha feito uso de qualquer das ferramentas alternativas ao SSNIP apresentadas no capítulo III.2.1.

Em outras palavras, muito embora tenham sido avaliados individualmente 202 processos envolvendo mercados digitais, em nenhum deles o Cade fez uso de qualquer variação do teste SSNIP, tendo optado por priorizar a análise antitruste através da avaliação de diferentes teorias do dano, por vezes deixando a própria definição de mercado relevante em aberto e avaliando-se o caso com base em diferentes cenários.

Desta forma, apesar de apresentadas como soluções teóricas aos desafios identificados, a não identificação de qualquer situação prática em que utilizadas tais ferramentas pode indicar que as dificuldades associadas à sua aplicação ainda não foram superadas.

Destaca-se, contudo, que a menção acima consiste apenas em uma suposição, dentre as várias possíveis de serem efetuadas. Isto é, apenas uma hipótese voltada a tentar explicar o fenômeno verificado. Não sendo o objetivo do presente trabalho encontrar uma resposta efetiva, tampouco listar todas as hipóteses explicativas possíveis, não se verificam razões para o aprofundamento da análise sobre tal questão, a qual poderá ser explorada oportunamente pela academia em momento posterior.

Já com relação à delimitação de mercado relevante, dos 171 Atos de Concentração avaliados, em 48 deles o Cade optou por deixar a definição do mercado relevante produto em aberto, avaliando-se mais de um cenário possível de definição em 27 deles. De maneira semelhante, das 16 condutas unilaterais transitadas em julgado, em 6 delas a definição de

mercado relevante foi deixada em aberto pelo Conselho. Para além disso, considerando-se todo o conjunto de casos avaliados, em 33 oportunidades foram utilizadas ao menos duas *proxies* distintas para aferição da participação de mercado dos agentes de mercado.

Por fim, com relação ao posicionamento do Cade com relação ao papel do direito antitruste na proteção de dados pessoais, foram identificados 5 Atos de Concentração²⁰⁶ e 4 Condutas Unilaterais²⁰⁷ em que foram realizadas discussões relevantes para o presente estudo, sobretudo relacionadas à importância dos dados para o funcionamento e para a dinâmica concorrencial de mercados digitais, sendo possível extrair deles o entendimento da autoridade antitruste sobre o seu papel na proteção de dados pessoais. Os casos serão individualmente apresentados e analisados a seguir.

IV.3. Os primeiros 10 anos da proteção de dados pessoais no Cade sob a égide da lei nº 12.529/11

IV.3.1. Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47 (Bureau de crédito)

O AC nº 08700.002792/2016-47 envolveu a constituição de um *bureau* de crédito (“Gestora de Inteligência de Crédito” - Gic) entre Bradesco, Banco do Brasil, Santander, Caixa Econômica e Itaú. Conforme consignado no Parecer da Superintendência-Geral (SG), segundo as Requerentes,

“o objetivo da Gic seria a criação de uma base de dados ampla que permita uma avaliação robusta do risco de crédito de pessoas físicas e jurídicas. Consequentemente, planeja-se que a base de dados da Gic abranja dados cadastrais e financeiros a respeito da adimplência e inadimplência de pessoas físicas e jurídicas, provenientes de diversos setores da economia, sem distinção”²⁰⁸

Nesse caso, avaliou-se a questão dos dados pessoais como insumo, na medida em que quanto maior o número de CPFs (e de CNPJs) cadastrados nos bancos de dados, maior o interesse dos operadores de crédito em consultá-lo e menor a assimetria de informação entre os concedentes e tomadores de crédito no mercado.

Por entender que a operação suscitava problemas concorrenciais tanto no mercado de serviços de informações de crédito como também no mercado de crédito, a SG apresentou

²⁰⁶ Atos de Concentração nº 08700.002792/2016-47, 08700.003969/2020-17, 08700.002761/2020-72, 08700.006373/2020-61 e 08700.000059/2021-55.

²⁰⁷ Processos Administrativo nº 08012.010483/2011-94, 08700.005694/2013-19 e 08700.004201/2018-38 e Inquérito Administrativo nº 08700.005986/2018-66.

²⁰⁸ Parecer nº 21/2016/CGAA2/SGA1/SG, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0238352.

impugnação da operação ao Tribunal, recomendando sua aprovação condicionada à celebração de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC).

No Voto do então Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, destacou-se que apesar de o segmento de cadastro negativo já estar consolidado no Brasil, o mercado de cadastro positivo ainda não havia sido desenvolvido, em grande parte, devido à relutância dos bancos em compartilharem informações de seus clientes com os demais agentes no mercado.

Na medida em que se entendeu que a criação do *bureau* poderia estimular o crescimento do modelo de cadastro positivo, mas tendo em vista os possíveis problemas concorrenciais da operação, celebrou-se um ACC com garantias de não discriminação e implementação de mecanismos de governança corporativa para evitar a troca de informações sensíveis entre as Requerentes.

O precedente revela que, em alguns mercados, os dados pessoais apresentam-se tanto como um insumo necessário para o desenvolvimento das atividades (*in casu*, as informações bancárias e financeiras) quanto o produto do serviço prestado (*in casu*, o *score* de crédito) sendo distintas as preocupações concorrenciais que recaem sobre eles.

Por estas razões, observa-se que o Cade levou em consideração e buscou endereçar os possíveis efeitos ambivalentes do compartilhamento pretendido. Isto é, por um lado, embora o compartilhamento dos dados pessoais dos clientes, naqueles termos, fosse positivo para garantir-se o desenvolvimento do mercado de cadastro positivo, a aproximação entre concorrentes pode suscitar preocupações por incentivar condutas colusivas, sendo necessária a adoção de salvaguardas voltadas a impedir a troca de informações concorrenciais sensíveis.

IV.3.2. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping)

O processo administrativo em referência foi instaurado após representação da empresa E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., responsável pelos sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro, alegando que o Google estaria privilegiando o Google Shopping nos resultados das buscas orgânicas realizadas pelo buscador Google (*self-preference*). Para além disso, indicou-se que o Google estaria utilizando conteúdo de sites

concorrentes para alavancar tráfego de seus próprios sites de busca especializada, incorrendo na prática denominada de “*scraping*”²⁰⁹.

Apesar de não ter sido o foco principal da análise, naquela ocasião, a questão dos possíveis impactos envolvendo dados pessoais foi endereçada no voto do ex Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, sob a ótica da criação de potenciais barreiras à entrada.

O Relator, contudo, entendeu que os dados pessoais possuiriam relevância questionável para o mercado de comparadores de preço, em que seria mais importante “o fornecimento de muitas opções confiáveis de produtos aos usuários e não necessariamente resultados já personalizados, diferentemente do que ocorre com a busca genérica, em que não se sabe de antemão a intenção do usuário”²¹⁰.

Ademais, considerou-se que os dados seriam um insumo não-rival e não-exclusivo, que caducariam rapidamente, o que permitiria que diversas empresas conseguissem ter acesso aos mesmos dados de um indivíduo. Ao final, votou pelo arquivamento do processo, tendo sido acompanhado pela maioria do Tribunal.

Não obstante, dentre os votos vencidos, em razão de sua importância para o tema ora analisado, importa destacar o entendimento do então Conselheiro João Paulo de Resende, que, em seu Voto-Vista, destacou que um dos principais ativos para o mercado de atuação original do Google, isto é, o mercado de busca online, são as informações de seus usuários, o que demandaria maiores considerações sobre os incentivos para realização de condutas anticoncorrenciais.

Conforme apontado pelo referido Conselheiro,

“quanto mais informações o Google consegue extrair de usuários da internet, mais ele consegue aprimorar o mecanismo de busca, é verdade, mas também mais ele se distancia de qualquer concorrente e mais ele robustece seu poder de mercado. Assim, me parece muito claro o incentivo do Google para agir de modo a garantir que a maior parte das atividades realizadas por internautas ocorra dentro de seus próprios subdomínios, para conhecê-lo cada vez mais e para impedir que outros o conheçam. Os dados são a nova moeda, a nova fonte

²⁰⁹ Apesar da descrição dessa prática, o caso Google Shopping não há de ser confundido com o caso Google Scraping (Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03), o qual não será tratado no presente estudo não só em razão de as considerações lá realizadas em muito se assemelharem com aquelas apresentadas no caso Google Shopping, mas também pelo fato de tal processo ter sido arquivado pela ausência de provas suficientes da ocorrência de ilícito anticoncorrencial e ter dado origem a instauração do caso Google News (Inquérito Administrativo nº 08700.003498/2019-03), atualmente em trâmite na SG do Cade.

²¹⁰ Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0632170.

de poder. Ao direcionar o usuário para um site próprio de compra e não para um comparador (e, creio, no futuro, mesmo para um MP [*market place*]), o Google é capaz de observar o que o consumidor faz, colher suas informações e mapear seu comportamento. Portanto, concluo por haver incentivos para a conduta”²¹¹

Ainda que a decisão final do Cade tenha sido pelo arquivamento do processo, extrai-se das discussões realizadas a relevância de uma análise abrangente, não limitada apenas aos possíveis impactos de dada conduta ou ato de concentração sobre o mercado relevante a princípio diretamente afetado, sob pena de perder de vista os possíveis impactos gerados pelo controle de dados sob outros mercados relevantes inseridos no mesmo ecossistema digital.

IV.3.3. Processo Administrativo n° 08700.005694/2013-19 (Google AdWords)

O PA ora avaliado originou-se de uma Representação apresentada pela Microsoft²¹², que alegava que o Google estaria “restringindo a capacidade dos anunciantes [no AdWords] de usar as plataformas de busca patrocinada de concorrentes”²¹³ ao impedir a “portabilidade cruzada de dados entre plataformas e a otimização de campanhas por meio do documento ‘Termos e Condições [T&C] da API [*Application Programming Interface*] do AdWords”, o que consistiria em abuso de posição dominante.

Apontou-se que o suposto abuso seria resultado de uma alteração nos T&C a qual, de acordo com a Microsoft, dificultaria o *multihoming* no uso de softwares que se comunicam com múltiplas plataformas. Com tais alterações, os usuários de softwares de gerenciamento de campanhas em múltiplas plataformas, em tese, não estariam sendo capazes de promover campanhas simultaneamente nas plataformas do Google e Bing, o que, em virtude do poder de mercado do Google, levaria à utilização apenas da ferramenta própria do Google, a qual não estaria submetida às mesmas restrições impostas a terceiros. Isto é, conforme identificado pela SG em sua análise, "se existentes, as restrições aventadas não seriam capazes de impedir que

²¹¹ Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende no âmbito do Processo Administrativo n° 08012.010483/2011-94, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o n° 0632473.

²¹² Em 2016 a Microsoft e o Google celebraram um acordo para encerrar as diversas disputas de natureza concorrencial entre eles que estavam em andamento, razão pela qual a Microsoft desistiu da Representação formulada e o polo ativo do PA n° 08700.005694/2013-19 foi alterado para substituir tal parte pelo Cade, que continuou a investigar, *ex officio*, os indícios de infração à ordem econômica apresentados originalmente pela Microsoft, nos termos do Despacho Decisório n° 1/2016/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o n° 0194829.

²¹³ Representação formulada por Microsoft Corporation em face de Google Inc e Google Brasil Internet LTDA, no âmbito do Processo Administrativo n° 08700.005694/2013-19, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o n° 0005301.

um usuário final – uma empresa ou agência de publicidade, por exemplo – utilizando-se da própria interface do Google AdWords, fizesse o *multihoming* entre distintas plataformas”²¹⁴.

Destacou a SG que o suposto problema concorrencial não derivaria da existência do API em si, isto é, da interface de conexão, mas sim das supostas restrições decorrentes da forma como desenhados seus T&Cs. Como consequência,

“uma intervenção da autoridade no modo como o Google permite o acesso ao AdWords teria como efeito prático estabelecer uma colaboração entre o Google e os outros rivais que se beneficiariam com a possibilidade de acesso maior ao AdWords por parte das ferramentas de gerenciamento de campanhas”²¹⁵.

Assim sendo, reconheceu-se ser necessária a adoção de considerável grau de cautela, sobretudo “por se tratar de uma intervenção em mercados com inovação constante como são os mercados de tecnologia”²¹⁶.

Parte das discussões ocorridas no âmbito do referido PA disseram respeito ao inteiro teor das cláusulas dos T&C, bem como sobre a existência de eventuais justificativas para a sua adoção.

Não obstante, concluiu-se ser baixo o custo-benefício para que um anunciante operasse simultaneamente com várias plataformas, na medida em que seria possível atingir quase a totalidade do público-alvo de uma campanha publicitária através da veiculação de anúncios na plataforma do Google. Por estas razões, destacou-se que “qualquer dificuldade para a operacionalização do *multihoming* pode ser suficiente para inibir o seu uso”²¹⁷, o que levou a SG a aprofundar a análise sobre os possíveis efeitos da conduta.

Com base na instrução processual realizada, apontou-se não ser necessária a utilização de softwares de gerenciamento de campanhas para sincronizar e otimizar campanhas entre diferentes plataformas, sendo tais ferramentas apenas uma das opções para o *multihoming*. Da mesma forma, verificou-se que os T&Cs não se apresentavam como um impeditivo ao *multihoming*, posto que permanecia viável a transferência de dados de forma manual, bem como a criação e utilização de ferramentas de terceiros, desde que estas observassem as disposições

²¹⁴ Nota Técnica nº 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0475816.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Idem.

dos T&Cs, algumas das quais já haviam sido disponibilizadas e eram utilizadas por anunciantes em outros países.

Para além disso, entendeu-se não haver evidências de que os T&C do Google AdWords impactariam negativamente a capacidade e a decisão dos usuários de fazerem uso de mais de uma plataforma para promoção de suas campanhas publicitárias, tampouco que teriam contribuído para que a Microsoft sofresse redução em seu *marketshare* a ponto de tornar-se não atrativa para os anunciantes. Tal fato, em verdade, estaria atrelado ao custo-benefício de anunciar-se em plataformas concorrentes a do Google *vis-à-vis* o retorno percebido por tais investimentos.

Assim sendo, a SG concluiu pela inexistência de indícios suficientes de infração à ordem econômica e sugeriu o arquivamento do PA ao Tribunal do Cade, destacando-se que “as previsões contratuais asseguram proteções adicionais aos dados das empresas anunciantes, além de garantir que todas as funcionalidades oferecidas pela plataforma Google sejam sempre disponibilizadas aos anunciantes, de forma atualizada”²¹⁸.

Ato contínuo, o processo foi distribuído ao então Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, que, em seu voto, destacou que “devido ao evidente poder de mercado detido pelo Google, é cabível o questionamento se devido a essa assimetria entre os agentes do mercado a Representada impôs condições que geraram a maior utilização somente da plataforma Google e, conseqüentemente, a não realização do *multihoming*”²¹⁹. Por estas razões, foram avaliadas todas as disposições dos T&Cs, mesmo as que haviam sido excluídas após acordo firmado pelo Google com a autoridade antitruste norte-americana em 2013, na medida em que estas poderiam ter impactado negativamente o mercado nacional enquanto estiveram vigentes.

Após análise individualizada, concluiu o então Conselheiro-Relator que nenhuma das previsões seria propriamente anticoncorrencial, bem como que a escolha por veicular propagandas na plataforma do Google se baseia na performance por ela oferecida, de modo que “a escolha racionalmente econômica por parte dos anunciantes pela plataforma Google, sem desincentivos artificiais criados pelo referido *player* dominante para a utilização dos mesmos

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0628841.

mecanismos oferecidos pelos seus concorrentes, não caracteriza conduta infracionária sob a perspectiva concorrencial, cuidando-se de competição no mérito”²²⁰.

Para além disso, entendeu-se não ser a API do Google Adwords uma *essential facility* e que eventual obrigação de concessão de acesso seria mitigada pela existência de outras maneiras de realizar o *multihoming*, votando o Conselheiro-Relator pelo arquivamento do feito.

Ao final, o Tribunal do Cade, por unanimidade, acompanhou o entendimento da SG e o processo foi arquivado pela insubsistência de indícios de infração à ordem econômica.

Embora tal precedente também tenha apresentado um resultado diferente das investigações semelhantes ocorridas em outras jurisdições, sua análise revela o receio da autoridade brasileira em intervir em mercados digitais em virtude de sua reconhecida dinamicidade e capacidade inovativa.

Para além disso, demonstra a preocupação do Cade na avaliação dos efeitos sobre o mercado nacional, que, em suas análises, leva em consideração as conclusões e os resultados das investigações realizadas em outras jurisdições, mas opta por não as transportar de imediato para o caso brasileiro, em razão da existência de características próprias do mercado nacional que podem diferenciá-lo de outras jurisdições, tais como grau de maturidade e desenvolvimento.

Por fim, é possível extrair do presente caso a inexistência de impedimentos para que a autoridade antitruste analise pormenorizadamente os Termos e Condições de uso de dada plataforma para fins de identificação de abuso de posição dominante, da mesma forma como realizado pelo Bundeskartellamt no âmbito do já mencionado *Case B6-22/16*²²¹.

IV.3.4. Inquérito Administrativo nº 08700.005986/2018-66 (Elo/Amex/Visa/Mastercard)

O Inquérito Administrativo nº 08700.005986/2018-66 foi instaurado após análise, pelo Tribunal do Cade, de quatro Consultas²²² submetidas pela Redecard S.A., em virtude da suposta imposição, por parte Instituidores de Arranjos de Pagamentos (IAPs), de obrigações que

²²⁰ Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0628841.

²²¹ BUNDESKARTELLAMT, *Case B6-22/16*. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5>. Acesso em 29 jun. 2022.

²²² São elas: Consultas nº 08700.004009/2018-41, 08700.004010/2018-76, 08700.004011/2018-11 e 08700.004012/2018-65.

implicam acesso destes a informações concorrencialmente potencialmente sensíveis de subcredenciadores/facilitadores.

No âmbito das referidas Consultas, a então Conselheira-Relatora Paula Farani destacou que as disposições diziam respeito ao fornecimento de acesso a um conjunto expressivo de informações, razão pela qual efetuou considerações sobre o fenômeno do *big data* e a relevância econômico-competitiva dos dados, a qual estaria “ligada diretamente ao potencial de gerar informação”²²³.

Em sua análise, identificou-se que a obtenção de “informações e dados prévios e compilados dos facilitadores e dos estabelecimentos comerciais pode ensejar a aplicação da legislação concorrencial e, por meio de uma análise dos efeitos da conduta, vir a configurar um ilícito”²²⁴, o que motivou a instauração de Inquérito Administrativo pela Superintendência-Geral do Cade após manifestação favorável da maioria do Tribunal do Cade²²⁵.

A SG, então, fez menção ao referido voto e destacou haver dois grupos de dados/informações objeto de compartilhamento. No primeiro, estariam dados agregados e históricos, sobre os quais recaem presunção de licitude, sendo que “quanto mais agregados e antigos forem os dados, menor o risco concorrencial representado pelo seu compartilhamento”²²⁶. Já no outro grupo estariam aquelas informações tidas como “sensíveis”, cujo compartilhamento seria potencialmente lesivo ao mercado, recaindo sobre elas uma presunção relativa de ilicitude, por permitirem a obtenção indevida de uma vantagem competitiva e/ou facilitarem/estimularem práticas colusivas.

A análise sobre se as informações requisitadas pelos IAPs enquadrar-se-iam ou não como concorrencialmente sensíveis contou com a colaboração do Banco Central, que apresentou informações sobre a racionalidade envolvida no compartilhamento de dados, bem como sobre a regulação setorial aplicável.

²²³ Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo no âmbito das Consultas nºs 08700.004009/2018-41, 08700.004010/2018-76, 08700.004011/2018-11 e 08700.004012/2018-65, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0533387.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ Conforme certidão do plenário registrada no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0534931.

²²⁶ Nota Técnica nº 77/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0667107.

Ao final, concluiu-se que “ainda que algumas das informações solicitadas possam ser sensíveis, elas são necessárias à garantia da segurança das transações”²²⁷, havendo previsão regulatória setorial específica nesse sentido, de modo que a exigência de acesso a tais dados não consistiria em um ilícito concorrencial. Por estas razões, o Inquérito Administrativo foi arquivado com base na inexistência de indícios de infração à ordem econômica.

IV.3.5. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17 (Linx/Stone)

O AC nº 08700.003969/2020-17 dizia respeito à aquisição da Linx pela Stone. Apesar de identificado que as sobreposições horizontais não suscitavam preocupações concorrenciais, dado as baixas participações de mercado, realizou-se uma análise mais profunda sobre as integrações “entre os diversos elos do ecossistema que envolve gestão, crédito e meios de pagamento no varejo nacional”²²⁸.

Em seu Parecer, a SG destacou a importância que o uso de dados possui em mercados digitais e o aspecto fundamental da interoperabilidade nos seguintes termos:

“Diversas plataformas e serviços digitais funcionam por meio de algoritmos. Assim, muitos dos serviços fornecidos digitalmente passam pelo uso e coleta de dados pessoais e de empresas, que são tratados e utilizados para que haja um aperfeiçoamento dos serviços e produtos fornecidos, de modo que consigam responder de forma mais eficiente às demandas dos usuários”²²⁹

Ato contínuo, a SG avaliou os efeitos relacionados ao acesso a dados para a dinâmica competitiva dos mercados envolvidos na Operação, concluindo, ao final, que esta não propiciaria à Stone o acesso a dados de concorrentes e que o conjunto de dados a que a Stone de fato teria acesso não geraria danos à concorrência. Ao contrário, esperava-se que tal acesso gerasse um acirramento da rivalidade, pois reduziria a assimetria informacional sobre o histórico financeiro dos estabelecimentos comerciais (na qualidade de clientes de uma provedora de soluções de pagamento), o que lhe garantiria maior capacidade de concorrer com os maiores agentes do mercado por mitigar uma característica estrutural do mercado bancário: a heterogeneidade da assimetria de informações entre os agentes que atuam nesse setor.

Ao final da instrução, a SG entendeu que a Operação poderia ser aprovada sem restrições. Diante dessa decisão, os terceiros interessados apresentaram recurso, os quais foram distribuídos à relatoria do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Em seu voto, o Conselheiro-

²²⁷ Idem.

²²⁸ Parecer nº 4/2021CGAA2/SGA1/SG, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0880478.

²²⁹ Idem

Relator alertou que a operação não permitiria à Stone acessar por completo a estratégia comercial dos concorrentes que usam softwares de gestão da Linx e observou que o Open Banking estabeleceria o compartilhamento de dados relacionados a: (i) operações de crédito; (ii) serviços de credenciamento em arranjos de pagamento; (iii) cadastro de clientes e seus representantes; (iv) transações de clientes relacionadas com serviços de credenciamento em arranjos de pagamento.

Dessa forma, entendeu-se que as informações a que a Stone teria acesso em decorrência da Operação, “são destinadas a serem compartilhadas por instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil mediante autorização do estabelecimento (a quem, frise-se, pertencem os dados)”²³⁰

Isto é, reconheceu-se que tais dados, desde que autorizado, já estariam sendo compartilhados entre instituições financeiras, independentemente da realização ou não da Operação proposta.

Ao final, por unanimidade, o Ato de Concentração foi aprovado sem restrições.

Com efeito, tendo em vista o objeto do presente estudo, há de se destacar que, durante a análise desse AC, a então Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira apresentou voto-vogal, ressaltando que a Operação

“(…) suscita preocupações que envolvem temáticas cada vez mais recorrentes para autoridades da concorrência ao redor do mundo, relacionadas aos efeitos de concentrações conglomeradas e de acúmulo de dados concorrencialmente relevantes, sobretudo na análise de operações e condutas em mercados digitais ou financeiros.

Essas temáticas muitas vezes desafiam a metodologia tradicional de análise antitruste e impõem a necessidade de desenvolver novos conceitos e teorias para apreender as novas formas de exercício de poder de mercado e seu eventual abuso. Esse empenho é imprescindível para que o Direito da Concorrência mantenha sua relevância como instrumento de efetivação dos princípios da ordem econômica constitucional e não se torne obsoleto diante das transformações que afetam o ambiente econômico e concorrencial.

(…)

Neste caso concreto, as temáticas citadas estão no centro das alegações sobre as teorias de dano que poderiam decorrer da operação sob análise. As preocupações concorrenciais derivam das relações complementares geradas,

²³⁰ Voto do Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0921910.

com incremento de poder conglomerado pelas Requerentes e com o acesso informacional proporcionado pela integração de portfólio”²³¹

Reconheceu, portanto, a ex-Conselheira, que (i) os mercados digitais, por diversas vezes, fazem surgir desafios à metodologia tradicional de análise antitruste, sendo necessária a realização de adaptações ou criação de novas teorias para avaliação dos casos levados à apreciação da autoridade; bem como que (ii) vem-se identificando uma crescente necessidade de aplicação de teorias do dano geralmente associadas a poder conglomerado em razão das relações complementares decorrentes tanto da integração dos portfólios das partes, mas também da capacidade de aprimoramento dos produtos/serviços através da integração de seus bancos de dados.

IV.3.6. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61 (Claro/Serasa)

O Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61 disse respeito à prorrogação de um contrato por meio do qual a Claro iria fornecer dados dos usuários de seus serviços para que a Serasa Experian pudesse utilizá-los como insumo para seus serviços de proteção ao crédito.

A SG, por entender que restavam preenchidos os requisitos para notificação obrigatória, conheceu a Operação e, ao final, entendeu pela possibilidade de sua aprovação sem restrições.

Para tanto, entendeu-se ausentes quaisquer riscos relativos à possibilidade de fechamento do mercado de informações de crédito para *bureaux* concorrentes, *inter alia* e em suma, na medida em que: (i) não existiam contratos entre a Claro e demais empresas para comercialização das informações que seriam fornecidas exclusivamente à Serasa; e (ii) dados da mesma natureza dos compartilhados poderiam ser obtidos por outros *bureaux* junto a outras prestadoras de serviço.

Tendo em vista o objeto do presente estudo, mostra-se relevante para as discussões propostas destacar que a SG, em sua análise, apontou que

“não compete ao Cade analisar se o contrato associativo ora em análise e as respectivas cláusulas de exclusividade estão de acordo ou não com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414) ou o Decreto nº 9936/2019. A aprovação da operação pelo Cade trata tão somente da questão concorrencial, e não enseja análise de mérito quanto à aderência ou não das Requerentes aos normativos mencionados acima, cuja fiscalização do cumprimento é de responsabilidade das respectivas autoridades governamentais”²³²

²³¹ Voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0920289.

²³² Parecer nº 10/2021/CGAA2/SGA1/SG, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0899461.

Nessa oportunidade, portanto, verifica-se que o Cade se limitou a realizar a análise da Operação dentro dos limites de sua competência legalmente estabelecida, não se pronunciando sobre a adequação ou não dos termos pactuados à LGPD, o que, na visão da autoridade, haveria de ser feito, se necessário, pela ANPD.

Não obstante a decisão da SG, a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado propôs a avocação do AC ao Tribunal para aprofundar a análise quanto a possibilidade de fechamento de mercado. Em suas razões, destacou que

“A Serasa é a líder do mercado de serviços de informações de crédito negativo de pessoas físicas e jurídicas (...) e a Claro é uma gigante das telecomunicações (detendo uma base de dados significativamente grande (...)). Essa parceria daria a vantagem competitiva do pioneiro para a Serasa (que já detém provável posição dominante), em uma estrutura de mercado que pode funcionar como uma plataforma (com potencial *negative feedback loop*) em relação a um insumo valioso (os dados), que pode fortalecer as características de *the winner takes all* do mercado de plataforma; tudo isso protegido pela exclusividade contratual. Instrução adicional seria necessária para esclarecimento destes pontos e chegar a uma decisão mais robusta e mais segura por parte do CADE.”²³³

A maioria dos demais conselheiros, contudo, reconheceu que a instrução realizada pela SG seria suficiente para avaliação dos possíveis impactos da Operação, destacando o Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffman que

“a instrução realizada pela SG apurou que os dados a serem fornecidos pela Claro não são estratégicos a ponto de serem necessários para atuação dos birôs, tendo em vista que: (i) representam parcela não substancial do mercado, de modo que dados de diversas outras empresas estariam disponíveis aos concorrentes da Serasa; (ii) os produtos desenvolvidos pela Serasa serão destinados tão somente à Claro (e não concorrentes desta empresa); e (iii) os dados até mesmo poderiam ser obtidos de outras formas”²³⁴

Assim sendo, ao final, o Plenário, por maioria, não aprovou a proposta de avocação e manteve a decisão da Superintendência-Geral pela aprovação sem restrições da Operação. Não obstante, determinou-se o envio de um ofício à ANPD para que esta pudesse tomar conhecimento das discussões realizadas no âmbito do referido processo e adotasse as providências que entendesse cabíveis.

²³³ Despacho Decisório nº 11/2021/GAB1/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0907701.

²³⁴ Voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffman no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0909982.

O precedente demonstra a preocupação do Cade com os limites de sua percebida competência, tendo optado por oficiar a ANPD para que esta pudesse de fato avaliar se os termos do contrato firmado estariam de acordo ou não com as disposições previstas na LGPD. Por estas razões, observa-se que a análise realizada se limitou a avaliação de aspectos tradicionais da análise antitruste, *in casu* com a avaliação da teoria do dano relacionada ao fechamento de mercado, em nada se distinguindo de situações em que os insumos não são dados.

IV.3.7. Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72 (Sinch/Wavy)

Por intermédio do AC nº 08700.002761/2020-72, a Sinch objetivava adquirir o controle da Wavy. Ambas as partes atuavam predominantemente no mercado de plataformas de comunicação como serviço (*Communication Platform as a Service*), e, em virtude das características próprias da cadeia produtiva desse mercado, identificou-se que decorriam da operação não apenas sobreposições horizontais, mas também integrações verticais.

Naquela ocasião, a SG, em sua análise, levou em consideração as disposições contidas na LGPD²³⁵ em dois momentos distintos.

No primeiro, levou-se em consideração que a LGPD

“trouxe mesmo um *enforcement* para empresas estrangeiras, principalmente as relacionadas aos mercados de tecnologia e informação, transformarem processos visando mais transparência e segurança na coleta, tratamento e armazenamento de dados obtidos no país. Pela LGPD, de forma geral, empresas devem usar *data centers* localizados no Brasil ou em países com leis semelhantes à brasileira, sendo necessário o desenvolvimento de processos claros e transparentes quanto à proteção dos dados e de acordo com a classificação legal que possuam (dados sensíveis, pessoais ou anônimos)”²³⁶.

Dessa forma, entendeu-se que a LGPD gera incentivos para que o tratamento e armazenamento de dados seja realizado no Brasil, razão pela qual a dimensão geográfica dos mercados relevantes envolvidos na operação poderia ser definida como nacional.

Posteriormente, quando da análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, a LGPD foi alvo de novas considerações por parte da autoridade antitruste brasileira, que

²³⁵ Importa destacar desde já que a interpretação das disposições previstas na LGPD porventura apresentadas ao longo deste capítulo não condiz necessariamente com aquela da ANPD, tampouco a opinião do presente autor, tendo sido extraídas das decisões do Cade e aqui apresentadas tão somente para que fosse possível cumprir com o objetivo proposto para o presente estudo.

²³⁶ Parecer nº 21/CGAA4/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0847953.

entendeu ser necessário averiguar se as obrigações nela contidas poderiam representar barreiras à entrada. Segundo a SG,

“(…) a nova legislação brasileira relacionada à Proteção de Dados Pessoais, LGPD, reforça a necessidade de que empresas que armazenam e trafegam dados de usuários e que operam com sistemas virtuais, sustentem processos visando mais transparência e segurança na sua coleta, tratamento e armazenamento. Devem, inclusive, respeitar regras de segurança relacionadas ao uso de data centers em acordo com a legislação nacional.

Um novo entrante precisa, portanto, adequar-se a estes requisitos quanto ao armazenamento e proteção de dados e informações pessoais, mantendo a privacidade dos usuários e adotando sistemas de segurança confiáveis para o tráfego de dados nos diversos sistemas ou API adotados”²³⁷.

Entretanto, verificou-se que questões relacionadas à proteção de dados, privacidade e segurança cibernética já seriam fatores sensíveis à operação nesses mercados, consistindo a adoção de melhores práticas uma conduta comum, de modo que a necessidade de adequação à LGPD no que diz respeito as previsões sobre armazenamento e proteção de dados não representaria uma barreira à entrada de novos agentes.

Ao final, concluiu-se pela possibilidade de aprovação sem restrições da referida operação.

Apesar de não ter sido realizada uma análise exaustiva, tal precedente demonstra a preocupação da autoridade brasileira com os efeitos possíveis da LGPD sobre os mercados, tendo avaliado as consequências práticas decorrentes de sua entrada em vigor em diferentes etapas da análise antitruste.

IV.3.8. Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38 (GuiaBolso/Bradesco)

Nesse precedente, investigou-se uma possível prática de fechamento de mercado, por parte do Bradesco, a partir de uma suposta recusa de acesso a dados e criação de dificuldades à portabilidade e interoperabilidade ao GuiaBolso.

Conforme relatado nos autos do caso, o GuiaBolso seria a fintech responsável pelo desenvolvimento de um aplicativo para *smartphones* capaz de acessar as informações bancárias de seus usuários e, a partir delas, fornecer ao usuário um mecanismo pessoal de gestão financeira de seus recursos. Em um segundo momento, teria passado a utilizar as informações coletadas para construir um sistema de *rating* (classificação de risco) de crédito de seus usuários. Assim, por meio de uma plataforma de dois lados, o aplicativo teria se tornado uma

²³⁷ Idem.

espécie de *marketplace* de serviços de empréstimo pessoal, por meio da qual instituições financeiras poderiam

“oferecer crédito aos usuários do GuiaBolso independentemente de relacionamento prévio (conta corrente), considerando a classificação de risco elaborada e disponibilizada pelo GuiaBolso a essas instituições. Por meio dessa funcionalidade, o cliente Bradesco, assim como os clientes de demais instituições financeiras, ao utilizar o GuiaBolso, consegue comparar de maneira online os custos entre diversos ofertantes de empréstimo, podendo contratar o crédito com outra instituição financeira com substancial redução nos custos de troca”²³⁸.

Contudo, a partir de dado momento, o Bradesco teria começado a exigir, para além da senha, a inserção de um *token* randômico para cada acesso de seus clientes às suas respectivas contas-correntes. Não sendo repassável de maneira prévia, posto que randomicamente gerada a cada tentativa de acesso, o GuiaBolso, mesmo autorizado por seus usuários, não conseguia acessar as informações bancárias junto àquela instituição financeira, razão pela qual a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) encaminhou Denúncia ao Cade, sustentando que tal prática, supostamente relacionada à segurança e proteção de dados dos seus clientes, representaria uma barreira imposta ao desenvolvimento de atividades econômicas.

Em sua investigação, o Cade observou²³⁹ que estava havendo “uma intensificação do fenômeno das Fintechs”, as quais “frequentemente dependem de informações bancárias para se desenvolver e prestar os serviços adequadamente a seus consumidores”. Ou seja, identificou-se que ao mesmo tempo em que as fintechs dependiam dos bancos, por estes controlarem dados considerados insumos essenciais, elas também concorriam com eles, por prestarem serviços que poderiam substituir parte dos serviços tradicionalmente prestados pelos bancos.

Para além disso, reconheceu-se estar diante de um mercado de múltiplos lados operacionalizado por intermédio de uma plataforma de informações bancárias. Em um primeiro lado, estariam os clientes, pessoas físicas, titulares de contas-bancárias. De outro, estariam as instituições financeiras que, com base no perfil dos clientes, ofereceriam “empréstimos e financiamentos a taxas de juros diferenciadas”.

²³⁸ Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0591539.

²³⁹ Idem.

Ato contínuo, realizaram-se ponderações sobre os efeitos de rede presentes nesse mercado, os quais tornariam os possíveis efeitos da suposta conduta praticada pelo Bradesco significativamente mais danosos à concorrência. Veja-se:

“Na presença de externalidades de rede, o valor da plataforma, pela ótica das instituições financeiras que a ela se conectam, é menor caso se obstaculize a conexão de clientes pessoa física à plataforma. Com menos instituições financeiras conectadas, também cai o valor atribuído à plataforma pela ótica das pessoas físicas.

Em analogia ao caso dos *bureaus* de crédito, que pressupõe que as informações de cada banco são essenciais, para o caso de plataformas de informações bancárias e *marketplaces* de fornecimento de crédito pessoal, também deve-se procurar garantir que não haja discriminação no acesso a informações bancárias. Sem as informações dos usuários que possuem contas-correntes no Bradesco, a plataforma GuiaBolso perde atratividade pela ótica das instituições financeiras que fornecem crédito. Como consequência da menor presença de instituições financeiras, menos usuários ficam interessados em se conectar ao GuiaBolso. Em resumo, sem as informações de titulares de contas-correntes de bancos importantes, o GuiaBolso pode ter seu modelo inviabilizado pelo ciclo vicioso descrito acima”.

Ao final, concluiu-se que a prática do Bradesco que resultava na criação de dificuldades de acesso por parte do GuiaBolso às informações da conta corrente de seus clientes, os quais teriam expressamente autorizado tal acesso, poderia ser entendido como uma “forma sutil” de fechamento de mercado, razão pela qual determinou-se a instauração de Processo Administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica²⁴⁰.

Visando solucionar os possíveis problemas identificados, o Bradesco apresentou uma Proposta de Compromisso de Cessação, a qual, após o devido processo de negocia o, serviu de base para a celebra o de TCC²⁴¹ que previa a ado o de compromissos voltados   soluço das práticas potencialmente lesivas identificadas pelo Cade.

Dentre os compromissos assumidos, merece especial destaque a obriga o de desenvolvimento, por parte do Bradesco, de uma interface de conexão que permitisse ao GuiaBolso (i) “a oferta e captura do consentimento dos seus usuários que têm sejam clientes do Bradesco” (as quais seriam válidas por 12 meses); e (ii) “o acesso aos sistemas do Bradesco, por meio de comunica o criptografada previamente estabelecida, permitindo a coleta de todos os dados dos usuários que fornecerem consentimento para tal”. Para  m disso, de modo a

²⁴⁰ Despacho SG de Instaura o de Processo Administrativo n  9/2019, registrado no Sistema Eletrônico de Informa es sob o n  0591544.

²⁴¹ A versão pública do TCC firmado encontra-se registrada no Sistema Eletrônico de Informa es sob o n  0816474.

tornar tal interface viável e operacional, o Bradesco comprometeu-se a garantir um índice determinado de disponibilidade mensal de tal interface, bem como um tempo de resposta máximo pré-definido por solicitação de consentimento.

Quanto à efetividade, entendeu-se que a proposta atendia a tal requisito por facilitar a portabilidade de dados dos clientes do Bradesco, desde que estes assim declarassem expressamente seu desejo. Com a facilitação do trânsito de dados, mitigar-se-ia uma característica estrutural do mercado bancário: “a heterogeneidade da assimetria de informações entre os diversos agentes que participam do setor”²⁴².

Para o então Presidente do Cade, Alexandre Barreto de Souza, com o acordo, “criar-se-iam possibilidades para melhores serviços, redução de preços e aumento de quantidade a partir do acirramento da rivalidade nesse mercado”²⁴³, de modo que

“ao viabilizar uma solução acordada e imediata, anterior à plena vigência do *open banking* no Brasil, gerará efeitos potencialmente benéficos e pró-competitivos no mercado de serviços financeiros brasileiro, ao ir ao encontro do planejado pelo regulador para este mercado com a política supracitada, a qual visa, sobretudo, o incremento da concorrência no setor em destaque, em benefício dos consumidores brasileiros”²⁴⁴

Por estas razões, o Tribunal do Cade, por unanimidade, homologou a proposta de TCC.

Para além de mais um exemplo de cooperação entre o Cade e um regulador setorial, o precedente apresenta mais uma situação em que avaliadas as características específicas de um mercado digital e a importância dos dados para seu funcionamento para que fosse possível analisar os possíveis impactos negativos da conduta investigada.

Não obstante a deferência à solução apresentada pela regulação que em breve entraria em vigor, a qual foi replicada pela autoridade em seu TCC para solucionar com maior brevidade o problema identificado, merecem especial destaque as obrigações de disponibilidade mensal e tempo de resposta acordadas. Isso porque, tais previsões estão voltadas a assegurar níveis mínimos de qualidade à plataforma concorrente, por reconhecer o Cade ser este um fator de concorrência especialmente relevante para mercados de preço-zero.

²⁴² Despacho Presidência nº 180/2020, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0813547.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

IV.3.9. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55 (Hub/Magalu)

Com a intenção da Magazine Luiza (“Magalu”) em adquirir 100% do capital social da Hub Prepaid Participações S.A. e suas subsidiárias Hub Pagamentos, Hub Benefícios, Paypaxx e Hub Argentina (em conjunto, “Hub”), foi notificado o Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55 (“AC Hub/Magalu”).

Naquela oportunidade, o Mercado Pago solicitou intervenção como terceiro interessado, o que foi deferido pela SG. Em sua manifestação, defendeu que a Operação concederia vantagens competitivas indevidas à Magalu, na medida em que a Hub, por ter lhe prestado serviços de meios de pagamento, deteria informações de operações realizadas e de clientes do Mercado Pago.

As Requerentes, instadas a se manifestar sobre as alegações do terceiro interessado, confirmaram que a Hub de fato teria acesso a uma série de informações sobre as atividades de seus clientes, as quais mantêm posse em razão de obrigações regulatórias. São elas:

“i) dados pessoais (nome completo, CPF, data de nascimento, nome completo da mãe e endereço de entrega do cartão); e ii) dados de compra - nome do estabelecimento, valor de compra, número de parcelas, tipo de compra (saque, compra no cartão físico ou virtual), categoria do estabelecimento (varejo, posto de gasolina, etc.), endereço do estabelecimento, valor de intercâmbio, indicação da moeda de liquidação (caso seja feita compra internacional), taxa de conversão de câmbio (se aplicável) e conjunto de informações informadas pelas bandeiras que são específicas de cada segmento de negócio”²⁴⁵.

O terceiro interessado indicou que o controle sobre tais dados resultaria na concessão de vantagem indevida à Magalu, facilitando a adoção de condutas anticompetitivas, sobretudo em desfavor do Mercado Livre, *marketplace* do grupo econômico do Mercado Pago.

Em sua análise, contudo, a SG observou que não estava em vigência o contrato entre a Hub e o Mercado Pago, de modo que a Magalu, no pós-Operação, não poderia “acessar informações em tempo real de seus concorrentes, o que impede a uniformização, a concessão de posição privilegiada de condições comerciais de concorrente e a adoção de medidas anticompetitivas”²⁴⁶.

²⁴⁵ Parecer nº 88/2021/CGAA5/SGA1/SG, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0879885.

²⁴⁶ Idem.

Ademais, identificou-se que a Hub não armazenava ou possuía acesso às informações sobre o produto objeto da compra, mas somente ao valor da transação. Dessa forma, entendeu-se que

“o acesso a estes dados não se constitui propriamente um risco concorrencial, pois não implica a garantia de extrair informações de perfis de usuários (compradores ou vendedores), dados específicos de conta de usuários, relacionamento entre usuário e plataforma (Mercado Livre), condições comerciais conferidas aos usuários e padrão de atuação do Mercado Livre, que podem representar informações que acarretariam alguma vantagem competitiva e potencial de danos ao ambiente concorrencial. Dessa forma, não ficou evidenciado que a dinâmica de promoção e campanhas do Mercado Livre, que é a matriz geradora de novos clientes (desejo de consumo x preço baixo), seria efetivamente acessada pelo Magalu e, assim, não é possível afirmar que há possibilidade de o Magalu usar diretamente o histórico de transações da Hub no passado para oferecer ao cliente produtos com preços mais competitivos, e nem que isso seria um ilícito concorrencial por si só, pois a legislação antitruste brasileira tutela o direito difuso a mercados mais concorrenciais, e não os concorrentes. Por conseguinte, não haveria nexo de causalidade entre a Operação em tela (aquisição dos dados) e a preocupação concorrencial aventada (utilização e uniformização), ao contrário da afirmação feita pelo terceiro interessado”²⁴⁷

Assim sendo, concluiu-se que a natureza das questões aventadas pelo terceiro interessado teriam origem em questões contratuais privadas, alheias à competência do Cade. Afastadas essas preocupações, e na medida em que a Operação configurava mera substituição de agente econômico, a SG manifestou-se pela sua aprovação sem restrições.

Não obstante, o terceiro interessado apresentou recurso, o qual foi distribuído para a relatoria da ex-Conselheira Paula Farani. Em seu recurso, o terceiro interessado alegou, *inter alia*, que a operação se tratava de uma *data-driven merger*. Isto é, que a aquisição da Magalu teria sido motivada pela possibilidade de acesso aos dados da Hub, de modo que os impactos concorrenciais da Operação deveriam ter como foco os potenciais impactos negativos da possibilidade de acesso aos dados sensíveis dos concorrentes armazenados e seus clientes.

Em seu voto, a então Conselheira-Relatora apontou que a questão suscitada se referia a “um conjunto restrito de dados, com abrangência limitada”²⁴⁸, de modo que pairavam dúvidas razoáveis sobre a real extensão das estratégias que poderiam ser adotadas. Em suas palavras:

“por serem dados transacionais fracionados, que não permitem, por exemplo, acessar a transação de ponta a ponta, traçar todo o perfil de consumo ou venda

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Voto-Relator da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0893999.

dos clientes, ou acessar os termos contratuais concedidos pelo Mercado Pago, não parece factível que todas as condutas indicadas pela Recorrente possam ser efetivamente implementadas”²⁴⁹

Outrossim, na medida em que a consumação da Operação não permitiria a Hub descumprir com suas obrigações contratuais, legais e regulatórias, esta permaneceria impedida de fornecer tais dados para terceiros, inclusive para a Magalu. Desta forma, mesmo se considerados relevantes para a dinâmica concorrencial do mercado, entendeu-se que “existem salvaguardas de ordem contratual, legal e regulatória suficientemente robustas para impedir que os dados sejam disponibilizados e explorados pela Magalu Pagamentos”²⁵⁰.

No que diz respeito às salvaguardas, a ex-Conselheira destacou a importância das disposições contidas na LGPD, que impedem que os dados pessoais sejam repassados e tratados por terceiros sem consentimento de seus titulares, e tornam a Hub responsável por eventual utilização indevida dos dados.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann que, em seu Voto-Vogal, apontou que

“(…) o Banco Central (Bacen), que regula o sistema financeiro brasileiro e os meios de pagamentos, estipula uma série de questões no manuseio e manutenção dos dados coletados, não existindo qualquer autorização no uso desses dados para além de questões regulatórias. Inclusive, como visto no contrato mencionado, é habitual a inserção de tais cláusulas de confidencialidade, corroborando que os usos desses dados são limitados tão somente às obrigações contratuais. No mais, como bem observado pela Relatora, a Lei 13.709/2019 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD) dispõe, no art. 7º, que o compartilhamento e o tratamento de dados pessoais somente são autorizados mediante consentimento do titular, sendo, portanto, notadamente vedado o compartilhamento de dados pessoais não consentidos a terceiros”²⁵¹.

Ao final, por unanimidade, negou-se provimento ao recurso e manteve-se a decisão pela aprovação sem restrições do Ato de Concentração.

Extrai-se desse último precedente avaliado o posicionamento do Cade no sentido de presumir que as legislações aplicáveis seriam suficientes para desincentivar eventual tentativa de acesso às bases de dados da empresa adquirida no pós-Operação, o que poderia gerar preocupações concorrenciais a depender de seu conteúdo.

²⁴⁹ Idem

²⁵⁰ Idem

²⁵¹ Voto-Vogal do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0891841

Naquela ocasião, é certo que tal avaliação foi precedida da análise do tipo de informação armazenada e de sua utilidade (possíveis aplicações), tendo a autoridade concluído que mesmo se acessadas, tais informações seriam incapazes de garantir quaisquer espécies de vantagens indevidas à empresa fusionada. Entretanto, reputa-se temerário assumir que a regulação setorial seria sempre suficiente para desincentivar condutas desse tipo, sobretudo por dependerem da efetividade do *enforcement* promovido pelos reguladores setoriais.

IV.4. Considerações sobre o estudo de caso realizado: percepção quanto à visão do Cade

Pela análise dos precedentes apresentados, verifica-se que mesmo antes da promulgação da LGPD, o Cade já vinha discutindo questões relacionadas à importância de dados, inclusive pessoais, para diversos mercados.

Observa-se, ainda, que o Cade gradativa e progressivamente vem incorporando novas preocupações relacionadas às teorias do dano em mercados digitais e buscando solucionar na prática os problemas teóricos associados ao tema.

Ademais, com a ascensão das discussões sobre o tema, reforçada pela entrada em vigor da LGPD e outros dispositivos normativos relevantes, observa-se que os limites impostos à utilização e transferência de dados, bem como obrigatoriedade de garantias de portabilidade de informações previstas em diplomas desse tipo foram consideradas quando da análise antitruste realizada pelo Cade.

Levando-se em consideração que a regulação, em sentido amplo, há sempre de afetar, em alguma medida, a dinâmica dos mercados, era de se esperar que de fato tais questões viessem a ser aventadas na avaliação de casos concretos. Entretanto, em se tratando de um tema tão dinâmico e de rápida evolução quanto os próprios mercados digitais objeto de análise, há, decerto, espaço para aprimoramento, com a inclusão, por exemplo, da aplicação de testes alternativos ao SSNIP.

Para além disso, com base na avaliação da jurisprudência, de maneira geral, observa-se a preocupação da autoridade antitruste em avaliar individualmente os possíveis efeitos de cada conduta sobre o mercado nacional, independentemente do resultado das investigações semelhantes promovidas por seus pares de outras jurisdições.

Outrossim, verificou-se a tendência de o Cade adaptar as ferramentas analíticas tradicionais do direito antitruste, fazendo prevalecer um modelo de análise qualitativo quando

diante de mercados digitais, sobretudo aqueles movidos a dados, com especial foco na avaliação de teorias do dano.

Por fim, a análise realizada permite concluir que a autoridade antitruste nacional lida com a relação entre defesa da concorrência e a disciplina da proteção de dados de maneira bastante semelhante com a que lida com as interseções entre o direito antitruste e outras áreas como propriedade intelectual e defesa do consumidor e setores regulados da economia. Isto é, reiteradamente buscando cooperar com as agências reguladoras para enfrentar as questões que dizem respeito à área de convergência das competências de cada órgão, geralmente fazendo deferência ao entendimento do regulador setorial e incorporando-as em suas decisões, de modo a evitar eventuais conflitos e insegurança jurídica.

Como consequência, identifica-se que a autoridade brasileira adota uma postura pouco interventiva, sobretudo quando comparada a autoridades antitruste de outras jurisdições, limitando-se a aplicar soluções individualizadas para cada caso em concreto posto à sua apreciação, as quais nem sempre mostram-se replicáveis.

Assim sendo, verifica-se que muito embora quando da análise dos ACs Oi/Phorm e Telefônica/Phorm, avaliados ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/94, tenha o Cade rejeitado, à época, a ideia de inserir na análise antitruste questões ligadas à privacidade, em um aparente alinhamento com a teoria negacionista/conservadora, verifica-se que o entendimento da autoridade antitruste brasileira, ao longo dos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11, estaria, hodiernamente, mais próximo da vertente teórica moderada.

Isto é, estaria a autoridade antitruste brasileira reconhecendo a existência de interseções entre o direito da concorrência e a disciplina de proteção de dados, mas optando por endereçar tais questões de maneira pontual, em razão do receio de suas intervenções afetarem negativamente a dinâmica competitiva de mercados digitais.

Entende-se que tal postura é passível de críticas, posto que parte do pressuposto de que as normas de proteção de dados pessoais seriam sempre suficientes para solucionar todos os eventuais problemas decorrentes de eventuais violações, recaindo sobre a autoridade setorial o dever de investigá-las e reprimi-las.

Entretanto, principalmente se considerado o fato de a ANPD ainda apresentar-se como uma autoridade nova, apenas recentemente transformada em autarquia, ainda em processo de

maturação e com limitado número de servidores²⁵², questiona-se se a autoridade antitruste não deveria adotar uma postura mais ativa. A título de exemplo, mencionam-se as possibilidades de o Cade (i) avaliar, em sede de controle preventivo de estruturas, os riscos de dada operação aumentar a capacidade e/ou os incentivos para que um agente possa, no pós-Operação, aumentar o volume de dados coletados através de alterações nos termos e condições de uso da plataforma; e (ii) adotar, como evidência da existência de posição dominante, condição necessária para análise de condutas sobre a ótica da regra da razão, a capacidade de um agente reduzir os níveis de proteção à privacidade garantidos pela plataforma aos usuários que a utilizam, ainda que tal redução não consista em violação ao padrão mínimo exigido pela LGPD.

Assim sendo, e não se verificando impeditivos legais, acredita-se haver espaço para adoção de ações mais incisivas, capazes de colocar o Cade em uma situação de maior protagonismo nas discussões sobre defesa da concorrência e proteção de dados, sobretudo voltadas a auxiliar a ANPD no *enforcement* das normas de proteção de dados.

²⁵² Conforme entrevista publicada em 19.10.2022 com o então presidente da ANPD, Waldemar Gonçalves, a autoridade teria, à época, apenas 99 servidores, número este bastante reduzido, mesmo quando comparada ao efetivo do Cade que, em 2022, contava com 433 servidores em exercício. A íntegra da entrevista pode ser acessada pelo *link* <<https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Transformada-em-autarquia%2C-ANPD-quer-concurso-para-213-servidores-61745.html?UserActiveTemplate=mobile>>, ao passo que as informações sobre o número de servidores do Cade constam na página do Portal da Transparência, podendo ser acessada pelo endereço eletrônico <<https://portaldatransparencia.gov.br/orgaos/30211?ano=2022>>. Ambas as páginas foram acessadas em 28 dez 2022.

CONCLUSÕES

Essa pesquisa, com o objetivo de discutir a aplicabilidade do ferramental antitruste clássico, baseado no fator preço como principal variável competitiva, frente à digitalização da economia e a crescente importância de dados para o funcionamento de mercados digitais através da avaliação do papel do direito antitruste na proteção de dados, buscou abordar tanto os aspectos teóricos quanto práticos aplicáveis.

No que se refere aos aspectos teóricos, utilizou-se do método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas por meio de artigos científicos e estudos econômicos, bem como utilizados os dados colhidos em estudos econômicos realizados por especialistas e organizações/organismos internacionais, e os resultados neles obtidos, de modo a exemplificar e trazer para mais próximo da realidade do mercado as discussões até então puramente teóricas apresentadas. Já no que diz respeito aos aspectos práticos, foram avaliadas decisões das autoridades antitruste brasileira, europeia e norte-americana, em que foram realizadas discussões sobre diversos pontos de interesse para o presente estudo.

Para alcançar os objetivos propostos, inicialmente, realizou-se, no Capítulo 1, uma revisão pormenorizada da literatura disponível sobre o tema, analisando-se o conceito, definições e características gerais associadas às plataformas digitais, ator central do estudo proposto. Ato contínuo, investigou-se, no Capítulo 2, as razões pelas quais a comunidade antitruste vem identificando a necessidade de reflexões sobre o papel da defesa da concorrência na proteção de dados pessoais, avaliando-se as principais vertentes teóricas desenvolvidas pela doutrina especializada para, em seguida, através da análise de precedentes paradigmas de distintas autoridades antitruste, verificar se, na prática, tais discussões teóricas já foram superadas ou se permanecem existindo pontos controversos.

Neste ponto, a partir da análise da visão de diferentes autores que se debruçaram sobre esse tema, identificaram-se três vertentes de pensamento.

Em uma primeira, estariam inseridos aqueles que entendem que a inserção de questões ligadas à proteção de dados resultaria em uma flexibilização excessiva de seus propósitos, rejeitando tal corrente a ideia de utilizar-se do direito antitruste para o endereçamento de questões relacionadas à privacidade.

Diferentemente, as duas outras vertentes acreditam que haveria, sim, uma interseção entre as disciplinas de proteção de dados pessoais e o direito antitruste. Tais correntes

distinguem-se entre si, contudo, com relação à postura que entendem que deve ser adotada por parte das autoridades antitruste.

Isto é, para uma parcela da doutrina, as autoridades deveriam ser cautelosas quando de suas intervenções para não excederem suas competências, tampouco desincentivar a atividade econômica e o processo de inovação, acreditando ser o ferramental antitruste atualmente existente suficiente para lidar com abusos relacionados a dados, ainda que por vezes seja necessário a realização de alguns ajustes em tais ferramentas analíticas.

Já para a outra parcela, o direito antitruste possui finalidades mais amplas que as defendidas originalmente pela Escola de Chicago, propondo-se, em verdade, a prevenir e reprimir quaisquer espécies de abuso de poder econômico, de modo que as autoridades deveriam adotar uma postura mais proativa em suas intervenções.

A partir das discussões apresentadas por tais vertentes de pensamento, o estudo realizado demonstrou haver relação entre os objetivos almejados pelas disciplinas de defesa da concorrência e proteção de dados. Isso porque, hodiernamente, possuindo os dados pessoais inegável valor econômico, devem as autoridades antitruste preocupar-se com abusos relacionados à exploração de dados.

Para além disso, verificou-se existirem significativas complementariedades, não obstante a existência de pontos de conflito/tensão entre as disciplinas de defesa da concorrência e proteção de dados, os quais constatou-se não serem exclusivos desta relação, mostrando-se muito semelhantes àqueles decorrentes da relação daquela primeira com áreas como propriedade intelectual e direito do consumidor, os quais a história do direito antitruste já demonstrou serem superáveis.

Com efeito, evidenciou-se, ainda, que o debate não está restrito apenas à academia, demonstrando a jurisprudência de diferentes autoridades antitruste não haver um entendimento interno pacificado, tampouco um consenso entre diferentes autoridades sobre os limites de tal interseção e a forma como ela deve ser endereçada na prática.

Ainda assim, a partir do estudo realizado, foi possível concluir que há uma inegável e crescente relação entre proteção de dados e defesa da concorrência, relação essa que, quando inserida em um contexto de economia digital, suscita uma série de desafios para a análise antitruste.

Desta forma, no Capítulo 3, como consequência das constatações acima indicadas, o presente estudo buscou avaliar se as ferramentas tradicionalmente utilizadas pelo direito antitruste, baseadas no fator preço como principal variável competitiva, seriam compatíveis com a nova realidade da economia digital movida a dados, marcada pela prevalência do modelo de negócio de plataformas digitais de múltiplos lados em que praticado preço-zero para ao menos um deles.

De maneira geral, em razão das identificadas limitações à aplicação do ferramental clássico da forma como originalmente concebido, a doutrina especializada passou a desenvolver e propor diferentes adaptações ao teste SSNIP, bem como uma relativização da necessidade de delimitar-se com precisão os mercados relevantes afetados por dada conduta ou ato de concentração, podendo as autoridades antitruste fazerem uso de diferentes métricas para aferição de participação de mercado e/ou concentrarem-se na avaliação das teorias do dano porventura aplicáveis,

No tocante ao primeiro ponto (variações ao teste SSNIP), constatou-se que essas consistem, em suma, na substituição da variável “preço” por outras variáveis competitivas, tais como qualidade (SSNDQ), custo (SSNIC), volume de dados coletados (SSNIDC) e atenção (A-SSNIP), ou que seja considerado como “preço” o volume de dados pessoais transacionáveis requeridos para aquisição do bem/utilização do serviço.

Entretanto, verificou-se que tais propostas não são isentas de problemas, existindo limitações que dificultam a sua aplicação.

No que diz respeito aos testes baseados no volume de dados, tem-se que os usuários podem não perceber e, com isso, não reagir a eventual aumento da quantidade de informações que estariam sendo por eles fornecidas e/ou extraídas pela plataforma, acomodando-se diante de tal exercício de poder de mercado, ainda que tal conduta *a priori* seja contrária aos seus interesses, incorrendo na situação descrita pelo paradoxo da privacidade.

Outrossim, e especificamente com relação a proposta referente ao volume de dados transacionáveis, identificou-se uma dificuldade em definir, de antemão, a integralidade das informações que enquadrar-se-iam como “transacionáveis”, na medida em que a depender do contexto em que inserido, um dado tido como transacionável em um mercado pode não ter nenhuma aplicação ou utilidade em outro mercado. Destarte, carecendo a aplicação de tal teste de uma análise prévia e individualizada de cada caso, mostra-se razoável supor que as

autoridades antitrustes porventura deparar-se-iam com situações em que os custos para aplicação de tal teste seriam demasiadamente onerosos e superariam os benefícios extraídos de seu resultado, levando-as a optarem por outras soluções.

Para além disso, testes como o SSNDQ e A-SNIP, ao lidarem com elementos dotados de certo grau de subjetividade como “qualidade” e “atenção”, perdem parte da objetividade e capacidade de efetiva quantificação associada ao teste SSNIP, reduzindo, com isso, a efetividade esperada da aplicação de tais testes, o que também há de ser entendido como um elemento que dificulta sua aplicação.

Não obstante, a análise realizada revelou não ser possível descartar tais ferramentas tão somente em razão de tais limitações, existindo situações em que diferentes autoridades antitruste utilizaram-se das considerações propostas pelos testes alternativos quando da análise de casos concretos, ainda que por vezes não os tenha indicado nominalmente em suas decisões.

Com efeito, no que diz respeito à relativização da importância originalmente concebida a definição de mercado relevante, verificou-se que tal proposição baseia-se, por um lado, no fato de mercados digitais possuírem fronteiras fluidas, com agentes que adotam diferentes modelos de negócios competindo entre si e, por outro, na constatação de que um excesso de preciosismo na busca por uma definição precisa de mercado relevante poderia levar à perda da identificação de elementos centrais na dinâmica competitiva.

Como consequência por tal escolha, o Cade e outras autoridades antitruste tem optado por fazer uso de diferentes métricas para elaboração de estruturas de oferta e aferição da participação de mercado, de modo a, a partir de diferentes perspectivas, tentar compreender como os agentes de mercado se relacionam e exercem entre si pressão competitiva, não obstante o modelo de negócios por eles utilizado, que por vezes impossibilitam a utilização de uma única *proxy* em razão da inexistência de uma padrão de informações disponíveis.

Já com relação à proposta de maiores ênfases na avaliação de teorias do dano, o estudo demonstrou que esta justificar-se-ia pelo fato de apresentarem-se como uma ferramenta dinâmica, capaz de ajustar-se às mudanças trazidas pela evolução da jurisprudência e avançar tecnológico para moldar-se a qualquer situação concreta a ser avaliada pela autoridade antitruste.

Por fim, dedicou-se o Capítulo 4 à avaliação da jurisprudência do Cade nos 10 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/11 no que diz respeito à análise de atos de concentração e

repressão de condutas unilaterais envolvendo mercados digitais de múltiplos lados, com especial foco na análise de precedentes em que discutidas questões relacionadas à proteção de dados pessoais.

De modo geral, os dados quantitativos coletados apontam que, com o passar dos anos, o Cade passou a deparar-se cada vez mais com operações de fusão e aquisição e condutas unilaterais envolvendo mercados digitais, passando, gradativa e progressivamente, a incorporar em suas decisões considerações relacionadas a teorias do dano em mercados digitais, buscando solucionar na prática os problemas associados à defesa da concorrência em uma economia digital baseada em dados.

Não obstante, em nenhuma oportunidade verificou-se terem sido utilizadas quaisquer variações ao teste SSNIP propostas pela doutrina, demonstrando a autoridade antitruste uma preferência por não definir de maneira precisa os mercados relevantes, quando entendido necessário, avaliando-se diferentes cenários de definição e utilizando diferentes métricas para aferição da participação de mercado e análise quanto a existência de posição dominante, bem como pela avaliação das teorias do dano porventura suscitadas em cada caso concreto.

Já com relação à análise qualitativa dos precedentes alvo de discussões individualizadas, a avaliação realizada permitiu concluir que a postura do Cade diante de questões relacionadas à interseção entre o direito da concorrência e proteção de dados em muito se assemelha com a adotada pelo órgão para lidar com as relações do antitruste com outras disciplinas, tais como propriedade intelectual de defesa do consumidor, interagindo com a ANPD da mesma forma que costuma interagir com outros órgãos reguladores.

Ou seja, identificou-se uma tendência à cooperação e deferência ao entendimento da agência reguladora, incorporando-se às decisões da autoridade antitruste as eventuais manifestações por elas proferidas, que opta por adotar uma postura conservadora e pouco criativa em suas intervenções, especialmente quando comparadas com as decisões proferidas por outras autoridades que enfrentaram questões semelhantes ou até mesmo avaliaram o mesmo caso concreto em suas respectivas jurisdições.

Como consequência, observa-se que as decisões do Cade costumam apresentar soluções individualizadas para cada caso avaliado, com reduzido o grau de replicabilidade, o que reduz a possibilidade de um precedente ser utilizado como paradigma para solução de situações semelhantes, salvo se realizados ajustes.

Isso não quer dizer, contudo, que a autoridade antitruste nacional estaria equivocada em sua abordagem, tampouco que esta apresentaria resultados subótimos. Entretanto, o contrário também não seria necessariamente verdadeiro, acreditando o autor que a postura adotada permanece passível de críticas, havendo, sempre, espaço para aprimoramento e evolução.

De maneira geral, observa-se ser possível não só a utilização de testes alternativos ao SSNIP e a incorporação e avaliação de teorias do dano adaptadas especificamente para mercados digitais, mas, sobretudo, a adoção de uma postura mais proativa por parte da autoridade antitruste.

Isto é, defende-se que o Cade deveria deixar de limitar-se a pressupor que as normas de proteção de dados pessoais já existentes seriam suficientes para lidar com problemas decorrentes de eventuais abusos relacionados a dados, recaindo sobre a autoridade setorial o dever de investigá-los e reprimi-los, e, ao invés disso, passar a assumir uma posição de maior protagonismo nas discussões sobre defesa da concorrência e privacidade, auxiliando a ANPD no *enforcement* das normas de proteção de dados.

Para tanto, acredita-se ser necessária não só uma maior aproximação do Cade com aquela autoridade, mas também a inclusão, em suas análises, da avaliação quanto aos riscos de certos atos de concentração gerarem a capacidade ou aumentarem os incentivos a adoção de abusos relacionados a dados, tais como aumento do volume de dados capturados ou requeridos para aquisição dos bens/serviços oferecidos pelas plataformas e/ou a possibilidade de, no pós-Operação, devido à redução dos níveis de concorrência anteriormente verificados, possa a empresa reduzir as garantias protetivas à privacidade fornecidas aos seus usuários.

POSFÁCIO: O QUE ESPERAR DO FUTURO?

A análise antitruste costuma olhar para o passado e para o presente de um mercado para tentar avaliar e discutir os impactos futuros de dada operação de fusão ou aquisição. Já tendo sido descritos no tópico anterior o passado e o presente das discussões no Cade, cabe, agora, aventar quais hão de ser os próximos passos.

Primeiramente, merece especial destaque a celebração do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) entre o Cade e a ANPD para “viabilizar ações a serem adotadas pelas partes, de forma conjunta e coordenada, quando da ocorrência de situações que interseccionam ambas as esferas de competências”²⁵³.

No acordo, obrigaram-se as partes, *inter alia*, a (i) compartilhar documentos, estudos, pesquisas, informações, conhecimentos e experiências; (ii) realizarem reuniões, eventos, encontros e workshops; (iii) produzir conjuntamente estudos, pesquisas e materiais didáticos, educativos e promocionais acerca de procedimentos e prática de difusão da livre concorrência nos serviços de proteção de dados; e (iv) cooperação em casos de Atos de Concentração com transferência ou outros tratamentos de dados pessoais e de investigação de infrações à ordem econômica que envolvam dados pessoais.

Dentre as obrigações individuais, destaca-se a do Cade de informar a ANPD de “qualquer fato, ato, negócio ou situação que tomar conhecimento em virtude da sua atuação e que possa eventualmente caracterizar indícios de infração às normas de proteção de dados pessoais”²⁵⁴. Isso porque, para fazer cumprir com tal obrigação, espera-se que o Cade envie ofícios à ANPD para que esta tome conhecimento de possíveis violações às normas de proteção de dados pessoais e requeira porventura a manifestação da autoridade sobre eventual questão técnica específica que se mostre necessário esclarecer no caso concreto.

Olhando-se precedentes recentes, observa-se que isso de fato já vem, em alguma medida, sendo proposto e realizado pelo Cade. Nos retrocitados ACs Linx/Stone e Claro/Serasa, por exemplo, ao reconhecer os limites de sua competência, o Tribunal do Cade votou pelo envio de comunicação à ANPD para que esta tomasse ciência das discussões ali realizadas e avaliasse

²⁵³ BRASIL. *Acordo de Cooperação Técnica entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/act-tarjado-compactado.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2021.

²⁵⁴ Idem

outras questões relacionadas à proteção de dados que poderiam ser de competência daquela autoridade.

Dessa forma, mostra-se razoável supor que à medida que novos casos envolvendo a interseção entre defesa da concorrência em mercados digitais e proteção de dados forem surgindo e sendo notificados ao Cade, a cooperação entre este e a ANPD há de se intensificar, com essa última sendo por vezes instada a se manifestar em processos de competência do Cade e/ou sendo comunicada de uma situação que porventura seja de sua competência.

Para além disso, tendo em vista a cultura do Cade de elaborar estudos sobre diversos setores da economia, e não obstante o recente estudo já publicado sobre mercados de plataformas²⁵⁵, com as obrigações de produção conjunta de documentos e realização de eventos²⁵⁶, acredita-se que o ACT permitirá a elaboração de um volume ainda maior de produtos técnicos e especializados, os quais poderão auxiliar na solução dos desafios impostos pela nova realidade dos mercados digitais, sobretudo relacionados à proteção de dados.

Reforçando o entendimento acima, tem-se que, para viabilizar o acordo, estabeleceu-se um plano de trabalho, com vigência de 60 meses, o qual prevê como resultados esperados do Acordo, dentre outros, a produção de estudos, aprimoramento técnico dos recursos humanos de ambas as autoridades e maior eficiência nas atividades de análise, investigação e fiscalização no que concerne à coleta e ao tratamento de dados pessoais para fins econômicos.

Assim sendo, espera-se, em um futuro próximo, a celebração dos Protocolos de Execução mencionados no item 9 do plano de trabalho, a fim de se ter organizado e com maior clareza o cronograma com as etapas e/ou fases programadas para concretização dos objetos do ACT.

Para além disso, com a recente reestruturação organizacional da Superintendência-Geral do Cade, que transformou a Coordenação Geral de Análise Antitruste 11 (CGAA11) em uma coordenação voltada especificamente para lidar com os casos de condutas unilaterais, espera-se que os casos de abusos envolvendo mercados digitais possam tramitar e ser decididos com maior celeridade aumentando-se, com isso, o número de precedentes transitados em julgado

²⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022.

²⁵⁶ BRASIL. *Acordo de Cooperação Técnica entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/act-tarjado-compactado.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2021.

que podem ser objeto de estudo para pesquisas futuras. É o que já é verificado, por exemplo, com a decisão da SG pelo arquivamento do Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94 (Yelp/Google) e instauração do Inquérito Administrativo nº 08700.006751/2022-78 (Google/Facebook), os quais não foram considerados no presente trabalho em virtude do corte temporal proposto.

Verifica-se, portanto, tratar-se de um tema em constante evolução e desenvolvimento que merece ser acompanhado de perto, havendo, decerto, espaço para realização de novos estudos, os quais podem se fazer valer do presente trabalho como ponto de partida para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro. *The economics of personal data and the economics of privacy*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. *The economics of privacy*. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>>. Acesso em 28 ago. 2018.

ATTAYDE, Maria C. de S. L. (2021) *Efeitos conglomerados na Jurisprudência do Cade*. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/956>>. Acesso em 28 nov. 2022.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 22 out. 2022

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *Digital platform services inquiry: interim report no.2, app marketplaces*, 2021. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*, 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BECKER, Buno B.; MATTIUZZO, Marcela. *Plataformas digitais e a superação do antitruste tradicional: mapeamento do debate atual*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. *Privacy in e-commerce: stated preferences vs actual behavior*. Disponível em: <<https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract>>. Acesso em 30 ago. 2021.

BINOTTO, Ana. *Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento*. In: Jesus, Agnes M. et al. (org.). *Mulheres no antitruste*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/322682027.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2022.

BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital conglomerates and EU competition policy*, 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512>. Acesso em 22 jun. 2022

BRASIL. *Acordo de Cooperação Técnica entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no*

âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/act-tarjado-compactado.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 ago. 2018.

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, entre outros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em 03 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018*: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 06 maio 2022.

BRYNJOLFSSON, Erik, et al. *Scale Without Mass: Business Process Replication and Industry Dynamics*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980568>. Acesso em 25 jun. 2022.

BUITEN, Miriam C. *Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>>. Acesso em 22 nov. 2022

BUNDESKARTELLAMT, *Case B6-22/16*. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5>. Acesso em 29 jun. 2022.

BUNDESKARTELLAMT. *Courtesy translation of Decision KVR 69/19 rendered by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em 29 jun. 2022.

BURRI, Mira. *Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326208067>>. Acesso em 22 out. 2022.

CALVANO, Emilio; POLO, Michele. *Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey*, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523611>. Acesso em 10 maio 2022.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (Cetic.br), Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2019. Disponível em: <<https://www.cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/individuos/>>. Acesso em: 29 out. 2021.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. *What is disruptive innovation?* Disponível em: <<https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>>. Acesso em 26 jun. 2022.

COMPETITION & MARKET AUTHORITY. *Online platforms and digital advertising market study, 2020*. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf>. Acesso em 25 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 01/20 10. Delimitação de Mercado Relevante*. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/economic-studies/working_papers/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em 30 out. 2021

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 3/2017: Cooperação para inovação*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2017/documento-de-trabalho-n03-2017-cooperacao-para-inovacao-o-papel-do-antitruste-e-das-politicas-publicas-em-diferentes-paises.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 5/2020, Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de análise de atos de concentração horizontal, 2016*. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law, 2017*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2022.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy in the digital era: final report*, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2022.

DeMAURO, Andrea; GRIMALDI, Michele; GRECO, Marco. *A formal definition of big data based on its essential features*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/299379163_A_formal_definition_of_Big_Data_based_on_its_essential_features>. Acesso em 02 abr. 2022.

DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>. Acesso em 14 maio 2022.

DINEV, Tamara; HART, Paul. *An extended privacy calculus model for e-commerce transactions*. Disponível em: <<https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/isre.1060.0080?journalCode=isre>>. Acesso em 30 ago. 2021.

DiPORTO, Fabiana; GHIDINI, Gustavo. *Big Data between privacy and competition: dominance by exploitation? Which remedies?*. Disponível em: <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Di%20Porto%20and%20Ghidini.pdf>. Acesso em 30 nov. 2022.

DOUGLAS, Erika M. *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771461>. Acesso em 30 nov. 2022.

EBEN, Magali. *Market definition and free online services: the prospect of personal data as price*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207201>. Acesso em 15 set. 2022.

EBEN, Magali; ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *The relevant market concept in competition law and its application to digital markets: a comparative analysis of the EU, US and Brazil*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3762447>. Acesso em 21 set. 2022.

ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a market failure perspective*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3686785>. Acesso em 22 out. 2022.

ESAYAS, Samson. *Competition in (Data) Privacy: ‘Zero’ Price Markets, Market Power and the Role of Competition Law*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3295065>. Acesso em 30 nov. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission decision of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and*

Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 – Google Android). Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf>. Acesso em 20 dez. 2022

EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52004XC0205%2802%29>>. Acesso em 12 nov. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Regulation (EC) N° 139/2004. Merger Procedure Case COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em 28 ago. 2018

EVANS, David S. *The antitrust economics of free*, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193>. Acesso em 28 jun. 2022.

EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets*. Yale Journal of Regulation, v. 20(2), pp, 352-381, 2003.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The new economics of multi-sided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour In the matter of Google/DoubleClick*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FRANCESCHINI, José I. G.; PEREIRA, Edgard A. *As eficiências econômicas sob o prisma jurídico*. In: Revista de Direito Econômico, n. 23, abr/jun, 1996, Brasília, p. 25-37.

FRAZÃO, Ana. *Big data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais*. In: BIONI, et al. (Coords). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Forense, 2020, pp. 961-993.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza M. da S. B. *Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados*, 2020. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%3B%20Santos%2C%202020>>. Acesso em 18 maio 2022.

GAL, Michal; ELKIN-KOREN, Niva. *Algorithmic consumers*. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 30, 2017. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876201>. Acesso em 12 nov. 2021.

GENERAL COURT. *Judgment of the General Court (Sixth Chamber, Extended Composition) of 14 September 2022: Case T-604/18*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018TJ0604>>. Acesso em 20 dez. 2022.

GSMA. *Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem*, 2016. Disponível em: <https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report-Summary_Oct-2016_16pp_WEBv3.pdf>. Acesso em 29 ago. 2018.

HAGIU, Andrei. *Merchant or Two-Sided Platform?* Review of Network Economics, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.2202/1446-9022.1113>>. Acesso em 20 ago. 2021.

HIRSHLEIFER, Jack. *Privacy: its origin, function and future*. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724176>>. Acesso em 28 ago. 2021

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital, desafios para o direito*, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HOOFNAGLE, Chris J.; WHITTINGTON, Jan. *Free: accounting for the cost of internet's most popular price*, 2014. Disponível em: <<https://www.uclalawreview.org/pdf/61-3-2.pdf>>. Acesso em 28 jun. 2022.

HONORÉ, Pierre; VERZENI, Romain. *Competition Law in the Digital Economy: a french perspective*. Disponível em: <<http://iar.agcm.it/article/view/12853>>. Acesso em 29 ago. 2021.

HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and platform monopoly*, 2020. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly>>. Acesso em 24 jun. 2022.

HOVENKAMP, Herbert. *Regulation and the marginalist revolution*, 2019. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1447&context=flr>>. Acesso em 28 jun. 2022.

IANSINTI, Marco; LAKHANI, Karim R. *Managing our hub economy*. Harvard Business Review, sept-out 2017. Disponível em: <<https://hbr.org/2017/09/managing-our-hub-economy>>. Acesso em 20 abr. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*. Disponível em:

<<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2021.

INTERNATIONAL DATA CORPORATION. *The Digitization of the World: From Edge to Core*, 2018. Disponível em: <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

KATHURIA, Vikas; GLOBOCNIK, Jure. *Exclusionary conduct in data-driven markets: limitations of data sharing remedy*, 2020. Disponível em: <<https://academic.oup.com/antitrust/article/8/3/511/5699250>>. Acesso em 29 abr. 2022

KERBER, Wolfgang. *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 0, No. 0.

KHAN, Lina M. *Amazon's antitrust paradox*, 2017. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>>. Acesso em 18 maio 2021.

KHAN, Lina M. *What make tech platforms so powerful? In: PROMARKET. Digital platforms and concentration*, 2018. Disponível em: <<https://www.promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em 18 maio 2021.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. *Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais*. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 9, nº 1. Junho 2021, p. 82-103.

KOKOLAKIS, Spyros. *Privacy attitudes and privacy behaviour: a review of current research on the privacy paradox phenomenon*. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017>>. Acesso em 30 ago. 2021.

LERNER, Andres V. *The role of "big data" in online platform competition*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780>. Acesso em 22 out. 2022.

LIM, Yong. *Tech wars: Return of the Conglomerate — Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?* Disponível em: <<https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiView.kci?sereArticleSearchBean.artiId=ART002565219>>. Acesso em 27 nov. 2022.

LYNSKEY, Orla. *Grappling with "Data Power": Normative Nudges from Data Protection and Privacy*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/332027427_Grappling_with_Data_Power_Normative_Nudges_from_Data_Protection_and_Privacy>. Acesso em 13 dez. 2022.

NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets: applications*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304>. Acesso em 31 out. 2021.

NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R; HORNE, David A. *The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors*. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 30 ago. 2021.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561563>. Acesso em 10 mar. 2023

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, 2019*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>>. Acesso em 25 jun. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016*. Disponível em: <https://www.tralac.org/images/News/Documents/Big_data_Bringing_competition_policy_to_the_digital_era_Background_note_by_the_Secretariat_OECD_September_2016.pdf>. Acesso em 22 out. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition policy and knowledge based capital: key findings, 2013*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf>>. Acesso em 03 maio 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. Disponível em: <http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf>. Acesso em 31 ago. 2021.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em 21 set. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The evolving concept of market power in the digital economy: OECD background note, 2022*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Two-sided markets*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control: Background note by the Secretariat, 2020*. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf.](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf.)>. Acesso em 26 jun. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Vectors of digital transformation. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/vectors-of-digital-transformation_5ade2bba-en>. Acesso em 18 ago. 2021.

PENTLAND, Alex. *Social Physics: How Good Ideas Spread—The Lessons from a New Science*. Massachusetts: Penguin Press, 2014.

PFEIFFER, Roberto A. C. *Digital Economy, Big Data and Competition Law*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3440296>. Acesso em 10 mar. 2023.

POLONETSKY, Jules; TENE, Omer. *Privacy and big data: making ends meet*. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/PolonetskyTene.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2019.

RENZETTI, Bruno P.; BUENO, Carolina D. G. B.; PAIXÃO, Raíssa L. de F. *Mercados digitais: alguns conceitos*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (org.). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

ROBERTSON, Viktoria H. S. E. *Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971>. Acesso em 22 nov. 2022.

ROCHA, Daniel F.; CHAKMATI, Marina. *Antitruste e privacidade*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.) *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, pp. 119-150.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Platform competition in two-sided markets*. Disponível em: <<http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>>. Acesso em 31 ago. 2018.

RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. The Journal of Economic Perspectives, v. 23(3), pp. 125-143, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. *Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à Proteção de Dados*. In: Coordenadores: BIONI, Bruno e outros. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59.

SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *O custo da privacidade: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos*. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital*, Brasília: CADE, 2021.v.3. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%20C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf>>. Acesso em 29 out. 2021.

SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin E. *Antitrust and regulating big data*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834611>. Acesso em 10 mar. 2023.

SOLOVE, Daniel J. *Conceptualizing privacy*. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3481326>>. Acesso em 01 dez. 2022.

STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>>. Acesso em 25 jun. 2022.

STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: policy brief*, 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/policy-brief---digital-platforms---stigler-center.pdf?la=en&hash=AC961B3E1410CF08F90E904616ACF3A3398603BF>>. Acesso em 25 jun. 2022.

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

TAPSCOTT, Don. *Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence*. New York: McGraw-Hill, 1995.

TAYLOR, Curtis R. *Privacy in competitive markets*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419720>. Acesso em 30 ago. 2021.

TÖRNGREN, Oskar. *Mergers in big data-driven markets: is the dimension of privacy and protection of personal data something to consider in the merger review?* Disponível em: <<https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1186978/FULLTEXT01.pdf>>. Acesso em 21 set. 2022.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal merger guidelines (2010)*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>>. Acesso em 12 nov. 2022.

VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007.

WIEDEMANN, Klaus. *A matter of choice: the German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)*, 2020. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00990-3>>. Acesso em 29 jun. 2022.

WIMMER, Miriam. *Inteligência Artificial, Algoritmos e o Direito: um panorama dos principais desafios*. In: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA,

Paloma Mendes. (Org.). *Direito Digital: Debates Contemporâneos*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 15-30.

WRIGHT, Joshua; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan, KLICK, Jonathan. *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, 2019 Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524>. Acesso em 25 ago. 2022.

WU, Tim. *After Consumer Welfare, Now What? The "Protection of Competition" Standard in Practice*, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2291/>. Acesso em 18 maio 2021.

WU, Tim. *Blind spot: the attention economy and the law*. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship>. Acesso em 15 set. 2022.