



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Henrique da Silva Telles Vargas

**A análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais: a  
simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais**

Florianópolis  
2023

Henrique da Silva Telles Vargas

**A análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais: a simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Processo e Constituição, Processo e Conformidade.

Orientador: Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vargas, Henrique da Silva Telles

A análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais: : a simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais / Henrique da Silva Telles Vargas ; orientador, Eduardo de Avelar Lamy, 2023.

179 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Concorrência. 3. mercado digital. 4. proteção de dados pessoais. 5. atos de concentração econômica. I. Lamy, Eduardo de Avelar. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Henrique da Silva Telles Vargas

**A análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais:** a simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 4 de julho de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Everton das Neves Gonçalves, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof.<sup>a</sup> Jéssica Gonçalves, Dr.<sup>a</sup>  
Universidade do Vale do Itajaí (Univali)

Certificamos que esta é a versão **original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Insira neste espaço a  
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a  
assinatura digital

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.  
Orientador

Florianópolis, 2023.

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, cujo amor e apoio incondicionais foram fundamentais para a realização desta dissertação.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha sincera gratidão a todos que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização desta dissertação de Mestrado. Primeiramente, à minha amada família, que forneceu um apoio incansável durante essa jornada. Agradeço aos meus pais, pelo amor e pelo incentivo constantes, que foram imprescindíveis para que eu pudesse chegar até aqui. A vocês, minha profunda gratidão e amor, pois, sem seu apoio e sua compreensão, essa conquista não teria sido possível.

Ao meu orientador, Professor Dr. Eduardo de Avelar Lamy, por todos os ensinamentos e por ter acreditado em mim. Sua orientação, paciência e sabedoria foram fundamentais para que eu pudesse desenvolver e aprimorar minha pesquisa.

Aos professores membros da banca examinadora, pelas importantes considerações apresentadas.

Aos meus professores, em especial aos do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), que desempenharam um papel crucial na minha formação acadêmica e profissional, expressei minha profunda gratidão.

Agradeço, ainda, a oportunidade de ter estudado na Universidade Federal de Santa Catarina, lugar que tão bem me acolheu.

Às pessoas que compartilharam essa jornada comigo, aos colegas de Mestrado, em especial aos queridos Ricardo Fretta, Felipe Cidral Sestrem e Marco Antônio Ferreira Pascoali, pela camaradagem, pelos debates construtivos e pelo estímulo intelectual, meu muito obrigado.

A todos os meus colegas e amigos do trabalho, que, muitas vezes, foram compreensivos com a minha “ausência”.

Este trabalho é o resultado da colaboração, do apoio e do incentivo de todos vocês e por isso, a cada um, estendo meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

Os dados apresentam-se como ativos de grande valor para as empresas, sendo até mesmo denominados “novo petróleo”. Nesse cenário, os modelos de negócios, que se fundamentam na coleta e na aplicação de dados pessoais dos usuários, têm permitido às empresas apresentar produtos personalizados e inovadores, em grande parte sem custo, proporcionando uma vantagem palpável aos consumidores. Entretanto, essas inovações, intensificadas pelos efeitos de rede e pelas economias de escala relacionadas à Tecnologia da Informação, acabam conferindo às empresas, detentoras dessa tecnologia, uma superioridade competitiva significativa, favorecendo um ambiente de poder de mercado e concentração econômica. O estudo analisa o grau de inter-relação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, e quais são os potenciais impactos do *Big Data* à concorrência, com enfoque na análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais. Conclui-se que há uma inter-relação de alto grau entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, na qual a ascensão do *Big Data* influencia a dinâmica da concorrência, merecendo destaque os atuais *gaps* na análise concorrencial de atos de concentração em mercados digitais. Tal interação pode resultar em desequilíbrios concorrenciais, uma vez que grandes empresas de tecnologia podem potencialmente abusar de sua posição dominante, obtida por meio da coleta e do uso de quantidades massivas de dados pessoais, criando barreiras à entrada e limitando a concorrência no mercado digital. A presente pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento bibliográfico documental. Como base teórica, foram apresentados os ensinamentos de Bagnoli, a partir da qual se contextualizou o cenário do *Big Data*, no qual os dados pessoais atingiram um valor inestimável e se tornaram uma variável competitiva considerável. Além disso, foram apresentados os entendimentos de Schumpeter (1961; 1997), que demonstra como a concorrência pode ser mais bem entendida não como um estado de equilíbrio perfeito, mas sim um processo de “destruição criativa”, em que a inovação desempenha um papel central. Em relação à utilização dos dados pelas empresas e suas implicações ao Direito Concorrencial, e à análise dos atos de concentração, foram expostas as ideias de Forgioni e Frazão. Assim, pode-se inferir que esse poderio econômico deve ser alvo de uma abordagem interdisciplinar e flexível à regulamentação e à política concorrencial para fomentar a inovação e proteger, de modo eficaz, os direitos dos consumidores no cenário digital contemporâneo.

**Palavras-chave:** Concorrência; mercado digital; proteção de dados pessoais; atos de concentração econômica.

## ABSTRACT

Data presents itself as assets of great value for companies, even being called “new oil”. In this scenario, business models, which are based on the collection and application of users' personal data, have allowed companies to present personalized and innovative products, largely at no cost, providing a tangible advantage to consumers. However, these innovations, intensified by network effects and economies of scale related to Information Technology, end up giving companies that own this technology significant competitive superiority, favoring an environment of market power and economic concentration. The study analyzes the degree of interrelationship between Competition Law and the protection of personal data, and what are the potential impacts of Big Data on competition, focusing on the competitive analysis of mergers in digital markets. It is concluded that there is a high degree of interrelationship between Competition Law and the protection of personal data, in which the rise of Big Data influences the dynamics of competition, highlighting the current gaps in the competitive analysis of acts of concentration in markets digital. Such interaction can result in competitive imbalances, as large technology companies can potentially abuse their dominant position, obtained through the collection and use of massive amounts of personal data, creating barriers to entry and limiting competition in the digital market. This research uses the deductive approach method and the documentary bibliographic procedure method. As a theoretical basis, Bagnoli's teachings were presented, from which the Big Data scenario was contextualized, in which personal data reached an inestimable value and became a considerable competitive variable. Furthermore, the understandings of Schumpeter (1961; 1997) were presented, which demonstrates how competition can be better understood not as a state of perfect equilibrium, but rather a process of “creative destruction”, in which innovation plays a role central. In relation to the use of data by companies and their implications for Competition Law, and the analysis of mergers, the ideas of Forgioni and Frazão were exposed. Therefore, it can be inferred that this economic power must be the target of an interdisciplinary and flexible approach to regulation and competition policy to foster innovation and effectively protect consumer rights in the contemporary digital scenario.

**Keywords:** Competition; digital market; personal data protection; economic concentration acts.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Fases de análise de uma operação de concentração.....	52
Figura 2 – Os 5Vs do <i>Big Data</i> .....	112
Figura 3 – Cadeia de valor do <i>Big Data</i> .....	114

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC	Acordo de Controle de Concentrações
ACT	Acordo de Cooperação Técnica
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
APAC	Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração
Art.	Artigo
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CadÚnico	Cadastro Único
CC	Código Civil
CCPA	Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEDH	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CF/34	Constituição Federal de 1934
CF/37	Constituição Federal de 1937
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CMA	Autoridade de Concorrência e Mercados
CRE	<i>Center on Regulation in Europe</i>
DDE	<i>Data Driven Economy</i>
DEE	Departamento dos Estudos Econômicos
Denatran	Departamento Nacional de Trânsito
DOU	Diário Oficial da União
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DPO	<i>Data Protection Officer</i>
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EDPB	<i>European Data Protection Board</i>
Epic	<i>Electronic Privacy Information Center</i>
EUA	Estados Unidos da América
FCA	Autoridade de Regulação Financeira
FIPPs	<i>Fair Information Practice Principles</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>

GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
IA	Inteligência Artificial
IoT	Internet das Coisas
KBE	<i>Knowledge Based Economy</i>
LAI	Lei de Acesso à Informação
LC	Lei Complementar
LDA	Lei de Direitos Autorais
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
LPI	Lei de Propriedade Industrial
MCI	Marco Civil da Internet
MMH	<i>Motorola Mobility Holding</i>
M2L	Mercado de Dois Lados
NFP	Nota Fiscal Paulista
NIRA	<i>National Industrial Recovery Act</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OFT	<i>Office of Fair Trading</i>
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
Ricade	Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SAC	Serviço de Atendimento ao Cidadão
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE/MJ	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SG	Superintendência-Geral
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
SSNIP	<i>Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TIs	Tecnologias da Informação
TMH	Teste do Monopolista Hipotético
UE	União Europeia
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
Univali	Universidade do Vale do Itajaí
Waze	<i>Waze Mobile Limited</i>

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
2	<b>O DIREITO CONCORRENCIAL E A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS</b> .....	18
2.1	HISTÓRICO DO DIREITO ANTITRUSTE.....	19
2.1.1	<b>Surgimento do direito concorrencial no Canadá e nos Estados Unidos</b> .....	19
2.1.2	<b>Histórico do direito concorrencial no Brasil</b> .....	22
2.2	EVOLUÇÃO DAS BASES ECONÔMICAS.....	23
2.2.1	<b>Transição da economia com base no conhecimento da economia baseada em dados</b> .....	24
2.2.2	<b>Economia baseada em algoritmos</b> .....	27
2.3	RESUMO DO TEMA A NÍVEL LEGISLATIVO: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	30
2.4	ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	34
2.4.1	<b>Conceito de atos de concentração</b> .....	35
2.4.2	<b>Classificação dos atos de concentração</b> .....	37
2.4.2.1	<i>Concentrações horizontais</i> .....	37
2.4.2.2	<i>Concentrações verticais</i> .....	39
2.4.2.3	<i>Concentrações conglomeradas</i> .....	39
2.5	ANÁLISE ANTITRUSTE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS.....	40
2.5.1	<b>A análise tradicional dos atos de concentração</b> .....	42
2.5.2	<b>Principais elementos e etapas da análise dos atos de concentração no ordenamento jurídico pátrio</b> .....	48
2.5.3	<b>Regras procedimentais</b> .....	49
2.5.4	<b>Conceito de mercado relevante</b> .....	53
2.5.4.1	<i>Mercado relevante material</i> .....	56
2.5.4.2	<i>Mercado relevante geográfico</i> .....	58
2.5.5	<b>Conceito de posição dominante, poder econômico e seu abuso</b> .....	59
2.5.6	<b>Market share</b> .....	61

2.6	CRÍTICA AOS CRITÉRIOS DEFASADOS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.....	62
<b>3</b>	<b>LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL.....</b>	<b>69</b>
3.1	ENTENDENDO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	69
<b>3.1.1</b>	<b>Panorama histórico da LGPD.....</b>	<b>69</b>
<b>3.1.2</b>	<b>O objeto da LGPD.....</b>	<b>79</b>
<b>3.1.3</b>	<b>Os fundamentos da LGPD.....</b>	<b>80</b>
3.1.3.1	<i>O fundamento da Livre Iniciativa na LGPD.....</i>	85
<b>3.1.4</b>	<b>Dados pessoais segundo a LGPD: uma abordagem conceitual e acadêmica.....</b>	<b>90</b>
3.1.4.1	<i>Dados pessoais sensíveis.....</i>	92
<b>3.1.5</b>	<b>Estrutura da lei.....</b>	<b>94</b>
<b>3.1.6</b>	<b>Partes envolvidas.....</b>	<b>95</b>
3.1.6.1	<i>Titular dos dados.....</i>	96
3.1.6.2	<i>Controlador.....</i>	96
3.1.6.3	<i>Operador.....</i>	96
3.1.6.4	<i>Encarregado (DPO).....</i>	96
3.1.6.5	<i>Autoridade Nacional de Processamento de Dados (ANPD).....</i>	97
<b>3.1.7</b>	<b>Direitos do titular.....</b>	<b>98</b>
3.2	OS PRINCÍPIOS DA LGPD.....	100
3.3	PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE DIREITO DO CONSUMIDOR, DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A LGPD NO CONTEXTO DO DIREITO BRASILEIRO.....	103
<b>4</b>	<b>A SIMBIOSE ENTRE DIREITO CONCORRENCIAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: CONSEQUÊNCIAS DO <i>BIG DATA</i> À ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS.....</b>	<b>107</b>
4.1	CONSEQUÊNCIAS VALORATIVAS.....	107
<b>4.1.1</b>	<b>Entendendo o valor dos dados na era da informação e no contexto do <i>Big Data</i>.....</b>	<b>107</b>
4.1.1.1	<i>Fenômeno denominado Big Data.....</i>	109
4.1.1.2	<i>Conceito de Big Data.....</i>	110
4.1.1.3	<i>Data brokers.....</i>	113

4.1.2	<b>Valor dos dados em massa.....</b>	115
4.2	<b>CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS.....</b>	117
4.2.1	<b>Posse de dados pessoais como variável competitiva na análise concorrencial.....</b>	117
4.2.2	<b>Influência dos mercados digitais de preço zero na análise concorrencial.....</b>	122
4.2.3	<b>Complexidade dos mercados de dois lados.....</b>	125
4.2.4	<b>Ineficiência do uso do Teste do Monopolista Hipotético (TMH) para definir mercado relevante em mercados de preço zero.....</b>	127
4.2.5	<b>Potenciais impactos da posse de dados em larga escala à concorrência.....</b>	132
4.2.5.1	<i>Barreiras à entrada de novos players.....</i>	133
4.2.5.2	<i>Potencialização de efeitos de rede: feedback loops.....</i>	135
4.2.5.3	<i>Abuso de posição dominante: poder econômico (poder de mercado) e posição dominante (participação de mercado).....</i>	137
4.2.5.4	<i>Inibição da inovação.....</i>	138
4.2.5.5	<i>Inovação predatória.....</i>	139
4.3	<b>UM OLHAR SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE.....</b>	141
4.3.1	<b>Escola schumpeteriana.....</b>	143
4.3.2	<b>Escola neoschumpeteriana.....</b>	146
4.3.3	<b>Escola de inovações disruptivas.....</b>	148
4.3.4	<b>Aplicação da ótica schumpeteriana na análise antitruste dos atos de concentração: conciliando inovação e concorrência.....</b>	149
4.4	<b>ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES ENVOLVENDO A PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INTER-RELAÇÃO COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....</b>	152
4.4.1	<b>Análise do caso envolvendo o Facebook na Alemanha.....</b>	152
4.4.2	<b>Análise do caso envolvendo o Google e o Waze (2013).....</b>	156
4.4.3	<b>Análise do caso envolvendo o Google e a DoubleClick (2007).....</b>	159

<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>162</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>165</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e a disseminação de plataformas digitais transformaram profundamente a economia global. A coleta e a análise de grandes volumes de dados pessoais, em conjunto com as demais faces do fenômeno do *Big Data*, tornaram-se uma fonte de vantagem competitiva significativa, gerando novos desafios e dilemas para a análise concorrencial dos atos de concentração. Este trabalho surge em meio a esse cenário dinâmico e complexo, com o objetivo de explorar a simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, e seus efeitos à concorrência em mercados digitais.

O problema de pesquisa abordado nesta dissertação é: “Qual o grau de inter-relação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, e quais são os potenciais impactos do *Big Data* à concorrência, com enfoque na análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais?”.

A hipótese central do estudo é que há uma inter-relação de alto grau entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, na qual a ascensão do *Big Data* influencia de forma profunda a dinâmica da concorrência, merecendo destaque as atuais *gaps* na análise concorrencial de atos de concentração em mercados digitais. Tal interação pode resultar em desequilíbrios concorrenciais, uma vez que grandes empresas de tecnologia podem potencialmente abusar de sua posição dominante, obtida por meio da coleta e do uso de quantidades massivas de dados pessoais, criando barreiras à entrada e limitando a concorrência no mercado digital. No entanto, defende-se que a aplicação adequada do Direito Concorrencial, em sinergia com a proteção de dados pessoais, pode limitar esses impactos negativos e promover um ambiente de mercado mais equilibrado e inovador.

Nesse contexto, esta dissertação é dividida em três partes principais. Na primeira parte, é apresentado um breve histórico do Direito Concorrencial, as evoluções das bases econômicas, são abordados, ainda, os atos de concentração, conceito, formas e efeitos e, principalmente a análise antitruste dos atos de concentração em mercados digitais, explorando paradigmas, conceitos e critérios procedimentais, tanto no controle prévio e seus defasados critérios de notificação quanto na análise da estrutura.

A segunda parte discute a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), seu conceito, histórico, objeto (conceito de dados na LGPD e dados sensíveis), fundamentos, princípios, estrutura da lei e ponto de convergência entre Direito do Consumidor, Direito da Concorrência e a LGPD no contexto do direito brasileiro, abordando contribuições da LGPD à tutela da concorrência em esferas digitais.

Finalmente, a terceira e última parte é uma exploração da simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, tendo como pano de fundo a resposta ao problema proposto. Nessa parte, busca-se entender o valor dos dados na era da informação e os potenciais impactos do *Big Data* à concorrência.

Nesse sentido, primeiramente, é concentrado o entendimento da importância dos dados na era da informação, bem como são explorados o fenômeno do *Big Data*, o conceito da sua importância e a discussão do papel dos intermediários de dados (os *data brokers*).

Logo depois, é considerada a posse de dados pessoais como uma variável competitiva na análise concorrencial. Essa perspectiva é fundamental, uma vez que a coleta e a utilização de grandes volumes de dados pessoais podem criar barreiras à entrada, alterar a dinâmica do mercado e potencialmente criar ou reforçar posições dominantes.

Na sequência, discute-se a influência dos mercados digitais de preço zero na análise concorrencial, demonstrando como tais mercados podem obscurecer as dinâmicas de concorrência tradicionais.

Em seguida, são analisados os potenciais impactos sobre a concorrência, examinando como a simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais pode afetar a análise concorrencial e o equilíbrio do mercado. Tendo em vista o necessário e atual debate a respeito do imprescindível equilíbrio entre as políticas regulatórias antitruste e a preservação da inovação, essa seção é complementada por uma visão das teorias de concorrência dinâmica na política antitruste. São apresentadas as escolas schumpeteriana, neoschumpeteriana e a das inovações disruptivas, procurando compreender como elas podem ser aplicadas à análise concorrencial em um contexto digital e orientar a aplicação eficaz da lei antitruste, porém preservando a inovação.

Finalmente, fecha-se essa parte analisando alguns casos relevantes que envolvem a proteção de dados e sua inter-relação com o Direito da Concorrência.

Serão analisados casos de empresas como Facebook, Google e Waze para ilustrar os desafios práticos e as implicações jurídicas da interseção entre a concorrência e a proteção de dados.

Dessa forma, a terceira parte da dissertação busca não apenas compreender a interação complexa entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, mas também examinar como essa interação influencia e molda a análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais.

Espera-se que, ao final deste estudo, possa ser proporcionado um melhor entendimento sobre a complexidade e os desafios da análise concorrencial na era digital e oferecer possíveis soluções para a harmonização do Direito Concorrencial com a proteção de dados pessoais.

## **2 O DIREITO CONCORRENCIAL E A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS**

O Direito Concorrencial experimentou transformações nas últimas décadas, moldadas tanto por desenvolvimentos econômicos quanto tecnológicos.

Inicialmente, a teoria econômica clássica que respaldava o Direito Concorrencial estava centrada na proteção da concorrência como um meio de promover a eficiência do mercado. Isso se refletia na regulação de práticas restritivas de comércio, como cartéis e abuso de posição dominante, bem como no controle de fusões e aquisições que pudessem reduzir a concorrência.

No entanto, a partir dos anos 1970 e 1980, surgiu uma nova abordagem baseada na Escola de Chicago, que defendia uma postura menos intervencionista e mais orientada para o mercado. Essa perspectiva considerava que muitas práticas empresariais anteriormente consideradas anticompetitivas poderiam, na verdade, ser eficientes e benéficas para os consumidores. Essa abordagem teve grande influência no Direito Concorrencial, levando a uma maior tolerância em relação a certas condutas e a um foco direcionado ao bem-estar do consumidor.

O advento da economia digital trouxe novos desafios para o Direito Concorrencial. Plataformas digitais, mercados de “preço zero”, efeitos de rede e o papel dos dados na concorrência estão entre os problemas que têm atraído a atenção dos reguladores. Esses problemas têm levado a discussões sobre a necessidade de adaptar ou expandir as ferramentas e conceitos tradicionais do Direito Concorrencial.

O estado da arte do Direito Concorrencial hoje está, portanto, em fluxo. Enquanto os Princípios Fundamentais da Concorrência e da Proteção do Bem-Estar do Consumidor permanecem relevantes, há um reconhecimento crescente da necessidade de se adaptar e evoluir à luz das novas realidades econômicas e tecnológicas. A pesquisa acadêmica e o debate político estão focados em como fazer isso de forma eficaz, mantendo-se fiel aos objetivos fundamentais do Direito Concorrencial.

## 2.1 HISTÓRICO DO DIREITO ANTITRUSTE

### 2.1.1 Surgimento do direito concorrencial no Canadá e nos Estados Unidos

O Direito Antitruste pode ser estruturado em três etapas distintas: a primeira objetivava regulamentar a concorrência para eliminar distorções pontuais; a segunda se direcionou ao liberalismo econômico; finalmente, a terceira vislumbra as leis antitruste como mecanismos para implementar políticas públicas (Forgoni, 2016).

Desde a Grécia antiga, o Direito Antitruste contemplava a regulação de monopólios. Há registros de regulamentos aplicados a entidades econômicas com “poder de mercado”, que foram apresentados ao Senado grego no ano de 386 a.C. Esse é considerado o primeiro caso antitruste documentado na história. Evidências sugerem a presença de monopólios na Roma antiga, onde tentativas de inibir práticas de acordos de preços e monopólios foram conduzidas por intermédio do Édito de Zeno, em 483 d.C. (Forgioni, 2016).

Continuando no âmbito do primeiro período, destaca-se a batalha contra os monopólios e a subsequente exigência por uma regulamentação de mercado durante a Idade Média. Durante a era do mercantilismo, a partir das interpretações do Édito de Zeno, emergiram noções de penalidade ou condenação direcionadas à práticas que ambicionavam estabelecer monopólios, causando uma perturbação na ordem econômica (Franceschelli, 2016).

O segundo período se desdobra na América do Norte, palco onde o Direito Antitruste ganhou expressiva proeminência, tendo em vista que a economia do Canadá e dos Estados Unidos da América (EUA) já se destacava com um crescimento avançado em relação a outros mercados. Ambos os países foram pioneiros em criar mecanismos legislativos aptos a regular concorrência e a diminuir a influência dos trustes na economia. Dessa maneira, os governos dessas nações norte-americanas foram desenvolvendo instrumentos legislativos capazes de regular a concorrência e de atenuar a influência dos trustes na economia.

Segundo Carvalho (1967), o truste se caracteriza pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, cujos objetivos são gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce o papel de agente fiduciário, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da

melhor forma, no interesse do agenciador. Ao trustee, cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados.

Nesse estágio, destaca-se o pioneirismo da legislação antitruste canadense que, em 1889, promulgou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. O propósito desse ato era combater acordos ou combinações que visavam restringir o comércio por meio da fixação de preços ou da limitação da produção, preceitos esses incorporados, três anos depois, ao primeiro Código Penal canadense (Gaban; Domingues, 2009).

Nos EUA, o caso pioneiro e de grande destaque foi do *Standard Oil Trust*. O monopólio se deu de tal forma que o estado americano enxergou a necessidade de agir a fim de garantir a existência da concorrência, surgindo as campanhas ao fortalecimento/criação da legislação antitruste. Nesse sentido, ou seja, de resposta aos trustes, nasceu o *Sherman Act*, em 1890, um dos primeiros atos de um governo a fim de reduzir as distorções concorrenciais observadas no mercado mundial. Esse ato, promulgado em 1890, é considerado notável diploma legal contra a centralização de poder nas mãos de poucos agentes econômicos. Tal Lei foi sancionada em um ambiente político e econômico voltado à proteção do consumidor contra o poder econômico excessivo no mercado (Salomão Filho, 2007). A respeito do *Sherman Act*, Kovacic e Shapiro (2000, p. 43) oferecem observações:

A aprovação da Lei Sherman nos Estados Unidos, em 1890, preparou o terreno para um século de jurisprudência sobre monopólio, cartéis e oligopólio. Entre os estatutos americanos que regulam o comércio, a Lei Sherman é inigualável em sua generalidade. A Lei proibia todos os contratos, combinações ou conspirações para restringir o comércio e a monopolização e tratava violações como crimes. Por esses comandos abertos, o Congresso concedeu aos juizes federais um poder extraordinário.<sup>1</sup>

A decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA, no caso *Standard Oil Company of New Jersey vs. United States* (1911), marcou o fim de um dos expressivos trustes da história enquanto, também, evidenciava a complexidade

---

<sup>1</sup> Do original: “*Passage of the Sherman Act in the United States in 1890 set the stage for a century of jurisprudence regarding monopoly, cartels, and oligopoly. Among American statutes that regulate commerce, the Sherman Act is unequalled in its generality. The Act outlawed “every contract, combination or conspiracy in restraint of trade” and “monopolization” and treated violations as crimes. By these open-ended commands, Congress gave federal judges extraordinary power.*”

prática na aplicação da legislação antitruste vigente naquele momento: o *Sherman Act*.

Se existia uma Lei cujo objetivo fundamental (e contexto de criação) era a erradicação dos grandes trustes, essa legislação deveria ser direcionada, sobretudo, para as questões estruturais da livre concorrência. No entanto, na prática, o *Sherman Act* protegia exclusivamente questões relativas à fixação de preços, acordos para divisão de parcelas do mercado (*market share*) e supostas tentativas de monopolização. Ou seja, o *Sherman Act* não abordava, de fato, as concentrações — as quais somente começaram a receber maior atenção da Suprema Corte dos EUA quando o propósito da operação de concentração era a monopolização do mercado (Motta, 2004).

Nesse sistema e reconhecendo que as constantes concentrações poderiam levar à formação de oligopólios prejudiciais (e não necessariamente monopólios), delineava-se claramente a crescente necessidade de leis que tratassem, por exemplo, a questão das concentrações e de práticas desleais não previstas no *Sherman Act* (Posner, 2010).

Nesse contexto, e atento à necessidade de conferir eficácia aos termos amplos utilizados na legislação então em vigor, o legislador norte-americano promulgou, em 1914, duas normas que ainda hoje são amplamente aplicáveis no âmbito da defesa da concorrência: o *Clayton Act* e a *FTC Act*.

Destaca-se que, após a Primeira Guerra Mundial, os EUA já viviam um período de enfraquecimento da legislação antitruste, o qual veio a se consolidar após a grande crise de 1929:

Denominada a Grande Depressão, o rompimento da bolha financeira ocorreu em outubro de 1929, com a “queda repentina das cotações da Bolsa de Nova York” e promoveu uma crise generalizada. Ademais, foi bastante pertinente para a depressão a grande superprodução de mercadorias. Com a economia em alta, as empresas tinham bastante expectativa de elevada demanda, então a oferta de produtos cresceu vertiginosamente. No entanto, com a crise, se multiplicaram o volume dos estoques não consumidos, gerando prejuízos e, com isso, demissões e falências (Gazier, 2009, p. 9).

O plano de recuperação econômica e social, denominado *new deal*, teve três períodos: o primeiro, com início em junho de 1933 e fim em 1934, teve o escopo de criar regulamentações de controle financeiro, entre as quais se destaca o

*National Industrial Recovery Act* (NIRA), que surgiu com os objetivos principais de diminuir os índices de desemprego e garantir recursos às empresas e salários aos trabalhadores, contando com uma grande parcela de flexibilização e suspensão das leis antitruste.

O terceiro período corresponde ao pós-Primeira Guerra Mundial. É incontestável que as épocas de guerra e os subseqüentes momentos de pós-conflito provocaram um considerável desequilíbrio econômico, fases durante as quais emergem novos protagonistas no palco econômico global. Esse momento posterior a 1914 convocou o Estado a servir como motor para o maquinário econômico, incentivando diversos setores, sobretudo por meio da oferta de crédito.

### **2.1.2 Histórico do direito concorrencial no Brasil**

A transição para o paradigma liberal no Brasil é notável após a Constituição Federal de 1934 (CF/34), que, em contraste com suas predecessoras, passa a permitir a intervenção do Estado na ordem econômica (Pereira Neto; Casagrande, 2016). O Brasil pré-Estado Novo (1937) estava imerso em um período nacionalista, sentimento que foi estimulado durante a era Vargas. Em meio a esse ambiente nacionalista, a ideologia antitruste ganhou força no combate ao poder econômico derivado do capital estrangeiro.

Portanto, diferentemente do que ocorreu na América do Norte, onde a mobilização antitruste surgiu genuinamente de maneira interna, no Brasil havia uma ideologia voltada para a soberania e para o “antitruste internacional”, liderado pelo ministro Agamemnon Magalhães, considerado pela doutrina como precursor do Direito Antitruste no país (Forgioni, 2016). Nesse sentido, os primeiros grandes indícios de uma orientação antitruste visando regular a ordem econômica foram direcionados à defesa da economia popular, protegendo consumidores (Direito do Consumidor) e pequenos comerciantes (Direito da Concorrência).

Embora a Constituição Federal de 1937 (CF/37) contivesse apenas diretrizes sem prever uma legislação antitruste específica, foi durante a sua vigência que se iniciou a concretização de normas regulatórias, exemplificadas pelo Decreto-Lei nº 431/1938 e pelo Decreto-Lei nº 869/1938. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 4.137/1962, que instituiu o Cade. Nessa fase, o Cade tinha representatividade e

autonomia limitadas, situação que somente se modificou anos mais tarde (1991-1994).

De maneira gradual, o Direito da Concorrência foi conquistando terreno na legislação brasileira. Nesse contexto, foram promulgadas a Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e a Lei nº 8.158/1991, que instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, e atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) novas competências. Posteriormente, a Lei nº 8.884/1994 transformou o Cade em autarquia e conferiu-lhe maior autonomia. Em 2011, foi sancionada a Lei nº 12.529.

É relevante observar que, do ponto de vista material, foram efetivadas poucas modificações, ou seja, os conceitos e os critérios de determinação de ilicitude se mantiveram. A mudança principal ocorreu pela reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A denominada Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, traçou, de forma bastante discreta, com sua “modesta” menção aos programas de integridade, uma diretriz a ser seguida, prevendo de modo geral atenuantes àqueles que implementam esse tipo de programa.

É interessante notar que a legislação concorrencial brasileira não menciona expressamente a palavra cartel, no entanto há referência a essa prática no inciso I do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011. É imperativo salientar que esse dispositivo é objeto de possível mitigação e revisão futura, a depender das circunstâncias decorrentes do período de pandemia.

## 2.2 EVOLUÇÃO DAS BASES ECONÔMICAS

A evolução das bases econômicas tem um papel crítico na definição das interações entre o direito à proteção de dados e o Direito Concorrencial, especialmente na economia digital.

Na era moderna do *Big Data*, as empresas coletam, armazenam e analisam enormes volumes de dados pessoais para melhorar suas operações, inovar e oferecer produtos e serviços personalizados. Isso alterou as dinâmicas econômicas

de muitos mercados, especialmente aqueles baseados em plataformas digitais, transformando os dados pessoais em um recurso crítico para a competitividade.

Por um lado, essa transformação tem implicações para o direito à proteção de dados. As crescentes coletas e utilização de dados pessoais aumentam os riscos de violações de privacidade e de uso indevido de dados, exigindo uma regulamentação robusta para proteger os direitos dos indivíduos à privacidade e ao controle sobre suas próprias informações.

Por outro lado, a posse de grandes volumes de dados pessoais pode dar às empresas uma vantagem competitiva, o que tem implicações para o Direito Concorrencial. Empresas com acesso a grandes volumes de dados podem ter uma vantagem que dificulta a entrada de novos concorrentes, levando a uma concentração de mercado e a possíveis práticas anticompetitivas.

Nesse cenário, a evolução das bases econômicas exige que se repense a interação entre a proteção de dados pessoais e o Direito Concorrencial. Isso pode envolver, por exemplo, a consideração do acesso e do controle sobre dados pessoais em análises de concorrência, ou a introdução de medidas para garantir a portabilidade de dados e evitar o bloqueio de mercado.

Nessa era econômica, os algoritmos, a Inteligência Artificial (IA) e a aprendizagem automática desempenham papéis importantes, transformando a maneira como se produz, consome e interage. A evolução das bases econômicas é um processo contínuo que reflete as mudanças na tecnologia, na cultura e na sociedade.

À medida que se entra em uma nova era de economia baseada em dados, é crucial que se continue a aprender com o passado, a fim de enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades do futuro.

### **2.2.1 Transição da economia com base no conhecimento da economia baseada em dados**

“Economia do conhecimento” é o nome dado à fase econômica em que o conhecimento tem protagonizado as principais mudanças na sociedade. Esse conceito foi cunhado pelo professor Drucker (1969) referindo-se à aplicação do conhecimento — de qualquer campo ou fonte, novo ou velho — como estímulo ao

desenvolvimento econômico. Um conceito-chave dessa economia pode ser definido por Powell e Snellman (2004, p. 199) como:

produção e serviços baseados em atividades intensivas em conhecimento que contribuem para um ritmo acelerado de avanço técnico e científico, bem como para uma rápida obsolescência. O principal componente de uma economia do conhecimento é uma maior dependência de capacidades intelectuais do que de insumos físicos ou recursos naturais.<sup>2</sup>

A base inicial para a economia do conhecimento foi introduzida, em 1966, no livro *The effective executive*, de Drucker (1966), em que está descrita a diferença entre o trabalhador manual e o trabalhador do conhecimento: o trabalhador manual trabalha com as mãos e produz bens ou serviços; em contraste, um trabalhador do conhecimento trabalha com sua cabeça, não com as mãos, e produz ideias, conhecimento e informação.

O principal problema na formalização e na modelagem da economia do conhecimento é uma definição vaga de conhecimento, que é um conceito relativo, por exemplo: não é apropriado considerar a sociedade da informação como intercambiável com a sociedade do conhecimento.

É interessante destacar o ponto de vista dos doutrinadores que defendem a existência de um “cercamento” do conhecimento, a exemplo de Azevedo (2012, p. 5), ou seja, a denominada “economia baseada no conhecimento” acaba por legitimar a criação e a apropriação de bens comuns intangíveis:

A despossessão de saberes, da cultura popular e da ciência e a mercadorização da educação, do conhecimento e da pesquisa científica podem ser compreendidas como uma espécie de privatização e de “cercamento” de bens públicos intangíveis. A exemplo dos “enclosures” das terras comuns na Inglaterra a partir do século XVI, como bem retrataram Thomas Morus n’A Utopia e Marx no capítulo de O Capital dedicado “A Assim Chamada Acumulação Primitiva”, está havendo atualmente “cercamentos” do conhecimento, dos saberes, da ciência e da cultura; isto, frise-se, vem ocorrendo em todos os níveis, sentidos e espécies de saberes da humanidade, isto é, conhecimento popular ou científico e *lato* e *stricto sensu*.

---

<sup>2</sup> Do original: “*Production and services based on knowledge-intensive activities that contribute to an accelerated pace of technical and scientific advance, as well as rapid obsolescence. The key component of a knowledge economy is a greater reliance on intellectual capabilities than on physical inputs or natural resources*”.

Ocorre, assim, a desapropriação ou a expropriação de recursos comuns intelectuais intangíveis. Azevedo (2012, p. 5-6) ainda destaca que:

De acordo com Harvey, foram criados também mecanismos inteiramente novos de acumulação por espoliação [ou despossessão] [...]. A transformação em mercadoria de formas culturais, históricas e da criatividade intelectual envolve espoliações de em larga escala [...]. A corporativização e privatização de bens até agora públicos (como as universidades), para não mencionar a onda de privatizações (da água e de utilidades públicas de todo gênero) que tem varrido o mundo indicam uma nova onda de 'expropriação das terras comuns (2004, p. 123).

[...]

Conforme chama a atenção Boyle (2008), a história está passando por um segundo movimento de "cercamentos" (Boyle, 2008, p. 42), transformando o conhecimento em mercadoria fictícia (Polanyi, 1980, p. 81-88; Jessop, 2007, p. 128-129). Os Estados, as organizações internacionais e as regiões em processo de integração (a exemplo da União Europeia e Mercosul) estimulam e são participantes ativos nesse processo de "cercamento" do conhecimento. Jessop afirma que, à medida que a economia passa a ser definida e naturalizada como baseada no conhecimento e/ou orientada pelo conhecimento. Jessop afirma que [...] os Estados estão cada vez mais envolvidos na promoção da produção e difusão do conhecimento. O conhecimento é um recurso gerado coletivamente e, mesmo onde as formas e tipos específicos de propriedade intelectual são produzidos em condições capitalistas de lucro, isso depende de bens comuns intelectuais muito maiores. Os Estados têm papéis em ambos os aspectos: devem promover a mercantilização do conhecimento através da sua transformação formal de um recurso coletivo (bens comuns intelectuais) em propriedade intelectual [...] como base para geração de renda (2007, p. 128-129).

E finaliza, apontando que:

Vale notar que os "cercamentos" são causa e efeito de políticas públicas que aprovam e promovem esses atos de despossessão de bens públicos e comuns intangíveis, acabando por serem consagrados na legislação nacional e regional, o que pode ser chamado de "constitucionalização do neoliberalismo" (Gil, 2002, p. 4748; Dale, 2010, p. 1.104).

A transição pode ser explicada pela conceituação da economia baseada em conhecimento que, na visão de Hasenclever e Silva (2007, p. 174-175), pode ser definida como:

[...] uma economia fundamentada na dinâmica antecipatória, isto é, numa dinâmica incursiva em permanente transição. A difusão das tecnologias digitais da comunicação e da informação, ao acelerar a produção, a troca e o poder de processamento das informações, tem o claro papel de aprofundar essa dinâmica antecipatória.

Fato é que a economia fundamentada em dados apresenta uma série de características estruturais que, pelo menos em termos de análise, a colocam como um caso ímpar ou paradigma quando comparada ao modelo convencional de economia baseada em conhecimento.

É plausível considerar que a economia orientada por dados possa engendrar a criação de um modelo totalmente novo, sem obliterar a reflexão sobre as discrepâncias provocadas por tal sistema: a assimetria de informação generalizada (com o potencial para uma falha de mercado); a industrialização do aprendizado via IA; e a proliferação de corporações superestrelas que se beneficiam do critério de “o vencedor leva tudo”.

A economia baseada em dados também permite a criação de novas formas de mercado, comércio e troca, cujo valor não é capturado pelos sistemas tradicionais de contabilidade econômica. Leva à produção de riscos sistemáticos derivados da vulnerabilidade na infraestrutura das informações (Ciuriak, 2018).

A migração de uma economia fundamentada em conhecimento para uma economia orientada por dados ocorre, em grande medida, pela amplificação da utilização e da manipulação de algoritmos. Em suma, a transição da economia baseada no conhecimento para uma economia baseada em dados reflete uma mudança em como as empresas operam e a sociedade cria valor. Na economia do conhecimento, a ênfase está na criação e na aplicação de conhecimento. Por outro lado, a economia baseada em dados coloca os dados no centro do processo de criação de valor.

No entanto, a transição para uma economia baseada em dados também apresenta desafios. Questões relacionadas à privacidade e à proteção de dados, bem como à necessidade de infraestrutura e competências para coletar, armazenar, processar e analisar grandes volumes de dados, são de importância primordial.

## **2.2.2 Economia baseada em algoritmos**

Fala-se em economia baseada em algoritmos, que traz um conceito emergente no que se refere à crescente importância dos algoritmos na condução de atividades econômicas na sociedade digital. A famosa expressão *machine learning*

trata de uma das áreas da IA e pode ser definida no olhar de Miranda (2021, p. 33) como:

Algoritmo digital é o conjunto de códigos para que um programa ou máquina funcione. No caso das empresas citadas anteriormente, o algoritmo digital é utilizado para resolver o complexo problema de escolher, entre um número muito grande de possibilidades, a melhor opção de produto ou serviço. Sugerindo, portanto, o que realmente o cliente gostaria de usufruir, teoricamente. Para que isso ocorra, é necessário aprender com os dados relacionados a esse cliente, com as informações e padrões que o próprio usuário disponibiliza. Por exemplo, quanto mais vídeos de um gênero musical específico são assistidos por alguém em uma plataforma de compartilhamento de vídeos, mais sugestões desse tipo de música serão apresentadas. Quanto mais pesquisas em um site de buscas são efetuadas sobre um produto específico, mais propagandas relacionadas ao produto serão mostradas. E caso ocorra uma mudança repentina no interesse de uma pessoa, isso também será identificado e novas sugestões serão efetuadas de acordo com o novo gosto do indivíduo, com base nos novos dados disponibilizados pelo próprio. Esse é o *machine learning*.

Um algoritmo, em seu sentido básico, é um conjunto de instruções ou regras que um computador segue para realizar uma tarefa ou resolver um problema. Com o avanço da computação e a proliferação de grandes volumes de dados (conhecido como *Big Data*), os algoritmos se tornaram sofisticados e capazes de executar tarefas complexas, que vão desde a filtragem de informações na internet até a condução de veículos autônomos.

A importância atribuída ao algoritmo é de tal magnitude que confere a ele o papel de protagonista em uma economia contemporânea, atributo largamente usado devido às características obscuras e inteligentes intrínsecas a ele.

Segundo Meireles (2021, p. 28):

A falta de transparência dos algoritmos impossibilita inferir com precisão sua capacidade de modulação comportamental; a formação das preferências é um processo complexo e maleável, que abrange estratégias de resistência e subversão; para que a dominação ocorra, é necessário que haja conformidade dos dominados, o que não se observa a partir de marcos normativos em vigência; por fim, o exercício do poder é diferente de sua capacidade de influência. A partir desses pontos, conclui-se que é necessário regular o próprio funcionamento dos algoritmos como complemento à proteção de dados pessoais.

Elementos como palavras-chave, padrões de termos de pesquisa, método de consulta, ortografia, pontuação, duração da permanência nas páginas, padrões de cliques e localização eram utilizados exclusivamente para o aprimoramento da

ferramenta de busca e a experiência do usuário. Essas informações periféricas contribuíram para a nutrição do algoritmo, fomentando um “processo reflexivo de aprendizado e melhoria contínuas”<sup>3</sup> (Zuboff, 2019, p. 70). À medida que a utilização do mecanismo de busca aumentava, os resultados procurados tornavam-se pertinentes. O algoritmo original era de natureza simples, porém, conforme foi-se aprendendo (por meio de *machine learning*) com a experiência dos usuários, iniciou-se um processo de inteligência em ascensão.

Ezrachi e Stucke (2016), por sua vez, se debruçam sobre a profunda transformação que os avanços em *Big Data*, algoritmos computacionais, IA e aprendizado de máquina imprimem aos mercados competitivos e ao bem-estar do consumidor, imersos na chamada era da “economia orientada por algoritmos”. Por meio do estudo de duas temáticas antagônicas — a promessa amplamente difundida de um cenário competitivo sob o regime da “economia orientada por algoritmos” e os riscos correlatos menos debatidos —, os autores procedem a uma análise profunda dos impactos que as inovações tecnológicas e as novas estruturas de mercado imprimem à concorrência privacidade, ideais democráticos e bem-estar do consumidor. Em particular, esses autores esforçam-se em demonstrar de que maneira tais tecnologias emergentes desafiam a dinâmica tradicional da concorrência, instaurando um ambiente completamente novo que, ainda que exiba características de mercados competitivos, é motivado por forças distintas.

Empresas de diversos setores — de tecnologia a finanças, varejo, saúde, entre outros — estão confiando em algoritmos para otimizar suas operações, tomar decisões estratégicas, personalizar serviços e produtos, até mesmo criar modelos de negócios. Algoritmos também desempenham um papel crucial em muitos aspectos do comércio digital e da economia da plataforma. Por exemplo, eles são usados para personalizar anúncios *on-line*, recomendar produtos ou serviços aos consumidores, determinar preços em tempo real e facilitar transações em mercados virtuais.

No entanto, a crescente dependência de algoritmos também traz uma série de desafios e questionamentos complexos, que vão desde questões de privacidade e segurança de dados até de equidade, transparência e responsabilidade. Por exemplo, há preocupações crescentes sobre o potencial de algoritmos para

---

<sup>3</sup> Do original: “*reflective process of continuous learning and improvement*”.

perpetuar ou mesmo agravar a discriminação e a desigualdade, seja por meio de vieses embutidos nos próprios algoritmos, seja pelo uso indevido de dados.

Em síntese, a transição para uma economia baseada em algoritmos representa uma nova era na evolução das práticas de negócios e tomada de decisões. Os algoritmos, como procedimentos computacionais usados para resolver problemas e realizar tarefas, estão desempenhando um papel central na sociedade e na economia digital. As empresas que conseguem desenvolver e implementar algoritmos eficientes têm uma vantagem competitiva. No entanto, isso também traz desafios, incluindo questões éticas e de privacidade, a necessidade de habilidades técnicas especializadas e a possibilidade de viés e discriminação algorítmica.

É crucial, portanto, garantir que essa transição seja administrada de maneira responsável e equitativa, com uma consideração cuidadosa das implicações éticas, sociais e econômicas.

### 2.3 RESUMO DO TEMA A NÍVEL LEGISLATIVO: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Para a análise do tema proposto neste trabalho, sob a perspectiva da legislação brasileira, é imprescindível proceder à avaliação de como a legislação estipula os direitos e as obrigações concernentes ao consumidor, aos titulares de dados pessoais e aos detentores da proteção ao Direito da Concorrência. Posteriormente, será investigada a distribuição de competências entre os diversos órgãos responsáveis por cada uma dessas proteções.

A simbiose entre proteção de dados pessoais, proteção ao consumidor e proteção à concorrência pode ser analisada a nível legislativo, no Brasil, pela forma como a Constituição Federal de 1988 (CF/88), as legislações relativas à proteção de dados, o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência regulam o assunto.

A correlação entre a livre iniciativa, a livre concorrência e a regulação de mercado são diretas e explícitas, assim como a sua relação com o Direito Concorrencial. Nessa perspectiva, a livre iniciativa é estabelecida no art. 170 da CF/88 como alicerce da ordem econômica:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) (Brasil, 1988).

A livre concorrência tem o *status* de Princípio da Ordem Econômica (inciso IV do art. 170) e a livre iniciativa não apenas fundamenta a LGPD, como também a CF/88, como traz seu art. 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (Brasil, 1988).

Ainda no art. 173, em seu § 4º, da CF/88, determina que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Brasil, 1988).

Nesse sentido, pode-se concluir que, em um Estado Democrático de Direito, o poder econômico deve ser exercido em conformidade com os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais, os quais exercem força vinculante e não podem, às custas do mercado, se sujeitar apenas às condições de custo-benefício econômicos (Frazão, 2017).

Consequentemente, por imposição constitucional, o Direito da Concorrência não pode ser apenas um instrumento de defesa de mercado ou eficiência econômica, independentemente do sentido atribuído a cada uma dessas expressões.

A regulação busca, na realidade, a ponderação entre a liberdade econômica e a intervenção estatal, mas sempre com respeito à garantia dos direitos individuais (Smith, 1984).

A nível infraconstitucional, a Lei Federal, que regulamenta o Direito da Concorrência, é a Lei nº 12.529/2011, que cria e estrutura o SBDC e dispõe “[...] sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]” (Brasil, 2011). A referida lei, em seu art. 1º, menciona o fato de que:

A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica são orientadas pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (Brasil, 2011).

Também é falado, em seu parágrafo único do mencionado artigo, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” (Brasil, 2011).

No que tange ao controle de estruturas, a Lei nº 12.529/2011 dispõe, em seu art. 36, as infrações relacionadas ao controle de condutas. Já em relação ao controle de concentrações prévio feito pelo Cade, ou controle de estruturas, é disposto no art. 88.

Por meio do texto legal que o Direito Concorrencial tem como um de seus principais objetivos combater o abuso de poder econômico capaz de ferir a justa concorrência, dominar o mercado e eliminar a concorrência. No plano constitucional, esse fim, conforme critica Fonseca (2017, p. 104), sofreu um equívoco de alocação geográfica, pois a “defesa da concorrência via repressão ao abuso de poder econômico” sempre foi tratada — e assim deveria continuar sendo — como um Princípio da Ordem Econômica e Social.

Tal afirmação sobre o erro de alocação se sustenta caso observado que a defesa da concorrência constava nas Constituições anteriores com *status* de princípio. Portanto, a CF/88 errou gravemente ao colocar essa norma no contexto do art. 173, sendo o conteúdo desse dispositivo a contrapartida à atuação do Estado para defender e garantir a livre atuação das empresas no mercado (Fonseca, 2017).

Por outro lado, o Princípio da Livre Concorrência emerge como uma das expressões fundamentais da livre iniciativa, posicionando-se como um dos Princípios da Ordem Econômica. A livre concorrência representa uma manifestação íntegra da liberdade de iniciativa (livre iniciativa — fundamento). Para assegurar a

livre concorrência, a CF/88 determina que a Lei coíba o abuso de poder econômico com o objetivo de dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar os lucros de maneira arbitrária (Afonso, 2014).

Dessa forma, percebe-se a implicação de outro Princípio: o da Defesa da Concorrência. Assim, há uma espécie de “equilíbrio” constitucional no qual os Princípios da Livre Concorrência e da Defesa da Concorrência atuam na regulação da livre iniciativa. Existe uma liberdade para o uso de técnicas legais de conquista de mercado, contudo se proíbe o uso de métodos que contornem a livre competição (Grau, 2018).

Nesse cenário em que a ordem econômica tem importância *sine qua non* na sociedade moderna, tendo influência direta na política, o estudo de seus princípios é relevante (Posner, 1976). Sendo assim, em que pese, não constar geograficamente como um Princípio da Ordem Econômica, é inequívoca a existência de mandamento constitucional relativo à necessidade de criação de normas que regulamentem a defesa da concorrência. A justa concorrência é tão importante que nem mesmo a livre iniciativa — fundamento da ordem econômica — pode preteri-la. Nesse mesmo sentido, já destacou o Supremo Tribunal Federal (STF): "O Princípio da Livre Iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor" (Brasil, 2005).

Logicamente, existe um ponto de convergência entre a defesa da justa concorrência — sem prejudicar a livre iniciativa — e o protagonismo que envolve a coleta e o tratamento de dados pessoais. Conforme exposto por Vainzof (2021), o mercado de tratamento de dados pessoais deve ser/estar disponível àqueles que busquem empreender, desde que respeitados os fundamentos e os Princípios da Ordem Econômica.

Tavares (2013) lembra que a livre iniciativa exige, inicialmente, a igualdade de condições para que os agentes privados do mercado iniciem suas atividades. Se o Estado conceder situações de vantagens ou privilégios, como oferecer maquinários ou verbas para apenas uma empresa, que vai se refletir em uma situação de superioridade indevida na competição de mercado quando do funcionamento da empresa, haverá, aí, livre iniciativa viciada.

Destaca-se que a livre iniciativa e a livre concorrência não são absolutas: elas devem ser equilibradas com outras considerações, como a proteção dos

consumidores e a prevenção de práticas comerciais injustas. Nesse cenário, em resumo, o Direito da Concorrência, enraizado em Princípios e Fundamentos Constitucionais, desempenha um papel vital na promoção de uma economia justa, equitativa e dinâmica. Ele estabelece os parâmetros para a competição justa, protege os direitos dos consumidores e assegura que a inovação e o crescimento empresarial possam prosperar em um ambiente de negócios saudável e regulado.

## 2.4 ATOS DE CONCENTRAÇÃO

O estudo de atos de concentração desempenha um papel crucial na análise das dinâmicas econômicas e concorrenciais nos mercados modernos. Tais atos, que incluem fusões, aquisições, incorporações, *joint ventures* e outros tipos de associações entre empresas independentes, têm o potencial de transformar a estrutura e o funcionamento de mercados específicos. Essas operações, controladas e regulamentadas por leis antitruste, exigem uma avaliação cuidadosa por parte das autoridades competentes. Esse escrutínio tem como objetivo assegurar que tais movimentos não resultem em uma concentração de mercado prejudicial, que poderia reduzir a escolha dos consumidores, aumentar os preços ou suprimir a inovação.

Os critérios utilizados para avaliar os atos de concentração variam de acordo com as jurisdições, mas a maioria engloba a análise do impacto da operação na estrutura do mercado, a potencial exploração abusiva do poder de mercado e a viabilidade de coordenação entre as empresas. Da mesma forma, possíveis efeitos pró-competitivos, como eficiências operacionais ou inovações, são considerados, pois podem trazer benefícios para os consumidores.

É crucial ressaltar que nem todos os atos de concentração são intrinsecamente prejudiciais à concorrência. Muitas operações podem resultar em eficiências econômicas, estimular a inovação e beneficiar os consumidores. Portanto, cada caso deve ser avaliado de forma individual, levando em consideração o contexto específico e as peculiaridades do mercado em análise.

No contexto brasileiro, os atos de concentração são analisados pelo Cade, órgão encarregado de garantir a livre concorrência, prevenindo e reprimindo práticas que possam ameaçá-la. O papel do Cade e a maneira como os atos de

concentração são abordados no Brasil serão examinados em maior profundidade ao longo deste capítulo.

#### 2.4.1 Conceito de atos de concentração

O conceito de ato de concentração tem origem no Direito da Concorrência e refere-se à operação pela qual duas ou mais empresas independentes se unem, formando uma única empresa, ou quando uma empresa adquire controle direto ou indireto sobre a outra. Essas operações podem assumir várias formas, incluindo fusões, aquisições, *joint ventures* e acordos de controle comum.

Segundo Forgioni (2016), o pano de fundo do ato de concentração sempre será o aumento de riqueza e sua concentração em poucas mãos. Ou seja, segundo a autora, a ideia central é simples e relaciona-se com o aumento de poder econômico de agentes do mercado. A autora ainda alerta que os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem sobre os demais e que, após a operação, transforma-se em maior poder econômico de ambas.

A observação tocante aos acordos entre empresas é válida e corroborada pela própria Lei nº 12.529/2011, que inclui os “contratos associativos”, “consórcios” e “*joint ventures*” como atos de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

[...] (Brasil, 2011).

Forgioni (2016, p. 415-416) define ato de concentração como:

Assim, no campo do antitruste, o termo concentração vem [sendo] empregado para identificar várias situações que demonstram essa

aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra.

É importante pontuar, inicialmente, que a Lei de Concorrência não conceitua ato de concentração, somente traz as situações em que tais atos ocorrem. Nos termos do art. 90, realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iv) uma ou mais empresas incorporam outra a(s) outras empresas; ou (v) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (Bagnoli, 2017).

O conceito jurídico de ato de concentração é, segundo Bagnoli (2017), anormal, pois exige o recurso da ciência econômica a fim de estabelecer seus contornos e sua integração. Sobre o enfoque jurídico, a hermenêutica há de ser restritiva, já que resulta na intervenção do estado no domínio da livre iniciativa, princípio que lhe é maior.

Pode-se definir que o ato de concentração é um conceito jurídico que abrange várias operações econômicas, como fusões e aquisições, que resultam em uma concentração de empresas. Tal concentração pode modificar a estrutura do mercado, aumentando a posição competitiva das empresas envolvidas. É importante frisar que tais atos devem ser analisados e aprovados pelo órgão de defesa da concorrência, para garantir que não resultem em práticas anticompetitivas prejudiciais à livre concorrência.

Segundo Vasconcelos (2019, p. 71), o ato de concentração pode ser entendido como:

Qualquer forma de agrupamento de atividades econômicas, seja por meio de fusão, incorporação, aquisição de controle societário, ou qualquer forma de associação empresarial com colaboração no plano horizontal, vertical ou conglomerado, que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou que resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Araújo (2010, p. 67), define o ato de concentração como “qualquer operação que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência, seja ela uma fusão, aquisição de controle, incorporação de uma empresa por outra, ou mesmo a formação de um consórcio ou *joint venture*”.

Do ponto de vista econômico, um ato de concentração pode gerar benefícios, como eficiências operacionais e inovação. No entanto, essas operações também podem resultar em uma diminuição da concorrência se resultarem em um aumento do poder de mercado de uma empresa ou um pequeno número de empresas. Isso pode levar a preços altos, menor qualidade de produtos e serviços, e menos inovação. Para prevenir esses efeitos anticoncorrenciais, muitos países têm leis que exigem que os atos de concentração acima de certos limiares sejam notificados aos órgãos de controle da concorrência antes de serem concluídos.

Esses órgãos têm a autoridade para proibir ou impor condições a atos de concentração que sejam considerados prejudiciais à concorrência. É importante notar que a definição e os critérios específicos para o que constitui um “ato de concentração” podem variar dependendo da jurisdição. As leis e regulamentações específicas de um país ou região devem ser consultadas para obter uma definição precisa.

#### **2.4.2 Classificação dos atos de concentração**

Segundo Salomão Filho (2007), a classificação clássica dos atos de concentração consiste nas três modalidades seguintes: concentrações horizontais, concentrações verticais e formação de conglomerados. O critério de classificação reside na posição relativa das empresas, que se concentram existentes nos mercados antes da operação. Ademais, o autor adverte que, para o Direito da Concorrência, as concentrações horizontais são importantes, uma vez que elas têm o maior potencial de gerar efeitos prejudiciais à concorrência.

##### **2.4.2.1 Concentrações horizontais**

Concentrações horizontais ocorrem quando duas empresas que competem no mesmo mercado relevante se unem. Elas estão envolvidas na produção de bens

ou serviços semelhantes e servem o mesmo mercado. Destaca-se que tais pactos horizontais são estabelecidos entre agentes econômicos que operam no mesmo nicho de mercado, tanto geográfico quanto material, colocando-se em uma relação competitiva direta. Forgioni (2016) esclarece que a premissa subjacente a esses acordos é a noção de que a concorrência, mesmo quando legítima, tende a ser prejudicial aos competidores, já que pode resultar em lucros reduzidos, imposição de um padrão de qualidade e a necessidade de investimentos para a manutenção do agente econômico no mercado competitivo.

Essa classificação de concentração pode ocorrer por meio de uma fusão (em que duas empresas se tornam uma), uma aquisição (na qual uma empresa compra a outra) ou uma *joint venture* (quando duas empresas formam uma nova entidade para alcançar um objetivo comum).

Salienta-se que o conceito não se limita apenas às empresas que fabricam ou vendem o mesmo produto. Inclui também todos os fabricantes de produtos substitutos, que poderiam se tornar consumíveis em situações de aumento de preços (Salomão Filho, 2007).

As concentrações horizontais são, muitas vezes, sujeitas a escrutínio regulatório porque têm o potencial de reduzir a concorrência. Em um cenário ideal, a concorrência estimula as empresas a inovar, melhorar a qualidade, reduzir os preços e melhorar o atendimento ao cliente. No entanto, quando as empresas competidoras se fundem ou são adquiridas, elas podem adquirir poder de mercado suficiente para influenciar as condições de mercado a seu favor, o que pode ser prejudicial para os consumidores e outros concorrentes.

Por outro lado, as concentrações horizontais também podem ter benefícios. Eles podem permitir economias de escala, o que pode levar a custos de produção baixos e, potencialmente, preços baixos para os consumidores. Eles também podem permitir uma maior eficiência e compartilhamento de recursos.

O impacto de uma concentração horizontal na concorrência e nos consumidores depende de vários fatores, incluindo a estrutura do mercado, o grau de diferenciação do produto e a presença de barreiras à entrada. Por isso, as autoridades de defesa da concorrência geralmente avaliam as concentrações horizontais caso a caso.

#### *2.4.2.2 Concentrações verticais*

As concentrações verticais ocorrem quando empresas que operam em diferentes níveis da cadeia produtiva, mas dentro da mesma indústria, se fundem ou adquirem uma à outra. Isso geralmente envolve uma empresa produtora se fundindo com uma distribuidora, um fornecedor ou um revendedor.

No magistério de Forgioni (2016), os acordos verticais são aqueles avançados entre agentes econômicos que estão ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, que ocupam, no decorrer de uma linha imaginária, os espaços que vão desde a produção da matéria-prima até a distribuição final do produto ou do serviço.

Assim, essas operações realizam-se em dois níveis: (i) “a montante”, no caso da firma adquirida atuar no processo produtivo da adquirente, por exemplo, fornecendo insumos a esta; (ii) e “a jusante”, se a sociedade adquirida fizer parte do processo distribuição do produto da adquirente (Salomão Filho, 2007).

Essa forma de concentração pode ter vantagens estratégicas para as empresas envolvidas, por exemplo: pode permitir uma maior eficiência na produção e na distribuição de bens ou serviços, garantir o acesso a insumos essenciais ou canais de distribuição, ou possibilitar maior controle sobre a qualidade do produto.

No entanto, as concentrações verticais também podem ter implicações para a concorrência no mercado. Elas podem potencialmente resultar na exclusão de concorrentes se a empresa que adquire o controle de um recurso essencial (por exemplo, uma matéria-prima ou um canal de distribuição) restringir o acesso dos concorrentes a esse recurso. Além disso, as concentrações verticais podem facilitar certas práticas anticompetitivas, como a fixação de preços.

Do ponto de vista do Direito Concorrencial, portanto, as concentrações verticais exigem uma avaliação cuidadosa para garantir que elas não prejudiquem a concorrência e, por consequência, os consumidores.

#### *2.4.2.3 Concentrações conglomeradas*

As concentrações conglomeradas ocorrem quando uma empresa adquire ou funde-se com outra empresa que opera em um mercado completamente distinto,

sem qualquer relação direta horizontal ou vertical. Esse tipo de concentração é, essencialmente, uma estratégia de diversificação (Salomão Filho, 2007).

O objetivo por trás de uma concentração conglomerada pode variar: as empresas podem procurar diversificar seus portfólios de negócios para reduzir o risco, ou podem estar procurando aproveitar oportunidades em novos mercados ou áreas de negócios. Em casos, uma empresa pode adquirir outra em um setor completamente diferente simplesmente porque acredita que pode gerenciar essa empresa de forma eficaz ou lucrativa.

Por fim, sobre as suas formas, segundo a análise de Forgioni (2016), as concentrações conglomeradas podem ser subcategorizadas de acordo com a sua finalidade: expansão de mercados ou diversificação pura. No caso da expansão de mercados, as concentrações são, em geral, estratégias para a ampliação no âmbito mercadológico. Uma situação em que a aquisição de uma empresa produza bens complementares pode desencadear a extensão de produtos. Simultaneamente, a associação com corporações que fabriquem produtos semelhantes, contudo, operantes em mercados geograficamente diversos, impulsiona a expansão geográfica. Em contrapartida, quando há fusões ou aquisições entre entidades empresariais cujas atividades sejam completamente desconexas, surgem os conglomerados puros. Ainda de acordo com Forgioni (2016), normalmente estes não têm relevância para o Direito Concorrencial.

## 2.5 ANÁLISE ANTITRUSTE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS

O mundo digital, caracterizado por sua velocidade, escala e complexidade sem precedentes, tem transformado a compreensão tradicional de concorrência e mercados. Nesse contexto, a análise concorrencial de atos de concentração nos mercados digitais<sup>4</sup> e o abuso de posição dominante assumem novas dimensões e desafios.

---

<sup>4</sup> Para este trabalho, é dotado o conceito de mercados digitais de Fernandes (2022, p. 24): “[...] a expressão ‘mercados digitais’ será utilizada para se referir a mercados em que as empresas participantes ofertem, por meio da rede pública de internet, independentemente de remuneração em pecúnia, produtos e serviços de natureza intangível”.

Os atos de concentração, como fusões e aquisições, têm o potencial de alterar a paisagem competitiva. Em mercados digitais, esses atos podem não ser apenas uma questão de empresas combinando recursos, mas também de acumular dados, acessar novas tecnologias ou consolidar plataformas. A avaliação desses atos de concentração exige uma compreensão profunda das particularidades dos mercados digitais, incluindo barreiras à entrada, efeitos de rede e centralidade dos dados.

Junto a isso, o abuso de posição dominante nos mercados digitais é uma preocupação crescente. A posição dominante pode ser obtida de várias maneiras, incluindo a posse de grandes volumes de dados ou a operação de uma plataforma que serve como um *gatekeeper* para um mercado. O abuso dessa posição dominante pode restringir a concorrência, limitar a inovação e prejudicar os consumidores.

No entanto, a análise desses fenômenos no contexto digital pode se beneficiar de uma perspectiva schumpeteriana. Schumpeter (1997) argumentou que a concorrência pode ser entendida não como um estado de equilíbrio perfeito, mas sim um processo de “destruição criativa”, em que a inovação desempenha um papel central. Nessa perspectiva, atos de concentração e mesmo a posição dominante podem ser vistos não necessariamente como inibidores da concorrência, mas sim possíveis motores de inovação.

A teoria schumpeteriana, portanto, sugere uma abordagem matizada para a análise concorrencial em mercados digitais. A existência de atos de concentração ou de uma posição dominante não deve, por si só, ser vista como problemática. Em vez disso, a questão-chave deve ser se essas condições estão inibindo ou promovendo a inovação. Se um ato de concentração leva à inovação, por exemplo, pode ser considerado favorável à concorrência do ponto de vista schumpeteriano, mesmo que leve a uma maior concentração de mercado. Da mesma forma, uma posição dominante que é usada para investir em inovação e melhorar a qualidade dos produtos ou serviços pode não ser prejudicial à concorrência.

Essa abordagem, no entanto, também exige uma consideração cuidadosa de como a inovação é definida e medida, e como os efeitos da inovação sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor são avaliados. A inovação pode levar a benefícios, mas também pode ser usada estrategicamente para excluir concorrentes

ou explorar consumidores. Portanto, a aplicação da teoria schumpeteriana para a análise concorrencial nos mercados digitais deve ser realizada com cautela e perspicácia. Portanto, a aplicação de paradigmas de teorias dinâmicas à análise concorrencial nos mercados digitais deve ser realizada com cautela e perspicácia.

### 2.5.1 A análise tradicional dos atos de concentração

Os atos de concentração, que incluem fusões e aquisições de empresas, a criação de *joint ventures* e outras formas de acordos que podem reduzir a concorrência em um setor específico, o econômico, referem-se às operações que podem alterar a estrutura de um mercado e resultar em uma concentração de poder econômico.

A análise de atos de concentração econômica é um elemento crucial do Direito Concorrencial. Os reguladores antitruste examinam essas operações para avaliar seus possíveis efeitos na concorrência, como a criação de monopólios ou oligopólios, a exclusão de concorrentes menores, a elevação de barreiras à entrada ou a coordenação de preços. Para conduzir uma análise de atos de concentração econômica, os reguladores examinam uma série de fatores, os quais consubstanciam um método de análise.

O método tradicional de controle de atos de concentração é composto, em geral, pelas seguintes etapas: (i) definição do mercado relevante; (ii) análise dos *market shares* (*proxy* utilizada para a identificação de presunção de poder de mercado) e do nível de concentração dos mercados relevantes afetados; (iii) avaliação, a partir das condições do mercado, da probabilidade do exercício do poder de mercado decorrente da concentração gerada pela operação; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado afetado pela operação ou criado, no caso de mercados de insumos; (v) avaliação de eficiências econômicas geradas pela operação; (vi) análise dos efeitos líquidos da operação; e (vii) verificação da possibilidade de imposição de remédios.<sup>5</sup>

Conforme destacado por Monteiro (2017, p. 78-79), as etapas de análise giram em torno de poder de mercado, porém a existência de um poder econômico não é suficiente para se presumir que a operação gerará efeitos anticompetitivos:

---

<sup>5</sup> Em 2016, o Cade lançou um novo Guia para análise de atos de concentração horizontais.

Como se pode notar, as análises feitas ao longo das etapas desse método giram em torno da noção de poder mercado (i.e., habilidade para definir preços acima do nível competitivo), pressupondo-se que danos ou restrições à concorrência em um mercado delimitado somente podem ser causados pelos agentes econômicos que detêm esse poder. Todavia, a simples demonstração da existência de poder econômico não é suficiente para se presumir que a operação gerará efeitos anticompetitivos (unilaterais ou coordenados) e implicará perda de bem-estar. Desse modo, a análise dos efeitos anticompetitivos potencialmente decorrentes da concentração econômica prossegue com uma avaliação da probabilidade de exercício do poder de mercado adquirido ou reforçado (i.e., se as empresas concentradas serão capazes de elevar o preço acima do nível competitivo lucrativamente).

O objetivo de existir um controle dos atos de concentração é prevenir consequências prejudiciais perpétuas à estrutura concorrencial estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração, também, os preceitos da CF/88, particularmente os Princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, enraizados no art. 170 (Brasil, 1988). A inspeção e a deliberação sobre a continuidade ou não de um ato de concentração dependem, contudo, de variáveis que se baseiam no critério eficiência, com destaque para o critério do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), e nos efeitos pós-operacionais. Nesse contexto, passa-se pela determinação de um mercado relevante, por meio do Teste do Monopolista Hipotético (TMH), estabelecendo se o poder de mercado do agente participante na operação poderia ser expandido de tal maneira a afetar negativamente o ambiente competitivo (Domingues; Gaban, 2016).

As críticas à análise dos atos de concentração transpõem o controle prévio<sup>6</sup> e seus critérios de notificação prévia, abarcando todo o processo de análise adotado pelo Direito brasileiro e pela autoridade antitruste.

A estrutura tradicional de análise antitruste é pautada pelo trinômio: a) concentração; b) concorrência; e c) bem-estar do consumidor, em que o aumento da concentração de mercado é associado à redução da concorrência e, conseqüentemente, à redução do bem-estar do consumidor (Machado; Bittar; Tavassi, 2018).

---

<sup>6</sup> Denominado “controle de estruturas”, trata-se de um controle preventivo para analisar os potenciais riscos de um ato de concentração. O pressuposto desse controle é que não é suficiente o controle de condutas para que se tenha um adequado funcionamento do mercado. É necessária, também, a análise da formação de estruturas dentro do mercado, com o objetivo de identificar se estas são capazes de limitar a livre concorrência.

Essa hipótese, no entanto, é colocada em xeque em mercados com características de concorrência dinâmica, ou seja, em que a contestação das posições de mercado se dá via inovação. Uma vez que se parte do pressuposto de que as inovações contribuem para a melhoria do “bem-estar coletivo” e que, de acordo com a visão schumpeteriana, esta poderia ser favorecida por estruturas monopolísticas, a metodologia tradicional de análise de atos de concentração se vê desafiada.

O bem-estar do consumidor — em última análise da sociedade — está intimamente interligado com a análise de eficiências compensatórias da redução da concorrência. Ou seja, o critério eficiência permite a redução da concorrência, desde que se comprove que há maximização da capacidade alocativa ou do bem-estar social.

Segundo Marcato (2016, p. 85), o conceito de eficiência alocativa é:

A habilidade que a firma possui para utilizar os insumos em proporções ótimas, dados seus respectivos preços. Ou seja, trata-se da alocação socialmente eficaz dos recursos existentes, considerando-se a escassez desses frente às infindáveis necessidades dos agentes. Em um contexto de equilíbrio geral competitivo, considerando-se o Primeiro e Segundo Teorema do Bem-Estar a relação existente entre concorrência perfeita e ótimo de Pareto (que pode ser visto como a eficiência alocativa para a economia como um todo) toma forma. Vê-se então a percepção da eficiência alocativa, dentre a maioria dos economistas, como sinônimo de eficiência econômica como um todo, aproximando as diversas formas de eficiência a uma só.

No entanto, em mercados tão dinâmico como os digitais, é necessária a valorização do critério inovação quando se analisa o controle de condutas. Corroborando tal pensamento, é incontestável na literatura de que as eficiências dinâmicas ou inovativas são relevantes para o bem-estar social do que as eficiências alocativas (Fernandes, 2022).

Conforme alertado por Newman (2015, p. 151; 189), a Lei Antitruste, até o momento, não conseguiu desenvolver uma resposta aos mercados de preço zero:

Apesar de sua onipresença e importância vital para a economia em geral, a Lei Antitruste não conseguiu desenvolver uma resposta adequada aos mercados de preço zero. Produtos de preço zero, ou seja, produtos para os quais as empresas estabelecem o preço para os clientes em US\$ 0, existem há décadas. Com o advento da internet, no entanto, eles explodiram em número, variedade e popularidade. Com uma capitalização de mercado combinada que facilmente ultrapassa US\$ 1 trilhão, as empresas que

oferecem produtos de preço zero respondem por uma parcela robusta e crescente da produção nacional. À luz da importância crítica dos mercados de preço zero para a economia em geral, a quase completa falta de atenção da Lei Antitruste ao seu funcionamento e implicações é indefensável. Os poucos precedentes e comentários existentes tendem a concluir sumariamente que a Lei Antitruste não se aplica a produtos gratuitos. Sem preços, diz o argumento, não pode haver mercados. E sem mercados não há necessidade de escrutínio antitruste. [...] As características de mercado descritas acima tendem a reduzir a eficácia da concorrência. Mais relevante para os propósitos atuais, eles geralmente limitam relevante para os propósitos atuais, eles geralmente limitam a capacidade dos clientes de agir como uma verificação do comportamento anticompetitivo. Alguns mercados de preço zero podem apresentar características adicionais além das discutidas acima, que tendem a reduzir a eficácia da concorrência. Como princípio geral, a concorrência em mercados de preço zero provavelmente funciona de forma menos eficiente do que nos mercados que foram objeto de análises antitruste tradicionais. A eficácia da competição no mercado tem ramificações para análises de custo de erro de antitruste: se os mercados são menos propensos a se autocorrigirem, os custos de falsos negativos aumentam. Por outro lado, o antitruste está institucionalmente mal equipado para lidar com muitos desses desvios estruturais e comportamentais. A concorrência perfeita, em qualquer mercado, é um ideal inalcançável; pode ser particularmente assim em mercados de preço zero. (tradução nossa).<sup>7</sup>

Nesse sentir, Posner (1976), com base em sua teoria eficientista, define que o objetivo principal de uma legislação antitruste seria a de atuar como ferramenta de promoção do estado de bem-estar social e que a própria economia do bem-estar seria o guia analítico adequado. Conclui-se que os paradigmas que norteiam a decisão se um ato de concentração deve ter seguimento ou não se concentram no critério de eficiência daquela operação, especialmente no quesito *consumer welfare*, e nos efeitos após a concentração.

---

<sup>7</sup> Do original: *Despite its ubiquity and vital importance to the broad economy, antitrust law has failed to develop an adequate response to zero-price markets. Zero-price products, i.e., products for which firms set the price to customers at \$0, have existed for decades. Alongside the advent of the Internet, however, they exploded in number, variety, and popularity. With a combined market capitalization that easily exceeds \$1 trillion, firms offering zero-price products account for a robust and growing portion of the national output. In light of the critical importance of zero-price markets to the overall economy, antitrust law's nearly complete lack of attention to their functioning and implications is indefensible. What little precedent and commentary does exist tends to conclude summarily that antitrust law does not apply to free products. Without prices, the argument runs, there can be no markets. And without markets, there is no need for antitrust scrutiny. [...] The market features described above tend to reduce the efficacy of competition. Most relevantly for present purposes, they generally limit customers' ability to act as a check on anticompetitive behavior. Some zero-price markets may demonstrate additional features beyond those discussed above that tend to reduce the efficacy of competition. As a general principle, competition in zero-price markets likely functions less efficiently than it does in the markets that were the subject of traditional antitrust analyses. The efficacy of competition in the marketplace has ramifications for error-cost analyses of antitrust: if markets are less likely to self-correct, the costs of false negatives increase. On the other hand, antitrust is institutionally ill-equipped to address many of these structural and behavioral deviations. Perfect competition, in any market, is an unreachable ideal; it may just be particularly so in zero-price markets.*

Nos atos de concentração, quando submetidos ao Cade, observam-se basicamente três etapas fundamentais:<sup>8</sup> (i) verificação do mercado relevante; (ii) análise da estrutura e do nível de concentração do mercado; e (iii) apreciação dos efeitos dos atos concentracionistas. Passa-se, assim, pela definição de um mercado relevante, com base no TMH, definindo se o poder de mercado do agente envolvido na operação poderia ser ampliado de maneira a prejudicar o ambiente concorrencial (Domingues; Gaban, 2016).

No entanto, sobre o mercado relevante no ambiente digital, definido como:

Um exercício, feito caso a caso, que permite às autoridades de concorrência identificar as características gerais de um dado mercado que produtos ou serviços são nele negociados, a estruturação dos agentes econômicos e algumas características intrínsecas que são suficientes para uma macrocompreensão. Assim, a definição do mercado relevante é o estágio inicial de qualquer análise concorrencial para identificar com qual produto ou serviço as pessoas estão lidando, quais agentes econômicos estão nesse mercado, como produtores, distribuidores e até consumidores, seus interesses, o tamanho total do mercado, a existência de barreiras à entrada e a possibilidade de existência de poder de mercado e posição dominante. Uma característica importante a ser considerada ao analisar o mercado relevante de *Big Data* é que, mais do que dados, *Big Data* é um conjunto de dados coletados para um propósito determinante e reprocessados para atender a outras necessidades, fornecendo informações valiosas e vantagem competitiva (Domingues *et al.*, 2019, p. 568-569).

Alerta-se, com isso, que é preciso adaptar o TMH, muito utilizado para a definição dos mercados relevantes, pois mercados de plataforma, por exemplo, não se encaixam perfeitamente no teste (Domingues, 2019).

Na realidade do *Big Data*, os parâmetros materiais não são adequados, pois muitas vezes o valor não abarca a potencialidade do ato de concentração. Nesse sentido, Frazão e Santos (2020) sustentam que, no contexto da economia movida a dados do setor digital, o parâmetro baseado unicamente no faturamento pode acabar por não avaliar operações com impactos competitivos importantes, mas que estão, *a priori*, aquém daquele faturamento. Também é alertado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2016) que um critério

---

<sup>8</sup> Segundo o Guia-H (Cade, 2016), em uma análise clássica, há cinco fases: (i) definição do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração horizontal, que aponta se é possível que a nova empresa tenha condições de exercer o seu poder de mercado; (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio de maior concentração na operação, considerando variáveis, como: a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente; o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação, quando for o caso de se tratar do mercado de insumo; e (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração — única fase que deriva de lei.

simplesmente baseado em faturamento pode deixar de fora da apreciação do órgão concorrencial operações com impactos importantes no cenário competitivo, especialmente quando uma empresa incumbente adquire um pequeno entrante que considera um “*data-driven innovator*” ou mesmo o acesso a dados valiosos.

A atuação das agências reguladoras não é uma tarefa fácil: transações que envolvam empresas com ativos valiosos, como um conjunto de dados estratégicos ou de perfil, podem deixar de ser apreciadas pelas autoridades concorrenciais se não atingirem os limites monetários estabelecidos nas legislações antitruste (OCDE, 2016). Tal “fenômeno de imunidade” não poderia ser diferente, pois os critérios de submissão de atos de concentração foram editados sob uma lógica de economia baseada no conhecimento (tradução nossa)<sup>9</sup>, fora do contexto de *Big Data* e de economia baseada em algoritmos (tradução nossa)<sup>10</sup> (OCDE, 2016).

Cabe ressaltar que a mera consolidação de uma posição mercadológica, ainda que dominante, não configura, por si mesma, uma violação à legislação brasileira. Conforme a “regra da razão”, é destacado que a legislação pátria é muito omissa no tocante a qual metodologia de interpretação deve ser utilizada. Não obstante a omissão, tem-se que apontar a Resolução do Cade nº 20/1999, que foi revogada posteriormente em 2007 pela Resolução do Cade nº 45, porém o seu anexo permanece vigente, o qual serve de guia para análise de condutas anticompetitivas. No tocante aos cartéis, ou seja, às práticas restritivas horizontais, a resolução disciplina o seguinte:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “Princípio da Razoabilidade”. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos (Cade, 1999, p. 2).

---

<sup>9</sup> Do original: *knowledge economy*.

<sup>10</sup> Do original: *algorithm-driven economy*.

Portanto, em que pese à escassa normatização no que se refere à forma de análise das condutas restritivas horizontais, pelo que existe no ordenamento jurídico, a conclusão lógica e legal aponta para o uso da regra razão (tradução nossa)<sup>11</sup>. Contudo, no que toca à apreciação da cartelização, os julgados do Cade apontam para o uso frequente da regra *per se*, uma vez que, em tese, os efeitos negativos à concorrência são presumidos.

A análise compreende tanto as possíveis consequências da ação em questão quanto as intenções das partes implicadas. Portanto, ao se deparar com uma potencial prática de abuso de posição dominante e ainda sob a inspeção das condutas previstas na Lei Antitruste, torna-se imperativo demonstrar que os efeitos são prejudiciais para que as práticas comerciais que afetam a concorrência sejam condenáveis. Nesse cenário, a avaliação de impactos adquire maior relevância para a autoridade competente, que deve fundamentar sua decisão final na norma legal.

Quando se trata de mercados com competição dinâmica, particularmente nos casos de atos de concentração que implicam a aquisição ou a alteração da estrutura societária de um agente inovador — seja um competidor já estabelecido, potencial ou emergente —, a análise tradicional pode não ser o suficiente. Nessas circunstâncias, nota-se a presença de efeitos que transcendem o preço, como qualidade e inovação, que se estabelecem como critérios indispensáveis.

### **2.5.2 Principais elementos e etapas da análise dos atos de concentração no ordenamento jurídico pátrio**

A análise dos atos de concentração no ordenamento jurídico brasileiro é um processo meticuloso, com diversas etapas fundamentais, regulamentadas pela Lei nº 12.529/2011, que estrutura o SBDC. Essa Lei tem a função de guiar a operação do Cade e determinar as regras para a fiscalização dos atos de concentração econômica.

Inicialmente, o processo começa com a notificação das partes interessadas ao Cade, sendo esta uma obrigação para empresas grandes ou operações de grandes volumes de mercado. O Cade, então, faz uma triagem para avaliar se a operação pode comprometer a concorrência. Transações que não apresentam

---

<sup>11</sup> Do original: *rule of reason*.

riscos à concorrência podem ser aprovadas rapidamente por meio de um procedimento sumário. No entanto, se a operação levanta dúvidas ou preocupações com relação à concorrência, ela passará por uma análise de mérito. Nessa fase, o Cade realiza um estudo aprofundado da operação e do impacto potencial que ela pode ter no mercado relevante. Elementos como a estrutura do mercado, o poder das empresas envolvidas e a possibilidade de entrada de novos concorrentes são considerados.

Após a análise de mérito, o Tribunal do Cade decide pela aprovação, aprovação com restrições ou rejeição da operação. Tal decisão pode ser alvo de recurso por parte das empresas envolvidas ou de terceiros interessados.

Se a operação for aprovada, as empresas podem dar continuidade a ela, porém o Cade pode estabelecer determinadas condições ou compromissos para assegurar a concorrência. O órgão ainda pode acompanhar a operação após a sua implementação para verificar se tais condições ou compromissos estão sendo cumpridos.

Portanto, o processo de análise dos atos de concentração no ordenamento jurídico pátrio é complexo e composto por várias etapas que buscam preservar a concorrência e evitar práticas que possam ser prejudiciais aos consumidores e à economia como um todo.

No entanto, conforme será explorado neste capítulo, a análise tradicional realizada pelo Cade é colocada em xeque em mercados com características de concorrência dinâmica.

### **2.5.3 Regras procedimentais**

As principais normas processuais e procedimentais para atos de concentração estão encontradas nos arts. 53 a 65 da Lei nº 12.529/2011 e nos arts. 106 a 133 do Regimento Interno do Cade (Ricate). Outro documento crucial é a Resolução nº 2/2012 do Cade, que estabelece as diretrizes de análise, define grupos econômicos para fins de cálculo de faturamento, e detalha se é necessário notificar aquisições e operações via mercado de capitais. Estão inclusas as minutas-padrão de notificação obrigatórias.

Atos de concentração são informados ao Cade conforme as minutas-padrão dos Anexos I e II da Resolução nº 2/2012 do Cade. O Anexo I aborda atos ordinários de concentração, exigindo detalhes e informações, enquanto o Anexo II lida com atos sumários de concentração, que são comunicados de forma simplificada. Nos formulários atuais, não há campo específico para detalhes sobre aquisição e concentração de dados.

Uma vez finalizado e revisado o formulário pelas partes e pelos seus advogados, um pedido de aprovação do ato é encaminhado à Superintendência-Geral (SG) com os documentos oficiais da operação, procurações e comprovantes de pagamento de taxas do Cade. As partes podem também incluir apresentações, laudos econômicos, pareceres jurídicos e, conforme o caso, um conjunto de soluções para situações que possam gerar preocupações relacionadas à concorrência.

Se for necessário complementar documentos ou informações, a SG irá notificar as partes para que tomem as medidas necessárias. Por outro lado, se a petição e o formulário cumprirem os requisitos, a SG solicitará a publicação de um edital no Diário Oficial da União (DOU), indicando os nomes das partes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos. De acordo com o art. 117 do Ricade, esse edital abre um prazo de 15 dias para que terceiros, cujos interesses possam ser afetados pela operação, submetam ao Cade um pedido de intervenção no caso.

Em regra, um terceiro interessado que queira intervir deve apresentar todos os documentos e pareceres para comprovar suas alegações dentro de 15 dias após o edital. No entanto, dependendo do caso e da complexidade da operação, a SG ou o presidente do Tribunal do Cade podem conceder 15 dias adicionais. Se os documentos e pareceres não forem submetidos ao Cade dentro do prazo adicional, o terceiro interessado será automaticamente desqualificado do processo. Vale ressaltar que terceiros não terão acesso a dados confidenciais das partes.

Uma vez cumpridas as etapas acima, a SG pode tomar uma das três decisões: (i) aceitar o pedido de aprovação e emitir uma decisão final, caso a operação não exija diligências adicionais e não apresente potencial ofensivo à concorrência; (ii) recusar o pedido de aprovação e emitir uma decisão de que a operação não se enquadra como ato de concentração de notificação obrigatória; ou

(iii) determinar a realização de uma investigação adicional, especificando as diligências a serem realizadas. A SG também pode declarar uma operação complexa e solicitar ao Tribunal do Cade a prorrogação do prazo de análise de 240 para 330 dias. Ao final da instrução complementar, a SG pode aprovar a operação ou impugná-la perante o Tribunal do Cade. Nos casos de impugnação, a SG pode sugerir ao Tribunal do Cade a adoção de medidas corretivas ou a reprovação completa da operação.

Se houver uma decisão de aprovação ou de não conhecimento pela SG, terceiros interessados podem recorrer ao Tribunal do Cade dentro de 15 dias corridos a partir da publicação da decisão da SG, conforme o art. 65 da Lei nº 12.529/2011. Quando a operação chega ao Tribunal do Cade, um conselheiro-relator é sorteado e as partes têm 30 dias corridos para apresentar argumentos escritos refutando os argumentos da SG e dos terceiros interessados, conforme aplicável, de acordo com o art. 58 da Lei nº 12.529/2011. Nesse prazo, as partes e os terceiros interessados podem apresentar estudos, novas evidências e pareceres que apoiam seus respectivos pedidos.

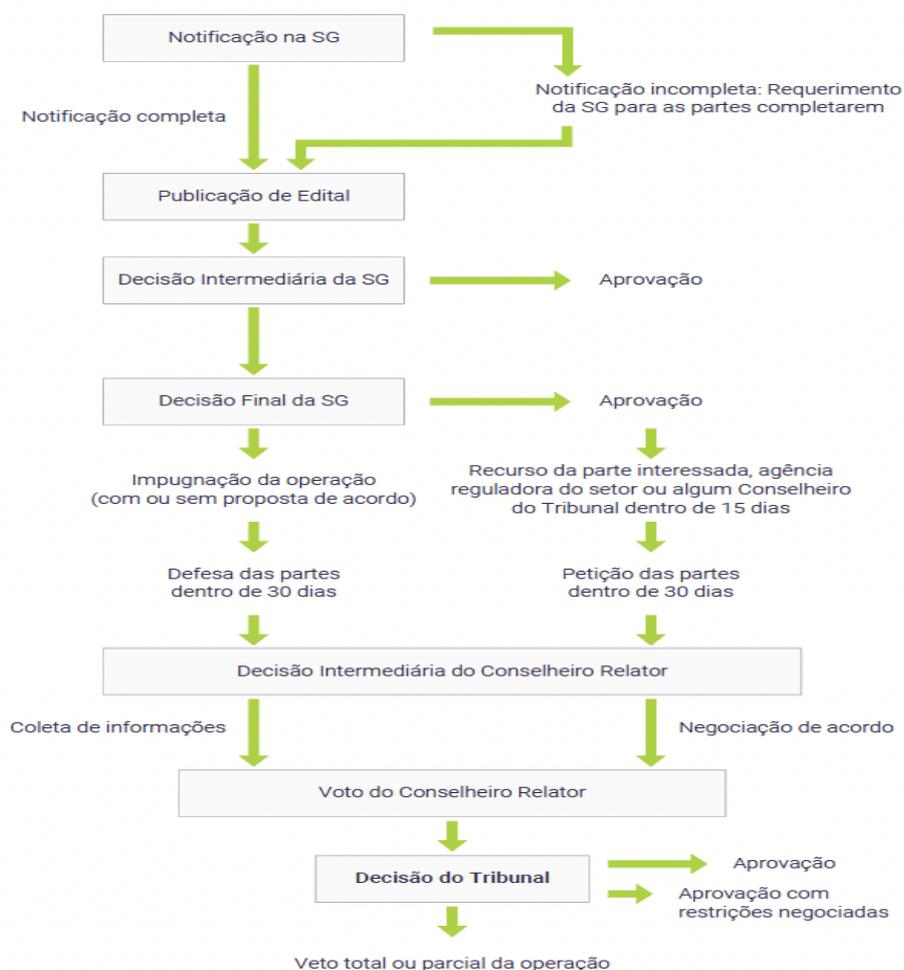
Em seguida, o conselheiro-relator pode determinar uma investigação adicional (a ser realizada por seu próprio gabinete ou pela SG) ou emitir uma decisão para incluir a operação na pauta para julgamento colegiado.

Se a operação for levada a julgamento, o Tribunal do Cade pode: (i) aprová-la incondicionalmente; (ii) aprová-la com restrições especificadas em um Acordo de Controle de Concentrações (ACC) ou impostas unilateralmente pelo Tribunal do Cade; (iii) entender que a operação não é de notificação obrigatória e decidir pelo seu não conhecimento; ou (iv) rejeitá-la completamente, ignorando quaisquer medidas corretivas oferecidas pelas partes em um ACC.

Em relação às restrições para a aprovação condicionada da operação, o art. 61, § 2º, da Lei nº 12.529/2011 prevê os seguintes remédios: (i) venda de ativos individuais ou em conjunto; (ii) cisão da empresa; (iii) venda do controle da empresa; (iv) separação contábil e/ou jurídica das atividades; (v) licenciamento obrigatório de direitos de propriedade intelectual; e (vi) outros não especificados para corrigir efeitos prejudiciais à concorrência.

A figura 1, abaixo, demonstra as fases de análise de uma operação de concentração.

Figura 4 – Fases de análise de uma operação de concentração



Fonte: Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 184).

Interpretando o fluxograma acima, observa-se que o primeiro passo na análise de uma operação de concentração é a notificação ao Cade, que deve incluir todos os detalhes da operação e realizada por meio dos formulários padrão anexados à Resolução nº 2/2012 do Cade.

Em seguida, a SG é responsável pela revisão inicial da notificação e dos documentos enviados. Se algum documento estiver faltando ou se mais informações forem necessárias, a SG solicitará às partes envolvidas.

Uma vez que todos os documentos foram revisados e aceitos pela SG, um edital é publicado no DOU, iniciando um prazo de 15 dias para que terceiros interessados possam pedir para intervir no caso.

Os terceiros interessados podem apresentar documentos e pareceres para comprovar suas alegações dentro do prazo estabelecido. Dependendo do caso, pode ser concedido um prazo adicional de 15 dias.

Com base em todas as informações apresentadas, a SG pode tomar uma de três decisões: aprovar a operação, recusar a operação por não se enquadrar como um ato de concentração de notificação obrigatória, ou solicitar uma investigação adicional.

Caso a decisão da SG for de aprovação ou de não conhecimento, os terceiros interessados têm o direito de recorrer ao Tribunal do Cade dentro de 15 dias, a partir da publicação da decisão.

Caso seja interposto um recurso, o caso é encaminhado ao Tribunal do Cade. As partes envolvidas e os terceiros interessados têm um prazo de 30 dias para apresentar argumentos escritos.

Finalmente, o Tribunal do Cade pode tomar uma de quatro decisões: aprovar a operação incondicionalmente, aprovar a operação com restrições, entender que a operação não é de notificação obrigatória, rejeitar a operação por completo.

#### **2.5.4 Conceito de mercado relevante**

A capacidade de um agente econômico, segundo Hovenkamp (1994, p. 79)<sup>12</sup>, de gerar ganhos extraordinários, ao diminuir a oferta e estabelecer preços acima dos padrões competitivos, é uma definição de poder de mercado. A detecção desse poder é um dos principais focos ao analisar os atos de concentração sob a ótica do Direito Antitruste brasileiro.

A Lei nº 12.529/2011 proíbe categoricamente atos: “que resultem na eliminação da concorrência em uma porção considerável de um mercado relevante,

---

<sup>12</sup> Do original: *Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product. In the du Pont (cellophane) case the Supreme Court defined market power as ‘the power to control prices or exclude competition’. But that definition is not very descriptive and is partly misleading. Market power itself is not an “exclusionary” practice: in fact, the exercise of market power – the sale of products at a supracompetitive price – generally attracts new sellers into the market. Exclusion of competitors is not market power; however, it is an important mechanism by which a firm obtains or maintains market power.[...] Likewise, to say that market power is the power to ‘control’ prices is not particularly descriptive. Any firm will begin to lose sales when it raises the price of a product. More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable. A firm that can make more money by selling its output at a higher-than competitive price has a certain amount of market power.*

que possam estabelecer ou fortalecer uma posição dominante ou que possam conduzir à dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (Brasil, 2011).

Isso tendo como objetivo prevenir a criação de estruturas de mercado que possam levar ao abuso de poder econômico.

No magistério de Forgioni (2016, p. 221):

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua identificação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 36, caput, da Lei 12.529, de 2011. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da “concorrência”, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo se dá em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: só práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: a mercado relevante.

Assim, mercado relevante, em termos de Direito da Concorrência e análise antitruste, alude ao âmbito em que as empresas competem, sendo determinado por dois aspectos primordiais: a natureza do produto (ou serviço) e a demarcação geográfica. É necessário, portanto, saber “qual concorrência” está sendo avaliada. O primeiro critério, mercado relevante de produto, refere-se à classificação de quais bens ou serviços são considerados substitutos imediatos entre si sob a perspectiva do consumidor. Como ilustração, dentro do segmento de bebidas, a cerveja pode ser distinguida do vinho como um mercado relevante autônomo, com base na predileção dos consumidores.

Em contrapartida, o mercado relevante geográfico diz respeito à área onde as empresas estabelecem a competição. Essa região pode ser uma localidade, uma unidade federativa, um país inteiro ou até mesmo uma zona transnacional, isso é condicionado pela natureza do bem ou serviço e pela extensão da concorrência.

Na definição de Bagnoli (2020, p. 293):

A expressão mercado relevante nada mais é do que a tradução literal da língua inglesa de *relevant market*, cujo sentido é determinar o mercado em questão, o *locus* pertinente à análise concorrencial de determinada prática ou operação. Delimitar o mercado relevante é, então, fundamental para que se proceda a análise de efeitos competitivos potenciais de operações entre empresas que resultam em concentrações de mercado, ou de efeitos competitivos de condutas adotadas por empresas em condição de impor seus interesses ao mercado, uma vez que é nesse espaço que a autoridade

de defesa da concorrência deverá atuar, prevenindo ou reprimindo eventuais abusos concorrenciais.

A determinação do mercado relevante figura como uma das fases iniciais do exame prévio de atos de concentração econômica, como delineado no “Guia para análise de atos de concentração horizontal”. Entretanto, as autoridades antitruste têm indicado, em determinados contextos, a possibilidade de se prescindir da precisão na definição do mercado relevante, optando por outros critérios, tais como os aspectos anticompetitivos da operação, para avaliar a viabilidade de um ato de concentração.

O cerne dessa discussão reside no fato de que a promoção da concorrência é o objetivo maior a ser atingido, o que não deve estar limitado a uma estrita delimitação do mercado relevante envolvido na operação sob análise, especialmente considerando que tal conceito, por vezes, apresenta complexidades para sua identificação.

Mas como delimitar o mercado relevante de um bem ou serviço? Segundo Forgini (2016, p. 221):

Existem alguns pressupostos metodológicos básicos, largamente aplicados com essa finalidade, e que passaremos a expor. Não obstante, inexistem fórmula matemática para a determinação do mercado relevante, mas apenas métodos que acabam por nos fornecer indicativos que, utilizados de forma conjugada, auxiliam-nos nessa tarefa. Vale, sempre, a advertência de Sullivan: “[...] as relações econômicas raramente são tão simples a ponto de autorizar a definição de mercado relevante com exatidão e segurança. Não existe, para cada modelo, um único, real, 'mercado' esperando para ser descoberto”.

Por fim, destaca-se que o Documento de Trabalho nº 10 do Departamento dos Estudos Econômicos (DEE) sobre a delimitação do mercado relevante (Brasil, 2010) esclarece que, face às dificuldades inerentes à aplicação do TMH e à definição do mercado relevante, quando houver incertezas associadas a sua definição, é perceptível um redirecionamento na prática de defesa da concorrência internacional para uma inferência direta sobre efeitos anticompetitivos, em contraposição à inferência analítica a partir de quotas de mercado.

Esse caráter instrumental é reconhecido no “Guia para análise de atos de concentração horizontal” (Cade, 2016), que admite a possibilidade de o Cade não estabelecer definitivamente o conceito de mercado relevante, ou mesmo prescindir

de tal conceito, mesmo que seja possível sua identificação. A delimitação de mercado é, portanto, uma ferramenta útil, mas não um objetivo em si. A apreciação dos possíveis efeitos competitivos envolve avaliar fatores que, muitas vezes, estão além do mercado relevante previamente definido. Dessa forma, a delimitação do mercado relevante não vincula o Cade, tanto por ser um simples instrumento de análise quanto por considerar a dinamicidade do mercado.

Nesse sentido a falácia (ou não) que a definição do mercado relevante é uma etapa imprescindível na apreciação de casos antitruste, pois permite mensurar o poder mercadológico de uma empresa e o impacto potencial de uma fusão ou aquisição na concorrência, resta em xeque.

#### *2.5.4.1 Mercado relevante material*

O mercado relevante material é um conceito importante em economia, particularmente em relação à regulação antitruste e à análise de concorrência. Ele descreve o mercado no qual um produto específico ou grupo de produtos concorre. Segundo Forgini (2016, p. 227), “o mercado relevante material (ou mercado de produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”. A autora ainda alerta que primeiramente deve se verificar se o consumidor está ou não satisfeito, ou seja, se está disposto ou não a substituí-lo. Caso a resposta seja positiva, aquele grupo (apto à substituição de um pelo outro) integra o mesmo mercado relevante material.

Bagnoli (2017, p. 295) define e exemplifica da seguinte forma:

O mercado relevante material, assim denominado, e que incorpora produtos e serviços, compreende todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si, em razão das suas características, preços e utilização.

As diversas características dos produtos e serviços e o modo como os consumidores percebem a capacidade de utilização desses produtos e serviços concorrem para a determinação do mercado, ou dos mercados, nos quais os produtos são vendidos e os serviços prestados.

O autor utiliza um exemplo fictício para explicar a conceituação de mercado relevante material. Veja-se:

Pegam-se, como exemplo, aguardentes produzidas em diversos alambiques e de marcas distintas e concorrentes entre si. Cada aguardente, apesar de suas características comuns, é diferente, possuindo cada qual uma especificidade que a diferencia das demais: seja a qualidade, seja apenas a marca ou o preço. Os alambiques fazem publicidade para destacar essas diferenciações e assim cativar seus consumidores e poder praticar preços mais altos. Apesar de os consumidores não estarem dispostos a trocar suas aguardentes favoritas, eles consideram as diversas marcas de aguardente substitutas entre si, em razão da utilização e do preço.

Contudo, muitos consumidores de aguardente podem considerá-la um sucedâneo de outras bebidas alcoólicas, como a vodka, a grappa ou o saquê, por exemplo. Nesse caso, o produtor de aguardente deverá considerar não apenas o preço praticado por outros produtores de aguardentes, mas também o preço das outras bebidas alcoólicas tidas pelos consumidores como substitutas.

Tal fato também restringe o preço a ser praticado pela comercialização da aguardente com a limitação da oferta. Outrossim, caso os produtores de aguardente acordem entre si em aumentar seus preços, os consumidores poderão direcionar sua demanda para as outras bebidas alcoólicas consideradas substitutas (Bagnoli, 2017, p. 295).

Pode-se concluir que a definição de mercado relevante material é baseada em duas características principais: substituíbilidade de demanda e substituíbilidade de oferta. Na substituíbilidade de demanda, um produto é considerado no mesmo mercado relevante material se os consumidores o considerarem substituto próximo de outro produto. Por exemplo, se o preço da manteiga subir, os consumidores podem começar a comprar margarina, indicando que ambas estão no mesmo mercado relevante material. Na substituíbilidade de oferta, os produtos também podem ser considerados no mesmo mercado relevante material se os produtores puderem facilmente mudar a produção entre eles. Por exemplo, uma fábrica que faz manteiga pode ser capaz de mudar para a produção de margarina com pouco custo ou esforço, indicando que ambas estão no mesmo mercado relevante material.

A definição de um mercado relevante material é crucial para a análise de concorrência e regulação antitruste, pois ajuda a determinar a existência e a extensão do poder de mercado de uma empresa. Se uma empresa tem uma grande parcela de um mercado relevante material, ela pode ter a capacidade de influenciar os preços e a concorrência neste.

#### 2.5.4.2 Mercado relevante geográfico

Basicamente, o mercado relevante geográfico é um conceito usado em economia e na regulação antitruste para identificar a área geográfica dentro da qual os concorrentes efetivamente competem entre si.

Como o próprio nome indica, a definição de mercado relevante geográfico considera a área onde se enfrenta a competição, ou seja, é a delimitação geográfica do embate (Bagnoli, 2017). No entanto, somente a delimitação geográfica não é suficiente, como salienta Bagnoli (2017, p. 297):

A análise do mercado relevante geográfico considera a área, o espaço, onde se embata a competição, que pode ser entendida como anticoncorrencial, ou mesmo a área onde determinada operação econômica poderá produzir seus efeitos, mesmo que potenciais. Ou seja, não basta determinar abstratamente a localização do agente econômico, a natureza do produto, a existência de barreiras à entrada e a conduta praticada também são fundamentais para precisar o mercado relevante geográfico.

Conforme destacado no formulário *Competition law of the EEC* (2016, p. 65):

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem e procuram produtos ou serviços relevantes, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao fato, em especial, de as condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas. Os fatores que interessam para a apreciação do mercado geográfico relevante incluem a natureza e características dos produtos ou serviços em causa, a existência de obstáculos à entrada ou de preferências dos consumidores, diferenças consideráveis das partes de mercado das empresas entre áreas geográficas vizinhas ou diferenças substanciais de preços.

Assim, o mercado relevante geográfico é determinado por uma variedade de fatores, incluindo a natureza do produto, as distâncias que os consumidores estão dispostos a percorrer para comprar o produto, barreiras à entrada (como tarifas ou leis locais), custos de transporte e as preferências do consumidor.

Por exemplo, para um restaurante de comida rápida, o mercado relevante geográfico pode ser a cidade ou a região em que está localizado, uma vez que as pessoas geralmente não estão dispostas a viajar longas distâncias para este tipo de serviço. Para um varejista *on-line*, o mercado relevante geográfico pode ser muito maior, abrangendo vários países ou até mesmo o mundo inteiro.

Não diferente do mercado relevante material, definir o mercado relevante geográfico é crucial em análises antitruste, pois ajuda a determinar se uma empresa tem poder de mercado e se suas ações podem afetar a concorrência.

### **2.5.5 Conceito de posição dominante, poder econômico e seu abuso**

“Poder econômico” refere-se à capacidade de uma empresa ou um grupo de empresas influenciar as condições de mercado, principalmente por meio do controle de preços ou da oferta de bens ou serviços. Essa capacidade pode ser obtida em diferentes meios, incluindo, mas não se limitando a, o controle de uma grande parte da oferta de mercado (também conhecido como grande “quota de mercado”), o acesso a recursos exclusivos ou a posse de tecnologias patenteadas.

O “abuso de poder econômico”, por outro lado, ocorre quando uma empresa ou um grupo de empresas utiliza seu poder econômico de maneira anticompetitiva. Isso pode acontecer de várias formas, como a prática de preços predatórios (ou seja, a venda de produtos a preços abaixo do custo para eliminar concorrentes), a criação de barreiras artificiais à entrada de novos competidores no mercado ou a imposição de condições desfavoráveis a parceiros comerciais.

No magistério de Bagnoli (2017, p. 303), pode-se diferenciar da seguinte forma:

Quando se investiga o significado de poder econômico, tradicionalmente verifica-se a capacidade econômica do agente em realizar investimentos, executar grandes obras e serviços, algo que não seria possível sem essa condição econômica. Até então, fato normal e amplamente aceitável. A antijuridicidade do poder econômico ocorre quando ele é utilizado de forma abusiva, para dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar abusivamente os preços, tal qual disposto no § 4º do art. 173 da Constituição Federal.

Vale salientar a ligação do abuso de poder econômico com os atos de concentração, pois geralmente o poder econômico advém da concentração empresarial, tanto da consolidação empresarial quanto da expansão autônoma. No primeiro cenário, a influência econômica é resultado da fusão de companhias que se integram. No segundo, provém do crescimento interno da própria organização que, a partir de um ponto de competição, consegue, ao final de um processo de evolução

autônoma, atingir um estágio que lhe permite atuar de forma competitiva ou não competitiva.

Já a posição dominante é caracterizada pela detenção de uma parcela do mercado por uma empresa ou um conjunto de empresas. Uma empresa é considerada dominante quando possui uma porção relevante do mercado, conferindo-lhe um poder de mercado desequilibrado em relação aos seus concorrentes. Ainda que ter uma posição dominante não seja ilícito em si, a exploração indevida dessa posição pode ser vista como uma prática anticompetitiva. Exemplos de abuso de posição dominante podem abranger a negação em fornecer a competidores, a estipulação de condições de venda injustas ou a imposição de preços abusivamente elevados (Bagnoli, 2017).

No entanto, é importante notar que, na maioria das jurisdições, não é ilegal uma empresa possuir poder econômico. O que é proibido pelas leis de concorrência é o abuso desse poder de maneira que prejudique a concorrência e, por consequência, os consumidores. Nesse sentido, a análise do abuso de poder econômico exige uma avaliação cuidadosa do comportamento das empresas e das condições de mercado, a fim de determinar se tais ações prejudicam a concorrência efetiva e justa (Bagnoli, 2017).

A identificação do poder de mercado é uma das maiores preocupações na análise dos atos de concentração à luz do direito antitruste brasileiro. A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 88, § 5º, expressamente veda os seguintes atos:

Serão vedados todos os atos que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (Brasil, 2011).

Habitualmente, o Cade conduz a avaliação de poder de mercado com base na determinação do mercado relevante impactado e no cálculo de quotas de mercado. A legislação estabelece que a supremacia de mercado pode ser presumida quando a organização ou o conglomerado econômico domina 20% ou mais do mercado relevante, percentual que pode ser revisto pelo Cade para setores específicos da economia (Fernandes, 2022).

No entanto, é fundamental compreender que o conceito de supremacia de mercado se refere a uma condição concreta, caracterizada pela habilidade das

empresas de alterar as condições de mercado de maneira unilateral ou coordenada. Nesse contexto, a determinação do mercado relevante e o cálculo da quota de mercado são somente instrumentos para identificar essa condição concreta, e não objetivos, em si, da análise concorrencial.

Portanto, em qualquer circunstância na qual a dinâmica intrínseca do mercado em questão possibilita inferir a habilidade de uma organização alterar unilateralmente elementos como preço, volume oferecido ou qualidade, a existência do poder de mercado será estabelecida, independentemente da quota de mercado do agente econômico no mercado relevante investigado.

### **2.5.6 Market share**

*Market share*, em português “participação de mercado”, é uma métrica que determina a parcela de vendas de uma empresa em relação ao total de vendas de um produto ou serviço específico no mercado. Esse percentual é calculado ao dividir o volume de vendas da empresa pelo volume total de vendas do mercado, geralmente expresso em uma base percentual.

A participação de mercado é uma medida importante da competitividade de uma empresa em relação aos seus concorrentes. Uma alta participação de mercado pode indicar uma posição dominante, mas isso não é necessariamente sinônimo de poder de mercado abusivo.

Nesse sentido, traz Forgioni (2016, p. 283):

Entretanto, nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não implicar ausência de poder. Primeiramente, o *market share* só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado aquele dos concorrentes. Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que a empresa é titular, mas do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pela empresa para mesurar seu poder, ou seja, seu *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante. Em resumo, no Brasil, comprovado que o agente econômico detém e abusa de poder que lhe garante a posição dominante, ainda que não detenha 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser sancionado, pois esse percentual estabelece presunção relativa [*juris tantum*] e não absoluta.

Existe a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado.

Em resumo, uma empresa com grande participação de mercado pode se beneficiar de economias de escala que podem permitir a redução de preços, melhoria na qualidade dos produtos ou serviços e maior investimento em pesquisa e desenvolvimento. No entanto, um alto *market share* também pode ser um sinal de uma falta de concorrência efetiva, que pode ser prejudicial para o consumidor em longo prazo se a empresa em posição dominante optar por exercer práticas anticompetitivas, como a elevação dos preços ou a redução da qualidade dos produtos ou serviços.

## 2.6 CRÍTICA AOS CRITÉRIOS DEFASADOS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA

Segundo a Lei nº 12.529/2011, é infração à ordem econômica toda conduta que possa prejudicar a concorrência. Assim, engloba tanto os acordos e as concentrações entre empresas quanto o domínio de mercado e o abuso de posição dominante.

Dessa forma, os órgãos de defesa da concorrência dividem a aplicação do Direito da Concorrência em duas vertentes distintas: o controle de condutas e o controle de estruturas. A tutela dos atos de concentração, prevista nos arts. 88 e seguintes da Lei nº 12.529/2011, é conhecida como controle de estruturas e classifica-se como um mecanismo do Direito Concorrencial voltado à prevenção dos comportamentos anticompetitivos.

A Lei nº 12.529/2011 sistematiza o regime jurídico do controle do exercício abusivo do poder econômico em duas vertentes: uma repressiva, ao positivar, no art. 36, as condutas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, e uma preventiva, ao sujeitar a eficácia jurídica dos atos e dos contratos capazes de produzir qualquer forma de concentração econômica, definidos no art. 88, à aprovação da entidade administrativa competente (Cade). Segundo Azevedo (2012), o controle das condutas e o controle das estruturas são as duas principais formas de atuação da autoridade concorrencial. Conforme Gaban e Domingues (2012), adianta-se que os dois subsistemas desenvolveram uma

necessidade de aplicação harmônica para que se execute uma tutela da concorrência.

No Brasil, a Lei nº 12.529/2011 prevê, além do requisito da existência de um ato de concentração (art. 90), o critério da notificação por faturamento em seu art. 88, para definir o objeto do controle de estruturas. Ocorre que, na realidade do *Big Data*, tais parâmetros materiais não são adequados, pois muitas vezes o valor não abarca a potencialidade do ato de concentração.

O art. 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil. Para avaliar se uma operação é de notificação obrigatória no país, o Cade realiza um teste contendo três variáveis, como (i) o faturamento bruto das partes; (ii) tipo de operação a ser realizada; e (iii) existência de efeitos potenciais ou reais no Brasil, conforme explica Motta (2021, p. 33-34):

(i) **O faturamento bruto das partes:** no Brasil, no ano anterior ao do ato de concentração, os valores originalmente previstos na Lei nº 12.529/2011 foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/2012. Ressalta-se que, conforme o art. 4º da Resolução nº 2/2012 do Cade, considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, cumulativamente: (i) as empresas que sejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) todas as empresas nas quais qualquer das empresas do item (i) seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo de investimento envolvido na operação, via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

(ii) **Tipo de operação a ser realizada:** a redação do art. 90 da Lei nº 12.529/2011 é ampla e abrange um número significativo de operações societárias. Realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*<sup>13</sup>. Algumas

---

<sup>13</sup> Um exemplo envolveu a parceria entre Ford e Volkswagen para desenvolvimento e licenciamento de sistemas de direção automatizada de veículos autônomos. Como se tratava de nova tecnologia que, em um primeiro momento, não seria comercializada no Brasil, o Cade entendeu que referida operação não era de notificação obrigatória. Por outro lado, negócios que são feitos no exterior e que produzem efeitos no Brasil por meio de, por exemplo, exportações, são de notificação obrigatória. Um exemplo envolveu uma parceria entre Pangang, ThyssenKrupp e TKAS Auto Steel para fabricação, na China, de aços galvanizados para uso automotivo. Tendo em vista que parte da produção chinesa

aquisições de participação minoritária e subscrições de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações também são de notificação obrigatória.

(iii) **Existência de efeitos potenciais ou reais no Brasil:** apenas operações que possam impactar o mercado brasileiro são de notificação obrigatória. Ainda que empresas com atuação expressiva no nosso país tenham atingido o critério de faturamento mínimo, se o negócio por elas visado estiver voltado para o mercado internacional, tal operação não será de notificação obrigatória.

Conforme o art. 2º da Resolução nº 17/2016 do Cade, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a dois anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: (i) o contrato estabeleça compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e (ii) as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Aquisições centradas em dados acontecem usualmente por meio de operações societárias, não por meio de contratos associativos.

Assim, a Lei objetiva procura estabelecer que o Cade se envolva somente no julgamento de casos realmente relevantes para o Direito Antitruste e permita uma ação eficiente da autoridade antitruste (Anders; Bagnoli; Pagotto, 2012).

Além dos demais requisitos, a legislação prevê o critério de notificação por faturamento, delimitado pela Portaria Interministerial nº 994/2012, que fixou, para efeitos de submissão obrigatória de atos de concentração à análise ao Cade, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no montante de R\$ 750.000.000,00 e R\$ 75.000.000,00.

No Brasil, até 29 de maio de 2012, os critérios de notificação eram previstos pela Lei nº 8.884/2014, que prevê:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes

---

seria exportada para o Brasil, o Cade entendeu que se tratava de operação de notificação obrigatória (Motta, 2021).

tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (BRASIL, 2014).

Com o advento da Lei de Defesa da Concorrência o controle de estruturas passou a ser obrigatoriamente prévio. Fala-se em obrigatoriedade porque o art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/1994, já previa a possibilidade de a notificação se dar de forma antecipada à concretização do negócio, ou até 15 dias úteis após a sua realização, dependendo do juízo de conveniência das partes:

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95) (Brasil, 1994).

Ao determinar a submissão ao órgão de controle concorrencial, a legislação brasileira o qualifica como preventivo: o objetivo da autoridade concorrencial é evitar a concretização de operações ou trocas de dados e informações comercialmente sensíveis que lesem o ambiente competitivo de maneira que dificilmente possa ser controlada ou desfeita (Gaban; Domingues, 2016).

Os critérios não refletem a atuação interação de mercado existente, sobretudo no setor digital. A encampação unicamente do parâmetro de faturamento para definir os casos passíveis de controle concorrencial não permite avaliar operações com impactos competitivos em novos segmentos, tampouco operações editadas e realizadas no plano internacional, remuneradas por formas diversas, a exemplo da transferência de *know-how* e de serviços.

Forgioni (2018, p. 436) expõe a problemática dos critérios estabelecidos da seguinte forma:

Esses patamares têm sido criticados porque permitem que um grande agente econômico aumente sua participação no mercado mediante a compra de empresas com faturamento inferior a R\$ 75 milhões, sem ter o dever, sequer, de dar notícia das operações à autoridade antitruste. Essa estratégia tem sido empregada por grandes grupos para adquirir concorrentes de menor porte, concentrando acentuadamente o mercado em determinados setores e regiões.

Dessa forma, a Resolução nº 13 estabeleceu um protocolo pelo qual o Cade pode examinar os atos de concentração que não têm obrigatoriedade de notificação,

conhecido como Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC). Portanto, observa-se que, mesmo com a possibilidade de exigir a apresentação de atos que não se encaixam nos critérios pré-definidos, o Cade opta por não o fazer (OCDE, 2019).

Uma vez que o ato seja submetido à avaliação da autarquia, o Cade realiza um julgamento ponderado. Para clarificar: são avaliados os impactos prejudiciais e eficazes da operação em questão para a economia, os consumidores e a sociedade como um todo. Nesse contexto, Forgioni (2018, p. 435) destaca que até mesmo uma transação que apresente práticas anticompetitivas pode ser aprovada, desde que busque alcançar os seguintes objetivos: “incremento de produtividade ou de competitividade, aprimoramento da qualidade de bens ou serviços; e/ou eficiência e progresso tecnológico ou econômico”.

Para a inquietação de muitos, o regimento concorrencial é propício a criar maior grau de insegurança e imprevisibilidade aos agentes econômicos, uma vez que a letra da Lei se destina a constranger, de forma geral, condutas que tenham como intuito ou consequência lesionar a concorrência.

À luz dos critérios vigentes, é perfeitamente possível adquirir *targets* com atividades e usuários no Brasil sem levar a operação ao conhecimento do Cade. São exemplos dessa zona de penumbra: Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/WhatsApp, Apple/Shazam e Google/Fitbit. Não há notícia de que o Cade tenha exercido, no que toca às operações mencionadas acima, a *clawback provision* prevista no art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011.<sup>14</sup>

Há uma imunidade antitruste a aquisições centradas em dados no Brasil (Motta, 2021), exemplificadas por meio da concentração de 97,37% do *market share* de buscadores no Brasil centrada no Google e 84,05% do *market share* de navegadores centrados no Chrome.

Como sugestão de refinamentos, Motta (2021) sugere uma nova redação ao art. 88 da Lei nº 12.529/2011 para indexar atos de concentração à combinação do faturamento bruto das partes: o Cade deveria apreciar os atos de concentração em que o faturamento bruto combinado dos grupos econômicos envolvidos for superior a R\$ 825 milhões no ano anterior à operação, permitindo o alcance de operações,

---

<sup>14</sup> O art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, confere ao Cade, até um ano após a data de consumação da operação, a faculdade de requerer às partes a submissão dessa operação para análise concorrencial (*clawback provision*, expressão traduzida livremente como provisão de recuperação).

ainda que a empresa-objeto da transação não aufera receitas. O abandono de critérios baseados na participação de mercado afastaria o subjetivismo da avaliação reiterada e sobre qual metodologia deveria ser adotada para apurar a representatividade das partes.

Outra proposta que poderia ser sustentada está fundamentada na classificação, como ato de concentração, de toda operação realizada em determinado segmento, desde que operacionalizada com empresas detentoras de uma parcela mínima de mercado ou, ainda, valores de faturamento brutos superiores a uma quota-parte ou piso.

No entanto, vale a justa ponderação de que a atuação das agências reguladoras não é uma tarefa fácil: transações que envolvam empresas com ativos valiosos, como um conjunto de dados estratégicos ou de perfil, podem deixar de ser apreciadas pelas autoridades concorrenciais se não atingirem os limites monetários estabelecidos nas legislações antitruste (Brasil, 2011).

No contexto da exploração de *Big Data* em mercados digitais, o Cade precisa estar preparado para analisar argumentos de eficiência baseados em dados no caso concreto. A combinação ou fusão de dados, na condição de insumos, pode gerar eficiências para a plataforma e os seus múltiplos lados, inclusive gerando benefícios para os usuários, pois, com a publicidade que geralmente monetiza essas plataformas, haverá oferta de utilização do serviço de forma gratuita.

A partir de uma perspectiva de teorias dinâmicas da concorrência, em especial a schumpeteriana, os critérios de notificação prévia dos atos de concentração podem apresentar limitações. Primeiramente, um dos fundamentos da teoria schumpeteriana é a ideia de que a inovação e a “destruição criativa” são motores fundamentais do crescimento e do desenvolvimento econômico. Nesse contexto, os atos de concentração podem ser vistos como um mecanismo importante de reorganização e inovação dentro da economia. No entanto, a necessidade de notificação prévia desses atos pode atrasar ou complicar o processo, possivelmente restringindo o ritmo da inovação.

Nesse sentido, talvez a criação de um órgão específico de análise antitruste no setor de tecnologia, estudos científicos, jurídicos e econômicos acerca da jurisprudência antitruste, incentivando intercâmbio de informações perante outras agências nacional (Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD) e

internacionais, dado o caráter espraído das operações em exame possa ser uma saída, a fim de se encontrar um equilíbrio entre a inovação e regulação (Motta, 2021).

As modificações sugeridas poderiam justificar uma adaptação da legislação e da atuação governamental antitruste pautada em uma economia orientada por algoritmos, respondendo em pé de igualdade ao apetite pelo risco das empresas da conjuntura de dados (*Big Data, Mass Data*).

### 3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

#### 3.1 ENTENDENDO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), configurando-se como um marco legal na gestão e proteção de dados pessoais no Brasil, inaugura uma nova fase na maneira como as instituições, seja no âmbito público ou privado, lidam com as informações dos cidadãos. O seu surgimento foi catalisado por uma necessidade urgente de salvaguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Nesse sentido, a LGPD estabelece regras claras sobre a coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, equilibrando as inovações tecnológicas com o respeito aos direitos humanos.

Interessante é que a LGPD não trata de proteger “super dados sigilosos”, ou seja, não atinge diretamente documentos sigilosos ou confidenciais, segredos de negócio, planos estratégicos, algoritmos, fórmulas, softwares, patentes, entre outros documentos ou informações que não sejam relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável. Tais institutos, informações ou documentos podem encontrar tutela em distintos diplomas legais, como a Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei nº 9.279/1996), a Lei de Direitos Autorais (LDA – Lei nº 9.610/1998) e a Lei de *Software* (Lei nº 9.609/1998) e outros diplomas legais. No entanto, ainda que não tocados diretamente pela LGPD, sempre que contiverem dados pessoais, estes, e tão somente estes, estarão protegidos pela LGPD.

##### 3.1.1 Panorama histórico da LGPD

No decorrer do século XXI, a crescente ubiquidade da tecnologia e a consequente proliferação de dados pessoais em plataformas digitais suscitaram a necessidade de uma revisão das estruturas normativas que regem a privacidade e a proteção de dados em nível global. Neste contexto, emergiu no Brasil a LGPD, marcando um passo na evolução legislativa do país em relação à privacidade de dados.

Antes de adentrar a gênese específica da LGPD, é imprescindível situar sua origem dentro de uma movimentação global ampla voltada para a salvaguarda da privacidade dos dados. Em 2018, a União Europeia (UE) instituiu o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), uma normativa que elevou os padrões de proteção de dados pessoais e influenciou uma série de outras jurisdições a reformular suas próprias leis.

No Brasil, a trajetória rumo à LGPD iniciou-se com um debate público acerca da necessidade de uma legislação que pudesse responder às questões emergentes relacionadas à privacidade de dados e proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais. Assim, a LGPD (Lei nº 13.709/18) foi promulgada em 14 de agosto de 2018 e que teve sua vigência iniciada em 18 de setembro de 2020. É pertinente salientar a congruência dessa Lei com o GDPR – em inglês, *General Data Protection Regulation* – da UE, que já está em operação desde 25 de maio de 2018.

A promulgação da GDPR catalisou uma revisão global das políticas de proteção de dados, uma vez que delineia uma premissa fundamental: apenas permite transações comerciais com nações que também possuam legislação de proteção de dados consolidada. Esse contexto europeu reverberou nas políticas brasileiras, culminando na sanção presidencial de Michel Temer à LGPD em 14 de agosto de 2018, um movimento que veio a complementar as diretrizes estabelecidas pelo Marco Civil da Internet (MCI) de 2014.

Segundo Burkart (2021), a Lei brasileira manifesta-se como uma resposta direta à GDPR, enquanto Soares (2019) argumenta que a LGPD encontrou inspiração substantiva na regulamentação europeia. A LGPD funciona de maneira muito análoga à GDPR, Lei europeia de proteção de dados. Dessa forma, a Lei nº 13.709/2018 atua também de maneira muito principiológica e na exigência de indicadores auditáveis.

Anterior a LGPD pode-se destacar os seguintes diplomas legais que tutelavam institutos, informações e dados. Antes da LGPD o Brasil dispunha apenas de leis esparsas para tratar de diferentes aspectos das relações jurídicas que envolviam dados pessoais. Veja-se exemplos, bem como leis que modificaram ou tentaram modificar a LGPD:

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948) - Estabeleceu como universal o direito à vida privada:

Art. 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou ataques.

2. CF/88 - A CF/88 garante a inviolabilidade da privacidade e intimidade, conforme consta no seu art. 5º, inciso X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;  
[...].

A privacidade e intimidade são fundamentais para o desenvolvimento humano. Ademais, no mesmo art. 5º se estabeleceu o chamado *habeas data* poderá ser ferramenta jurídica para retificação de dados.

[...]  
LXXII – conceder-se-á  
habeas data:  
a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;  
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;  
[...].

3. Lei nº 8.078/1990: CDC - O CDC disciplinou a criação de bancos de dados de consumidores, nos termos de seu art. 43:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

4. Lei nº 10.406/2002: Código Civil (CC) - O CC deu maior detalhamento aos direitos inerentes à personalidade, entre os quais se encontram a privacidade e a intimidade:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

[...]

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

5. Lei nº 9.296/1996: Lei de Interceptação Telefônica e Telemática - Regula o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88, disciplinando a interceptação de comunicações, o que é flagrante ingresso na esfera da intimidade do investigado, mas justificada pelo interesse público.

Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

6. Lei nº 9.472/1997: Lei Geral de Telecomunicações (LGT) - Estabelece como direito dos usuários de serviços o direito à privacidade de seus dados pessoais.

Art. 3º. O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

7. Lei nº 9.507/1997: Lei do *Habeas Data* - Regulamentou o *Habeas Data* como ferramenta jurídica para retificação de dados.

Art. 7º Conceder-se-á habeas data:

I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II – para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

8. Lei nº 9.983/2000: Crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações da administração pública - Criou modalidade de crime que abrange os dados pessoais. Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

9. Lei Complementar (LC) nº 105/2001: Sigilo das operações de instituições financeiras - Estabelece o sigilo das operações financeiras: “Art. 1º As

instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

10. Portaria nº 5/2002 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) - Tornou abusiva as cláusulas em contratos de consumo que autorizam o envio de dados pessoais sem o consentimento prévio.

Art. 1º. Considerar abusiva, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a cláusula que:

I – autorize o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia;

II – imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor;

III – autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor;

11. Resolução 245/2007 do Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) - Dispõe sobre a instalação obrigatória de equipamento de rastreamento nos veículos saídos de fábrica.

Art. 1º. Todos os veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou importados a partir de 24 (vinte e quatro) meses da data da publicação desta Resolução somente poderão ser comercializados quando equipados com dispositivo antifurto.

§ 1º O equipamento antifurto deverá ser dotado de sistema que possibilite o bloqueio e rastreamento do veículo.

§ 2º Serão vedados o registro e o licenciamento dos veículos dispostos no caput deste artigo, que não observarem o disposto nesta Resolução.

§ 3º Os veículos de uso bélico não estarão sujeitos a obrigatoriedade disposta no caput deste artigo.

12. Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.821/2007 - Dispõe sobre prontuário eletrônico e proteção de dados médicos.

Art. 2º. Autorizar a digitalização dos prontuários dos pacientes, desde que o modo de armazenamento dos documentos digitalizados obedeça a norma específica de digitalização contida nos parágrafos abaixo e, após análise obrigatória da Comissão de Revisão de Prontuários, as normas da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos da unidade médico-hospitalar geradora do arquivo.

§ 1º Os métodos de digitalização devem reproduzir todas as informações dos documentos originais.

§ 2º Os arquivos digitais oriundos da digitalização dos documentos do prontuário dos pacientes deverão ser controlados por sistema especializado

(Gerenciamento eletrônico de documentos – GED), que possua, minimamente, as seguintes características:

- a) Capacidade de utilizar base de dados para o armazenamento dos arquivos digitalizados;
- b) Método de indexação que permita criar um arquivamento organizado, possibilitando a pesquisa de maneira simples e eficiente;
- c) Obediência aos requisitos do “Nível de garantia de segurança 2 (NGS2)”, estabelecidos no Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico em Saúde;

13. Decreto nº 6.135/2007: Cadastro Único (CadÚnico) para Programas Sociais do Governo Federal - Dispõe sobre o CadÚnico para Programas Sociais do Governo Federal e prevê possibilidade de comunicação dos dados e estabelece responsabilidades.

Art. 8º. Os dados de identificação das famílias do CadÚnico são sigilosos e somente poderão ser utilizados para as seguintes finalidades:

- I – formulação e gestão de políticas públicas; e
- II – realização de estudos e pesquisas.

§ 1º São vedadas a cessão e a utilização dos dados do CadÚnico com o objetivo de contatar as famílias para qualquer outro fim que não aqueles indicados neste artigo.

§ 2º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão utilizar suas respectivas bases para formulação e gestão de políticas públicas no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome poderá ceder a base de dados nacional do CadÚnico para sua utilização, por órgãos do Poder Executivo Federal, em políticas públicas que não tenham o CadÚnico como instrumento de seleção de beneficiários.

§ 4º Os dados a que se refere este artigo somente poderão ser cedidos a terceiros, para as finalidades mencionadas no caput, pelos órgãos gestores do CadÚnico no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 5º A utilização dos dados a que se refere o caput será pautada pelo respeito à dignidade do cidadão e à sua privacidade.

§ 6º A utilização indevida dos dados disponibilizados acarretará a aplicação de sanção civil e penal na forma da lei.

14. Decreto nº 6.425/2008: Dispõe sobre o censo anual da educação - Assegurou o sigilo dos dados pessoais e os atrelou a uma finalidade específica: “Art. 6º Ficam assegurados o sigilo e a proteção de dados pessoais apurados no censo da educação, vedada a sua utilização para fins estranhos aos previstos na legislação educacional aplicável”.

15. Decreto nº 6.523/2008: Regulamenta o serviço de Serviço de Atendimento ao Cidadão (SAC) - Estabeleceu o sigilo dos dados pessoais que utilizarem o

serviço: “Art. 11. Os dados pessoais do consumidor serão preservados, mantidos em sigilo e utilizados exclusivamente para os fins do atendimento”.

16. Lei nº 12.414/2011: Disciplinou o cadastro positivo - Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, bem como reconhece os direitos do titular dos dados, atrelando o tratamento à finalidade pretendida.

Art. 5º. São direitos do cadastrado:

I – obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;

II – acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento;

III – solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação;

IV – conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

V – ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

VI – solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

VII – ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

17. Lei nº 12.527/2011: Lei de Acesso à Informação (LAI) - Cria definições legais importantes, diferenciando informações comuns de informações pessoais, bem como disciplina o tratamento de dados pessoais no âmbito de sua aplicação.

Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;

II – documento: unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato;

III – informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;

IV – informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

V – tratamento da informação: conjunto de ações referentes à produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transporte,

transmissão, distribuição, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação;

VI – disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;

VII – autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;

VIII – integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;

IX – primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I – terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II – poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I – à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II – à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III – ao cumprimento de ordem judicial;

IV – à defesa de direitos humanos; ou

V – à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

18. Lei nº 12.737/2012: Crime de invasão de dispositivos informáticos (Lei Carolina Dieckmann) - Tipificou como crime a invasão de dispositivos informáticos, o que aumentou a proteção da privacidade e intimidade dos seus usuários. Invasão de dispositivo informático.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem

autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

#### 19. Decreto nº 7.962/2013: Regulamenta o comércio eletrônico - Estabeleceu a obrigação do fornecedor a utilizar mecanismos de segurança:

Art. 4º. Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

[...]

VII – utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

#### 20. Lei nº 12.965/2014 - MCI e Decreto nº 8.771/2016 (Regulamentador do MCI) -

Note-se que o MCI, em seu regulamento (Decreto nº 8.771/2016) aborda consideravelmente o tratamento de dados pessoais, porém só o faz em relação àqueles que transitaram pela Internet, não alcançando o tratamento de dados colhidos *off-line* ou ainda, por meio de redes privadas. É o que se depreende do seu art. 1º: “Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.

A LGPD foi estruturada com a finalidade de garantir uma maior transparência no uso de dados pessoais, estabelecendo diretrizes claras para coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de informações pessoais, sempre zelando pelos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Com sua entrada em vigor em setembro de 2020, a LGPD inaugurou uma nova era de responsabilidade e consciência em relação ao manejo de dados pessoais no país.

### 3.1.2 O objeto da LGPD

Vale destacar a missão central da LGPD, tal como delineada em seu texto, que visa estabelecer um paradigma normativo e de governança para a gestão de dados pessoais no Brasil, promovendo segurança, privacidade e transparência no tratamento dessas informações cruciais.

Veja-se a literalidade do texto legal:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

Seu objetivo está intrinsecamente vinculado à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme destaca Vainzof (2021, p. RL 1.2):

Independentemente dos fundamentos da LGPD, que veremos na sequência, buscarem um equilíbrio na manutenção do desenvolvimento econômico e tecnológico de modelos de negócio inovadores, públicos ou privados, com a inviolabilidade de direitos constitucionais dos cidadãos, a parte final do art. 1º ora em estudo não deixa qualquer dúvida que o seu objetivo está intrinsecamente vinculado à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. E a utilização do verbo “proteger” também demonstra essa necessidade coerente que o legislador enxergou no titular dos dados como vulnerável em comparação com os agentes de tratamento.

Através da leitura do seu art. 1º não restam dúvidas que a LGPD aplica tanto ao setor privado, quanto ao setor público. A LGPD altera em muito a maneira como as empresas – e não só elas, mas também os órgãos e entidades públicas – devem gerenciar os dados. Sobre o setor público Barbosa e Oliveira (2020) são incisivos ao afirmar que uma “enorme quantidade de dados pessoais e dados sensíveis estão sob domínio do Poder Público, como informações financeiras e fiscais (Imposto de Renda), de educação (histórico escolar), de saúde (prontuário médico), de consumo (Nota Fiscal Paulista – NFP), entre inúmeras outras”. Nesse sentido, salienta-se que durante muitos anos a administração pública coletou dados de maneira indiscriminada, sem nenhuma preocupação com a segurança desses dados.

Em termos concretos, a LGPD surgiu como um mecanismo legal robusto destinado a salvaguardar a privacidade dos indivíduos, estabelecendo preceitos rígidos para prevenir a coleta e/ou uso não autorizado e não transparente de dados pessoais por entidades terciárias, contextos nos quais a Lei é aplicável. Portanto, uma das maiores conquistas da LGPD reside em sua capacidade de instaurar uma cultura pautada na vigilância e precaução no que concerne à privacidade dos dados.

Por fim, destaca-se que a importância da LGPD está intimamente ligada à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais da população brasileira. Ela é a legislação específica sobre privacidade e impõe, inclusive, multas pelo descumprimento de sua normativa.

### 3.1.3 Os fundamentos da LGPD

Seus fundamentos se encontram no art. 2º<sup>15</sup> e qualquer interpretação que por hipótese venha a ferir tais fundamentos se torna inadequada para o funcionamento da LGPD. Nesse ponto é importante diferenciar os objetivos dos fundamentos.

Bastos (1999, p. 159-160) diferencia objetivos e fundamentos de uma norma da seguinte forma: “a ideia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido”.

Fundamentos como parte da estrutura podem ser entendidos como aquilo que serve de base ao decidir, é a causa ou razão de algo (*ratio essenci, ratio cognoscendi, ratio decidendi*).

Os fundamentos da LGPD são os alicerces que sustentam a legislação, refletindo as intenções, valores e objetivos subjacentes da lei. São eles que orientam

---

<sup>15</sup> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

a interpretação e aplicação da LGPD, fornecendo uma base filosófica e ética para a proteção de dados pessoais no Brasil.

Saber o fundamento da Lei é entender ao que ela se propõe e como se deve interpretar as eventuais dúvidas que possam surgir. O art. 2º da lei que disciplina a proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

1. O respeito à privacidade (art. 2º, I, Lei nº 13.709/2018)

Este fundamento estabelece a privacidade como um valor intrínseco, reafirmando o direito do indivíduo ao controle sobre suas informações pessoais e seu compartilhamento. O direito à vida privada é salvaguardado tanto pela CF/88 quanto pelo art. 12 da DUDH. A privacidade é construída por dados e informações cuja divulgação é de exclusiva discricionariedade do indivíduo. É pertinente elucidar que a intimidade é subcategoria da privacidade, referindo-se à essência do indivíduo, à sua identidade, aspectos que frequentemente se mesclam com elementos da vida privada.

Historicamente, destaca Vainzof (2021, p. RL 1.2) que as coletividades primitivas priorizavam, predominantemente, a sobrevivência em contextos adversos ao ser humano, o que, quer intencionalmente ou não, colocava a privacidade em uma posição secundária de importância. Com a evolução das sociedades, emergiu uma aspiração, novamente consciente ou inconsciente, por um nível de resguardo em relação a assuntos pessoais, visando evitar exposições ou interferências sociais indevidas.

Desde os debates jurídicos iniciais mais aprofundados sobre o assunto, particularmente a partir do trabalho de Warren e Brandeis em "*The right to privacy*" (1890), a privacidade começou a ser interpretada como um direito intrínseco do indivíduo. No referido ensaio, os autores delineavam como inovações tecnológicas da época, como câmeras fotográficas, tinham o potencial de violar fronteiras, invadindo esferas sagradas da vida privada e familiar. A partir desse ponto, o entendimento sobre privacidade evoluiu, sendo reconhecido não só como um direito individual, mas também como um interesse coletivo, dada a revolução tecnológica e a reconfiguração de modelos de negócios centrados em dados pessoais.

Neste contexto, o interesse pela salvaguarda de dados pessoais se entrelaça com a concepção de proteção da privacidade, um valor jurídico cuja sacralidade foi elevada ao patamar de direito fundamental pelas principais cartas magnas democráticas globais.

## 2. A autodeterminação informativa (art. 2º, II, Lei nº 13.709/2018)

Refere-se ao direito do titular dos dados de decidir de forma livre, informada e consciente sobre o tratamento de suas informações pessoais, possibilitando maior controle sobre sua presença digital e informações compartilhadas. Portanto, este princípio reitera a centralidade do titular dos dados e informações, especialmente no que tange aos processos de tratamento e ao consentimento de dados. Há um enfoque significativo na liberdade do indivíduo para autodeterminar-se, atribuindo exclusivamente a ele tal prerrogativa. Dessa forma, as considerações sobre privacidade tornam-se ainda mais pertinentes, conduzindo ao elemento crucial: o consentimento.

Com base nesse princípio, conjectura-se que o detentor dos direitos tem a faculdade de expressar sua recusa quanto ao tratamento ou retenção de seus dados, possibilitando assim a suspensão, obstrução, ou solicitação de desvinculação de seus dados de práticas comerciais (Leyser, 2020). O poder de governança reside primariamente com o titular dos direitos, e não com corporações ou entidades governamentais.

## 3. A liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (art. 2º, III, Lei nº 13.709/2018)

Esse fundamento visa assegurar o equilíbrio entre a proteção de dados e a garantia da liberdade de expressão e informação, reconhecendo ambos como direitos fundamentais.

Dworkin (2000, p. 504) articula que “a liberdade de manifestação do pensamento é essencial e constitui um elemento intrínseco ao desenvolvimento humano, de modo que a preservação deste direito fundamental assegura a autodeterminação dos sujeitos”.

Dessa maneira, é imperativo que o Estado preserve sua imparcialidade em relação à liberdade de pensamento dos cidadãos, propiciando um ambiente onde essa liberdade possa se manifestar sem restrições, conceito elucidado por Bastos (2010, p. 331) como “valor da indiferença”.

A ausência de uma comunicação desimpedida impede a existência de uma sociedade verdadeiramente livre e, por consequência, compromete a soberania popular. Esta é uma dimensão social que viabiliza a construção de um espaço público robusto para a troca de ideias, promovendo a diversidade de perspectivas e fomentando o desenvolvimento de uma opinião pública autônoma, informada e pluralista (Meyer-Pflug; Leite, 2015, p. 434-435).

#### 4. A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, IV, Lei nº 13.709/2018)

Este princípio rememora um dos dispositivos do art. 5º da CF/88. O inciso X declara a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurando, adicionalmente, o direito à reparação por danos eventualmente sofridos, sejam eles materiais ou morais.

Destaca-se que esse fundamento é um desdobramento do primeiro (proteção à privacidade), pois, assim como a privacidade, a intimidade, honra e imagem são direitos ligados à personalidade, objetos de igual proteção legal. Contudo, convém fazer a distinção entre privacidade e intimidade.

Segundo Alonso (2005):

A intimidade é o âmbito interior da pessoa mais profundo, mais recôndito, secreto ou escondido dentro dela. É, assim, algo inacessível, invisível, que só ela conhece, onde ela só elabora ou constrói livremente seu próprio agir e onde se processa sua vida interior. Na intimidade a pessoa constrói-se e descobre-se a si mesma

Enquanto princípio constitucional, existe uma margem para sua flexibilização. Entretanto, ao ser consagrado como um dos fundamentos da LGPD, torna-se evidente a inviolabilidade desse princípio e a obrigação de ressarcimento em casos de sua transgressão. O ponto de debate emergente aqui se relaciona às repercussões possíveis advindas de tal flexibilização ou infração e a capacidade de

reparação dessas consequências.

5. O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (art. 2º, V, Leiº 13.709/2018)

O texto legal reconhece a importância da promoção da inovação e do avanço tecnológico e econômico, ressaltando a necessidade de conciliar esses aspectos com a proteção de dados pessoais.

Vale salientar que a CF/88<sup>16</sup> traz em seu texto a importância do desenvolvimento econômico, da pesquisa e da inovação, assim como faz grande parte dos países no mundo, adotantes da economia de mercado.

O texto do art. 219 da CF/88 ainda trata indiretamente o tema: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal” (Brasil, 1988).

Nesse sentir, os dispositivos 218 e 219, consolidados pela Lei 10.973/2004, se erigem como fundamentos cruciais que evidenciam a relevância atribuída à pesquisa e ao avanço científico, chegando ao ponto de acarretar uma intervenção substantiva do Estado no âmbito científico.

Dessa forma, é lógico que as normativas estabelecidas pela LGPD não deveriam, salvo em situações extraordinárias, comprometer ou obstruir a atuação eficiente do Estado na consecução de seus propósitos, sendo um deles, conforme observado, o fomento econômico, tecnológico e à inovação.

---

<sup>16</sup> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica (Brasil, 1988).

6. A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2º, VI, Lei nº 13.709/2018)

Este fundamento ressalta a necessidade de harmonização entre a proteção de dados pessoais e os Princípios de Livre Iniciativa e Concorrência, garantindo também a defesa dos direitos do consumidor.

7. Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade eo exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, VII, Lei nº 13.709/2018)

A salvaguarda da pessoa humana deve ser interpretada como o valor supremo dentro da estrutura jurídica, conforme estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88. Ignorar questões emergentes provenientes do progresso tecnológico, que impactam nas dimensões científica, política e cultural de uma sociedade, seria equivalente a comprometer o direito à contemporaneidade, tornando-o prontamente antiquado, inadequado e ineficaz para assegurar os princípios individuais com a agilidade inerente à revolução tecnológica, o que é crucial.

Este fundamento reflete a orientação da LGPD à valorização da dignidade humana, reconhecendo a proteção de dados pessoais como um meio para o desenvolvimento da personalidade e para o exercício pleno da cidadania.

Os fundamentos da LGPD configuram-se como pilares essenciais, orientando sua interpretação, aplicação e desenvolvimento. Eles enfatizam uma visão integrada da proteção de dados pessoais, equilibrando direitos fundamentais com interesses econômicos e tecnológicos, alinhando-se assim com a valorização da dignidade e da autonomia individual e coletiva na sociedade da informação.

### *3.1.3.1 O fundamento da Livre Iniciativa na LGPD*

Tendo em vista a importância econômica e social existente no domínio de dados pessoais, o legislador ordinário previu, no art. 2º, da Lei Federal nº 13.709/2018 (LGPD) os fundamentos da proteção de dados pessoais, entre os quais se encontram a livre iniciativa.

Entre todos os fundamentos supramencionados, tendo em vista o fenômeno do *Big Data*, sob o olhar do Direito Concorrencial, destacam-se a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (inciso VI).

Antes de adentrar na relação desses fundamentos com o Direito Concorrencial, urge destacar que há diferença entre princípios e fundamentos. Na visão de Lucca (2015, p. 62): “princípio é uma proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução, e fundamento [é] um conjunto de princípios a partir dos quais se pode fundar ou deduzir um sistema, um agrupamento de conhecimentos”. Para Bastos (1999, p. 159-160), “os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura”. No sentir de Comparato (2010, p. 41), o termo fundamento “designa o que serve de base ao ser, ao conhecer, ou ao decidir. Fundamento é, pois, a causa ou razão de algo (*ratio essenci, ratio cognoscendi, ratio decidendi*)”.

Ao prever seus fundamentos da LGPD, o legislador demonstrou interesse em harmonizar sua existência com o respeito à privacidade, devendo ser coibidos eventuais excessos, como a injúria e a difamação, conforme já são garantidos pela legislação pátria. No mais, em caso de excesso da liberdade de expressão com violação das normas relativas ao tratamento dos dados pessoais, deve prevalecer o respeito à privacidade, objetivo e fundamento da LGPD.

No tocante à livre iniciativa, Bagnoli e Franceschini (2016) entendem que o referido princípio abarca o fundamento da economia de mercado, cujos agentes econômicos devem travar suas disputas nas quais o melhor, o mais apto, conseguirá a vitória, sobrepondo-se aos seus rivais.

No entanto, a LGPD existe para regular juridicamente um fenômeno de mercado e, assim, não visa engessá-lo. Conforme já explanado, a coleta de dados e seus desdobramentos são um mercado valiosíssimo. Nesse sentir, a livre iniciativa é um fundamento de mercado — e assim é previsto constitucionalmente. Sem a garantia da livre iniciativa no tratamento de dados pessoais, poder-se-ia vivenciar, em vez de um crescimento exponencial do *Big Data*, uma retração da economia pautada em dados.

A proteção de dados tanto se funda na livre iniciativa quanto a protege, pois sua existência necessária é condição genuína do próprio mercado denominado *Big Data*.

Destaca-se, logicamente, que a legislação consubstanciada na LGPD não constitui exclusividade nem invenção do Brasil. A salvaguarda das pessoas físicas no que tange à proteção de seus dados pessoais é enaltecida como um direito fundamental na jurisprudência da UE, conforme estipulado no art. 8º, seção 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH, 2000).

Anota-se que o disposto no art. 8º baseia-se no art. 286 do tratado que institui a Comunidade Europeia e na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, bem como no art. 8º da CEDH e na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (CEDH, 2000). Em maio de 2018, entrou em vigor o GDPR, um marco europeu na regulação e na proteção de dados pessoais, que prevê expressamente um rol de direitos ao usuário.

Durante muito tempo, inclusive no contexto europeu, a proteção de dados foi considerada irrelevante para o Direito Concorrencial. Pais (2020) ressalta esse ponto, lembrando que basta observar o comportamento da comissão europeia frente ao caso do Facebook/WhatsApp e Microsoft/LinkedIn.

No entanto, o cenário já não é mais o mesmo: o *European Data Protection Board* (EDPB), órgão responsável por assegurar a aplicação coerente do GDPR, é responsável, entre outras atividades, por elaborar diretrizes, recomendações e melhoras práticas para o devido cumprimento da legislação do GDPR. Esse órgão emitiu, em 2018, uma declaração sobre os impactos da proteção de dados em casos de concentração econômica, deixando claras a intenção e a necessidade de analisar atos de concentração e seus efeitos, não somente sob os usuários, mas na perspectiva das condutas horizontais, ou seja, diretamente sob a ótica concorrencial.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Case da proposta de aquisição da Shazam pela Apple: a Comissão Europeia abriu uma investigação para avaliar a proposta de aquisição da Shazam pela Apple sob o fundamento do Regulamento de Concentração Econômica da EU, diante da preocupação de a concentração poder reduzir a escolha dos usuários de serviços de transmissão de música, bem como, após a aquisição do Shazam, a Apple obter acesso a dados comercialmente sensíveis sobre os clientes dos seus concorrentes para o fornecimento de serviços de transmissão de música. A Comissão concluiu que a aquisição não suscita preocupações do Direito da Concorrência. Mais precisamente, que a entidade resultante da fusão não seria capaz de prejudicar ou retirar do mercado fornecedores concorrentes de

A nitidez da necessidade de o Direito Concorrencial regular em alguns aspectos o fenômeno do *Big Data* transbordou a mera declaração de autoridades reguladoras a respeito da ligação entre proteção de dados e regulação de mercado. São inúmeros os *cases* nos quais as autoridades antitruste abarcam matérias inerentes ao fenômeno da coleta, manipulação, disponibilidade e corretagem de dados. Conforme Santos e Moraes (2018, p. 122), “uma empresa que se utilize de práticas abusivas no relacionamento com o consumidor, aproveitando-se de sua situação de vulnerabilidade, possivelmente corresponderá, também, em desequilíbrio no âmbito concorrencial”.

Ao passo que novos e poderosos personagens surgem no mercado, os olhos da legislação antitruste se voltam a ele. Claro que muitas vezes a atenção das agências reguladoras demoram um pouco para se adequar à nova dinâmica do mercado, no entanto é escopo básico da legislação antitruste a regulação de mercado. Na opinião de Coelho (1995), o Direito Concorrencial, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, por meio da geração de riquezas e do aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

As autoridades antitruste ainda não haviam se debruçado completamente sobre as implicações do uso de *Big Data* para uma política de defesa da concorrência, mas essa situação tem se modificado com o surgimento de discussões sobre as preocupações anticompetitivas suscitadas pela exploração dessa capacidade.

É importante o debate sobre a conexão entre o Direito Concorrencial e o Direito da Proteção de Dados, tendo se intensificado no Brasil e no mundo (na Europa e nos EUA). Em que pese as medidas naturais da prática concorrencial serem capazes de interferir no exercício pleno de direitos fundamentais, não se nega

---

serviços de transmissão de música, acessando dados comercialmente sensíveis sobre os seus clientes ou restringindo o acesso à aplicação Shazam. Ao chegar a essa decisão, a Comissão concluiu que o aplicativo Shazam tinha apenas uma relevância limitada como ponto de entrada para os concorrentes de *streaming* de música da Apple Music, e que a integração dos conjuntos de usuários do Shazam não conferiria uma vantagem única à entidade resultante da fusão, especialmente porque os serviços de *streaming* concorrentes continuariam a poder acessar e usar bancos de dados semelhantes (European Commission, 2018; Schoorisse; Cole, 2018).

o perigo que os monopólios de dados podem acarretar à regulação do mercado e, conseqüentemente, à sociedade.

A necessidade de incorporar considerações de privacidade na análise antitruste emergiu em 2007, à luz da aquisição da DoubleClick pelo Google. Essa transação despertou a preocupação de diversos atores, incluindo indivíduos e agentes econômicos, em relação à integração das bases de dados das duas entidades e a capacidade ampliada do Google de rastrear a atividade dos usuários, inclusive fora de sua própria plataforma.

Rotenberg (2007), à época presidente do *Electronic Privacy Information Center* (Epic), expressou oposição à mencionada transação em um depoimento ao Senado dos EUA. Em sua argumentação, Rotenberg (2007) sustentou que, dada a natureza fundamental do direito à privacidade, as autoridades de controle antitruste não poderiam permanecer indiferentes a situações potencialmente ameaçadoras a tal direito.

Nesse contexto, Rotenberg (2007) apelou para que a *Federal Trade Commission* (FTC) institísse medidas de proteção à privacidade por meio de um recurso antitruste ou, na ausência de tais medidas, rejeitasse a operação entre o Google e a DoubleClick.<sup>18</sup> A FTC concordou que a operação não levantaria riscos à concorrência e a aprovou, porém posteriormente surgiram várias questões sobre a operação.

Fato é que há crítica doutrinária no tocante aos parâmetros de utilizados e à notificação dos atos de concentração para balizar limites que atendam à realidade da exploração de dados.

No âmbito internacional, são inúmeros os *cases* que interligam o Direito Antitruste à proteção de dados em massa. Atos de concentração baseados em dados já foram diversas vezes colocados em xeque pelas autoridades antitruste internacionais. O *case* sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook é emblemático. Nele, a Comissão Europeia multou o Facebook em 10 milhões de euros por fornecer informações incorretas ou enganosas durante a investigação de 2014 realizada pela Comissão (Cardoso; Tsoni, 2017). O protagonismo de casos envolvendo o Facebook, Meta, em “comércio de dados” é evidente, seja por meio de

---

<sup>18</sup> Texto original: “*It is our view that unless the Commission establishes substantial privacy safeguards by means of a consent decree, Google's proposed acquisition of Doubleclick should be blocked*”.

suas aquisições, seja pelo compartilhamento entre suas outras plataformas digitais, a exemplo do WhatsApp e do Instagram.<sup>19</sup>

No Brasil, entre os *cases* que analisam a dominação de mercado por meio de estratégias que utilizam dados, é destacado o Processo Administrativo 08012.010483/2011-94, o primeiro no qual o Cade (2019) julgou como condutas unilaterais na economia digital.<sup>20</sup>

### **3.1.4 Dados pessoais segundo a LGPD: uma abordagem conceitual e acadêmica**

O universo da proteção de dados tem ganhado relevância na sociedade contemporânea, sobretudo com a digitalização crescente das atividades humanas. Neste contexto, essa análise tem por objetivo elucidar a compreensão do conceito de "dados pessoais" à luz da LGPD, proporcionando uma visão acadêmica sobre o tema.

De acordo com o art. 5º, I da LGPD, define-se dado pessoal como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (Brasil, 2018). Em uma análise preliminar, isso implica que qualquer informação que possa ser usada, direta ou indiretamente, para identificar um indivíduo, seja isoladamente ou em combinação com outras informações, enquadra-se nesta categoria. Exemplos

---

<sup>19</sup> Em outro *case* polêmico, o Escritório Federal de Concorrência alemão (Bundeskartellamt) proibiu o Facebook de combinar dados de usuários de diferentes fontes, porque serviços de propriedade dele, como o WhatsApp e o Instagram, poderiam continuar a coletar dados. Para o órgão, atribuir os dados às contas de usuário do Facebook só seria possível quando houvesse consentimento livre dos usuários nesse sentido. Quando o consentimento não fosse realizado, os dados deveriam permanecer dentro do respectivo serviço e não poderiam ser processados em combinação com os dados do Facebook; coletar dados de *sites* de terceiros e atribuí-los a uma conta de usuário do Facebook também só seria possível se os usuários dessem seu consentimento livre para tal finalidade (Bundeskartellamt, 2019).

<sup>20</sup> O julgamento refere-se à análise das questões econômicas subjacentes às supostas condutas anticompetitivas atribuídas pela *e-commerce* Media Group Informação e Tecnologia Ltda à Google Brasil Internet Ltda., a qual foi representada. No *case*, o Google foi acusado de privilegiar seu comparador de preços e discriminar os concorrentes, infringindo a neutralidade do algoritmo de busca para favorecer o seu serviço em detrimento de outros. O conselheiro Paulo Burnier da Silveira manifestou-se em voto vogal pela condenação das representadas por infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529/2011, com aplicação de multa no valor de R\$ 31.880.658,19 e demais obrigações constantes do voto. Apesar disso, o presidente do Cade apresentou voto pelo arquivamento do processo e fez uso do voto de qualidade nos termos do art. 135 do Ricade. Decisão: o Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo nos termos do voto do conselheiro relator. O presidente fez uso do voto de qualidade previsto no art. 135 do Ricade. Foram vencidos os conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende e Paula Azevedo, que votaram pela condenação.

comuns incluem, mas não se limitam a, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; informações relativas à saúde, à genética, à orientação sexual, às convicções políticas, religiosas e filosóficas; números de telefone, registros de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, entre outros.

Segundo Vainzof (2021, p. RL 1.2) pode-se classificar os dados na LGPD da seguinte forma:

- Dados pessoais diretos: identifica diretamente uma pessoa natural, sem a necessidade de outras informações, como RG, CPF, título eleitoral, nome (se não houver homônimos);
- Dados pessoais indiretos: torna a pessoa natural identificável, pois necessitam de informações adicionais para identificá-la, como gostos, interesses, hábitos de consumo, profissão, sexo, idade e geolocalização;
- Dados pessoais, diretos ou indiretos, sensíveis: conforme será analisado na sequência;
- Dados pessoais pseudonimizados: dado que perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro;
- Dado anonimizado, que não são dados pessoais: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Contudo, a definição não se esgota na literalidade da palavra “identificada”. O conceito de “identificável” é particularmente significativo. A natureza fluida e integrada dos dados na era digital sugere que mesmo informações aparentemente não identificáveis podem, quando correlacionadas, levar à identificação de um indivíduo. Essa identificação não precisa ser imediata ou direta; se uma informação pode potencialmente levar à identificação de uma pessoa, ela está abrangida pelo conceito de dado pessoal.

Nesse sentido, o Brasil adotou o conceito expansionista (Schwartz; Solove, 2011) de dado pessoal, pelo qual não somente a informação relativa à pessoa

diretamente identificada estará protegida pela Lei, mas também aquela informação que possa – tem o potencial de – tornar a pessoa identificável.

Novamente a LGPD segue a linha de, assim como o GDPR, não tratar de qualquer tipo de dado, mas tão somente de “dados pessoais”, bem como assemelha-se no sentido de levar em consideração todos os métodos que, de forma razoável, possam ser empregados para identificar uma pessoa, seja de maneira direta ou indireta. Esta avaliação deve ser conduzida tanto pelo responsável pelo processamento dos dados quanto por terceiros. Adicionalmente, é fundamental ponderar fatores objetivos como os gastos e o tempo requerido para tal identificação, levando em consideração as tecnologias existentes na ocasião do processamento e as inovações tecnológicas futuras. Assim, pode-se determinar se há uma probabilidade de que os métodos em questão sejam aplicados para a identificação do indivíduo (Consideranda 26).

Em um cenário em que algoritmos e técnicas analíticas evoluem continuamente, a capacidade de associar, inferir e prever características pessoais a partir de conjuntos de dados amplia a necessidade de uma definição de dados pessoais.

Em conclusão, o conceito de dados pessoais na LGPD abarca uma visão contemporânea e ampla do que significa "identificar" um indivíduo no mundo digital. Esta definição reconhece os desafios e nuances da proteção de dados, servindo como um pilar central para a garantia dos direitos dos cidadãos em relação à sua privacidade e à autonomia sobre suas informações pessoais. Em um cenário de transformações digitais aceleradas, a compreensão clara deste conceito torna-se crucial para acadêmicos, profissionais e cidadãos.

#### *3.1.4.1 Dados pessoais sensíveis*

A LGPD vai além e introduz o conceito de "dado pessoal sensível", que compreende categorias de dados que, por sua natureza, possuem um potencial elevado de afetar os direitos fundamentais do titular. Estes incluem dados sobre origem racial ou étnica, convicções religiosas, opiniões políticas, saúde ou vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural.

A distinção clara e a subsequente proteção reforçada para dados sensíveis refletem a compreensão da LGPD sobre a heterogeneidade dos dados e seus potenciais impactos na privacidade e na dignidade dos titulares.

Vainzof (2021, p. RL 1.2), conceitua dados sensíveis da seguinte forma:

Os dados pessoais sensíveis, em linhas gerais, são dados pessoais que possam trazer algum tipo de discriminação quando do seu tratamento (origem racial, convicção religiosa, opinião política, dado referente à saúde, para citar alguns exemplos) bem como, diante da sua criticidade, dados genéticos e biométricos. Ou seja, são dados pessoais que poderão implicar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais gravosas aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares.

As bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis são diferenciadas e limitadas, dispostas no art. 11<sup>21</sup>, da LGPD. Ainda, para a adequação das bases legais para dados sensíveis, previstas no art. 11 da LGPD, também deve-se levar em consideração qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular (art. 11, § 1º, da LGPD).

Entre as hipóteses previstas para tratamento de dados pessoais sensíveis, previstas no art. 11 da LGPD, destacam-se alguns casos de aplicação, os quais não possuem previsão legal fora da LGPD:

- Não há base legal para o tratamento de dados sensíveis por interesse legítimo;
- Não há base legal para o tratamento de dados sensíveis para a proteção do crédito. Inclusive, a Lei do Cadastro Positivo veda, expressamente, anotações de “informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem

---

<sup>21</sup> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (Brasil, 2018).

social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (art. 3º, II, Lei de Cadastro Positivo); e

- Da mesma forma, não há base legal para tratamento de dado sensível para a execução de contrato ou procedimentos preliminares relacionados a contrato, mas sim para o exercício regular de direitos, inclusive em contrato (art. 11, II, I, da LGPD).

A motivação para conceituar esta categoria distinta de dados pessoais advém de uma análise criteriosa das distinções inerentes ao impacto do tratamento desses dados, comparativamente aos outros (Doneda, 2006, p. 161).

### **3.1.5 Estrutura da lei**

A LGPD está disposta em diversos artigos com uma certa organização, mas que, no geral dificultam a criação de um modelo ou mapa mental. Esta análise tem por objetivo elucidar a estrutura da referida lei, oferecendo uma visão acadêmica detalhada sobre seus componentes. Veja-se:

- **Preâmbulo e Disposições Preliminares:** Os primeiros artigos da LGPD estabelecem seu escopo, fundamentos e objetivos. São esclarecidos os conceitos básicos, como “dados pessoais”, “tratamento” e “consentimento”, além de delinear a abrangência territorial da lei e suas exceções.
- **Princípios e Direitos do Titular:** A LGPD elenca uma série de princípios que devem nortear o tratamento de dados pessoais, tais como finalidade, adequação, necessidade e transparência. Paralelamente, são reconhecidos os direitos do titular dos dados, como acesso, correção, anonimização, bloqueio ou eliminação.
- **Tratamento de Dados Pessoais:** Esta seção da lei detalha as condições sob as quais o tratamento de dados pessoais pode ocorrer, enfatizando o consentimento do titular e as hipóteses em que o tratamento pode ser realizado sem esse consentimento.
- **Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis:** Dada a natureza delicada de certas categorias de dados (como os que revelam origem racial, convicções religiosas, dados de saúde, entre outros), a LGPD dedica uma seção

específica para o tratamento destas informações, estabelecendo salvaguardas adicionais.

- **Responsabilidades dos Agentes de Tratamento:** Neste segmento, a LGPD designa as obrigações e responsabilidades dos operadores e controladores de dados, incluindo a necessidade de manter registros de operações de tratamento e a adoção de medidas de segurança.
- **Transferência Internacional de Dados:** A LGPD aborda os critérios e condições sob os quais os dados pessoais podem ser transferidos internacionalmente, garantindo que tais transferências respeitem padrões adequados de proteção.
- **Entidade Reguladora - ANPD:** A lei prevê a criação desta autoridade, delineando suas competências, composição e poderes sancionadores. A ANPD assume papel central na supervisão, orientação e fiscalização das atividades relacionadas ao tratamento de dados no país.
- **Sanções Administrativas:** Em caso de infrações, a LGPD estabelece um conjunto de sanções que podem ser aplicadas, variando desde advertências até multas substanciais.
- **Disposições Finais:** A seção final aborda questões transicionais e procedimentos de implementação da lei.

Em síntese, a LGPD é uma legislação que busca equilibrar a necessidade de inovação e fluidez de informações com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Sua estrutura reflete o desejo de proporcionar um ambiente seguro e transparente para o tratamento de dados no Brasil, alinhando-se com tendências globais de proteção de dados e privacidade. A compreensão profunda desta estrutura é essencial para acadêmicos, profissionais e cidadãos engajados no debate sobre privacidade na era digital.

### **3.1.6 Partes envolvidas**

O ponto inicial na LGPD é discernir os atores implicados na salvaguarda dos dados individuais. Em diversas ocasiões, um indivíduo pode assumir múltiplas funções no percurso dos dados, contudo, é essencial reconhecer suas responsabilidades primordiais. A seguir, são apresentadas considerações sobre os

atores associados ao manuseio de informações pessoais conforme estabelecido pela LGPD.

#### *3.1.6.1 Titular dos dados*

Indivíduo que disponibiliza suas informações pessoais ao adquirir um produto ou serviço. Em síntese, o titular dos dados pode ser entendido como os "consumidores" de uma entidade, com a qual estabelecem um vínculo comercial para um propósito determinado junto ao controlador.

#### *3.1.6.2 Controlador*

Entidade ou indivíduo que obtém as informações pessoais de um titular com a finalidade de realizar determinado processamento desses dados. Sua função primordial é decidir sobre o manejo dessas informações e assegurar a confidencialidade dos indivíduos que lhe delegaram tais dados.

#### *3.1.6.3 Operador*

Indivíduo ou entidade contratados pelo controlador para gerenciar as informações dos titulares. O operador executa o processamento dos dados conforme as diretrizes estabelecidas pelo controlador, que determina a maneira de sua utilização.

#### *3.1.6.4 Encarregado (DPO)*

Designado pelo controlador, o *Data Protection Officer* (DPO) tem a responsabilidade de facilitar a comunicação entre as partes envolvidas. Ele atua como porta-voz dos titulares perante os controladores. Além de mediar conversações, o DPO orienta os controladores e os operadores sobre práticas apropriadas para o manejo dos dados. Adicionalmente, está habilitado a conduzir inspeções para assegurar a excelência dos procedimentos em conformidade com a LGPD.

A LGPD estabelece que o DPO disponibilize suas informações e contatos de maneira íntegra e explícita, permitindo que qualquer titular possa acessá-los e estabelecer comunicação quando necessário. É aconselhável que tais informações estejam acessíveis no portal da organização.

### *3.1.6.5 Autoridade Nacional de Processamento de Dados (ANPD)*

A instauração da LGPD trouxe consigo a necessidade de um órgão que funcionasse como referência em sua aplicação e fiscalização. Nesse cenário, surge a ANPD, estabelecida como entidade reguladora e supervisora, garantindo a efetivação dos princípios e diretrizes da LGPD.

A ANPD possui atribuições diversas, entre as quais:

- **Normatização e Fiscalização:** A ANPD tem o papel de expedir normas, regulamentações e procedimentos sobre proteção de dados pessoais, além de fiscalizar e aplicar sanções em caso de não conformidades.
- **Promoção da Cultura de Proteção de Dados:** Através de iniciativas educacionais e de cooperação, busca-se promover a conscientização sobre a importância da proteção de dados no ambiente corporativo e entre os cidadãos.
- **Atuação como Instância Consultiva:** A ANPD serve como uma fonte de consulta em temas relacionados à proteção de dados, oferecendo orientações e esclarecimentos tanto para o setor público quanto para o privado.
- **Proteção e Resolução de Conflitos:** Em situações de desentendimentos ou controvérsias envolvendo tratamento de dados, a ANPD atua como mediadora, buscando soluções que respeitem os direitos dos titulares e as obrigações dos agentes de tratamento.
- **Relações Internacionais:** Dada a natureza globalizada dos dados e a necessidade de interoperabilidade com regulamentações estrangeiras, a ANPD possui um papel fundamental na articulação com autoridades de proteção de dados de outros países e em âmbitos internacionais.

Na data de 2 de junho de 2021, a ANPD e o Cade assinaram o Acordo de Cooperação Técnica (ACT), que é destinado ao combate às atividades lesivas à ordem econômica e ao fomento e à disseminação da cultura da livre concorrência

nos serviços que vindicarem a proteção de dados pessoais. Resumidamente, os órgãos se comprometeram a compartilhar estudos, documentos, pesquisas e conhecimento nas respectivas áreas de atuação, além de cooperar nos casos de infração à ordem econômica que envolvam dados pessoais e em atos de concentração com transferência ou outros tratamentos de dados pessoais. O acordo tem vigência de 60 meses e seu gerenciamento está sob responsabilidade da Superintendência Geral do Cade e da Coordenação-Geral de Tecnologia e Pesquisa da ANPD. Ambos terão como responsabilidades e obrigações comunicar imediatamente um ao outro a instauração de processo administrativo em desfavor de agentes econômicos regulados pelos referidos órgãos, salvo em casos de assunto que comprometa ou possa causar qualquer tipo de prejuízo às atividades de análise e apuração de supostas infrações, à realização de diligências instrutórias ou à concessão de medidas preventivas (Brasil, 2021). O acordo finaliza a celeuma tocante à competência — ainda que concorrente — do Cade sob a matéria.

Malgrado o acordo firmado, no cenário nacional, parte do Cade defende que a legislação brasileira seja alterada para abarcar as atribuições da ANPD. Fato é que o Cade já analisava diversas operações envolvendo a coleta e o tratamento de dados. Há crítica doutrinária no tocante aos parâmetros de utilizados para balizar limites que atendam à realidade da exploração de dados.

Em conclusão, a ANPD não apenas reforça o compromisso do Brasil com padrões elevados de proteção de dados, como também proporciona uma estrutura definida para a implementação e supervisão da LGPD, alinhando-se com práticas internacionais e assegurando a confiabilidade e segurança no tratamento de dados pessoais no país.

### **3.1.7 Direitos do titular**

Consoante a LGPD, além dos princípios que necessitam ser observados, são conferidos ao titular de dados oito direitos legalmente prescritos. O exercício desses direitos pode ser requerido pelo titular diretamente ao ente controlador de seus dados, que, por sua vez, deve prover as informações requeridas de maneira ágil, empregando todas as medidas necessárias para satisfazer as prerrogativas do titular de dados.

A legislação não prescreve um prazo específico para resposta a tais requisições, no entanto, é crucial sublinhar que prorrogações indevidas na resposta às solicitações podem acarretar infrações, visto que a LGPD estabelece sanções e os direitos em questão são legalmente consagrados.

Assim, Maldonado (2021) salienta que como previstos no Regulamento de Proteção de Dados europeu, na lei brasileira foram também elencados de forma expressa os direitos que se acham assegurados aos titulares dos dados pessoais e que por eles, portanto, podem ser exercidos.

Abaixo, estão delineados, de forma acadêmica, os direitos assegurados ao titular de dados pela LGPD:

1. Direito à Informação e Acesso aos Dados: O titular tem o direito de ser informado e de acessar seus dados, compreendendo quais dados são tratados, por quem e com que finalidade.
2. Direito de Retificação: Este direito garante ao titular a possibilidade de corrigir, atualizar ou solicitar a complementação de seus dados quando estes estiverem incorretos ou incompletos.
3. Direito à Eliminação ou "Direito ao Esquecimento": O titular pode requerer a exclusão de seus dados pessoais tratados quando estes não forem mais necessários ou quando o tratamento se basear em seu consentimento e este for revogado.
4. Direito à Portabilidade dos Dados: Este assegura ao titular a possibilidade de solicitar a transferência de seus dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto, respeitados os segredos comercial e industrial.
5. Direito à Informação sobre Compartilhamento: O titular possui o direito de ser informado sobre com quem seus dados estão sendo compartilhados.
6. Direito à Revogação do Consentimento: É o direito de retirar, a qualquer momento, o consentimento dado para o tratamento de seus dados pessoais.
7. Direito de Oposição: O titular pode se opor a atividades de tratamento quando estas não estiverem em conformidade com a legislação, como, por exemplo, em casos de descumprimento de sua finalidade.
8. Direito à Revisão de Decisões Automatizadas: Garante ao titular o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses.

9. Direito à Explicação: Os titulares têm o direito de obter explicações sobre a maneira como seus dados estão sendo tratados e sobre os critérios utilizados para tal tratamento.

Estes direitos consagram princípios fundamentais de autonomia, transparência, e controle do indivíduo sobre seus dados pessoais, reafirmando o compromisso da legislação com a tutela da privacidade e da proteção de dados pessoais no ambiente digital contemporâneo. A observância e efetiva garantia destes direitos são pilares para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e respeitosa da dignidade humana na era da informação.

### 3.2 OS PRINCÍPIOS DA LGPD

No que diz respeito à trajetória histórica dos Princípios de Proteção de Dados Pessoais, na sequência, será explanado, resumidamente, os ensinamentos de Doneda (2015).

A trajetória reflete desde a década de 1970 uma constante adaptação às necessidades e desafios tecnológicos. Estas regulamentações, observadas em vários países, evidenciam uma consistência de princípios e métodos desde seus primórdios, com notável harmonização ao longo do tempo.

Na primeira onda regulatória, até por volta de 1977, com destaque para a *Bundesdatenschutzgesetz* alemã, a ênfase era dada à autorização para estabelecimento de bancos de dados pessoais e à supervisão subsequente por entidades estatais. Estas regulamentações concentravam-se predominantemente no processamento de dados, motivadas pela percepção da tecnologia, especialmente computadores, como uma potencial ameaça. Contudo, o rápido crescimento dos centros de processamento tornou esse modelo de supervisão obsoleto e excessivamente rígido.

A segunda onda, emergindo no final dos anos 1970, foi impulsionada pela expansão dos bancos de dados digitais. A *Loi Informatique et Libertés*, de 1978, na França, é um marco representativo. O foco deslocou-se da mera computação para a privacidade e a salvaguarda dos dados pessoais, concebidos como um direito inalienável do cidadão. Surgiu, assim, um sistema permitindo ao indivíduo detectar utilizações impróprias de seus dados e buscar sua proteção.

Essa evolução culminou na percepção de que o compartilhamento de dados pessoais se tornou um imperativo para participação efetiva na sociedade contemporânea. Daí emergiu a terceira onda regulatória nos anos 1980, refinando a proteção de dados pessoais. Esta onda reconheceu a intrincada natureza da proteção de dados, correlacionando-a com a participação social do indivíduo e considerando o contexto em que os dados são requisitados, proporcionando salvaguardas quando a autonomia do indivíduo é limitada por fatores externos. Este período também solidificou o conceito de autodeterminação informativa.

Entretanto, o exercício da autodeterminação informativa, um pilar da LGPD, estava restringido a uma elite socioeconômica. Assim, uma quarta onda de regulamentações, refletida em leis contemporâneas em várias jurisdições, abordou holisticamente a questão da informação. Estas leis focaram em fortificar a posição do cidadão frente às organizações que coletam e processam seus dados, introduzindo entidades independentes de supervisão, exemplificado pela Diretiva da UE 95/46.

Alguns dos princípios já se encontravam presentes, tais como transparência e necessidade, têm suas raízes nas primeiras regulamentações, como visto no contexto de saúde nos EUA, em 1973. A abordagem global para a proteção de dados pessoais foi subsequente e amplamente codificada em várias regulamentações, muitas vezes sob o termo *Fair Information Practice Principles* (FIPPs). Esses princípios encontraram ressonância, por exemplo, na Convenção 108 do Conselho da Europa (UE, 1981) e nas diretrizes da OCDE (1980) no início dos anos 1980. Os princípios nelas estabelecidos, como qualidade, proporcionalidade e segurança, são agora pilares de normas contemporâneas, incluindo o GDPR e a LGPD. É imperativo enfatizar que esses princípios devem ser observados, independentemente dos fundamentos jurídicos para o processamento de dados pessoais.

A LGPD consagra dez princípios<sup>22</sup> que norteiam as atividades de tratamento de dados pessoais. Esses princípios constituem pilares fundamentais que devem ser respeitados por controladores e operadores no tratamento de dados. São eles:

---

<sup>22</sup> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de

1. Finalidade: O tratamento de dados pessoais deve ter propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com estas finalidades.
2. Adequação: O tratamento dos dados deve ser compatível com as finalidades informadas ao titular, conforme o contexto do tratamento.
3. Necessidade: Limita o tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, abrangendo dados pertinentes, proporcionais e não excessivos.
4. Livre Acesso: Garantia aos titulares de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.
5. Qualidade dos Dados: Garantia aos titulares de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.
6. Transparência: Informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
7. Segurança: Utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
8. Prevenção: Adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

---

acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (Brasil, 2018).

9. Não Discriminação: Impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.
10. Responsabilização e Prestação de Contas: Demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esses princípios representam a espinha dorsal da LGPD, assegurando uma abordagem centrada no titular e garantindo que seus direitos fundamentais de privacidade e proteção de dados sejam respeitados.

### 3.3 PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE DIREITO DO CONSUMIDOR, DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A LGPD NO CONTEXTO DO DIREITO BRASILEIRO

A intersecção entre Direito do Consumidor, Direito da Concorrência e proteção de dados, no contexto jurídico brasileiro, é uma manifestação clara do rápido avanço tecnológico e da expansão da economia digital. Esses três domínios jurídicos, embora distintos, convergem ao tratar de questões relacionadas ao consumidor, ao mercado competitivo e à privacidade na era digital.

O Direito do Consumidor, consagrado no CDC, é a principal ferramenta legal que protege os consumidores contra práticas desleais ou prejudiciais, garantindo seus direitos fundamentais e interesses. No âmbito da economia digital, o CDC tem um papel crucial para assegurar que os consumidores sejam informados sobre como seus dados pessoais são coletados, utilizados e armazenados.

Por outro lado, o Direito da Concorrência, regido pela Lei nº 12.529/2011, tem como objetivo principal promover e proteger a livre concorrência, reprimindo abusos de poder econômico, cartéis e outras práticas anticompetitivas. No contexto da economia digital, o Direito da Concorrência é fundamental para garantir que a coleta e o uso de dados não criem barreiras à entrada de mercado ou reforcem posições dominantes, prejudicando a concorrência.

Finalmente, a proteção de dados, consagrada na Lei nº 13.709/2018 (LGPD), visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, estabelecendo normas claras sobre o tratamento de dados pessoais. A LGPD introduziu um conjunto de princípios e regras para garantir que as empresas tratem

os dados pessoais de forma justa e transparente, respeitando os direitos e os interesses dos titulares dos dados.

Nesse sentido, o conceito de *Data Driven Economy* (DDE) é significativo da fase do capitalismo baseado na extração de dados pessoais (Frazão, 2019). Como tutelar de forma adequada, a privacidade dos usuários segue sendo um desafio. Salienta-se que a posse de dados pessoais em larga escala confere (em regra) ao detentor desses dados um poder de mercado significativo, o qual pode interferir sob a ótica horizontal, ou seja, criando mecanismo e impondo barreiras capazes impedir à entrada de novos *players* no mercado.

O Direito Antitruste deve se esforçar para assegurar o equilíbrio entre os benefícios decorrentes da exploração de dados e os riscos e danos à concorrência e aos consumidores. Compreender as estratégias de negócios desses notáveis agentes econômicos, bem como traçar as fontes do agigantamento das plataformas digitais e os efeitos potenciais de seu domínio, são preocupações da política concorrencial no setor digital. Portanto, na nova economia, eram de grande coleta de dados, em conjunto com a hiperconectividade da sociedade, os questionamentos inerentes ao *Big Data* — no tocante à defesa da concorrência — e a proteção de dados se convergem (Bagnoli, 2020).

As contribuições da LGPD à tutela da concorrência em esferas digitais são múltiplas e notórias. Como postula Bioni (2020, p. 109): "os dados pessoais, ao serem protegidos, proporcionam um equilíbrio entre liberdade, inovação e progresso".

Ao proporcionar proteção extensiva aos dados pessoais do consumidor, a LGPD potencializa o grau de privacidade nos mercados digitais, possibilitando, assim: i) a redução da discrepância informativa entre usuário e plataforma digital; ii) a mitigação da centralização de mercado; iii) e a minimização dos efeitos de rede que conduzem à tendência monopolística, além das barreiras à entrada e dos elevados custos de substituição.

O consentimento é uma questão focal na LGPD, sendo caracterizado como a: "expressão livre, esclarecida e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para um propósito específico" (art. 5º, inciso XII, LGPD). Conforme a legislação, o procedimento de tratamento de dados só é permitido se o titular desses dados conceder autorização prévia, ou seja, consentir

(art. 7º, inciso I, LGPD). Este consentimento é reforçado pela capacidade do titular de dados, em qualquer momento, de revogar a autorização concedida para o tratamento, de forma gratuita e sem condições, como estabelece o art. 8º, § 5º, art. 15, inciso III, e art. 18, inciso IX, da LGPD.

Assim, o consentimento consolida o direito do titular de dados à autodeterminação (Doneda, 2020, p. 296). É um instrumento que, reconhecendo que os dados pessoais disseminados na internet ao acessar plataformas digitais são uma extensão do exercício da personalidade, atribui controle sobre as informações pessoais ao seu criador originário, o indivíduo (Bioni, 2020, p. 78).

A consolidação desse pilar de controle de dados e empoderamento do indivíduo é ainda mais enfatizada à luz dos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais elucidados nos incisos do art. 6º da LGPD. Dentro deste contexto, são de importância saliente os princípios de: i) finalidade; ii) necessidade; e iii) transparência.

Assim, o Direito do Consumidor, o Direito da Concorrência e a proteção de dados formam um conjunto robusto de normas que regulam a economia digital, assegurando um ambiente seguro e justo para consumidores e empresas. A interseção desses domínios reflete a necessidade de uma abordagem holística e integrada para enfrentar os desafios emergentes da economia digital. É evidente que a convergência dessas áreas jurídicas se tornará relevante à medida que a tecnologia e a economia digital continuam a evoluir.

No tocante ao Direito do Consumidor e o Direito Concorrencial, tem-se uma ligação direta, a qual é “mediada” pela proteção de dados pessoais e consequentemente pela LGPD. A complexidade das relações comerciais na economia moderna tem ampliado a necessidade de convergência entre diferentes ramos do Direito. Nesse contexto, observa-se uma interface entre o Direito do Consumidor e o Direito Concorrencial, duas disciplinas que, apesar de suas particularidades, compartilham um objetivo comum: a promoção de um mercado equitativo e eficiente.

Inicialmente, é importante destacar que ambas as disciplinas surgiram como resposta a problemas de mercado específicos. O Direito do Consumidor, por exemplo, visa proteger os interesses dos consumidores, principalmente em relação a práticas comerciais desleais e enganosas, garantindo que eles possam fazer

escolhas informadas. Já o Direito Concorrencial busca promover a competição justa entre empresas, evitando práticas anticompetitivas que possam distorcer o mercado, como formação de cartel, abuso de posição dominante e atos de concentração que prejudicam a concorrência.

A principal finalidade do Direito do Consumidor é a salvaguarda das relações de consumo, e a CF/88 aborda extensivamente essa proteção. Inicia-se no art. 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), que inclui a proteção jurídica do consumidor no conjunto dos direitos e das garantias fundamentais. Já o art. 170 é integrante do contexto regulatório da ordem econômica na CF/88, apresenta a defesa do consumidor como um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira.

Portanto, a CF/88 confere à defesa do consumidor o *status* de direito fundamental, que não pode ser alterado pelo poder constituinte, conforme o seu art. 60, § 4º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e as garantias individuais (BRASIL, 1988, *on-line*).

A união desses dois ramos do Direito se dá pelo objetivo comum de assegurar e impulsionar o funcionamento correto do mercado. A manutenção de um mercado competitivo robusto é essencial para salvaguardar a autonomia de decisão dos consumidores que é, em essência, um dos alicerces do Direito do Consumidor: adicionalmente, a defesa deste auxilia na preservação da concorrência, pois propicia um cenário de negócios íntegro e equitativo.

À luz de uma perspectiva, o vínculo entre o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência torna-se mais crucial à medida que as revoluções digitais influenciam a economia. O ritmo dos mercados digitais, marcado por plataformas, preços nulos e economia de dados, põe à prova tanto a segurança dos consumidores quanto o incentivo à concorrência. A interligação entre essas duas áreas de estudo é crucial para assegurar a produtividade do mercado. A fusão desses domínios é uma exigência em crescimento, pois possibilita uma abordagem mais unificada dos obstáculos intrincados da economia contemporânea.

## 4 A SIMBIOSE ENTRE DIREITO CONCORRENCIAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: CONSEQUÊNCIAS DO *BIG DATA* À ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS

### 4.1 CONSEQUÊNCIAS VALORATIVAS

#### 4.1.1 Entendendo o valor dos dados na era da informação e no contexto do *Big Data*

A era da informação, também conhecida como era digital ou era da informática, refere-se ao período no qual a criação, a distribuição, o uso, a integração e a manipulação de informações são atividades econômicas, políticas e culturais. Essa era foi amplamente facilitada pelo advento das Tecnologias da Informação (TIs), como a internet, a computação em nuvem e o *Big Data*.

A informação passou a ter um imenso valor pecuniário, pois deixou de ser um meio pelo qual se presta algo, passando a ser, na fase da economia informacional, o próprio produto e/ou a prestação de serviços. A informação é um valor em si mesma, e não um meio para criar bens e prestar serviços (Castells, 2000).

“Sociedade da informação” é a expressão utilizada para identificar o período histórico a partir do qual se nota a preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade, estabelecido pela vulgarização das programações de dados, em que os agentes estatais e privados utilizam os meios de comunicação existentes e os dados obtidos sobre uma pessoa e/ou um objeto para a realização de atos e negócios jurídicos (Lisboa, 2006).

O crescimento exponencial do fluxo de dados pessoais e a expansão da TI e do acesso à internet em níveis globais são peças do que é chamado de “nova economia”, que não é sinônimo, mas está intimamente ligada à era da informação. Malgrado não haja um conceito único para o paradigma da “nova economia”, Posner (2000) utiliza o termo para se referir principalmente a três indústrias distintas, embora relacionadas: (i) fabricação de *software* de computador; (ii) empresas baseadas na internet (provedores de acesso, serviços e conteúdo, por exemplo); e

(iii) serviços e equipamentos de comunicação projetados para suportar os dois primeiros mercados.

A ferramenta “computador”, em conjunto com a internet, conforme destacam Jamil e Neves (2000), determinou mudanças relevantes, que alteraram e seguem modificando a forma de boa parte das transações e comunicações nas quais se envolvem os seres humanos.

O comércio eletrônico tem grande participação na “virada de chave” do protagonismo da internet na sociedade moderna como estratégia empresarial e impulsionadora de novos negócios (Drucker, 2000).

A economia moderna testemunha a crescente importância do *Big Data*, caracterizado pela coleta, pelo armazenamento e pela análise de grandes volumes de dados. O controle sobre esses dados tornou-se um ativo valioso, conferindo vantagens competitivas para empresas em mercados digitais.

O acesso em massa, a obtenção e o tratamento de dados em larga escala são um assunto sensível, pois há clara necessidade de garantir que os benefícios desse acesso não sejam utilizados de forma indevida. Essa é uma preocupação das agências reguladoras nacionais e internacionais. De fato, a posse de dados pessoais em larga escala confere ao detentor um poder de mercado, o qual pode interferir sob duas óticas: a) vertical, que está ligada diretamente ao consumidor; e b) horizontal, ou seja, ligada aos concorrentes de mercado.<sup>23</sup>

Em meio a esse “novo” ambiente social de nova economia e da hiperconexão, torna-se imperativa a concepção de uma legislação para a proteção de dados pessoais, com o objetivo de recalibrar os interesses econômicos e individuais, tratando tal direito como fundamental. Pode-se sustentar e justificar a importância do olhar do Direito Concorrencial ao tema nas palavras de Jenny (2019) “os dados são valiosos, vêm em diferentes formas e podem ser usados de diferentes maneiras. Por isso, é importante para a competição [...]. Em caso de abuso de domínio, os dados podem ser usados para excluir concorrentes [...]”.<sup>24</sup>

É nesse contexto que se destaca a importância de entender o valor dos dados e as consequências concorrenciais que advém da sua posse, bem como o

---

<sup>23</sup> Toma-se como exemplo, respectivamente, a imposição de condutas unilaterais abusivas, ferindo o Direito do Consumidor e criando barreiras à entrada de novos *players* no mercado.

<sup>24</sup> Do original: “*data is valuable, it comes in different forms, it can be used in different ways. For this reason, it matters for competition. [...]. In abuse of dominance, data can be used to exclude competitors [...].*”.

fenômeno do *Big Data*, sua relevância na estrutura econômica, sua regulação por meio da já implementada LGPD, que se embasa na livre iniciativa<sup>25</sup>, mas também na sua salvaguarda e, finalmente, a exigência de que o Direito da Concorrência contribua para essa regulamentação, de maneira alinhada ao sistema jurídico de proteção de dados.

#### 4.1.1.1 Fenômeno denominado *Big Data*

A TI ganhou um papel de grande importância em todos os setores da sociedade. Assim, a tecnologia baseada nos dados pessoais tem diversas implicações econômicas, políticas e sociais.

Com a rápida e contínua progressão tecnológica testemunhada durante as revoluções industriais, o mundo se encontra em uma fase caracterizada por economias dominadas por um mercado profundamente digital e com a inclusão de tecnologias avançadas nas interações econômicas e sociais. Essa conjuntura e configuração econômica contemporânea só se torna possível devido à evolução tecnológica das últimas décadas, que possibilitou “mecanismos capazes de transmitir informações em uma quantidade e velocidade jamais imaginável” (Bioni, 2019, p. 34).

Na era do *Big Data*, em que os dados assumem um papel central e se tornam um recurso valioso, a simbiose entre a proteção de dados pessoais e o Direito Antitruste se torna relevante. A enorme quantidade de dados pessoais que as empresas coletam, armazenam e processam possibilita a oferta de produtos e serviços personalizados e orientados por dados. No entanto, essas práticas podem criar empresas com poder de mercado, dada a vantagem competitiva gerada por esses dados. Essa concentração de poder em empresas digitais pode distorcer os mercados, limitar a inovação e a escolha do consumidor, desencadeando preocupações antitruste.

Nesse cenário, o Direito Antitruste entra em cena para garantir a manutenção da concorrência justa e prevenir práticas comerciais abusivas. No entanto, os enquadramentos regulatórios atuais podem não ser totalmente adequados para abordar os desafios únicos apresentados pelos mercados digitais.

---

<sup>25</sup> Entre outros fundamentos, o presente estudo se debruça especificamente sobre a livre iniciativa.

Paralelamente, a proteção de dados pessoais é outra questão crítica nesse contexto. A coleta, o armazenamento e o processamento de dados pessoais precisam ser equilibrados com os direitos dos indivíduos à privacidade e ao controle de suas próprias informações. As leis de proteção de dados têm o objetivo de regular como as empresas podem usar esses dados, prevenindo abusos e garantindo que os direitos dos consumidores sejam respeitados.

A simbiose entre a proteção de dados pessoais e o Direito Antitruste reflete a necessidade de uma abordagem integrada para regular efetivamente os mercados digitais. Reguladores precisam considerar tanto as implicações concorrenciais quanto as de privacidade ao avaliar práticas de negócios e fusões em setores digitais.

Em última análise, a proteção de dados pessoais e o Direito Antitruste se interconecta de maneira na era do *Big Data*. Nesse contexto, é crucial que políticas e práticas regulatórias reflitam essa interconexão para garantir mercados competitivos e a proteção dos direitos dos consumidores, porém sem impedir a inovação.

#### 4.1.1.2 Conceito de *Big Data*

Nesse contexto, *sine qua non* compreender o que é o *Big Data*, definido como fenômeno/tendência de coletar, adquirir, armazenar e processar grandes volumes de dados digitais para criar valor econômico (Bagnoli, 2020). A utilização de dados nos negócios não é um fenômeno novo: antes de se falar em nova economia, as empresas (em menor escala) já coletavam dados sobre seus consumidores, que eram usados para incrementar seu processo de produção (Monteiro, 2017).

Conforme Bagnoli (2020, p. 397), o *Big Data*:

Diz respeito aos dados tão grandes em volume, tão diversos em variedades e movimentando-se em tal velocidade, que os meios tradicionais de captura e análises são insuficientes ou economicamente inviáveis. Caracterizado comumente pelos 3Vs, que em inglês são volume (*great volume*), *variety* (*various modalities, types of data*) e *velocity* (*rapid generation, processement of data*)<sup>26</sup>, com tempo outros Vs passaram a identificar o *Big*

---

<sup>26</sup> Tradução nossa: (grande volume), variedade (várias modalidades, tipos de dados) e velocidade (rápida geração, processamento de dados).

*Data*: *value* (valor), *veracity* (veracidade) e *validation* (validação). O *Big Data*, portanto, caracteriza-se pelos 6 Vs.

O *Big Data* tem um impacto transformador na vida, na cultura e nas relações dos povos (Ezrachi; Stucke, 2016). Novos negócios são meticulosamente construídos. As interações humanas sofrem transmutações. Limites geográficos são desmantelados. Inovadoras abordagens de tributação são desenvolvidas, e fenômenos jurídicos receberam novas interpretações. A doutrina tributária evidencia a imperativa necessidade de repensar abordagens de tributação verdadeiramente internacionais, visando minimizar as induções prejudiciais geradas pelo progresso do *Big Data* e da digitalização de serviços, impulsionada pela pandemia, que engendrou diversas estratégias de elisão fiscal por grandes corporações no âmbito do gerenciamento de dados (Magalhães; Christians, 2020).

Bagnoli (2020) alerta que, em resposta à ameaça à segurança desses dados pessoais, a legislação ao redor do mundo tem se tornado robusta, a fim de formar uma jurisdição de proteção ao cidadão e aos seus direitos fundamentais. Nesse passo, as empresas envolvidas na captura, na análise, no tratamento e no uso desses dados, para conseguirem exercer suas atividades, deverão estar estruturadas na área do *compliance*, a fim de conseguirem estar em conformidade com a proliferação de leis reguladoras.

O *Big Data* marca uma nova era econômica: a da economia baseada em dados – DDE, que sucede à era da economia baseada no conhecimento (*Knowledge Based Economy* – KBE). A DDE estabeleceu-se em economias de ponta, espalhando-se gradualmente para as demais economias. O domínio da KBE define a formulação de políticas públicas (Ciuriak, 2018).

Destaca-se que o volume de dados não é a única característica importante do *Big Data*: em fevereiro de 2001, Doug Laney publicou sua pesquisa intitulada “*3D data management: controlling data volume, velocity, and variety*”, a partir da qual começou-se a falar nos chamados “3Vs” do *Big Data* (OCDE, 2013). Conforme explica Press (2013), uma década depois, esses 3Vs tornaram-se qualidades (ou características) bastante aceitas na literatura para a delimitação do *Big Data*, conquanto esse termo não tenha propriamente aparecido na referida pesquisa de Laney (2001).

Fala-se em 5Vs do *Big Data*, ou seja, embora o seu conceito original tenha sido descrito em termos de 3Vs (volume, velocidade e variedade), ele foi posteriormente expandido para incluir 2Vs: veracidade e valor.

Figura 5 – Os 5Vs do *Big Data*



Fonte: Elaborada pelo autor.

Pode-se resumir os 5Vs da seguinte forma, conforme explicação de Bagnoli (2020):

- **volume:** refere-se à quantidade maciça de dados gerados a cada segundo em todo o mundo. Esses dados podem vir de diversas fontes, como redes sociais, sensores de Internet das Coisas (IoT), transações financeiras etc.;
- **velocidade:** trata da rapidez com que novos dados são gerados e movidos ao redor. A alta velocidade na geração de dados requer tecnologias capazes de coletar e analisar os dados em tempo real;
- **variedade:** refere-se aos diferentes tipos de dados que podem ser coletados, incluindo dados estruturados (como números e datas), semiestruturados (como XML e tags HTML) e não estruturados (como texto e imagens);
- **veracidade:** aborda a confiabilidade dos dados. Com tanto volume e variedade de dados, garantir a precisão e a confiabilidade dos dados pode ser um desafio;
- **valor:** é o benefício real que as organizações podem obter da análise dos dados. A mera existência de uma grande quantidade de dados não é suficiente; os *insights* derivados desses dados devem fornecer valor aos negócios ou à sociedade.

A capacidade de gerenciar e aproveitar o *Big Data* será uma competência-chave na economia digital, com impactos em diversas áreas — negócios, governo, saúde, ciência e tecnologia —, incluindo o desafio de conciliar inovação e concorrência hígida.

#### 4.1.1.3 *Data brokers*

O surgimento da era digital trouxe consigo um vasto mar de dados, transformando a informação em um dos ativos valiosos do século XXI. No meio dessa revolução, emergem as figuras-chave chamadas *data brokers* (em português, corretoras de dados).

Nesse cenário em que os dados emergem como um forte ativo dos novos tempos, também apontados como o novo petróleo — que está sendo extraído por agentes que se dedicam exclusivamente a esse propósito —, os *data brokers* são empresas especializadas na compra e na venda de dados pessoais, sendo responsáveis por reunir, sob uma única identidade, todas as informações espalhadas de uma pessoa.

Segundo Clavell (2015), os *data brokers* são uma espécie de corretores de dados. As empresas vão atrás do maior leque de informações possíveis, entre as quais: nome completo, endereço, telefone celular, número de identidade, informações de seguro médico, dados sobre profissão, empresa onde trabalha, rendimentos em banco, compras feitas no cartão de crédito, viagens, serviços assinados (Netflix, Amazon Prime, Spotify etc.), currículo acadêmico etc. Informação é o que importa, e os *data brokers* vão comprar onde quer que estejam, incluindo o mercado negro (Peirano, 2019).

Os *data brokers* utilizam tecnologia avançada para coletar, armazenar e analisar dados. Eles agregam informações de múltiplas fontes para criar perfis detalhados dos indivíduos. Esses perfis são vendidos para empresas que buscam *insights* valiosos sobre comportamentos de consumidores, tendências de mercado, entre outras finalidades.

Na estrutura da cadeia de valor do *Big Data*, os *data brokers* situam-se na segunda fase, que corresponde à aquisição de dados em elevada velocidade, conforme Figura 3 a seguir.

Figura 6 – Cadeia de valor do *Big Data*

Fonte: Elaborada pelo autor.

É importante salientar que a aquisição de dados pode ocorrer de forma indireta no mercado por intermediários terceirizados, conhecidos como *data brokers*, que são entidades especializadas na captação de informações (Geradin; Kuschewsky, 2013). Com essa coleta de dados “brutos” digitalizados, já há um ganho de valor, uma vez que, além de coletados, os dados são filtrados e “limpos” antes de serem armazenados e processados.

Nos EUA, a FTC (2014, p. 3) define os *data brokers* como empresas que têm como principal negócio:

coletar informações pessoais sobre consumidores de uma variedade de fontes e agregar, analisar e compartilhar essas informações, ou informações derivadas daquela, para fins como comercializar produtos, verificar a identidade de um indivíduo e detectar fraudes. (tradução nossa).<sup>27</sup>

Enquanto os *data brokers* desempenham um papel na economia digital, também levantam preocupações sobre privacidade e uso de dados. O debate centra-se em torno da transparência (ou falta dela) em torno das práticas de coleta de dados e do consentimento dos usuários. Regulamentos, como o GDPR da UE e a Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia (CCPA), foram introduzidos para dar controle aos indivíduos sobre seus dados.

No entanto, a própria FTC (2014, p. 53) destaca o notório problema que tem persistido na “indústria de *data brokers*”: a falta de transparência e controle pelo consumidor:

Nas quase duas décadas desde que a Comissão começou a examinar os corretores de dados, pouco progresso foi feito para melhorar a transparência e a escolha. Embora os corretores de dados forneçam benefícios importantes para os consumidores e alguns corretores de dados tenham tomado medidas para melhorar suas práticas de privacidade, a transparência geral nesse setor continua a faltar. E com o surgimento de

<sup>27</sup> Do original: “Collect personal information about consumers from a variety of sources and aggregate, analyze and share that information, or information derived therefrom, for purposes such as marketing products, verifying an individual's identity and detecting fraud.”

novas fontes de informação, melhorias nos métodos analíticos e a disponibilidade de informações mais granulares sobre consumidores individuais, a necessidade de proteção do consumidor nessa área nunca foi tão grande. Este relatório tenta fornecer uma janela para a coleta e uso de informações do consumidor pelos corretores de dados e faz recomendações para aumentar a transparência e o controle do consumidor. Também levanta preocupações sobre a coleta de dados confidenciais sobre os consumidores e o desenvolvimento de rótulos e categorias que podem ser usados para atingir e potencialmente discriminar os consumidores. As constatações e recomendações deste relatório pretendem fazer parte de um diálogo contínuo, e a Comissão agradece mais contribuições e informações sobre essas questões. A Comissão continuará a trabalhar com a indústria, grupos de consumidores e legisladores para promover as metas de maior transparência e controle do consumidor. (tradução nossa).<sup>28</sup>

Os *data brokers* representam um fenômeno complexo na interseção entre tecnologia, negócios, Direito e ética. Eles desempenham um papel crucial na economia digital, mas também levantam questões importantes sobre a privacidade e o uso de dados pessoais. À medida que se avança na era digital, é crucial que se estabeleça um equilíbrio entre a inovação e a proteção dos direitos individuais. Os reguladores, as empresas e os indivíduos terão de trabalhar em conjunto para definir o futuro do ecossistema dos *data brokers*.

#### 4.1.2 Valor dos dados em massa

Em tempos de economia digital, as informações pessoais evoluíram para se tornar um ativo intangível de valor inestimável. As corporações de maior valor em escala global negociam e exploram informações, embora por meio de métodos distintos. Portanto, emerge, para além da proteção de dados, a necessidade de uma regulação antitruste sob essa nova configuração, que já não é tão nova, como já alertava *The Economist* (2017):

---

<sup>28</sup> Do original: “*In the nearly two decades since the Commission began examining data brokers, little progress has been made to improve transparency and choice. While data brokers provide important benefits for consumers and some data brokers have taken steps to improve their privacy practices, overall transparency in this industry continues to be lacking. And with the emergence of new sources of information, improvements in analytical methods, and the availability of more granular information about individual consumers, the need for consumer protection in this area has never been greater. This report attempts to provide a window into the collection and use of consumer information by data brokers and makes recommendations for increasing transparency and consumer control. It also raises concerns about the collection of sensitive data about consumers and the development of labels and categories that can be used to target and potentially discriminate against consumers. The findings and recommendations in this report are intended to form part of an ongoing dialogue, and the Commission welcomes further input and information on these issues. The Commission will continue to work with industry, consumer groups and legislators to promote the goals of greater transparency and consumer control.*”.

Uma nova *commodity* vem criando uma indústria lucrativa e de crescimento rápido, chamando atenção de agentes reguladores antitruste para restringir quem controla esse fluxo. Um século atrás, o recurso em questão era o petróleo. Agora, uma preocupação semelhante tem sido levantada pelas gigantes que negociam dados, o petróleo da era digital. Estes titãs — Alphabet (a companhia-mãe do Google), Amazon, Apple, Facebook e Microsoft — e as cinco corporações mais valiosas do mundo parecem imparáveis. Seus lucros estão subindo: elas arrecadaram coletivamente mais de 25 bilhões de dólares de lucro líquido no primeiro trimestre de 2017. A Amazon detém metade de todos os dólares gastos *on-line* nos Estados Unidos. Google e Facebook contabilizaram quase toda a receita de crescimento em propaganda digital nos Estados Unidos no último ano. (tradução nossa).<sup>29</sup>

A força dessa nova economia baseada em dados é perturbadora e é suficiente refletir por um momento que, desde o instante em que a pessoa se desperta, está disponibilizando, utilizando e manipulando dados. Desde a música que ouve durante a atividade física matinal até a pesquisa de tópico no ambiente de trabalho, os dados assumem o papel principal. É comum, por exemplo, pesquisar um tópico no Google e, momentos depois, receber vários anúncios ofertando produtos e serviços relacionados à pesquisa realizada.

Os dados são apontados como o novo petróleo (The World's..., 2017): são o insumo para várias tecnologias e, na lógica do mercado, a fragmentação em dados potencializa uma nova versão de abstração da pessoa, que passa a constituir matéria-prima na forma de dados, produto, porque é comercializável e destinatária da cadeia de consumo, diante da paradoxal “hiperpessoalização” do serviço com base nos dados pessoais (Schulman, 2016).

Torna-se interessante trazer a observação de Vianna (2021, p. 124), no que toca a comparação entre dados e petróleo e os estudos sobre a matéria entre os anos de 2017 e 2019<sup>30</sup> que apontam para esse novo modelo de capitalismo (baseado em dados):

---

<sup>29</sup> Do original: “A new commodity spawns a lucrative, fast-growing industry, prompting antitrust regulators to step in to restrain those who control its flow. A century ago, the resource in question was oil. Now similar concerns are being raised by the giants that deal in data, the oil of the digital era. These titans — Alphabet (Google’s parent company), Amazon, Apple, Facebook and Microsoft — look unstoppable. They are the five most valuable listed firms in the world. Their profits are surging: they collectively racked up over \$25bn in net profit in the first quarter of 2017. Amazon captures half of all dollars spent online in America. Google and Facebook accounted for almost all the revenue growth in digital advertising in America last year”.

<sup>30</sup> Duas publicações da área da economia — o jornal *The Economist* (2017) e o Relatório de Indústria, do Fórum Econômico Mundial (WEF, 2019) — afirmaram, de maneira semelhante, que os dados seriam o novo petróleo e, dessa forma, o recurso mais valioso do mundo.

Tal comparação entre petróleo e dados como matérias-primas de elevada importância global, motiva a reflexão que orienta o desenvolvimento deste trabalho. Inicialmente é levado em consideração que, se por um lado o petróleo se origina da exploração dos recursos naturais de nações inteiras, por outro os dados se originam da exploração de comportamentos, escolhas e ações pessoais. Desta forma, a partir de estudos desenvolvidos desde o ano de 2017 sobre tecnologias digitais e formas de expropriação de dados, usualmente apresentadas em uma perspectiva funcionalista como coparticipação, coprodução, *crowdsourcing* e inovação aberta, este ensaio é elaborado a partir de um olhar crítico sobre a comparação apresentada inicialmente. É sugerido, de antemão, que a digitalização possa se apresentar como um novo espírito do capitalismo, oriundo das críticas de espíritos anteriores e orientado pela acumulação ilimitada a partir de métodos, aparentemente, fleumáticos (Boltanski & Chiapello, 2009). Um elemento que instiga tal reflexão, repousa sobre o importante número de estudos críticos desenvolvidos nos dois anos que separam as duas publicações (2017 e 2019) e que atentam para este novo modelo de capitalismo (Couldry & Mejias, 2019; Couldry & Yu, 2018; Morozov, 2018; Srnicek, 2017; Zuboff, 2019). Tal modelo é nomeado de diferentes formas como capitalismo de plataforma (Srnicek, 2017), capitalismo de vigilância (Zuboff, 2019), capitalismo de *Big Data* (Chandler & Fuchs, 2019), entre outras. Esses estudos analisam, em sua maioria, o estado de risco ao qual a população em geral está exposta, dada a possibilidade de os dados produzidos por ela, consciente e inconscientemente, por meio de dispositivos conectados, serem explorados de diferentes formas e por diferentes organizações (Chardel, 2019; O'Neil, 2016).

Observa-se que a regulação do tratamento de dados pessoais e as possíveis distorções competitivas, decorrentes do contexto do *Big Data*, são temas de complexidade que requerem o diálogo entre a LGPD e o Direito da Concorrência para a sua solução.

## 4.2 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

### 4.2.1 Posse de dados pessoais como variável competitiva na análise concorrencial

As etapas de análise de atos de concentração são concebidas em torno da concepção de poder de mercado e da probabilidade de sua utilização. Nesse contexto, uma multiplicidade de variáveis é examinada, entre elas a existência de uma vantagem exclusiva detida por um agente incumbente. A partir desse cenário, emerge a questão sobre se a manipulação de *Big Data* pode constituir um diferencial competitivo para o agente econômico que a domina.

Particularmente na análise de poder de mercado, após a mensuração do nível de concentração dos mercados relevantes e da verificação do atingimento dos

patamares a partir dos quais a intervenção antitruste se torna necessária, também é feita uma avaliação da probabilidade do exercício desse poder.

A utilização de dados pode auxiliar as empresas a aprimorar seus produtos ou serviços e promover a inovação. A exploração de *Big Data* com a finalidade de incentivar a inovação geralmente possibilita aos agentes econômicos o aprimoramento da qualidade de seus produtos ou serviços e a concepção de novos, sobretudo mediante um entendimento apurado acerca do perfil e das necessidades de seus consumidores. Tais melhorias são majoritariamente observadas como resultados de processos de aprendizagem (*learning effects*). Esse é o caso, por exemplo, dos serviços de busca *on-line*, nos quais os resultados de uma pesquisa e seus respectivos algoritmos são aprimorados com base nas palavras-chave pesquisadas e em todos os cliques efetuados pelos usuários para cada uma.

Ocorre que potenciais concorrentes e rivais podem não conseguir alcançar tal capacidade devido a uma série de fatores (ou uma mescla deles) que necessita ser analisada pela autoridade concorrencial no caso específico. Deve-se levar em conta as seguintes premissas fundamentais: (i) em sua essência, o *Big Data* não se resume a um conjunto extenso de dados, mas sim representa a habilidade de processar uma larga quantidade de dados diversificados com rapidez, convertendo-os em informações valiosas; (ii) volume, variedade, velocidade e valor constituem os atributos-chave do *Big Data*, porém a intensidade e a importância de cada um deles podem oscilar, a depender do mercado específico em que tal competência é utilizada; e (iii) para ser possível gerar valor dos dados em estratégias de *Big Data*, é indispensável explorar toda a sua cadeia de valor, mesmo que seja por meio de intermediários (Rubinfeld; Gal, 2017).

Ao se analisar o *Big Data* sob o aspecto concorrencial, acaba-se adentrando no campo da proteção de dados em duas vertentes: a) o Direito dos Usuários, que está intimamente ligado com o Direito do Consumidor; e b) as relações empresariais, sendo que ambas as óticas se relacionam com a própria defesa da justa concorrência. Destaca-se que os primeiros grandes indícios de uma diretriz antitruste, a fim de regular a ordem econômica, foram voltados sob esses dois prismas: a defesa da economia popular, protegendo consumidores (Direito do Consumidor) e comerciantes (Direito da Concorrência).

Em regra, pode-se pensar que, na nova economia, cuja informação é considerada o recurso valioso, o *Big Data* emerge como uma variável competitiva de peso na análise concorrencial. Isso porque, se refere ao processamento e à análise de volumes enormes de dados, muito além do que os sistemas tradicionais conseguem lidar, permitindo, assim, que as empresas obtenham *insights* precisos e detalhados. A exploração de dados pode ser de relevância ainda maior para o aperfeiçoamento daqueles produtos ou serviços que são essencialmente os próprios dados, como ocorre com plataformas de relacionamento *on-line*. Outro exemplo que ilustra a utilização da coleta de dados para o aperfeiçoamento de produtos ou serviços, se dá pela captura de dados sobre a utilização e os possíveis problemas técnicos de dispositivos eletrônicos pessoais por intermédio de *softwares* (sistemas operacionais e navegadores, por exemplo) instalados nesses aparelhos (Competition..., 2016).

É comum, após o tratamento de dados pessoais, que eles sejam interpretados a fim de direcionar a melhor opção para conquistar e fidelizar clientes. Um exemplo dessa prática, em decisão inédita no Brasil, é o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça que condenou a empresa Decolar.com ao pagamento de multa de R\$ 7.500.000,00 por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor — técnicas conhecidas, respectivamente, como *geo pricing* e *geo blocking*. A decisão menciona que:

[...] ao precificar – ou permitir que se precifique – o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a Decolar.com se conduz de forma a extrapolar o direito de precificar (ou permitir que serviço por ele anunciado seja precificado) de acordo com as práticas do mercado. Com efeito, não se justifica, e nem é prática usual, o estabelecimento de preços diferentes de serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições a qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços. Quanto à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica é ainda mais evidente: a Decolar.com extrapola de seu direito de praticar o comércio e de ofertar o produto, prejudicando o consumidor brasileiro, ao não mostrar serviço que não queira vender a determinado consumidor (no caso, o consumidor brasileiro). Isso porque o favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação por conta de etnia, localização geográfica ou qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial causa desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo (MPMS, 2018).

Em que pese aos apontamentos levantados, o questionamento se o *Big Data* é uma variável competitiva de peso na análise concorrencial não comporta uma resposta unívoca, requerendo a avaliação de uma variedade de fatores no caso específico, à luz da cadeia de valor do *Big Data*. Entre esses fatores, destacam-se: (i) a presença de efeitos de rede (ciclos de feedback e monetização do usuário)<sup>31</sup>; (ii) a existência de economias de escala e escopo; (iii) a disponibilidade e a acessibilidade a dados e às tecnologias para a sua exploração; e (iv) a variação do valor dos dados coletados ao longo do tempo.

Nesse sentido, alertam Lasserre e Mundt (2017, p. 90-91):

A suposição imediata de que o acesso a dados ou tecnologias é consistentemente desafiador não pode ser estabelecida. O acesso muitas vezes pode ser fácil e justo a todos. Uma apreciação criteriosa das condições factuais é imperativa para deduzir se os ativos detidos por uma plataforma *on-line* estabelecida atuam como impedimentos à entrada ou à expansão de competidores. Esses obstáculos, amplificados pela existência de efeitos de rede resultantes de *feedback loops* e pela manifestação de economias de escala e escopo, têm o potencial de obstar a entrada de novos concorrentes, marginalizar adversários de menor porte e até mesmo desencadear a monopolização do mercado, prejudicando significativamente a concorrência.

Destaca-se que, em 2016, o Cade lançou um novo “Guia para análise de atos de concentração horizontal” para orientar a análise realizada pelo órgão nas etapas acima, de acordo com as melhores práticas adotadas em importantes jurisdições concorrenciais, como a norte-americana e a europeia.

Conquanto a metodologia prevista no Guia-H não tenha um caráter obrigatório ou vinculante para o Cade nem seja exauriente no que diz respeito a todos os possíveis métodos de análise de casos concretos, a publicação do referido documento tem os objetivos de guiar os seus membros a empregar as melhores práticas e auxiliar os agentes econômicos a compreender cada uma de suas etapas, técnicas e critérios (OCDE, 2016).

As deliberações até então expostas sugerem que não existe uma resposta universalmente aplicável a todas as situações. A exploração do *Big Data* pode se revelar, ou não, como uma vantagem competitiva substancial e facultar o exercício de poder de mercado, variando conforme as peculiaridades do caso em tela. Estas devem ser meticulosamente consideradas nas avaliações conduzidas pelas

---

<sup>31</sup> Do original: *user e monetisation feedback loops*.

autoridades de defesa da concorrência em mercados que operam sobre a premissa dos dados. Nesse sentido, muitas vezes, o Cade julga pela ausência de conduta anticompetitiva, tendo em vista que os dados e/ou a tecnologia poderiam ser acessados/utilizados por todos os concorrentes, devendo cada um do mercado “ir atrás desse potencial diferenciador”.

O próprio *Center on Regulation in Europe* (CRE) destaca que, nos modelos de negócios/mercados digitais, há um marcante interesse e investimento na aquisição de dados, especialmente aqueles de natureza pessoal. Esse interesse manifesta-se pela provisão de produtos categorizados como “gratuitos” (mercados de preço zero), que frequentemente apresentam efeitos de rede e de experiência comparativamente aos modelos convencionais. No entanto, conforme anotado pelas autoridades de defesa da concorrência da Alemanha e da França, as deliberações acerca desses fatores permanecem em curso. O que a prática tem evidenciado é que tais características e fenômenos geram impactos dúbios sobre a concorrência, de maneira que não existem conclusões absolutas sobre o tema. Por conseguinte, é imprescindível uma análise apurada no caso a caso (Competition..., 2016).

Os dados pessoais oferecem um manancial de informações que podem ser utilizadas para entender, prever e influenciar o comportamento do consumidor, dando às empresas uma vantagem competitiva. As empresas que possuem grandes volumes de dados pessoais podem melhorar a eficiência de suas operações, inovar de maneira efetiva e oferecer produtos e serviços personalizados.

Porém, a acumulação de dados pessoais por um pequeno número de empresas também pode levar à concentração de mercado, criando potenciais barreiras à entrada e prejudicando a competição. Empresas estabelecidas com acesso a grandes conjuntos de dados podem ter uma vantagem competitiva que dificulta a entrada de novos participantes no mercado, o que pode limitar a inovação e a escolha do consumidor.

Além disso, a posse de dados pode tornar-se um instrumento de poder, permitindo a práticas comerciais potencialmente abusivas. Por exemplo, empresas dominantes podem usar dados exclusivos para prejudicar concorrentes ou para favorecer suas próprias ofertas em detrimento de outras.

A concordância é ampla, tanto na literatura econômica quanto antitruste, acerca dos benefícios múltiplos trazidos pela manipulação do *Big Data* em

plataformas virtuais para corporações e consumidores, a despeito das preocupações paralelas relacionadas à erosão da privacidade destes últimos. De uma ótica, a manipulação efetiva do *Big Data* pode resultar em ganhos econômicos expressivos. Tal competência pode auxiliar na melhoria de produtos e serviços, elevação da eficiência nos processos de produção, prognóstico de tendências de mercado e intensificação da segmentação do público consumidor. Isso é evidente na criação de modelos de negócios precisos e focados, com publicidade direcionada e ofertas customizadas (Competition..., 2016; OCDE, 2016).

Além disso, a manipulação desse tipo de capacidade pode gerar novas possibilidades de negócios, pois os dados reunidos durante a prestação de um serviço particular podem ser úteis em um contexto de serviço completamente diferente. De fato, pesquisas indicam que empresas embasadas em inovações orientadas por dados (*data-driven innovation*) experimentam, em média, um crescimento de produtividade de 5% a 10% maior em comparação a empresas similares que não adotam essa abordagem (OCDE, 2016).

Assim, a integração da posse de dados pessoais na análise concorrencial também traz consigo desafios. Diferentemente de ativos físicos, os dados não são fixos nem finitos, e sua posse não impede necessariamente seu uso por outros. Além disso, o valor dos dados, muitas vezes, depende de como eles são usados, tornando a avaliação de sua importância competitiva complexa.

#### **4.2.2 Influência dos mercados digitais de preço zero na análise concorrencial**

A monetização dos dados pessoais e a necessidade de proteção e tutela da privacidade atingem um ponto de relevo interessante. Nasce, portanto, a necessidade de se atingir um ponto de convergência entre o fomento saudável dessa economia de dados, ao mesmo tempo que se preserva a privacidade. Essa necessidade se potencializa quando se fala em “mercados de preço zero”. Os mercados digitais de preço zero, ou mercados de plataforma, são aqueles em que os consumidores acessam serviços gratuitamente, e as empresas monetizam seus dados. Exemplos incluem as redes sociais, como o Facebook e o Instagram, serviços de e-mail, como o Gmail, e motores de busca, como o Google.

Anualmente, bilhões de dólares são gerados por plataformas digitais que oferecem seus principais produtos e serviços gratuitamente aos usuários. O Facebook e o Google, por exemplo, detêm uma capitalização de mercado de USD 826 bilhões e USD 1,372 trilhão, respectivamente, e geraram faturamento bruto, apenas no mercado de publicidade *on-line* em 2020, de USD 84,169 bilhões e USD 146,924 bilhões, também respectivamente (Motta, 2021).

Na realidade, o termo “gratuitamente” é no mínimo duvidoso. O surgimento de economias digitais tem evidenciado um modelo inovador, no qual produtos e serviços são disponibilizados sem exigência de contrapartida financeira por parte dos consumidores ou ao menos de um segmento deles. Refere-se aos denominados “*zero-price markets*” (mercados de preço zero). Nesses mercados, um agente disponibiliza seu produto ou serviço a custo zero para, pelo menos, um conjunto de usuários. É importante frisar que, com frequência, o preço zero é aplicado apenas a um dos lados da plataforma, e não a todos os seus participantes. Essa especificidade ocorre, inclusive, no caso de bens complementares, quando um dos produtos é oferecido gratuitamente apenas a um grupo de usuários, ou seja, aqueles que não adquirem ambos os produtos, por exemplo.

Entretanto, é inadequado equiparar preço zero à gratuidade ou à benevolência. De fato, os atores que operam nesses mercados exigem tipo de recompensa, inclusive de seus consumidores que não realizam pagamentos monetários — como atenção e informação. Também têm metas alinhadas com as das empresas tradicionais, que demandam contraprestação financeira por seus produtos e serviços, tais como expansão de mercado, fidelização de clientes e incremento de lucros.

Embora a prática aqui discutida não seja equiparável à infração concorrencial denominada preço predatório, não se trata de estratégia anticompetitiva na qual o agente econômico cobra um preço excessivamente baixo ou nulo, com a finalidade imediata de excluir seus rivais do mercado para, posteriormente, em um cenário sem competição, elevar seus preços.

De acordo com Evans (2011), nos *zero-price markets*, zero é o equilíbrio de longo prazo, ou seja, a não exigência de um valor financeiro pelo produto ou serviço seria uma estratégia comercial economicamente sustentável, e a tendência seria a manutenção do preço zero ao menos para um dos lados da plataforma.

O modelo comercial que sustenta a maioria dos produtos ou serviços digitais, abrangendo e-mails, mecanismos de busca, redes sociais, portais de notícias e outros aplicativos, é majoritariamente financiado por meio da publicidade comportamental. O modelo de negócio que capta dados — a exemplo das plataformas digitais — é agressivo e eficiente, pois combina dois lados da moeda: de um, o usuário que está sedento por utilizar o serviço gratuitamente<sup>32</sup> e geralmente não lê os termos do contrato; do outro, o novo detentor dos dados que leiloam esse novo ativo. Nesse aspecto, a chave da higidez desse conflito de interesses está na ciência do usuário.

Bioni (2019, p. 48-49) propõe que:

Inicialmente, o usuário é atraído para aproveitar um serviço e/ou produto, para que, numa etapa subsequente, seus dados pessoais sejam coletados, possibilitando assim a segmentação da mensagem publicitária, que constitui sua fonte de monetização.

No entanto, essa “compensação” pela utilização dos produtos ou serviços por meio do fornecimento de dados pessoais requer cautela, considerando que os detentores dos dados não têm conhecimento exato do “custo efetivo” da transação. Tal incerteza decorre do fato de que os dados podem ser utilizados de múltiplas maneiras, sobretudo no âmbito do *Big Data*. Assim sendo, os danos ou as vantagens advindas dessa operação permanecem incertas.

O fenômeno dos mercados de preço zero também tem implicações para a definição de mercado relevante, um aspecto chave da análise concorrencial. As empresas digitais muitas vezes operam em mercados bilaterais ou multilaterais, servindo a vários grupos distintos de usuários. Determinar o mercado relevante, nesses contextos, pode ser um desafio.

Além disso, a análise de poder de mercado e de práticas potencialmente anticompetitivas é afetada nos mercados de preço zero. Por exemplo, uma empresa pode ter uma grande base de usuários e controlar uma quantidade de dados, mesmo sem cobrar por seus serviços. Isso pode lhe dar um poder de mercado e a capacidade de excluir concorrentes, embora isso possa não ser evidente por meio de medidas convencionais, como preços e quotas de mercado.

---

<sup>32</sup> Na maioria dos casos, as plataformas digitais são gratuitas.

A inovação é outra área onde os mercados de preço zero podem desafiar a análise concorrencial. Muitas empresas digitais de preço zero operam em mercados de "vencedor leva tudo", onde o valor de um serviço aumenta à medida que pessoas o utilizam (efeitos de rede). Isso pode levar a uma rápida inovação e crescimento, mas também pode aumentar as barreiras à entrada e perpetuar o domínio de empresas estabelecidas.

Em conclusão, os mercados digitais de preço zero exigem uma adaptação e expansão dos métodos tradicionais de análise concorrencial. Precisa-se de uma melhor compreensão das dinâmicas desses mercados e de como o valor é criado e distribuído entre empresas e consumidores. Também é necessário considerar novas maneiras de definir o poder de mercado e identificar práticas anticompetitivas nesses contextos. Esse é um campo de estudo em rápida evolução, com implicações importantes para a regulação e a política de concorrência.

#### **4.2.3 Complexidade dos mercados de dois lados**

Os Mercados de Dois Lados (M2L), também conhecidos como mercados de plataforma, são uma estrutura em que duas partes interdependentes interagem por meio de uma plataforma ou um intermediário. Essa plataforma, que pode ser um *site*, um aplicativo ou outra tecnologia, facilita as transações entre os dois grupos, por exemplo: no mercado de aplicativos de transporte, como Uber e Lyft, os dois lados do mercado são os motoristas e os passageiros. A plataforma (o aplicativo) conecta os dois, facilitando as transações entre eles.

A doutrina dos M2L é fundamentada em duas peças de pesquisa principais: a primeira, de Rochet e Tirole (2003), e a segunda, de Evans e Schmalensee (2005).

Rochet e Tirole (2003) definem um M2L como aquele no qual a plataforma intermediadora tem a capacidade de moldar o volume de transações estabelecendo preços distintos para cada lado do mercado, o que realça a importância do ajuste de preços. Segundo essa visão, a plataforma tem a responsabilidade de formular um preço que seja tanto conveniente quanto rentável para os dois grupos de consumidores, de forma a garantir a conclusão da transação. Por essa razão, para esses autores, a ênfase recai sobre a determinação de preços em um mercado de tal natureza, com a intenção de manter os dois conjuntos de consumidores

envolvidos. Os autores estabelecem uma analogia entre a definição de taxas de intercâmbio visando maximizar os lucros de bancos que emitem cartões e as que visam maximizar o bem-estar social. Nessa perspectiva, a não neutralidade de preços torna-se crucial para a obtenção de eficiência econômica nesse mercado. O preço estipulado varia de acordo com as elasticidades de demanda de cada lado e a competição existente entre as plataformas.

A pesquisa de Evans e Schmalensee (2005) apresenta uma conceituação do M2L. Nessa visão, tal mercado é caracterizado pela interconexão de dois grupos de consumidores distintos que se complementam e interagem mutuamente, mas que somente conseguem criar valor um para o outro por meio da mediação de uma plataforma. Essa plataforma funciona como um “catalisador econômico”, facilitando a geração de valor ao permitir a interação entre os usuários. Isso resulta na mitigação de dificuldades associadas à coordenação entre os dois grupos e na diminuição dos custos decorrentes de transações entre eles, visto que a presença do intermediador tende a simplificar essa interação. Assim, Evans e Schmalensee propõem uma visão do M2L que enfatiza o papel da plataforma em criar valor, argumentando que a ausência desta impossibilita a existência do mercado.

As plataformas digitais, como as redes sociais, as lojas de aplicativos e os mercados *on-line*, são exemplos notáveis de M2L. Essas plataformas conectam usuários ou consumidores com produtores ou vendedores, por exemplo: a Amazon conecta vendedores de produtos com consumidores, já o Facebook conecta usuários de redes sociais com anunciantes.

Os M2L apresentam características distintas: em primeiro lugar, eles geralmente exibem os “efeitos de rede”, cujo valor da plataforma para um usuário aumenta à medida que usuários de outro grupo se juntam à plataforma. Além disso, esses mercados geralmente têm estruturas de preços complexas, como a prática de cobrar um lado do mercado mais do que o outro ou oferecer serviços gratuitos para um lado, a fim de atrair usuários.

No que toca à regulação concorrencial, ao se avaliar o mercado relevante com essas características, há necessidade de reflexão sobre considerar todos os lados como um único mercado ou como múltiplos mercados relevantes (distintos). Nesse sentir, Fernandes (2022, p. 241-242) destaca que:

Ao avaliar o poder de mercado das plataformas digitais, deve-se optar por considerar que os múltiplos lados integram apenas um mercado relevante ou, alternativamente, considerar que cada lado da plataforma corresponde a um mercado autônomo. Essa escolha é fundamental para as próximas etapas da análise e, em especial, para a aferição do balanceamento entre os efeitos anticompetitivos e possíveis eficiências oriundas da conduta unilateral investigada. Há posições divergentes na jurisprudência comparada sobre se deve ser considerado apenas um mercado relevante que englobe todos os lados da plataforma ou se múltiplos mercados relevantes devem ser definidos para cada um dos lados.

Segundo o autor, a solução para essa questão foi buscada por meio de uma categoria das plataformas, quais sejam: “plataformas transacionais bilaterais” e “plataformas não transacionais”.

As plataformas transacionais bilaterais, de acordo com o autor, são capazes de observar ou monitorar todas as transações, sendo o intermediário capaz não apenas de cobrar um preço de adesão à plataforma, mas também de estabelecer preços para cada uma das transações que nela ocorre. E cita exemplos, como os meios de pagamento de cartões de crédito ou *marketplace online*.

Já as plataformas não transacionais são as que não há uma transação direta entre distintos grupos de consumidores, porém, se atraem. Um exemplo dado pelo autor são as plataformas de mídia baseadas em anúncios de publicidade, como os jornais, televisão etc.

Pelo exposto, observa-se que nas plataformas de transação bilaterais deve-se definir apenas um mercado relevante que envolve todos os lados. Já nas plataformas não transacionais deve-se definir dois mercados separados, mesmo sendo inter-relacionados.

Ademais, as plataformas digitais e os M2L têm implicações para questões de política econômica, como regulação e concorrência, levantando preocupações sobre o monopólio e a necessidade de regulação.

#### **4.2.4 Ineficiência do uso do Teste do Monopolista Hipotético (TMH) para definir mercado relevante em mercados de preço zero**

Na definição de mercado relevante, é utilizado o TMH, por meio do qual são feitos exercícios sucessivos para se identificar um grupo de produtos ou serviços e uma área geográfica física em que um hipotético monopolista poderia exercer seu

poder de mercado, implementando um pequeno aumento de preços (*Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price* – SSNIP) de forma lucrativa ou economicamente viável (Motta, 2004).

O instrumental analítico utilizado para a aplicação desse teste envolve a avaliação da reação do consumidor ao hipotético aumento de preços, aferindo-se o grau de substituíbilidade (refletido na elasticidade da demanda) entre bens ou serviços ofertados pelas empresas participantes do ato de concentração e outros bens ou serviços em determinadas áreas geográficas. Assim, é óbvio que, em mercados digitais de preço zero (gratuitos), a definição de mercado relevante fica prejudicada, pois não há como se falar em aumento de preços que ensejem a substituíbilidade, pois em tese não há aumento (impossibilitando, assim, de se mensurar qual é o seu grau).

A fim de explicar como o TMH se dá na prática, utilizar-se-á o exemplo de Silvino (2016, p. 70-71, grifos originais):

Mas como funcionaria o Teste do Monopolista Hipotético? No Brasil da década de 90 existiam três grandes firmas que trabalhavam no mercado de doces feitos à base da pasta de cacau: Garoto, Nestlé e Lacta. Para efeitos didáticos, vamos supor que cada uma delas produzia três produtos diferentes: chocolate branco em barra (Opera, Galak e Laka), chocolate aerado em barra (Aero, Sufclair e Bubbly) e bombons (Serenata de Amor, Sedução e Sonho de Valsa).

Transportando isso para a realidade estadunidense, para determinar o mercado relevante com base no *Hypothetical Monopolist Test*, far-se-ia a seguinte pergunta: no caso da concentração se perfectibilizar (entre duas ou todas as três empresas), o monopolista hipotético (que busca maximizar seu lucro) seria capaz de impor **um pequeno aumento, mas significativo e não transitório** (em regra, algo em torno de 5% – cinco por cento), no mercado de **“doces feitos à base da pasta de cacau (chocolates)”** considerando os preços que eram praticados antes da concentração ser consumada? Se a resposta para a pergunta feita anteriormente for sim, é possível estabelecer como mercado relevante o **mercado de doces feitos à base da pasta de cacau (chocolates)**. Caso a resposta seja não, a tendência é procurar o substituto mais próximo para o produto em questão (WHINSTON, 2006, p. 78) ou trabalhar os submercados (mercado de chocolate branco em barra; mercado de chocolate aerado em barra; mercado de bombons; e assim sucessivamente).

Segundo Fernandes (2022, p. 251), há dois problemas centrais no uso do TMH em mercados digitais:

Nas investigações antitruste contra plataformas digitais, há pelo menos duas complicações centrais no manejo do TMH. A primeira delas está relacionada à existência dos efeitos de redes inter cruzados da plataforma.

Considerando que o TMH foi idealizado para modelos de negócios unilaterais, não há como aplicá-lo da mesma forma no âmbito de plataformas. Dado que um aumento significativo e não transitório de preços em um dos lados pode afetar a demanda do outro lado, é necessário que sejam considerados múltiplos cenários para se verificar se a soma dos preços ou se a estrutura dos preços da plataforma é capaz de gerar desvios de demanda em cada um dos lados.

Mesmo que existam diversas propostas na literatura no sentido de adaptar o TMH para a lógica de múltiplos lados, não há consensos sobre como devem ser simulados os aumentos SSNIP, tampouco sobre como devem ser mensurados os efeitos inter cruzados dos aumentos de demanda em cada um dos lados.

Ou seja, caso venha a ocorrer qualquer forma de aumento nos preços, o agente que porventura aumentar/aplicar um valor/preço ao seu produto estará logicamente em grande desvantagem ao concorrente que permaneceu no preço zero. Logicamente que tal raciocínio se aplica no caso de produtos e/ou serviços “idênticos”. Qualquer elevação no preço, criando um preço positivo — saindo do preço zero —, por menor que seja, retira (tratando-se de produtos/serviços no mesmo patamar) o concorrente positivo do mercado. Sob essa lógica, é evidente que ocorrerá uma substituição substancial do cliente do produto de preço agora positivo, prejudicando, assim, a aplicação do TMH.

As questões sobre M2L ou de múltiplos lados em serviços ofertados por meio de plataformas digitais são polêmicas, conforme já explanado. Em cenários onde os produtos ou serviços são oferecidos sem custo, a aplicabilidade e a necessidade de definição de mercado relevante e a importância da análise antitruste, considerando que práticas econômicas específicas possivelmente não resultem em preços altos para os consumidores, surgem como reflexões relevantes (Evans, 2011).

Evans (2011) identifica um problema em todas essas teorias de “isenção”: elas focam o preço, que é apenas uma das dimensões competitivas. Há, na verdade, uma crítica generalizada sobre a predominância dos efeitos sobre os preços em toda a análise antitruste, uma perspectiva que é questionada por especialistas no Direito da Concorrência. Referindo-se a ambientes nota-se que na UE e nos EUA, os fatores econômicos são facilmente mensuráveis (como o impacto das operações sobre preços, oferta ou eficiências produtivas no curto ou longo prazo) ocorrendo um movimento regulatório antitruste em direção a elementos quantificáveis.

O Cade tem adotado uma postura conservadora<sup>33</sup>: dada a rigidez das condições para a aplicação da abordagem de mercado único, é adequado recorrer inicialmente à abordagem de múltiplos lados. Nessa perspectiva, concorda-se com a recomendação da OCDE (2018, p. 10), que sugere às autoridades de defesa da concorrência sempre realizarem uma avaliação da magnitude dos efeitos de rede cruzados: “onde houver uma externalidade de rede multiplataforma, o valor de adotar uma abordagem multifacetada deve pelo menos ser considerado, e a justificativa para decidir não o fazer deve ser explicada”. (tradução nossa).<sup>34</sup>

Ou seja, a substituição da análise antitruste tradicionalmente empregada em mercados de um único lado deve ser considerada.

A análise de mercado relevante preocupa, pois, mesmo que o método antitruste não obrigue as autoridades de defesa da concorrência a considerar exclusivamente os impactos sobre o preço, suas análises tendem a centralizar-se no exame de se a operação dará às partes o poder de aumentar os preços de seus produtos ou serviços acima do nível competitivo. Embora as autoridades antitruste reconheçam a existência de outras dimensões competitivas não relacionadas ao preço (por exemplo, qualidade e inovação) e possam considerá-las até certo ponto, o preço acabou se tornando uma variável comum na análise de fusões e aquisições, que raramente são examinadas exclusivamente sob outros parâmetros competitivos (Evans, 2011).

Sobre a preferência/o crescimento do mercado de preço zero, Newman (2016, p. 74-75) destaca que:

A preferência exagerada dos consumidores por produtos de preço zero em vez de produtos de preço positivo tende a significar que um determinado produto de preço zero e um determinado produto de preço positivo não competem no mesmo mercado de produtos antitruste. A ZPE cria um grau inesperadamente alto de demanda do consumidor por produtos de preço zero em relação a produtos de preço positivo. Essa não linearidade complica as análises de definição de mercado. A ZPE determina que qualquer aumento no preço de zero a um valor positivo — não importa quão “pequeno” em termos absolutos — desencadeará uma substituição substancial do cliente do produto de preço agora positivo. Como resultado, a ação competitiva em muitos mercados de preço zero ocorrem em torno de atributos não preço. Isso ocorre porque o ZPE influencia o comportamento estratégico das empresas racionais. Suponha que a empresa X decida

---

<sup>33</sup> Fato que fica claro quando analisada a definição de mercado relevante em plataformas de busca *on-line*.

<sup>34</sup> Do original: “where there is a cross-platform network externality, the value of adopting a multi-sided approach should at least be considered, and the rationale for deciding not to do so explained”.

competir diretamente com o concorrente Y, cujo produto tem preço zero. Tudo o mais sendo igual, X ficaria em grande desvantagem ao oferecer seu produto concorrente a um preço positivo. X, portanto, imitaria a estratégia que permite a Y oferecer preços zero ou empregaria uma estratégia única que permitiria a X definir seu preço em zero. Isso sugere que, quando um determinado produto é oferecido a zero, mas um segundo produto não, o vendedor do segundo produto provavelmente não está competindo diretamente com o vendedor do primeiro. Em outras palavras, os dois produtos provavelmente não são substitutos próximos. (tradução nossa).<sup>35</sup>

Fernandes (2022) defende que uma avaliação minuciosa dos efeitos de rede cruzados deve ser realizada pelo Cade ao analisar condutas de plataformas digitais atuantes em mercados digitais. Essa sugestão é justificada por duas razões principais: primeiramente, levando em conta que grande parte dessas plataformas operam modelos de negócios baseados em publicidade, seria apropriado realizar a análise de dois mercados relevantes distintos. Nesses cenários, estaria lidando com plataformas bilaterais não transacionais, pois o intermediário não seria capaz de monitorar individualmente as transações que ocorrem na plataforma. Com modelos de negócios como motores de busca, é evidente que a avaliação da substitutibilidade da demanda difere em cada lado da plataforma. Em segundo lugar, o Cade tem importante jurisprudência já fixada, no sentido de, tratando-se da análise do controle de conduta, prioriza-se a segregação de cada lado da plataforma como um mercado relevante distinto.

Destaca-se que o Cade<sup>36</sup> defende o uso e manutenção do *standard* do bem-estar do consumidor (*consumer welfare standard*) como norte das políticas de defesa da concorrência.

---

<sup>35</sup> Do original: “Consumers’ outsized preference for zero-price products over positive-price products tends to mean that a given zero-price product and a given positive-price product do not compete in the same antitrust product market. The ZPE creates an unexpectedly high degree of consumer demand for zero-price products relative to positive-price products. This nonlinearity complicates market-definition analyses. The ZPE dictates that any increase in price from zero to a positive amount—no matter how “small” in absolute terms—will trigger substantial customer substitution away from the now-positive-price product. As a result, the competitive action in many zero-price markets occurs around non price attributes. This is so because the ZPE influences rational firms’ strategic behavior. Suppose firm X decides to compete directly with competitor Y, whose product is priced at zero. All else being equal, X would be severely disadvantaged by offering its competing product at a positive price. X would thus either mimic the strategy that allows Y to offer zero prices or employ a unique strategy that will allow X to set its price at zero. This suggests that, where a given product is offered at zero but a second product is not, the seller of the second product is likely not competing directly with the seller of the first. In other words, the two products are likely not close substitutes”.

<sup>36</sup> No Documento de Trabalho nº 005, o Cade traz as seguintes justificativas: “Por exemplo, o relatório da União Europeia é claro em afirmar que o framework básico de direito da concorrência é capaz de lidar com os desafios de se implementar uma política de defesa da concorrência em mercados digitais. Isso porque ele incorpora quaisquer tipos de efeitos negativos que impactem o consumidor —

Isso porque, o *standard* é flexível o suficiente para incorporar questões como qualidade e inovação em mercados com preço zero, concorrência em mercados dinâmicos e permite a formulação de uma série de presunções baseadas na estrutura de mercado que modificariam a alocação de ônus da prova em casos específicos.

#### **4.2.5 Potenciais impactos da posse de dados em larga escala à concorrência**

A grande concentração de dados pessoais pode ter diversos impactos sobre a concorrência, muitos dos quais podem potencialmente ser prejudiciais. Nesse sentido, essa sessão analisa os efeitos potenciais sobre a concorrência que podem surgir da grande concentração de dados nas mãos de *players* em mercados digitais.

Conforme já explorado neste estudo, que se debruça sobre como a intersecção dessas duas áreas (proteção de dados pessoais e Direito Concorrencial) pode influenciar a análise e regulação da concorrência em mercados digitais, o crescimento exponencial de dados pessoais e a ascensão de plataformas digitais na economia colocaram a proteção de dados e o Direito Concorrencial como áreas cruciais do Direito.

Na era digital, os dados se tornaram uma moeda de troca de inestimável valor. Com a crescente digitalização das atividades econômicas, as empresas que

---

seja preço, quantidade, escolha, qualidade ou inovação (estes últimos os principais focos de mercados digitais P2C). Não obstante, o relatório afirma a necessidade de repensar os standards de prova para intervenção nestes mercados, haja vista que em diversos casos não será possível medir danos ao consumidor de forma clara, conforme exigido por uma interpretação restritiva do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*). O relatório defende a necessidade de se intervir para proteger a competição nestes mercados quando as autoridades entendam que práticas têm o potencial de excluir ou tendem a restringir a competição em mercados digitais — mesmo nos casos em que não se pode documentar com elevada probabilidade de certeza que uma prática é danosa. O relatório da União Europeia também indica que a noção de ‘consumidor’ que está posta pelo termo ‘bem-estar do consumidor’ inclui não apenas o consumidor final, mas também consumidores intermediários como trabalhadores da ‘gig economy’ que entregam produtos e serviços. Isso significa que o direito antitruste também deve endereçar preocupações associadas ao exercício do poder de monopólio quando se pensa no poder de mercado e nas teorias de dano que se relacionam às plataformas digitais. Uma visão similar é compartilhada pelo relatório do Stigler Center, que afirma que o *consumer welfare* é um bom standard para medir violações de defesa da concorrência, em particular quando considerados efeitos não-preço e danos à inovação. Igualmente, porém, ele destaca as dificuldades de medir o bem-estar do consumidor em mercados em que a economia comportamental desempenha um papel relevante” (Lancieri; Sakowski, 2020, p. 100).

operam em plataformas digitais têm a oportunidade de coletar uma quantidade sem precedentes de dados.

Nesse cenário, a posse e o controle de grandes volumes de dados por empresas podem criar barreiras à entrada e reduzir a concorrência. Em um cenário onde os dados são um elemento vital para a inovação e o crescimento, a incapacidade de competir em termos de coleta e utilização de dados pode limitar a capacidade das empresas de competir efetivamente. O controle desproporcional de dados também pode levar a comportamentos abusivos, como a prática de preços discriminatórios.

#### *4.2.5.1 Barreiras à entrada de novos players*

A posse de grandes quantidades de dados pessoais pode criar uma barreira à entrada para novos concorrentes. Como os dados podem ser usados para melhorar produtos e serviços, aprimorar a eficiência operacional e identificar tendências de mercado, as empresas que já possuem esses dados têm uma vantagem competitiva substancial. Os novos entrantes, que não têm acesso a uma base de dados comparável, podem achar difícil competir.

Examinando os elementos que constituem obstáculos à entrada no cenário de concorrência, Domingues e Gaban (2016, p. 116) classificam como barreira de entrada “qualquer componente de um mercado que coloque um possível competidor (novato) eficaz em uma posição desvantajosa em relação aos atores econômicos já estabelecidos”.

Nesse contexto, identifica-se a existência de duas categorias de barreiras à entrada, classificadas entre barreiras naturais e barreiras artificiais. As primeiras surgem “das características intrínsecas ou do arranjo do mercado e da dimensão de seus participantes”, enquanto as últimas são “criadas por ações ou inações dos agentes econômicos, visando manter uma posição de vantagem no mercado” (Domingues; Gaban, 2016, p. 117).

Na prática antitruste brasileira, a análise sob o ponto de vista da entrada de competidores e, eventualmente, sobre os obstáculos apresentados a esse movimento, depende da avaliação de aspectos como: i. presença de custos irreversíveis; ii. requisitos legais e regulatórios; iii. benefícios exclusivos de certas

empresas; iv. economias de escala; e escopo; v. fidelidade de consumidores; e vi. nível de integração da cadeia produtiva analisada (Brasil, 2016).

Sobre esses aspectos, destaca-se que o “Guia para análise de atos de concentração horizontal” do Cade (2016, p. 28-29) define a existência de custos irrecuperáveis como: “aqueles que não podem ser reavidos quando a empresa decide sair do mercado”; exigências legais e regulatórias como aquelas: “criadas pelo governo ou por agências reguladoras, e definem requisitos mínimos para a instalação e funcionamento de uma empresa”; vantagens exclusivas de determinadas empresas são caracterizadas como: “a propriedade, o acesso exclusivo ou o acesso condicionado a qualquer insumo de produção com oferta restrita ou inelástica a preços pré-concentração”; as economias de escala e escopo “influenciam as condições de entrada, pois afetam as escalas mínimas eficientes, o aumento nos custos associados a escalas sub-ótimas e o posicionamento da entrante nos mercados de produtos em que as incumbentes atuam”.

Sobre a fidelidade de consumidores, afirma que: “tende a ser maior em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são importantes para a competição”; e afirma que o nível de integração da cadeia produtiva analisada: “pode aumentar os custos irrecuperáveis das entrantes potenciais ou exigir entrada em dois mercados ao mesmo tempo” (Cade, 2016, p. 29-30).

A dinâmica da concorrência em mercados digitais, notavelmente influenciada por inovações tecnológicas e barreiras à entrada, apresenta desafios específicos à política antitruste. A capacidade de uma empresa estabelecida exercer poder de mercado é altamente dependente da existência de barreiras à entrada, que, quando inexistentes, impedem a cobrança de preços acima do nível competitivo.

Conforme destacado por Evans e Schmalensee (2002), em setores da nova economia, é crucial analisar as ameaças reais e potenciais de inovação que as empresas incumbentes enfrentam. Tal análise vai além do simples exercício de definição de mercados, participação de mercado ou até mesmo o exame das tradicionais barreiras à entrada.

As empresas frequentemente argumentam que a possibilidade de entrada no mercado justifica a manutenção de seu poder de mercado após a execução de uma ação ou comportamento anticompetitivo. No entanto, a iminência de entrada é um fenômeno complexo de mensurar, devido à ausência de critérios claros.

Barreiras à entrada podem surgir com base na diferenciação de produtos, especialmente quando uma empresa estabelecida possui tecnologias de produção diferenciadas inacessíveis a potenciais ofertantes, como segredos industriais ou patentes. Contudo, os métodos estáticos utilizados para avaliar ações e comportamentos anticompetitivos são inadequados para prever com segurança o futuro da concorrência tecnológica.

A política antitruste enfrenta o desafio de desenvolver uma metodologia que possa avaliar essas complexidades. A intervenção pode ser desnecessária quando a concorrência é baseada na diferenciação, com a expectativa de que potenciais ofertantes consigam “alcançar” tecnologicamente as empresas incumbentes em um prazo razoável.

No entanto, ações e comportamentos anticompetitivos podem ser considerados prejudiciais ao processo de concorrência se empresas externas não tiverem acesso à mesma tecnologia que as empresas envolvidas na ação ou no comportamento. As sinergias resultantes de programas de pesquisa combinados, bem como a posse de ativos complementares, podem capacitar as empresas envolvidas a exercer poder de mercado e até criar barreiras à entrada de novos competidores. A incerteza sobre o resultado em longo prazo de fusões e condutas anticompetitivas ilustra as limitações da metodologia adotada pela defesa da concorrência.

#### *4.2.5.2 Potencialização de efeitos de rede: feedback loops*

A concentração de dados pessoais e a potencialização de efeitos de rede, especialmente por meio de ciclos de realimentação (*feedback loops*), têm implicações para a concorrência no ambiente digital. A importância do debate se encaixa no argumento de que a exploração dessa capacidade potencializaria os efeitos de rede identificados nas plataformas de múltiplos lados (The World's..., 2017).

Os efeitos de rede ocorrem quando a utilidade ou o valor de um produto ou serviço aumenta com o número de usuários. Por exemplo, uma plataforma de mídia social se torna valiosa para cada usuário individual à medida que pessoas se juntam à plataforma e compartilham conteúdo.

A concentração de dados pessoais intensifica esses efeitos de rede. Nesse sentir, Fernandes (2022. p. 117) explica que:

Devido à reciprocidade entre a necessidade de obtenção dos dados para oferta de melhores produtos e a importância da utilização dos dados para a formação de pacotes de conteúdos que atraiam os usuários, autores como Pasquale, Newman, Prufner e outros passaram a compreender que as grandes plataformas digitais poderiam se beneficiar de um processo circular de obtenção e tratamento de dados que ensejaria aumentos significativos de barreiras à entrada - fenômeno esse chamado de "user feedback loop" ou "Data-driven network effects". Consoante proposto por esses autores, o efeito feedback loop de dados consiste em um processo circular segundo o qual, à medida que as plataformas digitais aumentam o número de usuários, realizam a coleta e o processamento de um volume cada vez maior de dados, o que torna a plataforma mais atrativa aos consumidores, uma vez que se opera a melhoria na qualidade dos serviços ofertados. Esse processo circular torna-se bastante evidente nas plataformas de buscas on-line, por exemplo. Conforme o Google recebe mais consultas, ocorre melhora em seu algoritmo e aumento em seu repositório de fontes, o que permite que a plataforma tenha maior capacidade de exibir resultados relevantes e de cobrar mais dos anunciantes.

Ou seja, as plataformas digitais que coletam e armazenam grandes volumes de dados pessoais podem usar essas informações para melhorar e personalizar seus serviços, tornando-os atraentes para os usuários existentes e potenciais. Esse aprimoramento e personalização, por sua vez, podem atrair usuários, criando um ciclo de realimentação positivo.

A OCDE (2016) se refere a efeitos de rede derivados de dados (*data-driven network effects*) que são resultantes de dois ciclos de retroalimentação (*feedback loops*), os quais se assemelham a um fenômeno de *learning-by-doing*: (i) o "user feedback loop" e (ii) o "monetisation feedback loop". De um lado, uma plataforma que possua maior número de usuários de seus serviços consegue coletar

dados para melhorar a qualidade desses serviços e, dessa forma, conquistar novos usuários. Do outro lado, plataformas que exploram dados de usuários também podem melhorar o direcionamento de anúncios e monetizar os serviços, obtendo recursos para investir em sua qualidade e atrair potenciais usuários e anunciantes. São esses ciclos intermináveis que podem fazer com que fique muito difícil para quaisquer potenciais entrantes e rivais competir contra uma empresa incumbente com um maior número de clientes (OCDE, 2016).

No entanto, essa concentração de dados pessoais e a potencialização dos efeitos de rede podem criar barreiras à entrada para novos competidores. Os novos

entrantes podem achar difícil competir com plataformas estabelecidas que têm acesso a grandes volumes de dados pessoais e podem oferecer serviços personalizados e aprimorados.

Além disso, a concentração de dados pessoais pode levar a uma falta de transparência e potenciais violações da privacidade, uma vez que os usuários muitas vezes não têm controle total ou conhecimento de como seus dados estão sendo usados.

Por fim, o *feedback loops* reforça a posição dominante de empresas no mercado, levando a uma situação de monopólio ou oligopólio, limitando a concorrência, a inovação e a capacidade de escolha do consumidor.

Portanto, é crucial que os reguladores de concorrência e de proteção de dados trabalhem juntos para abordar esses desafios e garantir que a digitalização e a concentração de dados pessoais não prejudiquem a concorrência nem a privacidade dos usuários.

#### 4.2.5.3 *Abuso de posição dominante: poder econômico (poder de mercado) e posição dominante (participação de mercado)*

O poder econômico, também conhecido como poder de mercado, e a posição dominante, associada à participação de mercado, são conceitos centrais no Direito Concorrencial, mas possuem distinções importantes.

O poder econômico ou poder de mercado se refere à capacidade de uma empresa influenciar o preço de um produto ou serviço, ou as condições do mercado, de forma unilateral. Isso geralmente ocorre quando a empresa detém uma parcela do mercado, possui tecnologia ou *expertise* exclusiva, ou enfrenta barreiras à entrada de novos concorrentes (Forgioni, 2016).

Essa capacidade de exercer influência sobre o mercado, de maneira unilateral, possibilita a adoção de comportamentos que podem ser considerados anticompetitivos, como a prática de preços predatórios ou a imposição de condições comerciais desleais a fornecedores clientes ou a outros players.

Bagnoli (2017) destaca que o poder econômico pode existir ainda que a empresa seja detentora de uma participação pequena de mercado. Segundo o autor, o poder econômico se traduz em poder de mercado, pois a empresa detentora em

regra teria capacidade de impor seus desejos ao mercado (já que é detentora de poder econômico).

Nas palavras de Bagnoli (2017, p. 304):

Quando se fala em posição dominante, entende-se a participação que determinada empresa tem num certo mercado. Essa participação pode ser resultado de sua eficiência concorrencial que lhe garantiu uma posição de destaque em decorrência da opção dos consumidores. Até então, nada se tem de anticoncorrencial.

A antijuridicidade iniciaria se tal empresa, detentora de expressiva participação no mercado, abusasse de sua posição, o que ensejaria a repressão (ou a prevenção se o ato ainda não estiver consumado) das autoridades de defesa da concorrência.

Esse abuso decorreria da relevante posição da empresa dentro de um mercado, que lhe permitisse abusar dessa situação limitando a oferta, aumentando os preços, impondo condições aos seus compradores, dentre outras diversas possibilidades de condutas anticoncorrenciais. Evidentemente, esse quadro só seria favorável à empresa que abusasse de sua posição, no caso de não existirem concorrentes aptos a ingressarem nesse mercado ou, se já estabelecidos, não suprirem as restrições impostas aos compradores pela empresa que estivesse abusando de sua posição.

Portanto, a posição dominante estaria relacionada diretamente com a participação de mercado (market share), e seria alvo da atuação das autoridades de defesa da concorrência, no caso do agente detentor dessa condição abusar dela em desfavor do mercado.

Portanto, enquanto o poder de mercado se refere à capacidade de uma empresa de influenciar o mercado, a posição dominante está relacionada à participação de mercado de uma empresa. Embora ambos os conceitos estejam inter-relacionados, é possível que uma empresa tenha uma posição dominante sem necessariamente exercer um poder de mercado abusivo e vice-versa. Ou seja, existe relação entre poder econômico, poder de mercado e posição dominante, sendo o poder econômico pressuposto de posição dominante (*market share*), mas a participação de mercado independe do poder econômico (em raros os casos).

#### 4.2.5.4 Inibição da inovação

Embora a posse de dados possa promover a inovação ao permitir o desenvolvimento de novos produtos e serviços, também existe o potencial de inibir a inovação. Se uma pequena quantidade de empresas detém a maioria dos dados, isso pode restringir a capacidade de outras empresas inovarem, já que elas não têm acesso aos mesmos recursos informativos.

Fernandes (2022) alerta que em análises de concorrência que não se baseiam exclusivamente no preço, a inovação é frequentemente vista como um componente crucial para o bem-estar econômico em longo prazo. Relatórios sobre a economia digital destacam uma preocupação particular em relação a uma possível desaceleração na taxa de inovação em mercados digitais. Embora as autoridades antitruste tenham tradicionalmente procurado avaliar como ações unilaterais ou fusões podem afetar os níveis de inovação em um setor, definir a competição por inovação em mercados de preços zero pode ser complexo.

Fernandes (2022, p. 206) também destaca que:

Como destacado na Introdução, na própria literatura antitruste é possível vislumbrar uma convergência na adoção de um conceito único de inovação, que coincide com aquele apresentado no Manual de Oslo da OCDE/Eurostat, o qual define genericamente inovação como "a implementação de produto novo ou significativamente melhorado (bem ou serviço), ou processo, bem como de novo método de marketing ou novo método organizacional nas práticas de negócios, organização do local de trabalho ou relações externas" (tradução livre). Nesse conceito, inovação significa tanto uma atividade quanto o resultado que dela advém, desde que designe concretamente a implementação de algo e não meramente uma simples invenção ou ideia criativa.

Na jurisprudência do Cade, tem-se tentado examinar como o aumento da concentração de mercado pode afetar a motivação para a disputa por novos produtos e serviços. Ou seja, a busca pela concentração econômica é o padrão das estratégias empresariais, entretanto, o domínio do mercado acarreta produtos e serviços de baixa qualidade com preços abusivos e pouca inovação tecnológica.

#### *4.2.5.5 Inovação predatória*

"Inovação predatória" é um termo que se refere a uma estratégia usada por empresas para usar inovação de maneira agressiva e potencialmente anticompetitiva. Em vez de utilizar inovações para competir com base na qualidade ou preço de um produto ou serviço, uma empresa pode usar inovações para dificultar a competição de outras empresas.

Na prática, uma empresa pode introduzir uma nova tecnologia ou modificar sua plataforma de maneira a dificultar a operação de concorrentes, mesmo que essas inovações não tragam benefícios claros para os consumidores. Essa tática

pode ser particularmente eficaz em mercados digitais, onde as alterações podem ser implementadas rapidamente e os efeitos de rede podem tornar difícil para os concorrentes se recuperarem.

Vale salientar que essa prática pode trazer implicações jurídicas e regulatórias, pois pode ser considerada uma violação das leis de concorrência. A avaliação de tal prática deve considerar o equilíbrio entre a promoção da inovação e a prevenção de comportamentos anticompetitivos.

Nesse sentido, Gaban, Domingues e Silva (2019) alertam que a distinção entre a inovação “benéfica” e a “predatória” é tênue, todavia é indiscutível que mecanismos de inovação ou tecnologia podem ser empregados como instrumentos para eliminar competidores.

Schrepel (2017) traz a classificação das principais práticas oriundas da inovação predatória. São elas: predação, recusa de contratar, venda casada e oportunismo compulsório. Veja-se cada um dos princípios, nas conceituações do autor:

**Predação.** Esta conduta unilateral deve estar vinculada ao posterior aumento dos preços – ou expectativa de que isso aconteça – para níveis acima dos competitivos, por um período duradouro. No mercado digital, é comum oferecimento gratuito de determinado bem ou serviço. Nesse contexto, as empresas obtêm faturamento de outras fontes – majoritariamente publicidade – que não a cobrança direta ao consumidor final. Dessa forma, as orientações para análise de preço predatório, bem como os testes para auferir eventuais danos, devem levar em consideração as possibilidades da utilização de outras fontes de renda da empresa dominante, bem como a flutuação de preços ao longo do tempo e a diferenciação entre consumidores e, por fim, a correta medição dos custos dos demais concorrentes.

**Recusa de contratar.** Para fins de análise desta conduta no mercado digital, é necessário observar que as ferramentas de comparação de preço e os dados utilizados pelas plataformas podem ser considerados essenciais e ter seus acessos restritos pelo concorrente dominante. Diante disso, é imprescindível estabelecer parâmetros mínimos para considerar em quais circunstâncias os dados e as demais estruturas tecnológicas devem se submeter a regras de acesso obrigatório e não discriminatório a terceiros.

**Venda casada.** No ambiente virtual, essa conduta pode ser diferenciada em três tipos: o desenho de tecnologias com o objetivo de eliminar produtos e serviços similares; a remoção de interoperabilidade de produtos concorrentes e a modificação tecnológica pensada para restringir a concorrência através da promoção de um produto original.

**Oportunismo compulsório (*compulsory free-riding*).** Cunhado por Shelanski (2013), a “carona” compulsória se dá quando “uma plataforma se

apropriada da inovação de outras empresas que dela dependem para acessar os consumidores". Caracteriza uma vantagem competitiva das plataformas digitais, as quais teriam acesso às informações sobre os produtos e serviços com melhores performance de vendas e poderiam utilizar estas informações em detrimento de concorrentes.

**Discriminação.** Condutas como o *geopricing* e *geoblocking* – discriminação e restrição de acesso a preços de produtos e serviços baseado em geolocalização – já precisam ser consideradas para fins de orientação e aplicação da legislação antitruste, de modo que o Cade precisa estabelecer padrões mínimos de análise que autorizem a caracterização de determinadas condutas como discriminação. (grifos nossos).

Esses são apenas potenciais impactos que a concentração de dados pessoais pode ter sobre a concorrência. É importante que os órgãos reguladores e a legislação antitruste reconheçam e se adaptem a esses desafios para garantir que os mercados permaneçam justos e competitivos na era digital.

#### 4.3 UM OLHAR SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE

A análise de novos casos ao redor do mundo tem fomentado um pensamento de que a imposição de deveres antitruste às plataformas digitais pode prejudicar a própria inovação que criou uma concorrência dinâmica em benefício do consumidor.

A relação entre as políticas de inovação e de concorrência tem fornecido orientações para a supervisão antitruste no contexto jurídico brasileiro. Em julgamento ocorrido em junho de 2019, o Tribunal Administrativo do Cade avaliou alegações semelhantes ao caso conhecido como Google Shopping. A decisão, que resultou em um empate, concluiu pela não ocorrência de violação da ordem econômica. O relatório da votação enfatizou que o caso em apreço estava imerso em um cenário de concorrência dinâmica, tornando inadequadas as intervenções que normalmente se baseiam em uma análise estática do mercado e da competição (Brasil, 2011; Fernandes, 2022).<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Esse argumento também foi reverberado na análise desenvolvida pelo Departamento de Estudos Econômicos, que concluiu que "a criação do Google Shopping se insere em um contexto de concorrência dinâmica, em que, por meio de inovações e alianças estratégicas, a Representante compete por um mercado em constante evolução" (Brasil, 2018).

Quando se aborda o instituto da notificação prévia, sob um olhar de concorrência dinâmica em benefício do consumidor, é importante lembrar que aquela pode implicar um viés regulatório que favorece as empresas já estabelecidas em detrimento de novos entrantes ou empresas menores. Schumpeter (1997) argumentou que o capitalismo é caracterizado por ondas de inovação que são frequentemente impulsionadas por novos entrantes que desafiam as empresas estabelecidas. Se as exigências regulatórias para a notificação prévia são demasiadamente onerosas, isso pode representar uma barreira à entrada que protege os incumbentes da concorrência.

Vale ressaltar que os critérios de notificação prévia dos atos de concentração, muitas vezes, se baseiam em uma análise estática da concorrência, que pode não capturar completamente a dinâmica do mercado em um contexto schumpeteriano. Ou seja, mesmo que uma certa concentração limite a concorrência em um dado momento, ela pode, na verdade, ser uma parte crucial do processo de “destruição criativa”, que leva a um maior crescimento e desenvolvimento em longo prazo.

Tocante a condutas exclusionárias, Fernandes (2022, p. 22-23) ressalta que:

No campo do controle de condutas exclusionárias, o exame dos efeitos sobre inovação tem composto elemento importante da teoria do dano em decisões recentes da Comissão Europeia nos casos Google AdSense e Google Androide e, também, nas investigações em andamento instauradas contra a Amazon e a Apple.

Em estudo conduzido por especialistas encomendado pela Comissão Europeia, afirmou-se que “a promoção da inovação é um objetivo maior da política antitruste, e os efeitos sobre ela serão frequentemente mais importantes que os efeitos sobre preços na análise de estratégias empresariais” (tradução livre) IO. De forma ampla, diferentes jurisdições parecem buscar na lírica da inovação uma fonte de legitimidade, seja para justificar a repressão de estratégias comerciais supostamente anticompetitivas de plataformas online, seja para imunizá-las. Não seria um exagero afirmar que o discurso de proteção da inovação tem se tornado verdadeiro slogan político na economia digital.

O protagonismo da inovação, no entanto, parece esconder alguns abusos de significados atribuídos a conceitos-chave de parte da literatura antitruste, tais como “concorrência dinâmica”, “eficiências inovativas” ou mesmo de “inovação disruptiva”. Se a aplicação do antitruste baseada no paradigma da Escola de Chicago deu azo a um verdadeiro excesso de sentidos da noção de bem-estar do consumidor (consumer welfare), a polissemia da inovação, de igual forma, revela um foco de instabilidade da teoria antitruste que demanda um esforço de consistência no âmbito acadêmico.

Conforme já trabalhado nesta pesquisa, os mercados digitais apresentam características únicas que desafiam as abordagens tradicionais da teoria da concorrência. Devido ao seu caráter altamente dinâmico, esses mercados apresentam estruturas de rede, economias de escala e efeitos de rede que podem facilmente levar a estruturas de mercado concentradas ou oligopolizadas.

Nesse contexto, as teorias de concorrência dinâmica, em especial a neoschumpeteriana, tem um papel relevante, pois postula a inovação como o motor da dinâmica econômica, transcendendo, assim, o mero enfoque em preços que é característico de modelos de competição tradicionais. Na abordagem neoschumpeteriana, é enfatizado que a inovação, que pode ocorrer por meio de novos produtos, novos processos, novos mercados e novas formas de organização, é a força propulsora do desenvolvimento econômico. Desse modo, os efeitos sobre a qualidade e a inovação, que são de suma importância em mercados com competição dinâmica, são abordados sob essa perspectiva teórica.

Portanto, a partir de uma perspectiva schumpeteriana, é fundamental que não só a análise dos atos de concentração, mas também os critérios de notificação prévia dos atos de concentração, sejam projetados de uma maneira que reconheça e acomode a importância da inovação e da dinâmica de mercado no processo de desenvolvimento econômico. Nasce, assim, a necessidade de uma explanação a respeito das principais escolas de teoria dinâmica.

#### **4.3.1 Escola schumpeteriana**

As teorias econômicas relativas à inovação, particularmente aquelas fundamentadas nos estudos de Schumpeter, ganharam relevância na literatura acadêmica. Na obra *Capitalismo, socialismo e democracia*, Schumpeter (1961) propõe uma teoria de concorrência que diverge do modelo neoclássico de concorrência perfeita. Essa teoria se destina a prover uma interpretação renovada para o funcionamento da economia capitalista em sua totalidade. O autor sustenta que o sistema capitalista se desenvolve devido às assimetrias entre as empresas, que buscam se apropriar de lucros extraordinários derivados da criação de novos produtos, serviços e mercados.

Assim, na perspectiva schumpeteriana, o motor do processo competitivo não é a concorrência medida pelos seus efeitos imediatos nos preços, mas sim a busca por benefícios de longo prazo, associados à inovação de produtos e serviços, ao desenvolvimento de novos mercados e à criação de novas formas de organização. O progresso do sistema capitalista é impulsionado por disparidades entre as corporações. Na perseguição por grandes lucros, as empresas ambicionam capitalizar sobre os benefícios decorrentes da criação de produtos, serviços e mercados inovadores. Dessa forma, segundo a perspectiva de Schumpeter (1961), o verdadeiro catalisador da competição não reside nos efeitos imediatos da concorrência sobre os preços, e sim na aspiração por vantagens de longa duração. Tais vantagens são correlacionadas à inovação em produtos e serviços, à expansão de mercados emergentes e à instauração de novos modelos organizacionais que podem resultar em divergências nas taxas de lucro.

Dessa forma, na visão de Schumpeter (1961), a concorrência ocorre por meio de inovações em sentido amplo, não se restringindo unicamente à inovação tecnológica. Isso implica que o propósito fundamental da empresa é almejar um lucro extraordinário por meio de práticas divergentes das adotadas pelos concorrentes e há múltiplas maneiras pelas quais isso pode ser concretizado. Diante dessas considerações, sob a perspectiva schumpeteriana, “fazer algo diferente” dos competidores — isto é, inovar — torna-se de fato a regra geral, e a concorrência baseada em preços, discutida nos manuais tradicionais, passa a ser vista como um caso especial (ainda que importante) dessa dinâmica.

Nas palavras de Fernandes (2022, p. 53):

Essa compreensão dinâmica do comportamento das firmas em concorrência é baseada em duas importantes premissas. A primeira estabelece que as inovações são altamente custosas e exigem investimentos em atividades de P&D que não são recuperáveis pelas vendas atuais das empresas. Por esse motivo, as grandes indústrias detêm maior capacidade de inovar no mercado. A segunda premissa determina que os mercados concentrados são necessariamente mais propícios à inovação do que os mercados descentralizados.

Destaca-se que enquadrar Schumpeter dentro de uma escola específica de pensamento econômico é uma missão desafiadora. Isso ocorre porque ele, como um dos economistas influentes, formulou suas próprias teorias, o que dificulta sua inclusão em qualquer uma das principais correntes de pensamento econômico.

Schumpeter (1997) apresentou argumentos sólidos, postulando que os fenômenos econômicos não poderiam ser elucidados pela teoria neoclássica, que percebia a tecnologia como uma variável exógena ao processo de desenvolvimento econômico. Em contrapartida, ele a considerava como uma variável endógena, uma vez que as inovações provocavam diversas alterações econômicas.

Por essa razão, a maioria dos textos e livros que discute a história do pensamento econômico reconhece a fundação de uma escola schumpeteriana, atribuindo a Schumpeter a criação de uma nova doutrina ou corrente de pensamento econômico.

Nesse sentir, Hugon (1995, p. 419) relata que:

Apesar de utilizar os instrumentos teóricos dos marginalistas e neoclássicos, sua [...] extensão da análise econômica do plano estático para o dinâmico. [...] [o posiciona] [...] como verdadeiro pioneiro [...] de uma linha de pensamento econômico inédita. Sua contribuição evidencia uma evolução da teoria econômica para a interpretação de fenômenos como o desenvolvimento econômico e social.

Na realidade, Schumpeter (1997) sempre enfatizou dois aspectos inerentes ao empreendedor e às inovações tecnológicas: o crédito e a intuição dos empreendedores. A inovação tecnológica foi negligenciada na análise econômica até que, após a Segunda Guerra Mundial, as ideias propostas por Schumpeter (1997) deram origem à economia da inovação.

Em sua teoria, ele contempla elementos contemporâneos como “as inovações tecnológicas, o empreendedor inovador, a grande corporação, a concentração de capital, as instituições financeiras e o ambiente competitivo do mercado” (Souza, 2005, p. 144).

A grande contribuição da teoria de Schumpeter é enfatizar que a competição surge a partir da criação de chances de lucro advindas das diferenças entre os atores na economia capitalista. Essa perspectiva contrapõe-se à noção de que haja uma taxa de lucro uniforme que segue uma tendência já definida, tal como era pressuposto no modelo de concorrência perfeita.

### 4.3.2 Escola neoschumpeteriana

As ideias e as contribuições da escola neoschumpeteriana capturaram a atenção de diversos acadêmicos e inspiraram uma série de pesquisas. Esses estudos revisitam as concepções de Schumpeter (1997), posicionando-se em oposição ao modelo neoclássico.

Assim, surge também a conhecida escola da evolução, que se trata de uma corrente do pensamento econômico que busca desenvolver e expandir as teorias e as ideias introduzidas por Schumpeter (1997). Ela se baseia na ideia de que a economia é um sistema em constante evolução, impulsionado pela inovação e pela destruição criativa. O avanço tecnológico passou a ser visto como resultado da atividade econômica, um aspecto que não havia sido considerado pela escola concorrente. As inovações tendem a se agrupar em torno de tecnologias e formas organizacionais que se complementam, de forma que a maioria das fases extensas de crescimento foi desencadeada por uma inovação revolucionária, tal como o vapor e a eletricidade.

A economia neoschumpeteriana emerge principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, caracterizando-se por incorporar fatores como a incerteza, os limites da racionalidade, a inovação tecnológica e o papel fundamental dos empreendedores inovadores no processo de desenvolvimento econômico.

Fernandes (2022, p. 53) resume a escola neoschumpeteriana da seguinte forma:

Os principais dogmas da corrente evolucionária são apresentados, por exemplo, na obra de NELSON e WINTER. Os autores compartilham das premissas schumpeterianas acerca do funcionamento da concorrência nas economias capitalistas e buscam desenvolver uma teoria explicativa das mudanças econômicas do capitalismo a partir de modelos de comportamento das empresas capitalistas no processo de inovação e experimentação. A obra recorre a uma analogia às teorias evolucionárias da biologia para explicar como funcionam as estratégias empresariais de busca de suas inovações e de sua seleção pelo mercado. A principal contribuição do movimento evolucionário foi aprimorar a explicação da trajetória da inovação a partir da identificação e da simulação de rotinas endógenas de pesquisa que definem os comportamentos das empresas. Embora a perspectiva evolucionária seja de inegável relevância para o avanço da frente dinâmica das teorias de organização industrial, entende-se que tal perspectiva não apresenta implicações para as políticas de defesa da concorrência essencialmente distintas daquelas propostas pela perspectiva schumpeteriana. [...]

E complementa, afirmando que:

A perspectiva de concorrência dinâmica de Schumpeter presume que uma estrutura de mercado mais concentrada seria, a princípio, favorável ao desenvolvimento de novos produtos e serviços no mercado no longo prazo. Essa correlação entre concentração de mercado e inovação, no entanto, passou a ser objetada na teoria econômica, sobretudo, a partir dos trabalhos de Arrow produzidos originalmente em 1962. Os estudos desse autor investigam os incentivos de uma empresa para investir em inovações sustentáveis (que reduzem custos) em cenários de monopólio vs. mercado perfeitamente competitivo. De forma oposta à SCHUMPETER, os trabalhos de Arrow permitem a conclusão de que a competição - e não o monopólio - seria a estrutura de mercado mais favorável à inovação (FERNANDES, 2022, p. 53).

Além dos nomes já citados por Fernandes (Richard Nelson, Sidney Winter), destacam-se como principais contribuintes para essa escola os economistas Giovanni Dosi, Christopher Freeman e Edith Penrose, cujas obras acentuaram a importância da inovação tecnológica e a necessidade de uma abordagem realista e dinâmica da teoria econômica. Eles destacam que as firmas, em vez de serem vistas como tomadoras de preço em um ambiente competitivo, são, na verdade, entidades com diferentes capacidades e estratégias, competindo por meio de inovação e diferenciação do produto. Ou seja, em vez de conceber a economia como um sistema em equilíbrio, os neoschumpeterianos a veem como um sistema dinâmico e evolutivo.

Os neoschumpeterianos tendem a se concentrar em como as novas tecnologias, os produtos e os processos se difundem pela economia e como isso afeta o crescimento e a estrutura econômica. Além disso, eles estudam o papel das instituições e das políticas públicas na promoção ou na inibição da inovação e do desenvolvimento tecnológico.

Sob a perspectiva neoschumpeteriana, o processo de aprendizagem é crucial para elucidar a relação entre o nível microeconômico e o desempenho macroeconômico de uma nação. No tocante à importância do processo de aprendizagem, Dathein (2015, p. 193-222) traz que:

Nessa concepção, o conhecimento é o principal insumo produtivo, responsável pelas constantes inovações e pelo seu uso eficiente, sendo a empresa (onde se cria e se acumula conhecimento) o agente central da inovação. O aprendizado tecnológico e organizacional (e sua produção e transmissão) é determinado nas relações internas da empresa, entre indivíduos e desses com a empresa, e nas relações externas da empresa,

entre essas e outras instituições. O processo de aprendizado, com mecanismos de produção e transmissão de conhecimento, desenvolve competências e capacitações para a busca de soluções de problemas, por parte dos indivíduos e das organizações (Johnson; Lundvall, 2005; Bell; Pavitt, 1995). Ou seja, objetiva-se a substituição de rotinas inadequadas por outras que, tendo em vista alterações do ambiente interno ou externo à empresa, deem respostas mais eficientes. Nesse sentido, o crescimento econômico está associado diretamente à maneira como as rotinas afetam o funcionamento das organizações (Nelson, 2002).

Em suma, a escola neoschumpeteriana é uma corrente de pensamento econômico que enfatiza o papel da inovação e da mudança tecnológica no desenvolvimento econômico, desafiando a visão neoclássica de equilíbrio e competição perfeita.

#### **4.3.3 Escola de inovações disruptivas**

A escola de inovações disruptivas não é uma instituição formalmente estabelecida, mas se refere a um conjunto de conceitos, teorias e práticas relacionado à ideia de inovação disruptiva. Essa noção foi popularizada pelo acadêmico Christensen (1997) em seu livro *The innovator's dilemma*.

Inicialmente, Christensen (1997) buscou analisar e esboçar uma teoria sobre o modelo de concorrência em empresas americanas. Nessa fase, constatou que empresas falhavam em se manter no topo quando confrontadas por novas tecnologias. Contudo, os insucessos de empresas estabelecidas não são necessariamente atribuídos a uma administração ineficiente, mas sim às decisões equivocadas tomadas pelos gestores ao lidarem com avanços tecnológicos dentro de uma rede de valor específica: esta é compreendida como “o ambiente onde uma empresa identifica e atende às demandas de seus clientes” (Christensen, 1997, p. 32).

Em estudos subsequentes, Christensen percebeu que essas empresas-líderes costumavam favorecer soluções tecnológicas acessíveis, que permitiam satisfazer seus melhores clientes atuais com margens de lucro elevadas. Essas soluções, denominadas “inovações sustentáveis”, melhoram a *performance* de produtos já existentes nas dimensões que os consumidores principais valorizavam historicamente (Fernandes, 2022).

Contudo, ao priorizarem tais inovações, as empresas incumbentes acabavam por fornecer aos clientes produtos com tecnologia avançada e caros do que estes realmente necessitavam, considerando a trajetória histórica de demanda. Em consequência, surgiam na base desses mercados grupos de consumidores, referidos como “franjas”, que não estavam dispostos a pagar pelos produtos sofisticados fornecidos pelas empresas estabelecidas, ou que, mesmo comprando tais produtos, percebiam que eles não apresentavam um bom custo-benefício (Christensen *et al.*, 2018).

Por outro lado, as inovações disruptivas ocorrem exatamente quando novas empresas introduzem produtos que atendem às demandas desses consumidores situados na margem ou na “franja” inferior dos mercados. A ideia central desse tipo de inovação é que, às vezes, avanços tecnológicos ou modelos de negócios inovadores podem criar um mercado e eventualmente deslocar mercados existentes, líderes da indústria ou tecnologias estabelecidas. Isso é diferente de uma inovação sustentável, que simplesmente melhora os produtos ou serviços existentes.

Nesse contexto, a escola de inovações disruptivas envolveria o estudo desses conceitos, junto à análise de casos históricos de inovação disruptiva, e como aplicá-los na prática. Isso poderia incluir estratégias de negócios para criar ou responder a inovações disruptivas, bem como considerações de políticas públicas, uma vez que a inovação disruptiva pode ter implicações para a regulação do mercado e para a competitividade econômica.

#### **4.3.4 Aplicação da ótica schumpeteriana na análise antitruste dos atos de concentração: conciliando inovação e concorrência**

A teoria schumpeteriana de concorrência e inovação e como ela se aplica ao ambiente digital e aos mercados digitais pode fornecer uma nova ótica de análise dos atos de concentração. A interseção entre a análise antitruste e a visão schumpeteriana da concorrência e da inovação é interessante, surgindo discussões sobre como as práticas de mercado e os atos de concentração podem afetar a inovação.

Os Princípios Econômicos Tradicionais que delineiam os mercados e as interações competitivas são, geralmente, fundamentados em conceitos de

microeconomia. Em um modelo ideal de “competição pura”, no qual nenhuma empresa individual tem a capacidade de influenciar os preços do mercado unilateralmente, os fornecedores de produtos e serviços são considerados meros aceitadores de preços.

Conforme esclarecido por Bacchi e Schapiro (2013), os consumidores adquirem o bem que valorizam, já as empresas recebem o equivalente monetário. Assim, teria “um estado ideal de bem-estar social”<sup>38</sup>, uma visão que claramente ecoa a Escola de Chicago, que considera a eficiência na alocação dos recursos como sinônimo de bem-estar social. Ou seja, a eficiência empresarial necessariamente beneficia os consumidores ao reduzir os custos de bens e serviços ou ao aumentar o valor do produto ou serviço oferecido; isso é verdade quer a unidade de negócios seja um concorrente ou um monopolista.

Contrastando, encontra-se a situação de um mercado monopolista, em que uma única empresa detém o poder de definir o preço, dada a ausência de concorrentes como alternativa para os consumidores. Nessas circunstâncias, além do aumento de preços e da diminuição da oferta, tem-se o que é comumente chamado de perda de bem-estar (*deadweight loss*). Esse é um custo gerado pela ineficiência do mercado, representado por um valor que não é atribuído a nenhum dos participantes na transação comercial. A suposição é que, quando a oferta e a demanda estão em desacordo, a alocação deixa de ser eficiente.

As etapas — estrutura tradicional de análise antitruste — já mencionadas neste trabalho podem ser resumidas pelo trinômio:

a) concentração; b) concorrência e c) bem-estar do consumidor, em que o aumento da concentração de mercado é associado à redução da concorrência e, conseqüentemente, à redução do bem-estar do consumidor (Machado; Bittar; Tavassi, 2018, p. 46).

Essa hipótese é colocada em xeque em mercados com características de concorrência dinâmica, ou seja, em que a contestação das posições de mercado se dá via inovação, uma vez que se parte do pressuposto de que as inovações contribuem para a melhoria do bem-estar coletivo e que, de acordo com a visão

---

<sup>38</sup> Nele, “ocorrem as seguintes equivalências: (i) o preço pago equivale ao custo marginal; (ii) o custo marginal do ofertante iguala-se à sua receita marginal; e (iii) o preço estipulado para o consumidor corresponde à utilidade marginal que ele atribui ao bem adquirido” (Bacchi; Schapiro, 2013, p. 52). Ver também Domingues e Gaban (2016, p. 88-104), e Nusdeo (2014, p. 183-226).

schumpeteriana, poderia ser favorecida por estruturas monopolísticas, a metodologia tradicional de análise de atos de concentração se vê desafiada.

No entanto, em mercados tão dinâmicos como os digitais, se faz necessária a valorização do critério inovação quando se analisa o controle de condutas. Corroborando tal pensamento, é incontestável na literatura que as eficiências dinâmicas ou inovativas são relevantes para o bem-estar social do que as eficiências alocativas.

A análise schumpeteriana do *consumer welfare* (bem-estar do consumidor) diverge da abordagem tradicional que enfatiza a competição perfeita e a eficiência alocativa. A escola schumpeteriana considera a inovação como a força motriz do crescimento econômico e da prosperidade do consumidor, mesmo que isso possa implicar grau de concentração de mercado temporária.

Na visão de Schumpeter (1997), as inovações disruptivas, trazidas pelos chamados “empreendedores”, são a fonte primária de progresso econômico. Essas inovações podem permitir que as empresas alcancem posições dominantes temporariamente, mas essa liderança está sempre em risco por causa do processo de “destruição criativa”. Em longo prazo, essa constante agitação do mercado promove o bem-estar do consumidor, pois resulta em produtos e serviços melhores e baratos.

Portanto, sob essa perspectiva, a análise da concorrência deve levar em consideração não apenas o efeito imediato de um negócio ou prática sobre os preços e a quantidade, mas também seu potencial para promover a inovação. Isso pode implicar, por exemplo, tolerar certos níveis de concentração de mercado ou práticas que poderiam ser consideradas anticompetitivas em uma análise restrita, desde que elas possam razoavelmente se esperar que resultem em inovação que beneficie os consumidores no longo prazo.

No entanto, sobre o mercado relevante no ambiente digital, alerta-se que é preciso adaptar o TMH, muito utilizado para a definição dos mercados relevantes, pois mercados de plataforma, por exemplo, não se encaixam perfeitamente no teste (Domingues *et al.*, 2019).

Na realidade do *Big Data*, os parâmetros materiais não são adequados, pois muitas vezes o valor não abarca a potencialidade do ato de concentração, ou seja, o parâmetro baseado unicamente no faturamento pode acabar por não avaliar

operações com impactos competitivos importantes, mas que estão, *a priori*, aquém daquele faturamento.

#### 4.4 ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES ENVOLVENDO A PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INTER-RELAÇÃO COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Conforme já exposto neste trabalho, com a crescente digitalização da economia e o avanço das tecnologias de informação, a inter-relação entre a proteção de dados e o Direito da Concorrência tornou-se um campo de interesse, tanto para legisladores quanto para reguladores. A análise de casos relevantes no Brasil e na Europa pode ajudar a entender como essas duas áreas do Direito estão sendo interpretadas e aplicadas.

##### 4.4.1 Análise do caso envolvendo o Facebook na Alemanha

Em fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt, a autoridade federal da Alemanha para a concorrência, decidiu que o Facebook estava abusando de sua posição dominante no mercado de redes sociais ao combinar os dados do usuário coletados em diferentes fontes.

Basicamente, a decisão enfatiza, principalmente, a coleta e uso de dados do Facebook. O Bundeskartellamt considerou que o Facebook tinha uma posição dominante no mercado de redes sociais na Alemanha e que abusava dessa posição ao coletar e combinar os dados dos usuários de diferentes fontes sem um consentimento voluntário suficiente. O Bundeskartellamt decidiu que, para continuar operando da maneira que estava, o Facebook precisaria obter o consentimento explícito dos usuários para coletar e combinar seus dados.

As práticas questionadas pelo Bundeskartellamt se referiam à coleta de dados do Facebook fora do *site* do Facebook, por exemplo, por meio do botão “Curtir”, que é visível em muitos *sites* e coletam dados sobre o comportamento de navegação do usuário, mesmo que ele não clique neles. Além disso, o Facebook coleta dados por meio de suas outras propriedades, como o Instagram e o WhatsApp, que depois são agregados e atribuídos ao perfil do usuário no Facebook.

O procedimento foi instaurado pelo Bundeskartellamt, em 2 de março de 2016, com o propósito de averiguar as alegações contra as partes em questão. As suspeitas levantadas diziam respeito aos termos de serviço do Facebook, especificamente à utilização dos dados do usuário, levantando questões sobre um possível abuso de sua posição preponderante no mercado de redes sociais.

Inicialmente, na época, existia uma suspeita inicial de que as condições de uso do Facebook violariam as disposições de proteção de dados alemãs, sendo que, conforme informado acima, nem toda infração à Lei por parte de uma empresa dominante também é relevante nos termos do direito da concorrência. No entanto, no caso em questão, o uso de termos e condições ilegais pelo Facebook pode representar uma imposição abusiva de condições injustas aos usuários.

Para esclarecer a questão, um comunicado oficial do Bundeskartellamt descreve como a autoridade antitruste alemã interpreta o abuso de uma posição de mercado dominante de acordo com a legislação antitruste alemã:

1. O que é um processo por abuso de posição dominante? O enforcement concorrencial é amplamente baseado em três ferramentas. Uma é a acusação de acordos de cartel que são sancionados com altas multas e, em alguns países, mesmo com sentenças de prisão. A segunda ferramenta é o controle de estruturas, que examina se um ato de concentração resultará em impedimento da concorrência. A terceira ferramenta é o controle de práticas abusivas, que examinam se uma empresa está abusando de seu poder de mercado. Nem toda empresa “grande” ou economicamente significativa também é uma “empresa dominante”, na acepção da Lei Antitruste. As empresas dominantes estão sujeitas a obrigações mais rigorosas do que as que atuam em um ambiente competitivo. Entre outras coisas, elas não podem discriminar ou explorar seus clientes ou fornecedores, nem exigir preços excessivos ou termos contratuais injustos. O Bundeskartellamt frequentemente conduz seus processos de abuso de posição dominante sob a forma de um processo administrativo, em vez de um processo de imposição de multa. Os procedimentos administrativos são mais apropriados para casos complexos que levantam questões jurídicas e econômicas difíceis, e para procedimentos-piloto para esclarecer a interpretação da Lei em uma (nova) constelação de casos. O principal objetivo de tais processos não é aplicar uma multa, mas restabelecer condições pró-competitivas o mais rápido possível. O Bundeskartellamt pode, no entanto, muito bem, decidir iniciar um processo de aplicação de multas no caso de comportamento abusivo recorrente ou em casos com alto potencial de danos significativos (Competition..., 2016).

O Bundeskartellamt decidiu que essa prática estava violando as leis antitruste alemãs, argumentando que o Facebook estava explorando os usuários ao coletar esses dados sem um consentimento informado adequado. O raciocínio da decisão foi no sentido de proibir o Facebook de condicionar o uso da rede social à

coleta de dados obtidos em *sites* de terceiros e em aplicativos diversos, como o WhatsApp e o Instagram, sem a possibilidade de consentimento do usuário. Nesse sentido, o Bundeskartellamt ordenou que o Facebook deve obter um consentimento explícito dos usuários na Alemanha antes de coletar e combinar seus dados dessa maneira. Além disso, o Facebook foi ordenado a desenvolver propostas técnicas sobre como poderia restringir essa coleta de dados.

A autoridade alemã delimitou claramente duas categorias:

(i) os dados que seriam obtidos pelo uso do Facebook.com – para os quais se atribuiu maior valor ao consentimento do usuário, uma vez que esses dados seriam alocados em um serviço específico e relacionados a um componente próprio do modelo de negócio da rede social (data-based business model); e (ii) os que seriam coletados de plataformas de terceiros – em relação aos quais a autoridade concorrencial partiu da premissa que não se poderia sequer cogitar qualquer consentimento válido (Toni; Matos, 2022, p. 2).

Vale destacar que a decisão do Bundeskartellamt não impede o Facebook de recolher e processar informações dentro de suas próprias plataformas. No entanto, proíbe a estratégia de coleta e combinação de dados em larga escala sem o consentimento explícito do usuário correspondente, que não deve ser um pré-requisito para a utilização dos serviços disponibilizados. Conforme a avaliação da autoridade alemã, as condições impostas não podem ser defendidas com base nos Princípios de Proteção de Dados e não são adequadas, segundo os padrões da legislação antitruste:

De acordo com os termos e as condições do Facebook, os usuários até agora só podiam usar a rede social sob a condição de que o Facebook pudesse coletar dados do usuário também fora do site do Facebook na Internet ou em aplicativos de smartphone e atribuir esses dados à conta do usuário no Facebook. Todos os dados coletados no site do Facebook, por serviços de propriedade do Facebook, como, por exemplo, WhatsApp e Instagram e em sites de terceiros podem ser combinados e atribuídos à conta de usuário do Facebook. A decisão da autoridade abrange diferentes fontes de dados: (i) serviços de propriedade do Facebook, como WhatsApp e Instagram, podem continuar coletando dados. No entanto, a atribuição dos dados às contas de usuário do Facebook só será possível mediante o consentimento voluntário dos usuários. Caso não seja dado o consentimento, os dados devem permanecer com o respectivo serviço e não podem ser tratados em combinação com os dados do Facebook. (ii) Coletar dados de sites de terceiros e atribuí-los a uma conta de usuário do Facebook também só será possível se os usuários derem seu consentimento voluntário. Se o consentimento não for dado para dados de serviços de propriedade do Facebook e sites de terceiros, o Facebook terá que restringir substancialmente sua coleta e combinação de dados. O

Facebook está a desenvolver propostas de soluções para o efeito (Bundeskartellamt, 2019, p. 1).

Observa-se o que Andreas Mundt, presidente do Bundeskartellamt, diz:

No que diz respeito à futura política de processamento de dados do Facebook, estamos realizando o que pode ser visto como um desinvestimento interno dos dados do Facebook. No futuro, o Facebook não poderá mais forçar seus usuários a concordar com a coleta praticamente irrestrita e a atribuição de dados não pertencentes ao Facebook às suas contas de usuário do Facebook. A combinação de fontes de dados contribuiu substancialmente para o fato de o Facebook ser capaz de construir um banco de dados exclusivo para cada usuário individual e, assim, ganhar poder de mercado. No futuro, os consumidores podem impedir que o Facebook colete e use seus dados sem restrições. A prática anterior de combinar todos os dados em uma conta de usuário do Facebook, praticamente sem qualquer restrição, agora estará sujeita ao consentimento voluntário dado pelos usuários. O consentimento voluntário significa que a utilização dos serviços do Facebook não deve estar sujeita ao consentimento dos utilizadores para que os seus dados sejam recolhidos e combinados desta forma. Se os usuários não consentirem, o Facebook não poderá excluí-los de seus serviços e deverá abster-se de coletar e mesclar dados de diferentes fontes (Bundeskartellamt, 2019, p. 1).

Esse caso representa uma abordagem notável e única à interseção do Direito da Concorrência e do direito à proteção de dados pessoais, usando a Lei Antitruste para impor limites às práticas de coleta de dados de uma empresa. A decisão foi, no entanto, controversa, com argumentando que deveriam ser os reguladores de proteção de dados, e não os reguladores antitruste, a lidar com questões de privacidade e proteção de dados.

Por fim, vale recordar que, quando o WhatsApp foi adquirido pelo Facebook em 2014, por expressivos 19 bilhões de dólares, várias incertezas surgiram. A transação recebeu a aprovação, contudo, a FTC alertou o Facebook sobre os perigos de manipular os dados pessoais dos usuários do WhatsApp. A diretora responsável pela proteção ao consumidor salientou que a corporação deveria preservar seu compromisso de privacidade com os consumidores, evitando usar suas informações pessoais via WhatsApp sem o consentimento explícito de cada usuário (Rich, 2014).

Por outro lado, a Comissão Europeia declarou que “quaisquer questões relacionadas à privacidade advindas da junção dessas empresas não seriam responsabilidade do direito antitruste, mas sim das autoridades de proteção de dados” (Almunia, 2014, p. 29).

Dessa forma, a Comissão Europeia direcionou sua análise para a influência no mercado e os impactos econômicos da decisão, focando, primordialmente, os anunciantes. Posteriormente, a aquisição do WhatsApp pelo Facebook é emblemática. Nele, a Comissão Europeia (Almunia, 2014) multou o Facebook em 10 milhões de euros por fornecer informações incorretas ou enganosas durante a investigação de 2014 realizada pela Comissão (Cardoso; Tsoni, 2017).

Existe um debate em andamento, com parte defendendo que o direito antitruste deve levar em conta a privacidade dos consumidores, enquanto outros argumentam que as questões de privacidade não são problemas antitruste. O próprio Cade declarou, em 2010, que as questões de privacidade e proteção de dados pessoais não são problemas antitruste.<sup>39</sup>

#### **4.4.2 Análise do caso envolvendo o Google e o Waze (2013)**

Em junho de 2013, o *Waze Mobile Limited* (Waze) foi adquirido pela subsidiária do Google, *Motorola Mobility Holding* (MMH), por 966 milhões de dólares. A operação obteve aprovação da *Office of Fair Trading* (OFT) em 11 de novembro de 2013. Naquele momento, o Waze, sendo um entrante no mercado, não foi considerado como uma pressão competitiva para o Google Maps, pelo menos não no Reino Unido. Existem relatos de que a FTC analisou o caso, mas, até o momento, não foi possível identificar uma decisão pública. Esse caso de concentração levantou questões interessantes e desafios para as autoridades antitruste, pois envolvia duas empresas que operavam em um mercado digital complexo e em rápida evolução.

O principal ponto de preocupação para os reguladores de concorrência foi se a aquisição da Waze pela Google poderia levar a um aumento da concentração no mercado de aplicativos de navegação por GPS e, conseqüentemente, prejudicar a concorrência.

---

<sup>39</sup> Questão analisada em 2010 em ato de concentração envolvendo a tecnologia Phorm: “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” (BRASIL, 2010).

O Waze proporciona serviços de localização e navegação terrestre em tempo real, mas com um diferencial se comparado aos seus principais concorrentes. Devido à sua natureza semelhante às redes sociais, o Waze já oferecia informações detalhadas do que o Google Maps (que se limita a direções de A a B) na época da aquisição. Usuários do Waze podiam, por exemplo, conectar sua conta do Facebook ao aplicativo e interagir instantaneamente com amigos e outros usuários.

Por meio de interações na tela do smartphone, os usuários podiam identificar outros usuários do Waze ao longo do percurso, verificar a intensidade de uso do aplicativo com base nos avatares desses usuários, inserir informações sobre o trânsito, encontrar estabelecimentos comerciais úteis, dentre outros recursos. Em certos casos, era até possível comparar preços entre estabelecimentos comerciais concorrentes geograficamente próximos.

A principal fonte de receita do Waze é, e sempre foi, a exibição de anúncios baseados no destino e na localização dos usuários. Considerando que o Google também adota um modelo de negócios fundamentado em publicidade direcionada, as extensas bases de dados do Waze, contendo histórico de navegação e locais favoritos dos usuários, seriam de grande valor para o Google.

Os reguladores antitruste, portanto, tiveram que considerar várias questões complexas ao analisar esse caso. Eles precisaram avaliar a posição do Google e da Waze no mercado de aplicativos de navegação por GPS e entender como essa aquisição poderia afetar a concorrência nesse mercado.

No Reino Unido, segundo Motta (2021, p. 66-67), ainda que tudo indicasse que havia uma enorme “vantagem competitiva” na aquisição a OFT<sup>40</sup> desconsiderou os argumentos:

É possível que o Waze tenha passado a capturar mais informações após ter sido adquirido pelo Google, mas já em 2013 existia uma preocupação com relação ao destino e à utilização dos dados coletados pelo Waze, particularmente porque, a princípio, eles não eram tratados como confidenciais. Tão logo a aquisição foi anunciada, a Consumer Watchdog, entidade do terceiro setor com sede na Califórnia, enviou carta ao DoJ e à FTC solicitando a reprovação do ato de concentração. O pedido adotou como fundamento o reforço da posição dominante do Google no mercado de publicidade online por meio da coleta de mais dados pessoais.

---

<sup>40</sup> *Office of Fair Trading* (Escritório de Comércio Justo), que era a autoridade de concorrência do Reino Unido. No entanto, a OFT foi dissolvida em 2014 e suas funções foram divididas entre várias organizações diferentes, incluindo a Autoridade de Concorrência e Mercados (CMA) e a Autoridade de Regulação Financeira (FCA).

Não obstante os aspectos indicados acima, materialmente perceptíveis quando da decisão da então OFT, a operação foi aprovada sem complicações. Inicialmente, as partes alegaram à OFT que o caso sequer seria notificável porque tanto o Google quanto o Waze não cobriam pelos seus serviços. A OFT rejeitou esse argumento porque ambas as partes possuíam receitas não desprezíveis decorrentes de anúncios online e porque a participação combinada do Google Maps e do Waze seria superior a 25% no Reino Unido, um dos gatilhos previstos na legislação britânica.

Google e Waze defenderam uma definição de mercado relevante ampla do ponto de vista do produto, sugerindo a inclusão de dispositivos pessoais de navegação (aparelhos autônomos de GPS, como Garmin e TomTom), sistemas automotivos de navegação (GPS acoplados pelas montadoras aos veículos), mapas estáticos disponíveis na Internet e aplicativos móveis de navegação (como Apple Maps, Google Maps, Nokia HERE e o próprio Waze). Com relação ao escopo geográfico, as partes afirmaram que o mercado deveria ser nacional em virtude de diferenças de idioma. A OFT deixou as definições de mercado relevante abertas porque a operação não geraria concentração relevante no Reino Unido.

### O mesmo autor arremata:

Como notado no relatório da Consultoria LEAR, trata-se de um caso com análise concorrencial incompleta, que deixou de examinar detidamente submissões importantes de terceiros interessados: a então OFT ateu-se a métodos tradicionais de análise antitruste, atribuiu representatividade superestimada ao Apple Maps, ignorou a complementariedade de dados oferecida pelo Waze ao Google, desconsiderou as possibilidades de monetização mais acentuada do Waze e deu atenção apenas ao lado dos usuários do aplicativo, ignorando o lado dos anunciantes (Motta, 2021, p. 69).<sup>41</sup>

No caso da aquisição do Waze pelo Google, os reguladores também tiveram que considerar a natureza única dos mercados digitais, onde os serviços, muitas

---

<sup>41</sup> “The OFT notes that Waze considered its data to be [CONFIDENTIAL]. For example, Google’s minutes from a meeting [CONFIDENTIAL] quote Waze as saying [CONFIDENTIAL]. The OFT received mixed views from third parties on the quality and coverage of Waze’s UK map data but it was generally considered that the data would improve over time (due to Waze’s data generating process) rather than currently representing a high standard that would be comparable to Google Maps. In terms of the detail and accuracy of Waze’s Maps, Google concluded that in terms of a number of [CONFIDENTIAL], Waze was, [CONFIDENTIAL] although they were [CONFIDENTIAL]. Google considered that Waze may have been able to [CONFIDENTIAL] that it is common for developers to multi-source data. However, although evidence indicates that Waze could achieve [CONFIDENTIAL], the OFT notes that no analysis was undertaken of UK cities. Therefore, whilst there is evidence to indicate that Google did consider Waze as a competitor and that Waze’s map data for some areas, such as some US cities, was of a good standard or could be improved relatively easily, on balance, the evidence does not indicate that Waze’s mobile application represented a strong competitive constraint to Google’s in the UK. Despite the concerns raised by third parties, the evidence before the OFT does not indicate that Waze had been successful in attracting sufficient users to build a UK map that would currently be considered to have good coverage and detailed accuracy and features compared to that of alternative providers of map data. [...] In the UK, Waze has witnessed strong growth in a relatively short period of time. Data provided by the parties shows that Waze’s registered users increased from a little over [1,000 – 100,000] when it was launched in January 2010 to [500,000 – 4,000,000] by August 2013, of which over [50,000 – 2,000,000] are active users” (Complete..., 2013, p. 10-11).

vezes, são gratuitos para os usuários e a concorrência pode ocorrer não apenas pelos preços, mas também pela inovação e pela qualidade dos serviços.

#### **4.4.3 Análise do caso envolvendo o Google e a DoubleClick (2007)**

O caso da fusão entre Google e DoubleClick é um marco importante na história da regulamentação antitruste, especialmente em relação a empresas digitais e baseadas em dados. A fusão ocorreu em 2007, quando o Google adquiriu a DoubleClick por US\$ 3,1 bilhões.

A DoubleClick era uma empresa que fornecia ferramentas para anunciantes e publicadores de *sites* para gerenciar e entregar anúncios *on-line*. Com a aquisição, o Google fortaleceu sua posição no mercado de publicidade *on-line*, que já era forte, devido ao seu mecanismo de busca líder de mercado e à sua plataforma AdWords.

Muitos críticos levantaram preocupações sobre a fusão, especialmente em relação à privacidade dos usuários. A DoubleClick tinha acesso a um grande volume de dados sobre o comportamento do usuário na internet, que, quando combinado com os extensos dados do Google, poderia permitir ao Google criar perfis de usuário incrivelmente detalhados. Isso levantou preocupações de que o Google poderia explorar essa posição para consolidar seu domínio no mercado de publicidade *on-line*.

No entanto, a FTC norte-americana aprovou a fusão em dezembro de 2007. Em sua decisão, ela concluiu que a aquisição não prejudicaria substancialmente a concorrência: observou que o Google e a DoubleClick não eram concorrentes diretos, e também expressou ceticismo sobre se a fusão daria ao Google a capacidade de explorar a posição da DoubleClick no mercado de servidores de anúncios.

A decisão da FTC foi controversa, e a conselheira Pamela Jones Harbour emitiu uma declaração dissidente na qual ela expressou preocupações com as implicações de privacidade da fusão. No entanto, no fim das contas, a fusão foi aprovada. A conselheira em questão foi a voto vencido. Em seu voto dissidente, Harbour optou por uma análise dinâmica da operação, considerando a evolução do mercado de publicidade *on-line* e o impacto potencial da fusão Google-DoubleClick. Ela também levou em consideração questões relacionadas à combinação de dados

e à privacidade dos usuários. Na análise inicial da fusão entre Google e DoubleClick, Harbour identificou a existência de sobreposição horizontal em três áreas de mercado em que as empresas estavam em concorrência direta. Ela propôs uma abordagem para avaliar a fusão, levando em conta o impacto potencial na evolução do mercado de publicidade *on-line* como um todo (EUA, 2007).

Segue a conclusão constante no voto da conselheira:

Estou convencida de que a combinação do Google e da DoubleClick tem o potencial de alterar profundamente a economia baseada na Internet do século 21 – de maneiras que podemos imaginar e de maneiras que não podemos imaginar. Não tenho dúvidas de que essa fusão tem o potencial de criar algumas eficiências, especialmente do ponto de vista de anunciantes e editores. Mas tem maior potencial para prejudicar a concorrência e também ameaça a privacidade. Ao encerrar a investigação sem impor quaisquer condições ou outras salvaguardas, a Comissão está a pedir aos consumidores que assumam demasiado o risco de ambos os tipos de danos. A confluência única de questões de concorrência e proteção ao consumidor deveria ter sido um chamado à ação para esta agência – “a única agência federal com proteção ao consumidor e jurisdição de concorrência em amplos setores da economia”.

A Seção 5 da Lei FTC é a 30 pedra angular da autoridade da Comissão para revisar uma ampla gama de práticas comerciais. A agência abraça suas missões duplas, mas complementares. Embora as missões de proteção ao consumidor e concorrência da FTC se concentrem em diferentes tipos de conduta, elas compartilham o mesmo objetivo geral: que os consumidores obtenham informações verdadeiras sobre produtos e serviços que possam usar para tomar decisões de compra em um mercado competitivo no qual suas informações pessoais são protegido. Este propósito assumiu uma importância ainda maior neste mercado dinâmico, digital e global.

Com esta declaração de missão como nosso guia, a Comissão poderia ter utilizado todo o escopo de seus poderes estatutários para garantir que a concorrência não fosse prejudicada, ao mesmo tempo abordando a privacidade problemas (EUA, 2007).

Harbour destacou a importância de considerar os efeitos da rede adicionados gerados pela combinação dos produtos, serviços e extensos bancos de dados das empresas. Ela argumentou que a fusão interligava questões de defesa da concorrência e defesa do consumidor e incentivou a FTC, que também possui competência em questões de proteção ao consumidor, a considerar essas implicações (EUA, 2007).

Ela também salientou a importância de considerar os efeitos da rede em mercados baseados em dados, que poderiam reforçar os efeitos da rede tradicionais em mercados de publicidade *on-line*: a fusão poderia consolidar a posição

dominante do Google nos mercados de busca, tornando difícil para outras empresas desafiarem a nova entidade combinada (EUA, 2007).

Reconhecendo a possibilidade de eficiências baseadas em publicidade direcionada ao comportamento, a conselheira ainda propôs uma investigação aprofundada sobre se outra empresa poderia representar uma concorrência para a empresa resultante da fusão e se tal empresa poderia criar um banco de dados de escopo e tamanho comparáveis. Ela também sugeriu que a FTC deveria solicitar informações às partes sobre os impactos das combinações de dados e os compromissos futuros relacionados ao uso dos dados coletados (EUA, 2007).

Desde então, a fusão Google-DoubleClick tem sido frequentemente citada em discussões sobre a regulação de empresas digitais e a proteção da privacidade do usuário. Embora a operação tenha suscitado preocupações sobre o impacto na privacidade dos consumidores, a FTC norte-americana determinou que a aquisição não prejudicaria a competição. Eles concluíram que as empresas não eram concorrentes diretas, que não haveria prejuízos à concorrência potencial e que o Google não exploraria a posição da DoubleClick para reforçar sua posição no mercado de publicidade.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho visou destacar a importância do Direito da Concorrência na regulação das estruturas de mercados digitais, dada a necessidade de uma análise detalhada e qualitativa em comparação com outros setores. Ressalta-se que as autoridades antitruste já estão se adaptando às preocupações qualitativas ao mercado de dados, entendendo que a avaliação de uma operação deve considerar não somente a receita das empresas e critérios econômicos, mas também os impactos imediatos e futuros sobre a privacidade do consumidor.

Considerando o problema de pesquisa abordado, ou seja, “qual o grau de inter-relação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, e quais são os potenciais impactos do *Big Data* à concorrência, com enfoque na análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais?”, conclui-se que é possível inferir que existe um alto grau de inter-relação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais. O avanço vertiginoso do *Big Data* influencia consideravelmente a dinâmica da concorrência, trazendo à luz lacunas presentes na análise concorrencial de atos de concentração em mercados digitais.

A possibilidade de desequilíbrios concorrenciais se faz presente, já que grandes corporações tecnológicas podem, potencialmente, utilizar-se de sua posição dominante — consolidada pela coleta e uso de quantidades expressivas de dados pessoais — para criar obstáculos à entrada de novos competidores, limitando a competitividade no mercado digital. Contudo, acredita-se que a implementação apropriada do Direito Concorrencial, alinhada à proteção de dados pessoais, pode minimizar esses impactos adversos, estimulando um ambiente de mercado balanceado e inovador.

No decorrer desta dissertação, adotou-se uma estrutura tríplice: primeiramente, foi examinada a análise dos atos de concentração em mercados digitais sob uma ótica antitruste, explorando paradigmas, conceitos e procedimentos; no segundo momento, foi analisado o estado do Direito Concorrencial e o ponto de intersecção entre o Direito do Consumidor, a concorrência e a proteção de dados, focando a descrição dos atos de concentração, suas formas e implicações.

Por fim, na terceira parte, explorou-se amplamente a relação simbiótica entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais, tendo como principal objetivo responder à questão proposta nesta dissertação.

Nesse sentido, o estudo aponta para a necessidade de evoluir as teorias e as práticas de análise antitruste, de maneira a incorporar a posse de dados, como variável competitiva, e considerar o impacto dos mercados digitais de preço zero e das inovações disruptivas na dinâmica concorrencial. A inter-relação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais deve ser continuamente explorada e refinada, para garantir a promoção da concorrência efetiva e da proteção dos direitos dos consumidores na era digital.

A simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais tem implicações profundas para a análise concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais. Essa convergência reconhece que os dados pessoais não são apenas um bem de consumo: são, também, um recurso estratégico que pode moldar a dinâmica da concorrência. Uma empresa que detém uma quantidade substancial de dados pessoais pode ter uma vantagem competitiva, potencialmente limitando a concorrência e criando barreiras à entrada para novos *players*.

Por um lado, a acumulação de dados pode permitir que as empresas melhorem seus produtos e serviços, beneficiando os consumidores. Por outro, se as empresas usarem seus dados de maneira anticompetitiva para excluir concorrentes ou explorar consumidores, isso pode ser prejudicial para o mercado e para a sociedade como um todo.

Os potenciais impactos sobre a concorrência são múltiplos. Em primeiro lugar, o acúmulo de dados pode reforçar a posição de mercado das grandes empresas de tecnologia e dificultar a entrada de novas empresas. Em segundo lugar, as empresas podem usar seus dados para enviesar a concorrência, por exemplo, dando prioridade a seus próprios serviços ou discriminando concorrentes. Em terceiro lugar, a concentração de dados pode levar a uma perda de privacidade para os consumidores, que muitas vezes têm pouca escolha ou controle sobre como seus dados são usados.

A simbiose entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais sugere uma abordagem regulatória integrada, que leve em consideração tanto os aspectos econômicos quanto os direitos dos consumidores. Essa abordagem

poderia incluir medidas como: exigência de interoperabilidade e portabilidade de dados, promoção de alternativas competitivas e garantia de transparência e consentimento informado para os consumidores.

Em conclusão, o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais têm um papel crucial a desempenhar na formação do futuro digital. O desafio é encontrar um equilíbrio adequado entre a promoção da inovação e da concorrência, por um lado, e a proteção dos direitos dos consumidores e da privacidade, por outro. Ao buscar essa simbiose, pode-se ajudar a garantir que a era digital beneficie a sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMUNIA, Joaquín. **Case nº Comp/M.7217 – Facebook/Whatsapp**: Regulation (Ec) nº 139/2004 Merger Procedure. Article 6(1)(b) non-opposition. In electronic form on the EUR-Lex website under document number 32014M7217. Brussels: Office for Publications of the European Union, 2014. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf). Acesso em: 20 maio 2023.

ALONSO, Félix Ruiz. Direito à Privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antônio Jorge (Coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, 2005.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Mariana Tavares de. **Direito Antitruste brasileiro**: comentários à Lei nº 12.529/2011. São Paulo: Singular, 2010.

AZEVEDO, Mario Luiz Neves de. A economia baseada no “cercamento” do conhecimento: globalização, seigniorage e mercadorias fictícias. Reunião Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, n. 3, 2012, Porto de Galinhas. **Anais** [...]. Porto de Galinhas: ANPEd, 2012, p. 1-13. Disponível em: [http://www.anped11.uerj.br/35/GT11-2361\\_int.pdf](http://www.anped11.uerj.br/35/GT11-2361_int.pdf). Acesso em: 13 mar. 2023.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

BACCHI, Fabiana Mesquita; SCHAPIRO, Mario G. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do Cade. *In*: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; SCHAPIRO, Mario Gomes (Org.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. Big Data compliance: a interface entre proteção de dados, consumidor e concorrência. *In*: PAIS, Sofia Oliveira; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Temas atuais de Direito da Concorrência**: economia digital, direitos fundamentais e outros desafios. Porto: Universidade Católica, 2020.

\_\_\_\_\_; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Direito Concorrencial. *In*: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 7.

BARBOSA, Daniela B.; OLIVEIRA, Victor F. LGPD: a necessidade de proteção dos dados do setor público. **O Estadão**, São Paulo, 12 set. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lgpd-a-necessidade-de-protacao-dos-dados-do-setor-publico/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. Atual. por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938**. Define crimes contra a personalidade internacional, a Estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-431-18-maio-1938-350768-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 15 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.** Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília: Presidência da República, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.158, 8 de janeiro de 1991.** Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8158.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8158.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.884, 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 16 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **RE 349.686.** Relatora: Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, DJ de 5-8-2005. Brasília: Cade, 2014. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOQGac6BcnxREoKS0CXKnvjUvTp\\_LVePDhxjySzkdQsQlGoXUEnpZff9dnsUFbUI3VTkflp29OmRPcv9nr1Xjl](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOQGac6BcnxREoKS0CXKnvjUvTp_LVePDhxjySzkdQsQlGoXUEnpZff9dnsUFbUI3VTkflp29OmRPcv9nr1Xjl). Acesso em: 25 jun. 2023.

BUNDESKARTELLAMT (Alemanha). **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources:** Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding, 2019. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook\\_FAQs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6). Acesso em: 12 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. B6-22/16. **Facebook, exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing.** Sector Social networks. Type of decision: Prohibition. Decision 6 Dec. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbra>

uchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 8 maio 2023.

BURKART, D. V. V. **Proteção de dados e o estudo da LGPD**. 2021, 96 f. Mestrado (Mídia e Tecnologia) – FAAC – UNESP, Bauru, 2021.

CADE. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Acordo de Cooperação Técnica nº 5/2021**. Acordo de cooperação técnica entre o Conselho 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. Brasília: MJSP; Cade, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANPD.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-31**. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Julgado em: 6 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Cade, 2013. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Documento de Trabalho nº 001/10**. Delimitação de mercado relevante. Brasília: Cade; DEE, 2010. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao\\_de\\_mercado\\_relevante.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf). Acesso em: 28 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Cade, 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: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Página inicial**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/pagina-inicial>. Acesso em: 25 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Portaria Interministerial nº 994/2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília: Gabinete do Ministro, 2012. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170).

\_\_\_\_\_. **Regimento interno do Cade**. Brasília: Cade, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Regimento interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Ricade)**. Brasília: Cade, 2011. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/RICADE%20atual.pdf>. Acesso em: 4 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Brasília: Cade, 2012. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202-2012%20-%20Revogado.pdf>. Acesso em: 5 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999**. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília: Cade, 1999. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020%2C%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 45, de 28 de março de 2007**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e dá outras providências. Brasília: Cade, 2007. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2045%2C%20de%2028%20de%20mar%C3%A7o%20de%202007.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

CARDOSO, R.; TSONI, M. M. Mergers: commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. **European Commission**, 18 may 2017. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_17\\_1369](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369). Acesso em: 2 mar. 2023.

CARVALHOSA, Modesto Souza de Barros. **Poder econômico**: a fenomenologia, seu disciplinamento jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**: the information age: economy, society and culture. 2. ed. Massachusetts: Blackwell, 2000, v. 1.

CHRISTENSEN, Clayton M. **The innovator's dilemma**: when technologies cause great firms to fail. Boston: Harvard Business School Press, 1997.

\_\_\_\_\_. *et al.* Disruptive innovation: an intellectual history and directions for future research. **Journal of Management Studies**, Hoboken, v. 55, p. 1043-1078, nov. 2018.

CIURIAK, Dan. The economics of data: implications for the Data-Driven economy. **Centre for International Governance Innovation**, Waterloo, 5 mar. 2018.

Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/economics-data-implications-data-driven-economy>. Acesso em: 24 jun. 2023.

CLAVELL, Gemma Galdon. O que acontece com nossos dados na internet? **El País**, 12 jun. 2015. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095\\_932305.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095_932305.html). Acesso em: 8 maio 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPETITION law and data. BUNDESKARTELLAMT, [Berlin?]; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE [França?], 2016. Disponível em: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

COMPLETED acquisition by Motorola Mobility Holding (Google, Inc.) of Waze Mobile Limited. **Office of fair trading**, Queensland, 2013. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2cfed915d7ae2000027/motorola.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

DATHEIN, Ricardo. Teoria neoschumpeteriana e desenvolvimento econômico. *In*: DATHEIN, Ricardo (Org.). **Desenvolvimentismo**: o conceito, as bases teóricas e as políticas. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/8m95t/pdf/dathein-9788538603825-06.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* (Coord.). **Direito Antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019.

\_\_\_\_\_; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Princípios de proteção de dados pessoais. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III**: Marco civil de internet. Quartier Latin, 2015, t. I.

\_\_\_\_\_. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DRUCKER, Peter. **The effective executive**. Nova York: Harper & Row, 1966.

\_\_\_\_\_. **A idade de descontinuidade**: orientações para a nossa sociedade em constante mudança. Nova York: Harper & Row, 1969.

\_\_\_\_\_. O futuro chegou. **Exame**, 22 mar. 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDPB. European Data Protection Board. **Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration**. 27 aug. 2018. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/edpb-statement-economic-concentration-27082018\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/edpb-statement-economic-concentration-27082018_en). Acesso em: 8 maio 2021.

EUA. Estados Unidos da América. Federal Trade Commission. **In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File nº 071-0170**. Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour. 2007c Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf). Acesso em: 10 maio 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Mergers**: commission opens in-depth investigation into Apple's proposed acquisition of Shazam. Bruxelas, 23 abr. 2018. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3505\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3505_en.htm). Acesso em: 8 maio 2021.

EVANS, David S. The antitrust economics of free. **University of Chicago Law School**, Chicago, n. 555, p. 1-16, may 2011. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law_and_economics). Acesso em: 25 jun. 2023.

\_\_\_\_\_; SCHMALENSEE, Richard. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. *In*: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. (Ed.). **Innovation policy and the economy**. Floor Cambridge: MIT Press, 2002, v. 2.

\_\_\_\_\_. The industrial organization of markets with two sided platforms. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge, n. 11603, p. 1-37, sept. 2005.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. **A competição virtual**: a promessa e os perigos da economia impulsionada por algoritmos. Cambridge; Mass: Harvard University Press, 2016.

FERNANDES, Vitor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre o abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRANCESCHELLI, Remo. Trattato di diritto industriale. *In*: FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Apresentação da obra. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste? **Ana Frazão**, Brasília, 28 out. 2019. Disponível em: [http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2019-10-28-Violacao\\_de\\_dados\\_pessoais\\_pode\\_ser\\_um\\_problema\\_antitruste\\_A\\_recente\\_decisao\\_da\\_autoridade\\_concorrencial\\_alema\\_que\\_considera\\_ilicito\\_antitruste\\_a\\_politica\\_de\\_tratamento\\_de\\_dados\\_do\\_Facebook.pdf](http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2019-10-28-Violacao_de_dados_pessoais_pode_ser_um_problema_antitruste_A_recente_decisao_da_autoridade_concorrencial_alema_que_considera_ilicito_antitruste_a_politica_de_tratamento_de_dados_do_Facebook.pdf). Acesso em: 22 jun. 2023.

\_\_\_\_\_; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695>. Acesso em: 7 maio 2023.

FTC. Federal Trade Commission. **Data brokers**: a call for transparency and accountability. Washington: FTC, 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**: o combate acartéis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_; SILVA, Breno Fraga Miranda. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* (Org.). **Direito Antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019.

GAZIER, Bernard. **A crise de 1929**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GDPR. **Consideranda 26**. Disponível em: <https://gdprtext.com/pt/read/recital26/#:~:text=Recital%2026&text=Para%20determinar%20se%20uma%20pessoa,ou%20indiretamente%20a%20pessoa%20singular>. Acesso em: 24 set. 2023.

GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue. **Discussion Papers Tilburg Law and Economics Center**, Nova York, p. 1-16, 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2216088\\_code362710.pdf?abstr=2216088&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2216088_code362710.pdf?abstr=2216088&mirid=1). Acesso em: 31 jan. 2023.

GRASSI, Robson Antonio. Concorrência schumpeteriana e capacitações dinâmicas: explicitando os elos teóricos. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 29-40, 2005. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rbee/article/view/4309/2655>. Acesso em: 16 jun. 2023.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HASENCLEVER, Lia; SILVA, Evaldo H. Knowledge-based economy: modeled, measures, simulated loet leydesdorff. **RECIIS: Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 173-176, jan./jun. 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its Practice**. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

HUGON, P. **História das Doutrinas Econômicas**. 14. ed. São Paulo, Editora Atlas, 1995.

JAMIL, George Leal; NEVES, Jorge Tadeu de Ramos. A era da informação: considerações sobre o desenvolvimento das tecnologias da informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 41-53, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/pci/article/view/23309/18844>. Acesso em: 22 mar. 2023.

JENNY, Frédéric. *In*: CONFERENCE ON COMPETITION AND THE DIGITAL ECONOMY, 2019, Paris. **Palestra**. Paris: OCDE Conference Centre, 2019.

KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 14, n. 1, p. 43-60, Winter 2000. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.14.1.43>. Acesso em: 24 abr. 2023.

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Documento nº 005/2020**: concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília: Cade; Departamento de Estudos Econômicos, 2020.

LANEY, Doug. 3D data management: controlling data volume, velocity and variety. **META Group Research Note**, Brussels, 6 Feb. 2001.

LASSERRE, Bruno; MUNDT, Andreas. Competition law and Big Data: the enforcers' view. **Rivista Italiana di Antitrust**, Roskilde, v. 4, n. 1, p. 87-103, 2017. Disponível em:

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition\\_Law\\_and\\_Big\\_Data\\_The\\_enforcers\\_view.pdf;jsessionid=04DC283C4BFA66919C9F74386D2856FC.1\\_cid390?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf;jsessionid=04DC283C4BFA66919C9F74386D2856FC.1_cid390?__blob=publicationFile&v=2). Acesso em: 22 maio 2023.

LEYSER, M. F. V. R. Reflexões sobre o direito à informação e a liberdade de informação. **Conjur**, 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/mp-debate-reflexoes-direito-informacao-liberdade-informacao> Acesso em: 20 jun. 2023.

LIMA, Marcos C. **As mutações da mundialização ou quando o capitalismo financeiro direciona o capitalismo cognitivo**: desafios para América Latina. Colômbia: Universidad de los Andes, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 95, n. 847, 2006.

LUCCA, Newton de. Marco civil da internet. Uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & internet III**: marco civil de internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Tomo I.

MACHADO, Michelle; BITTAR, Ana Carolina; TAVASSI, Ana Paula. Controle de estruturas em mercados intensivos em inovação. *In*: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio Dias (Coord.). **Direito Concorrencial**: questões atuais. São Paulo: Brucker, 2018.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; CHRISTIANS, Allison. Rethinking tax for the digital economy after covid-19. **Harvard Business Law Review**, Cambridge, v. 11, p. 1-25, jun. 2020. Disponível em: [https://www.hblr.org/wp-content/uploads/sites/18/2021/08/TDM\\_AC\\_Proof\\_S21.pdf](https://www.hblr.org/wp-content/uploads/sites/18/2021/08/TDM_AC_Proof_S21.pdf). Acesso em: 24 jun. 2023.

MARCATO, Marília Bassetti. Eficiência Econômica e Inovação: considerações acerca da análise antitruste. **Revista Administração em Diálogo**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 87-111, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/rad.v18i1.15142/19433>. Acesso em: 4 jun. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Ministério Público do Mato Grosso do Sul (MPMS). **Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking**. Campo Grande, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/noticias/2018/06/decolarcom-e-multada-por-pratica-de-geo-pricing-e-geo-blocking#>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MEIRELES, Adriana Veloso. Algoritmos e autonomia: relações de poder e resistência no capitalismo de vigilância. **Opinião Pública**, Campinas, v. 27, n. 1, p. 28-50, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/vryT7RHCQ8q8RvYXF3zKvZS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 jun. 2022.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; LEITE, Flavia Piva Almeida. A liberdade de expressão e o direito à privacidade no Marco Civil da Internet. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III: Marco civil de internet**. Quartier Latin, 2015, t. I.

MIRANDA, André Araújo. **Economias institucional e evolucionária**: algoritmos digitais influenciando comportamento e padrão de consumo. 2021. 86 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Araraquara, 2021. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/215122/miranda\\_aa\\_me\\_arafcl.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/215122/miranda_aa_me_arafcl.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em: 13 abr. 2023.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big Data e concorrência**: uma avaliação dos impactos da exploração de Big Data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. 2017. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

MOTTA, Lucas Griebeler da. **Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados**: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021. Disponível em: [https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/05/dpbr\\_relatorio\\_data\\_driven\\_mergers\\_vf.pdf](https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/05/dpbr_relatorio_data_driven_mergers_vf.pdf). Acesso em: 24 jun. 2023.

MOTTA, Massimo. **Competition policy**: theory and practice. New York: Cambridge University Press, 2004.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 164, n. 151, p. 149-206, 2015. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review). Acesso em: 24 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Antitrust in zero-price markets: applications. **Washington University Open Scholarship**, Washington, v. 94, n. 1, p. 49-111, 2016. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol94/iss1/5](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol94/iss1/5). Acesso em: 15 mar. 2023.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big Data**: bringing competition policy to the digital era. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 24 maio 2023.

\_\_\_\_\_. Exploring data-driven innovation as a new source of growth: mapping the policy issues raised by “Big Data”. **OECD Digital Economy Papers**, n. 222, p. 1-44, Jun. 2013. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/exploring-data-driven-innovation-as-a-new-source-of-growth\\_5k47zw3fcp43.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5k47zw3fcp43-en&mimeType=pdf](https://www.oecd-ilibrary.org/exploring-data-driven-innovation-as-a-new-source-of-growth_5k47zw3fcp43.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5k47zw3fcp43-en&mimeType=pdf). Acesso em: 10 out. 2022.

\_\_\_\_\_. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. Paris: OECD Publishing, 2018.

\_\_\_\_\_. **Revisão por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência: Brasil**. Brasília: OCDE, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>. Acesso em: 27 maio 2023.

\_\_\_\_\_. **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. In 2013 the OECD revised the Privacy Guidelines for the first time since their launch in 1980. The revised text modernised the OECD approach in many important respects and reinforced its integration with more recent work on privacy law enforcement co-operation. In 2019 the OECD is working with countries and experts to scope developments and provide practical recommendations on the implementation of the Guidelines in today’s digital environment. Disponível em: [<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>]. Acesso em: 05 jul. 2023.

PAIS, Sofia Oliveira. Concorrência, proteção de dados pessoais e plataformas digitais. *In*: PAIS, Sofia Oliveira; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Temas atuais de Direito da Concorrência: economia digital, direitos fundamentais e outros desafios**. Porto: Universidade Católica, 2020.

PEIRANO, Marta. **El enemigo conoce el sistema**. Barcelona: Debate, 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law: an economic perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

\_\_\_\_\_. Antitrust in the new economy. **John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 106, p. 1-12, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234141608.pdf>. Acesso em: 6 maio 2022.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law**. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

POWELL, Walter W.; SNELLMAN, Kaisa. The knowledge economy. **Annual Review of Sociology**, San Mateo, v. 30, p. 199-220, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Walter-Powell/publication/234838566\\_The\\_Knowledge\\_Economy/links/0f317533c8be33a61d000000/The-Knowledge-Economy.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Walter-Powell/publication/234838566_The_Knowledge_Economy/links/0f317533c8be33a61d000000/The-Knowledge-Economy.pdf). Acesso em: 24 mar. 2014.

PRESS, Gil. A very short history of Big Data. **Forbes**, Jersey City, 9 may 2013. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2013/05/09/a-very-short-history-of-big-data/?sh=660c1cab65a1>. Acesso em: 12 abr. 2023.

RICH, Jessica L. **Federal trade commission**. Washington: Office of the Director, 2014. Disponível em: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf). Acesso em: 12 maio 2023.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the European Economic Association**, Oxford, v. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003.

ROTENBERG, Marc. **Testimony and statement for the record of Marc Rotenberg**. Washington: U. S. Senate, 27 sept. 2017. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Rotenberg%20Testimony%2009272007.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2023.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michael S. Access barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizlrev339.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Felipe Augusto dos; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. O Direito Concorrencial e a proteção ao consumidor na era do Big Data. *In*: BAGNOLI, Vicente (coord.). **Concorrência e inovação**: anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do Direito da Concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital. São Paulo: Scortecci, 2018.

SCHLOORISSE, Melissa Van; COLE, Miranda. **Apple/Shazam**: determining the value of data in merger cases. 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.covcompetition.com/2018/09/apple-shazam-determining-the-value-of-data-in-merger-cases>. Acesso em: 8 maio 2023.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. **Science and Technology Law Review**, Nova York, v. 21, p. 19-73, 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID3270221\\_code2189629.pdf?abstractid=2997586&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3270221_code2189629.pdf?abstractid=2997586&mirid=1). Acesso em: 26 nov. 2018.

SCHULMAN, Gabriel. [www.privacidade-em-tempos-de-internet.com](http://www.privacidade-em-tempos-de-internet.com): o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

\_\_\_\_\_. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

SCHWARTZ, Paul M.; SOLOVE, Daniel J. The Pii problem: privacy and a new concept of personally identifiable information. **Berkeley Law**, p. 1814-1894. 01 jan. 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2638&context=facpubs>. Acesso em: 30 jun. 2023.

SILVINO, Ângelo José Menezes. **A nova dinâmica de análise dos atos de concentração, a efetiva tutela da concorrência e o desenvolvimento nacional**. 2016. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty Fund, 1984.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da empresa**. São Paulo: Método, 2013.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, London, 6 may 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 7 maio 2023.

TONI, Deborah; MATOS, Raiane dos Santos. Os efeitos dos monopólios digitais no Direito Concorrencial: o caso Facebook na Alemanha e uma análise sobre a competência do Cade no Brasil. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 27 out. 2022. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/11/4D192EC76097F9\\_9112344B8D2129\\_DireitoConcorre.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/11/4D192EC76097F9_9112344B8D2129_DireitoConcorre.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. CEDH, 2000. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data**. Strasbourg, 28 jan. 1981 – Treaty open for signature by the member States and for accession by non-member States. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 05 jun. 2023.

VAINZOF, Rony. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

VASCONCELOS, Salomão. **Manual de Direito Antitruste: concentração econômica e abuso de poder econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques. Se os dados são o novo petróleo, onde estão os royalties? O neoliberalismo na era dos dados. **Revista Gestão & Conexões**, Vitória, v. 10, n. 3, p. 123-143, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/ppgadm/article/view/36014/24023>. Acesso em: 22 maio 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: Public Affairs, 2019.