

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

**O ANTITRUSTE DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS E OS IMPACTOS DA LEI
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

JOÃO GABRIEL DA SILVA LIBÓRIO

RIO DE JANEIRO
2022

JOÃO GABRIEL DA SILVA LIBÓRIO

**O ANTITRUSTE DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS E OS IMPACTOS DA LEI
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo Assafim.**

**RIO DE JANEIRO
2022**

JOÃO GABRIEL DA SILVA LIBÓRIO

**O ANTITRUSTE DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS E OS IMPACTOS DA LEI
GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo Assafim.**

Data da Aprovação: 18/02/2022.

Banca Examinadora:

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM - Orientador

ENZO BAIOCCHI – Membro da banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2022**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Grande Arquiteto do Universo por ter me concedido a sabedoria e a força para percorrer toda minha jornada acadêmica até então, sendo o verdadeiro responsável pelas minhas conquistas.

Utilizo desta oportunidade para agradecer também aos familiares e colegas que sempre apoiaram durante todo o percurso da minha vida universitária, cujos nomes não julgo necessário expor com base no jargão militar que me acompanha desde o ensino fundamental na Escola Preparatória de Cadetes do Ar “quem é, sabe”.

Por fim, sou grato ao meu orientador, o Dr. João Marcelo Assafim, por ter me introduzido ao mundo do Direito Antitruste e por todo o auxílio na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

Por muitos anos se perdurou o entendimento, por conta da influência dos pensadores da Escola de Chicago, de que o poder regulatório do estado deve ser mínimo a ponto de se garantir a maior eficiência do mercado. Todavia, muitos são os exemplos atuais em que tal abordagem se mostra insatisfatória para a manutenção do equilíbrio do sistema econômico, haja vista as dinâmicas específicas que permeia os mercados das plataformas virtuais. O objetivo desta monografia, nesse sentido, é analisar o papel do Estado no controle desse setor retomando para conceitos básicos de Direito Econômico, propondo uma participação regulatória mais ativa de modo a garantir a fruição dos direitos e garantias individuais e coletivas. Porém, não é possível fazer tal análise sem levar em consideração o Direito à Proteção de Dados. Isso, porque uma das características marcadas do mercado virtual é o tratamento de quantidades maciças de dados para o oferecimento de serviços e anúncios. Dessa forma, também se buscará compreender os impactos desse Direito recente – se algum – na abordagem regulatória Antitruste, dada a alta probabilidade de encontro entre os dois Direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Antitruste; Concorrencial; Proteção de Dados; Plataformas Virtuais; LGPD

ABSTRACT

For many years the understanding persisted due to the influence of the Chicago School doctrines that the regulatory power of the state should be minimal in order to ensure the greatest market efficiency. However, there are many current examples in which such approach is deemed unsatisfactory for the maintenance of the balance of the economic system, given the specific dynamics that permeate the markets of online platforms. The objective of this monography, in this sense, is to analyze the role of the State in the control of this particular sector, returning to basic concepts of Economic Law by proposing a more active regulatory participation of the State to guarantee the fruition of individual and collective rights and guarantees. However, it is not possible to make such an analysis without taking into consideration the Right to Data Protection. This is because one of the characteristics of the virtual market is the processing of massive amounts of data to offer services and advertisements. In this way, we will also seek to understand the impacts of this recent Right, if any, on the Antitrust regulatory approach, given the high probability of interaction between the two Rights.

KEY WORDS: Antitrust; Competition; Data Protection; Online Platforms; LGPD

LISTA DE ABREVIATURAS, TABELAS, SÍMBOLOS ETC.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPIC - Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

Art. – Artigo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDF – Carta de Direitos Fundamentais

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

MP – Medida Provisória

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RGPD – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

STF – Supremo Tribunal Federal

TGUE – Tribunal Geral da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRIPs - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – O DESAFIO DO DIREITO ANTITRUSTE NOS MERCADOS DIGITAIS	13
1.1 Preliminares de direito econômico: concorrência e regulação	13
1.1.1 Poder econômico e seu abuso	15
1.2 plataformas digitais como um desafio à regulação	17
1.2.1 O caso google no CADE	20
1.2.3 Considerações finais sobre o caso google	28
1.3 Possíveis soluções para o controle dos mercados de plataforma.....	29
1.3.1 Protegendo a competição em casos de integração vertical	29
1.3.2 Plataformas digitais como monopólios naturais	32
1.3.3 Intervenção antitruste nos bancos de dados	34
CAPÍTULO 2 – A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS	37
2.1 Os primeiros passos do direito à proteção de dados	37
2.1.1 Proteção de dados e privacidade, a ramificação de um direito	37
2.2 O caso european commission v. bavarian lager co.	40
2.2.1 Resumo do fatos	40
2.2.2 Decisão proferida pelo TGUE	42
2.2.3 Reversão do julgamento pelo TJUE	43
2.2.4 Observações	45
2.3 Status brasileiro da proteção de dados	46
2.3.1 ADI nº 6.387/DF	47
2.3.2 PEC nº 17/19, a nova Emenda Constitucional nº 115	49
2.4 Considerações finais	52
CAPÍTULO 3 - A RELAÇÃO DO ANTITRUSTE E A PROTEÇÃO DE DADOS	54
3.1 Teorias existentes sobre a relação do antitruste e a proteção de dados	55
3.1.2 Complementariedade e não-complementariedade	58
3.2 Exemplos de interações entre o antitruste e a proteção de dados.....	59
3.1.1 Reporte final da autoridade antitruste britânica na investigação do mercado de energia	60
3.2.2 O caso HiQ, Inc v. LinkedIn Corp.	61

3.2.3 A LGPD e a possibilidade de remédios antitrustes prejudiciais para a proteção de dados	63
CONCLUSÃO.....	68
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

O que se pretende na presente monografia é abordar questões atinentes ao Direito Econômico. O problema que motivou a feitura deste trabalho se cristaliza na aparente facilidade com que as grandes plataformas virtuais consolidaram sua hegemonia nos respectivos mercados, em detrimento dos concorrentes, sem maiores embaraços por parte das autoridades reguladoras da economia. A hipótese trabalhada nesta monografia é a de que um viés regulatório mais liberal, este especificamente aplicado sobre os mercados virtuais - além de ser contraditório com o ideal proposto pela Constituição Federal de 1988 - é falho em relação ao próprio objetivo primário e estrutural do Direito Antitruste; qual seja, a defesa da concorrência. Além disso, também será encarado o papel - se algum - do Direito à Proteção de Dados na regulação das plataformas virtuais, visto a fundamentalidade que os dados pessoais adquiriram para o funcionamento desse mercado específico.

Nas últimas décadas do século XX, com a aceleração da digitalização e informatização da economia, a humanidade assistiu com tranquilidade ao agigantamento das plataformas digitais. Sob influência do pretexto neoclássico de que o objetivo da atividade regulatória do estado seria a eficiência do mercado e o bem estar do consumidor; na hipótese em que não fosse possível - ou difícil - configurar perda em uma dessas categorias por culpa de conduta unilateral cometida por um agente, a ideia de uma intervenção antitruste não era privilegiada.

As falhas dessa abordagem mais liberal sobre o papel regulador do Estado na economia, capitaneada pelos doutrinadores da Escola de Chicago, são mais facilmente percebidas quando analisamos os casos das plataformas virtuais, como Google, Facebook e Amazon. Isso devido ao fato de que o custo para o consumidor é difícil de se precisar; bem como o fato de que o suposto dinamismo econômico decorrente da suposta facilidade de ingressar no mercado - já que os gastos com infraestrutura para os novos entrantes são em muito inferiores aos do “mercado clássico” -, criar uma sensação de uma pressão concorrencial constante por inovação.

O cenário se torna ainda pior no caso das plataformas virtuais quando se olha para o insumo impulsionador dessa nova economia: os dados pessoais. Por meio da vasta coleta e processamento em tempo real das informações deixadas pelos seus usuários, tornou-se possível a criação de perfis psicológicos e modelos preditivos capazes direcionar anúncios específicos para cada indivíduo.

O problema, com isso, não é o acúmulo dantesco de capital, mas os métodos não supervisionados que possibilitaram esse acúmulo. Utilizando-se brevemente o exemplo do Facebook, a compra direta dos competidores Instagram e WhatsApp possibilitou com que a empresa adquirisse poder tão grande a ponto de a tornar capaz de prejudicar os concorrentes que se atrevessem a recusar eventual oferta de compra – como foi com o Snapchat, cuja relevância foi gravemente reduzida após o Facebook incorporar praticamente todas as suas características específicas -.

Somado a isso, também existe a preocupação referente a forma com que essas plataformas digitais lidam com o enorme volume de dados pessoais sob seu controle. Nesse ponto, devido às implicações que podem chegar a ser matéria de segurança nacional, a forma de enfrentar esse problema, em diversos lugares do mundo, foi bastante intuitiva: a criação de um regramento específico prevendo formas de assegurar os direitos e liberdades dos indivíduos no espaço virtual. No Brasil, esse regramento se cristalizou através da Lei Geral de Proteção de Dados “LGPD” em 2018, fundamentada no respeito a privacidade e na autodeterminação informativa.

Com tudo isso em mente, a pesquisa será construída a partir de uma metodologia expositiva, encarando-se a produção doutrinária sobre o tema e utilizando da análise de casos concretos como forma de exemplificar as problemáticas apresentadas. A bibliografia foi selecionada com base na relevância sobre os temas de Direito Econômico, Antitruste e Proteção de Dados; bebendo-se de fontes estadunidenses e europeias, na medida em que essa problemática já venha a ter sido concretamente enfrentada, ou na medida da semelhança jurídica – em especial no caso europeu – para com o ordenamento nacional.

O trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo enfrentará as questões de Direito Econômico referentes a regulação do mercado de plataformas virtuais. Iniciando pela referência à importância da concorrência na manutenção do equilíbrio do sistema econômico e caracterizando brevemente o conceito de abuso de posição dominante. Em seguida, serão abordadas as questões específicas enfrentadas pelas autoridades de controle da concorrência para a identificação de abusos cometidos pelas grandes plataformas digitais. Para exemplificar os tais dilemas, será analisado o as duas posições defendidas no julgamento feito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica “CADE”, que arquivou a investigação antitruste contra Google pela maioria dos votos. Por fim, serão expostas as possíveis soluções para a regulamentação das plataformas digitais apontadas pela produção doutrinária recente sobre o assunto.

Já no segundo capítulo, o foco será puxado para o direito à proteção de dados, uma vez que os dados pessoais formam parte relevante do modelo de negócios de diversas plataformas virtuais. De início, será feita uma breve exposição sobre suas origens nem tão recentes e apontando para a importância do reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental autônomo. Ao fim dessa parte, o objetivo será o de apontar qual é o atual status desse direito dentro do ordenamento nacional, esclarecimento que se faz necessário para melhor compreender o que de fato é o direito à proteção de dados; de modo a que se possa então proceder com a análise das interações com o direito antitruste.

A última parte, por fim, endereçará as interações específicas entre os dois direitos, e se as formas de regulação da concorrência eventualmente poderiam ir na direção contrária dos interesses do direito à proteção de dados, ou vice-versa. Essa parte começara pela análise das teorias já existentes a respeito das interações entre ambos os direitos; seguindo para um breve estudo sobre os casos em que essa interação já foi observada no estrangeiro. Ao final, essas observações serão contrastadas à luz da LGPD e do ordenamento pátrio, de forma a apontar qual seria o papel dessa legislação na atividade regulatória do Estado na economia.

CAPÍTULO 1 – O DESAFIO DO DIREITO ANTITRUSTE NOS MERCADOS DIGITAIS

1.1 Preliminares de direito econômico: concorrência e regulação

Fundamental, para que se possa de fato abordar o tema a que se propõe a presente monografia, é compreender a importância da defesa da concorrência, por si mesma, dentro de um sistema econômico. Para tanto, começar-se-á o presente capítulo com uma citação do célebre economista e filósofo austríaco Friedrich Hayek, ganhador do prêmio Nobel de economia:

“A competição é essencialmente o processo da formação da opinião: ao espalhar a informação, ela cria a unidade e coerência do sistema econômico que nos pressupomos quando pensamos nele como um mercado. Ela cria as visões que as pessoas têm sobre o que é melhor e mais barato e é por causa dela que as pessoas sabem, sobre as possibilidades e oportunidades, pelo menos o quanto elas de fato sabem.”¹

Nesse sentido, o Professor Calixto Salomão Filho, em seu livro intitulado “Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)”, também discorre em seu livro papel fundamental da concorrência para possibilitar que o consumidor de fato possa encontrar a via mais própria para satisfazer seus interesses.² No entanto, o professor acrescenta importante noção sobre a papel cognitivo do Direito nesse processo, afirmando que “um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a essa sociedade conhecer a si própria”.³

A partir do último trecho compartilhado, já é possível perceber uma certa tendência por parte de Calixto em discordar das teorias econômicas mais liberais como a proposta pela chamada Escola de Chicago. Tal afirmação é corroborada pelas duas

¹ HAYEK, Friedrich. **Individualism and Economic Order**. [S. l.]: University of Chicago Press, 1948. p.106

² FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da Atividade Econômica: (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 1ª. ed. [S. l.]: Malheiros, 2001.

³ Ibid. pp. 33 e 34

críticas subsequentemente levantadas pelo autor ao pensamento neoclássico, uma – a qual não se dispõe a analisar no momento – referente ao conceito de bem-estar do consumidor, e outra sobre o próprio conceito de concorrência, uma vez que “o sistema econômico não é um sistema cujos efeitos, todos eles, podem ser previstos e aqueles desejáveis selecionados, de modo a orientar a feitura e aplicação da lei”.⁴ Por hipótese, o autor retoma ao conceito inicialmente exposto quanto a fundamentalidade de um processo realmente livre de escolha:

“Fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda – que represente, portanto, a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos) -, mas também que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesma.”⁵

Partindo desse ponto, sobra pouco espaço para se discordar de Calixto quando este sugere uma participação mais ativa por parte da regulação do Estado, utilizando o direito para garantir a concorrência e, conseqüentemente, a verdadeira liberdade de escolha dos consumidores; tendo em vista que “se não houver alternativa para a escolha de um produto não é possível saber quanto a alternativa não escolhida traria de utilidade para o consumidor”.⁶

Não é por motivo diferente que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a Ordem Econômica e Financeira do País, finca a livre concorrência como um de seus princípios no art. 170, IV. A Carta Magna ainda explicita claramente, em seu art. 173, §4º, que “a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; além de impor a obrigação do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, de exercer a fiscalização, o incentivo e planejamento conforme dispõe o art. 174. A concorrência é um instituto de interesse público fundamental para o devido equilíbrio econômico, possuindo, como visto, valor em si mesma.

⁴ Ibid. p. 36

⁵ Ibid. p. 37

⁶ Ibid.

Sobre essa questão, Paula Forgiani destaca, por meio de uma análise principiológica dos dispositivos constitucionais, o caráter eminentemente instrumental que a Constituição Federal atribui à concorrência para “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.⁷ Conclui, então, pela incongruência de uma análise regulatória focada pura e simplesmente na eficiência do mercado com o ordenamento jurídico nacional; pontuando que o foco seria, em verdade:

“criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.”⁸

1.1.1 Poder econômico e seu abuso

De forma a complementar a análise anterior sobre a importância da concorrência, é capital que se faça uma breve análise sobre a hipótese em que esta não está plenamente constituída. Paula Forgiani chama atenção para a expressão “posição monopolista”, na medida em que não seria necessária a constatação de um único agente econômico a ponto de caracterizar uma ausência literal de concorrência, mas sim a existência de um agente econômico cujo poder seja tal a ponto de o capacitar a agir com independência e indiferença para com seus competidores de modo a criarem um ambiente em que “a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento da outra empresa”.⁹

De acordo com a legislação Antitruste brasileira, a Lei nº 12.529/2011, nomeadamente em seu 36, §2º:

“Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado

⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª. ed. rev. atual. e aum. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2012. p. 186.

⁸ Ibid. p. 188

⁹ Ibid. p. 257

relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”¹⁰

Sendo ainda certo que, no parágrafo 1º do mesmo artigo, a legislação claramente dispõe que “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.¹¹

O abuso da posição dominante, segundo Paula Forgiani, não seria diferente do conceito de “abuso de direito” positivado no art. 187 do Código Civil, segundo o qual “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”¹² Sobre isso, a autora afirma que o caminho seria o de:

“considerar a repressão ao abuso de direito como princípio, que embasa todo o nosso ordenamento jurídico, e não se refere, exclusivamente, à proteção de esferas de direitos e interesses privados. Sob esse prisma, a repressão ao abuso de poder econômico pode também ser entendida como a coibição ao abuso dos direitos de liberdade econômica”¹³

Delimitação interessante do que se constituiria, então, um abuso de posição dominante é a trazida pelo professor Calixto Salomão Filho, em seu manual de Direito Concorrencial, nas indústrias de *software* no caso do Sistema Operacional da Microsoft.¹⁴ O autor discorre sobre como a Microsoft teria aproveitado da vantagem inicial por - metaforicamente - ter queimado a largada no mercado de *software* e ter despontado nesse

¹⁰ BRASIL. Lei nº 15.529/11, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#art128. Acesso em: 04 jan. 2022.

¹¹ Nos termos do art. 36 da Lei 12.529/11: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

¹³ Cf. Supra. Nota 7, p. 266

¹⁴ FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. [S. l.]: Malheiros, 2013. p. 495.

mercado específico, para seguir adotando medidas necessárias para sua manutenção no topo.¹⁵

As externalidades positivas apontadas por Calixto no caso são duas: uma direta, associada ao fato de que “quanto mais consumidores usarem o sistema operacional, mais útil será, pois permitirá intercâmbio de dados e de trabalhos realizados através dos sistemas operacionais compatíveis.”;¹⁶ e uma indireta, associada ao fato de que “os fabricantes de aplicativos tenderão naturalmente a produzi-los visando ao sistema operacional que é líder do mercado”¹⁷ algo que tornaria o sistema mais útil.

No caso da Microsoft, uma das formas utilizadas pela empresa de abusar da sua posição de domínio, foi a de efetivamente impedir a compatibilidade entre as aplicações utilizadas no seu Sistema Operacional com os da concorrência. Dessa forma, criou-se uma verdadeira pressão para que os desenvolvedores optassem para qual Sistema Operacional eles iriam criar suas aplicações, situação que claramente favoreceria a Microsoft.¹⁸ Nesse sentido, pontua Calixto que “as externalidades diretas e indiretas, muito mais que consequências naturais, foram fortemente influenciadas por comportamentos cuja legalidade é, no mínimo, duvidosa”¹⁹

1.2 plataformas digitais como um desafio à regulação

Após a breve exposição sobre a importância da promoção da concorrência para a saúde do sistema econômico, bem como se abordará, de maneira mais precisa, como as entidades privadas do mercado digital se aproveitam das vantagens inerentes a essa nova realidade – como o uso de algoritmos complexos e o tratamento de grandes quantidades de dados pessoais para uma maior eficiência no direcionamento de propagandas - para

¹⁵ Ibid. p. 496

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid. p. 497

¹⁹ Ibid. p. 498

superar seus competidores. Isso tudo bem debaixo do radar das autoridades reguladoras que justamente deveriam presar pela defesa a livre concorrência.

Somando-se às vantagens supramencionada, ainda se há de adicionar o fato de que, em sua maioria, essas empresas configuram-se como plataformas multilaterais. Assim, elas não somente são capazes de ampliar o potencial de coleta de dados como em um círculo virtuoso – uma maior quantidade de usuários implica em um maior arcabouço de dados pessoais disponíveis para o tratamento; que, em seu turno, implica na mais fácil capitalização da plataforma e potencialmente a torna mais atraente para mais usuários - como também podem se beneficiar com outras vantagens anticompetitivas igualmente presentes nos mercados tradicionais, as quais, segundo David Evans, necessitam de uma atenção especial para não passem despercebidas.²⁰

Nas palavras de Lina M. Khan, indicada pela administração do Presidente estadunidense Joseph Biden para a presidência da *Federal Trade Commission* (FTC) – agência americana análoga ao CADE, aqui no Brasil – as deficiências das análises contemporâneas do direito concorrencial são iluminadas e amplificadas no contexto das plataformas online e dos mercados impulsionados por dados,²¹ cujas dinâmicas específicas - como o incentivo de se buscar a expansão em detrimento do lucro, cumuladas com as inovações anticompetitivas derivados do controle sobre os dados²² - ampliariam as inadequações presentes nas antigas formulações doutrinárias neoliberais focadas apenas no impacto no preço e no prejuízo ao consumidor sem a devida atenção ao aspecto estrutural da concorrência.²³

Um dos fatores que dificulta o enquadramento das grandes plataformas digitais na lei antitruste é que, aparentemente, essas não gozam de uma estabilidade permanente no topo do mercado. Embora estas plataformas compitam em um sistema quase que de tudo ou nada, haja vista o caráter aparentemente único e insubstituível de cada serviço

²⁰ EVANS, David S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. *Yale Journal on Regulation*, [S. l.], v. 20, p. 328, 2003.

²¹ KHAN, L. M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, p. 737, 2017.

²² Ibid. p. 784

²³ Ibid. p. 746

oferecido, da forma como se observa com o GAFAM - acrônimo utilizado para representar o grupo dos “grande cinco” da indústria, nomeadamente Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft -, a característica altamente dinâmica desse mercado impulsiona a necessidade por constante inovação para que estas empresas se mantenham no topo do mercado. Nesse sentido, David S. Evans destaca quatro peculiaridades que distinguem as plataformas digitais dos antigos gigantes do mercado.²⁴

A primeira são as ondas de inovação disruptiva que abalam os modelos de negócios e abrem novas oportunidades para competição, a exemplo da revolução da internet no anos 90, a invenção dos *smartphones* no fim da primeira década do milênio, e a atual fase de desenvolvimento de inteligências artificiais avançadas.²⁵ Esses novos entrantes, potencialmente, servirão de futura concorrência para os atuais gigantes do mercado, de modo que estes são forçados a garantir formas de acompanhar e integrar as inovações sob risco de serem ultrapassados pelas novas tecnologias que surgem.

Em segundo lugar, Evans aponta para o fato de que muitas das plataformas competem entre si mesmo sendo líderes em mercados distintas. Exemplo disso no grupo do GAFAM seria a competição existente entre a Amazon e o Google quando o assunto é busca por produtos online, visto que ambas as empresas são qualificadas para iniciar tal busca, mesmo as empresas não possuindo similaridades aparentes entre si.²⁶

Em terceiro, o professor destaca a maior suscetibilidade ao ataque desses novos competidores por partes das plataformas online, que não necessitam gastar rios de capital para igualar a estrutura produtiva do competidor, visto que, em último instância, a competição maior é pela atenção dos usuários. Para ilustrar esse ponto, Evans utiliza o exemplo do Yahoo, superado pelo concorrente mais novo Google, inobstante do seu domínio original.²⁷

²⁴ EVANS, David S. Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights, But Not Sleepy Monopolies. Londres: **University College London**, 2017. p. 2

²⁵ Ibid. p. 3

²⁶ Ibid. p. 3

²⁷ Ibid. p. 4

Em quarto lugar está o fato de que, embora cada uma dessas empresas tenha um nicho específico em que são dominantes, cada uma delas, ao fim do dia, competem entre si pela atenção dos usuários de modo a aperfeiçoarem seus algoritmos e gerarem lucros com propagandas e afins.²⁸

Entretanto, a existência dessa peculiaridades nas plataformas digitais não pode servir de pretexto para um eventual relaxamento das autoridades antitrustes, sob o pretexto neoliberal de que a concorrência seria virtualmente impossível de ser afetada em um mercado aparentemente tão dinâmico. Pelo contrário, a atenção deveria ser redobrada devido às maneiras não usuais em que se pode exercer o abuso da posição dominante.

1.2.1 O caso google no CADE

De modo a Exemplificar as afirmações feitas ao fim do parágrafo anterior, agora será abordado o relativamente recente arquivamento do Processo nº 08012.010483/2011-94, cujo objeto da demanda perante o CADE consistia, em síntese, nas supostas condutas exclusionárias praticadas pelo Google através de privilégios concedidos aos seus próprios anúncios em detrimento aos dos seus concorrentes.²⁹ O maior desafio encontrado pelos conselheiros foi em diferenciar em que medida a conduta impugnada possui vistas a prejudicar a concorrência e, conseqüentemente, conquistar maior fatia do mercado, ou se trata apenas de uma atitude genuína para melhorar a qualidade serviço.

A origem da investigação se deu com a representação feita pela empresa E-Commerce Media Group Informações e Tecnologia Ltda., controladora dos sites de comparação de preço Buscapé e Bondfaro, com vistas a verificar suposta conduta

²⁸ Ibid. p. 4

²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.. Relator: Conselheiro Maurício Bandeira Maia. Brasília.

anticompetitiva tipificada na Lei nº 12.529/11, responsável por estruturar o sistema brasileiro de defesa à concorrência, no art. 36, I, II e IV, e em seu §3º, III, IV, X e XI:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;³⁰

Segundo a representante, o Google estaria privilegiando o Google Shopping, concorrente dos demais comparadores de preços virtuais, nas primeiras posições dos resultados do seu mecanismo de buscas. Dessa forma, seus rivais teriam o fluxo de acesso diminuído, resultando em receitas menores e, conseqüentemente, maiores preços para o consumidor. Somando-se a velada manipulação da ferramenta de busca, a representante também afirma que estaria ocorrendo discriminação de concorrentes ao vedar a compra

³⁰BRASIL. Lei nº 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#art128. Acesso em: 04 jan. 2022.

de PLAs³¹ - os anúncios que aparecem no topo da página de pesquisas do Google a depender do que é pesquisado – para os comparadores de preço.³²

1.2.1.1 Posição majoritária

O racional seguido pela maioria dos conselheiros que votaram em favor ao arquivamento da demanda pode ser extraído do artigo publicado pelo Conselheiro Maurício Oscar de Bandeira Maia, relator do caso, no último boletim do Centro Regional de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em Budapeste (OCDE-GVH).³³ No início da análise, Maurício Constata, a partir de um ponto de vista classificado como conservador e pragmático, a existência de dois tipos de mercados sob a influência do Google no caso, o primeiro de ferramentas de buscas genéricas, e o segundo de comparação de preços.³⁴

Após a delimitação dos mercados, Maurício reconhece o inquestionável poder de mercado possuído pelo Google, ressaltando os efeitos de rede que contribuem, de maneira significativa, para o fortalecimento do poder de mercado em plataformas multilaterais – conforme o caso -. Assim, o Conselheiro afirma, em seu artigo, que restaria apenas a análise do impacto concreto no mercado durante o período relevante da análise sob três perspectivas anticompetitivas concernentes ao caso, nomeadamente (i) condutas exclusionárias; (ii) inovação predatória; e (iii) colocação proeminente dos próprios produtos.³⁵

³¹ Sigla em inglês para “Product Listing Ads”

³² Conforme disponível no relatório do processo em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM40O_nlair2nlnoNzF4h6tAzo-cc8tTVt

³³ MAIA, Maurício Oscar de Bandeira. The Brazilian Google Case. **Competition Policy In Eastern Europe And Central Asia: Focus on Abuse of Dominance in Digital Markets**, Budapeste, v. 16, p. 23-34, mar. 2021.

³⁴ Ibid. p. 23

³⁵ Ibid. p. 24

O primeiro ponto chave em favor do arquivamento da demanda foi o reconhecimento, pela maioria dos conselheiros, de que a página do Google não poderia ser considerada como uma facilidade essencial para o desenvolvimento da atividade dos comparadores de preço. Isso, devido ao fato de que existiriam substitutos efetivos para a página de buscas do Google – o usuário poderia, por exemplo, acessar o site do comparador de preço diretamente, sem recorrer ao google de qualquer forma para efetuar as compras -, além de que os dados pessoais seriam considerados ativos onipresentes, cuja maior diferença entre os competidores seria justamente a forma de processamento destes.³⁶

Maurício, então, reconhece que de fato ocorrera a colocação proeminente dos produtos do Google Shopping em relação aos competidores na página de buscas do Google, e que isso poderia, em tese, trazer consequências negativas para competidores. Desse modo, para analisar a ocorrência de inovação predatória – no caso das PLAs terem sido desenvolvidas com propósito de neutralizar a concorrência dos comparadores de preço – e a suposta falta de neutralidade no algoritmo de buscas do Google – pela omissão dos comparadores de preço da primeira página dos resultados das pesquisas – foi procedida uma análise dos efeitos e benefícios dessas condutas.³⁷

Sobre os Efeitos, foram examinados a diminuição da visibilidade e tráfego no site dos competidores, aumento do custo por clique – o preço pago pelos vendedores por cada clique feito sobre a propaganda do produto, que em última instância é embutido no preço final para o consumidor – e a limitação no número de produtos vendidos. A conclusão alcançada foi a de que os efeitos não puderam ser comprovados. Enquanto não se pode observar diminuição no tráfego para os comparadores de preço oriundos da página do Google, Maurício afirma que se pode observar um aumento no fluxo de usuários para os

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

chamados *Marketplaces*,³⁸ corroborando para a ideia de que o mercado teria evoluído nesse sentido.³⁹

No tocante ao custo por clique, a conclusão alcançada por Maurício foi a de que também não existiriam evidências suficientes para demonstrar o aumento no preço. Portanto, não seria possível estabelecer umnexo de causalidade entre as ações do Google e efeitos negativos para a concorrência dadas as evidências que foram apresentadas ao CADE.⁴⁰

Já sobre os benefícios trazidos pelo sistema de PLAs, Maurício detalha que elas facilitariam o acesso dos usuários aos produtos com base nos dados sobre os padrões de buscas de cada um; além de conectá-los diretamente com o vendedor dos produtos de maneira mais eficiente. Logo foi alcançada a conclusão de que as atitudes do Google não era prejudiciais nem constituíam conduta anticompetitiva.⁴¹

1.2.1.2 Críticas à posição majoritária

Embora a decisão pelo arquivamento tenha sido fundamentada de maneira sólida - o que não poderia ser diferente dada a expertise dos conselheiros que compõe o CADE -, ela não foi unanime. Tal falta de consenso torna-se ainda mais relevante depois que a Comissão Europeia, no mesmo ano e em caso quase que idêntico, multou o Google em

³⁸ Com a tradução literal do inglês para “lugar de mercado”, são os tipos de sites que funcionam com um shopping center virtual, onde o usuário pode comparar e comprar produtos de lojas diferentes no mesmo lugar. Cf: AMAZON.COM INC. **E-commerce ou marketplace? Conheça suas principais diferenças.** Disponível em: https://venda.amazon.com.br/sellerblog/e-commerce-ou-marketplace-conhec-as-suas-principais-diferencas?ld=SEBRSOA_dsa-all-desk-mobile_go_cmp-12520614192_adg-121654366720_ad-505224365508_dsa-368048640619_dev-c_ext_sig-Cj0KCCQiAoNWOBhCwARIsAAiHnEgPSj35PDKoGKZ27wWoSdltYJqmoO5oizIG9peBYbUe012jIersaCkaAiluEALw_wcB&gclid=Cj0KCCQiAoNWOBhCwARIsAAiHnEgPSj35PDKoGKZ27wWoSdltYJqmoO5oizIG9peBYbUe012jIersaCkaAiluEALw_wcB. Acesso em: 05 jan. 2022.

³⁹ Cf. Supra, nota 33, p. 24

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

1,49 milhões de euros por abuso de posição dominante em violação às regras antitrustes da União Europeia.⁴²

Sobre essa diferença de conclusões entre o julgamento feito pelo CADE e o feito pela Comissão Europeia, Maurício defende, em seu artigo, que:

“[É] essencial reconhecer que: nossa conclusão é diferente da alcançada em outros países europeus, como a França e a Espanha. Desde que o Google implementou o algoritmo Panda, os sites comparadores de preço nesse países perderam visibilidade, fato que não fora constatado no Brasil”⁴³

Todavia, tal argumentação não pareceu sensibilizar parte dos conselheiros do CADE, dentre os quais se encontra a conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Em seu voto, a conselheira traz, no início, uma breve explicação sobre qual seria a racionalidade da plataforma Google em relação ao movimento em direção Compras Online; nomeadamente, a de se aproveitar dos efeitos multiplicadores associados à multilateralização da plataforma.⁴⁴ Em outras palavras, a intenção do Google seria de se beneficiar de uma espécie de círculo virtuoso ligado a interdependência dos lados de sua plataforma – juntando o domínio na plataforma de buscas diretamente até a ação final da compra pelo Google Shopping -, uma vez que o maior número de usuários implicaria num maior número de anunciantes interessados, o que, a seu turno, traria ainda mais usuários para a plataforma da empresa.

⁴² COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising.** 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁴³ “And here it is essential to make a statement: our conclusion is different from that reached in other European countries – like France and Spain. Since Google implemented the Panda algorithm, price comparison sites in these countries have lost visibility, which did not happen in Brazil.” (tradução livre) Cf. Supra. Nota 33. p. 24

⁴⁴ SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. Centro Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.. Relator: Maurício Oscar de Bandeira Maia. **Sistema Eletrônico de Informações**. Brasília, 30 jul. 2019. Voto Vencido. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM9eWYY1IAzBkQzXb6iqwYeEawOqf0hZyB-RskNpxi_UCB5Yd7zm4vAiRMY4nyhPKFH8PzLfhJ5tg8wUJIq322l. Acesso em: 06 jan. 2022.

Em seguida, após igualmente reconhecer o inquestionável domínio do mercado de buscas online pelo Google, Paula Farani diverge da maioria dos conselheiros na medida em que considera o Google como uma ferramenta essencial para a navegação na internet nos dias atuais.⁴⁵ Tal afirmação foi feita com base na análise das externalidades de rede do Google associadas aos chamados efeitos de *lock-in* – cuja tradução para o português seria algo como “trancar dentro”, que a conselheira aponta como sendo possível de constar na forma de custos arcados pelo consumidor para efetuar a troca de serviço – algo que, no caso, seriam “os custos de pesquisa e comunicação para definir, controlar, e adaptar o serviço, bem como as inconveniências adicionais de ter que aprender a usar e a personalizar o novo serviço adquirido”.⁴⁶

A conselheira ainda presta atenção para os efeitos *lock-in* gerados a partir do uso de dados pessoais com fins de gerar maior integração entre os usuários e a plataforma.⁴⁷ Para reforçar sua argumentação, traz trecho do Relatório, feito a pedido da Comissão dos Assuntos Econômicos e Monetários do Parlamento Europeu, sobre os desafios concorrenciais na economia digitalizada:

“integração de múltiplas plataformas por meio de dados de usuários cria sinergias que ambos os consumidores e anunciantes se beneficiam, mas ao mesmo tempo ela também cria efeitos “*lock-in*” para ambas as partes. Consumidores se acostumam com os serviços que eles gostam. Uma vez que esses serviços se tornam uma parte integral de suas vidas cotidianas, eles estarão menos inclinados a trocar para outros serviços. Eles são ainda menos inclinados a trocar quando a experiência de um serviço individual (ex. usando ferramentas de busca) depende do uso de outros serviços (como e-mail, serviços de geolocalização ou serviços de mídia social, por exemplo, trocando entre as nuvens da Apple e Microsoft). O uso de perfis de dados pessoais causa esse efeito. Qualquer limite para transferir esses dados para um competidor impõe custos de troca para consumidores. De certa forma, os consumidores se prendem ao cederem seus dados pessoais.”⁴⁸

⁴⁵ Ibid. para. 123

⁴⁶ Ibid. para. 118

⁴⁷ Ibid. para. 120

⁴⁸ “Consumers get used to services they like. Once these services have become an integral part of their daily lives, they are less willing to switch to other services. They are even less willing to switch when the experience of an individual service (e.g. using a search engine) depends on using other services (like email, geolocation services, or social media services, for example switching between the clouds of Apple and Microsoft). The use of personal data profiles causes this effect. Any limits to transferring these data to a competitor impose switching costs for consumers. In a way, consumers lock themselves in by providing their personal data” (tradução livre) Cf. POLICY DEPARTMENT A (União Europeia). Committee On Economic and Monetary Affairs. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy**. União Europeia: Parlamento Europeu, 2015. 82 p. Disponível em:

Dessa forma, levando em consideração os efeitos supramencionados em conjunto com a essencialidade da plataforma de buscas do Google para a navegação contemporânea na internet, a conduta de posicionamento privilegiado cometida pelo Google efetivamente teria servido para blindar a empresa da pressão competitiva exercida pelos comparadores de preço.⁴⁹ Isto, porque a unidade o Google, segundo a conselheira, o Google shopping não apresentaria qualquer inovação que não existisse em outras plataformas,⁵⁰ apenas servindo como uma instrumento de comodidade para o usuário, que não mais precisaria procurar na página de resultados da pesquisa, uma vez em que a plataforma não se submete ao algoritmo de buscas.

Somando-se a isso, Paula Farani aponta para as considerações que devem ser tomadas pelas grandes plataformas de modo a melhor regular o ecossistema, de modo a garantir condições de igualdade entre os competidores sem uma violenta distorção sem uma justificativa clara⁵¹. Nesse sentido, a proibição, feita pelo Google, de acesso aos PLAs por parte dos sites comparadores de preço ressaltaria ainda mais a intenção da empresa de extirpar a concorrência do mercado, reforçada pelo fato de que em outras áreas de busca – como, por exemplo, no ramo hoteleiro – o Google permitia que outros sites comparadores de preços aparecessem nos resultados de busca temática análogo aos PLAs.⁵²

Com essas considerações em mente, Paula conclui que as condutas do Google constituiriam, sim, uma estratégia redução da competição através da “alavancagem de posição dominante por meio da redução de tráfego dos concorrentes e impedimento da massa crítica de usuários e anunciantes”.⁵³ Além disso, a conselheira aponta pela existência de nexo de causalidade entre as condutas, por ausência de explicações diversas

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf). Acesso em: 06 jan. 2022.

⁴⁹ Cf. Supra. Nota 44. Para. 166

⁵⁰ Idib. Para. 170

⁵¹ Ibid. Para. 179

⁵² Ibid. para. 185

⁵³ Ibid. para. 197

capazes de justificar a repentina perda de popularidade entre os sites comparadores de preço.⁵⁴

Por fim, no que diz respeito aos remédios que cabíveis no caso, Paula concorda com as sugestões dos demais conselheiros dissidentes do voto majoritário; no sentido de obrigar o google a oferecer a opção de também verificar os resultados nos demais comparadores de preço, através de um link, ao lado dos anúncios do Google Shopping. Em síntese, fundamenta sua decisão apontando que:

“Um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é a liberdade de escolha por meio da preservação da qualidade e diversidade dos bens no mercado. O antitruste tradicionalmente protege a qualidade e diversidade dos bens no mercado. O que sugiro, no presente caso, e o que se almeja com a restrição proposta é proteger também a liberdade de escolha.

Portanto, vejo o remédio sugerido como um elemento que quebra a tomada de decisão automática do usuário e o força a escolher se prefere continuar no ecossistema Google ou se prefere comparar em outro metabuscador.

Por fim, ressalto que a restrição proposta é efetiva, uma vez que soluciona as preocupações concorrenciais decorrentes da conduta e atende também a um elemento repositivo destacado como importante em casos de *self-preferencing* no Relatório da Comissão Europeia emitido em 2019.”⁵⁵

1.2.3 Considerações finais sobre o caso google

O que se pretendeu ilustrar, com o breve relato dos posicionamentos tomados pelos conselheiros do CADE por ocasião do julgamento do caso Google, foi justamente (i) o nível de complexidade que existe no julgamento dos casos envolvendo plataformas digitais, haja vista a miríade de fatores que devem ser considerados para uma análise perfeita; e (ii) o potencial lesivo à concorrência que podem surgir de simples mudanças que, à primeira vista, fazem parte do curso natural da evolução tecnológica.

Como talvez tenha ficado aparente pela redação do parágrafo anterior, muito mais convincente aparenta ser a fundamentação dada pelo voto dissidente no caso. Isso não se

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid. paras. 211 a 213

deve a nenhum complexo de inferioridade em relação ao europeus – na forma de um ímpeto em concordar com tudo que vem do velho mundo -, mas sim devido à maior consonância com as produções doutrinárias mais recentes sobre o assunto, e a maior consideração para com os demais fatores que interferem na análise – como as questões comportamentais dos usuários e as novas dinâmicas envolvidas no processo competitivo do mundo digital – na hora de julgar a licitude da conduta do Google.

1.3 Possíveis soluções para o controle dos mercados de plataforma

Agora, tendo exemplificado os dilemas existentes na aferição de condutas anticompetitivas por parte das plataformas digitais, será feita uma breve análise das soluções existentes no âmbito doutrinário para melhor tratar desse problema.

Sobre o tema, Lina M. Khan aponta para a existência de, no mínimo, duas formas de tentar endereçar o caso plataformas digitais. a primeira constitui no controle dessas plataformas por meio da competição, onde a autora sugere um reforma na legislação antitruste de maneira a melhor se adequar à nova realidade. Já a segunda forma, consiste, basicamente, no aceite de que tais plataformas seriam entidades naturalmente monopolistas, onde a autora sugere ser necessário adotar medidas regulatórias que melhor aproveitem as vantagens originadas da massiva escala dessas empresas e que ao mesmo tempo impeçam sua capacidade de cometer abusos.⁵⁶

1.3.1 Protegendo a competição em casos de integração vertical

Lina M. Khan, ao abordar a primeira forma de controle de mercado, faz uma afirmação que muito se correlaciona com o tema da presente monografia – ainda mais se levado em consideração o relato feito, no capítulo anterior, sobre o julgamento da conduta do Google pelo CADE, que pode ser correlacionada com a integração vertical, -. A autora afirma que:

⁵⁶ Cf. Supra. Nota 21. p. 790

“A atual abordagem concorrencial não leva em consideração, suficientemente, como a integração vertical pode originar conflitos de interesses anticompetitivos, nem endereça, de maneira adequada, como uma empresa dominante pode usar seu poder em um setor para alavancar outra linha de negócios. Essa preocupação é elevada no contexto de plataformas verticalmente integradas, que podem usar novas perspectivas geradas pelos dados adquiridos em um setor para minar os rivais em outro.”⁵⁷

Por Hipótese, Lina sugere duas formas para o tentar atacar o problema. A primeira – que acaba não servindo tanto para o caso de uma expansão unilateral de uma plataforma para outro mercado, tal qual foi o caso do Google no CADE – consiste numa reformulação do critério para revisão das fusões e aquisições de empresas, de modo a que se leve em consideração o impacto da determinada ação no controle de dados pessoais.⁵⁸ Embora a autora não entre nos detalhes sobre qual seria o patamar de acúmulo de dados necessário para que a fusão ou aquisição engatilhe uma investigação antitruste, algo que tornaria sua proposição mais concreta, ela é merecedora de crédito por iluminar uma discussão que, mesmo dotada de requintes de obviedade, não recebe – ou pelo menos não recebia – a devida atenção dos holofotes.

O exposto ao fim do parágrafo anterior fica claro ao se tomar como exemplo a aprovação, sem maiores dificuldades, da aquisição do Instagram⁵⁹ e do WhatsApp⁶⁰ pelo Facebook nos Estados Unidos, que a própria autora traz como exemplo de aquisição que não gerou o devido escrutínio das autoridades.⁶¹ Agora, anos depois da publicação de seu

⁵⁷ “The current approach to antitrust does not sufficiently account for how vertical integration may give rise to anticompetitive conflicts of interest, nor does it adequately address the way a dominant firm may use its dominance in one sector to advance another line of business. This concern is heightened in the context of vertically integrated platforms, which can use insights generated through data acquired in one sector to undermine rivals in another.” (tradução livre) Cf. Supra. Nota 21. p. 792

⁵⁸ Cf. Supra. Nota 21. p. 792

⁵⁹ ORESKOVIC, Alexei. FTC clears Facebook's acquisition of Instagram. **Reuters**, [s. l.], 22 ago. 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-instagram-idUSBRE87L14W20120823>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁶⁰ ORESKOVIC, Alexei. Facebook says WhatsApp deal cleared by FTC. **Reuters**, [s. l.], 10 abr. 2014. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp-idUSBREA391VA20140410>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁶¹ Cf. Supra. Nota 21. p. 793

trabalho, o Facebook está sendo processado pela FTC e pela procuradoria geral de 48 Estados americanos para um potencial desmembramento da empresa.⁶²

A outra solução sugerida por Lina consiste na proibição profilática de integrações verticais para as plataformas que alcançaram determinado nível de dominação no mercado.⁶³ Embora possa parecer uma medida um tanto drástica, limitadora da livre iniciativa, a autora traz argumentos interessantes ao fazer uma comparação com a proibição existente para os bancos estadunidenses de participarem em outras atividades comerciais; tal vedação, explica, teria a finalidade de impedir que instituições financeiras terminem concedendo linhas crédito para seus afiliados de forma privilegiada, desbalanceando a concorrência.⁶⁴

Previsões semelhantes são encontradas no Direito brasileiro, em especial no art. 34, §3º, inciso V, alíneas “a” à “d”, da Lei 4.595/64 – responsável por regular o sistema financeiro nacional -, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.506/17. Segundo o dispositivo:

“Art. 34. É vedado às instituições financeiras realizar operação de crédito com a parte relacionada.

(..)

§3º Considera-se parte relacionada à instituição financeira, para efeitos deste artigo:

(...)

V - as pessoas jurídicas:

- a) com participação qualificada em seu capital;
- b) em cujo capital, direta ou indiretamente, haja participação societária qualificada;
- c) nas quais haja controle operacional efetivo ou preponderância nas deliberações, independentemente da participação societária; e

⁶² STATT, Nick; BRANDOM, Russell. The FTC is suing Facebook to unwind its acquisitions of Instagram and WhatsApp. **The Verge**, [s. l.], 9 dez. 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/12/9/22158483/facebook-antitrust-lawsuit-anti-competition-behavior-attorneys-general>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁶³ Cf. Supra. Nota 21. p. 793.

⁶⁴ Ibid. p. 795

d) que possuam diretor ou membro de conselho de administração em comum.”⁶⁵

Por hipótese, seguindo este raciocínio, o Google sequer deveria ter sido autorizado a criar o Google Shopping. Em verdade, essa proibição ainda estaria sujeita a constatação de se a página de buscas do Google seria um meio de acesso necessário para os serviços de comparação de preço, algo que não representa, pelo menos por hora, o pensamento da maioria dos conselheiros integrantes do CADE.⁶⁶ Todavia, como abordado anteriormente, convincentes são os argumentos de que, hoje em dia, a experiência de navegação pela internet está intrinsecamente conectada com a plataforma de buscas do Google.⁶⁷

1.3.2 Plataformas digitais como monopólios naturais

Outra forma de impedir o abuso de posição dominante, apontada por Lina Khan, implicaria, curiosamente, em reconhecer a posição monopolista natural das plataformas digitais e adaptando o regime regulatório para essa dinâmica.⁶⁸ Para tanto, a autora propõe um regime análogo ao das concessões públicas, em que o monopólio possui uma série de deveres legais a serem cumpridos, como o de não vedação ao tratamento discriminatório aos usuários.⁶⁹

Fosse o sistema de buscas do Google encarado como uma concessão pública, aplicando a lógica supramencionada no território nacional, muito mais fácil seria a defesa quanto ao cabimento do remédio antitruste sugerido pelos conselheiros dissidentes – referente ao acesso dos sites comparadores de preço ao sistema de PLAs da empresa -. Isso porque a empresa não mais poderia discriminar ou privilegiar usuários em decorrência de potenciais conflitos de interesses.⁷⁰

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. [S. l.], 31 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁶ Cf. Supra. Nota 33.

⁶⁷ Cf. Supra. Nota 46.

⁶⁸ Cf. Supra. Nota 56

⁶⁹ Cf. Supra. Nota 21. p. 799

⁷⁰ Conforme disposto na Lei nº 8.987/95, em seu art. 7º, inciso I, todos os usuários têm o direito a “receber serviço adequado”

Por fim, Lina também propõe a aplicação da doutrina das Infraestruturas Essenciais como sugestão, alegando que, diferentemente da abordagem da proibição profilática, permitiria a expansão dos negócios, mas garantindo o acesso fácil e igualitário à infraestrutura essencial para o desenvolvimento da atividade detida pelo monopólio.⁷¹ A autora utiliza o exemplo da Amazon de forma a exemplificar sua posição nesse ponto, já que a empresa funciona como um *marketplace*, mas também possui os próprios produtos e infraestruturas de entrega. Para Lina, existiriam três aspectos do modelo de negócios da Amazon que se enquadrariam na noção de infraestrutura essencial, nomeadamente: “(1) seu serviço de entrega física; (2) sua plataforma de *marketplace*; e (3) seus serviços na internet”.⁷² Conclui, ao fim, que “buscar a aplicação desse regime para as plataformas online poderia manter os benefícios de escala ao mesmo tempo em que se previne o abuso de poder pelos detentores de posição dominante.”⁷³

Nota-se que esta última proposta é a que mais se adequa à solução proposta pelo voto minoritário no caso Google julgado pelo CADE; até porque, lá, foi reconhecida a página de buscas do Google como uma infraestrutura essencial para navegação na internet.⁷⁴

Entretanto, Curiosa seria uma eventual aplicação dessa doutrina no que diz respeito a uma base de dados coletada pelo ator dominante no mercado, tudo isso na eventualidade casuística de que essa base de dados, de fato, constitua algo essencial para a competição no mercado específico. Primeiro, é necessário se averiguar a possibilidade de uma intervenção antitruste sobre um banco de dados analisando-se a natureza jurídica dos direitos que nela incidem, o que será feito agora. Em segundo, é necessário entender as implicações geradas no com essa regulação e a LGPD, algo que será debatido nos próximos capítulos.

⁷¹ Cf. Supra. Nota 21. p. 801

⁷² “At least three aspects of its business could eventually raise "essential facilities"-like concerns: (1) its fulfillment services in physical delivery; (2) its Marketplace platform; and (3) Amazon Web Services”. (tradução livre). Cf. Supra. Nota 21. p. 802

⁷³ “Pursuing this regime for online platforms could maintain the benefits of scale while preventing dominant players from abusing their power.” (tradução livre). Cf. Supra. Nota 21. p. 802

⁷⁴ Cf. Supra. Nota 45.

1.3.3 Intervenção antitruste nos bancos de dados

Os banco de dados são definidos pela LGPD, em seu art. 5º, IV, como sendo o “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”.⁷⁵ O questionamento que fica é sobre a possibilidade do detentor desse “conjunto estruturado” alegar algum tipo de direito autoral de modo a evitar uma eventual regulação.

Marcos Wachowicz chama a atenção para a possibilidade, nos termos da legislação sobre direito autoral,⁷⁶ de que a base de dados criada por computador receba proteção autoral com base na criatividade do conjunto.⁷⁷ No entanto, importante parece ser a ressalva feita nesse ponto por José de Oliveira Ascensão no sentido de que as compilações protegidas seriam apenas as de obras:

“Um catálogo de tintas, por mais original que seja na sua ordenação, nunca é compilação protegida. Também nunca o será uma base de dados pessoais. (...) a base de dados nunca será protegida atendendo à criatividade do seu próprio critério de seleção, ordenação ou apresentação do material. Este critério, por mais científico ou funcional, é um esquema para ação. Não é isso que tornará a base de dados, globalmente tomada, uma obra literária ou artística”⁷⁸

Portanto, o fato de não se existir qualquer vestígio de produção intelectual nos bancos de dados pessoais controlados pelas grandes plataformas digitais, torna difícil a aplicação dos conceitos de propriedade autoral para a proteção desse conjunto estruturado de informações pessoais. Todavia, José de Oliveira Ascensão também chama atenção

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁷⁶ Segundo o Art. 7º, XIII, da Lei nº 9.610/98: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.”

⁷⁷ WACHOWICZ, Marcos. **A Proteção Jurídica das Bases de Dados em Face da Revolução da Tecnologia da Informação**. [S. l.]: Gedai, 2014. p. 16 Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-base-dados-marcos-wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

⁷⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª. ed. [S. l.]: Renovar, 1997. p. 673

para a imposição de proteção às bases de dados feita pelo do Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo ADPIC, ou Acordo TRIPS na sigla em inglês) de 1994, na medida em que o art. 10.2 do Acordo⁷⁹ apenas menciona compilação de dados de maneira genérica.⁸⁰

A disposição do acordo parece contrariar o argumentado pelo professor anteriormente e, de certa forma, aparenta outorgar a proteção do direito autoral a qualquer base de dados para além das “obras”. Porém, também ressalta José de Oliveira Ascensão que o acordo “não impõe que essa extensão seja feita pela atribuição de um direito de autor. Mas impõe que a matéria seja considerada na disciplina das bases de dados.”⁸¹

Ainda que se ultrapasse as objeções feitas pelo professor Ascensão, colocando os bancos de dados pessoais das grande plataformas digitais sob o guarda-chuva protetor do Direito Autoral, é capital lembrar que nenhum direito é absoluto. Nesse ponto, João Grandino Rodas relembra o caso Magill julgado pela Comissão Europeia em 1991. Nesse caso foi concluído, conforme aponta o autor, que “embora a titularidade de direito de propriedade intelectual seja em princípio lícita, pode, em circunstâncias excepcionais, tornar-se conduta anticompetitiva.”⁸² O resumo do caso concreto feito por Rodas expõe que:

“A publicação de guia semanal de programação de TV era imprescindível à atividade específica no mercado secundário. A recusa obstava o desenvolvimento de novo produto para que havia demanda, sem que houvesse justificativa plausível; além de possibilitar ao titular reservar para si a exploração de produto no mercado secundário, livre de qualquer concorrência. A decisão (TJUE – 1995) obrigou o licenciamento de direito de propriedade intelectual, como maneira de abrandar conduta abusiva e incentivar a inovação.”⁸³

⁷⁹ Segundo o artigo 10.2 do Acordo: “As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados material.”

⁸⁰ Cf. Supra. Nota 78. p. 678

⁸¹ Ibid.

⁸² RODAS, João Grandino. **Propriedade intelectual e Direito Concorrencial são complementares**. [S. l.], Conjur, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/olhar-economico-propriedade-intelectual-direito-concorrencial-sao-complementares>. Acesso em: 9 fev. 2022.

⁸³ Ibid.

A alusão ao caso europeu é relevante quando se observa a similaridade da conclusão alcançada, dentro do ordenamento jurídico nacional, mais especificamente no art. 38, VI, “a”, da Lei de Defesa da Concorrência,⁸⁴ é permitido que os órgãos públicos competentes concedam licença compulsória do direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, de acordo com a gravidade da infração.

Por fim, levando em consideração todo o exposto nessa parte, além das considerações feitas no início do capítulo sobre a fundamentalidade da manutenção da concorrência para o equilíbrio do sistema econômico, não aparenta existir obstáculos, no tocante ao Direito Autoral, para a intervenção regulatória nos bancos de dados controlados pelas grandes plataformas digitais no caso dessa medida ser necessária. Resta, por conseguinte, abortar as implicações dessas aventuras regulatórias dentro do contexto da LGPD.

⁸⁴ Segundo o referido art. da Lei 12.529/11: “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;”

CAPÍTULO 2 – A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

2.1 Os primeiros passos do direito à proteção de dados

Antes de se debruçar inteiramente sobre interações entre eventuais políticas regulatórias e a proteção conferida aos dados pessoais pela LGPD, é preciso que primeiro se delimite o que vem a ser o direito à proteção de dados. Por óbvio, não seria nada apropriada a pretensão de se analisar as interações entre dois direitos sem possuir conhecimento claro sobre seus status jurídicos; tudo sob risco de se chegar a conclusões precipitadas.

Por esse motivo, este capítulo se dispõe, em primeiro lugar, a explorar as origens do direito à proteção de dados. Para tanto, será feita uma breve análise sobre as interações existentes entre o direito à proteção de dados e o direito à privacidade - embora ambos sejam corriqueiramente confundidos, é possível se dizer, conforme aponta Lorenzo Dalla Corte, que o primeiro possui características únicas merecedoras de atenção especial -. ⁸⁵ O último ponto da análise se atentará, por fim, a forma como o direito à proteção de dados se encaixa dentro do cenário jurídico brasileiro; com olhar especial para as recentes discussões jurisprudenciais e legislativas sobre o assunto.

2.1.1 Proteção de dados e privacidade, a ramificação de um direito

Embora se tenha visto um aumento exponencial em palestras e seminários sobre o direito à proteção de dados no país, justificado pela entrada em vigor da LGPD em 18 de setembro de 2020, o debate sobre o assunto no estrangeiro – especialmente na Europa –

⁸⁵ CORTE, Lorenzo Dalla. A right to a Rule: On the Substance and Essence of the Fundamental Right to Personal Data Protection. In: HALLINAN, Dara et al, (ed.). Data Protection and Privacy: Data Protection and democracy. [S. l.]: Bloomsbury Publishing, 2020. v. 12, p. 35-63. p. 36

já vem sendo realizado desde os idos de 1970,⁸⁶ quando surgiram as primeiras legislações específicas.

Viktor Mayer-Schönberger,⁸⁷ professor de governança e regulação da internet na universidade de Oxford, propõe, para mais fácil compreensão, a divisão dessa primeira fase da proteção de dados em duas gerações distintas. A primeira onda legislativa, aponta o autor, surgiu com o ideal de servir como um controle preemptivo sobre o uso indiscriminado de computadores – originalmente desenvolvidos para o deciframento de códigos e o lançamento de mísseis balísticos - para o processamento de grandes volumes de dados pessoais dos cidadãos.⁸⁸ Por conseguinte, o indivíduo não se encontrava no foco das legislações nessa primeira geração, muito mais focada em prevenir o surgimento de um estado de vigilância Orwelliano por meio dos computadores.⁸⁹

A segunda geração, iniciada nos fins da década de 1970, é marcada pela tradução dos conceitos da proteção de dados para dentro do direito à privacidade, colocando o novo direito sob a ótica das liberdades individuais negativas.⁹⁰ Foi então compreendido, conforme aponta Spiros Simitis – jurista alemão pioneiro na área de proteção de dados -, que a modernização e a multiplicação das formas de coleta autônoma de dados aguçou a necessidade de se abandonar o conceito neutro de se encarar a privacidade, beneficiando, a seu turno, a compreensão pragmática do pano de fundo social e político presente no debate sobre a privacidade.⁹¹

⁸⁶ A primeira legislação de proteção de dados no mundo, o *Hessisches Datenschutzgesetz*, foi promulgada no Estado de Hesse, na Alemanha, no ano de 1970. Em seguida, no ano de 1973, a Suécia segue o exemplo com a promulgação do seu próprio estatuto de proteção de dados. A República Federativa da Alemanha implementa seu estatuto a nível federal em 1977, o *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG). Em 1978, Áustria, França, Noruega e Dinamarca aprovam suas próprias normas de proteção de dados. O Reino Unido segue o exemplo de 1984.

⁸⁷ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. [S. l.]: The MIT press, 1997. cap. 8, p. 221

⁸⁸ *Ibid.* p. 223

⁸⁹ *Ibid.* p. 223

⁹⁰ *Ibid.* p. 226

⁹¹ SIMITIS, S. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, n. 3, p. 707-746, 1987. p. 709

No cenário europeu, privacidade e Proteção de dados são direitos fundamentais que se encontram cristalizados em dispositivos distintos no título II, que trata sobre as liberdades individuais, da Carta de Direitos Fundamentais “CDF”,⁹² cabendo ressaltar que o diploma ganhou status constitucional com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 2009.⁹³ Com essa separação, a discussão acerca da autonomia da proteção de dados, como um direito individual próprio, passou a ter uma base argumentativa mais concreta para além do campo doutrinário ou jurisprudencial.

Para todos os efeitos, nesse capítulo não se pretende aprofundar em demasia no grau de distinção abstrata entre os dois direitos, haja vista que tal problemática merece um trabalho exclusivo. Desse modo, parece ser mais satisfatório seguir o raciocínio feito por Maria Tzanou para o que aqui se propõe, privilegiando-se aquilo que chama de uma abordagem mais neutra sobre a privacidade e a proteção de dados em suas interações.⁹⁴ Explica a autora que:

(...) Por um lado, a proteção de dados parece se encaixar dentro do aspecto da privacidade conhecido como o controle sobre as informações pessoais. Entretanto, ‘aquilo que a privacidade protege é irreduzível às informações pessoais’. Privacidade é um conceito mais amplo que abrange uma gama de direitos e valores, como o direito ao esquecimento, intimidade, isolamento, personalidade, entre outros, de acordo com várias definições. (...). Além do mais, diferente da natureza subjetiva e difícil de precisar, responsável por tornar o direito diferente em diferentes contextos e jurisdições, a proteção de dados tem uma natureza procedimental que a torna um direito mais objetivo em contextos diversos.⁹⁵

⁹² “Art. 7 – **Respect for private and family life:** Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.”; “Art. 8 – **Protection of personal data:** 1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her; 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified; 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.” Cf.: UNIÃO EUROPEIA. Charter of Fundamental Rights of the European Union. 02 de outubro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>. Acesso em: 02/09/2021

⁹³ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. Data Protection. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en. Acesso em: 02/09/2021

⁹⁴ TZANOU, M. Data protection as a fundamental right next to privacy? “Reconstructing” a not so new right. *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 2, 2013. p. 90

⁹⁵ “On the one hand, data protection seems to fall into the aspect of privacy that is known as control over personal information. However, ‘what privacy protects is irreducible to personal information’. Privacy is a much broader concept that embodies a range of rights and values, such as the right to be let alone, intimacy, seclusion, personhood, and so on according to the various definitions (...) Furthermore, unlike privacy’s elusive and subjective nature that makes the right different in different contexts and jurisdictions, data protection has an essential procedural nature that it makes it more objective as a right in different contexts”

Embora gastar tinta discutindo sobre o grau de separação entre privacidade e proteção de dados possa parecer, à primeira vista, de um academicismo exagerado, compreender essa relação é importante para se evitar impropriedades jurídicas no eventual julgamento de uma das miríades de situações conflituosas que podem surgir envolvendo informações pessoais de qualquer sorte dentro da realidade moderna informatizada.

2.2 O caso european commission v. bavarian lager co.

Para contextualizar as alegações feitas ao fim da parte anterior - no sentido de que um bom entendimento em relação à autonomia da proteção de dados é salutar para o pleno desenvolvimento desse direitos será feita, agora, uma breve análise de um caso elucidativo nesse ponto: *European Commission v. Bavarian Lager*.⁹⁶

2.2.1 Resumo do fatos

Trata-se, em suma, de uma companhia criada com a finalidade de importar cerveja de origem alemã para o Reino Unido que, encontrando obstáculos legislativos discriminatórios para proceder com a importação,⁹⁷ decide ingressar com reclamação perante a Comissão Europeia em 1993.

(tradução livre). Cf.: TZANOU, M. Data protection as a fundamental right next to privacy? “Reconstructing” a not so new right. *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 2, 2013. p. 90

⁹⁶UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Caso C-28/08 P, *European Commission v. Bavarian Lager*. Data da Decisão: 10 de junho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0028>. Acesso em: 04/09/2021

⁹⁷No caso em questão, uma das condições impostas pelo “Supply of Beer (Tied Estate) Order 1989” para que bares locais, com contratos firmados com cervejarias britânicas, pudessem comprar cerveja de outros lugares, era o condicionamento da mercadoria em barris. Contudo, tal forma de condicionamento não era comum para as cervejas produzidas fora da Grã-Bretanha, motivo pelo qual a Bavarian Lager alegou a medida como uma medida restritiva de importação de acordo com o Tratado que Institui a Comunidade Europeia.

Com o passar dos anos, em 11 de outubro de 1996, após diversos processos de investigação e notificações, foi agendada reunião entre oficiais da Diretoria Geral de Mercado Interno e Serviços Financeiros, oficiais do Departamento de Comércio e Indústria do Reino Unido e representantes *Confederation des Brasseurs du Marche Commun* (CBMC); mas a empresa Bavarian Lager não teve o direito de participar.⁹⁸ Subsequentemente, no início de 1997, o Departamento do Comércio e da Indústria do Reino Unido decidiu emendar a legislação de modo acabar com os obstáculos que impediam a importação da cerveja alemã. Diante do cumprimento espontâneo com os requerimentos da Comunidade Europeia, o processo foi descontinuado e o parecer fundamentado – pedido formal para cumprir a legislação aplicável que explica por que motivo a Comissão considera que o país está violando o direito europeu e solicita informações sobre as medidas tomadas - nunca foi publicado, mesmo tendo sido preparado.⁹⁹

Impedida de ter acesso ao parecer da comissão e às demais informações sobre o procedimento, a importadora decidiu ingressar, em 2003, com um pedido formal para obter a minuta da reunião ocorrida em 11 outubro de 1996, antes da supressão dos entraves legislativos pelo Reino Unido, nos termos do Regulamento n° 1049/2001¹⁰⁰. Respondendo ao pedido da Bavarian Lager, a Comissão informou que o acesso ao documento nesses termos era possível, porém cinco nomes seriam removidos da ata da reunião devido à dois pedidos expressos e a uma falha na localização de outros três participantes¹⁰¹. Irresignada ante ao que considerou ser uma falha parcial de cumprir com seu dever de informação, a companhia decide recorrer ao Tribunal Geral da União Europeia – Tribunal que serve essencialmente como uma jurisdição de primeira instancia para a aplicação e a interpretação do Direito Europeu -.

⁹⁸ Cf. Supra. nota 96. p. 8

⁹⁹ Cf. Supra. nota 96. p. 9

¹⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n° 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, define os princípios, as condições e os limites que regem o direito de acesso aos documentos destas instituições. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001R1049&from=PT>. Acesso em: 06/09/2021

¹⁰¹ Cf. Supra, nota 96. p. 9

Em sua defesa, a comissão apontou para a incidência da exceção constante no Art. 4(1), alínea “b”¹⁰² do regulamento supramencionado; também sustentando a aplicação do Regulamento nº 45/2001.¹⁰³ Por conta disso, a Comissão não seria obrigada a compartilhar o nome dos participantes sem a demonstração de um propósito legítimo por parte da Bavarian Lager em favor da divulgação dos dados pessoais.¹⁰⁴

2.2.2 Decisão proferida pelo TGUE

Em suma, O Tribunal Geral da União Europeia “TGUE” apontou para o fato de que, em se existindo exceções legais para o cumprimento do dever de divulgar publicamente os documentos da comissão dentro do Regulamento nº 1049/2001,¹⁰⁵ não se poderia falar, por força da lógica, em violações ao Regulamento nº 45/2001 quando os dados específicos não recaírem dentro dessas exceções.¹⁰⁶

A conclusão chegada, ao fim, foi a de que a exceção constante no art. 4(1), alínea “b” do Regulamento nº 1049/2001 deveria ser interpretada de maneira restritiva, sendo aplicada apenas para os dados pessoais que fossem, de fato, capazes de infringir a privacidade e a integridade do indivíduo. Para tanto, o exame para se verificar a violação

¹⁰² “As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção: (...) b) Da vida privada e da integridade do indivíduo, nomeadamente nos termos da legislação comunitária relativa à proteção dos dados pessoais”.

¹⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados. Segundo o Art. 8º deste regulamento “(...) os dados pessoais só podem ser transferidos para destinatários (...) se: a) O destinatário demonstrar que os dados são necessários no desempenho de funções de interesse público ou inerentes ao exercício da autoridade pública; ou b) O destinatário demonstrar a necessidade da sua transferência e não existirem motivos para supor que os interesses legítimos da pessoa em causa podem ser prejudicados”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001R0045&from=en>. Acesso em: 06/09/2021

¹⁰⁴ Cf. Supra. Nota. 96. p. 10

¹⁰⁵ Cf. Supra. Nota. 102

¹⁰⁶ Cf. Supra. Nota. 96. p. 11

deveria ser feito com base no Art. 8 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos “CEDH”,¹⁰⁷ bem como a jurisprudência nele baseada.¹⁰⁸

Por hipótese, o Tribunal Geral reverteu a decisão da comissão; concluindo que a esta incorreu na aplicação errônea da lei ao negar acesso aos nomes dos cinco participantes da reunião de outubro de 1996, tendo em vista a inexistência de potencial lesivo à privacidade dos indivíduos com a divulgação de seus nomes.¹⁰⁹

2.2.3 Reversão do julgamento pelo TJUE

Ante ao seu descontentamento com a decisão mencionada na parte anterior, a Comissão entra com procedimento perante o Tribunal de Justiça da União Europeia “TJUE”, sediado em Luxemburgo – órgão jurisdicional máximo no seio da instituição, cuja missão é “velar para que o direito europeu seja interpretado e aplicado da mesma forma em todos os países membros e garantir que as instituições respeitam o direito europeu”¹¹⁰.

O argumento sustentado pela comissão foi o de que, por meio de sua interpretação restritiva do dispositivo do regulamento de acesso ao documentos da Comissão, o TGUE retirou a eficácia de diversas normas do regulamento de proteção de dados.¹¹¹ Isso, porque, conforme afirmou a Comissão, a obrigação do recipiente dos dados pessoais em demonstrar um legítimo interesse em seu objetivo seria uma das provisões chaves para

¹⁰⁷CONVENÇÃO Europeia sobre Direitos Humanos, 1950. “Artigo 8: Direito ao respeito pela vida privada e familiar - 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. - 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito se não quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 08/09/2020

¹⁰⁸ Cf. Supra. Nota 96. p. 11

¹⁰⁹ Cf. Supra. Nota 96. p. 11

¹¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt. Acesso em: 08/09/2021

¹¹¹ Cf. Supra. Nota 96. p. 13

toda a legislação europeia relativa à proteção de dados.¹¹² Por hipótese, a comunicação de dados pessoais em um documento público comprimiria, ao mesmo tempo, o direito ao acesso do público a um documento conforme o Regulamento nº 1049/2001 e o processamento de dados pessoais conforme o Regulamento nº 45/2001; fato que não teria sido levado em consideração pelo TGUE.¹¹³

O TJUE, a seu turno, acolheu integralmente os pleitos no recurso da Comissão no que tange a aplicabilidade do Regulamento nº 45/2001 no caso concreto.¹¹⁴ Segundo o Tribunal de Justiça, a decisão anterior havia errado ao interpretar a exceção contida no art. 4(1), alínea “b” do Regulamento nº 1049/2001¹¹⁵ de modo a limitar sua aplicação para os casos em que a privacidade fosse gravemente prejudicada, haja vista o fato de se tratar de uma provisão indivisível que especificamente requer a aplicação da legislação sobre proteção de dados pessoais da União Europeia.¹¹⁶ Além disso, ao separar a aplicação do referido regulamento em duas categorias, - nomeadamente a categoria em que o tratamento é examinado com base no art. 8 da CEDH¹¹⁷ e outra categoria em que o tratamento estaria sujeito às provisões do Regulamento nº 45/2001 – O Tribunal Geral estaria em frontal desrespeito ao propósito deste último de proteger os direitos fundamentais e as liberdades dos indivíduos no tocante à privacidade dentro do processamento de dados.¹¹⁸

Por fim, o TJUE concluiu que, divulgando a minuta da reunião sem o nome dos cinco participantes cuja autorização não fora obtida, a Comissão havia simultaneamente cumprido com o seu dever de dar publicidade aos documentos e o de proteção dos dados pessoais, na medida em que a Bavarian Lager não tinha apresentado motivos legítimos para substanciar o seu pleito.¹¹⁹ Portanto, a decisão do Tribunal Geral, em grau inferior, foi revertida.¹²⁰

¹¹² Cf. Supra. Nota 100.

¹¹³ Cf. Supra. Nota 96. p. 13

¹¹⁴ Cf. Supra. Nota 96. p. 15

¹¹⁵ Cf. Supra. Nota 99

¹¹⁶ Cf. Supra. Nota 96. p. 15

¹¹⁷ Cf. Supra. Nota 102

¹¹⁸ Cf. Supra. Nota 96. p. 15

¹¹⁹ Cf. Supra. Nota 96. p. 16

¹²⁰ Cf. Supra. Nota 96. p. 17

2.2.4 Observações

O motivo da escolha do caso acima resumido foi pelo fato de que ele exemplifica, de forma suficientemente clara e objetiva, as implicações concretas derivadas da interpretação da relação entre a privacidade e a proteção de dados. Em um lado, tinha-se o simples desejo de satisfação do direito de acesso à documentos públicos por parte de uma companhia privada; enquanto, noutro lado, havia o interesse legítimo de proteção de dados pessoais por parte de alguns dos indivíduos.

É preciso notar que o erro da decisão proferida pela Tribunal Geral foi basicamente o de considerar o direito à proteção de dados como uma ferramenta auxiliar ao direito à privacidade; diferente de direito fundamental com valor próprio. Dessa forma, a postura adotada pelo Tribunal de Justiça mostrou-se muito mais adequada para o desenvolvimento autônomo da proteção de dados, ainda mais dentro do contexto europeu da então recente constitucionalização desse direito.¹²¹ Nesse sentido, mostram-se valorosas as palavras de Maria Tzanou:

“(…) Chegou a hora da proteção de dados funcionar como um verdadeiro direito fundamental: tanto no sentido positivo, quanto no negativo. A proteção de dados deve ser capaz não somente de regular o poder, mas também o proibir. Isso significa que as violações devem ser auferidas somente com base nos princípios relevantes da proteção de dados, com aplicação do princípio da proporcionalidade, sem precisar recorrer ao direito à privacidade”¹²²

¹²¹ Cf. *Supra*, nota 93

¹²²“The time has come for data protection to operate as a real fundamental right: both positively and negatively. Data protection should be able not only to regulate, but also to prohibit, power. This means that infringements of the right to data protection should be determined solely on the basis of the relevant data protection principles themselves, with the application of the principle of proportionality, without the need to recourse to the right to privacy.” (tradução livre). Cf.: TZANOU, M. Data protection as a fundamental right next to privacy? “Reconstructing” a not so new right. *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 2, p. 88-99, 2013. p. 99

2.3 Status brasileiro da proteção de dados

Quanto ao ordenamento nacional, o reconhecimento da Proteção de Dados como um direito fundamental independente percorreu um caminho diferente em relação ao Velho Mundo. Isso, porque o primeiro passo concreto em direção a tal reconhecimento autônomo foi dado pelo STF, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em ADI 6.387/DF.¹²³

A ação suspendeu os efeitos da Medida Provisória “MP” nº 954/2020, editada pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que obrigava as operadoras de telefonia a compartilharem, com o IBGE, os dados pessoais de seus clientes para que a instituição pudesse realizar pesquisas domiciliares por telefone durante o início da pandemia do COVID-19.¹²⁴

No entanto, também é forçoso apontar que o status de direito fundamental da Proteção de dados foi recentemente estabilizado com a convecção da Proposta de Emenda Constitucional “PEC” 17/2019,¹²⁵ na Emenda Constitucional nº 115, que havia sido aprovada praticamente por unanimidade nos dois turnos da Câmara dos Deputados no dia 31 de outubro de 2021.¹²⁶ A referida proposta de Emenda à Constituição previa, de maneira similar ao ocorrido no continente europeu, o acréscimo, de forma autônoma e explícita, do direito à proteção de dados no rol de direitos fundamentais presente no art. 5º da CF de 1988.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹²⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 954/2020, de 17 de abril de 2020. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹²⁵ BRASIL, Proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2019. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 14/09/2021

¹²⁶ CÂMARA APROVA EM 2º TURNO PEC QUE INCLUI A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA CONSTITUIÇÃO. Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/801696-camara-aprova-em-2o-turno-pec-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao/>. Acesso em: 14/09/2021

2.3.1 ADI nº 6.387/DF

É possível perceber a alta relevância que possui o tema da proteção de dados, na perspectiva da Ministra Relatora Rosa Weber, na medida em que aponta para a literatura de George Orwell e com documentários moderno como Privacidade Hackeada ao colher a fundamentação de sua decisão que havia deferido a cautelar.¹²⁷ De modo a garantir o escorreito tratamento dos dados pessoais, aquilo que considerou como “um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade”,¹²⁸ a Ministra recorreu a seguinte fundamentação constitucional:

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais.¹²⁹

Laura Schertel Mentel aponta, como consequência relevante dessa equiparação constitucional, o fim daquilo que chama de “falácia do dado neutro”.¹³⁰ Segundo a professora, a dinâmica moderna do tratamento dos dados pessoais não possibilitaria a existência dados pessoais neutros – aqueles que não diriam respeito ao íntimo e sensível –, na medida em que todos os tipos de dados coletados, por meio da miríade de dispositivos eletrônicos utilizados hoje em dia, são capazes de gerar perfis individuais de grande valor para empresas e países.¹³¹

¹²⁷ Cf. Supra. Nota 123. p. 13

¹²⁸ Cf. Supra. Nota 123. p. 20

¹²⁹ Cf. Supra. Nota 123. p. 21

¹³⁰ MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF Reconhece Direito Fundamental à Proteção de dados. JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em 16/09/2021

¹³¹ Ibid.

Dessa forma, tendo estabelecido a proteção constitucional aos dados pessoais, restaria a análise da proporcionalidade dos dispositivos da MP nº 954/2020 dentro dos limites delineados na Carta Fundamental da República;¹³² sendo certo que o texto na MP nº 954/2020 não trazia consigo as garantias e os esclarecimentos mínimos acerca da segurança no tratamento dos dados a serem coletados.¹³³

Contribuição ainda mais substancial para a caracterização da proteção de dados, como um direito fundamental autônomo foi a feita pelo voto do Ministro Gilmar Mendes. O Ministro dedica um capítulo inteiro para explicitar a fundamentalidade do direito, onde aponta, de início, para o fato de que a MP nº 954/2020 comprometer os conceitos de privacidade embutidos no art. 5º, X da CF de 1988.¹³⁴

Embora a simples conexão entre privacidade e proteção de dados possa acarretar eventuais problemas, conforme visto na anteriormente neste capítulo, o Ministro tomou o cuidado de fortalecer essa relação a ponto de garantir folego à autonomia da proteção de dados até a chegada de um socorro legislativo pela PEC nº 17/2019. Tal fortalecimento foi feito, em primeiro lugar, por meio da análise histórica do conceito de privacidades; com destaque para a menção ao caso paradigmático da Suprema Corte alemã que, ao ampliar a interpretação dos artigos da Lei fundamental, reconheceu o direito individual de decidir sobre a disposição dos próprios dados pessoais e os riscos impostos pela Lei do Censo alemã de 1983.¹³⁵ Sobre o caso, nas palavras do Ministro:

Essa nova abordagem revelou-se paradigmática por ter permitido que o direito à privacidade não mais ficasse estaticamente restrito à frágil dicotomia entre as esferas pública e privada, mas, sim, se desenvolvesse como uma proteção dinâmica e permanentemente aberta às referências sociais e aos múltiplos contextos de uso. Como bem destacado na decisão, a identificação de um constante avanço tecnológico demanda igualmente a afirmação de um direito de personalidade que integre o contexto das “condições atuais e futuras

¹³² Cf. Supra, nota 123. p. 21

¹³³ Cf. Supra, nota 123. p. 22

¹³⁴ Cf. Supra, nota 123. p. 103

¹³⁵ BVERFG 65, 1. p. 235 e 245. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view. Acesso em: 16/09/2021

circunstâncias do processamento automático de dados” (“*heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung*”).¹³⁶

Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes foca na questão da fundamentalidade do direito à proteção de dados especificamente na ordem constitucional brasileira, explicitando que sua autonomia ultrapassaria da simples equiparação ao conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo.¹³⁷ De forma interessante, lança mão de uma compreensão integrada do texto constitucional alicerçada em três pilares: o da dignidade da pessoa humana, o compromisso permanente de renovação da força normativa da constituição e o do reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* como instrumento material do direito à autodeterminação normativa.¹³⁸

No que diz respeito a esse último pilar mencionado, o Ministro recorre aos ensinamentos da professora Laura Schertel Medes. Sobre o tema, a professora diz que:

Para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais. Assim, quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do *habeas data* e com o princípio fundamental da dignidade humana, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Entendemos que o reconhecimento desse direito fundamental não é apenas uma possibilidade; trata-se de uma necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado democrático de direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal”¹³⁹

2.3.2 PEC nº 17/19, a nova Emenda Constitucional nº 115

¹³⁶ Cf. Supra. Nota 123. p. 108

¹³⁷ Cf. Supra. Nota 123. p. 109

¹³⁸ Cf. Supra. Nota 123. p. 109

¹³⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda.** Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018. p. 188

Antigamente, o texto constitucional não previa explicitamente, da forma como faz a Carta de Direitos Fundamentais na Europa¹⁴⁰, um direito autônomo à proteção de dados. Embora exista a menção ao sigilo das comunicações de dados no art. 5º, XII da Constituição - em conjunto com o sigilo da correspondência, das comunicações telefônica e telegráficas -, tal fato não constitui, por si só, um direito fundamental autônomo claramente positivado no melhor sentido da palavra.

Para além de prever a inclusão da proteção de dados dentro do rol de competências legislativas privativas da União constante no art. 22 da Constituição Federal, A PEC nº17/2019, na primeira versão aprovada pelo Senado Federal e encaminhada à Câmara dos Deputados, alterava o inciso XII do art. 5º para a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;”¹⁴¹

A inclusão da proteção de dados no texto do inciso XII do art. 5º não deixaria dúvidas quanto a sua fundamentalidade sob a ótica constitucional, mas não seria a melhor forma de se afirmar sua autonomia plena dentro do ordenamento pátrio. Por hipótese, as modificações ocorridas na redação da PEC nº 17/2019 na Câmara dos Deputados - nomeadamente a inclusão da proteção de dados em novo inciso dentro do rol do art. 5º, e a inclusão do dever de fiscalização no rol de competências da união do art. 21 – são essenciais para afirmar claramente a tão desejada autonomia desse direito de uma vez por todas.

Com as alterações, a redação dos respectivos artigos do texto constitucional passa a ser a seguinte:

¹⁴⁰ Cf. Supra. Nota 92.

¹⁴¹ O documento pode ser consultado em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>.

“Art. 5º (...)

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (NR)

“Art. 21. (...)

XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.” (NR)¹⁴²

Reforça-se, aqui, que a contribuição do STF para o reconhecimento do aspecto fundamental do direito à proteção de dados no ordenamento brasileiro é inquestionável. Inclusive, o renomado jurista Ingo Wolfgang Sarlet - ao comentar especificamente sobre o direito à proteção de dados por ocasião do julgamento da ADI supramencionada - chega a afirmar que, na falta de previsão constitucional autônoma e expressa, a Suprema Corte teria o dever de associar e conduzir o direito da forma que foi feita.¹⁴³ Ou seja, atualizar o conteúdo normativo por meio da interpretação conjunta do texto constitucional; mantendo-se, assim, a eficácia dos consagrados direitos à privacidade, à intimidade e à autodeterminação informativa.

Todavia, o professor também não deixa de observar o ganho positivo para a proteção de dados, a despeito do reconhecimento como direito fundamental pelo STF, que decorreriam da aprovação da PEC nº 17/19. Destaca-se, segundo Sarlet, dentre os pontos positivos: a consolidação da posição como direito fundamental autônomo, malgrado as interseções e articulações com outros direitos, e a atribuição à proteção de dados ao regime relativo ao seu perfil de direito fundamental, formal e materialmente consagrado no texto da constituição.¹⁴⁴ Em respeito ao último ponto, o autor destaca a atribuição de status normativo superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico; a assunção da condição de limite material à reforma constitucional e a sua aplicabilidade imediata e de vinculante aos atores públicos e privados¹⁴⁵.

¹⁴² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF?. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protacao-dados-cf>. Acesso em: 20/09/2021

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid

2.4 Considerações finais

No presente capítulo, o objetivo que se buscou alcançar foi a compreensão um pouco mais aprofundada sobre o direito à proteção de dados, tanto no sentido abstrato, quanto no sentido concreto dentro do ordenamento jurídico. Justamente pelo fato de se tratar de um direito que lida com uma realidade relativamente recente – ainda mais se analisado em contraste com a longa história da humanidade -, é natural que o senso comum leve a conclusão de não se trate de um direito autônomo, mas sim de uma simples ramificação de outro direito mais antigo; nomeadamente o direito à privacidade.

A distinção primordial entre ambos os direitos, como visto, está no maior grau de objetividade da proteção de dados devido a sua natureza mais procedimental, com raízes no direito à autodeterminação informativa. Mesmo que, no final, seja possível dizer que tudo estaria protegido pelo guarda-chuva dos direitos da personalidade, principalmente o da privacidade; extrair daí uma espécie de “identidade subordinativa” seria partir em rota de colisão com os próprios motivos que deflagaram o surgimento da proteção de dados em primeiro lugar.

Ultrapassados os questionamentos sobre a autonomia do direito à proteção de dados como direito fundamental - seja por decisão judicial, seja por positivação constitucional expressa -, restaria, apenas, o trabalho de proceder com a correta ponderação no caso de choque frontal com outros direitos. Embora não pareça nada fora do ordinário, a questão fica uma tanto menos óbvia quando, em uma realidade de mercado em que o domínio sobre grandes quantidades de dados pessoais é uma marca definidora de sucesso, os direitos afrontados são o da livre iniciativa e a livre concorrência.

Nesse sentido, o próximo capítulo enfrentará a relação do antitruste com a proteção de dados; principalmente em hipóteses, como já aconteceram no exterior,¹⁴⁶ em

¹⁴⁶ Cf. *Infra*. Cap. 3.2.2.

que os remédios comportamentais escolhidos para a consolidação da livre iniciativa debilitam a proteção de dados.

CAPÍTULO 3 - A RELAÇÃO DO ANTITRUSTE E A PROTEÇÃO DE DADOS

Tendo-se iniciado a presente monografia reforçando a necessidade de um papel mais ativo do Estado no controle da concorrência nos mercados virtuais, seguindo com uma análise da fundamentalidade que direito à proteção de dados têm no ordenamento brasileiro; chegou a hora de pôr a lupa sobre os impactos concorrenciais e ao poder regulatório do Estado causados pelas imposições entrada em vigor de um regulamento rígido de proteção de dados.

Por ocasião da entrada em vigor do RGPD na Europa – regulamento que serviu como base e inspiração para a publicação da LGPD no Brasil -, por exemplo, foi possível constatar a maior concentração do mercado de publicidade online, conforme apontado por estudo realizado por Garrett A. Johnson & Scott K. Shriver, publicado pela Associação de Advogados Americanos.¹⁴⁷ Por consequência, também pode ser observado o aumento na concentração de dados pessoais nas mãos das grandes plataformas digitais.¹⁴⁸

Essa maior captação do mercado pode ser explicada, em parte, pela incomparável facilidade com que as grandes plataformas conseguem obter e tratar os dados pessoais de seus usuários. No caso do Facebook, Lina M. Khan e David E. Pozen argumentam que a empresa efetivamente prende os usuários dentro de seu próprio ecossistema, ao passo que controla quatro das cinco maiores redes sociais.¹⁴⁹ Portanto, o Facebook acaba deixando os usuários sem muitas alternativas para interagir com o mundo digital.¹⁵⁰

¹⁴⁷ JOHNSON, Garrett A.; SHRIVER, Scott K. Privacy & market concentration: Intended & unintended consequences of the GDPR. **American Bar Association**, 14 jan. 2020. p. 9

¹⁴⁸ Ibid. p. 12

¹⁴⁹ Em dezembro de 2021, as cinco maiores plataformas sociais em número de usuários mensais eram, respectivamente: Facebook; Youtube; WhatsApp; Messenger; e Instagram. Cf. ANG, Carmen. Ranked: The World's Most Popular Social Networks, and Who Owns Them. **Visual Capitalist**, [s. l.], 6 dez. 2021. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/ranked-social-networks-worldwide-by-users/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹⁵⁰ KHAN, Lina M.; POZEN, David E. A Skeptical View of Information Fiduciaries. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 133, p. 518. 10 dez. 2019. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/12/497-541_Online.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

Por hipótese, se já era difícil competir com os gigantes digitais no mercado de propagandas online – possivelmente a melhor estratégia para financiar uma plataforma digital de acesso “gratuito” -, uma maior dificuldade de se obter os dados dos usuário certamente não milita em favor das pequenas plataformas.

Ao mesmo tempo, é bastante curiosa a discussão sobre as regulações a serem impostas pelo bloco europeu sobre a transmissão de dados do continente para os Estados Unidos. A preocupação da sobre os impactos no modelo de negócios da Meta - empresa controladora do Facebook, Instagram e Whatsapp - foi tamanha, que vários foram os rumores, já desmentidos,¹⁵¹ de uma eventual saída da empresa da Europa, dada as supostas barreiras que seriam levantadas entre os usuários europeus e os bancos de dados da empresa localizada nos Estados Unidos. Ainda assim, surge o questionamento se essa medida não pode acabar servindo de incentivo para o surgimento de competidores locais, cujos bancos de dados não seriam alvos de tal legislação.

3.1 Teorias existentes sobre a relação do antitruste e a proteção de dados

Erika M. Douglas indica a existência de duas vertentes doutrinárias para análise da relação entre o direito à proteção de dados e o direito concorrencial: a separatista e a integracionista. De acordo com a primeira, o direito antitruste simplesmente não seria instrumento adequado para análise além do bem-estar do consumidor e a eficiência econômica do mercado; sob o risco de se criar confusões na aplicação direito.¹⁵²

¹⁵¹ PORTAL G1. **Meta, dona do Facebook e Instagram, diz não ter intenção de sair da Europa.** [S. l.], 8 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/02/08/meta-dona-do-facebook-e-instagram-diz-que-nao-deseja-tirar-redes-do-ar-na-europa.ghtml>. Acesso em: 9 fev. 2022.

¹⁵² DOUGLAS, Erika M. The New Antitrust/Data Privacy Law Interface. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 130, p. 653, 15 jan. 2021. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/DouglasEssay_pv1pt6ak.pdf. Acesso em: 11/01/2022

Nesse sentido, Maureen K. Ohlhausen e Alexander P. Okuliar traçam um interessante paralelo para com a relação entre o direito concorrencial e o direito de defesa do consumidor. Segundo os autores, embora ambos os direitos busquem o bem-estar do consumidor, o direito antitruste teria um foco a longo prazo, preocupado com aspectos mais abrangentes em prol da eficiência econômica. Portanto, quanto mais a violação à privacidade dos dados constituir uma questão individual, menos apropriado seria a análise antitruste do caso.¹⁵³

Já a segunda vertente, apontada por Douglas como a mais desenvolvida e aceita, deposita que a análise concorrencial deve sim levar em consideração questões relativas à proteção de dados pessoais quando ela implicar em elemento de competição por qualidade.¹⁵⁴ Em outras palavras, a privacidade dos dados seria encarada como um elemento referente à qualidade do serviço que, em última instância, impactaria o bem-estar do consumidor.

A visão integracionista, a propósito, foi a escolhida pelas autoridades antitruste da Alemanha ao proibir o compartilhamento de dados, sem o expresso consentimento dos indivíduos, entre as redes sociais de propriedade do Facebook. De acordo com o comunicado à imprensa lançado pela autoridade:

“Os termos de serviço do Facebook, junto com a forma e escala com que a empresa coleta e utiliza dos dados pessoais violam as regras europeias de proteção de dados em detrimento dos usuários. O Bundeskartellamt cooperou de perto com as autoridades líderes em proteção de dados para clarificar as questões pertinentes.

Pelo entendimento das autoridades, a conduta do Facebook representa, acima de tudo, o chamado abuso exploratório. Firms dominantes não podem usar práticas exploradoras ao detrimento do lado oposto do mercado; nesse caso, os usuários do Facebook. Isso se aplica, acima de tudo, se as práticas exploratórias também afetam competidores, que são incapazes de superar tamanho tesouro de dados. Essa abordagem baseada no direito concorrencial não é nova, mas corresponde à jurisprudência da Corte Federal de Justiça sob a qual não

¹⁵³ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander P. Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] to Privacy. **Antitrust Law Journal**, [s. l.], v. 80, p. 154-155, 6 fev. 2015. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokuliarlj.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁵⁴ Cf. Supra. Nota 152. p 654

somente o preço excessivo, mas também termos contratuais inapropriados constituem abusos exploratórios.”¹⁵⁵

Curiosamente, mesmo com as semelhanças entre a RGPD da União Europeia com a LGPD nacional, as realidades são diferentes. No Brasil, o WhatsApp serve como fonte de captação de dados para as outras plataformas, salvo por expressa oposição do usuário nas configurações do aplicativo.¹⁵⁶

Isso se torna problemático a partir do ponto em que se começa a levar em consideração aspectos behavioristas, a exemplo dos efeitos causados pelas escolhas impostas como “padrão” aos indivíduos. Isso pode fazer com que a ação sugerida como a mais aconselhada;¹⁵⁷ viés que é amplificado, conforme apontado por Alain Samson e Prasad Ramani, pela falta de conhecimento efetivo sobre o domínio em particular.¹⁵⁸ Portanto, a afirmação de que o Facebook teria preventivamente “se adequando” às regras de privacidade da LGPD ao dar a opção de não compartilhamento de dados entre suas aplicações, mas tornando o compartilhamento uma opção padrão para capitalizar sobre os viés comportamentais dos usuários – o que, ao seu turno, afetaria a capacidade efetiva de autodeterminação visada pela Lei –, não parece discrepante da realidade.

¹⁵⁵“Facebook’s terms of service and the manner and extent to which it collects and uses data are in violation of the European data protection rules to the detriment of users. The Bundeskartellamt closely cooperated with leading data protection authorities in clarifying the data protection issues involved. In the authority’s assessment, Facebook’s conduct represents above all a so-called exploitative abuse. Dominant companies may not use exploitative practices to the detriment of the opposite side of the market, i.e. in this case the consumers who use Facebook. This applies above all if the exploitative practice also impedes competitors that are not able to amass such a treasure trove of data. This approach based on competition law is not a new one, but corresponds to the case-law of the Federal Court of Justice under which not only excessive prices, but also inappropriate contractual terms and conditions constitute exploitative abuse” (tradução livre). Cf. BUNDESKARTELLAMT (Alemanha). **Press Release: Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁵⁶ FEITOSA, Alessandro. Compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o Facebook: entenda o que se sabe e o que falta esclarecer. **Portal G1**, [s. l.], 16 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/16/compartilhamento-de-dados-entre-o-whatsapp-e-o-facebook-entenda-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-esclarecer.ghtml>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁵⁷ MCKENZIE, Craig R.M.; LIERSCH, Michael J.; FINKELSTEIN, Stacey R. Recommendations Implicit in Policy Defaults. **Psychological Science**, [S. l.], v. 17, p. 414-420, 1 maio 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-9280.2006.01721.x>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁵⁸ SAMSON, Alain; RAMANI, Prasad. Finding the right nudge for your clients: Advisers are using insights from behavioral economics and social psychology to steer people’s decisions in a direction that should benefit them. **InvestmentNews**, [s. l.], 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.investmentnews.com/finding-the-right-nudge-for-your-clients-75761>. Acesso em: 13 jan. 2022.

3.1.2 Complementariedade e não-complementariedade

Em relação à ambas as teorias supramencionadas – nomeadamente as teorias separatista e a integracionista –, Erika Douglas também ressalta a tendência existente de se enfatizar a complementariedade entre os direitos.¹⁵⁹ Em outras palavras, ambas as teorias caminham no sentido de que uma concorrência mais saudável no mercado digital proporciona, por consequência mais segurança para os usuários.

Em sentido similar, Paula Ponce chama atenção para o direito a portabilidade de dados – que basicamente consiste na possibilidade de, mediante requerimento, importar-se dados de uma plataforma para outra, conforme positivado na LGPD em seu art. 18, inciso V¹⁶⁰ -. Segundo Paula, seria possível dizer que a portabilidade de dados, de certa forma, esbarra na proteção a concorrência em alguns pontos, na medida em que a fácil portabilidade de dados geraria uma diminuição nos “custos de troca” entre as plataformas digitais associados ao efeito de *lock in*, facilitando a entrada de novos entrantes.¹⁶¹

No entanto, Paula Ponce também destaca uma potencial situação inversa, onde a portabilidade de dados estaria na contramão das intenções do direito concorrencial.¹⁶² Dentro das situações destacadas, encontrasse a mencionada por Peter Swire e Yianni Lagos, referente ao fato de que a portabilidade de dados, conforme concebida pela legislação de proteção de dados para promover a autodeterminação dos usuários, seria uma medida aplicável independente do poder de mercado da plataforma. Portanto,

¹⁵⁹ Cf. Supra. Nota 152. p 655

¹⁶⁰ “Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial” Cf. BRASIL. **Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

¹⁶¹ PONCE, Paula Pedigone. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 143, 17 jun. 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/521>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁶² Ibid. p. 141

existiria a possibilidade de se criar um fluxo de dados em direção ao monopólio, consolidando sua posição dominante.¹⁶³

Erika Douglas, em seu artigo, denomina essas situações como hipóteses de não-complementariedade, e destaca dois problemas advindos dessa hipótese para a análise antitruste.¹⁶⁴ O primeiro, e mais comum, seria a forma de como balancear os efeitos causados em esferas distintas de qualidade em um produto.¹⁶⁵ O segundo, a seu turno, seria justamente o problema relatado no parágrafo anterior, na hipótese de que ambos os direitos caminhem em direções contrárias.¹⁶⁶

Embora Douglas reconheça que o fato de outro ramo do direito colidir com os interesses do direito antitruste não seja fato necessariamente novo, citado o exemplo do direito à propriedade intelectual, a autora afirma que o ponto chave da questão está justamente inexistência de ampla produção doutrinária e judicial sobre o assunto.¹⁶⁷ Dessa forma, somando-se as dificuldades já existentes na análise das condutas anticompetitivas nas plataformas digitais, o futuro próximo revela-se um terreno arduo a ser percorrido pelos analistas do direito concorrencial.

3.2 Exemplos de interações entre o antitruste e a proteção de dados

Uma forma boa se tentar compreender as novas dificuldades, que serão impostas ao direito concorrencial pela entrada em vigor da lei de proteção de dados, é por meio da análise de casos concretos em outras jurisdições. Nesse sentido, agora será feita uma breve análise de dois casos em que foi possível apontar uma interação entre ambos os direitos. Por fim, será também analisado, através de uma comparação com a já existente

¹⁶³ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 72, n. 2, p. 352, 31 maio 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Acesso em: 14 jan. 2022

¹⁶⁴ Cf. Supra. Nota 152. p. 657

¹⁶⁵ Paralelo pode ser traçado com o caso Facebook julgado pela autoridade alemã, quando a captura de dados em múltiplas plataformas efetivamente melhorava a qualidade do serviço oferecido pela empresa, embora em detrimento da autodeterminação preconizada pela legislação protetiva de dados. Cf. Supra. Nota 125.

¹⁶⁶ Cf. Supra. Nota 152. p. 657

¹⁶⁷ Cf. Supra. Nota 152. p. 658

produção doutrinária europeia sobre o assunto, da possibilidade de se valer de um remédio antitruste de acesso ao banco de dados pessoais da empresa monopolista.

3.1.1 Reporte final da autoridade antitruste britânica na investigação do mercado de energia

Devido ao rápido encarecimento das tarifas de energia experienciado no Reino Unido, A autoridade controladora do mercado de gás e eletricidade local requisitou um estudo detalhado sobre o mercado de energias feito pela autoridade antitruste britânica.¹⁶⁸ Segundo o comunicado à imprensa feito pela autoridade, mesmo após o processo de privatização do setor, cerca de 70% dos usuários domésticos das maiores empresas estavam sujeitos a uma tarifa padrão, sendo certo que esses usuários estavam pagando, ao todo, cerca de 1.4 bilhão de libras britânicas a mais do que estariam pagando em um mercado competitivo.¹⁶⁹

De modo a combater o problema, uma das sugestões de remédio proposta pela autoridade Antitruste britânica, pertinente para presente análise, foi a obrigação de compartilhamento dos dados sobre os usuário submetidos às tarifas padrão por mais de três anos. Dessa forma, as menores empresas poderiam contactar diretamente esses usuários, oferecendo uma proposta de tarifa competitiva.¹⁷⁰ Cabe ressaltar que os usuários poderiam, a qualquer tempo, negar o compartilhamento de suas informações.¹⁷¹

É possível dizer que a interação entre os dois direitos no caso foi pouco turbulenta, tendo em vista que a autoridade se precaveu, em sua sugestão de remédio, de um eventual

¹⁶⁸ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **Energy market investigation**: Summary of final report. Reino Unido: [s. n.], 24/06/2016. p. 1 Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/576c23e4ed915d622c000087/Energy-final-report-summary.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹⁶⁹ REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **CMA publishes final energy market reforms**: The CMA has concluded its energy market investigation setting out a wide range of reforms to modernise the market for the benefit of customers. Reino Unido, 24/06/2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-final-energy-market-reforms>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹⁷⁰ Cf. Supra. Nota 168. p. 55

¹⁷¹ Cf. Supra. Nota 168. p. 55

conflito com a proteção de dados. No caso a autoridade foi impositiva ao afirmar que o banco de dados a ser criado ficaria sob a responsabilidade da autoridade pública responsável pelo controle do mercado de energias no Reino Unido, que deveria tomar todas as precauções devidas para evitar o uso indevido dos dados; e que qualquer tipo de contato eletrônico somente deveria ser feito por autorização expressa do usuário, somente sendo autorizada a comunicação postal como padrão.¹⁷²

3.2.2 O caso HiQ, Inc v. LinkedIn Corp.

Mais interessante parece ser o caso mencionado por Douglas em seu artigo, envolvendo uma empresa cujo negócio necessariamente dependia do tratamento dos dados dos usuários de outra plataforma.¹⁷³ No caso em questão, julgado pelo Nono Circuito de Cortes de Apelação nos Estados Unidos, e denominado *HiQ Labs, Inc v. LinkedIn Corp.*,¹⁷⁴ a empresa reclamante monitorava os dados dos usuários do LinkedIn de modo a oferecer dois tipos de serviços aos empregadores: o primeiro que envolveria um monitoramento das atividades dos empregados, criando um modelo de previsibilidade para identificar os funcionários sob risco de serem recrutados por outras empresas; e o segundo que envolveria o mapeamento das habilidades dos funcionários, almejando identificar potenciais “buracos” de treinamento dentro da força laborativa da empresa.¹⁷⁵

O problema apontado pelo LinkedIn, que resultou na vedação ao acesso generalizado da HiQ aos dados da plataforma, foi que diversos usuários – cerca de 50 milhões – passaram a utilizar da ferramenta “não transmitir” para não emitirem notificações acerca das mudanças de perfil, mesmo o perfil se mantendo público.¹⁷⁶ Desse jeito, O LinkedIn afirmou que seria contraintuitivo deixar a HiQ realizar os serviços aos quais se propunha; sob risco de se contrariar a vontade dos usuários.¹⁷⁷

¹⁷² Cf. Supra. Nota 168. p. 55

¹⁷³ Cf. Supra. Nota 152. p. 662

¹⁷⁴ ESTADO UNIDOS. United States Court of Appeals for The Ninth Circuit. Opinion nº 17-16783. HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp. 938 F.3D 985. Disponível em: <https://casetext.com/case/hiq-labs-inc-v-linkedin-corp-2>. Acesso em: 15/01/2022

¹⁷⁵ Ibid. p. 3.

¹⁷⁶ Ibid. p. 5.

¹⁷⁷ Ibid. p. 6.

Em resposta, a HiQ alegou que o não havia outra forma de sobrevivência além do acesso aos dados, acrescentando que a conduta do LinkedIn também esbarrava na área do direito concorrencial, na medida em que existiriam planos para a introdução de uma ferramenta de análise própria.¹⁷⁸

A conclusão alcançada pela corte, de modo a deferir a liminar de acesso requerida pela HiQ, foi a de que os usuários do LinkedIn, não obstante terem optado por não transmitir as modificações do perfil, não teriam uma expectativa de privacidade dada a publicidade dos perfis.¹⁷⁹ Nas palavras da corte:

Existe pouca evidência de que os usuários do LinkedIn que optaram em deixar seus perfis públicos realmente mantenham uma expectativa de privacidade com respeito as informações postadas publicamente, além de ser duvidoso. A política de privacidade do LinkedIn claramente afirma que ‘qualquer informação que você coloque no seu perfil e qualquer conteúdo postado no LinkedIn pode ser visto por outros’ e instrui para que os usuários não ‘publiquem ou adicionem informações pessoais ao perfil que não gostariam que fossem públicas’.

Em segundo lugar, não há evidência nos autos apta a sugerir que a maioria das pessoas que seleciona a opção “não transmitir” o faz para prevenir que seus empregadores sejam alertados sobre mudanças no perfil feitas em antecipação a uma mudança de emprego (...)¹⁸⁰

Cabe ressaltar, também, que o assunto ainda não está decidido em definitivo. Após julgamento recente pela Suprema Corte nos Estados Unidos – decidindo que o indivíduo excede o acesso autorizado, nos termos do *Computer Fraud and Abuse Act*,¹⁸¹ quando ele ou ela acessa o computador com autorização, mas daí obtém informações que ultrapassam sua autorização -, O LinkedIn teve o seu pedido de revisão garantido pela Suprema Corte,

¹⁷⁸ Ibid. p. 9.

¹⁷⁹ Ibid. p. 6.

¹⁸⁰ “First, there is little evidence that LinkedIn users who choose to make their profiles public actually maintain an expectation of privacy with respect to the information that they post publicly, and it is doubtful that they do. LinkedIn’s privacy policy clearly states that “[a]ny information you put on your profile and any content you post on LinkedIn may be seen by others” and instructs users not to “post or add personal data to your profile that you would not want to be public.” Second, there is no evidence in the record to suggest that most people who select the “Do Not Broadcast” option do so to prevent their employers from being alerted to profile changes made in anticipation of a job search” (tradução livre). Cf. Ibid. p. 6.

¹⁸¹ “Lei de Fraude e Abuso em Computador” (tradução livre)

que então reenviou os autos para uma nova análise pelo Nono Circuito de Cortes de Apelação.¹⁸² Todavia, como apontado por Jeffrey Neuburger, pelo fato do caso em si envolver dados que estão disponíveis ao público, existe ainda a probabilidade de que o resultado final se mantenha.¹⁸³

De todo modo, embora ambos os lados tenham apontado argumentos convincentes, o racional da opinião proferida pelo Nono Circuito de Cortes de Apelação não parece ser tão simples de ser seguido no Brasil.

Mesmo que realmente não seja possível apontar um prejuízo na expectativa de privacidade propriamente dita, conforme apontado pela corte, haja vista o caráter público das postagens no LinkedIn; é possível se apontar uma perda de capacidade de autodeterminação informativa dos usuários que terão, sim, seus dados transmitidos contra vontade. Afinal, malgrado não se possa ter certeza de que a intenção dos usuários seria precisamente a de não alertar os empregadores sobre possíveis mudanças, tampouco é possível descartar dita hipótese.

3.2.3 A LGPD e a possibilidade de remédios antitrustes prejudiciais para a proteção de dados

Um dos dispositivos presentes na LGPD, cuja inspiração no RGPD europeu pode ser claramente vista, é o que dispõe sobre a licitude do tratamento dos dados. Segundo o regramento da União Europeia:

“Artigo 6º.

Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

¹⁸² NEUBURGER, Jeffrey D. Supreme Court Vacates LinkedIn-HiQ Scraping Decision, Remands to Ninth Circuit for Another Look. **National Law Review**, [s. l.], v. XI, n. 167, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/article/supreme-court-vacates-linkedin-hiq-scraping-decision-remands-to-ninth-circuit>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁸³ Ibid.

- a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;
- c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;
- f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrónica.”¹⁸⁴

Já a LGPD, a seu turno, dispõe que:

“Seção I - Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;(…)
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;(…)
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. (...)

¹⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 2016/679, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [S. l.], 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e2012-1-1>. Acesso em: 17 jan. 2022.

§3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. (...)

§7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.¹⁸⁵

Essas similaridades entre os dispositivos se torna relevante na medida em que torna possível uma comparação quase que direta com a produção intelectual europeia sobre a questão. Por exemplo, Jacques Crémer; Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer afirmam que, em casos em que o tratamento de dados é considerado indispensável e, portanto, constituindo uma facilidade essencial – citando o exemplo de algoritmos similares ao desenvolvido pela empresa HiQ, supramencionada – o acesso ao dados poderia ser imposto pela agência antitruste nos termos do art. 6º do RGPD,¹⁸⁶ a título de interesse público.¹⁸⁷

Nota-se, então, que a mesma conclusão pode ser alcançada ao se analisar a os dispositivos supramencionados da LGPD, já que o art. 7º, II, afirma que os dados podem ser tratados para o cumprimento de obrigações legais ou regulatória; com a necessidade de observação do interesse público existente no §7º do mesmo artigo.¹⁸⁸ No entanto, existem algumas considerações a serem tecidas.

Ao dissertarem sobre as limitações existentes aos remédios antitrustes envolvendo o compartilhamento de dados no contexto europeu, Vikas Kathuria e Jure Globocnik discordam da possibilidade estabelecida acima. Para eles, a caracterização de um remédio antitruste como uma “obrigação jurídica”, nos termos do art. 6(1)(c) do RGPD, não seria possível pois seria contrária aos princípios do regulamento no que tange o tratamento dos dados. Para sustentar essa afirmação, eles apontam para a existência de três categorias de

¹⁸⁵ Cf. BRASIL. **Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)..

¹⁸⁶ Cf. Supra. Nota 184

¹⁸⁷ CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **A Competition Policy for the Digital Era**. Bruxelas: European Commission, 2019. P. 104. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁸⁸ Cf. Supra, Nota 185.

autorização para o processamento de dados: o consentimento do usuário; os casos em que seja possível presumir a existência de um interesse legítimo; e os casos em que os interesses legítimos sejam mais relevantes do que os direitos dos usuários. A conclusão alcançada foi a de que na falta de um processo legislativo específico referente a ponderação de interesses no compartilhamento de dados como um remédio antitruste, não seria possível respaldar tal obrigação no RGPD.¹⁸⁹

Para além do ponto feito acima, Kathuria e Globocnik também discorrem sobre uma eventual obrigação decorrente no art. 6(1)(f) do RGPD, com o tratamento de dados respaldado na necessidade de se atingir um interesse legítimo de terceiro – no caso, os competidores -. Nesse ponto, os autores ressaltam que a “necessidade” implicaria na adoção da medida menos invasiva possível para se satisfazer o interesse legítimo da outra parte, fato que tornaria o remédio antitruste de compartilhamento de dados em algo extremamente excepcional, haja vista a infinidade de outras opções que podem ser adotadas.¹⁹⁰ Finalizando esse racional, os autores concluem que:

“Restaurar a competição no mercado específico poderia, sim, ser visto como algo de interesse público. Entretanto, visto que os usuários não podem razoavelmente esperar tal processamento *ex ante*, e levando em consideração que esse compartilhamento não permitiria apenas um processamento único pela mesma empresa, mas daria acesso a pelo menos uma empresa *adicional*, o que está associado a altos riscos para o usuário dono dos dados, os direitos e liberdades da pessoa natural afetados irão, nesse caso, prevalecer sobre o interesse legítimo da empresa regularmente.”¹⁹¹

Com tudo isso em mente, olhando para a opinião proferida pelo Nono Circuito de Cortes de Apelação nos Estados Unidos no caso contra o LinkedIn, e levando-se em consideração o fato de que a capacidade de autodeterminação informativa é uma das

¹⁸⁹ KATHURIA, Vikas; GLOBOCNİK, Jure. Exclusionary conduct in data-driven markets: limitations of data sharing remedy. **Journal of Antitrust Enforcement**, [s. l.], v. 8, ed. 3, 9 jan. 2020. p. 526. Disponível em: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/3/511/5699250>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁹⁰ Ibid. p. 528.

¹⁹¹ “Restoring competition in the affected market could indeed be seen as such a public interest. However, given that *ex ante*, data subjects cannot reasonably expect such data processing, 106 and taking into account that such sharing of data would not only enable a one-off processing by the same company but would give access to it to at least one additional company, which is associated with high risks for the data subject, 107 the rights and freedoms of the affected natural persons will in such cases regularly prevail over the legitimate interests of the company.” (Tradução Livre) Cf. Ibid. p. 528-529.

características marcantes no direito à proteção de dados no Brasil,¹⁹² - reconhecido dentro do ordenamento nacional como um direito fundamental autônomo do indivíduo -¹⁹³ garantir o acesso aos dados não pareceria ser uma solução adequada. A final de contas, da mesma forma como preconizado por Kathuria e Globocnik, uma interpretação do art. 7º, II, da LGPD¹⁹⁴ de maneira a justificar um remédio antitruste impondo o compartilhamento de dados contra a vontade ou conhecimento dos usuários parece ser contrário ao intuito do diploma normativo.

Fosse, por exemplo, o mesmo caso julgado no Brasil, a autoridade responsável haveria de encontrar formas diferentes de solucionar o problema, de modo tentar resguardar a igualdade entre o LinkedIn e seus concorrentes, evitando-se ao máximo uma perda gravosa para o direito à proteção de dados. Solução oportuna aparenta ser uma das sugestões apresentadas por Lina Khan e debatida ao fim do primeiro capítulo: a colocação do LinkedIn como uma infraestrutura essencial,¹⁹⁵ garantindo-se acesso fácil e – mais importante nesse caso – igualitário às informações disponíveis no limite estabelecidos pela LGPD; ou seja, respeitando a vontade de não transmissão das informações do usuários. Em que ponto ainda assim seria possível manter-se o conceito de uma empresa de análise de perfis profissionais, não aparenta ser relevante para a análise concorrencial.

¹⁹² Cf. o art. 2º, II, da Lei 13.709/2018 (LGPD)

¹⁹³ Cf. Supra. Cap. 2.3.

¹⁹⁴ Cf. Supra. Nota 185.

¹⁹⁵ Cf. Supra. Nota 71.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como proposta a realização de uma análise, sob o ponto de vista do Direito Econômico, da atividade regulatória do Estado sobre as plataformas virtuais. Ao mesmo tempo, buscou-se prestar atenção para os efeitos advindos do surgimento de uma legislação focada na proteção dos dados pessoais nesse poder regulatório e na economia de um modo geral.

De início, constatou-se que o viés neoclássico sobre o papel do Estado na regulação da economia não consegue produzir resultado satisfatório no que diz respeito ao controle regulatório das Plataformas virtuais, principalmente pelas novas formas de abuso de posição dominante que surgiram como decorrência das inovações do mundo digital. A defesa da livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica definido pela Constituição Federal, e o é devido à importância precípua da concorrência em si mesma para garantir as liberdades individuais dos indivíduos.

O caso Google, julgado pelo CADE em 2019, é emblemático nesse sentido, tendo em vista que o resultado encontrado sobre a conduta do Google pelas autoridades europeias, ao julgar caso similar, foi diverso da posição adotada pela maioria dos conselheiros do CADE aqui no Brasil. É capital que as autoridades brasileiras passem a adotar um papel mais ativo na regulação das plataformas virtuais, de modo a garantir a fruição dos direitos e garantias individuais; sendo certo que já existem teorias e formulações capazes de atingir tal objetivo de maneira satisfatória.

Entretanto, conforme também se constatou no decorrer desta monografia, o Direito à Proteção de Dados torna-se relevante para essa atividade regulatória, na medida em que os dados pessoais funcionam como um verdadeiro combustível para o modelo de negócios de diversas plataformas. Por hipótese, buscou-se apontar qual é o seu lugar dentro do ordenamento jurídico nacional, haja vista a facilidade de se incorrer no erro de uma simples comparação com o direito à privacidade, algo que poderia redundar em uma depreciação do direito por daí se extrair uma noção de subsidiariedade.

A caracterização da proteção de dados como um direito fundamental autônomo, portanto independente de uma violação direta à expectativa de privacidade do usuário e com valor em si mesmo, mostrou-se essencial para salvaguardar os interesses individuais conforme de fato pretendido. Tanto é o caso, que assim já foi reconhecido pelo STF e também já existe proposta de emenda constitucional nesse sentido.

Essa maior segurança garantida à proteção de dados chega em boa hora, na medida em que as tensões nessa área começaram a aumentar. As grandes plataformas virtuais possuem o claro interesse, e até mesmo o objetivo, de captar o maior número possível de dados dos seus usuários para o funcionamento de seus modelos de negócios. Pouco importa precisar se essas empresas conseguiram o seu domínio de mercado pelo leque de oportunidades aberto com a posse de uma quantidade tremenda de dados, ou se essa quantidade tremenda é um reflexo de uma maior captação de usuários pelo oferecimento de um serviço melhor; o ponto chave é que essa relação com os dados gera uma espécie de “círculo virtuoso”, cuja tendência é a cristalização da posição dominante no mercado específico.

Nesse cenário, é comum se interpretar o direito a proteção de dados e o direito concorrencial como complementares, mesmo existindo divergências doutrinárias quanto ao nível de integração entre os direitos. Se o nível de segurança dos dados for caracterizado como uma qualidade do produto ofertado pelas plataformas digitais, seria possível concluir que um mercado mais competitivo traria benefícios para proteção de dados, tendo em vista que os usuários naturalmente flutuariam em direção à plataforma com os melhores índices de segurança.

A situação se torna, todavia, mais escabrosa nas hipóteses de contradição entre os interesses da proteção de dados e da proteção na concorrência. Em casos em que o tratamento dos dados pessoais na posse de uma plataforma monopolista se torne condição necessária para a livre iniciativa e a concorrência, pode parecer lógica a sugestão de um remédio antitruste que garanta o tratamento específico dos dados em determinada

circunstância. No entanto, a conclusão defendida na presente monografia é a de que tal autorização, no caso brasileiro, iria de encontro com os objetivos propostos pela LGPD para a proteção do direito fundamental é autônomo à proteção de dados.

O Estado deve, portanto, adotar uma postura mais ativa para a defesa da concorrência no que diz respeito às plataformas virtuais, mas o direito à proteção de dados deve, nessa hipótese, ser entendido como um limite à atuação reguladora do Estado ao enfrentar os inúmeros problemas concorrências existentes no mercado digital.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANG, Carmen. Ranked: The World's Most Popular Social Networks, and Who Owns Them. **Visual Capitalist**, [s. l.], 6 dez. 2021. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/ranked-social-networks-worldwide-by-users/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

AMAZON.COM INC. **E-commerce ou marketplace? Conheça suas principais diferenças**. Disponível em: https://venda.amazon.com.br/sellerblog/e-commerce-ou-marketplace-conhecidas-suas-principais-diferencas?id=SEBRSOA_dsa-all-desk-mobile_go_cmp-12520614192_adg-121654366720_ad-505224365508_dsa-368048640619_dev-c_ext_sig-Cj0KCCQiAoNWOBhCwARIsAAiHnEgPSj35PDKoGKZ27wWoSdltYJqmoO5oizIG9peBYbUe012jIersaCkaAi1uEALw_wcB&gclid=Cj0KCCQiAoNWOBhCwARIsAAiHnEgPSj35PDKoGKZ27wWoSdltYJqmoO5oizIG9peBYbUe012jIersaCkaAi1uEALw_wcB. Acesso em: 05 jan. 2022.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª. ed. [S. l.]: Renovar, 1997. 754 p.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. Anti-trust Analysis of Online Sales Platforms: international report. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KELLEZI, Pranvera (ed.). **Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions**. Genebra: Springer, 2018. p. 3-40.

BARRETO, Alexandre; MAHON, Ana Luiza. **LGPD e Defesa da Concorrência: o caso Facebook**. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2021/04/24/lgpd-e-defesa-da-concorrenca-o-caso-facebook.htm#:~:text=Embora%20a%20autoridade%20alem%C3%A3%20tenha,inspira%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20nossa%20LGPD..> Acesso em: 24 maio 2021.

BVERFGE 65, 1. p. 235 e 245. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf/view. Acesso em: 16/09/2021

BORK, Robert H.; SIDAK, J. Gregory. What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? **Journal of Competition Law & Economics**, [s. l.], v. 8, p. 663-700, dez. 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article/8/4/663/804104>. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.. Relator: Conselheiro Maurício Bandeira Maia. Brasília.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**, [S. l.], 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 15.529/11, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#art128. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 31 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954/2020, de 17 de abril de 2020**. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 14 set. 2021.

BUNDESKARTELLAMT (Alemanha). **Press Release: Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 11 jan. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising**. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770. Acesso em: 05 jan. 2022.

CONVENÇÃO Europeia sobre Direitos Humanos, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf. Acesso em: 08/09/2020

CORTE, Lorenzo Dalla. A right to a Rule: On the Substance and Essence of the Fundamental Right to Personal Data Protection. *In*: HALLINAN, Dara *et al*, (ed.). **Data Protection and Privacy: Data Protection and democracy**. [S. l.]: Bloomsbury Publishing, 2020. v. 12, p. 35-63.

CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. **A Competition Policy for the Digital Era**. Bruxelas: European Commission, 2019. 127 p. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

EVANS, David S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. **Yale Journal on Regulation**, [S. l.], v. 20, p. 324-381, 2003.

EVANS, David S. Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights, But Not Sleepy Monopolies. Londres: **University College London**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438. Acesso em: 18 maio 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Ninth Circuit Court Of Appeals. *Hiq V. LinkedIn* Case nº 938 F.3d 985 - 2019.

DOUGLAS, Erika M. The New Antitrust/Data Privacy Law Interface. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 130, p. 647-684, 15 jan. 2021. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/DouglasEssay_pv1pt6ak.pdf. Acesso em: 11/01/2022

EDLIN, Aaron S.; HARRIS, Robert G.. The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: a Comparison of Microsoft and Google. **Yale Journal of Law and Technology**, New Haven, v. 15, p. 169-213, jul. 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol15/iss2/4/>. Acesso em: 20 maio 2021.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for The Ninth Circuit. Opinion nº 17-16783. *HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.* 938 F.3D 985. Disponível em: <https://casetext.com/case/hiq-labs-inc-v-linkedin-corp-2>. Acesso em: 15/01/2022

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. Data Protection. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en. Acesso em: 02/09/2021

FEITOSA, Alessandro. Compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o Facebook: entenda o que se sabe e o que falta esclarecer. **Portal G1**, [s. l.], 16 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/16/compartilhamento-de-dados-entre-o-whatsapp-e-o-facebook-entenda-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-esclarecer.ghtml>. Acesso em: 11 jan. 2022.

FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da Atividade Econômica: (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 1ª. ed. [S. l.]: Malheiros, 2001. 155 p.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. [S. l.]: Malheiros, 2013. 631 p.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. rev. atual. e aum. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2012. 479 p.

GAWER, Annabelle. **Big Data: Bringing Competition to a New Level**: background material for item 3 of the 126th meeting of the oecd competition committee. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 20 maio 2021

HAYEK, Friedrich. **Individualism and Economic Order**. [S. l.]: University of Chicago Press, 1948. 282 p.

HOOFNAGLE, Chris Jay; WHITTINGTON, Jan. Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price. **UCLA Law Review**, Los Angeles, Rev. 606, p. 606-670, fev. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235962. Acesso em: 19 maio 2021.

JOHNSON, Garrett A.; SHRIVER, Scott K. Privacy & market concentration: Intended & unintended consequences of the GDPR. **American Bar Association**, [s. l.], 14 jan. 2020. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/events/2020-scholars/course-materials/1100_session2_presenter3_online-martech-after-the-gdpr.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

KATHURIA, Vikas; GLOBOCNIK, Jure. Exclusionary conduct in data-driven markets: limitations of data sharing remedy. **Journal of Antitrust Enforcement**, [s. l.], v. 8, ed. 3, 9 jan. 2020. p. 511-534. Disponível em: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/3/511/5699250>. Acesso em: 17 jan. 2022.

KHAN, Lina. M. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, p. 710-805, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 20 de maio de 2021

KHAN, Lina M.; POZEN, David E. A Skeptical View of Information Fiduciaries. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 133, p. 497-541, 10 dez. 2019. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/12/497-541_Online.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022

KREIN, Júlia. Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos Do Uso De Dados Pessoais Pelo Facebook. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 198-231, 01 maio 2018.

MAIA, Maurício Oscar de Bandeira. The Brazilian Google Case. **Competition Policy In Eastern Europe And Central Asia**: Focus on Abuse of Dominance in Digital Markets, Budapeste, v. 16, p. 23-34, mar. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-gvh-newsletter16-mar2021-en.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2022.

MAURO, Andrea de; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. A formal definition of Big Data based on its essential features. **Library Review**, [S.L.], v. 65, n. 3, p. 122-135, 4 abr. 2016. Emerald. <http://dx.doi.org/10.1108/lr-06-2015-0061>.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.). **Technology and Privacy: The New Landscape**. [S. l.]: The MIT press, 1997. cap. 8, p. 219-242.

MCKENZIE, Craig R.M.; LIERSCH, Michael J.; FINKELSTEIN, Stacey R. Recommendations Implicit in Policy Defaults. **Psychological Science**, [S. l.], v. 17, p. 414-420, 1 maio 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-9280.2006.01721.x>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF Reconhece Direito Fundamental à Proteção de dados. **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em 16/09/2021

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda**. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018. p. 188

NEUBURGER, Jeffrey D. Supreme Court Vacates LinkedIn-HiQ Scraping Decision, Remands to Ninth Circuit for Another Look. **National Law Review**, [s. l.], v. XI, n. 167, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.natlawreview.com/article/supreme-court-vacates-linkedin-hiq-scraping-decision-remands-to-ninth-circuit>. Acesso em: 16 jan. 2022.

NEWMAN, Nathan. Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 30, n. 4, p. 1-73, 15 ago. 2013.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander P. Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] to Privacy. **Antitrust Law Journal**, [s. l.], v. 80, p. 121-156, 6 fev. 2015. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokulia_ralj.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

ORESKOVIC, Alexei. Facebook says WhatsApp deal cleared by FTC. **Reuters**, [s. l.], 10 abr. 2014. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp-idUSBREA391VA20140410>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORESKOVIC, Alexei. FTC clears Facebook's acquisition of Instagram. **Reuters**, [s. l.], 22 ago. 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-instagram-idUSBRE87L14W20120823>. Acesso em: 8 jan. 2022.

POLICY DEPARTMENT A (União Europeia). Committee On Economic and Monetary Affairs. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy**. União Europeia: Parlamento Europeu, 2015. 82 p. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf). Acesso em: 06 jan. 2022.

PONCE, Paula Pedigone. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 134-176, 17 jun. 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/521>. Acesso em: 14 jan. 2022.

PORTAL G1. **Meta, dona do Facebook e Instagram, diz não ter intenção de sair da Europa**. [S. l.], 8 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/02/08/meta-dona-do-facebook-e-instagram-diz-que-nao-deseja-tirar-redes-do-ar-na-europa.ghtml>. Acesso em: 9 fev. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **CMA publishes final energy market reforms**: The CMA has concluded its energy market investigation setting out a wide range of reforms to modernise the market for the benefit of customers. Reino Unido, 24/06/2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-final-energy-market-reforms>. Acesso em: 18 jan. 2022.

REINO UNIDO. Competition & Markets Authority. **Energy market investigation**: Summary of final report. Reino Unido: [s. n.], 24/06/2016. 79 p. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/576c23e4ed915d622c000087/Energy-final-report-summary.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

RODAS, João Grandino. **Propriedade intelectual e Direito Concorrencial são complementares**. [S. l.]: Conjur, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/olhar-economico-propriedade-intelectual-direito-concorrencial-sao-complementares>. Acesso em: 9 fev. 2022.

RYSMAN, Marc. The Economics of Two-Sided Markets. **Journal of Economic Perspectives**, [S.L.], v. 23, n. 3, p. 125-143, 1 ago. 2009. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/jep.23.3.125>.

SAMSON, Alain; RAMANI, Prasad. Finding the right nudge for your clients: Advisers are using insights from behavioral economics and social psychology to steer people's decisions in a direction that should benefit them. **InvestmentNews**, [s. l.], 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.investmentnews.com/finding-the-right-nudge-for-your-clients-75761>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF?**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protacao-dados-cf>. Acesso em: 20/09/2021

SCHULER, Karen. **Federal data privacy regulation is on the way — That's a good thing**. 2021. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/federal-data-privacy-regulation-is-on-the-way-thats-a-good-thing/>. Acesso em: 17 maio 2021.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. Centro Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group

Informação e Tecnologia Ltda.. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.. Relator: Maurício Oscar de Bandeira Maia. **Sistema Eletrônico de Informações**. Brasília, 30 jul. 2019. Voto Vencido. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM9eWYY1IAzBkQzXb6iqwYeEawOqf0hZyB-RskNpxi_UCB5Yd7zm4vAiRMY4nyhPKFH8PzLfhJ5tg8wUJIq322l. Acesso em: 06 jan. 2022.

SIMITIS, S. Reviewing privacy in an information society. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 135, n. 3, p. 707-746, 1987.

SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (ed.). **Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 293-316. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693. Acesso em: 19 maio 2021.

STATT, Nick; BRANDOM, Russell. The FTC is suing Facebook to unwind its acquisitions of Instagram and WhatsApp. **The Verge**, [s. l.], 9 dez. 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/12/9/22158483/facebook-antitrust-lawsuit-anti-competition-behavior-attorneys-general>. Acesso em: 8 jan. 2022.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. **Maryland Law Review**, Baltimore, v. 72, n. 2, p. 335-380, 31 maio 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Acesso em: 14 jan. 2022

THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **Big Data: Bringing Competition to a New Level**: background note by the secretariat. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 20 maio 2021.

TZANO, M. Data protection as a fundamental right next to privacy? “Reconstructing” a not so new right. **International Data Privacy Law**, v. 3, n. 2, p. 88-99, 2013.

UNISYS. **2020 Unisys Security Index**. Unisys: 2020. Disponível em: <https://www.unisys.com/unisys-security-index>. Acesso em: 15 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 2016/679, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [S. l.], 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679#d1e2012-1-1>. Acesso em: 17 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Charter of Fundamental Rights of the European Union**. 02 de outubro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN. Acesso em: 02/09/2021

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Caso C-28/08 P, European Commission v. Bavarian Lager. Data da Decisão: 10 de junho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0028>. Acesso em: 04/09/2021

WACHOWICZ, Marcos. **A Proteção Jurídica das Bases de Dados em Face da Revolução da Tecnologia da Informação**. [S. l.]: Gedai, 2014. 33 p. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-base-dados-marcos-wachowicz-1.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.