

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

BRENO FRAGA MIRANDA E SILVA

Desafios do antitruste na era digital: as concentrações econômicas no mercado de exploração
de *big data*

Ribeirão Preto
2019

BRENO FRAGA MIRANDA E SILVA

Desafios do antitruste na era digital: as concentrações econômicas no mercado de exploração
de *big data*

Versão Original

Dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP)

Área de concentração: Desenvolvimento no Estado
Democrático de Direito

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento, democracia e
instituições

Orientadora: Professora Dra. Juliana Oliveira Domingues

Ribeirão Preto
2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S586d	<p>Silva, Breno Fraga Miranda e Desafios do antitruste na era digital: as concentrações econômicas no mercado de exploração de big data / Breno Fraga Miranda e Silva; orientadora Juliana Oliveira Domingues. -- Ribeirão Preto, 2019. 202 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.</p> <p>1. BIG DATA. 2. CONCORRÊNCIA. 3. DADOS PESSOAIS. 4. ANTITRUSTE. 5. CADE. I. Domingues, Juliana Oliveira, orient. II. Título</p>
-------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Nome: MIRANDA E SILVA, Breno Fraga Miranda

Título: Desafios do Antitruste na era digital: as concentrações econômicas no mercado de exploração de *Big Data*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Antônio Jorge e Marli
Ao meu irmão, Caio e a Elliz.
Com todo o amor, admiração e gratidão,
pela compreensão e carinho que sempre tiveram.
Vocês são o que realmente importa.

AGRADECIMENTOS

À Professora Dr^a Juliana Oliveira Domingues, pela paciência, atenção e apoio durante toda a orientação e produção da pesquisa, por acreditar neste trabalho, bem como pela parceria em livros e artigos escritos, nos eventos acadêmicos e nas demais experiências acadêmicas.

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP, pela oportunidade de realização do curso de mestrado, em mais uma formação por esta instituição que, em tão pouco tempo, já ofereceu tanto para a sociedade.

Ao Professor Eduardo Gaban, grande advogado na área do direito antitruste, agradeço pelo apoio e orientação, tanto acadêmica quanto profissional, pela oportunidade de ter participado dos prolíficos encontros do Núcleo de Estudos em Concorrência e Inovação e pela oportunidade de produzir eventos, artigos e livros em parceria.

Ao Aluisio Miele, meu amigo e grande acadêmico, agradeço pela amizade, pela sinceridade, pelos debates acadêmicos, e paciência ao compartilhar as angústias acadêmicas e profissionais durante este período. Agradeço ainda a Juliana Moyses, pela ajuda nas correções.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na pessoa do seu presidente, Alexandre Barreto, pela oportunidade de trabalhar no órgão público que mais admiro, onde aprendo diariamente a prestar um serviço de qualidade e cada vez mais profissional.

À Conselheira Polyanna Vilanova, pela confiança e compreensão, nesta oportunidade única de formar o Gabinete 6, proporcionando um aprendizado indescritível.

À Juliana e ao Rubens, profissionais incríveis com quem tive a honra de trabalhar neste período, os meus sinceros agradecimentos por todo o incentivo, apoio, paciência e compreensão.

Ao Victor Fernandes e Carolina Saito, pelas oportunidades abertas ao longo deste caminho, bem como pela confiança no meu trabalho.

Agradeço à minha turma de Mestrado e aos professores do curso, por todos os debates acadêmicos de excelência e por todo companheirismo.

À Elliz, pela paciência inesgotável neste período, bem como pela compreensão e companheirismo na construção de uma vida feliz.

Por fim, agradeço aos meus pais, Antônio Jorge e Marli Fraga, e ao meu irmão, Caio Fraga bem como a todos os meus familiares e colegas, pelo incentivo e por entenderem as minhas ausências durante a produção desta pesquisa.

“Big data will spell the death of customer segmentation and force the marketer to understand each customer as an individual within 18 months or risk being left in the dust.”

Ginni Rometty

RESUMO

SILVA, Breno Fraga Miranda e. **Desafios do antitruste na era digital:** as concentrações econômicas no mercado de exploração de *big data*. 2019. 202 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

Na economia digital as empresas podem oferecer seus produtos e serviços sem a remuneração direta do consumidor final. Boa parte dos modelos de negócios dessas empresas funciona baseado na detenção e tratamento dos dados pessoais dos consumidores, oferecendo o acesso aos seus serviços e produtos em troca destes dados. Com o acesso a estes dados pessoais, as empresas podem aperfeiçoar o conhecimento dos padrões de consumo de cada usuário e gerar valor através da exploração dessas informações, seja através da venda do espaço de publicidade direcionada às particularidades de cada consumidor, seja através da análise direta dos dados pessoais com o objetivo de otimizar a comercialização dos seus próprios produtos e serviços. Levando esta dinâmica econômica em consideração, observou-se um aumento no número de atos de concentração entre empresas que atuam no mercado de exploração de *big data*, trazendo relevância para a discussão sobre a privacidade e a proteção dos dados pessoais analisado sob o espectro da defesa da concorrência. A pesquisa tem por objetivo analisar se a privacidade do consumidor e proteção dos seus dados pessoais deve ser levada em consideração, enquanto dimensão de análise, no ambiente de controle de concentrações econômicas pelo direito antitruste. E, em caso positivo, em que circunstâncias o uso de dados pessoais pode alterar significativamente a dinâmica concorrencial entre empresas concorrentes. Utilizando o método interpretativo, com uma abordagem hipotético-dedutiva, a pesquisa teve início através da delimitação do conceito de *big data* e da definição do termo sob a perspectiva do direito antitruste. Em sequência, tratou do atual instrumental de análise antitruste no contexto do controle dos atos de concentração, para observar como se dá efetivamente este controle bem como para discutir as possibilidades de absorção das preocupações concorrenciais referentes à dimensão da privacidade dos consumidores e da proteção dos dados pessoais. Em sequência, foram analisados os aspectos concorrenciais do *big data*, detalhando como a exploração destes dados se relaciona com os pressupostos da concorrência dinâmica e com o exercício do poder econômico. Em sucessão, foram observados os atos de concentração que trataram diretamente a privacidade ou a proteção dos dados pessoais enquanto dimensão passível de análise pelo instrumental antitruste de controle dos atos de concentração econômica, os quais relacionam-se diretamente com a construção de uma teoria do dano sobre o tema. Por fim, a pesquisa analisou de forma mais detida como as concentrações econômicas se relacionam com a dimensão de privacidade do consumidor e como poderá ocorrer a intersecção entre a legislação brasileira sobre proteção de dados pessoais, recentemente publicada, e a legislação de defesa da concorrência. Em conclusão, foi possível depreender a necessidade de alteração das ferramentas antitruste para endereçar problemas concorrenciais nos mercados digitais. Seja através da alteração dos critérios de notificação ou das análises sobre padrões de qualidade dos serviços e produtos oferecidos, a autoridade de defesa da concorrência deve estar atenta para captar eventuais efeitos advindos das concentrações econômicas nos mercados digitais, mas que não restaram evidenciados com a aplicação dos instrumentos de análise antitruste disponíveis.

Palavras-chave: Big data. Dados. Dados pessoais. Privacidade. Concorrência. Antitruste. CADE

ABSTRACT

SILVA, Breno Fraga Miranda e. **Antitrust challenges in the digital age: economic concentrations in the big data market.** 2019. 202 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

In the digital economy companies can offer their products and services without the direct remuneration of the final consumer. Many business work based on the capture and analysis of consumers' personal data, offering access to their services and products in exchange for these data. With access to these personal data, companies can improve the knowledge of each user's consumption patterns and generate value through the exploitation of this information, either through the sale of advertising space sharpened to the particularities of each consumer or through direct analysis of personal data in order to optimize its own products and services. Taking this economic dynamics into account, there has been an increase in the number of merges and acquisitions between companies operating in the big data exploitation market, bringing relevance to the discussion about privacy and the protection of personal data analyzed under the antitrust law. The research aims to analyze whether consumer privacy and protection of personal data should be taken into account, as a dimension of analysis, in the environment of merge and acquisition's control by antitrust law. And, if so, in what circumstances the use of personal data can significantly change the competitive dynamics between competitors. Using the interpretative method with a hypothetical-deductive approach, the research began by delimiting the concept of big data and defining the term related to the perspective of antitrust law. In the sequence, it dealt with the current instruments of antitrust analysis in the context of the merge and acquisition control, to observe how this control takes place as well as to discuss the possibilities of absorbing the competitive concerns regarding the dimension of the consumers' privacy and data protection personal. In sequence, the competitive aspects of the big data were analyzed, detailing how the exploration of these data is related to the assumptions of dynamic competition and the exercise of economic power. In succession, were analyzed those mergers reviews that directly addressed the privacy or protection of personal data as a dimension that can be analyzed by the antitrust instruments, which are directly related to the construction of a theory of damage, which was dealt with in the next chapter. Finally, the study looked more closely at how merges and acquisitions relate to the dimension of consumer privacy and how could be the intersection between the Brazilian legislation on personal data protection, recently published, and the antitrust legislation. In conclusion, it was possible to understand the need to change antitrust tools to address competitive problems in digital markets. Whether by changing the notification criteria or by analyzing the quality standards of the services and products offered, the competition authority must be careful to capture any negative effects arising from merges in digital markets, but which have not been evidenced by the application of the antitrust analysis available.

Keywords: Big data. Data. Personal data. Privacy. Competition. Antitrust. CADE

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Tipos de dados	39
Figura 2 - Cadeira do valor do big data	44
Figura 3 - Ciclo virtuoso do big data	46
Figura 4 - Estrutura do mercado relevante de big data	72
Figura 5 - Fluxograma de procedimentos para conformidade das concentrações econômicas perante a LGPD	154
Figura 6 - Conceitos utilizados pela LGPD	159

LISTA DE ABREVIATURAS

ACC - Acordo em Controle de Concentrações
API - Interface de Programação de Aplicações
B2B -Business to business
BACEN – Banco Central do Brasil
BKA – *Bundeskartellamt*
Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CE - Comissão Europeia
DEE - Departamento de Estudos Econômicos
DoJ – *Department of Justice* (Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América)
EUA – Estados Unidos da América
FTC – *Federal Trade Commission*
GDPR - General Data Protection Regulation
Guia-H – Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais
GPS - Global Positioning System
HHI - Índice Herfindahl-Hirschman
JV – *Joint Venture*
LDC – Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)
LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018)
OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PDA - *Personal Digital Assistant*
RiCade - Regimento Interno do CADE
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEPRAC - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SSNDQ - Small But Significant And Non-Transitory Decrease in Quality
SSNIP - Small But Significant And Non-Transitory Increase in Price
SG-CADE – Superintendência-Geral do CADE
SMS - Short Message Service
TCD - Termo de Compromisso de Desempenho
TMH - Teste do Monopolista Hipotético
UK – Reino Unido

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1. APRESENTAÇÃO DA PESQUISA	27
<i>1.1 Elementos da pesquisa</i>	27
<i>1.2 Metodologia e literatura</i>	30
<i>1.3 Estrutura da pesquisa</i>	30
2. O QUE É BIG DATA: CONSTRUINDO O CONCEITO SOBRE DADOS	35
<i>2.1 Definição de big data</i>	43
<i>2.2 Big data sob a perspectiva do direito antitruste</i>	47
<i>2.3 Big data sob a ótica da comunidade internacional</i>	53
<i>2.4 Big data e o Direito Antitruste: conclusões parciais</i>	55
3. CONTROLE PRÉVIO ANTITRUSTE E O BIG DATA	57
<i>3.1 Os critérios de notificação</i>	58
<i>3.2 Considerações sobre a Definição de Mercado Relevante</i>	63
<i>3.3 Probabilidade de exercício de poder de mercado</i>	73
<i>3.3.1 Análise sob o aspecto das barreiras à entrada</i>	73
<i>3.3.2 Análise sob a ótica da rivalidade</i>	78
<i>3.3.3 Análise sob a ótica das eficiências econômicas</i>	80
<i>3.4 Gun jumping no mercado de dados pessoais</i>	87
<i>3.5 Remédios em atos de concentração relativos ao mercado de dados pessoais</i>	90
<i>3.6 Conclusões parciais</i>	96
4. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO BIG DATA	99
<i>4.1 Big data e poder de mercado</i>	103
<i>4.2 Concorrência dinâmica e efeitos "não-preço"</i>	109
<i>4.2.1 Dimensão da Inovação</i>	114
<i>4.2.2 Dimensão da Qualidade</i>	115
<i>4.2.3 Métodos complementares e alternativos de análise antitruste</i>	117
<i>4.3 Construção das teorias do dano relacionadas aos mercados de big data</i>	120
<i>4.4 Conclusões parciais</i>	127
5. ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCADO DE EXPLORAÇÃO DE BIG DATA	131
<i>5.1 Análise dos atos de concentração</i>	131
<i>5.1.1 TomTom/Tele Atlas</i>	131
<i>5.1.2 Google/DoubleClick</i>	133
<i>5.1.3 Joint Venture entre Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere</i>	135

5.1.4 Publicis/Omnicom	136
5.1.5 Facebook/WhatsApp.....	138
5.2 Concentrações verticais e conglomeradas no mercado de dados	140
5.3 Conclusões parciais	144
6. CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	147
6.1 Como a privacidade do consumidor se relaciona com as concentrações econômicas?.....	147
6.2 Os procedimentos relacionados às concentrações econômicas e a necessária atenção à gestão dos dados.....	151
6.3 Como a Lei Geral de Proteção de Dados se relaciona com as concentrações econômicas? .	156
6.4 Conclusões parciais	174
7. CONCLUSÃO.....	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	185

INTRODUÇÃO

A coleta, análise e armazenamento de dados pessoais está cada vez mais presente nas atividades das empresas que atuam na economia digital. Através da análise e tratamento destes dados é possível oferecer produtos e serviços que se amoldam melhor às necessidades individuais de cada usuário, bem como aperfeiçoar os serviços de publicidade e *marketing*, com base no comportamento e preferência de cada consumidor.

As empresas que oferecem os serviços ou os produtos podem se utilizar do conhecimento extraído da análise dos dados pessoais para gerar valor através da venda de espaço publicitário enquanto os consumidores têm a possibilidade de fornecer seus dados pessoais às empresas em troca do uso de determinado produto ou serviço de forma gratuita, através do que estariam, de certa forma, pagando pelos serviços com o fornecimento dos próprios dados pessoais, usados como verdadeira moeda de troca.

A crescente importância que a exploração de *big data* para fins comerciais ganhou no âmbito da economia digital desafia as funções regulatórias do Estado e em especial a utilização dos instrumentos de defesa da concorrência, até então sedimentados na literatura antitruste, e demanda uma atualização das questões que envolvem a proteção da privacidade dos usuários de produtos e serviços digitais - na qualidade de consumidor - bem como da proteção dos dados pessoais.

Com o advento da promulgação de leis de proteção de dados pessoais ao redor do mundo¹, a questão da proteção dos dados pessoais se colocou em relevância, favorecendo o surgimento de autoridades específicas para tratar do assunto e despertando preocupação também nas autoridades de defesa da concorrência.

Os atos de concentração entre empresas que exploram *big data* vêm trazendo especial preocupação às autoridades antitruste, considerando a relação complexa entre a dinâmica concorrencial, a privacidade e a proteção dos dados pessoais. O principal questionamento que se busca responder é se, e como, o antitruste pode proteger a dinâmica concorrencial e o bem-estar dos consumidores de potenciais riscos - ou prejuízos - resultantes das concentrações econômicas que envolvem os mercados de exploração de *big data*.

¹ Pode ser citado como exemplo a *General Data Protection Regulation* (GDPR), legislação da União Europeia ou a *California Consumer Privacy Act*, legislação do estado da Califórnia (EUA) que trata de proteção de dados pessoais. Em consonância com a movimentação legislativa mundial, o Brasil promulgou a Lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ainda em período de *vacatio legis* (lapso temporal entre a data de publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor).

Com o desenvolvimento deste questionamento, surge a discussão sobre se o instrumental de análise antitruste deve considerar a inserção de novos aspectos que possam endereçar o tema da privacidade e proteção dos dados pessoais sob a perspectiva da dinâmica concorrencial e, em caso positivo, qual deve ser a real dimensão da privacidade e proteção dos dados pessoais na análise dos atos de concentração econômica.

Desta forma, a discussão sobre o tema avança não só sobre os objetivos do antitruste, como também sobre a viabilidade da aplicação dos atuais instrumentos de defesa da concorrência, diante do surgimento de uma economia voltada à exploração de dados. Ao observar o controle de concentrações econômicas, busca-se analisar primordialmente a formação de poder econômico e como sua utilização desmedida pode originar prejuízos à dinâmica concorrencial.

1. APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

Este capítulo tem a intenção de apresentar as escolhas feitas para a realização da pesquisa que deu origem a esta dissertação de mestrado, buscando apresentar a metodologia utilizada e reconstruir o percurso da pesquisa. Com o intuito de oferecer ao leitor um panorama dos pontos de partida na literatura, busca delimitar os objetivos da pesquisa, delinear a justificativa do tema e expor os métodos escolhidos para a realização da pesquisa, bem como os horizontes almejados.

1.1 Elementos da pesquisa

O tema da pesquisa procura responder a seguinte questão: *i)* a privacidade e proteção de dados pessoais devem ser levadas em consideração no ambiente de controle de concentrações econômicas pelo direito antitruste? E, em caso positivo, em que circunstâncias a exploração de dados pessoais dos consumidores pelas empresas pode alterar significativamente a dinâmica concorrencial entre concorrentes?

Ao responder às indagações propostas, a intenção da pesquisa é tratar dos aspectos concorrenciais relativos à utilização do *big data* pelas empresas que atuam nos mercados de economia digital e apresentar os fatores que as autoridades antitruste devem levar em conta, em suas futuras avaliações, ao analisar uma concentração econômica que envolva o mercado de dados pessoais.

Há inúmeros artigos e estudos escritos que buscam discutir os limites da intersecção entre a defesa da concorrência e a proteção de dados pessoais, entretanto pouco tem sido apresentado como meio prático de como o tópico deve ser endereçado.

A proposta inicial desta pesquisa é discutir se a exploração comercial dos dados pessoais é um problema a ser considerado no controle de concentrações econômicas. Desta forma, não foi possível realizar uma revisão profunda sobre os tópicos relacionados exclusivamente à proteção de dados pessoais que não tenham intersecção com as características que tangenciam o direito antitruste.

Ademais, em que pese reconhecer a importância do tema, a presente pesquisa também não trata de aspectos relacionados à propriedade intelectual - que eventualmente se relacionem com a exploração de dados pessoais - por entender se tratar de um tópico que merece um estudo específico e profundo, o que não caberia nesta proposta.

Merece apontamento ainda a delimitação no que diz respeito à análise comparativa do arcabouço regulatório oferecido pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) diante das regulações internacionais sobre o tema, em especial ao *General Data Protection Regulation* (GDPR) que é aplicado na União Europeia, tendo em vista que não é a completude da regulação sobre proteção de dados pessoais que pode ser direcionada às concentrações econômicas.

A conexão entre os aspectos de proteção de dados pessoais e as outras áreas do direito antitruste - condutas unilaterais; reflexões sobre o sistema jurídico antitruste e os aspectos constitucionais da livre concorrência; *compliance*; promoção internacional; entre outros – também não é tratada nesta pesquisa, considerando a opção pela delimitação da análise exclusivamente relacionada às concentrações econômicas.

Merece observação ainda a delimitação da pesquisa diante de uma análise jurisprudencial comparativa e mais abrangente, uma vez que não se pretende analisar extensivamente, e de forma completa, o entendimento de várias jurisdições sobre o tema aqui tratado, mas sim, analisar apenas as decisões que se considerou mais relevantes e que efetivamente contribuam para o desenvolvimento do tema.

O objetivo geral da pesquisa é confirmar a possibilidade de inclusão dos dados pessoais como ativo econômico para fins de análise sob a perspectiva concorrencial e detalhar como a nova legislação sobre proteção de dados pessoais poderia influenciar o controle de concentrações econômicas por parte da autoridade antitruste.

Considerando que a interpretação exclusiva da legislação de proteção de dados pessoais pode não endereçar a discussão de forma apropriada, uma vez que não foram previstos os instrumentos necessários, é necessário observar que a regulamentação da proteção de dados pessoais não deve proteger apenas os indivíduos titulares dos dados, mas deve considerar também o fluxo de dados entre concorrentes, advindos de eventual concentração econômica.

Como a Lei 13.709/2018 (LGPD) é a legislação brasileira que regula as atividades de tratamento de dados pessoais - não leva em consideração como os dados pessoais podem ser atingidos por meio de concentrações econômicas, a autoridade antitruste brasileira² ainda não enfrentou diretamente o tema e a legislação concorrencial brasileira não trata diretamente do assunto, é também o objetivo geral da pesquisa analisar os possíveis prejuízos que uma

² Fazemos referência aqui ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o qual, juntamente com a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) forma o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que por sua vez foi estruturado pela Lei 12.529/2011 para organizar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

concentração de dados advinda de uma concentração econômica pode causar tanto à privacidade do consumidor quanto à efetiva dinâmica concorrencial entre competidores.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) aparenta não estar ainda preparado para avaliar a quantidade e qualidade dos dados das empresas que se submetem a ele, tanto para tratar de uma suposta infração concorrencial, quanto para analisar concentrações econômicas decorrentes de fusões e aquisições societárias. Desta forma, a pesquisa enfrenta o problema trazido pelo questionamento sobre se a autoridade de defesa da concorrência deve efetivamente observar o uso e tratamento dos dados pelas empresas em sua atividade de controle de atos de concentração econômica e, em caso positivo, como o instrumental de análise antitruste deve endereçar este novo tema.

A hipótese trazida pela pesquisa é que o controle antitruste deve assumir a capacidade de analisar os dados pessoais e os seus usos pelas empresas como um verdadeiro ativo econômico capaz de causar impactos anticoncorrenciais e aperfeiçoar o seu instrumental de análise para fazer frente à nova realidade dos mercados digitais.

Diante da hipótese acima, os objetivos específicos da pesquisa, podem ser sumarizados da seguinte forma: *i.* a busca por uma determinação do conceito de *big data* para o direito antitruste, na medida em que a literatura ainda discute a necessidade da efetiva consideração sobre a exploração de *big data* pelas empresas como um aspecto a ser considerado no controle de atos de concentração econômica; *ii.* a análise sobre os efeitos concorrenciais originados da utilização, tratamento e concentração dos dados pessoais pelas empresas e, por fim, *iii.* uma contribuição para a interpretação a LGPD, sob o espectro da dinâmica concorrencial.

Neste sentido, a pesquisa se justifica pela necessidade de atualizar os instrumentos de controle de atos de concentração utilizados pelo direito antitruste, para que possa fazer frente aos casos, dificuldades e detalhes inerentes às concentrações econômicas originadas por empresas de economia digital que geram valor através da exploração de *big data* – ou têm os dados pessoais como “ativos centrais”, atuando na captura, tratamento e análise de dados.

O *big data* é o principal aspecto de análise, pois é a base de informações através da qual as empresas de economia digital se utilizam para formatar, desenvolver e prestar seus produtos e serviços.

Ao considerar a importância do tratamento de dados pessoais nas empresas que atuam nos mercados de economia digital, sob a perspectiva do controle de concentração econômica e dos princípios do direito concorrencial, a pesquisa busca analisar qual a melhor abordagem a ser aplicada, de modo a fazer com que o controle antitruste sobre os atos de

concentração econômica reflitam as condições dos mercados que se relacionam com a exploração do *big data* e seja capaz de prevenir os possíveis efeitos prejudiciais à concorrência e à privacidade, eventualmente originados dessas concentrações econômicas.

1.2 Metodologia e literatura

A metodologia utilizada nesta pesquisa inclui basicamente a interpretação da dogmática jurídica, com abordagem hipotético-dedutiva (MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 95), que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual se formulam hipóteses. Este método é utilizado ao longo da pesquisa para responder ao problema colocado, através da revisão das leis aplicáveis ao tópico analisado.

Entretanto, diante da complexidade do tema e por se tratar de um tema inovador no ambiente da defesa da concorrência, foi necessário também a utilização de um processo de inferência dedutiva (MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 106), para testar a predição dos fenômenos abrangidos pela hipótese trazida pela pesquisa.

O método aplicado na pesquisa é o funcionalista (MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 110), diante do qual se busca a compreensão das funções dos instrumentos do direito antitruste relacionados ao controle de concentrações econômicas diante do SBDC.

As técnicas de pesquisa utilizadas permeiam a pesquisa documental indireta primária, através de publicações administrativas, decisões das autoridades antitruste europeias e dos EUA – que são as decisões que se mostraram mais avançadas sobre o tema e enfrentam diretamente a questão da privacidade do consumidor e a proteção dos dados pessoais enquanto critério de análise concorrencial - bem como da análise dos documentos jurídicos³. Foi utilizada de forma mais abrangente a pesquisa bibliográfica, através da interpretação de livros e principalmente dos artigos sobre o tema.

1.3 Estrutura da pesquisa

Após esta apresentação inicial e breve introdução sobre o tema, a pesquisa passa a dar uma visão geral sobre o conceito de *big data* sob a perspectiva do direito antitruste e mais especificamente ao controle de concentrações econômicas e à proteção de dados pessoais.

³ Como por exemplo a utilização de guias de orientação de procedimentos das autoridades de defesa da concorrência; Regimentos Internos e Leis.

Trata ainda sobre as dimensões do *big data*, mais especificamente sobre os “Vs” que a construção doutrinária ofereceu sobre o tema, quais sejam: *i.* volume; *ii.* velocidade; *iii.* variedade; *iv.* valor; *v.* veracidade; *vi.* validação; *vii.* variabilidade; *viii.* vulnerabilidade; *ix.* volatilidade e *x.* visualização. Em continuidade, busca analisar os fatores de relacionamento entre o direito da concorrência e os aspectos da proteção de dados.

O capítulo subsequente explora como o instrumental antitruste pode considerar os novos pontos de preocupação levantados pela regulação de proteção de dados pessoais e da privacidade do consumidor.

Neste sentido, analisa o impacto da inclusão da dimensão da concentração dos dados pessoais, enquanto aspecto concorrencial, nos critérios de notificação das concentrações econômicas; na definição de mercado relevante e na análise sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado (sob a ótica da rivalidade, criação de barreiras à entrada e das potenciais eficiências econômicas).

Por fim, o capítulo ainda trata de outros aspectos relacionados às concentrações econômicas, como *gun jumping* e aplicação de remédios antitruste, para observar em qual medida estas discussões podem dialogar com a dinâmica da proteção de dados pessoais.

O capítulo seguinte trata dos aspectos concorrenciais relacionados ao *big data* e discute temas relacionados diretamente à potencial aplicação do instrumental antitruste às concentrações econômicas relacionadas ao mercado de dados pessoais.

Busca dar um panorama sobre as plataformas digitais enquanto modelos de negócios que utilizam os dados pessoais como ativos ou insumos de produção, detalhando as características dos efeitos de rede e as funções dos seus múltiplos lados de atuação.

Neste sentido, busca *i.* discutir as características da concorrência dinâmica e os efeitos concorrenciais não relacionados ao preço enquanto critério de análise antitruste; *ii.* explorar como o exercício do poder econômico poderia ocorrer através da exploração de dados pessoais; *iii.* desenvolver o raciocínio analítico para verificar se é sustentável uma eventual caracterização dos métodos de tratamento de dados pessoais como uma *essential facility*; *iv.* desenvolver uma análise sobre economia de escala voltada para a exploração de dados, bem como detalhar como se dá o processamento destes dados sob a perspectiva antitruste; *v.* tratar dos potenciais efeitos de rede advindos da exploração dos dados pessoais pelas empresas que atuam neste mercado; e por fim, *vi.* analisar a dinâmica dos dados relacionada às plataformas digitais nos mercados de múltiplos lados.

O mesmo capítulo detalhou as possíveis teorias do dano que autorizariam a discussão sobre a possibilidade de inclusão das dimensões de privacidade do consumidor e da proteção de dados pessoais enquanto pontos a serem analisados pelo antitruste.

O capítulo subsequente analisa, assim, decisões relevantes ao contexto dos atos de concentração econômica, as quais discutem a possível conexão entre a privacidade dos consumidores e a proteção de dados pessoais com a análise concorrencial dos atos de concentração econômica.

A escolha das decisões se justifica principalmente pela relevância e protagonismo que ganharam na recente literatura antitruste ao terem tratado das dimensões de privacidade dos consumidores e da proteção de dados pessoais diante da legislação de defesa da concorrência.

A decisão a respeito do caso *TomTom/TeleAtlas* se mostra importante pois a autoridade antitruste enfrenta a discussão a respeito do potencial de fechamento de mercado que poderia ser realizado através da concentração de dados.

Já a análise do caso *Google/DoubleClick* se justifica pois considera a dinâmica concorrencial dos mercados envolvidos na operação sob o espectro da concentração de dados e enfrenta o argumento de que esta concentração seria potencialmente prejudicial à concorrência.

O caso da formação de uma *joint venture* entre *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV* é ilustrativo pois a autoridade antitruste que analisou o caso levou em consideração a possibilidade das bases de dados - construídas pelas empresas- se tornarem uma *essential facility* e passou a tratar os dados pessoais coletados pelas empresas como uma verdadeira *commodity*.

Já a análise da concentração econômica entre *Publicis/Omnicom* a autoridade antitruste tratou basicamente do potencial fechamento de mercado através da concentração de dados pessoais em determinadas empresas detentoras de alto poder de mercado.

Por fim, foi analisada a decisão que trata do caso *Facebook/WhatsApp*, que é ilustrativa para o objetivo da presente pesquisa pois se debruçou sobre teorias do dano que sustentaram a possibilidade de um aumento de poder de mercado das empresas analisadas, bem como um potencial prejuízo concorrencial advindo da introdução de anúncios no *WhatsApp* ou do uso do aplicativo como fonte de extração de dados pessoais dos usuários para fins de publicidade direcionada.

Em continuidade, o capítulo que analisa o controle das concentrações econômicas trata especificamente da potencial relação entre a proteção de dados e as concentrações econômicas verticais e conglomerais.

O capítulo seguinte teve como objetivo trazer uma interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018), no sentido de analisar como a privacidade do consumidor e a nova lei se relacionam com as concentrações econômicas. Assim, a pesquisa passa a trazer sugestões sobre como devem se dar os procedimentos relacionados às concentrações econômicas, sob a ótica do agente econômico envolvido no ato de concentração.

Ao final, a pesquisa faz uma breve revisão do caminho percorrido para concluir pelo entendimento sobre os critérios de análise antitruste para melhor realizar o controle de concentrações nos mercados de exploração de *big data* e endereçar as preocupações relacionadas à privacidade dos consumidores e à proteção de dados pessoais, ainda que para dar sustentação à análise sobre a qualidade dos produtos e serviços oferecidos pelos concorrentes.

2. O QUE É BIG DATA: CONSTRUINDO O CONCEITO SOBRE DADOS

Os dados se mostraram valiosos para as empresas, que podem utilizá-los para conhecer melhor seus clientes e fornecedores, entender os comportamentos de compra e venda, assim como os seus respectivos mercados de atuação, analisando a evolução e as características econômicas dos seus setores de atuação, otimizando tanto a oferta de serviços e produtos, quanto aos processos de tomada de decisão.

Inicialmente, é necessário observar como se constrói o conceito de “dados”, o qual diferencia-se substancialmente das características atribuídas ao “*big data*”, principalmente pela forma de estruturação e utilização dos dados. Cumpre observar que não há uma definição estática sobre *big data*, de modo que o conceito ainda é matéria de reflexões de inúmeros pesquisadores, sofrendo constante evolução, na medida em que as tecnologias vêm sendo desenvolvidas.

Segundo o dicionário *Merriam-Webster*, a definição de *data* pode ser apresentada em três conceitos amplos:

1. informações factuais (como medições ou estatísticas) usadas como base para raciocínio, discussão ou cálculo os dados são abundantes e facilmente disponíveis; 2. informações em formato digital que podem ser transmitidas ou processadas; 3. informações emitidas por um dispositivo ou órgão de detecção que incluam informações úteis e irrelevantes ou redundantes e devem ser processadas para que sejam significativas. (BIG DATA, 2018, p. 1 tradução nossa)⁴

Já o dicionário *Oxford* da Língua Inglesa, de forma mais sintética, define a palavra *data*:

Fatos e estatísticas coletados juntos para referência ou análise; As quantidades, caracteres ou símbolos em que as operações são realizadas por um computador, que podem ser armazenadas e transmitidas na forma de sinais elétricos e gravadas em mídia de gravação magnética, óptica ou mecânica. (DATA, 2018, p. 1, tradução nossa)⁵

Com base nas definições acerca dos dados que foram apresentadas e considerando a classificação oferecida pelo *Canada Competition Bureau* é possível dividir a utilização dos dados em pelo menos quatro temas distintos, na medida em que “os dados podem ser

⁴ Tradução livre do excerto: “1. factual information (such as measurements or statistics) used as a basis for reasoning, discussion, or calculation the data is plentiful and easily available; 2. information in digital form that can be transmitted or processed; 3. information output by a sensing device or organ that includes both useful and irrelevant or redundant information and must be processed to be meaningful”

⁵ Tradução livre do excerto: “Facts and statistics collected together for reference or analysis; The quantities, characters, or symbols on which operations are performed by a computer, which may be stored and transmitted in the form of electrical signals and recorded on magnetic, optical, or mechanical recording media.”

qualitativos ou quantitativos e pertencem a vários assuntos (por exemplo, empresas, governos, produtos, indivíduos)” (CANADA, 2017, p. 5-6, tradução nossa)⁶.

Tratando-se dos dados relacionados ao uso pelo poder público, deve-se ter em conta como principais atuações a coleta e o tratamento dos dados pelas municipalidades, as quais, objetivando se tornarem cidades inteligentes⁷ se utilizam dos dados coletados para aperfeiçoar seus sistemas de gestão de trânsito e transporte público⁸, sistemas de distribuição de água⁹, coleta de esgoto¹⁰ e distribuição e economia de energia nos imóveis públicos¹¹.

Além destas finalidades, há ainda o uso dos dados pelos municípios para realizar uma melhor gestão dos serviços de atendimento médico de urgência e saúde pública¹² e na segurança pública¹³.

⁶ Tradução livre do excerto:” Data can be qualitative or quantitative, and pertain to a variety of subjects (e.g., companies, governments, products, individuals)”

⁷ Para mais informações, consultar KUMAR, Sunil; MANISHA, Jailia. Smart Cities with Spatial Data Infrastructure and Big Data – a critical review. **International Journal of Advanced Studies of Scientific Research**, v. 3, n. 11, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3319275>>. Acesso em 22 de março de 2019.

⁸ Para mais informações, consultar MONTEIRO, J.; PONS, I.; SPEICYS, R. **Big Data para análise de métricas de qualidade de transporte: metodologia e aplicação**. São Paulo: Scipopolis Desenvolvimento e Análise de Dados Ltda, 2015. (Série Cadernos Técnicos, v. 20). Disponível em: <http://files-server.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2016/02/24/100EEC5A-680E-4190-BF90-16042435FEBE.pdf>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹ Para mais informações consultar **INTELIGÊNCIA Artificial, Internet das Coisas e Big Data já conseguem evitar o desperdício de água**. Portal Tratamento de Água. 08 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.tratamentodeagua.com.br/inteligencia-artificial-internet-das-coisas-e-big-data-ja-conseguem-evitar-o-desperdicio-de-agua/>>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁰ Para mais informações, consultar artigo “The Uses of Big Data in Cities” disponível em https://www.researchgate.net/publication/274046137_The_Uses_of_Big_Data_in_Cities Acesso em 22 de março de 2019

¹¹ Para mais informações consultar BETTENCOURT, L. **The Uses of Big Data in Cities**. Big Data. [S.l.], mar. 2014. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/274046137_The_Uses_of_Big_Data_in_Cities>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹² Para mais informações, consultar WANG, Yichuan; KUNG, LeeAnn; TING, Chaochi, BYRD, Terry. **Beyond a Technical Perspective: Understanding Big Data Capabilities in Health Care**. Proceedings of 48th Annual Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS), Kauai, Hawaii, January 5-8, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2506532>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹³ Para mais informações, consultar artigo DATTA, Rajbir. **Predictive Analytics: The Use and Constitutionality of Technology in Combating Homegrown Terrorist Threats**. May 1, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2320160>>. Acesso em 23 jul. 2019.

O uso dos dados pelos Estados brasileiros e pela União pode ser resumido pelo tratamento para fins de fiscalização tributária¹⁴, e aperfeiçoamento dos serviços de saúde pública¹⁵ e segurança¹⁶.

Sobre o assunto, *Jason Shueh* oferece ilustrativa análise:

Certamente, os governos estaduais e locais usaram a análise dos dados para aliviar o congestionamento de tráfego, monitorar os serviços públicos, avaliar e prever o crime, seguir as tendências da educação e manter o controle sobre os recursos públicos. E a grandeza da análise dos dados parece estar aumentando também, se os Golias do setor privado, como a Amazon, forem alguma indicação. Os algoritmos patenteados da Amazon, por exemplo, alegam prever os hábitos de compra antes que os pedidos sejam feitos. Outras empresas privadas também estão usando análises para criar mapas estatísticos do tesouro nas tendências do mercado. [...] Mas, apesar de todo o seu potencial, o impacto do *big data* no governo continua relativamente pequeno. Atrás de portas fechadas, os membros do governo estão esperançosos de possibilidades, mas céticos em relação aos primeiros passos. (SHUEH, 2014, p. 1, tradução nossa)¹⁷

Em que pese o ceticismo do setor público no uso dos dados, há iniciativas importantes para acelerar e aperfeiçoar os usos dos dados pelos poderes executivos no Brasil¹⁸, o que demonstra que o uso dos dados nesta área tem grande perspectiva de desenvolvimento.

Tratando-se dos dados relacionados ao uso pelos indivíduos, estes se apresentam majoritariamente de forma não estruturada e não organizada e podem ser qualificados como toda e qualquer informação relacionada a pessoa natural, em especial, aqueles dados referentes sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, de caráter religioso,

¹⁴ Para mais informações, consultar artigo “Inteligência artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem servir?” disponível em SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Inteligência artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem servir? **Consultor Jurídico**. [S.l.], 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁵ Para mais informações consultar CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol. Serv. Saúde**. Brasília, v. 24, n. 2, p. 325-332, June 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222015000200325&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 abr. 2019.

¹⁶ Para mais informações consultar notícia Big data de segurança pública. **Brasil, país digital**. [S.l.] 28 nov. 2017. Disponível em: <<https://brasilpaisdigital.com.br/big-data-de-seguranca-publica/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁷ Tradução livre do excerto: “Sure, state and local governments have used analytics to relieve traffic congestion, monitor public utilities, evaluate and predict crime, follow education trends, and keep tabs on public resources. And the bigness of analytics seems to be getting bigger too, if private-sector Goliaths like Amazon are any indication. Amazon’s patented algorithms, for example, allege to predict shopping habits before orders are placed. Other private companies are also using analytics to create statistical treasure maps in market trends. (...) But for all of its potential, big data’s impact in government remains relatively small. Behind closed doors, government insiders are hopeful of possibilities but skeptical toward first steps.”

¹⁸ Um exemplo de iniciativa é o Decreto nº 37.541 de 13 de Agosto de 2013, (RIO DE JANEIRO, 2013) que dispõe sobre o acesso aos dados da administração direta e indireta da cidade do Rio de Janeiro e autorizou o acesso à ampla base de dados da Prefeitura, estruturados ou não, oriundos dos diversos órgãos municipais, para fins de utilização da área “Big Data: Pensa - Sala de Ideias”. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2013/3755/37541/decreto-n-37541-2013-dispoe-sobre-o-acesso-aos-dados-da-administracao-direta-e-indireta-da-cidade-do-rio-de-janeiro-pela-equipe-do-big-data-pensa-sala-de-ideias>>. Acesso em 22 de março de 2019.

filosófico ou político e dados referentes à saúde ou à vida sexual, quando vinculados a uma pessoa natural¹⁹.

No que diz respeito aos dados utilizados pelas empresas e aqueles relacionados - direta ou indiretamente - ao oferecimento dos produtos ou serviços, é necessário subdividir a funcionalidade da utilização dos dados em quatro objetivos principais, quais sejam: *i.* informações sobre os indivíduos que se relacionam com as empresas enquanto consumidores; *ii.* informação sobre performance interna da organização; *iii.* informação sobre concorrentes e, por fim, *iv.* informação sobre o ambiente negocial (CANADA, 2017, p. 6).

Os dados que se relacionam à informação sobre consumidores podem ser exemplificados por históricos de compra, análises de crédito, informações sobre geolocalização dos consumidores e informações demográficas (CANADA, 2017, p. 5).

Por sua vez, os dados que se relacionam com a performance interna das companhias podem ser exemplificados como históricos de performance de vendas e compras dos fornecedores, carteira de clientes, demais dados que sejam originados da prestação de serviços e do oferecimento dos produtos pelas empresas.

Já os dados sobre concorrentes, podem versar sobre a localização das infraestruturas, estatísticas de vendas e de preços, os quais, quando analisados pelas empresas, permitem uma perspectiva mais afiada sobre o mercado nos quais estão inseridas (CANADA, 2017, p. 6).

Por fim, há os dados veiculados à necessidade de informação sobre o ambiente negocial das empresas, os quais podem versar sobre os preços das matérias-primas comuns ao mercado -como aqueles dispostos no mercado de futuros e opções -, análises de demanda pelos produtos e serviços oferecidos, bem como informações sobre capacidade de oferta de determinado mercado (CANADA, 2017, p. 6).

Ainda para fins de definição conceitual sobre “dados”, é necessário apresentar, de forma não exaustiva, os principais tipos de dados usados para descrever as atividades fundamentais da ciência de dados através de conceitos trazidos por Abhinav Yedla e Shawn Dorius (2016, p. 11-13, traduções nossas):

¹⁹ Conforme conceitos apresentados no Art. 5º da Lei 13.709/2018 (Lei Geral da Proteção de Dados)

Figura 1 - Tipos de dados

TIPOS DE DADOS	DEFINIÇÃO
Dados projetados	Dados propositadamente gerados para fins comerciais ou científicos que são mais facilmente lidos e analisados pelo software comercial de análise de dados. Ex.: dados coletados por pesquisas, entrevistas pessoais e grupos focais ²⁰
Dados orgânicos	Dados gerados como um subproduto (escape de dados) das interações do usuário com as tecnologias digitais. Ex.: comentários de produtos; mensagens em mídias sociais; dados de localização ²¹
Dados resultantes da pesquisa orgânica	Listagens nas páginas de resultados dos mecanismos de pesquisa que aparecem devido à relevância delas para os termos de pesquisa, sem utilização de publicidade paga ²²
Dados quantitativos	Informações sobre quantidades ou informações que são medidas ou resumidas com números, associados à análise estatística ²³
Dados qualitativos	Informações sobre qualidades, ou informações que não podem ser facilmente descritas com números, associam-se ao texto, geralmente coletados por meio de técnicas convencionais de coleta de dados qualitativas, como notas de campo etnográficas, entrevistas pessoais e transcrições de grupos focais. Ex.: textos, imagens, vídeos e outras formas de dados não numéricos ²⁴
Dados ordenados	Dados que satisfazem as seguintes condições: 1) as observações estão em linhas, 2) as variáveis estão em colunas e 3) os dados são independentes em um único conjunto de dados. Os dados ordenados são o formato primário para analisar dados em planilhas e programas estatísticos convencionais ²⁵
Dados de curso ou Dados sujos	Dados que não passaram por um processo de estruturação em preparação para análise, podendo estar sem metadados, desestruturados, conter valores ausentes ou errados ou conter uma incompatibilidade entre o tipo de dados e os dados em si (por exemplo, dados inteiros armazenados como dados de cadeia) ²⁶

²⁰ Tradução livre do trecho: “Data is said to be ‘designed’ when it has been purposefully generated for business or scientific purposes. Designed data typically require less work to prepare for analysis and is often easily read and analyzed by commercial data analysis software. Examples of designed data include data collected by surveys, personal interviews, and focus groups”

²¹ Tradução livre do trecho: “Unlike designed data, organic data are typically generated as a byproduct (data exhaust) of user interactions with digital technologies. Such user interactions may be purposive, as in the case of consumers posting product reviews comments on message boards, or post to social media. Organic data also include ‘search’ data and data generated in the background of web and mobile devices, as in the case of GPS technologies that record and transmit location data to storage databases. Organic data is considered ‘newer’ than designed data and the value of such data is often not clearly known to researchers at the time the data is generated”

²² Tradução livre do trecho: “Organic search results are listings on search engine results pages that appear because of their relevance to the search terms. Organic search data stand in contrast to non-organic data generated by advertisements, as in the case of pay-per-click-advertising”

²³ Tradução livre do trecho: “Quantitative data is information about quantities, or information that is measured or summarized with numbers. Quantitative data are most typically associated with statistical analysis”

²⁴ Tradução livre do trecho: “Qualitative data is information about qualities, or information that cannot easily be described or understood with numbers [4]. Historically, qualitative data have been associated with text, often collected using conventional qualitative data collection techniques common in the social sciences, such as ethnographic field notes, personal interviews, and focus group transcripts. More recently, what constitutes ‘qualitative’ data has expanded to include images, videos, and other forms of non-numeric data. Such an enlargement of the understanding of what constitutes scientific ‘data’ has expanded the scope of scientific inquiry and made possible many exciting new discovery of human behavior and motivation”

²⁵ Tradução livre do trecho: “A dataset is said to be tidy if it satisfies the following conditions: 1) observations are in rows, 2) variables are in columns, and 3) data are self-contained in a single dataset. Tidy data is the primary format for analyzing data in spreadsheets and conventional statistical programs (e.g. Stata, SAS, SPSS)”

²⁶ Tradução livre do trecho: “Course, or dirty, data refers to data that has not undergone a structuration process in preparation for analysis. Such data might be missing metadata, might be unstructured, containing missing or

Dados primários	Dados que foram projetados e coletados pelos pesquisadores com o propósito expresso de responder a uma questão de pesquisa específica. O termo "dados primários" tem sido historicamente associado a pesquisas, entrevistas e outros dados observacionais ²⁷
Dados secundários	Dados que foram coletados para uma finalidade, mas usados para outra finalidade. Os dados orgânicos gerados pelo usuário são normalmente chamados de dados secundários ²⁸
Dados estruturados	Dados que foram organizados em um formato lógico que pode ser lido por programas estatísticos, algoritmos, planilhas, scripts e aplicativos de software relacionados. Em seu formato mais "estruturado", os dados são organizados em linhas e colunas e podem conter dados quantitativos ou qualitativos ²⁹
Dados não estruturados	Dados associados a dados sujos ou de curso, podem ser encontrados em relatórios, em sites e em outros formatos nos quais os dados não são prontamente analisados por métodos convencionais, por não estarem organizados em uma estrutura ou formato padronizado ³⁰

Fonte: YEDLA; DORIUS, 2007³¹

Para além da definição do conceito de dados e da classificação dos seus respectivos tipos, é importante ter em conta como esses dados se relacionam com a produção da informação.

Considerando que a informação é o conhecimento derivado dos dados e que o crescimento da informação digital resultou na explosão de informações, é perceptível a crescente dependência das empresas ao acesso às informações, bem como a atuação destas no sentido de armazenar, proteger, otimizar os dados com o objetivo de alavancar as informações e auferir alguma vantagem competitiva perante seus concorrentes ou garantir uma oportunidade de novos negócios.

erroneous values (e.g. out of bounds values), or contain a mismatch between the data type and the data itself (e.g. integer data stored as string data).”

²⁷ Tradução livre do trecho: “Primary data is a term used most extensively among computational social scientists to refer to data that was designed and collected by the researchers for the express purpose of answering a specific research question(s). The term ‘primary data’ has historically been associated with survey, interview, and other observational data. Such data can be reused for other scientific purposes, but when this occurs, the data are typically then classified as ‘secondary’ data”

²⁸ Tradução livre do trecho: “Secondary data refers to data that was collected/generated for one purpose, but used for another purpose. Organic, user generated data is typically referred to as secondary data, but this occurs less frequently than designed data, where ‘secondary data’ is more commonly used”

²⁹ Tradução livre do trecho: “Structured data refer to data that have been organized into a logical format that is readable by statistical program, algorithms, spreadsheets, scripts, and related software applications. In their most ‘structured’ format, data are organized into rows and columns and may containing quantitative or qualitative data.”

³⁰ Tradução livre do trecho: “Unstructured data is often associated with dirty, or course, data. Unstructured data may be found in reports, on websites, and in other formats in which the data are not readily analyzed by conventional methods due to their not being organized in a structure, standardized format”

³¹ YEDLA, Abhinav; DORIUS, Shawn. **An Introductory Guide to Data Science: The Terminological Landscape.** (February 20, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2920842>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Os dados podem ser gerados ou capturados de forma direta ou transformados em matéria-prima e ser comprados e vendidos como produtos ou serviços.³² Assumindo a tipologia apresentada sobre os dados, deve-se tratar das suas características principais, quais sejam a não-rivalidade na captação dos dados; a possibilidade de exclusividade no acesso aos dados capturados; a substitubilidade dos dados; a complementariedade e a perecibilidade dos dados, diante da rápida deterioração em curto espaço de tempo.

Sobre a característica da não-rivalidade³³ na captação dos dados, é possível observar que os dados publicamente conhecidos podem ser utilizados por terceiros sem qualquer interferência ou proibição por parte dos atores econômicos. Neste sentido, é possível afirmar que

Se os dados ou informações são conhecidos, é difícil excluir outros de usá-los (o que os torna não exclusivos), a menos que sejam protegidos por uma patente ou direitos autorais (o que os torna exclusivos). Seria impossível impedir que outros o usem, pois a duplicação de dados tem custos marginais quase nulos (TIL; GORP; PRICE, 2017, p. 22, tradução nossa)³⁴

Já no que diz respeito à possibilidade de exclusividade³⁵ do acesso aos dados, as empresas que atuam no mercado de exploração de *big data* podem ser excluídas do acesso aos dados, tanto por questões de cumprimento legal – como é o caso das regulações sobre proteção de dados pessoais – quanto por questões fáticas ou negociais – como é o caso de práticas comerciais que acabam ocorrendo, mesmo sob a repressão do poder judiciário ou das autoridades de defesa da concorrência. Neste sentido, pode haver barreiras econômicas que impedem uma empresa de obter usuários devido a efeitos de rede e experiência, bem como da ocorrência de economias de escala (ALEMANHA; FRANÇA, 2016, p. 19, tradução nossa)³⁶.

³² Neste sentido é interessante observar a existência do mercado de venda de dados, como o disponível na empresa Thomson Reuters. Maiores informações MARKET data. **Refinitiv**. <<https://www.refinitiv.com/en/financial-data/market-data>>. Acesso em 23 jul. 2019.

³³ Pode-se conceituar rivalidade econômica quando o consumo de uma unidade do bem (ou serviço) reduz a quantidade disponível deste bem (ou serviço) para outros consumidores. A não-rivalidade, por sua vez, ocorre quando o consumo de uma unidade do bem (ou serviço) não reduz a quantidade disponível para outros consumidores.

³⁴ Tradução livre do trecho: “If data or information is known, it is difficult to exclude others from using it (which makes it non-exclusive), unless it is protected by a patent or copyright (which makes it exclusive) If data would be non-exclusive it would be impossible to prevent others from using it since the duplication of data has almost zero marginal costs”

³⁵ Pode-se conceituar exclusividade econômica como a característica de poder impedir alguém de ter acesso a um determinado bem ou serviço, seja por motivos de ordem jurídica, econômica

³⁶ Tradução livre do trecho: “There can be economic barriers that prevent a company from obtaining users due to network and experience effects as well as scale economies”

Sobre a substitubilidade³⁷ e complementariedade³⁸ dos dados, Til, Gorp e Price ensinam que “os bens ou serviços são complementares quando um investimento em um aumenta o retorno marginal de outro. Quando um investimento em um reduz o valor de outro, eles são substitutos” (TIL; GORP; PRICE, 2017, p. 21, tradução nossa).³⁹

Deste modo, é possível afirmar que há a presença dos critérios da substitubilidade e complementariedade nos dados, entendidos enquanto ativos econômicos, na medida em que há interferência no retorno marginal de outros dados, na ocorrência de investimento, captura e tratamento dos dados que se relacionam de alguma forma.

Por fim, o critério da perecibilidade⁴⁰ dos dados dialoga claramente com a necessidade de velocidade na análise e tratamento dos dados pelos agentes econômicos que atuam neste mercado. Assim como boa parte dos ativos econômicos se depreciam ao longo do tempo, os dados também podem sofrer decréscimo de valor e os graus de depreciação se relacionam diretamente com a forma de análise e tratamento dos dados. Sobre o assunto, Til, Gorp e Price (2017, p. 22, tradução nossa) afirmam que

O grau de depreciação depende do tipo de análise que se deseja fazer. Com “nowcasting”, por exemplo (pense no fornecimento de informações sobre engarrafamentos no Google Maps), os dados perdem a maior parte de seu valor quase instantaneamente. No entanto, para desenvolver algoritmos de transmissão imediata são necessários os dados históricos para “análises de diagnóstico” (identificando correlações por análise sistemática do histórico), de modo que o valor dos dados não se deprecia a zero.⁴¹

Considerando as características e funcionalidades dos dados que foram tratadas até o momento e os limites dos objetos de análise da presente pesquisa, deve-se estabelecer o conceito sobre dados enquanto informações coletadas em formato digital que fazem referência ou possam se relacionar ou identificar os consumidores que ofereceram essas informações.

A conceituação desta maneira se justifica pois busca focar especificamente na exploração de dados fornecidos pelos consumidores no âmbito do oferecimento, pelas empresas, de produtos e serviços nos mercados de economia digital.

³⁷ Pode-se conceituar substitubilidade econômica como a característica pela qual uma mesma necessidade pode ser saciada recorrendo a bens substituíveis, ou seja, bens que têm uma função idêntica

³⁸ É possível conceituar complementariedade econômica como a característica pela qual depende-se que há interdependência entre produtos ou serviços

³⁹ Tradução livre do trecho: “Goods or services are complementary when an investment in one increases the marginal return of another. When an investment in one reduces the value of another they are substitutes.”

⁴⁰ O conceito de depreciação econômica se explica pelo custo, ao longo do tempo, relacionado à obsolescência de determinado ativo econômico

⁴¹ Tradução livre do trecho: “The degree of decay depends on what type of analysis one wants to do. With “nowcasting” for example (think of providing information on traffic jams in Google Maps), data loses most of its value almost instantly. However, to develop nowcasting algorithms one needs historical data for “diagnostic analyses” (identifying correlations by systematic analysis of the history), so the value of the data does not depreciate to zero.”

Portanto, deve-se considerar que qualquer menção sobre o termo *dados* ou *dados pessoais*, feita nesta pesquisa, refere-se primordialmente ao conceito de dados enquanto informações passíveis de identificar os consumidores ou de serem utilizadas como insumos no fornecimento de produtos e serviços em ambiente digital.

O próximo passo é traçar uma diferenciação entre o termo “dados” e o termo “*big data*”, especialmente na literatura do direito antitruste.

2.1 Definição de *big data*

É inegável que a evolução tecnológica diminuiu os custos de processamento e análise de grandes volumes e variedade de dados, justificando a existência do novo termo “*big data*” e das suas características próprias. Tratando do histórico do termo, uma pesquisa de Gil Press (2013, p. 1) demonstra que desde 1941 existem estudos com o objetivo de quantificar a taxa de crescimento no volume de dados produzidos. Entretanto, apenas em 1997 foi identificado o primeiro uso do termo *big data* (PRESS, 2013, p. 1), utilizado por Michael Cox e David Ellsworth (1997, p. 1) que consideraram o *big data* como um problema originado por um “conjunto de dados geralmente muito grandes, sobrecarregando a memória principal, disco local e até disco remoto”⁴². Ainda segundo Gil Press (2014, p. 1) o termo começou a se popularizar por conta de um artigo publicado⁴³ em 2008, que afirmava que o *big data* iria revolucionar as atividades das empresas e pesquisa científicas.

Para além desta conceituação, apresenta-se a definição de *big data* oferecida por Frank Ohlhorst (2013, p. 6) o qual explica:

[...] o Big Data define uma situação em que os conjuntos de dados cresceram para tal tamanhos enormes que as tecnologias de informação convencionais não podem mais efetivamente lidar com o tamanho do conjunto de dados ou a escala e crescimento do conjunto de dados. Em outras palavras, o conjunto de dados cresceu tanto que é difícil gerenciar e ainda mais difícil extrair valor disso. As principais dificuldades são a aquisição, armazenamento, pesquisa, compartilhamento, análise e visualização de dados⁴⁴

⁴² Tradução livre do trecho: “data sets are generally quite large, taxing the capacities of main memory, local disk, and even remote disk. We call this the problem of big data”

⁴³ Randal E.; KATZ, Randy H.; LAZOWSKA, Edward D. **Big-Data Computing**: Creating revolutionary breakthroughs in commerce, science, and society. A white paper prepared for the Computing Community Consortium committee of the Computing Research Association. Disponível em: <https://cra.org/ccc/wp-content/uploads/sites/2/2015/05/Big_Data.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴⁴ Tradução livre do trecho: “Big Data defines a situation in which data sets have grown to such enormous sizes that conventional information technologies can no longer effectively handle either the size of the data set or the scale and growth of the data set. In other words, the data set has grown so large that it is difficult to manage and even harder to garner value out of it. The primary difficulties are the acquisition, storage, searching, sharing, analytics, and visualization of data”

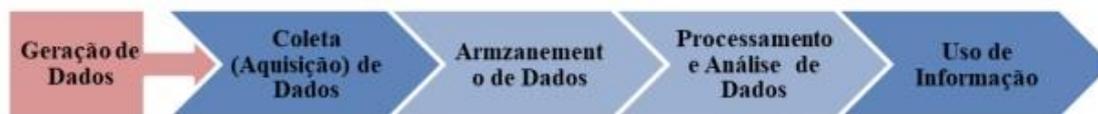
As definições oferecidas até o momento demonstram a dificuldade de tratamento e análise diante da quantidade dos dados gerados. Para oferecer um ponto de vista complementar àqueles até então apresentados, vale observar o conceito de *big data* oferecido pela *Mckinsey Global Institute* (2011, p. 6):

Big Data refere-se a conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de ferramentas de software de banco de dados típicas para capturar, armazenar, gerenciar e analisar. [...] Assumimos que, à medida que a tecnologia avança ao longo do tempo, o tamanho dos conjuntos de dados que se qualificam como *big data* também aumentará.⁴⁵

No mesmo sentido, Mayer-Schönberger e Cukier (2014, p. 6) entendem que *big data* se refere a coisas que apenas poderiam ser realizadas em grande escala, de modo a criar novas formas de valor, passíveis de mudar mercados, organizações e o relacionamento entre cidadãos e o poder público.

Detalhando a cadeia de valor do *big data*, Monteiro (2017, p. 25) demonstra quais as atividades que podem adicionar valor aos produtos e serviços no mercado de exploração de dados:

Figura 2 - Cadeira do valor do big data



(Fonte: Monteiro, 2017, 25)⁴⁶

Tratando das dimensões do *big data* fora da dinâmica concorrencial é possível apresentar como características os “Vs” que devem estar presentes nos dados para que se possa considerar o termo. Neste sentido, é necessário ter em conta as três características classificadas por Doug Laney (2001, p. 1)⁴⁷. Inicialmente é necessário observar o *volume* dos dados enquanto premissa para que se possa classificá-los como *big data*.

⁴⁵ Tradução livre do trecho: “Big Data refers to datasets whose size is beyond ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyze. This definition of how big a dataset needs to be in order to be considered big data -i.e., we don't define big data in terms of being larger than a certain number of terabytes (thousands of gigabytes). We assume that, as technology advances over time, the size of datasets that qualify as big data will also increase.”

⁴⁶ MONTEIRO, Gabriela R. P. Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas, 2017. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20312>>. Acesso em: 28 fev. de 2019.

⁴⁷ Para maiores informações, consultar LANEY, Doug. 3D Data Management: controlling data volume, velocity, and variety. **Application Delivery Strategies**, 6 fev. 2001. [S.l.], META Group, 2001. Disponível em: <<https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Neste sentido, grande quantidade de dados é gerada a cada segundo, por organizações e consumidores. Boa parte destes dados se torna muito grande para armazenar ou analisar usando as tecnologias de banco de dados tradicionais, demandando uma atualização contínua de métodos de análise e tratamento de dados, os quais contribuem para a caracterização do *big data*.

A segunda característica que dá corpo ao termo é a *velocidade* dos dados. Como o volume da produção de dados cresce de forma vertiginosa, a velocidade de análise e uso de dados também aumenta. Desta forma, o processamento e o armazenamento devem acelerar na mesma medida, uma vez que a vantagem concorrencial se expressa justamente na possibilidade de agir de forma rápida e eficaz com base nas informações e dados mais atualizados (LANEY, 2001, p. 1).

A terceira característica trata da *variedade* dos dados. Neste sentido, é possível observar que os dados são apresentados em diversas formas e formatos, desafiando a capacidade das empresas de aproveitar as diferentes disponibilidades de dados, para produzir valor através da análise em conjunto das informações (LANEY, 2001, p. 1).

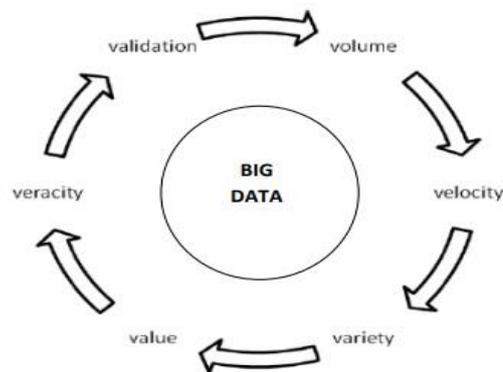
Após esta classificação inicial, uma publicação da IBM⁴⁸ em 2013 contribuiu para a extensão das características do *big data*, incluindo a necessidade de observar a *veracidade* dos dados, ao restar demonstrado que, para fins de gestão de negócios, é necessário garantir a confiabilidade e a validade das informações derivadas dos dados, uma vez que dados imprecisos poderiam se tornar inúteis ou prejudiciais para o negócio como um todo.

Buscando desenvolver ainda mais o termo, Eric Brown (2014, p. 1) contribuiu para caracterizar o *big data* também pelo seu *valor*. Na medida em que os dados não teriam valor intrínseco, apenas se tornando úteis na medida em que se faz algum tipo de análise deles, possibilitando extrair uma informação ou configurar um produto ou serviço que traga valor ao mercado e aos consumidores.

Mais recentemente a *validação* foi apresentada enquanto característica do *big data*, sendo considerada como uma capacidade de assegurar que várias fontes de dados, quando agrupadas, possam fazer sentido e serem analisadas sob os níveis de segurança e governança previstos nos regulamentos legais e obrigações contratuais (BAGNOLI, 2016, p. 9-10).

Desta forma, Bagnoli aclara qual seria o ciclo de virtuosidade dos 6 Vs para o *big data*:

⁴⁸ Para maiores informações, consultar IBM. The four V's of Big Data. **Big Data & Analytics Hub**. Disponível em: <<https://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Figura 3 - Ciclo virtuoso do *big data*

(Fonte: BAGNOLI, 2016, p.10)⁴⁹

George Firican⁵⁰ aponta outras quatro características do *big data*, as quais seriam a *vulnerabilidade*, *volatilidade*, *visualização* e *variabilidade* (FIRICAN, 2017, p. 1). Sobre a *vulnerabilidade*, é possível observar que o crescimento do tratamento e análise dos dados pessoais trouxe à tona as especificidades referentes à privacidade e quantidade dos dados que estão sendo coletados e usados.

A forma como os negócios que envolvem economia digital são oferecidos, estimulam, cada vez mais, o *trade-off* entre o sacrifício da privacidade e a obtenção dos benefícios de uma tecnologia digital personalizada e responsável ao contexto das suas próprias preferências pessoais (FIRICAN, 2017, p. 1).

Além disso, o movimento político⁵¹ de escala global que fez surgir leis que tratam da proteção de dados pessoais, criou uma série de obrigações diante das quais é possível afirmar que a vulnerabilidade e a segurança dos dados também podem ser consideradas como valor e bem jurídico a ser protegido.

Desta forma, é possível afirmar que a cadeia de geração de valor através da exploração dos dados pessoais deve considerar os critérios de segurança no tratamento e exploração dos dados, bem como da *vulnerabilidade* intrínseca a eles.

⁴⁹ BAGNOLI, Vicente, The Big Data Relevant Market. Revista Concorrenza e Mercato, vol.23/2016. Novembro de 2016. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3064792>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁵⁰ Para maiores informações, consultar FIRICAN, George. The 10 Vs of Big Data. TDWI. [S.l.], 8 fev. 2017. Disponível em: <<https://tdwi.org/articles/2017/02/08/10-vs-of-big-data.aspx>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁵¹ Considera-se como movimento político o surgimento de leis de proteção dos dados pessoais dos consumidores ao redor do mundo, podendo ser citados como exemplos a lei *General Data Protection Regulation*, 'GDPR', vigente na União Europeia ou a *California Consumer Privacy Act*, lei do estado da Califórnia (EUA) que trata da proteção à privacidade dos dados dos consumidores. Um comparativo das leis de proteção de dados pode ser encontrado no projeto Global Data Protection Laws of the World, desenvolvido pela DLA Piper, disponível em <<https://www.dlapiperdataprotection.com/>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

A *volatilidade*, por sua vez, está diretamente ligada à velocidade da produção e o volume do *big data*, na medida em que a instabilidade dos dados exige o estabelecimento de regras temporárias para a o armazenamento e disponibilidade dos dados (FIRICAN, 2017, p. 1).

O barateamento da armazenagem dos dados propiciou que as empresas conservassem os dados de uma forma muito mais barata e sem um limite temporal claro. Neste sentido, a *volatilidade* dos dados seria uma característica do *big data* que vincula os dados às necessidades e aos processos comerciais das empresas relacionadas ao mercado, considerando os custos e a complexidade do processo de armazenamento.

Sobre a característica da *visualização* que se relaciona ao *big data*, Firican (2017, p. 1) justifica que as ferramentas de visualização dos dados enfrentam desafios técnicos, os quais combinados com a multiplicidade de variáveis resultantes da variedade e velocidade do *Big Data* e das suas relações, fazem com que a clara visualização dos dados gerados e tratados seja imprescindível para a obtenção de valor através da exploração dos dados.

Por fim, a *variabilidade*, que se relaciona com a característica de *variedade*, tem referência direta com as inconsistências nos dados advindas da multiplicidade de dimensões de dados, resultante de vários tipos e origens de dados diferentes, o que pode ser sensível para o tratamento dos dados e consequente geração de valor através da sua exploração.

2.2 Big data sob a perspectiva do direito antitruste

Passando a tratar do debate sobre *big data* que envolve o direito antitruste, é necessário ter em conta que a discussão primordial busca analisar “se” e “como” o tratamento e exploração do *big data* pode significar uma vantagem competitiva sustentável e duradoura, bem como avaliar os seus potenciais efeitos anticompetitivos e impactos para o método antitruste tradicional.

Neste sentido, a pesquisa buscará visitar as principais discussões a respeito do *big data* enquanto variável competitiva para, a partir disto, analisar os aspectos concorrenciais que envolvem a exploração dos dados.

Tratando do termo *big data* enquanto conceito emergido no debate de política econômica de defesa da concorrência, é possível observar um debate que tangencia inclusive a discussão sobre quais são os reais objetivos do antitruste.

O que se busca aqui questionar é como (e se) o antitruste deve lidar com as alterações de mercado decorrentes do advento da economia digital. Apesar de revelar

perspectivas distintas sobre o tema, é possível afirmar que os entendimentos são convergentes no que diz respeito à necessidade de revisão do ferramental analítico atual de aplicação das leis de defesa da concorrência frente às mudanças advinda da economia digital.

Em linhas gerais, Stucke e Grunes (2015, p. 2-3), analisando a relevância concorrencial do *big data* nos mercados digitais, defendem que o antitruste deve funcionar como um instrumento de garantia das eficiências associadas à economia voltada aos dados e da redução dos riscos dela resultantes, rebatendo o que chamaram de “mitos”⁵² da relação entre antitruste e *big data*.

Lina Kahn (2017, p. 784-785), ao analisar o caso da *Amazon*, extrapola o tema e demonstra como as plataformas *online* seriam mercados propícios a estruturas e práticas anticompetitivas, justificando porque o direito antitruste deveria se atentar à proteção da dinâmica concorrencial nos mercados digitais e reformar a legislação para endereçar novos métodos de análise antitruste.

Reforçando o entendimento de que a defesa da concorrência deve oferecer uma visão mais ampla do poder monopolista, para endereçar algum controle efetivo perante as grandes empresas de tecnologia da nossa era, Tim Wu (2018, p. 5) busca rememorar a história das concentrações econômicas, chamando atenção para o fato de estarmos repetindo os erros – agora com as empresas de tecnologia - ocorridos durante do “*curse of bigness*” delineado pelo *Justice Louis Brandeis*.⁵³

No mesmo sentido, Juliana Domingues (2019, p. 1)⁵⁴ afirma que as autoridades devem se preparar para os desafios oferecidos pela economia digital, imputando a

⁵² Os autores entendem como mitos criados em torno do *big data* as seguintes assertivas: *i.* Leis de privacidade atenderiam a objetivos diferentes do direito da concorrência; *ii.* As ferramentas de análise antitruste utilizadas atualmente abordam totalmente todos os problemas concorrenciais que envolvem Big Data; *iii.* Forças de mercado atualmente resolvem questões de privacidade; *iv.* Indústrias on-line baseadas em dados não estariam sujeitas a efeitos de rede; *v.* Mercados on-line orientados por dados têm baixas barreiras de entrada; *vi.* Os dados têm pouco - se algum - significado competitivo, já que seriam onipresentes, de baixo custo e amplamente disponíveis; *vii.* Os dados teriam pouco significado competitivo, pois as empresas não podem excluir o acesso das empresas menores a dados-chave ou usar dados para obter uma vantagem competitiva; *viii.* Não é necessário se preocupar com as indústrias baseadas em dados porque os consumidores, na verdade, se beneficiam de bens e serviços gratuitos; *ix.* Os consumidores que usam esses produtos e serviços gratuitos não têm nenhuma expectativa razoável de privacidade. Cf. STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. *CPI Antitrust Chronicle*, n. 276, mai. 2015, Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612562>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

⁵³ O termo “Curse of Bigness”, ou “maldição da grandeza” em tradução literal, foi cunhado por Louis Brandeis, que foi advogado e atuou como Justice na Suprema Corte dos EUA, para expressar a sua hostilidade ao poder monopolista, que ele equiparava às novas indústrias de ferrovias, petróleo e tabaco.

⁵⁴ O Artigo “*Big techs* e o direito antitruste 4.0”, na sua versão completa, foi publicado pelo jornal Folha de São Paulo. DOMINGUES, Juliana. Big techs e o direito antitruste 4.0. Autoridades devem se preparar para desafios da economia digital. Opinião. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em 23 jul. 2019.

responsabilidade aos "*policy makers*"⁵⁵ e "*decision makers*"⁵⁶ do ambiente de defesa da concorrência na ampliação das “lentes de análise para uma visão interdisciplinar”. Ainda segundo a autora, “hoje, uma questão tradicional antitruste pode afetar não apenas o ambiente concorrencial, mas também direitos do consumidor, criando, entre outros, problemas de privacidade.” (DOMINGUES, 2019, p. 1).

Em contraponto, Evans (2017, p. 5-6) entende que as grandes empresas de tecnologia não estariam totalmente livres de preocupações, mas não pela mesma razão apontada pelos demais autores e sim por conta da dinâmica dos mercados digitais, que exige dos monopolistas um comprometimento contínuo com a inovação. Neste sentido, eventuais ameaças viriam de um contexto externo, através de agentes econômicos novos e disruptivos que, estivessem capacitados, de alguma forma, a enfrentar os efeitos de rede das plataformas de quem detém a maior parte do poder de mercado.

Evans (2017, p. 5-6) faz esta análise partindo da premissa de que o acesso aos dados não se constitui uma barreira à entrada que não poderia ser transposta, e fundamenta a ideia na análise histórica dos mercados digitais, demonstrando que empresas, outrora detentoras de poder de mercado, foram substituídas por outras empresas mais inovadoras.

A Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) propôs a alteração do instrumental antitruste para que pudessem ser incluídos os *inputs* na análise antitruste tradicional quando se está diante de mercados de múltiplos lados, tais como as plataformas *online* (OCDE, 2016a, p. 34-35).

É possível observar que a identificação de dados como um ativo relevante das empresas que os detêm é um dos vários reflexos das mudanças nas formas de interação entre os agentes do mercado, impulsionadas pelo desenvolvimento tecnológico.

Neste sentido, a coleta, o processamento e análise de dados permitem um maior e melhor conhecimento sobre as preferências dos consumidores e possibilitam o aperfeiçoamento de produtos e serviços, bem como o desenvolvimento de novos negócios.

Desta forma, os agentes incluem na sua racionalidade econômica a busca por dados para a tomada de decisões comercialmente estratégicas e, neste contexto de mercados de múltiplos lados, a publicidade seria um dos pontos de maior importância para a receita das

⁵⁵ Podem ser considerados “*policy makers*” os órgãos públicos ou atores políticos que, de alguma forma, fomentam a produção de regras, leis e políticas públicas em geral

⁵⁶ O termo “*decision makers*”, utilizado no texto, quando traduzido do inglês, faz referência a aqueles atores que tomam as decisões no ambiente de defesa da concorrência, no contexto brasileiro podem ser considerados os membros do Tribunal do CADE ou os juízes e desembargadores, membros do poder judiciário

plataformas. O racional econômico seria explicado pela obtenção de dados, que de um lado, aumenta a atratividade de anunciantes e de outro incrementa a rentabilidade das empresas digitais.

O desenvolvimento do mercado de dados possibilita contestar o paradigma de concorrência baseada primordialmente em preço⁵⁷. Como uma das características do *big data* é o volume, parâmetro que interfere diretamente na geração de valor que se atribui à exploração do *big data*, as plataformas de múltiplos lados ofereceriam seus serviços aos usuários sem qualquer custo pecuniário direto, em troca do acesso aos dados pessoais, os quais, potencialmente, se reverterão em lucros nos outros lados atendidos pela plataforma.

Diferentemente da concorrência via preço, que é facilmente identificada e vastamente utilizada pelo atual instrumental antitruste, o valor não monetário do *big data* necessariamente desafia e traz complexidade à análise concorrencial das concentrações econômicas.

Para tratar de uma definição inicial de *big data* para fins do direito antitruste, é relevante utilizar do trabalho realizado por Xavier Boutin e George Clemens (2017, p. 25) através do qual buscaram oferecer uma caracterização para o termo *big data* que pudesse expressar a real importância no âmbito do direito antitruste.

Desta forma, os autores trataram da dinâmica dos mercados voltados para a exploração dos dados e sugeriram como definição para *big data* a “a capacidade de coletar e analisar um grande volume de dados que contém uma variedade de informações uma maneira oportuna e tempestiva” (BOUTIN; CLEMENS, 2017, p. 26, tradução nossa)⁵⁸.

Tratando da concorrência especificamente no mercado de plataformas digitais, Andres Lerner (2014, p. 2-3) dá maior importância às formas de coleta de dados por estas plataformas para relacionar os dados com a dinâmica do processo competitivo. Argumenta que as preocupações vinculadas ao *Big Data*, em especial no que diz respeito aos *feedback loops*⁵⁹ não seriam sustentadas por evidências do mundo real, por não terem efeitos fortes na dinâmica concorrencial (LERNER, 2014, p. 19) e argumenta que não haveria evidências que demonstrassem que as plataformas digitais teriam necessariamente uma relação de dominância

⁵⁷ O assunto será tratado de forma mais detalhada no capítulo 4 da presente pesquisa intitulado “Aspectos concorrenciais do *big data*”, em especial quando se trata dos efeitos não vinculados ao preço dos produtos ou serviços.

⁵⁸ Tradução livre, do trecho “The ability to collect and analyze a large volume of data which contains a variety of information in a timely manner.”

⁵⁹ O termo pode ser entendido como uma característica através da qual as plataformas precisariam de uma grande base de usuários para realizar a coleta de volumosas quantidades de dados a fim de oferecer melhores serviços e competir por usuários e consumidores. Este modelo de negócio levaria a sensíveis economias de escala e criaria barreiras à entrada de novos concorrentes (LERNER, 2014, p. 3).

no mercado, tendo em vista que a história da internet seria permeada por plataformas ditas dominantes, mas que foram substituídas por novas empresas ao longo do tempo⁶⁰ (LERNER, 2014, p. 46) .

Na mesma linha, Evans, David S. e Schmalensee (2012, p. 35-36), ao analisarem as plataformas digitais, propõem um olhar mais criterioso com o objetivo de identificar eficiências que não seriam aparentes na aplicação de uma análise tradicional do instrumental antitruste.

Desta forma, fazendo com que a análise considere os vários lados que interagem nas plataformas digitais, seria possível evitar consequências indesejáveis, como a redução do bem-estar do consumidor ou até o prejuízo de alguma das partes que interagem na plataforma por meio de demandas interdependentes.

Tucker e Wellford (2014, p. 2) vinculam o conceito de *big data* ao volume de dados cujos sistemas de informação não conseguem processar de forma eficaz, evidenciando ainda a necessidade da rapidez na realização da coleta e análise dos dados. Neste sentido, argumentam que o *big data* não deveria ser abordado pela legislação antitruste, por não trazer barreiras à entrada que seria reais ou duráveis, bem como por não significar uma ameaça concorrencial crível:

Na realidade, o *big data* é uma das muitas entradas de informações nos serviços que as empresas *on-line* fornecem. Como as empresas mais importantes do mundo *on-line* tendem a autogerar essas informações, usá-las internamente para melhorar os serviços que as geram em primeiro lugar e não divulgá-las a outras pessoas, *big data* geralmente não é um “produto” no sentido antitruste, nem o tipo de contribuição que as empresas precisam obter de outras para competir. [...] Qualquer concorrência afetada pelo uso de *big data* ocorre quase que inteiramente de acordo com o quanto as empresas analisam informações, e não como eles conseguem os dados. (TUCKER; WELLFORD, 2014, p. 2, tradução nossa).⁶¹⁶²

⁶⁰ Neste sentido, podem ser citadas empresas como a *GeoCities* (empresa de produção de websites pessoais, que perdeu mercado para os serviços oferecidos pelo *Facebook* e *Wordpress*); *MySpace* (rede social substituída pelo *Facebook*)

⁶¹ Tradução livre do trecho: “In reality, big data is one of many information inputs into the services that online businesses provide. Since the most important companies in the online world tend to self-generate this information, use it internally to improve the very services that generate it in the first place, and do not disseminate it to others, big data usually is neither a “product” in the antitrust sense nor the type of input that businesses need to obtain from others in order to compete.[...] Any competition affected by the use of big data occurs almost entirely according to how well companies analyze information, not according to whether and how much they obtain it.”

⁶² Tradução livre do trecho: “In reality, big data is one of many information inputs into the services that online businesses provide. Since the most important companies in the online world tend to self-generate this information, use it internally to improve the very services that generate it in the first place, and do not disseminate it to others, big data usually is neither a “product” in the antitrust sense nor the type of input that businesses need to obtain from others in order to compete.[...] Any competition affected by the use of big data occurs almost entirely according to how well companies analyze information, not according to whether and how much they obtain it.”

Argumentando justamente o oposto do que Tucker e Wellford entenderam, Rubinfeld e Gal (2016, p. 46), em extensa análise sobre barreiras ao acesso das empresas ao *big data*, explicitaram a existência de barreiras à captação, armazenamento, análise e uso efetivos dos dados. Demonstraram ainda que nos mercados de *big data*, essas barreiras de entrada têm o potencial de criar poder de mercado durável nos mercados digitais e relacionados à exploração dos dados ou até servir de conduta anticoncorrencial.

Em contribuição ao debate, Stucke e Grunes (2015, p. 3) classificam o *big data* como uma fonte de potenciais preocupações antitruste, principalmente no que diz respeito ao aumento de barreiras à entrada e ao fechamento do acesso aos ativos essenciais para o tratamento dos dados. Justificam esta preocupação como segue:

[...] Primeiro, muitas empresas *on-line* adotaram modelos de negócios que dependem de dados pessoais como insumo-chave. [...] Segundo, as empresas empreendem estratégias baseadas em dados para obter e sustentar vantagens competitivas. [...] Terceiro, a batalha pelos dados pessoais se espalhou para aquisições estratégicas. Como o valor dos dados depende do volume, da variedade e da velocidade, as empresas concentram-se cada vez mais em oportunidades para obter vantagem através da exploração dos dados por meio de fusões. [...] Quarto, quando os negócios orientados a exploração de dados incorrem em custos significativos para obter, armazenar e analisar dados (bem como fornecer serviços “gratuitos” para coletar dados), eles podem ter fortes incentivos para limitar o acesso de seus concorrentes a esses dados. [...] Em quinto lugar, as empresas, cujo modelo de negócio depende de garantir uma vantagem competitiva através de *big data*, também podem conceber estratégias baseadas em dados anticoncorrenciais. [...] Em sexto lugar, à medida que as empresas empreendem estratégias de negócios baseadas em dados, pode-se esperar que elas elevem a eficiência baseada em dados como uma defesa para justificar fusões potencialmente anticompetitivas. [...] (STUCKE; GRUNES, 2016, p.3, tradução nossa)⁶³

Sokol e Comenford (2016, p. 01-02) também contribuíram para a construção do tema sob a perspectiva da análise antitruste e discutiram se seria adequada a utilização do instrumental de análise do antitruste como a escolha institucional para endereçar as questões que envolvem geração de valor através dos dados, no ambiente de economia digital.

⁶³ Tradução livre do trecho: ““[...] First, many online companies have adopted business models that rely on personal data as a key input.[...] Second, companies undertake data-driven strategies to obtain and sustain competitive advantages. [...] Third, the battle over personal data has spread to strategic acquisitions. Because the value of data depends on volume, variety, and velocity, companies increasingly focus on opportunities to acquire a data-advantage through mergers. [...] Fourth, when data-driven businesses incur significant costs to obtain, store, and analyze data (as well as provide “free” services to collect data), they may have strong incentives to limit their competitors’ access to these datasets, prevent others from sharing the datasets [...] Fifth, companies, whose business model depends on securing a competitive advantage through big data, may also devise anticompetitive data-driven strategies. [...] Sixth, as companies undertake data-driven business strategies, one might expect them to raise data-driven efficiencies as a defense to justify potentially anticompetitive mergers. [...]”

Neste sentido, em conclusão entenderam que o antitruste não seria a opção mais adequada para lidar com eventuais problemas nos mercados de economia digital, justificando como segue:

[...] Esta revisão de literatura sugere que a lei antitruste é inadequada para harmonizar o *Big Data* e seu uso por empresas *on-line*. [...] De fato, a falta de evidências empíricas, teorias robustas ou mesmo precedentes legais sugerem que não há motivo para preocupação nessa área. [...] Até que teorias de dano possam ser combinadas com circunstâncias factuais específicas e danos competitivos econômicos negativos possam ser mostrados, o caso antitruste contra o *Big Data* é fraco. [...] A intervenção antimonopolista sobre as forças do mercado ameaça o bem-estar dos consumidores, especialmente os mercados em rápida evolução, e os remédios propostos, como limitar a coleta e uso de *Big Data* ou forçar grandes empresas a compartilhar com rivais, prejudicam a concorrência e a inovação e, de fato, pode levantar preocupações com a privacidade [...] (SOKOL; COMENFORD, 2016, p. 19, tradução nossa)⁶⁴

Um dos pontos centrais da discussão que envolve *big data* e antitruste é a questão da privacidade dos consumidores. Sobre este ponto James Cooper (2013, p. 2) afirma que as leis antitruste seriam inapropriadas, uma vez que haveriam mais incentivos para as empresas investirem em coleta e análise de dados do que para diminuir a qualidade da prestação dos serviços para aproveitar custos mais baixos.

Sobre o ponto que trata da privacidade e proteção de dados, esta pesquisa tratará de modo mais detido em capítulo específico.

2.3 Big data sob a ótica da comunidade internacional

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2016, p. 28- 29) em estudo sobre o tema, afirma que os consumidores podem enfrentar, cada vez mais, uma perda de controle sobre seus dados e sobre a sua privacidade, de modo que passam a ser cada vez mais confrontados com uma publicidade intrusiva e com práticas de discriminação comportamental.

Na mesma linha, a OCDE (2016, p. 28-29) entende que as empresas poderiam utilizar as tecnologias mais avançadas para coordenar práticas, impor condições abusivas aos consumidores, e aumentar o seu poder de mercado, com o objetivo final de cobrar preços mais elevados e até mesmo impedir o acesso de concorrentes ao mercado de dados.

⁶⁴ Tradução livre do trecho: “[...]This literature review suggests that antitrust law is ill-suited to police Big Data and its use by online firms. [...] In fact, the lack of empirical evidence, robust theories or indeed legal precedent suggests that there is no cause for concern in this arena. [...]Until theories of harm can be matched with specific factual circumstances and negative economic competitive harm can be shown, the antitrust case against Big Data is a weak one. [...] Antitrust intervention over market forces threatens consumer welfare, especially in fast moving markets, and proposed remedies, such as limiting the collection and use of Big Data or forcing large firms to share with rivals, are likely to harm competition and innovation, and in fact may raise privacy concerns [...]”

O *Federal Trade Commission* (FTC) (2016, p. 33), órgão de defesa da concorrência dos Estados Unidos, por sua vez, de forma bem tímida e em análise preliminar sobre o tema, tenta não interferir diretamente no desenvolvimento do mercado de dados, afirmando se manter atenta ao exame das práticas de exploração do *big data*, dado que a análise dos dados pode ter grandes consequências, sugerindo um trabalho em conjunto, entre o governo, a academia e os consumidores, com o objetivo de garantir que a maximização da exploração dos dados seja utilizada para um bom motivo, enquanto se compromete a identificar e minimizar os eventuais riscos advindos deste mercado.

Se mostrando mais receptiva perante as novas práticas de negócios envolvendo o *big data*, o *Competition Bureau* do Canadá, agência que trata da defesa da concorrência naquele país, entendeu que a diversidade do mercado de exploração de dados continuará a se relacionar com a concorrência de forma complexa, de modo que diferentes produtos e serviços poderão originar questões concorrenciais distintas. Neste sentido, afirmaram que “a aplicação da lei deve permanecer com a sua aplicação caso-a-caso, uma vez que deve ser minimizado o risco de aplicação genérica da lei através de uma abordagem incorreta (CANADA, 2017, p. 44).

Demonstrando uma maior preocupação com os dados sob o seu aspecto concorrencial, o *Bundeskartellamt* (BKA), agência antitruste alemã, juntamente com a Autoridade de Concorrência Francesa (2016, p. 3) considerou que os riscos de fechamento de mercado associado à concentração de dados nas indústrias digitais têm sido analisados no contexto do controle das concentrações econômicas, o que não excluiria o uso de ferramentas de combate ao monopólio, para tratar de condutas veiculadas à coleta, análise e processamento de dados pessoais. Corroborando o entendimento, afirmam:

Existem várias possíveis condutas “baseadas em dados”, sejam elas excludentes ou exploratórias, que poderiam, dependendo das circunstâncias do caso, levar a uma ação de intervenção por parte da autoridade antitruste. Contudo, as teorias de dano subjacentes à proibição de tais condutas são premissas, na sua maior parte, da capacidade de uma empresa obter o poder de mercado com capacidade de sustentar um acervo de dados inigualável por seus concorrentes. (ALEMANHA; FRANÇA, 2016, p. 3, tradução nossa)⁶⁵

Das exposições oferecidas até então é possível depreender uma crescente preocupação das autoridades de defesa da concorrência no que diz respeito ao aumento do poder de mercado das empresas através da exploração do *big data*.

⁶⁵ Tradução livre do trecho: “There are several possible “data-based” conducts, whether exclusionary or exploitative, which could, depending on the circumstances of the case, lead to enforcement action. However, the theories of harm underlying the prohibition of such conducts are premised, for the most part, on the capacity for a firm to derive market power from its ability to sustain a data trove unmatched by its competitors.”

Esta preocupação tem razão de existir, na medida em que a dinâmica concorrencial nestes mercados se mostra cada vez mais concentrada em poucos *players* de grande expressividade mundial.

Por outro lado, ao analisar os casos de concentrações econômicas em mercados de exploração de *big data* que já foram analisados por estas autoridades, é perceptível a atenção quanto à segurança jurídica dos agentes econômicos bem como quanto à adstringência das decisões administrativas diante dos objetivos da política antitruste e da razoabilidade das metodologias de análise antitruste até então aplicadas.

2.4 *Big data* e o Direito Antitruste: conclusões parciais

Considerando as discussões e interpretações acima apresentadas, é possível depreender que o *big data* pode ser entendido como um conjunto de grande volume de dados variados através dos quais pode-se gerar valor.

O *big data* está relacionado à capacidade de processar e analisar os dados em alta velocidade, fazendo com que a fase de análise de dados tenha igual ou maior importância do que o volume, a variedade ou a veracidade dos dados.

Neste sentido, parte-se da compreensão mais abrangente do termo *big data* apresentada por George Firican (2017, p. 1)⁶⁶, considerando-a mais completa, uma vez que trouxe de forma mais clara a preocupação sobre a privacidade dos consumidores para as definições das características que envolvem o *big data*.

Longe de estar sedimentado, o conceito de *big data* vem evoluindo ao longo do tempo e na mesma medida em que se desenvolvem as tecnologias de análise de dados e aumenta a literatura sobre o tema.

Para fins do cumprimento dos objetivos da presente pesquisa e em atenção aos seus limites, se passará a utilizar o termo *big data* para fazer menção ao grande volume de dados variados e coletados em formato digital - que fazem referência ou possam se relacionar ou identificar as pessoas dos consumidores que ofereceram essas informações - e que podem ser processados, analisados e validados em alta velocidade.

Como a presente pesquisa busca tratar do controle das concentrações econômicas envolvendo *big data*, dados ou dados pessoais serão considerados sob um mesmo sentido e denotação, conforme a definição ora proposta.

⁶⁶ FIRICAN, George. The 10 Vs of Big Data. **TDWI**. [S.l.], 8 fev. 2017. Disponível em: <<https://tdwi.org/articles/2017/02/08/10-vs-of-big-data.aspx>>. Acesso em 28 fev. 2019.

3. CONTROLE PRÉVIO ANTITRUSTE E O *BIG DATA*

O controle realizado pelo antitruste pode se apresentar sob duas formas: repressiva, quando já foram identificados prejuízos à dinâmica concorrencial e busca-se uma reparação, e preventiva, quando a autoridade realiza uma análise prévia de atos de concentração econômica com o objetivo de evitar a formação de um poder econômico, por alguma empresa ou grupo econômico, que possa vir a limitar a concorrência de algum modo⁶⁷.

O CADE entende que se caracteriza como um ato de concentração econômica quando há fusão de duas ou mais empresas; quando há aquisição de parte ou da integralidade de uma empresa por outra ou quando há de incorporação ou celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre empresas.

A análise prévia em sede de controle de atos de concentração foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei n° 12.529/2011, ora denominada Lei de Defesa da Concorrência (LDC), e alterou substancialmente a dinâmica das fusões e aquisições que eram realizadas no Brasil até então. A partir da vigência da lei supracitada, os atos de concentração não poderiam ser consumados antes de ser apreciados pela autoridade de defesa da concorrência, a qual passou a se obrigar a proferir decisão em até 240 (duzentos e quarenta) dias a contar do protocolo da submissão.

A LDC prevê, em seu artigo 88, a obrigatoriedade de notificação de atos de concentração que preencham determinados critérios legais de notificação obrigatória.

As análises concorrenciais do CADE também são baseadas no Regimento Interno do Cade, no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Guia-H), na Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50 de 1° de agosto de 2001, na Resolução 2 do CADE e na própria jurisprudência do órgão.

Ao realizar o controle de concentrações econômicas, o CADE analisa a participação de mercado das empresas envolvidas na operação; bem como se há existência ou não de rivalidade por parte dos concorrentes; além de outros aspectos relacionados ao mercado relacionado à concentração.

Além de preservar a concorrência, o controle de concentrações econômicas objetiva ainda manter uma certa diversidade e qualidade de produtos e serviços prestados ao consumidor.

⁶⁷ Veja-se: GABAN, E. M.; DOMINGUES, Juliana. O. **Direito antitruste**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2016

Após a conclusão da análise do ato de concentração, a autoridade antitruste decide pela aprovação, com restrições (quando há imposição ou negociação de medidas), sem imposição de qualquer restrição, ou ainda pela reprovação da operação.

Os atos de concentração podem ser submetidos à análise do CADE através do procedimento sumário – em casos mais simples onde se observa menor potencial ofensivo à concorrência – ou através do procedimento ordinário – que demanda uma instrução mais completa, análise de eficiências e uma verificação mais profunda das características concorrenciais dos mercados envolvidos na concentração econômica.

O estudo específico sobre os critérios de análise do antitruste nos mercados de exploração de *big data* se justifica principalmente para que seja possível contribuir com a discussão a respeito da necessidade de atualizar os instrumentos de análise para que se possa captar a real dinâmica concorrencial nestes mercados.

Desta forma, passaremos a tratar especificamente das etapas da análise antitruste no que diz respeito ao controle de atos de concentração, que abrange o estabelecimento dos critérios de notificação, a definição do mercado relevante e a análise sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado.

3.1 Os critérios de notificação

A legislação antitruste brasileira⁶⁸ estabeleceu o controle prévio de concentrações econômicas e o fez utilizando o faturamento bruto anual dos grupos econômicos envolvidos na operação como critério para fins de submissão das operações ao CADE.

Os critérios de notificação por faturamento, alterados pela Portaria Interministerial nº 994/2012 criaram a obrigatoriedade de submissão ao CADE daquelas operações que envolviam grupos econômicos cujos faturamentos tinham volume anual de R\$750 milhões de reais e R\$75 milhões de reais, respectivamente.

Juliana Domingues e Eduardo Gaban (2016, p. 126-127) observam que a entrada em vigor da LDC eliminou o critério de incidência de *market share* enquanto critério para a submissão de operações ao Cade, o qual estabelecia que toda operação que resultasse na concentração de 20% ou mais de determinado mercado relevante deveria ser submetida ao Cade⁶⁹.

⁶⁸ Artigos. 88 e 90 da Lei 12.529/2011.

⁶⁹ Conforme § 3º da lei 8.884/94.

Chamam atenção para o fato de que esta alteração pode vir a permitir “a ocorrência de grandes concentrações, ou até mesmo monopólios, em razão da eliminação do critério participação do mercado” uma vez que “grandes concentrações empresariais que não atingem o faturamento mínimo estarão automaticamente permitidas, uma vez que sequer serão avaliadas no controle prévio” (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 26).

Ana Frazão (2017, p. 120) chama atenção para a necessidade de definição do ato de concentração, na medida em que a LDC, através do seu art. 90, classifica em quatro⁷⁰ grandes grupos de análise. Neste sentido, afirma que “a legislação brasileira acertadamente adota definição de ato de concentração que mescla os meios e os fins, no que se assemelha à enunciação existente na União Europeia”. Entretanto, explica que a legislação ainda deixou espaço para controvérsias no que diz respeito à necessidade de submissão de atos de concentração para controle de estruturas. Neste sentido:

Por mais que a Lei nº 12.529/2011 tenha procurado definir, de forma mais consistente, o ato de concentração, é inequívoco que subsistem ainda inúmeras controvérsias nas hipóteses de aquisição de controle não majoritário ou influência relevante, bem como nas hipóteses de concentrações exclusivamente contratuais. (FRAZÃO, 2017, p. 122)

É diante deste panorama que a autoridade antitruste analisa as concentrações econômicas que envolvem o mercado de *big data*. A OCDE (2016, p. 120) sugere uma alteração nos critérios de análise dos atos de concentração (*notification thresholds*), na medida em que tenta fazer com que as autoridades antitruste possam analisar os impactos concorrenciais de concentrações econômicas que não necessariamente preenchem os critérios de faturamento ou de definição enquanto ato de concentração.

Neste sentido, sugere a inclusão do valor da transação enquanto critério de análise dos atos de concentração, o que possibilitaria à autoridade antitruste analisar casos nos quais haveria a intenção de desvirtuamento da concorrência através da aquisição de concorrentes potencialmente inovadores e disruptivos (OCDE, 2016, p. 120).

Ao analisar o valor da operação, a autoridade antitruste seria capaz de capturar concentrações econômicas motivadas pela aquisição de dados de um concorrente, mesmo que este seja um entrante e não tenha faturamento bruto suficiente para submeter a aquisição ao Cade.

⁷⁰ A lei considera que se realizou um ato de concentração quando: 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*

Desta forma, o valor da operação incorporaria uma dimensão adicional baseada no valor da transação, passível de refletir o alto preço que os compradores estão dispostos a pagar pelos ativos em negociação, como por exemplo, os dados pessoais (OCDE, 2016, p. 120).

Observa-se ainda que o critério de análise baseado no valor da operação já existe nas jurisdições dos EUA e do México⁷¹, e estão sob consideração em outras jurisdições.

A jurisdição alemã, por exemplo, ainda em 2017, estabeleceu um parâmetro adicional de análise dos atos de concentração, possibilitando a análise das operações cujo valor total da transação seja superior a 400 milhões de euros e desde que os critérios de faturamento sejam atingidos (HORSTKOTTE; KREDEL, 2017, p. 1).

É possível observar que o próprio Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE (Guia) (2016, p. 51-52) já chama atenção para a possibilidade de veto, mesmo que a variação do HHI⁷² seja baixa, caso se entenda que o ato de concentração envolva empresas com estratégias de liderança de inovação, ou entre concorrentes potenciais, poderia diminuir a concorrência atual ou potencial do segmento, diminuindo a rivalidade ou desestimulando a inovação no mercado.

No ambiente concorrencial brasileiro, como a alteração sugerida pela OCDE demandaria alteração legislativa, é possível afirmar que uma alteração neste sentido estaria em dissonância com a intenção do legislador quando promulgou a LDC.

Naquela oportunidade, como houve a supressão do critério de análise pelo *market share*, a justificativa que se depreende sobre esta medida seria a possibilidade de atribuir maior segurança jurídica à análise dos atos de concentração econômica e tornar os parâmetros de análise de alguma forma mais seletivo e criterioso, buscando focar em operações que supostamente tivessem relevância do ponto de vista concorrencial.

Em contraponto com a sugestão de alterações dos critérios de notificação, Gabriela R. P. Monteiro (2017, p. 83) entende que, para além da necessidade de alteração legislativa, o

⁷¹ No caso mexicano, conforme Art. 86, I da Ley Federal de Competencia Económica, a autoridade antitruste deve analisar atos de concentração que importem, em território nacional, direta ou indiretamente, um montante superior ao equivalente a dezoito milhões de vezes o salário mínimo vigente. Maiores informações podem ser acessadas em MÉXICO. **Ley Federal de Competencia Económica**. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014. 23 mai. 2014. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁷² HHI é o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) que pode ser utilizado para o cálculo do grau de concentração em determinado mercado. É calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado. Maiores informações disponíveis em BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) **Guia**. Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

estabelecimento de um novo critério de notificação com base no valor da operação ensejaria subjetividade quanto à forma de cálculo das operações a serem submetidas ao Cade, o que poderia levar a um cenário de incerteza jurídica.

No mesmo sentido, observa que a legislação brasileira já estabeleceria uma previsão legal⁷³ através da qual o CADE pode requerer que atos de concentração que não preencham os requisitos legais sejam notificados no prazo de até 1 (um) ano, a contar da data de sua consumação (MONTEIRO, 2017. p. 83). Entretanto, considera que a atual estrutura do órgão, eventuais restrições orçamentárias e as adversidades - já conhecidas - do controle posterior dos atos de concentração, tornariam a utilização deste instrumento, de certa forma indesejável (MONTEIRO, 2017. p. 83).

Sobre este ponto, corroborando para a conclusão pela ineficiência da aplicação da revisão posterior pelo CADE das operações que não foram notificadas, Domingues e Gaban (2016, p. 128) chamam atenção para o fato do inciso nunca ter sido utilizado na jurisprudência do Cade, bem como levantam potenciais problemas concorrenciais advindos da alteração legislativa, na medida em que facilitaria o abuso de posição dominante por parte de agente econômicos que seriam partes de operações as quais eventualmente não estariam enquadradas nos critérios de notificação dos atos de concentração.

Observando a dinâmica dos mercados de tratamento e exploração de dados, é possível afirmar que as concentrações econômicas sempre foram uma ferramenta frequentemente utilizada pelos agentes econômicos seja para aumentar participação de mercado, seja para incorporar alguma inovação que tenha surgido.

Apenas a título de exemplificação, o *Facebook*, desde a sua criação, em 2004, até o ano de 2018, realizou 66 aquisições de empresas, perfazendo uma média de uma aquisição a cada dois meses e meio e um custo de mais de 23 bilhões de dólares⁷⁴.

A *Amazon*, por sua vez, desde a sua fundação, em 1995, até o ano de 2018, havia adquirido 82 empresas, perfazendo uma média de uma aquisição a cada três meses e meio⁷⁵ e um custo de pelo menos 20 bilhões de dólares.

⁷³ Faz-se referência aqui ao § 7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011 e Art. 1º, III, da Resolução nº 13, de 23 de Junho de 2015 do CADE.

⁷⁴ Maiores informações podem ser encontradas em: RAMZEEN, A.V. 72 Facebook Acquisitions – The Complete List(2019)! [INFOGRAPHIC]. **TechWyse**. [S.l.], 17 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.techwyse.com/blog/infographics/facebook-acquisitions-the-complete-list-infographic/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

⁷⁵ Maiores informações podem ser encontradas em ZAROBAN, Stefany. Infographic: Amazon's acquisition history. **Digital Commerce 360**. [S.l.], 1 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.digitalcommerce360.com/2018/02/01/infographic-amazons-acquisition-history/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

Já a *holding Alphabet Inc.*, de quem o *Google* é empresa subsidiária, até o ano de 2015, tinha realizado a aquisição de pelo menos 184 empresas, significando um custo de pelo menos 28 bilhões de dólares⁷⁶. A *Microsoft*, por sua vez realizou pelo menos 173 aquisições entre 1987, ano posterior a sua abertura de capital, e o ano de 2015.

Boa parte destas aquisições não passaram pelo crivo das respectivas autoridades de defesa da concorrência, de modo que criaram grandes empresas – que contribuem para o desenvolvimento da inovação tecnológica e aumentam o bem-estar do consumidor – mas também respondem por sérias condutas anticompetitivas.

Neste contexto, é importante observar que os critérios de notificação dos atos de concentração que se resumem ao faturamento bruto das empresas envolvidas não são suficientes para uma análise objetiva dos problemas concorrenciais nos mercados digitais, que são dinâmicos e caracterizados por rápidas mudanças.

Em alguns casos, o produto ou o serviço da empresa envolvida no ato de concentração pode não existir, ou não estar comercialmente formatado de maneira completa, o que dificultaria ainda mais uma análise substantiva de questões como efeitos de rede, acesso aos dados e a análise das características destes dados, bem como de eventuais restrições competitivas impulsionadas pela inovação ou pela concentração de *big data*.

A sugestão de mudança dos critérios de análise dos atos de concentração, com a inclusão do fator valor da operação enquanto critério de notificação - defendida pela OCDE e colocada em prática por algumas autoridades de defesa antitruste - possibilita alcançar um racional econômico que muitas vezes a autoridade antitruste tem dificuldade de acessar.

Em negócios jurídicos que envolvem mercados digitais, o *valuation* da operação pode contribuir para a análise antitruste, ao assumir que ninguém, além das próprias partes envolvidas, saberia precificar melhor o seu próprio negócio.⁷⁷

⁷⁶ Maiores informações podem ser encontradas em JETHWA, Nilesh. A to Z list of Google acquisitions and where they ended up within Google. **Data Science Central**. [S.l.], 12 out. 2015. Disponível em: <<https://www.datasciencecentral.com/profiles/blogs/a-to-z-list-of-google-acquisitions-and-where-they-ended-up-within>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁷⁷ Sobre este ponto Juliana Domingues (2019, p. 1) chama atenção para o caso da aquisição do whatsapp pelo Facebook, o qual, após ser aprovado, se tornou ponto de preocupações em razão de suposta violação de proteção de privacidade no caso *Cambridge Analytica* e levou tanto o Congresso americano, quanto o Departamento de Justiça (DoJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC) a abrirem investigações. Além disso, a autoridade antitruste alemã, *Bundeskartellamt*, anunciou restrições à política de processamento de dados do *Facebook*, determinando que os dados de *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp* não podem ser cruzados e que o *Facebook* não pode coletar dados de fora sem consentimento dos usuários. DOMINGUES, Juliana Oliveira. Big techs e o direito antitruste 4.0. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em 24 mai. 2019.

Longe de dar subjetividade à análise antitruste ou de contribuir para a insegurança jurídica dos agentes econômicos, a fixação do valor da operação enquanto critério para a notificação dos atos de concentração pode funcionar como importante contribuição para a realização de uma avaliação criteriosa da dinâmica concorrencial nos mercados digitais, mas demanda uma melhor estruturação da autoridade antitruste brasileira, uma vez que necessariamente alcançaria um número maior de operações do que as que são analisadas atualmente.

3.2 Considerações sobre a Definição de Mercado Relevante

Ainda que não seja o objetivo central da pesquisa, é importante explicar que a definição de mercado relevante é uma metodologia de análise que busca delimitar a dimensão do mercado que está sendo afetado pelas concentrações econômicas. Desta forma, pode-se considerar que a definição do mercado relevante é “essencial para o estabelecimento de uma análise antitruste e, no Brasil, é pressuposto para a incidência da lei antitruste” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 106)⁷⁸.

Desta forma, para que se possa avaliar os efeitos de uma concentração empresarial “preliminarmente averigua-se a real dimensão de mercado que está sendo afetado para se delimitar o universo (material e territorial) sobre a qual se estabelecerá a avaliação antitruste” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 107).

Neste sentido, o mercado relevante pode ser definido segundo uma análise sob duas perspectivas diferentes, quais sejam: “o mercado relevante geográfico e o mercado relevante do produto ou serviço, e em duas dimensões diferentes: a dimensão da oferta e a dimensão da demanda” (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 108).

Nusdeo (2002, p. 29) explica mais detalhadamente o assunto:

O mercado relevante delimita-se pelas suas fronteiras com os demais mercados, sob duas perspectivas principais: (i) a do produto, material ou substancial, considerando que cada bem ou serviço concorre apenas com produtos com os quais guardem alguma similaridade e pelos quais possam ser substituídos, ou seja, universo em que se observe o fenômeno da substitutibilidade, seja pelo lado da oferta como pelo lado da demanda; e (ii) a geográfica, porque apenas podem concorrer com produtos dentro de um espaço geográfico nos limites do qual a atividade da oferta seja economicamente vantajosa e ao qual tenham acesso os mesmo consumidores ou clientes (NUSDEO, 2002, p. 29)

⁷⁸ No mesmo sentido, sobre análise de mercado relevante em redes sociais, veja-se: DOMINGUES, J. O. ; SILVA, B.F.M. Fake News: Um Desafio ao Antitruste?. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, p. 1, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/411>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

Desta forma, a definição do mercado relevante funciona como uma forma de identificar os consumidores e produtores que possam reagir diante das estratégias de preços, quantidades e qualidade dos serviços e produtos das empresas envolvidas nos atos de concentração econômica (BRASIL, 2016, p. 13).

O CADE pode definir os limites do mercado relevante ou deixar a sua definição em aberto, em especial quando houver baixa concentração, considerando as diferentes delimitações geográficas ou de produtos ou serviços (BRASIL, 2016, p. 13).

O Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE (Guia-H) explica que a delimitação de mercado relevante é uma ferramenta útil, mas não seria um “fim em si mesmo”, dado que a análise pode vir a envolver características “que estão fora do mercado relevante pré-definido” (BRASIL, 2016, p. 13).

Herbert Hovenkamp (2012, p. 1), por sua vez, narra o espaço da metodologia de definição dos mercados relevantes no contexto da formação jurisprudencial norte americana:

A política antitruste de concentrações econômicas sofre uma desconexão entre suas preocupações articuladas e as metodologias que emprega. O Supremo Tribunal dos EUA abandonou a análise dos atos de concentração econômica, deixando-nos com decisões antigas que nunca foram rejeitadas, mas cuja abordagem fundamental foi ignorada ou desacreditada. Somente dentro da última geração da literatura da econometria foram desenvolvidas técnicas úteis para estimar o impacto dos preços de concentrações econômicas específicas em mercados diferenciados (HOVENKAMP, 2012, p. 1, tradução nossa).⁷⁹

Desta forma, é possível observar a persistência da discussão sobre a suficiência da metodologia de definição dos mercados relevantes em benefício da aplicação do instrumental antitruste, a qual segue desafiada pelo advento do surgimento e desenvolvimento dos mercados relacionados à economia digital.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade, ao tratar da delimitação de mercado relevante pelo SBDC, afirma:

Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço.[...] Com isso, difere-se um pouco da definição de mercado relevante econômico, que considera todas as firmas, especialmente localizadas e produtoras de bens e serviços substitutos e complementares, que competem entre si, sem delimitá-las pelo grau de proximidade concorrencial. [...] Dito de outra forma, a questão chave explorada na definição do mercado relevante está na pressão competitiva de produtos ou de produtores substitutos, diferenciados por características físicas e espaciais. Na eventualidade de um comportamento anticompetitivo de uma empresa ao obter maior poder de

⁷⁹ Tradução livre do excerto: “Antitrust merger policy suffers from a disconnect between its articulated concerns and the methodologies it employs. The Supreme Court has largely abandoned the field of horizontal merger analysis, leaving us with ancient decisions that have never been overruled but whose fundamental approach has been ignored or discredited. Only within the last generation has econometrics developed useful techniques for estimating the price impact of specific mergers in differentiated markets.”

mercado, as rivais mais próximas (aquelas que estão no mercado relevante) serão aquelas que constrangerão tal iniciativa (CADE, DEE, 2010, p. 3-4)

Desta forma, quanto maior for o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços, oferecidos pelas empresas envolvidas na concentração econômica, maior se torna o mercado relevante, fazendo com que um eventual aumento de preços do potencial monopolista não tenha tanto efeito, uma vez que os concorrentes poderão oferecer produtos similares de forma tempestiva, fazendo com que os consumidores possam migrar o consumo para outros produtos.

Ainda tratando da análise sobre a pressão competitiva de produtos e serviços, é possível observar que a metodologia de definição de mercado relevante é composta principalmente pela ferramenta de análise do teste do monopolista hipotético (TMH)⁸⁰; além da qual o CADE pode utilizar, de forma simultânea ou alternada, a *i.* análise de informações qualitativas⁸¹; *ii.* o uso de informações de preços⁸²; *iii.* a análise do fluxo de mercadorias e consumidores⁸³; *iv.* a definição de raios⁸⁴; e a análise por *v.* métodos quantitativos, como, por exemplo, a análise da perda crítica (ou da elasticidade crítica)⁸⁵.

⁸⁰ Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, o teste do monopolista hipotético “é empregado para auxiliar na definição do Mercado Relevante equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impou um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços (*small but significant and non-transitory increase in price* -SSNIP). O instrumental analítico utilizado envolve a avaliação da reação do consumidor ao hipotético aumento de preços. A partir daí, procura-se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços para a definição do mercado relevante.” BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸¹ Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, a análise de informações qualitativas “é o ponto inicial para qualquer definição de Mercado Relevante de modo a permitir a análise das características dos produtos e sua utilização final para verificação de substitutibilidade funcional. [...] Informações como estudos de mercado sobre desvios de demanda e dados sobre produtos substitutos mais próximos permitem, por exemplo, a elaboração de cenários plausíveis de mercado relevante” BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸² Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, o uso de informações sobre preços “é um fator que influencia a decisão de compra dos consumidores e, portanto, delimitações de mercado relevante” *Ibidem*, p. 19.

⁸³ Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, a análise do fluxo de mercadorias e consumidores “contribui para a identificação geográfica dos mercados. Métodos que permitam a análise desse fluxo possibilitam avaliar, por exemplo, as medidas de penetração de importações no mercado relevante considerado a intensidade das exportações, a fim de mensurar a influência e relação entre regiões e a possibilidade de os mercados serem integrados” *Ibidem*, p. 20.

⁸⁴ Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, a definição de raios é uma “metodologia que pode valer-se de pesquisas de opinião, de cadastro dos clientes nas lojas, da localização de anúncios publicitários, entre outras evidências quantitativas e qualitativas” para definir o mercado relevante. *Ibidem*, p. 20.

⁸⁵ Segundo o Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do Cade, a análise de perda crítica “está relacionada ao teste do monopolista hipotético e representa um dos métodos quantitativos que podem ser aplicados, se possível e necessário, se valendo de informações da demanda e da elasticidade preço da

No mercado de exploração de *big data* a definição de mercado relevante é especialmente desafiadora, uma vez que boa parte dos serviços das plataformas digitais podem ser considerados como plataformas de múltiplos lados, que se utilizam dos efeitos advindos da externalidade de rede para atrair consumidores para os seus produtos e serviços baseados na coleta de dados pessoais, podendo dificultar a definição de mercado relevante e a identificação de todos os lados da plataforma, se o serviço for oferecido sem contrapartida pecuniária e em troca do acesso aos dados pessoais dos usuários (OCDE, 2016a, p. 15).

Quando a definição de mercado relevante passa a considerar as dimensões não relacionadas aos preços dos produtos e serviços oferecidos, surgem as dimensões de análise pela inovação e qualidade.

As teorias do dano⁸⁶ construídas sobre este ponto buscam apresentar a privacidade do consumidor e os padrões de proteção dos dados pessoais eventualmente coletados pelas empresas como um aspecto relacionado à qualidade dos serviços ou produtos oferecidos.

No que diz respeito especialmente aos mercados de exploração de *big data*, a definição de mercado relevante específica neste contexto econômico ajudará a avaliar a estrutura do mercado como um todo e estimar o poder de mercado das empresas (BAGNOLI, 2016, p. 17).

Esta definição ganha ainda mais importância na medida em que fica perceptível que as informações e conhecimentos originados do *Big Data* não estão disponíveis para todos os concorrentes da mesma forma ou na mesma quantidade e qualidade, bem como que a acessibilidade às tecnologias de exploração de *big data* pode significar uma vantagem competitiva para aqueles que as possuem (BAGNOLI, 2016, p. 17).

Para todos os efeitos, o valor da exploração de dados pessoais é justamente a busca pela vantagem competitiva de conhecer qual será o próximo passo do consumidor, aperfeiçoando a análise sobre o seu comportamento de consumo (BAGNOLI, 2016, p. 17).

Sob esta perspectiva, o acúmulo ou a exploração mais invasiva dos dados pessoais dos usuários das plataformas digitais poderia ser utilizada para aperfeiçoar os instrumentos de publicidade direcionada a estes consumidores (OCDE, 2016, p. 18).

demanda para fazer inferências sobre a possibilidade de dois ou mais produtos fazerem parte do mesmo mercado relevante. A análise busca avaliar o quanto as vendas precisam cair de modo a render um aumento percentual de preço que torne o negócio não lucrativo”. Ibidem, p. 20.

⁸⁶ Denomina-se “teoria do dano” a construção argumentativa utilizada para justificar que determinada concentração econômica é prejudicial à dinâmica concorrencial e ao bem-estar dos consumidores em determinado mercado

Ainda segundo a OCDE, (2013b, p. 5), o nível de qualidade que um produto oferece aos consumidores pode ser considerado o parâmetro mais importante na dinâmica concorrencial nos mercados que apresentam produtos e serviços não vinculados ao critério “preço”.

Monteiro (2017, p. 88) afirma que, para verificar a extensão do mercado relevante onde é praticado o “preço zero” será necessário adaptar o TMH e admitir que haveria concorrência nas dimensões de qualidade e inovação.

Desta forma, quando não há contraprestação pecuniária direta pela prestação do serviço, poderia se realizar a análise quantitativa da qualidade desses serviços, utilizando-se, para tanto, um teste que busque medir o efeito de uma pequena, porém significativa e não transitória, redução de qualidade (*small but significant and non-transitory decrease in quality* – SSNDQ) (MONTEIRO, 2017, p. 88).

Por outro lado, a aplicação desta metodologia nas concentrações econômicas enfrenta sérias restrições por parte da literatura antitruste, a ponto de ser considerada complexa e difícil de ser colocada em prática (CANADÁ, 2017, p. 12).

Em que pese a metodologia da definição de mercado relevante já autorizar a autoridade antitruste a proceder a análise qualitativa dos produtos e serviços, e existirem precedentes do Cade⁸⁷ que consideraram que a definição do mercado relevante não é imprescindível (FRAZÃO, 2017, p. 140), o contraponto firmado – no que diz respeito ao mercado de exploração de *big data* - é que esta análise não seria exequível, por ausência de parâmetros claros de mensuração.

Diante disto, Monteiro (2017, p. 88) afirma que uma possibilidade seria analisar as evidências de preferências do consumidor quando há mudanças de qualidade, bem como observar as funcionalidades das plataformas digitais envolvidas na concentração econômica, o que poderia indicar os padrões de substitutibilidade dos produtos ou serviços.

A construção da jurisprudência em torno do tema demonstra uma tendência pela observação da qualidade dos serviços e produtos na definição de mercados relevantes de serviços onde não há cobrança de preços dos usuários finais⁸⁸, principalmente nos mercados de

⁸⁷ Citam-se como exemplos: CADE, Processo Administrativo n. 08012.004472/2000-12, rel^a Conselheira Ana Frazão, Data de Julgamento: 6-3-2013; CADE, Processo Administrativo n. 08012.004039/2001-68, rel^a Conselheira Ana Frazão, Data de Julgamento: 22-5-2013

⁸⁸ É o caso, por exemplo, do ato de concentração entre as empresas Microsoft e Yahoo! (Caso n^o COMP/M.5727), analisado pela Comissão Europeia, a qual indicou que, nesse mercado, a concorrência por consumidores ocorreria na base da qualidade dos resultados das buscas orgânicas (UNIÃO EUROPEIA, 2010). Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019.

prestação de serviços de aplicativo de comunicação entre consumidores⁸⁹, de serviços de publicidade⁹⁰, de rede sociais⁹¹ e redes profissionais⁹².

Cumpra observar também que a jurisprudência do CADE também definiu mercados relevantes onde os serviços são oferecidos sem exigência de contraprestação pecuniária^{93,94}. Em que pese ser possível observar uma postura da autoridade que possa vir a ser condescendente

⁸⁹ É o caso, por exemplo, do ato de concentração entre as empresas Microsoft e Skype (Caso nº COMP/M.6281) analisado pela Comissão Europeia, a qual aprovou a operação sem restrições e definiu os mercados relevantes com base nas diferenças entre os serviços de comunicação em termos de recursos disponíveis e qualidade dos produtos e serviços (UNIÃO EUROPEIA, 2010) Decisão disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019. de maio de 2019.

⁹⁰ É o caso, por exemplo, do ato de concentração entre as empresas Publicis e Ominicom (Caso nº COMP/M.7023), quando a Comissão Europeia observou a exploração do *big data*, enquanto aspecto relacionado à qualidade da prestação do serviço, principalmente considerando as possibilidades de captura e análise de dados pessoais, como um fator chave para o sucesso e desenvolvimento da publicidade segmentada. (UNIÃO EUROPEIA, 2014) Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7023_20140109_20310_3566669_EN.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019.

⁹¹ É o caso, por exemplo, do ato de concentração entre as empresas Facebook e WhatsApp (Caso nº COMP/M.7217) analisado pela Comissão Europeia, a qual considerou os serviços de publicidade online, analisando a concentração de dados pessoais apenas diante da possibilidade de aumento do poder de mercado através do aperfeiçoamento da prestação de serviços de publicidade *online*. O critério de privacidade, por sua vez, não foi considerado como parâmetro de análise do controle antitruste, pela compreensão de que a matéria deveria ser debatida em outro âmbito que não nos órgãos de defesa da concorrência. Decisão disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019.

⁹² É o caso, por exemplo, do ato de concentração entre as empresas Microsoft e LinkedIn (Caso nº COMP/M.8124) analisado pela Comissão Europeia, a qual, ao aprovar a operação, analisou a qualidade dos dados – conexões, padrões de atividade e interação na rede; detalhes profissionais, conexões, interesses e outros – coletados pelas empresas envolvidas na concentração econômica. (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

⁹³ Podem ser citados como exemplos os atos de concentração entre as empresas Microsoft e Skype – Ato de Concentração nº 08012.006188/2011-33 – (BRASIL, 2011) e entre Microsoft e LinkedIn – Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85 (BRASIL, 2016) –, onde o CADE se debruçou sobre a dinâmica concorrencial nos mercados de economia digital. Decisões disponíveis respectivamente em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-aprova-aquisicao-do-skype-pela-microsoft>>. e <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPpV0TKsyDP8WsrPQjXJoGcOhYgsl52DmwMuRFGSzc_3YJmJ_1goflBLKJ-NfIkIVu2Z1KdvNjLSFAaAIVuitoP>. Acesso em 23 mai. 2019.

⁹⁴ Sobre o assunto, Monteiro (2017, p. 89) explica: “Mais recentemente, a jurisprudência do CADE também definiu mercados relevantes onde os serviços são oferecidos a “preço zero” pela plataforma *online*, no caso Google/Double/Click (Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11), o Conselheiro-Relator Fernando Furlan delimitara, na dimensão produto, somente o mercado relevante como o de *ad serving* (soluções tecnológicas para a visualização, acompanhamento e gerenciamento de anúncios de publicidade via *internet*). No caso Microsoft/Skype (Ato de Concentração nº 08012.006188/2011-33), o CADE definiu e analisou, na dimensão produto, o mercado relevante de comunicadores de voz, texto e vídeo para usuário individual, destinados ao consumidor ou *instant messengers*, em função da sobreposição horizontal verificada. No ato de concentração Microsoft/LinkedIn (Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85), a Superintendência Geral do CADE (SG-CADE), entre outros, definiu e avaliou o potencial mercado relevante de serviços de rede social. Em nenhum desses casos, entretanto, foi efetivamente aplicada uma análise qualitativa na definição do mercado relevante, a despeito de essa ser considerada uma variável competitiva pelo CADE.”

com a flexibilização da aplicação das ferramentas de definição de mercado relevante, até o momento não se vislumbrou, na jurisprudência antitruste brasileira, a efetiva aplicação da análise qualitativa na definição do mercado relevante em casos relacionados à exploração de *big data*.

No que diz respeito à definição de mercado relevante pela dimensão produto, o debate se concentra na possibilidade de definir os mercados de exploração de *big data* enquanto mercados separados, se observados sob a dimensão de análise de produto, ainda que esses dados não sejam efetivamente comercializados, mas apenas explorados enquanto insumos nas atividades das empresas de economia digital (HARBOUR, KOSLOV, 2010, p. 773).

As críticas a esta metodologia se justificam afirmando que não seria possível a aplicação deste ferramental analítico no método tradicionalmente utilizado no controle de concentrações econômicas, uma vez que “os dados pessoais utilizados como insumos na prestação de outros serviços ou no fornecimento de outros produtos não podem constituir um mercado, porque este pressupõe que haja um produto ou serviço disponível para clientes” (MONTEIRO, 2017, p. 94).

Como o objetivo final da definição do mercado é clarificar quais produtos e serviços efetivamente se encontram em regime de concorrência direta, como não há comercialização, em tese não haveria um racional para se definir um mercado relevante consistente na exploração de dados pessoais, já que não poderia haver concorrência onde não há comercialização de produtos ou serviços (TUCKER; WELLFORD, 2014, p. 5).

Ainda desenvolvendo outro ponto de vista, Tucker e Wellford (2014, p. 5) explicam que na definição de mercado relevante na dimensão produto, uma análise que subdivide os dados pessoais eventualmente utilizados como insumos de produção ensejaria uma metodologia complexa e menos precisa e previsível, já que poderia aumentar consideravelmente o número de mercados envolvidos na operação.

Por outro lado, Harbour e Koslov (2010, p. 773) afirmam que é necessário considerar a importância e o valor que a captura e análise de dados pessoais propicia aos negócios baseados na economia digital, devendo a metodologia de definição de mercado relevante considerar a exploração de *big data* tanto no aspecto da qualidade - analisando a relação que a privacidade do consumidor teria com os níveis de qualidade da prestação dos produtos e serviços- bem como realizando a definição de *big data* sob a dimensão produto, proposta esta que seria consistente com a realidade de mercado de exploração de dados pessoais.

Ainda sob esta perspectiva, a análise do mercado de *big data* subdividido e diferenciados enquanto insumos causaria impactos na análise antitruste, uma vez que também exigiria a construção de teorias do dano relacionadas ao exame de outros usos potenciais dos dados pessoais (HARBOUR; KOSLOV, 2010, p. 773).

De forma mais aprofundada, e tratando especificamente do mercado de *big data*, Bagnoli (2016, p. 1) assume a necessidade de analisar o mercado de *big data* sob a dimensão produto e observa o processo de geração de valor do *big data* - que começa com a captura dos dados pessoais e termina com o uso da informação gerada por aqueles dados - com o fim principal de aperfeiçoar a definição de mercado relevante relacionado às atividades econômicas de exploração do *big data*. Nas palavras do autor:

[...] Na economia digital, os dados pessoais são um tremendo ativo intangível e a moeda normalmente usada para acessar os serviços online. Aparentemente, os consumidores não precisam pagar por esses serviços *on-line*, mas a verdade é que não há "almoço grátis" e o pagamento são os dados pessoais entregues. Além disso, mesmo que um consumidor deseje pagar por um serviço *online*, ele o faria sem prejuízo de ter que entregar os seus dados pessoais, considerando que, na maioria das vezes, não é possível deixar de aceitar os termos e condições impostos pelas empresas, para que se possa ter acesso aos serviços e produtos fornecidos (BAGNOLI, 2016, p. 1, tradução nossa)⁹⁵

Desta forma, Bagnoli (2016, p. 20) considera as características dos efeitos de rede – presentes na economia digital como um todo – para caracterizar os dados pessoais como ativos que podem ser compreendidos sob a perspectiva do consumidor – diante da qual a eventual recusa do consumidor em aceitar os termos e condições impostas pode resultar em ausência de acesso aos produtos e serviços - e sob a perspectiva das empresas – onde as concentrações econômicas poderiam ensejar preocupações especialmente no que diz respeito à dinâmica concorrencial e exacerbação de poder de mercado através da exploração de *big data*.

Considerando o acesso às bases de dados como uma vantagem competitiva no mercado, a estrutura do mercado relevante de *big data* é apresentada em uma segmentação em

⁹⁵ Tradução livre do trecho: “The reality is that in the digital economy, personal data is a tremendous intangible asset and the currency normally used to access online services. Apparently consumers do not need to pay for those online services, but the truth is that there is no “free lunch” and the payment is the personal data delivered. Moreover, even if a consumer wished to pay with financial resources for a service in spite of delivering personal data, at most of the time it is not possible and consumers do need to accept the terms and conditions imposed by a company, otherwise the consumer will have the access to those services denied”

três partes, conforme as diferentes funções das empresas que atuam neste mercado: *i.* Captura de dados⁹⁶; *ii.* Armazenamento de dados⁹⁷ e *iii.* Análise de dados⁹⁸ (BAGNOLI, 2016, p. 26).

A partir dos segmentos apresentados acima, o mercado de exploração de *big data* foi subdividido em 5 estágios de geração de valor. Inicialmente depreende-se que a geração de dados pessoais poderia se dar através da utilização dos serviços ou produtos digitais pelos consumidores (BAGNOLI, 2016, p. 30).

A captura de dados pessoais poderia se dar através do oferecimento dos serviços de telefonia celular, *blogs*, programas de fidelidade; aplicativos, fotografias ou até sensores físicos de presença, por exemplo (BAGNOLI, 2016, p. 30).

Já o armazenamento de dados pessoais poderia se dar através da manutenção dos dados pelas companhias telefônicas, pelas agências governamentais, redes sociais, lojas revendedoras de produtos ou provedores de serviços médicos (BAGNOLI, 2016, p. 30).

A análise dos dados pessoais, por sua vez, se daria através da atuação dos provedores de serviços e produtos digitais, da administração pública, instituições financeiras, companhias de seguro; agências de marketing, sem falar das empresas que comercializam dados e prestam serviços de análise de dados (BAGNOLI, 2016, p. 30).

Por fim, a utilização da informação extraída da análise dos dados pessoais poderia se dar tanto pelo consumidor final quanto pelas empresas ou pela administração pública (BAGNOLI, 2016, p. 30).

A figura abaixo apresenta, em língua inglesa e de forma estruturada, a organização da metodologia para definição de mercado relevante que foi oferecida:

⁹⁶ O autor denomina originalmente como “*Big Data capture*” e afirma que esta fase também pode ser denominada como coleta, acesso ou aquisição de dados, e significa, basicamente, o registro dos dados em um sistema de informações. Cf. Bagnoli, 2016, p. 26.

⁹⁷ O autor denomina originalmente como “*Big Data storage*” e afirma que esta fase corresponde ao armazenamento dos dados coletados, os quais serão acumulados, agregados, organizados e armazenados em conjuntos de dados para uso posterior. Cf. Bagnoli, 2016, p. 27.

⁹⁸ O autor denomina originalmente como “*Big Data analytics*” e afirma que esta fase corresponde à análise de dados coletados e que foram armazenados em conjuntos de dados e combinados com outras informações, com o objetivo principal de mostrar tendências para a análise e desenvolvimento de perfis, registros e tendências de mercado e de consumo.

Figura 4 - Estrutura do mercado relevante de big data

Data Generation (Big Data generation)	Data Capture (Big Data capture)	Data Storage (Big Data storage)	Data Analysis (Big Data analytics)	Use of Data (Big Data utilization)
start	1 st stage	2 nd stage	3 rd stage	end
√ structured data	√ cell	√ phone	√ retailers	√ companies
√ semi structured data	√ blogs	√ companies	√ service providers	√ governments
√ unstructured data	√ loyalty programs	√ government agencies	√ public administration	√ public agencies
√ scientific research	√ applications	√ social networks	√ financial institutions	√ final consumer
√ personal data	√ sensors	√ medical services	√ health insurance companies	
		√ retailers	√ marketing companies	
		√ service providers	√ data analytics	
			√ data brokers	

(Fonte: BAGNOLI, 2016, p. 30)⁹⁹

Em que pese a definição apresentada não ter sido utilizada em concentrações econômicas submetidas até o momento, é possível observar que a proposta proporciona uma avaliação mais exata da estrutura do mercado de exploração de *big data* e das estimativas de poder de mercado das empresas.

Por este motivo, os critérios para a definição do mercado relevante, na sua dimensão produto ora apresentada, será considerada para fins da presente pesquisa, a metodologia mais próxima do que poderia ser uma contribuição para a atualização dos instrumentos antitruste para captar a dinâmica concorrencial do mercado de exploração de *big data*.

Ademais, é possível concluir ainda que a dimensão da qualidade dos serviços e produtos oferecidos na esfera digital, apesar da dificuldade prática na sua mensuração, deve ser considerada pelo controle antitruste de concentrações econômicas.

Mesmo considerando que a discussão sobre a inclusão da dimensão da privacidade do consumidor e da proteção dos dados pessoais sofre certa limitação – uma vez que os objetivos do direito da concorrência, do direito do consumidor e da legislação da proteção de dados pessoais apresentam objetivos distintos - a política de concorrência, em especial no controle de concentrações econômicas, deve ser suficientemente flexível para permitir uma análise antitruste sob a perspectiva da privacidade do consumidor e da proteção de dados

⁹⁹ BAGNOLI, Vicente, The Big Data Relevant Market. **Revista Concorrência e Mercado**, v.23/2016. Novembro de 2016. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3064792>>. Acesso em 23 mai. 2019.

peçoais – ainda que sob a dimensão da análise da qualidade dos serviços e produtos oferecidos pelas empresas.

3.3 Probabilidade de exercício de poder de mercado

Considerando as análises adotadas pelas autoridades, a avaliação de poder de mercado sobre os ambientes de exploração de *big data* são particularmente desafiadoras, uma vez que a maioria dos modelos de negócio não apresenta a dimensão de preço como o principal fator preponderante de escolha ou de preocupação do consumidor.

Neste sentido, a análise das barreiras à entrada, da rivalidade e das eficiências se faz necessária para endereçar as especificidades dos mercados digitais.

3.3.1 Análise sob o aspecto das barreiras à entrada

Analisando os critérios que configuram barreiras à entrada na dinâmica concorrencial, Juliana Domingues e Eduardo Gaban (2016, p. 116) indicam como barreira à entrada “qualquer fator em um mercado que deixe um potencial competidor (entrante) eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos”.

Nesta medida observa-se que há dois tipos de barreiras à entrada, subdivididas entre barreiras naturais e barreiras artificiais. Enquanto as primeiras são “decorrentes da própria formação ou estrutura do mercado e da dimensão de seus participantes” (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 117), as segundas são aquelas “criadas por comportamentos ou omissões dos agentes econômicos, objetivando preservar uma posição de privilégio no mercado” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 165).

Na prática antitruste brasileira, a análise sob a perspectiva de entrada das concorrentes e, eventualmente sobre as barreiras colocadas diante deste movimento, depende da avaliação de elementos como *i.* existência de custos irrecuperáveis¹⁰⁰; *ii.* exigências legais e regulatórias¹⁰¹; *iii.* vantagens exclusivas de determinadas empresas¹⁰²; *iv.* economias de escala

¹⁰⁰ Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE a existência de custos irrecuperáveis são “aqueles que não podem ser reavidos quando a empresa decide sair do mercado” (BRASIL, 2016, p. 28)

¹⁰¹ Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE afirma que as exigências legais e regulatórias são aquelas “criadas pelo governo ou por agências reguladoras, e definem requisitos mínimos para a instalação e funcionamento de uma empresa” (BRASIL, 2016, p. 28)

¹⁰² Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE as vantagens exclusivas de determinadas empresas são caracterizadas como “a propriedade, o acesso exclusivo ou o acesso condicionado a qualquer insumo de produção com oferta restrita ou inelástica a preços pré-concentração” (BRASIL, 2016, p. 28)

e escopo¹⁰³; v. fidelidade de consumidores¹⁰⁴ e o vi. nível de integração da cadeia produtiva analisada¹⁰⁵ (BRASIL, 2016, p. 28-29).

O próximo ponto de análise é a verificação sobre a probabilidade de entrada de novo concorrente; se esta potencial entrada pode ocorrer dentro do prazo de dois anos - e ser considerada tempestiva - bem como observar se um novo entrante pode inibir a diminuição da concorrência em um cenário posterior à concentração econômica (BRASIL, 2016, p. 31-33).

Ana Frazão (2017, p. 152), observando o desenvolvimento do padrão de análise de entradas oferecido pela Escola de Chicago, afirma que “ a decisão dos agentes econômicos é muito mais complexa do que supunham os economistas de Chicago” de modo que a “análise de entradas não pode mais se basear em uma idealização feita a partir de pressupostos neoclássicos”.

Estes pressupostos neoclássicos a respeito das barreiras à entrada também são contestados pelo surgimento do mercado de exploração de *big data*. O acesso aos dados, se considerados enquanto insumo necessário ao desenvolvimento dos mercados digitais, pode servir como uma barreira significativa à entrada de novos concorrentes ou à expansão de concorrentes já estabelecidos (CANADA, 2017, p. 15).

O acesso e o controle sobre dados que possam servir como insumo para a geração de valor podem conferir poder de mercado aos seus detentores. Custos de portabilidade de dados ou advindos de contratos restritivos podem fortalecer ainda mais o abuso de posição dominante de determinado concorrente (CANADA, 2017, p. 15).

Devem ser considerados ainda enquanto barreiras à entrada os efeitos próprios de serviços oferecidos em rede, como é o caso dos negócios que envolvem mídias sociais, cuja característica facilita a manutenção de uma alta participação de mercado por poucos concorrentes. Os efeitos de rede devem ser mensurados levando em consideração ainda um eventual aumento na qualidade dos serviços prestados aos consumidores finais, o que não necessariamente influencia positivamente a questão das barreiras à entrada dos concorrentes entrantes (CANADA, 2017, p. 15).

¹⁰³ Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE afirma que as economias de escala e escopo “o influenciam as condições de entrada, pois afetam as escalas mínimas eficientes, o aumento nos custos associados a escalas sub-ótimas e o posicionamento da entrante nos mercados de produtos em que as incumbentes atuam” (BRASIL, 2016, p. 28)

¹⁰⁴ Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE afirma que a fidelidade de consumidores “tende a ser maior em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são importantes para a competição” (BRASIL, 2016, p. 28)

¹⁰⁵ Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE o nível de integração da cadeia produtiva analisada “pode aumentar os custos irrecuperáveis das entrantes potenciais ou exigir entrada em dois mercados ao mesmo tempo” (BRASIL, 2016, p. 28)

Sokol e Comerford (2016, p. 1136 e 1149) entendem que os mercados de exploração de dados devem ser caracterizados como mercados com baixas barreiras à entrada, na medida em que os usuários podem mudar de serviço ou produto simplesmente devido a uma inovação que venha a lhe interessar, independentemente da existência do efeito de rede.

Stucke e Grunes (2016, p.160) argumentam que as autoridades antitruste não devem focar a análise nas barreiras à entrada advindas dos efeitos de rede, se a análise estiver atenta às barreiras tradicionais no que diz respeito ao acesso aos dados.

A autoridade antitruste alemã, em pesquisa conjunta com a autoridade antitruste francesa, apresenta a atividade de coleta de dados como principal ponto de atenção no que diz respeito à criação de barreiras à entrada, na medida em que os concorrentes entrantes não conseguiriam coletar ou comprar a mesma quantidade e tipos de dados, em termos de volume ou variedade (ALEMANHA; FRANÇA, 2016, p. 11).

Com outro ponto de vista, Catherine Tucker (2016, p. 1) entende que o *big data* tem vantagens fáceis de copiar e não se mantêm produzindo valor de forma constante e duradoura. Neste sentido afirma que o *big data* “não atende aos quatro critérios tradicionais para ser uma barreira à entrada ou uma fonte de vantagem competitiva sustentável (inimitabilidade, raridade, valor e não substituibilidade)”.

Da mesma forma, Manne e Sperry (2015, p. 1) argumentam que a exploração de dados não seria uma novidade particular ao mercado de economia digital e que o sucesso de determinado negócio não estaria ligado à quantidade de dados que a empresa possui, mas sim ao mecanismo de coleta destes dados e como a empresa explora esses dados para desenhar seus produtos e serviços. Estressando o argumento, apresentam as barreiras à entrada e os custos de portabilidade de serviços como baixos o suficiente para permitir que entrantes surjam com alguma frequência.

Como é possível depreender, as discussões mostram que não há uma única resposta aplicável a toda e qualquer concentração econômica. Deste modo, a exploração de *big data* poderia ser ou não uma vantagem competitiva relevante e possibilitar o exercício de poder de mercado, a depender de como se exploram esses dados e considerando as especificidades de cada mercado.

Como já observado no capítulo anterior desta pesquisa, as barreiras à entrada estão intimamente ligadas à teoria da *essential facility* a qual vincula os dados a uma situação de dependência entre empresas concorrentes. É necessário ter em conta que nos Estados Unidos, não há base legal para que a agência antitruste exija o compartilhamento forçado de uma empresa que controle dados relevantes; nunca tenha vendido esses dados, não tenha nenhuma

obrigação legal ou contratual de dar aos concorrentes esses dados e tenha uma razão legítima para se recusar a negociar o acesso a estes dados, sendo que a *essential facility* teria sido melhor desenvolvida na União Européia (SIVINSKI; OKULIAR; KJOLBYE, 2017, p. 225).

No contexto brasileiro, é possível observar que a aplicação da teoria da *essential facility* é utilizada principalmente na atividade de repressão às condutas anticompetitivas¹⁰⁶. De modo geral, observa-se que este instrumento de análise tem sido utilizado com ponderação no Brasil, com extensa análise dos requisitos autorizadores, autorizando o CADE a intervir evitando a monopolização e possibilitando o acesso dos concorrentes à estrutura essencial (FARIA, 2014, p. 97)¹⁰⁷.

Considerando a discussão exposta, é necessário ter em conta que o *big data* se tornou uma valiosa fonte de geração de valor na economia digital. O mercado de análise de dados desenvolveu ferramentas para expandir o conhecimento e eficiência no uso desta *commodity*, aumentando sensivelmente o bem-estar dos consumidores dos produtos e serviços relacionados aos dados (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 381).

Neste sentido, é importante tratar das barreiras à entrada no mercado de exploração de *big data* de uma forma mais específica, considerando a influência na cadeia de geração de valor através dos dados, como já foi exposto nesta pesquisa anteriormente¹⁰⁸. As barreiras podem ser identificadas enquanto barreiras tecnológicas, legais e comportamentais (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 350).

Tratando do mercado de coleta de dados é necessário ter em conta que quando a alternativa de coleta de dados não se mostra financeiramente inviável, não é possível se falar em barreiras à entrada neste mercado (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 351).

Podem ser apontados como barreiras à entrada com características tecnológicas a eventual criação de exclusividade dos pontos de acesso aos dados¹⁰⁹ bem como a temporalidade e a velocidade¹¹⁰ pela qual se acessa os dados, o que pode trazer alguma diminuição na dinâmica concorrencial no mercado, na medida em que as empresas não conseguiriam atingir um estágio

¹⁰⁶ Podem ser mencionados como exemplos os seguintes casos: Processo Administrativo n. 08012.002706/2009-25. Cons. Rel.: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Representada: Servan Anestesiologia e Tratamento de Dor de Campo Grande; Processo Administrativo n. 08012.005930/2009-79. Cons. Rel.: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Representada: Asahi Glass Co. Ltda e outros;

¹⁰⁷ Sobre a discussão a respeito dos mercados de exploração de *big data*, até o momento não se tem notícia da autoridade ter aplicado diretamente a teoria em nenhum caso em concreto.

¹⁰⁸ Conforme capítulo 2.1 desta pesquisa

¹⁰⁹ Um exemplo desta situação é observado em países em desenvolvimento onde o acesso à internet se dá prioritariamente através de celulares, criando uma barreira – ou ao menos um déficit - aos demais pontos de acesso como computadores pessoais

¹¹⁰ Um exemplo desta situação é a utilização de *nowcasting*, onde as empresas utilizam o tratamento de dados em velocidade para capturar tendências de mercado e de consumo

que autorize a contestação de eventual poder de mercado já previamente constituído (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 351).

No mesmo sentido, as barreiras tecnológicas do lado da oferta podem surgir se as concorrentes já estabelecidas obtiverem substanciais economias de escala ou escopo por meio de investimentos parcial ou totalmente irrecuperáveis (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 352). Já no lado da demanda, as barreiras à entrada se relacionam aos benefícios que os indivíduos recebem se estiverem ligados a outros indivíduos, como acontece na dinâmica das redes sociais, por exemplo, clarificando os efeitos de rede na dinâmica concorrencial deste mercado (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 355).

As barreiras à entrada se relacionam também aos mercados de múltiplos lados, na medida em que a concorrência se dá pela atenção do usuário, fazendo com que as plataformas tenham uma vantagem competitiva ao poder coletar os dados sobre as ações dos usuários que registram as suas preferências (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 358).

No que diz respeito às barreiras legais, é possível mencionar a criação de barreiras através da aplicação das leis de proteção de dados pessoais bem como a estrutura de propriedade dos dados, o que pode vir a limitar a captura e exploração destes dados pelas empresas constantes do mercado, se configurando como potencial barreira à entrada (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 360-361).

Já quando observamos as barreiras à entrada advindas de eventuais comportamentos dos concorrentes, é possível mencionar como situações de potencial conflito concorrencial, a exclusividade de acesso através da celebração de contratos, bem como a diferenciação das condições e preços para que se realize o acesso aos dados (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 362).

No que diz respeito ao mercado de armazenamento de dados, é possível apontar os custos de mudança e portabilidade dos dados enquanto situação que suscita maior possibilidade de criação de barreiras à entrada no mercado de exploração de dados (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 364).

Quando se avança para o mercado de análise de dados, é possível observar que as barreiras à entrada residem primordialmente na compatibilidade e possibilidade de interoperabilidade entre os dados, bem como no acesso aos algoritmos usados para analisar esses dados, os quais podem ser objeto de limitação concorrencial (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 365).

Por fim, quando se trata da efetiva utilização dos dados, também é possível observar que podem existir barreiras tecnológicas, relacionadas à incapacidade, por parte de determinado

concorrente, de localizar e alcançar consumidores relevantes através da utilização dos dados disponibilizados em uma dinâmica concorrencial.

Há ainda a barreira comportamental, caracterizada pelas limitações contratuais que podem ser enfrentadas por determinado concorrente que eventualmente realiza a coleta de dados mas que, por motivação contratual, não pode utilizá-los para determinadas finalidades (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 366).

Diante da análise acima realizada, é possível reiterar que barreiras à entrada, de diversas ordens, podem vir a existir durante a geração de valor, nos mercados de exploração de *big data*. Diante disto, a autoridade antitruste deve estar atenta aos resultados que a combinação de bases de dados pode provocar nas estruturas de mercados digitais após concentrações econômicas, aperfeiçoando o seu instrumental de análise, buscando captar de forma precisa e eficiente os problemas ora apontados.

3.3.2 Análise sob a ótica da rivalidade

No que diz respeito ao critério de rivalidade no mercado de exploração de *big data*, analisa-se como a concentração econômica pode ser contestada por uma pressão competitiva, onde os concorrentes eventualmente contestariam as eventuais posições de dominância das empresas envolvidas em uma concentração.

O Guia de Análise de atos de Concentração Horizontal do CADE entende que a autoridade antitruste deve observar essencialmente a efetividade da rivalidade diante do mercado em que a concentração econômica está inserida. Desta forma, entende a rivalidade efetiva como “provável em contextos em que empresas estabelecidas tenderiam a adotar estratégias agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado da empresa resultante da operação” (BRASIL, 2016, p. 33).

No mesmo sentido, Juliana Domingues e Eduardo Gaban (2016, p. 119) entendem que “se houver concorrentes que possam fazer frente [...] a um aumento significativo e não transitório de preços por parte dos agentes econômicos envolvidos no caso analisado, entende-se que não haverá necessidade de uma intervenção antitruste”.

Tratando da probabilidade de exercício de poder de mercado, Ana Frazão (2017, p. 149) demonstra a relevância do nexos causal para fins de análise da concentração econômica, neste sentido, afirma que

Um dado muito importante desta etapa é o nexos causal, ou seja, a verificação de que a probabilidade do exercício de poder de mercado decorre efetivamente da operação. Se as preocupações decorrerem de motivos preexistentes, não há que se cogitar propriamente de criação ou reforço de posição dominante.

Especificamente sobre rivalidade e probabilidade de entrada de um novo concorrente:

A avaliação de entradas destaca a importância da concorrência potencial, verificando a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda, em tempo razoável, caso os participantes do ato de concentração resolvessem aumentar abusivamente os preços. Assim, devem ser analisados, dentre outros: (i) os custos irrecuperáveis do investimento; (ii) o grau de integração da cadeia produtiva; (iii) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; (iv) a existência de barreiras legais ou regulatória; (v) as situações de aprisionamento de consumidores (*lock in*) e os custos de migração por parte deles (*switching costs*); (vi) a existência de relações de exclusividade; (vii) a possibilidade de a operação gerar economias de escala sem rivalidade e com ameaças de retaliação; (viii) a escala mínima viável e as oportunidades de vendas de determinado mercado; e (ix) a questão da compatibilidade tecnológica, especialmente em mercados que envolvem alta tecnologia e redes contratuais ou *networks*. (FRAZÃO, 2017, p. 149-150)

Construída a base conceitual sobre os parâmetros de análise de rivalidade na dinâmica concorrencial, se faz necessário passar a tratar especificamente do mercado de exploração de *big data*.

Há uma discussão importante a respeito do critério de rivalidade do mercado de exploração de *big data* que é a característica de não rivalidade e exclusividade que os dados detêm. Se por um lado, os dados podem ser considerados não rivais, assumindo que outro concorrente pode explorar aquele mesmo dado sem impossibilitar o uso por terceiros, o mesmo não se pode falar do critério de exclusividade.

Sokol e Comerford (2016, p. 1136) argumentam que o critério de não-exclusividade se aplicaria ao *big data*, uma vez que estes seriam “onipresentes, baratos, fáceis de coletar”.

Por outro lado, é possível observar que os dados podem se tornar exclusivos, na medida em que concorrentes podem ser legalmente excluídos do acesso aos dados. Considerando que para obter determinado tipo de dado uma empresa precisa construir uma base de clientes suficientemente grande, é possível afirmar que existem barreiras econômicas que bloqueiam o acesso dos concorrentes aos dados, bem como características voltadas aos efeitos de rede e economias de escala (ALEMANHA; FRANÇA, 2016, p. 38).

Além disso, tratando da exploração dos dados pessoais, é possível observar que estes ativos são resguardados por leis específicas que regulamentam o tratamento destes dados, significando limitações às possibilidades de uso e venda destes dados por terceiros (TIL;GORP;PRICE, 2017, p. 20).

Além destas características, é necessário mencionar ainda o alto grau de substitutibilidade dos dados explorados, na medida em que os negócios que exploram *big data*

tendem a ser distintos entre si, fazendo com que determinados dados sejam mais úteis para uns concorrentes do que para outros (TÖRNGREN, 2017, p. 32).

Neste mesmo sentido, concorrentes entrantes terão a tendência de atuar em nichos determinados, buscando oferecer serviços e produtos específicos para os seus consumidores e buscar a concorrência através da exploração de dados (TÖRNGREN, 2017, p. 32).

Por fim, é possível mencionar ainda a análise de rivalidade através do valor dos dados, os quais normalmente têm um período de vida limitado, oferecendo uma vantagem competitiva temporária, onde os concorrentes entrantes não são necessariamente prejudicados no que diz respeito à coleta e análise de dados (TÖRNGREN, 2017, p. 33).

Considerando os pressupostos aqui expostos, é possível afirmar que a rivalidade no mercado de exploração de *big data* deve ser pensada através de três vertentes de atuação concorrencial, quais sejam, a exploração de dados através do oferecimento dos serviços gratuitos, dos serviços remunerados e naqueles negócios onde os dados funcionam como um verdadeiro insumo de produção.

As preocupações em matéria de rivalidade na análise concorrencial nos mercados de exploração de *big data*, no contexto de concentrações econômicas, constituem indicativos da possibilidade de aumento de poder de mercado, principalmente através da criação de barreiras à entrada, que podem assumir a forma de vantagens legais, vantagens técnicas e vantagens decorrentes da própria posição do concorrente detentor do maior poder de mercado.

3.3.3 Análise sob a ótica das eficiências econômicas

Quando se analisa as eficiências de uma concentração econômica, basicamente se observa de que forma a operação pode trazer redução de custos, desenvolvimento de novas tecnologias, incremento de produtividade ou competitividade para as partes envolvidas, ou ainda aumento do bem-estar do consumidor, que usufrui da melhoria na qualidade de bens e serviços envolvidos nos negócios que estão se concentrando.

Neste sentido, Juliana O. Domingues e Eduardo M. Gaban (2016, p. 120) afirmam:

As eficiências econômicas podem ser entendidas, de modo geral, como o ganho de bem-estar econômico decorrente do ato de concentração empresarial que, de outro modo, não poderia ser gerado à sociedade. Se o incremento de bem-estar econômico puder ser obtido, em um período inferior a dois anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência que a concentração empresarial, o SBDC tende a não considerá-lo como eficiência econômica decorrente da operação empresarial.

A lei de defesa da concorrência, por sua vez, demonstra, pela interpretação do Art. 88, § 6º, que a aprovação de uma concentração econômica exige o cumprimento de alguns dos objetivos, como o aumento de produtividade ou competitividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou o aumento da eficiência e desenvolvimento tecnológico (BRASIL, 2011).

Desta forma, para que uma operação possa ser aprovada pela autoridade antitruste, ela necessita demonstrar um mínimo de racionalidade econômica e eficiências que justifiquem a necessidade da concentração econômica.

Ao transportamos esse racional para uma operação que envolve a concentração de dados pessoais, a submissão da operação deve passar a endereçar as preocupações quanto à efetiva eficiência advinda de uma concentração econômica no mercado de dados.

Na economia digital, a quantidade de dados capturados pelas empresas se tornou, em verdade, mais um parâmetro de sucesso, além dos níveis financeiros e padrões operacionais das empresas. Ou seja, quanto mais disseminado o serviço ou produto digital de uma determinada empresa (rede social; ferramenta de busca ou outras redes de interação), maior a sua participação de mercado e mais dados pessoais poderão ser captados através da prestação do seu serviço ou comercialização dos produtos.

Deve-se considerar ainda o fator de economia de rede para observar que, no mercado que envolve dados, é possível que ocorra o fenômeno "*the first takes all*"¹¹¹ de modo que uma concorrência acirrada não seria esperada, diante da possibilidade de sedimentação de poucos e grandes *players* no mercado.

Como critérios que poderiam ser avaliados enquanto eficiências trazidas por uma eventual concentração no mercado de dados, é possível argumentar, por exemplo, que uma concentração econômica poderia proporcionar um (i) aumento da produtividade da empresa pela exploração da nova base de dados; (ii) uma melhoria na qualidade dos produtos oferecidos, através do aperfeiçoamento sobre os interesses do consumidor final, o que envolveria, inclusive, o repasse das eficiências a estes consumidores; (iii) aumento de eficiência, ao dar uma perspectiva de maior escala ao fornecimento de produtos e serviços no mercado digital; e, por fim, (iv) o próprio oferecimento do serviço sem oneração do consumidor¹¹² podendo ser apresentado como eficiência concorrencial, ao ponto de autorizar uma concentração econômica.

¹¹¹ Faz-se referência aqui a possibilidade de uma empresa deter grande parte da participação em determinado mercado, ao desenvolver produtos e serviços que possam suprir as demandas dos consumidores, sem ter uma possibilidade de substituição por outro concorrente muito clara ou provável.

¹¹² Pode ser citada como exemplo a prática do *zero rating*, pelas operadoras de telecomunicação e por algumas empresas de tecnologia

O principal argumento contrafactual a respeito das eficiências acima exemplificadas seria a dificuldade de quantificação, assim como a análise sobre a efetiva finalidade da utilização dos dados em uma configuração pós-operação. Ou seja, além de ser difícil a quantificação econômica destas eficiências, são grandes as chances de desvirtuamento dos fins para os quais determinados dados pessoais foram colhidos, sem a devida autorização dos seus titulares.

Neste sentido, Inge Graef, Damian Clifford e Peggy Valcke detalham esta preocupação:

As fusões que dão origem a eficiências baseadas em dados podem ser incompatíveis com a lei de proteção de dados, desde que estejam envolvidos dados pessoais. Embora a integração ou combinação de dados de entidades anteriormente separadas possa ser benéfica do ponto de vista da eficiência econômica, é provável que surja um problema de proteção de dados, porque, por exemplo, os dados pessoais são processados para um propósito diferente do original. Em tal situação, o novo propósito deve ser especificado e uma base legítima para as novas atividades de processamento deve ser encontrada. (GRAEF; CLIFFORD; VALCKE, 2018, p. 222-223, tradução nossa)¹¹³

Uma outra dificuldade de argumentar pela existência de eficiências próprias aos atos de concentração econômica e que estejam vinculadas, de alguma forma, à concentração de dados pessoais, seria a barreira do consentimento do titular destes dados, enquanto uma externalidade negativa, e a comprovação de vinculação específica entre determinada eficiência econômica e a concentração econômica.

Imaginemos uma concentração econômica entre empresas que detêm vastas bases de dados pessoais e geram valor justamente com base nestas informações¹¹⁴. Uma possível eficiência a ser apresentada seria a sinergia advinda da junção destas informações, com o fim de criar uma nova tecnologia ou proporcionar a melhoria nos produtos e serviços oferecidos. Entretanto, para que esse argumento possa, de fato, ser levado em consideração enquanto eficiência própria da operação, deve restar evidenciada a efetiva possibilidade de utilização dos dados pelas partes da concentração, devendo ainda restarem comprovados os consentimentos

¹¹³ Tradução livre do excerto: “Mergers giving rise to data-driven efficiencies may be incompatible with data protection law as such if personal data is involved. Although the integration or combination of data from previously separate entities can be beneficial from the perspective of economic efficiency, it is likely to raise data protection issues because, for instance, personal data is further processed for a purpose different than the original one. In such a situation, the new purpose must be specified and a legitimate basis for the new processing activities must be found.”

¹¹⁴ Neste sentido, consultar o caso da aquisição da Reuters pela Thomson, analisado pela European Commission em 2008. EUROPEAN COMMISSION. Mergers: Commission clears acquisition of Reuters by Thomson subject to conditions. **European Commission Press Release Database**. Brussels, 19 feb. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-260_en.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019

dos titulares dos dados para que estes possam ser utilizados pelo novo agente em uma eventual pós-operação.

A vinculação específica entre a eficiência e a concentração é outro ponto de extrema importância, visto que esta relação de causa e efeito precisa ser específica e vinculada à concentração de dados proporcionada pela operação. Neste sentido, são grandes as dificuldades na demonstração de que tais eficiências seriam específicas e que eventualmente não poderiam ser alcançadas por outros meios menos gravosos.

Observando o contexto brasileiro, é necessário ter em conta que a autoridade antitruste precisa se preparar para enfrentar argumentos de eficiência baseados em dados, nas futuras operações de concentração econômica. É importante ter em conta também que o próprio Cade, em 2016, contribuiu para aclarar os critérios de análise para Atos de Concentração Horizontal¹¹⁵, ora denominado Guia – H, (BRASIL, 2016), trazendo os aspectos de análise de eficiência que são utilizados atualmente.

Sobre estes aspectos, passamos a fazer análise detalhada e relacioná-los com as concentrações de dados. Tratando do primeiro critério para considerar as eficiências geradas por determinada operação, temos a análise dos benefícios prováveis e verificáveis, sobre este ponto, o Guia (BRASIL, 2016, p. 44) clarifica que:

Nos casos em que há risco relevante de danos ao mercado, deve-se afastar qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável, sob pena de se subestimar, equivocadamente, efeitos negativos severos aos consumidores e à coletividade em geral.

Ao transportarmos esta preocupação para a discussão sobre concentração de dados, a maior dificuldade em analisar alguma eficiência neste ponto reside justamente na possibilidade de demonstrar um benefício concreto e provável originado pela concentração de dados. Pelo contrário, a expectativa natural é de que persistam efeitos negativos à privacidade dos consumidores e à coletividade, seja por conta de eventual degradação de qualidade dos produtos e serviços, seja por conta de eventual aumento de poder de mercado advindo de uma concentração conglomerada, por exemplo.

Tratando do critério de bem-estar do consumidor, conforme o Guia (BRASIL, 2016, p. 45):

Para que uma eficiência seja contabilizada no sentido de compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo, não basta que gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas

¹¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

empresas fusionadas. [...] Sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos, a LDC, no art. 88, § 6º, II, coloca como condição para aprovação de um AC, com base em eficiências específicas do AC, que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores.

Sob a perspectiva da concentração econômica no mercado de dados, o bem-estar do consumidor tem alguma facilidade em ser demonstrado pelos interessados se as concentrações econômicas neste mercado se relacionarem com a criação de novas tecnologias e inovação no fornecimento de produtos e serviços voltados ao consumidor final.

Como boa parte dos serviços mais relevantes dos mercados digitais são oferecidos sem contrapartida pecuniária - em verdade o pagamento se dá por meio do acesso aos dados pessoais - o critério de eficiência relacionado ao bem-estar do consumidor tem o risco de vir a ter seu foco desviado, se a análise se focar exclusivamente no critério de preço. Desta forma, a sugestão que pode se dar sobre este ponto é que a autoridade antitruste passe também a considerar os efeitos “não-preço” conforme já restou demonstrado nesta pesquisa anteriormente.

Analisando a exigência de demonstração das eficiências específicas das concentrações no mercado de dados, o Guia (BRASIL, 2016, p. 46) explicita:

Consideram-se “eficiências passíveis de contabilização” apenas aquelas que sejam específicas da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC. [...] Entende-se que não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores restrições para a concorrência. [...] Dessa forma, se as mesmas ou semelhantes eficiências puderem, de modo factível, ser geradas por meio de mero esforço ou alterações internas da própria empresa requerente, por meio de uma fusão com outra empresa (que gere menos danos à concorrência) ou por quaisquer outras alternativas menos danosas para o mercado, então as eficiências alegadas pelas firmas fusionadas não devem ser consideradas. [...] As eficiências específicas à concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes de produto ou processo, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório. Estas devem ser consideradas como eficiências quando não puderem ser obtidas no mercado e requererem uma concentração econômica.[...]

Aqui resta evidenciada uma barreira importante para uma potencial argumentação pela existência de eficiências originadas de concentrações econômicas que envolvem o mercado de dados. Por ser um bem não rival¹¹⁶, uma análise contrafactual de determinada operação poderia demonstrar que os dados pessoais podem ser capturados por meios alternativos à

¹¹⁶ Um bem não rival é aquele em que o seu consumo por uma pessoa ou empresa não reduz a quantidade disponível desse bem para o restante da sociedade. Para mais informações, ver MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005

concentração econômica, de modo que, por conta disso, haveria inclusive a possibilidade de desautorizá-la.

Em outras palavras, temos dois aspectos que merecem ser levados em consideração: *i.* o estabelecimento do período de dois anos para o alcance das eficiências, e *ii.* a possibilidade de alcançar a mesma eficiência sem a necessidade da ocorrência de uma concentração.

Diante disto, a argumentação perante o Cade, pela existência de eficiências, deve demonstrar claramente que determinado negócio baseado em dados não poderia ser construído dentro do prazo de dois anos e sem a ocorrência de concentrações econômicas (BRASIL, 2016, p. 32).

A discussão sobre possível alcance da alegada eficiência através de uma estruturação e produção interna da própria empresa – sem a necessidade de uma concentração econômica - merece ser endereçada pela demonstração à autoridade antitruste de que determinada tecnologia que envolva o mercado de dados e que tenha sido desenvolvida pela concorrente, não estaria disponível no mercado e não seria passível de desenvolvimento em tempo hábil, para que pudesse ser realizada uma contestação tempestiva no mercado por parte de qualquer outra concorrente (BRASIL, 2016, p. 46).

Desta forma a autoridade antitruste precisa se debruçar sobre as perspectivas técnicas de desenvolvimento das tecnologias e estar apta a compreender se determinada eficiência relacionada a este tipo de argumento é factível ou não.

Por fim, analisando o critério de externalidades relacionadas às eficiências, temos a seguinte apresentação do Guia (BRASIL, 2016, p. 46):

[...] Externalidades são efeitos sobre uma terceira parte, derivados de uma transação econômica, sobre a qual essa parte não tem controle. [...]

[...] A geração de externalidades positivas, a eliminação de externalidades negativas e a apropriação de externalidades podem ser consideradas eficiências específicas da concentração. [...]

[...] A apropriação de externalidades positivas aumenta a eficiência dos mercados. É exemplo de efeito desse tipo a apropriação de *spillovers* tecnológicos, a racionalização da oferta em setores caracterizados por problemas de excesso de capacidade instalada e a disponibilização de mais e melhores informações para os consumidores, de modo a subsidiar o processo de tomada de decisões. [...]

[...] Ao considerar o argumento de que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específica da concentração, será analisada a possibilidade de obter o mesmo efeito por meio de outras políticas públicas. [...]

No que diz respeito às externalidades negativas, a título de exemplificação é necessário retomar alguns pontos a serem debatidos nesta pesquisa¹¹⁷, como uma possível deturpação na utilização dos dados pessoais ou a utilização da concentração econômica para

¹¹⁷ Veja-se capítulo 4.1, que trata da relação entre *big data* e poder de mercado

alavancar um aumento de poder de mercado, originado da exploração destes dados. Para além destes pontos principais, esta pesquisa tratará especificamente das teorias do dano que podem ser construídos através do racional da econômica com base em dados.

Considerando potenciais externalidades positivas, o próprio Guia-H exemplifica alguns pontos que podem ser transportados para as eficiências das concentrações com base em dados, como a “apropriação de *spillovers* tecnológicos” e a “disponibilização de mais e melhores informações para os consumidores”.

Sobre o primeiro exemplo, é possível afirmar que esta justificativa endereçaria de forma suficiente a necessidade da concentração econômica, de modo que a tentativa de aproveitar os avanços tecnológicos de concorrentes é justamente um dos racionais mais buscados por este tipo de concentração econômica.

No que diz respeito à disponibilização de informações para os consumidores, esta é uma externalidade positiva que se mostra mais razoável e factível, na medida em que é relativamente mais simples de ser sustentada perante a autoridade antitruste, utilizando-se um racional de transparência e de utilização dos dados pessoais para o oferecimento de informações mais afeitas aos interesses do consumidor final. Este seria o racional por trás de empreendimentos tecnológicos como, por exemplo, do *google maps* (melhoria das informações geográficas fornecidas ao consumidor); do *google flights* (comparador de preços de passagens aéreas), o serviço *weather* (onde o *google* oferece as informações sobre a temperatura e clima) ou o aperfeiçoamento da publicidade direcionada.

Desta forma, diante dos aspectos do controle de concentrações econômicas, é necessário ter em conta que as eficiências concebidas através dos seus critérios tradicionais¹¹⁸ podem se tornar parâmetros de análise insuficientes para o enfrentamento, pela autoridade antitruste, dos argumentos sobre eficiência no âmbito dos mercados de dados pessoais.

Neste sentido, é imprescindível considerar a necessidade de incorporação dos critérios de eficiência dinâmica das concentrações horizontais e nenhum outro critério de eficiência “incorpora o processo de inovação, nem tampouco estratégias empresariais como

¹¹⁸ Para fins da presente pesquisa, são consideradas classificações tradicionais de eficiência, para fins de análise antitruste: (i) Eficiência de Pareto, que é pode ser formulada “a partir de modelos de equilíbrio geral, em que o ajuste da economia se dá através da interação das condições de oferta e demanda em vários mercados ao mesmo tempo” (GEOFFROY, 2010, p. 8); (ii) eficiência produtiva, que “consiste na utilização dos recursos de forma a gerar um nível de produção do modo menos dispendioso possível ou, ainda, se refere ao aumento da qualidade através do uso da tecnologia existente” (GEOFFROY, 2010, p. 10); (iii) eficiência distributiva, que pode ser qualificada como “a eliminação pela concorrência de lucros extraordinários” (GEOFFROY, 2010, p. 12) e, por fim, a (iv) eficiência alocativa, que consiste na “alocação de recursos que permite gerar o maior rendimento dentre as alternativas possíveis” (GEOFFROY, 2010, p. 13)

determinantes do desenvolvimento tecnológico e sua constante evolução” (GEOFFROY, 2010, p. 22).

A análise da revolução tecnológica que estamos vivenciando demanda um enfrentamento do contexto das inovações nas variadas dimensões do processo competitivo, caracterizando a “destruição criadora”¹¹⁹. Neste sentido, são as palavras de Schumpeter (1961, p. 110):

[...] O capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não, apenas, reveste caráter estacionário, pois jamais poderia tê-lo. Não se deve esse caráter evolutivo do processo capitalista apenas ao fato de que a vida econômica transcorre em um meio natural e social que se modifica e que, em virtude dessa mesma transformação, altera a situação econômica. Esse fato é importante e essas transformações (guerras, revoluções e assim por diante) produzem frequentemente transformações industriais, embora não se constituam como motor principal dessas transformações. Tampouco esse caráter evolutivo se deve a um aumento quase automático da população e do capital, nem às variações do sistema monetário, do qual se pode dizer exatamente o mesmo que se aplica ao processo capitalista. O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista.

Neste sentido, é possível depreender que a análise de eficiências por parte da autoridade antitruste merece ser revisitada para que possa considerar, com maior ênfase, as características da eficiência dinâmica das operações que envolvem o mercado de dados pessoais.

Além disso, sob a ótica dos agentes econômicos, o grande desafio que a análise de eficiências apresenta é a construção da relação estrita entre as supostas eficiências e a concentração econômica submetida à autoridade antitruste. Isto sem considerar ainda a necessária valoração entre as potenciais externalidades positivas e negativas originadas por alguma operação que envolva concentração de dados pessoais.

3.4 *Gun jumping* no mercado de dados pessoais

A LDC instituiu no Brasil o controle prévio de atos de concentração econômica através do artigo 88, §2º. O artigo 108, §1º do Regimento Interno do CADE (RiCade) determinou que as notificações dos atos de concentração devem ser protocolizadas,

¹¹⁹ O termo destruição criadora (ou destruição criativa) faz parte de uma teoria desenvolvida por Joseph Schumpeter, segundo a qual o funcionamento do capitalismo não seria estático e se manteria em constante evolução, através da criação de novos produtos e formas de produção. Neste sentido, é importante citar “A realidade capitalista é acima de tudo um processo de mudança. Ao se avaliar o rendimento de empresa competitiva, a questão de se saber se ela tenderia ou não a expandir a produção, numa condição estacionária perfeitamente equilibrada do processo econômico, é quase, mas não inteiramente, irrelevante.” (SCHUMPETER, 1961, p. 104)

preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação.

Ademais, seu artigo 108, §2º determinou às partes a manutenção das estruturas físicas e das condições competitivas inalteradas até a avaliação final do órgão antitruste.

O descumprimento destas exigências naturalmente gera preocupações envolvendo *gun jumping*. Segundo o Guia-H¹²⁰, produzido pelo Cade, estas atividades podem ser separadas em três grandes grupos:

Trocas de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração;
Definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e
Atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração;

Segundo Juliana Domingues e Eduardo Gaban (2016, p. 136):

Entende-se por “*gun jumping*” (ou *jumping the gun*) a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar favoravelmente, ou não, à operação submetida à análise. A experiência internacional, que serve de base à jurisprudência que vem se formando no âmbito do SBDC, arrola algumas hipóteses que ensejariam *gun jumping*: medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de marketing competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais (caso Gemstar/Tv Guide, 2003, EUA); ações que alterem os incentivos entre os *players* como comercialização de produtos da empresa adquirida (caso Bertelsmann/Kirch/Premier, 1998, EU); unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer descontos em função de eventual operação; [...] compartilhamento de informações confidenciais

Sobre a caracterização da consumação do *gun jumping*, Ana Frazão (2017, p. 126-127) afirma:

É justamente a impossibilidade de consumação das operações antes da aprovação do CADE que justifica o estabelecimento, na Lei 12.529/2011, de uma série de prazos próprios que devem ser cumpridos pela autoridade antitruste no controle de estruturas. Tal previsão busca impedir que a consumação das operações de notificação obrigatória fique sobrestada indefinidamente em decorrência de eventual demora na análise concorrencial. [...] Algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam ser alcançadas pela pena de nulidade. Exemplos claros nesse sentido podem ser encontrados na realização de atos como o pagamento a certos tipos de fornecedores, a aquisição de equipamentos de uso corriqueiro e a contratação de serviços sem qualquer relevância concorrencial. [...] Por outro lado, parece claro que qualquer ato jurídico capaz de alterar, ainda que apenas potencialmente, as relações concorrenciais no mercado deve ser objeto da referida pena de nulidade.

Considerando os conceitos aqui apresentados e tratando especificamente sob a ótica da dinâmica da concorrência nos mercados de dados, o ponto sobre a teoria de *gun jumping* que suscita maiores questionamentos, é a potencial troca de informações entre concorrentes

¹²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guia para Análise da Consumação Prévia dos Atos de Concentração. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf >. Acesso em 23 jul. 2019.

envolvidos em um determinado ato de concentração, bem como a troca de informações, ainda que fora de uma operação de concentração econômica, que sejam consideradas concorrencialmente sensíveis.

Sobre o assunto, Carolina Saito (2013, p. 106) demonstra quais as principais preocupações sob a ótica do órgão regulador:

A autoridade antitruste tem três preocupações principais com a troca de informações concorrencialmente sensíveis no contexto de uma operação, sendo a primeira delas a simulação de negociações sobre uma operação poder ser utilizada para a prática de troca de informações comerciais confidenciais ou ainda para coordenação de atividades anticompetitivas. [...] A segunda preocupação da autoridade antitruste é a possibilidade de uma empresa poder entrar em negociação para obter informações confidenciais com fins predatórios, mesmo que a outra empresa entre na negociação de boa-fé. Por último, a autoridade preocupa-se com a troca de informações decorrente de discussões em negociações legítimas sobre uma operação poder levar à coordenação ou à obtenção de informações que façam com que a empresa decida aumentar seus preços, ao saber, por exemplo, que não precisava mantê-los tão baixos para ganhar mercado.

Neste sentido, é possível afirmar que a concentração de concorrentes que atuem no mercado de dados é especialmente crítica na medida em que o contato prévio entre os concorrentes exige o efetivo *compliance* tanto da regulação prevista na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹²¹, quanto das exigências constantes na LDC.

Enquanto a primeira legislação prevê a autorização expressa do titular do dado pessoal para que terceiro (concorrente parte do ato de concentração) possa acessar aquelas informações, a legislação de defesa da concorrência pode ser interpretada sob um direcionamento que demonstre que os dados pessoais tratados pelas empresas envolvidas no ato de concentração, para aquele caso específico, podem ser considerados como ativos econômicos detentores de informações concorrencialmente sensíveis.

Em que pese o histórico recente de casos de *gun jumping* tratados pelo Cade¹²² não demonstrar uma alta incidência de problemas relacionados à troca de informações sensíveis

¹²¹ Conforme previsão constante no Art. 7º, § 5º, da LGPD, diante do qual se depreende: “ O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei”

¹²² Sobre o tratamento dos casos de *gun jumping* pelo CADE é necessário fazer menção a alguns casos para que seja possível observar a forma pela qual a autarquia vem se posicionando. Quando da análise do caso OGX 2013 (Procedimento Administrativo nº 08700.005775/2013-19), o entendimento da autarquia foi no sentido de que os atos praticados prematuramente pelas empresas teriam sido “meramente operacionais de administração ordinária”, motivo pelo qual não deveriam ser considerados da mesma forma que os atos capazes de alterar as relações entre concorrentes. Já no caso UTC/Potióleo (Procedimento Administrativo nº 08700.008292/2013-76) observou a efetiva caracterização da consumação prévia da operação, a qual, segundo o Cade, restou evidenciada por conta da ausência de cláusula suspensiva dos efeitos do contrato em relação ao Cade, demonstrando como esta previsão contratual é um ponto crucial no endereçamento da matéria. Tratando do caso UTC/ Aurizônia Petróleo, objeto de ACC (Procedimento Administrativo nº 08700.008289/2013-52), o entendimento sedimentado foi de que a consumação do negócio analisado não teria a força de alterar a gestão ou estrutura de governança do projeto objeto do ato de concentração, de modo

previamente à consumação do ato de concentração, o crescimento de mercados digitais e que são voltados à captura e tratamento dos dados pessoais indica a necessidade de estar cada vez mais atento à esta perspectiva, uma vez que os dados passaram a ser a base da economia digital, merecendo tratamento diverso daquele que vinha recebendo pelas autoridades de regulação antitruste.

Nesta medida, o simples acesso ao banco de dados pessoais da concorrente, ainda que indiretamente utilizado por aquela, cujo acesso tenha se dado através da realização de *compliance* ou até do planejamento do processo de integração entre as empresas, poderá ensejar a aplicação de multas por *gun jumping*, nos termos do art. 88 da LDC.

Desta forma, ao buscar evitar incorrer em *gun jumping*, é necessário apontar, no próprio contrato da operação de concentração econômica, como e quando se dará o acesso aos dados tratados por cada parte, prever como estas partes devem se comportar entre a assinatura do contrato e a concretização da operação, quem se responsabilizará pelas obrigações perante os efetivos titulares destes dados, bem como notificar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o CADE antes que ocorra qualquer tipo de acesso aos dados ou troca, entre as partes, de informações originadas destes dados.

3.5 Remédios em atos de concentração relativos ao mercado de dados pessoais

Diante do cotejo das eficiências e dos efeitos líquidos - positivos ou negativos - da concentração econômica, a autoridade antitruste, caso entenda ser pertinente, poderá impor ou

que não mereceria a pena de nulidade do negócio. Em linhas gerais, os casos de *gun jumping* analisado até aqui ocorreram devido às incertezas jurídicas relacionadas à legislação regulatória concorrencial e do setor de petróleo, pertinentes à época. Com base no histórico jurisprudencial até aqui apresentado, percebe-se que uma eventual chegada de casos envolvendo o mercado de dados pessoais à autarquia demandará uma maior atenção sobre o impacto da troca de dados entre os concorrentes, os quais, ainda que não representem um significativo marco de alteração na gestão dos negócios em concentração, podem ter influência negativa na dinâmica concorrencial. No caso Fiat/Chrysler (Procedimento Administrativo nº 08700.002285/2014-41) onde a consumação prévia significou uma aquisição para reforço e consolidação do controle entre a Fiat e a Chrysler, restou consignada como incontestável a infração ao §3º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. Ao tratar do assunto, o Cade, novamente, levou em consideração os aspectos fáticos e as disposições contratuais relativas ao caso, na medida em que não houve qualquer menção específica acerca de eventual troca de dados ou informações entre os concorrentes. Tratando do caso Technicolor/Cisco Systems (Procedimento Administrativo nº 08700.011836/2015-49), o qual versou sobre o mercado de desenvolvimento de tecnologia para banda larga, observa-se um fator de novidade na análise da autarquia, que é a presença do *Carve-out agreement*, acordo que buscava isolar o Brasil dos potenciais efeitos nocivos à concorrência decorrentes do fechamento da operação em nível mundial. Provocada sobre o assunto, a autarquia negou sua admissibilidade e se mostrou bastante desconfiada em relação ao uso deste instrumento, em consonância com o entendimento das autoridades de concorrência de outros países. Neste sentido é importante a sinalização dada pela autarquia brasileira, principalmente no que diz respeito ao mercado de dados, na medida em que a expectativa é de que as concentrações econômicas neste mercado sejam transfronteiriças, o que sugere a utilização do instrumento jurídico mencionado.

negociar restrições e condições negociais a fim de mitigar o risco de eventuais efeitos negativos advindos do ato de concentração.

A lei de defesa da concorrência brasileira, em seu art. 61, prevê, de forma não exaustiva, uma variedade de remédios estruturais e comportamentais que podem ser aplicados aos atos de concentração, como se observa:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II - a cisão de sociedade;

III - a alienação de controle societário;

IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

Desta forma, é possível depreender que o CADE pode decidir de três formas: pela aprovação incondicional, pela imposição de restrições (ou adoção de remédios), ou pela rejeição da operação (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 165).

O CADE publicou um Guia de Remédios Antitruste, buscando compilar as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados no desenho, aplicação e monitoramento de remédios. A Autoridade buscou sinalizar como princípios para a efetividade de remédios a *i*. Proporcionalidade; *ii*. Tempestividade; *iii*. Factibilidade; *iv*. Verificabilidade; e como diretrizes gerais, estabeleceu uma clara preferência pela aplicação dos remédios estruturais (BRASIL, 2018, p. 14-15). Diante disto, a análise de remédios aplicáveis nas concentrações econômicas no mercado de exploração e *big data* considerará o espectro analítico apresentado pela autoridade de defesa da concorrência.

Tratando de remédios comportamentais e estruturais, Ana Frazão (2017, p. 159-160) explica que há certo consenso na jurisprudência e na literatura antitruste de que a adoção de remédios comportamentais apresenta problemas pela necessidade de monitoramento constante por parte da autoridade antitruste, exigindo o dispêndio de recursos humanos e financeiros que nem sempre estaria disponível. Por outro lado, os remédios comportamentais seriam mais imediatos, não demandam acompanhamento e tenderiam a solucionar os problemas concorrenciais de modo mais eficaz.

A OCDE, em pesquisa a respeito da aplicação de remédios antitruste pelas autoridades de defesa da concorrência, sintetiza a diferenciação de remédios, se considerarmos as concentrações verticais e horizontais:

As concentrações econômicas horizontais e verticais geralmente envolvem diferentes preocupações competitivas. Frequentemente, preocupações competitivas em concentrações econômicas horizontais podem ser melhor resolvidas por remédios estruturais enquanto que concentrações econômicas verticais se prestam a remédios comportamentais ou uma combinação de ambos. Enquanto tais generalizações podem ser um ponto de partida útil, cada transação deve ser avaliada com base nos próprios méritos. Ao criar remédios, as agências de defesa da concorrência frequentemente buscam as opiniões de terceiros a fim de assegurar que uma solução ótima seja encontrada.¹²³ (OCDE, 2011, p. 12, tradução nossa)

Já o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ), em seu manual sobre remédios antitruste, além de detalhar a efetiva implementação dos remédios, expressa preocupação quanto à sintonia da aplicação dos remédios pelas autoridades antitrustes em todas as jurisdições nas quais aquele ato de concentração está sendo notificado, situação a qual provavelmente será cada vez mais vivenciada no mercado de *big data*, uma vez que a atuação das companhias, na maioria das vezes, ultrapassa fronteiras nacionais. Neste sentido:

Além de trabalhar em colaboração com agências reguladoras, o DoJ interage com autoridades antitruste internacionais e estaduais em questões de concentrações econômicas. Essas interações exigem que o DoJ esteja ciente de outras abordagens das jurisdições a fusões específicas, para que, na medida do possível, os remédios do DoJ não conflitem desnecessariamente com os remédios aplicados em outras jurisdições. Em muitos casos, o DoJ pode ser capaz de colaborar com outras agências antitruste para criar remédios que sejam eficazes em todas as jurisdições.¹²⁴ (ESTADOS UNIDOS, 2011, p. 21)

No contexto brasileiro, com o propósito de sintetizar a experiência do CADE sobre remédios antitruste, é importante fazer menção ao estudo realizado por Patrícia Semensato Cabral (2014, p. 97), que assim sintetizou:

¹²³ Tradução livre do trecho: “Horizontal and vertical mergers generally involve different competitive concerns. These differences must be taken into account when crafting an appropriate remedy. Frequently, competitive concerns in horizontal mergers can be best resolved by a structural remedy, while vertical mergers lend themselves to behavioural remedies or a combination of both. While such generalizations may be a useful starting point, each transaction should be evaluated based on its own merits. In crafting remedies, competition agencies often seek the views of third parties in order to ensure that an optimal remedy is found.” OECD. Remedies in Merger Cases. OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>>. Acesso em 30 Abr. de 2019.

¹²⁴ Tradução livre do trecho: “In addition to working collaboratively with regulatory agencies, the Division often interacts with international and state antitrust authorities in merger matters. These interactions require the Division to be aware of other jurisdictions’ approaches to specific mergers so that, to the extent possible, the Division’s remedies do not conflict unnecessarily with the remedies of other jurisdictions. In many cases, the Division may be able to work collaboratively with other antitrust agencies to craft remedies that are effective across jurisdictions.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice policy guide to merger remedies. 2011, p. 3. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>>. Acesso em 30 abr. de 2019.

[...] observam-se avanços importantes na prática do órgão em relação a remédios em atos de concentração. Verifica-se a tendência de maior utilização de soluções negociadas em relação às imposições unilaterais de restrições. [...] Também se destaca a mudança de perfil dos acordos: evoluiu-se de um cenário de aplicação de TCDs destinados, em geral, a garantir a efetivação das eficiências alegadas pelas requerentes, para TCDs que tratam mais propriamente de mitigar os efeitos anticompetitivos decorrentes dos atos de concentração. [...] Com relação aos tipos de remédios aplicados, predomina a utilização de medidas comportamentais. [...] Com relação aos remédios estruturais, a utilização de *market tests* com clientes e concorrentes poderia reduzir riscos relativos à composição insuficiente de pacotes de desinvestimento. Outra medida utilizada por outras autoridades e que poderia trazer benefícios em termos de redução de riscos de problemas de implementação é a utilização de *trustees*. [...]

Quando trazemos esta perspectiva sobre remédios para a análise dos mercados que envolvem exploração de *big data*, é possível observar que tanto os remédios comportamentais quanto os estruturais podem ser aplicados no contexto deste mercado, sempre que necessário.

Entretanto, a aplicação de remédios na dinâmica dos mercados digitais merece uma maior atenção, com o intuito de evitar uma intervenção descabida da autoridade antitruste que venha a influenciar negativamente a dinâmica concorrencial do setor.

É necessário considerar ainda que a aplicação de remédios pode encontrar obstáculos tanto pelas limitações legais e contratuais - que envolvem o relacionamento entre a empresa e o titular dos dados pessoais - quanto pela existência de direitos de propriedade intelectual relacionados aos dados capturados, às tecnologias relacionadas ao tratamento destes dados ou ao produto ou serviço advindo diretamente da exploração destes dados.

Desta forma, é possível considerar a negociação ou imposição de remédios estruturais, que normalmente envolvem o desinvestimento de ativos, que estejam vinculados às concentrações no mercado de dados. Pensando em uma situação de concentração econômica entre empresas que atuam no mercado de coleta, processamento e venda de dados, seria possível a negociação de remédios estruturais que viabilizassem a alienação de dados, ou das tecnologias utilizadas para o desenvolvimento dos serviços e produtos baseados na exploração desses dados, como por exemplos algoritmos, *softwares* e banco de dados.

Uma característica importante de *big data* é a sua não rivalidade, diante do que é possível depreender que os dados podem ser explorados simultaneamente por vários usuários. Em que pese uma única unidade produtiva não poder ser usada por várias empresas simultaneamente, um conjunto de dados poderia ser, uma vez que uma simples cópia permitiria o acesso de terceiros sem a limitação do uso pelo proprietário original (CANADA, 2017, p. 26-27).

Tratando dos remédios comportamentais aplicáveis ao mercado de exploração de *big data*, a questão que se coloca é como as características especiais da concorrência que são induzidas pela exploração de dados, como, por exemplo a transitoriedade do poder econômico, também podem afetar as soluções de concentrações econômicas dentro de um espectro relacionado à efetividade (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 52).

A aplicação de remédios comportamentais também encara inúmeros desafios, uma vez que o tratamento descuidado de determinado ato de concentração pode eventualmente desincentivar o investimento em inovação no mercado de *big data* e o surgimento de novas tecnologias disruptivas.

O *Canada Competition Bureau* (CANADA, 2017, p. 27) atribui como exemplo de remédio comportamental, o licenciamento de propriedade intelectual e afirma que a aplicação deste tipo de remédios deve, necessariamente, endereçar a cessação de condutas individuais dos agentes econômicos.

É necessário observar que esta sugestão não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro¹²⁵ e considera a necessidade de tornar os dados de determinado agente econômico acessíveis aos seus concorrentes, considerando-os, de alguma forma, como uma “*essential facility*” sem a qual seria improvável a efetiva concorrência das demais empresas participantes deste mercado (CANADA, 2017, p. 27).

Um remédio comportamental alternativo que pode ser sugerido é a exigência do *compliance* e da estrita observação dos parâmetros das leis de proteção de dados pessoais, o que pode, potencialmente, minimizar as preocupações de concorrência em casos de concentração relacionados com a agregação de dados pessoais.

Neste sentido, a lei de proteção aos dados pessoais faria o papel de uma restrição legal normativa, em termos de possíveis opções de uso de dados pessoais após a concentração econômica.

Ademais, a portabilidade de dados pelo titular dos dados deve ser considerada uma opção de remédio comportamental. O direito de portabilidade de dados introduz, na verdade, o direito do indivíduo de dados individuais de obter seus dados pessoais transferidos de um controlador de dados para outro sem impedimentos (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 45).

Outro remédio comportamental que pode ser mencionado, é o estabelecimento da obrigação do compartilhamento do acesso aos dados, a ocorrer através da partilha de

¹²⁵ Esta possibilidade está prevista, enquanto pena aplicável ao autor de conduta anticoncorrencial, no Art. 38, IV, a, da Lei 12.529/2011

informações específicas que seriam essenciais à entrada de outras empresas no mercado (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 48).

Diferentemente da obrigação de licenciamento de propriedade intelectual, que geralmente está veiculada ao instrumento operacional (como por exemplo *softwares*, algoritmos e outras tecnologias de exploração de dados), o acesso direto aos dados pode estimular a concorrência caso seja comprovado o vínculo direto entre a necessidade de acesso aos dados e a quebra das barreiras de acesso sistêmico às informações e às distorções de poder econômico.

Por outro lado, é necessário observar que o acesso, puro e simples, à base de dados de determinado agente econômico não necessariamente pode significar um remédio antitruste eficaz, se restarem desconsideradas as características de volatilidade, variabilidade e velocidade dos dados, de modo que o acesso à dados pode se tornar inócuo, caso a base de dados se torne defasada para fins de exploração de *big data* e geração de valor.

Em seguimento às sugestões de remédios comportamentais, é possível mencionar a aplicação remédios condicionais, quais sejam, aqueles que só se aplicam sob certas circunstâncias, isto é, diante de certos eventos ou um determinado período de tempo (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 53).

Neste sentido, o remédio comportamental poderia deixar a questão em aberto e providenciar medidas cautelares para serem aplicadas automaticamente, caso a evolução do mercado se prove diferente do que aquilo que foi prospectado pela agência antitruste. Desta forma, por exemplo, a concentração econômica estaria sujeita a remédios que só seriam efetivados caso nenhum outro concorrente tenha entrado no mercado ou caso a dinâmica prevista do mercado não tenha ocorrido (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 54).

A previsão da revisão periódica anual dos remédios comportamentais, em que pese implicar em custos financeiros e de recursos humanos para a autoridade antitruste, pode significar uma solução para o melhor acompanhamento da evolução da dinâmica concorrencial no mercado de exploração de *big data* (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 56).

Além disso, é possível mencionar a possibilidade de negociar a interoperabilidade de dados entre os concorrentes, principalmente através estimulação de formatação de *APIs* (Interface de Programação de Aplicações), através do qual a intersecção de dados poderia acontecer (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 64).

Deste modo, é importante observar que a legislação antitruste brasileira autoriza a aplicação de remédios comportamentais, e através do seu tipo legal aberto, dá flexibilidade ao CADE para que possa negociar remédios que, mesmo não estando diretamente previstos em lei, estejam aptos a endereçar problemas concorrenciais no mercado de exploração de *big data*.

Por outro lado, é necessário chamar atenção para importantes contrapontos que merecem atenção na matéria de remédios antitruste. Quando se fala em abertura de dados, seja através da obrigação de abertura direta, seja através da interoperabilidade ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual, é necessário ter em conta que esta abertura de dados deve se dar apenas aos que se enquadram na definição de assimetria de dados (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 60).

Ou seja, a abertura de dados não necessariamente deve se dar para todo e qualquer concorrente, mas sim para aqueles que efetivamente demonstrem alguma ligação operacional e comercial com os dados objeto da aplicação dos remédios (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 60).

Caso contrário, ao aplicar os respectivos remédios, a autoridade antitruste estaria criar uma distorção da concorrência entre os operadores digitais, eventualmente fortalecendo conglomerados e outros concorrentes (HOFFMANN; JOHANNSEN, 2019, p. 60).

Além disso, deve-se ter em conta ainda que a intersecção entre as leis de proteção de dados e a lei antitruste não necessariamente proporcionará possibilidades de compartilhamento de dados, uma vez que a privacidade do consumidor, titular dos dados pessoais, pode significar uma barreira intransponível à obrigatoriedade de compartilhamento e de acesso aos dados entre agentes econômicos concorrentes.

3.6 Conclusões parciais

No que diz respeito aos critérios de notificação deve-se ter em conta a dinâmica dos mercados de exploração de *big data*. É possível afirmar que as concentrações econômicas sempre foram uma ferramenta importante para fomentar o aumento da participação de mercado das empresas e a incorporação de produtos e serviços inovadores que surjam.

Os critérios de notificação dos atos de concentração que se resumem ao faturamento bruto das empresas envolvidas não são suficientes para uma análise objetiva dos problemas concorrenciais nos mercados digitais, que são dinâmicos e caracterizados por rápidas mudanças.

A sugestão de mudança desses critérios de notificação para que se insira o valor da operação, enquanto critério de análise para submissão das concentrações econômicas à autoridade de defesa da concorrência, mereceria uma análise aprofundada, uma vez que aparentemente possibilitaria alcançar negócios jurídicos que envolvem mercados digitais e que, muitas vezes, passam ao largo do instrumental antitruste atualmente aplicado.

Tratando de mercado relevante, de forma geral, é possível assumir a necessidade de analisar o mercado de *big data* sob a dimensão produto e passar a considerar as dimensões não relacionadas aos preços dos produtos e serviços oferecidos, inserindo perspectivas de análise como inovação e qualidade (BAGNOLI, 2016, p. 1).

É importante observar que as orientações publicadas pela autoridade antitruste brasileira já autorizam a utilização de metodologias alternativas ao teste do monopolista hipotético (BRASIL, 2016, p. 18). Desse modo, argumenta-se pela efetiva flexibilização da aplicação das ferramentas de definição de mercado relevante - resguardada a coerência e racionalidade da metodologia a ser utilizada – para que possa endereçar de forma mais consistente os problemas concorrenciais originados do mercado de exploração de *big data*.

Sob a ótica da existência de rivalidade na dinâmica concorrencial é possível concluir que os pressupostos de análise devem ser pensados em três vertentes, quais sejam: a exploração de dados através do oferecimento dos serviços gratuitos; o oferecimento dos serviços remunerados e os negócios onde os dados funcionam como um verdadeiro insumo de produção.

Ademais, é possível observar ainda que as preocupações em matéria de rivalidade na análise concorrencial no contexto de mercados de exploração de *big data* constituem indicações de poder de mercado, e devem ser analisadas como tais, principalmente no que diz respeito à criação de barreiras à entrada em face dos demais concorrentes.

Sob a ótica da análise de eficiências, a discussão sobre possível alcance da alegada eficiência deve se focar na demonstração à autoridade antitruste de que determinada tecnologia que envolva o mercado de dados não estaria disponível no mercado e não seria passível de desenvolvimento em tempo hábil, para que pudesse ser realizada uma contestação tempestiva no mercado por parte de qualquer outra concorrente.

Desta forma a autoridade antitruste deverá se debruçar sobre as perspectivas técnicas de desenvolvimento das tecnologias e estar apta a compreender se determinada eficiência relacionada a este tipo de argumento é factível ou não.

Por outro lado, é necessário ter em conta que as eficiências concebidas através dos seus critérios tradicionais podem ser insuficientes para o enfrentamento dos argumentos sobre eficiência no âmbito dos mercados de exploração de *big data*, motivo pelo qual é possível concluir pela necessidade de incorporação dos critérios de eficiência dinâmica das concentrações econômicas.

Sobre a possibilidade de prática de *gun jumping* no mercado de dados pessoais, é importante ter em conta a sinergia entre a legislação antitruste e a legislação de proteção de

dados pessoais neste ponto, diante do que os responsáveis pela concentração econômica devem manter atenção redobrada, uma vez que o simples acesso ao banco de dados da empresa concorrente envolvida na operação – caso seja considerado informação concorrencial sensível – pode ensejar a aplicação de multas por *gun jumping*.

Desta forma, para evitar incorrer na prática de *gun jumping*, é necessário apontar, no próprio contrato da operação de concentração econômica, como e quando se dará o acesso aos dados tratados por cada parte, bem como prever os comportamentos e responsabilidades pelas obrigações, tanto perante os usuários - efetivos titulares dos dados- quanto perante o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que atualmente está em vias de surgimento.

Sobre a aplicação de remédios antitruste é possível concluir que o mercado de exploração de *big data* comporta tanto a aplicação de remédios estruturais – alienação de dados, ou das tecnologias utilizadas para o desenvolvimento dos serviços e produtos baseados na exploração desses dados, como por exemplos algoritmos e *softwares* – quanto de remédios comportamentais – como exigência de interoperabilidade entre dados ou softwares a eles relacionados, bem como licenciamento de direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, como já observado anteriormente, a aplicação dos remédios na dinâmica dos mercados digitais merece uma maior atenção, com o intuito de evitar uma intervenção descabida da autoridade antitruste que venha a influenciar negativamente a dinâmica concorrencial do setor.

Além disso, deve-se ter em conta ainda que a aplicação desses remédios pode encontrar obstáculos tanto pelas limitações legais e contratuais quanto pela existência de direitos de propriedade intelectual relacionados aos dados capturados ou às tecnologias relacionadas ao tratamento destes dados.

4. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO *BIG DATA*

O mercado de exploração de *big data* tem ligação direta com o desenvolvimento das plataformas digitais. Estas têm características que as diferenciam de outras empresas. Além de operar exclusivamente na internet, essas plataformas atuam como intermediárias entre diferentes grupos de clientes e fazem parte da chamada "economia de rede" (GRAEF, 2016, p. 21).

A economia de rede se caracteriza basicamente pela dependência que as empresas têm da interconexão entre consumidores para oferecer seus produtos ou serviços. Enquanto outros mercados – como as indústrias de rede de eletricidade ou distribuição de gás - dependem de infraestruturas físicas e ativos tangíveis, as novas indústrias de rede na economia digital – como mecanismos de busca, redes sociais e plataformas de *e-commerce* - se caracterizam pela predominância de redes virtuais e tecnologia, e pela presença de rápido desenvolvimento tecnológico, vindo das inovações (GRAEF, 2016, p. 43).

As plataformas digitais – primordialmente redes sociais e ferramentas de buscas - dependem do fornecimento de espaços para publicidade para o financiamento e a continuidade do fornecimento gratuito dos serviços e produtos aos usuários. Para os serviços de comércio eletrônico, a geração de valor está na intermediação comercial de produtos e nos sistemas de indicação e recomendação dos produtos pelos usuários (GRAEF, 2016, p. 21).

Especificamente sobre os mecanismos de pesquisa – como *Google* ou *Bing* – há o fornecimento do serviço aos usuários de forma gratuita, enquanto as empresas vendem espaço publicitário, através de leilões dos anúncios nos resultados da pesquisa e nas classificações das palavras-chave, considerando a relevância dos anúncios para a consulta dos usuários (GRAEF, 2016, p. 22).

Sobre as redes sociais, é possível afirmar que estas não oferecem conteúdo diretamente, mas os meios para os usuários interagirem gratuitamente e criarem conteúdos na forma de perfis, mensagens ou fotos e vídeos e contam com a venda de espaços para publicidade direcionada aos usuários. A principal distinção com a publicidade¹²⁶ nos mecanismos de busca é que os provedores de redes sociais são capazes de vender propagandas direcionadas a cada

¹²⁶ Para mais informações sobre o assunto veja-se: DOMINGUES, J. O. ; SILVA, B.F.M. Fake News: Um Desafio ao Antitruste?. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, p. 1, 2018. Disponível em <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/411>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

indivíduo, com base na análise dos dados pessoais dos consumidores e dos seus padrões de consumo (GRAEF, 2016, p. 24).

No que diz respeito às plataformas de *E-commerce*, como *Amazon* e *eBay*, o modelo de negócios oferece aos compradores acesso gratuito às suas plataformas e cobra dos vendedores as taxas para colocar suas mercadorias à venda.

Neste ambiente, o sistema de recomendação – com base na análise de dados pessoais - é de extrema importância para o funcionamento das plataformas, uma vez que geralmente é por meio destas indicações que surgem transações comerciais (GRAEF, 2016, p. 28).

De modo geral, é possível observar que as plataformas digitais atuam servindo múltiplos lados e intermediando a interação entre usuários e anunciantes. De acordo com Rochet e Tirole (2003, p. 1017-1018, tradução nossa), “um mercado com externalidades de rede é um mercado de dois lados, se as plataformas puderem efetivamente subsidiar de forma cruzada as diferentes categorias de usuários finais que são partes de uma transação”¹²⁷.

Esta percepção demonstra a necessidade de criação de efeitos de rede e ajuda a esclarecer que a geração de valor necessariamente passa pela relação digital entre usuários e pela maior coleta e análise de dados pessoais pelas empresas.

EVANS (2003) também se debruça sobre o tema e explica o racional de precificação desses serviços digitais, onde afirma:

As empresas precisam determinar uma estrutura ótima de preços - uma que equilibra as demandas relativas dos múltiplos grupos de clientes, bem como níveis ótimos de preços. Essa percepção tem implicações para muitas outras variáveis estratégicas. O exame empírico dessas indústrias demonstra que decisões de negócios são impulsionadas pela necessidade de obter múltiplos grupos de clientes a bordo e organizar uma base de clientes complementares complementares (EVANS, 2003, p. 331 tradução nossa).¹²⁸

Desta forma, ao determinar o preço de um determinado lado da plataforma, a empresa deve levar em conta até que ponto a presença desse lado atrai os clientes do outro lado. Se tomarmos como exemplo as plataformas digitais baseadas em publicidade, os anunciantes geralmente se beneficiam mais da presença de usuários do que o contrário.

¹²⁷ Tradução livre do trecho: “a market with network externalities is a two-sided market if platforms can effectively cross-subsidize between different categories of end users that are parties to a transaction”

¹²⁸ Tradução livre do trecho: “A fundamental insight of the theoretical research is that these businesses need to determine an optimal pricing structure-one that balances the relative demands of the multiple customer groups-as well as optimal pricing levels. That insight has implications for many other strategic variables. Empirical examination of these industries finds that key business decisions are driven by the need to get critical levels of multiple customer groups on board and to balance complementary customer communities”

Então, para convencer os usuários a participar da plataforma, a empresa pode permitir que os usuários – consumidores finais e destinatários dos serviços de publicidade – entrem na plataforma gratuitamente, aumentando o estímulo para que participem da plataforma e conseqüentemente aumentando o interesse nos espaços de *marketing* e publicidade da empresa.

Tratando dos efeitos de rede advindos da atuação das plataformas nos múltiplos lados, deve-se ter em conta a existência do efeito de rede direto - quando um produto ou serviço se torna mais valioso à medida que o número de usuários cresce - ou indireto - quando o número crescente de usuários de um produto ou serviço leva a produção de mais produtos ou serviços complementares que aumentam o valor da rede (GRAEF, 2016, p. 44).

Os efeitos são benéficos para os consumidores a curto prazo, aumentando a utilidade do consumo, tornando mais fácil para as empresas alcançar uma posição dominante e reforçar eventuais barreiras à entrada de outros concorrentes (GRAEF, 2016, p. 44).

As empresas que atuam na economia digital geralmente precisam fazer vultosos investimentos iniciais para entrar no mercado. Uma vez feito o investimento inicial, os custos incrementais de criação de unidades adicionais de produtos ou serviços diminuem ou podem passar a ser insignificantes.

Como resultado, os efeitos da escala, sob a perspectiva da oferta dos produtos e serviços também está presente, uma vez que os custos médios de fornecimento de produtos e serviços diminuem à medida que a escala de produção aumenta.

Sob o ponto de vista econômico, as empresas que atuam nas economias de rede são caracterizadas por custos fixos relativamente altos e baixos custos marginais, como é o caso, por exemplo, dos mecanismos de busca, das redes sociais e das plataformas de *e-commerce* (GRAEF, 2016, p. 43).

Tratando da importância da exploração dos dados pessoais em si, é possível observar que este ponto é relevante para os usuários finais na medida em que os serviços apenas serão considerados úteis enquanto sejam eficientes e considerem a disponibilidade dos dados, tanto no que diz respeito às consultas aos mecanismos de buscas, quanto nas redes sociais (GRAEF, 2016, p. 46)¹²⁹.

¹²⁹ Para maiores informações sobre o assunto, veja-se: LEHTIOKSA, Jere. “Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy.” (2018). Disponível em <<https://www.semanticscholar.org/paper/Big-Data-as-an-Essential-Facility%3A-the-Possible-for-Lehtioksa/9cf1a3f216c99ff4e8f823085b9d9807ac813e3d>>. Acesso em 12 jul. 2019.

Os dados pessoais como idade, sexo, localização e ocupação que um mecanismo de busca eventualmente tenha coletado sobre os usuários que utilizam os seus serviços também dão origem a um efeito de rede, pois melhoram a capacidade do mecanismo de busca de oferecer resultados mais próximos das necessidades dos outros usuários que realizem as buscas e que tenham as mesmas características - de idade, sexo, localização e ocupação – dos usuários anteriores (GRAEF, 2016, p. 46).

Neste sentido, quanto mais dados de pesquisa o mecanismo de pesquisa puder acessar, mais relevantes serão os resultados retornados. Como a relevância da análise dos dados pessoais também é essencial para os sistemas de recomendação e os recursos das redes sociais, o mesmo se aplicaria ao papel da análise destes dados no modelo de negócios das plataformas que operam *e-commerce* e redes sociais (GRAEF, 2016, p. 46).

Informações sobre o comportamento de compra dos usuários são empregadas por provedores de plataformas de comércio eletrônico para dar aos usuários sugestões mais relevantes para compras futuras. Ao observar o comportamento dos usuários em sua plataforma, as empresas aprendem quais são as preferências dos usuários e se tornam capazes de prever quais produtos podem ser do interesse dos usuários, com base na análise dos padrões de comportamento de consumo de usuários semelhantes (GRAEF, 2016, p. 46).

As plataformas de redes sociais, por sua vez, coletam dados sobre a atividade e conexões de usuários em suas plataformas e usam essas informações para selecionar as interações sociais mais relevantes a serem exibidas aos usuários (GRAEF, 2016, p. 46).

A exploração de dados pessoais também é importante sob a ótica dos anunciantes, que se utilizam dos espaços das plataformas digitais para dar publicidade aos seus produtos e serviços.

Uma plataforma digital desenvolverá uma melhor segmentação de publicidade na medida em que a quantidade e a variedade de dados coletados sobre os usuários aumentarem. A análise de informações mais detalhadas - perfil, interesses e comportamento dos usuários – criam possibilidades mais eficientes de oferecimento de publicidade, fazendo com que os anunciantes possam selecionar as categorias de usuários que mais se encaixam nos produtos e serviços a serem oferecidos (GRAEF, 2016, p. 47).

Os serviços de publicidade melhor direcionados darão à plataforma digital a oportunidade de aumentar sua receita, ao empregarem um modelo de publicidade de pagamento por clique¹³⁰. Desta forma, para obter receita, a plataforma deve garantir que os anúncios

¹³⁰ Modelo no qual o anunciante só paga à plataforma quando um usuário efetivamente clica em seu anúncio.

exibidos para um usuário específico sejam tão relevantes para ele a ponto de fazer com que o usuário efetivamente clique neles (GRAEF, 2016, p. 47).

Como consequência do aumento desta demanda por publicidade, as receitas publicitárias das plataformas digitais aumentarão, caracterizando um dos efeitos das economias de escala, em termos de monetização de dados de usuários, através do fornecimento dos serviços de publicidade direcionados (GRAEF, 2016, p. 47).

Desta forma, é possível concluir, com base em GRAEF (2016, p. 156), que a natureza multifacetada e a presença de características de economia de rede dos modelos de negócios das plataformas digitais podem afetar a forma como os instrumentos de análise antitruste devem ser conduzidas nos mercados de exploração de *big data*.

Fazendo parte de um ambiente em rápida mudança, a inovação também desempenha um papel importante nos mercados em que operam os mecanismos de pesquisa, as redes sociais e as plataformas de comércio eletrônico, levantando questões sobre a relação entre concorrência e inovação em mercados dinâmicos, como estes relacionados à exploração dos dados pessoais dos usuários.

4.1 *Big data* e poder de mercado

A participação de mercado pode ser interpretada como o nível de participação que determinada empresa tem em relação ao total da demanda de determinado mercado, ou seja, quanto a empresa, com a sua oferta de produtos ou serviços, pode suprir da demanda que os consumidores têm daqueles produtos ou serviços.

Esta participação de mercado, também denominada *market share* ou parcela substancial do mercado, tem relação direta com o abuso de posição dominante entre empresas concorrentes. O termo posição dominante, por sua vez, é a qualidade que se dá à participação de mercado de determinada empresa quando as práticas comerciais desta última possam influenciar de forma sensível a dinâmica concorrencial do mercado.

Trazendo a ideia de posição dominante enquanto uma construção jurídica que indica a separação entre um poder de mercado aceitável daquele que pode prejudicar a concorrência (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 113), é importante observar que a própria LDC traz especificações sobre este tema, a qual, através do Art. 36, § 2º, fixou uma presunção de que a empresa deteria posição dominante caso viesse a controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, fazendo com que o preenchimento deste requisito delineie a

viabilidade do exercício de poder de mercado das empresas sob o controle da autoridade antitruste.

O poder de mercado, pode ser conceituado como a possibilidade de manutenção de preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado (BRASIL, 2007, p. 24). Sobre o assunto, segue a conceituação completa constante no Guia Prático do CADE¹³¹:

Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado. [...] Para que seja caracterizada a existência de poder de mercado faz-se necessário proceder a uma análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes. Se, mesmo tendo posição dominante em um mercado relevante, a decisão de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa for contestada pela reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então essa empresa não possui poder de mercado. (BRASIL, 2007, P. 24-25).

Ainda sobre o exercício de poder de mercado, Domingues e Gaban (2016, p. 114) afirmam que “mesmo se baseando exclusivamente em uma porcentagem do mercado relevante, (presunção legal de poder de mercado a partir de 20% de participação de mercado) este critério deve ser dotado de certa flexibilidade que permita adaptá-lo a cada estrutura de mercado”. De fato, a própria legislação antitruste¹³² autoriza a flexibilização da análise sobre posição dominante conforme as necessidades e especificidades dos mercados sob o escrutínio do Cade.

Por óbvio, por se tratar de uma exceção à regra de presunção legal, a utilização desta exceção deve ser suficientemente instruída e razoável, de modo a possibilitar a fundamentação da restrição à liberdade de iniciativa do agente econômico (DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 114).

É justamente a partir desta previsão de flexibilização que a discussão a respeito de exercício de poder de mercado através da exploração de *big data* deve surgir. A metodologia utilizada para estimar o *market share* de cada concorrente é aplicada com base no faturamento bruto e no volume de vendas, que são as expressões que trazem maior significado econômico.

O desafio que a economia digital traz à esta metodologia é justamente como aplicar as ferramentas tradicionais para estimar a participação de mercado quando os produtos e

¹³¹ CADE. Guia prático do CADE - A defesa da concorrência no Brasil. Coleção CIEE, 3ª edição, 2007. Disponível em <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019.

¹³² Especialmente através do art. 36, § 2º da LDC, o qual, além de estipular a presunção legal, estabeleceu também que o percentual de 20% pode ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia

serviços são oferecidos sem contraprestação pecuniária, ou seja, são cobrados a “preço zero”, e a empresa não auferir nenhuma renda da prestação do serviço ou do fornecimento do produto (MONTEIRO, 2017, p. 97).

De um lado, por conta da natureza não-rival dos dados, alega-se que não é plausível a suposição de que uma empresa pode obter poder de mercado através da exploração de *big data* (TUCKER; WELLFORD, 2014, p. 12). De fato, caso determinada empresa não ofereça produtos ou serviços pagos aos clientes com base nos dados coletados e não gere valor, de outra maneira, através da exploração desse conjunto de dados, o poder de mercado, em um mercado potencial de dados, não pode ser estabelecido seguindo a abordagem tradicional de controle de concentrações econômicas (GRAEF, 2016, p. 261).

Quando os dados são usados apenas como uma entrada para produtos ou serviços onde não há nenhum lucro ou receita diretamente relacionada aos dados, nenhum valor pode ser atribuído a estes últimos enquanto ativos econômicos (GRAEF, 2016, p. 261).

Entretanto, para que se possa discutir sobre a possibilidade de obtenção de poder de mercado, a discussão passa necessariamente pela análise da existência de barreiras à entrada de outros concorrentes no mercado de exploração de *big data*, diante da qual a natureza não-rival dos dados deve ser sopesada (GRAEF, 2016, p. 261).

Embora uma empresa já estabelecida no mercado de exploração de *big data* não consiga impedir que concorrentes em potencial ou novos entrantes coletem dados pessoais idênticos ou semelhantes aos que a empresa já detém - como idade, sexo, profissão e localização de um usuário - os dados específicos necessários para concorrer diretamente com as empresas que atuam através de mecanismos de pesquisa, redes sociais ou plataformas de *e-commerce* pode não estar prontamente disponível para outras empresas (GRAEF, 2016, p. 260).

A partir daqui entra no contexto a discussão a respeito de concorrência dinâmica¹³³. Nos casos em que os dados ainda não foram negociados como um produto separado e onde não foi formado um mercado, é particularmente relevante analisar a probabilidade de outras concorrentes possuírem informações semelhantes ou estarem em condições de capturar, por seus próprios meios, os dados pessoais necessários à sua operação, colocando a empresa já estabelecida no mercado sob pressão competitiva (GRAEF, 2016, p. 261).

¹³³ A concorrência dinâmica pode ser entendida, em contraposição à ideia de concorrência estática, como um conceito de concorrência visto como um processo evolutivo, dinâmico, gerado por fatores próprios da dinâmica econômica, principalmente as inovações que se originam da busca de novas oportunidades lucrativas por parte das empresas em sua interação competitiva. Cf KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition and Antitrust Policy In High Tech Markets. *Competition*, v. 14, p. 47, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925707>. Acesso em 23 mai.2019.

Graef (2016) aponta quatro pontos principais que devem ser considerados na análise de poder de mercado quando se trata de mercados de exploração de *big data*:

(1) os dados são utilizados para o aperfeiçoamento dos produtos finais ou serviços entregue em plataformas *on-line*; (2) a empresa que explora o mercado de dados depende de contratos ou de propriedade intelectual para proteger sua base de dados do acesso de livre de concorrentes; (3) há poucos ou nenhum substituto real disponível no mercado das informações específicas e necessárias para que haja efetiva concorrência entre uma empresa entrante e uma empresa já estabelecida no mercado de exploração de *big data*; (4) não seria viável para um concorrente em potencial realizar a coleta de dados para desenvolver um novo conjunto de dados com um alcance comparável ao da empresa já estabelecida no mercado (por exemplo, devido a efeitos de rede ou economias de escala e escopo) (GRAEF, 2016, p. 261, tradução nossa)¹³⁴

Neste sentido, se a análise da concorrência dinâmica estiver ausente, a observação das circunstâncias acima estabelecidas pode ajudar a definir os padrões aplicáveis à mensuração de poder de mercado no ambiente econômico de exploração de *big data*.

Em mercados baseados na exploração de dados pessoais, onde são oferecidos produtos e serviços a “preço zero”, a OCDE (2016, p. 17) observa que o poder de mercado pode ser melhor mensurado a partir da verificação das participações no controle de dados pessoais¹³⁵ do que por meio de outras métricas.

Sugere que a definição de mercado relevante nos mercados de exploração de *big data* não deve se ater somente à análise de faturamento das empresas¹³⁶, mas também verificar os fluxos de dados ocorridos entre as empresas e os usuários dos seus serviços e produtos (OCDE, 2016, p. 15).

¹³⁴ Tradução livre do trecho: “The presence of the following nonexhaustive circumstances may in particular be considered to point towards market power in a market defined around data: (1) data is a significant input into the end products or services delivered on online platforms; (2) the incumbent relies on contracts or on intellectual property and trade secret law to protect its dataset as a result of which competitors cannot freely access the necessary data; (3) there are few or no actual substitutes readily available on the market for the specific information needed to compete on equal footing with an incumbent; (4) it is not viable for a potential competitor to collect data itself in order to develop a new dataset with a comparable scope to that of the incumbent (for example due to network effects or economies of scale and scope)” Cf. GRAEF, Inge. Data as essential facility - Competition and Innovation on Online Platforms. 2015. Tese (Doutorado). Faculty of Law, KU Leven, Bélgica, 2015. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2019.

¹³⁵ Nesta metodologia seria considerada uma totalidade de dados pessoais coletados e tratados pelas empresas, para, a partir disto, poder se delimitar a participação no controle de dados pessoais que cada empresa detém.

¹³⁶ A OCDE propôs analisar os resultados financeiros de uma empresa como a capitalização de mercado, receitas e lucro líquido por usuário ou por registro, a fim de estimar o valor monetário dos dados pessoais, que seria analisado a partir do lucro total auferido pelas empresas, em comparação à quantidade de consumidores que ela atende. Cf. OECD, Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers, n. 220, 2013 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>>. Acesso em 12 jul. 2019.

A proposta apresentada encontra problemas práticos para ser aplicada, principalmente no que diz respeito à metodologia de comparação entre os dados obtidos pelas empresas concorrentes. Atento a este problema, Graef (2016, p. 25) sugere que a análise sobre a existência de poder de mercado se dê através da possibilidade da empresa que atua nos mercados digitais de transformar os dados coletados e tratados em lucro ou valor monetário, seja através do licenciamento de uso, seja pela prestação de serviços pagos, que tangenciam e se utilizam da exploração destes dados pessoais.

De fato, as dificuldades em comparar dados pessoais que não são exatamente idênticos ou, de alguma forma, padronizados, merecem ser consideradas, uma vez que poderiam deturpar a análise de poder de mercado com base nas participações das empresas no controle dos dados pessoais, a ponto de inutilizá-la para o controle de concentrações.

Este racional, além de considerar o valor dos dados pessoais em si, enquanto insumos para o oferecimento de produtos e serviços, permite trazer ao contexto do *big data* a discussão sobre acesso aos dados pessoais enquanto *essential facilities*.

A teoria das *essential facilities* tem sido aplicada ao mercado de infraestruturas físicas e aos ativos intangíveis protegidos por direitos de propriedade intelectual em diversas ocasiões e trata basicamente da metodologia de análise através da qual se possibilita considerar que a exploração de determinado ativo é essencial para o estabelecimento de uma dinâmica concorrencial em um mercado¹³⁷. A questão que se coloca é se e como a doutrina das *essential facilities* deve ser aplicada no mercado de exploração de *big data*.

De acordo com a teoria das *essential facilities* atualmente aplicada na análise antitruste são quatro os pontos principais através dos quais a análise da recusa de determinado concorrente em compartilhar a base de dados que possui deve ser tratada: *i.* a indispensabilidade dos dados; *ii.* a intenção do concorrente em excluir, diminuir ou retardar a dinâmica concorrencial em um mercado relacionado à sua atuação (*downstream*¹³⁸ ou *upstream*¹³⁹); *iii.* a intenção do concorrente em evitar ou retardar a introdução de um novo produto no mercado; e

¹³⁷ Pode ser considerado um exemplo para ilustrar este ponto a discussão a respeito do acesso a uma ferrovia, a qual é considerada um ativo detido por determinada empresa, que se vê obrigada a compartilhar o acesso à ferrovia com outras empresas concorrentes ou potenciais concorrentes, sem o qual, não seria possível ocorrer qualquer atividade econômica.

¹³⁸ Quando se considera uma cadeia de produção de determinado produto ou serviço, o mercado *downstream*, também traduzido como mercado a jusante, pode ser considerado a fase posterior de produção, em relação ao mercado que se está analisando.

¹³⁹ Quando se considera uma cadeia de produção de determinado produto ou serviço, o mercado *upstream*, também traduzido como mercado a montante, pode ser considerado a fase anterior de produção, em relação ao mercado que se está analisando.

a *iv.* ausência de uma justificativa objetiva para não compartilhar os dados (GRAEF, 2016, p. 264).

A indispensabilidade dos dados pessoais no contexto da recusa de compartilhamento faz referência basicamente às condições financeiras e a um período de tempo razoável, para que um novo concorrente possa se inserir no mercado de exploração de *big data*. Ao avaliar a possibilidade dos concorrentes reproduzirem uma base de dados, se torna relevante avaliar a viabilidade econômica desta reprodução, para que se possa considerar o acesso a determinados dados como indispensável (GRAEF, 2016, p. 264).

No que diz respeito à intenção do concorrente em excluir, diminuir ou retardar a dinâmica concorrencial em determinado mercado, a metodologia de análise observa em que medida uma empresa já estabelecida no mercado de exploração de *big data* deve ou não ser forçada a compartilhar acesso ao seu banco de dados a outro concorrente que eventualmente necessite destes dados para começar a concorrer em um mercado no qual a empresa estabelecida não esteja presente (GRAEF, 2016, p. 268).

Essa análise é particularmente importante quando se observa a dinâmica de concorrência indireta, onde as empresas podem buscar ter acesso aos dados para introduzir serviços de estatísticas, análises ou produtos não diretamente relacionados aos seus principais serviços.

Tratando da análise sobre a intenção do concorrente em evitar ou retardar a introdução de um novo produto no mercado de exploração de *big data*, a especificidade deste mercado demonstra que o acesso aos dados pessoais pode ser protegido por direitos autorais ou pela legislação de proteção de dados pessoais.

Em um cenário de concorrência direta, é possível afirmar que o compartilhamento de acesso aos dados por outro concorrente não poderá ser facilmente atendido se o serviço ou produto a ser introduzido pelo concorrente for concorrente direto dos serviços já explorados pela empresa sedimentada no mercado (GRAEF, 2016, p. 269).

No que diz respeito à ausência de uma justificativa objetiva para não compartilhamento dos dados pessoais entre concorrentes, deve-se observar que este ponto se relaciona diretamente com as obrigações legais que as empresas passaram a ter perante a legislação de proteção de dados pessoais. Desta forma, ao argumentar que o compartilhamento dos dados pessoais com os concorrentes torna a empresa incapaz de cumprir as suas obrigações legais (GRAEF, 2016, p. 270).

Este argumento já é tratado pelas autoridades antitruste atualmente, as quais apresentam um entendimento vasto e sedimentado, através do qual é possível depreender que o

fato de um setor ser regulamentado não significa que ele esteja imune à intervenção antitruste. Desta forma, conclui-se que o cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais, por si só, não é passível de obstaculizar o compartilhamento de dados pessoais entre empresas concorrentes (GRAEF, 2016, p. 271).

Diante do exposto, é possível concluir que, embora a discussão - a respeito dos dados pessoais enquanto vantagem competitiva ou passíveis de serem considerados uma barreira à entrada - esteja sujeita a controvérsias, não se pode excluir a possibilidade de que a captura e tratamento destes dados podem gerar benefícios econômicos às empresas que exploram *big data*.

Os dados aos quais os potenciais concorrentes necessitam ter acesso para oferecer serviços ou produtos podem não estar prontamente disponíveis no mercado ou ser reproduzidos de maneira rápida e através de investimentos razoáveis. Considerando este fato, a construção da teoria de *essential facility* no mercado de *big data* é particularmente importante, pois está ligada também à análise da existência do poder de mercado e à consideração dos dados como ativos econômicos ou, no mínimo, como insumos necessários à geração, produção e desenvolvimento dos produtos ou serviços na economia digital.

4.2 Concorrência dinâmica e efeitos "não-preço"

Para que se possa proceder à análise da concorrência dinâmica¹⁴⁰ é necessário ter em conta as teorias dinâmicas de concorrência, que se caracterizam pelo emprego de noções da teoria schumpeteriana à análise antitruste.

Michael Katz e Howard Shelanski (2005, p. 2) destacam que, na visão da escola schumpeteriana¹⁴¹, a competição nos mercados de alta tecnologia se desenvolveria essencialmente através de ciclos de inovação e não por meio de competições por preços estáticos.

¹⁴⁰ A concorrência dinâmica é um termo usado para descrever as interações entre empresas que participam de um ambiente de negócios competitivo. A ação competitiva individual se torna o principal indicador da dinâmica competitiva à medida que cada empresa atua para aumentar sua vantagem competitiva em comparação com seus concorrentes, através do oferecimento de novos produtos ou serviços, promovendo a concorrência prioritariamente através da inovação (POSSAS, 2002, p. 4).

¹⁴¹ Nas palavras de Possas, a visão da escola schumpeteriana tem como principal característica “a sua inserção em uma visão dinâmica e evolucionária do funcionamento da economia capitalista. Por ela, a evolução desta economia é vista ao longo do tempo (e por isso é dinâmica e evolucionária) como baseada num processo ininterrupto de introdução e difusão de inovações em sentido amplo, isto é, de quaisquer mudanças no “espaço econômico” no qual operam as empresas, sejam elas mudanças nos produtos, nos processos produtivos, nas fontes de matérias primas, nas formas de organização produtiva, ou nos próprios mercados, inclusive em termos geográficos.” (POSSAS, 2002, p.4/5)

Desta forma, as empresas passariam a concorrer em busca do aumento das suas participações de mercado, ou da obtenção da completude do mercado, ainda que de forma temporária, por meio da introdução de novas tecnologias (KATZ; SHELANSKI, 2005, p. 7).

Nos setores que envolvem tecnologia, como é o caso dos mercados de exploração de *big data*, a competição seria impulsionada pela força criativa de empresas que busquem superar as estruturas econômicas anteriormente vigentes. Nesta dinâmica, se a concorrente conseguir inovar, passa a deter todo o mercado antecessor, consolidando o ciclo de “destruição criativa” schumpeteriano (KATZ; SHELANSKI, 2005, p. 7-8).

Gregory Sidak e David Teece (2009, p. 581), por outro lado, entendem que as autoridades antitruste já aplicam, de alguma forma, a perspectiva schumpeteriana de concorrência dinâmica e apontam que, se estas prevalecessem sobre a visão neoclássica de concorrência, caracterizada como estática, a análise demandaria um peso menor no que diz respeito à *market share* (i.e. participação de mercado) e concentração de poder econômico, bem como trazendo maior importância na avaliação de concorrência potencial e das capacidades empresariais.

No que diz respeito ao controle das concentrações econômicas¹⁴², Douglas Ginsburg e Joshua Wright (2012, p. 5) entendem que as análises de concorrência dinâmica¹⁴³, se utilizam de métodos econômicos para observar a relação entre estrutura de mercado e inovação. Para que este modelo possa oferecer uma completa compreensão das relações entre concorrência e inovação, a análise dinâmica da concorrência deveria enfatizar as capacidades operacionais das empresas nos mercados em análise.

O *big data* tem ligação intrínseca com as teorias dinâmicas de concorrência, na medida em que a análise antitruste sobre as concentrações econômicas nestes mercados perpassa também pela observação das múltiplas possibilidades das empresas em gerar valor e utilizar a exploração dos dados para alterar as estruturas e dinâmicas de mercado.

Por outro lado, é necessário reconhecer que a incorporação da análise dinâmica da concorrência na prática antitruste, enseja desafios e dificuldades que se tornam importantes obstáculos para a incorporação desse instrumental.

¹⁴² Para acessar o conceito de concentração econômica e os seus pressupostos, veja-se capítulo 3 desta pesquisa.

¹⁴³ Douglas Ginsburg e Joshua Wright (2011, p. 1) explicam que a literatura antitruste se refere à análise dinâmica da concorrência em duas formas distintas, a primeira se refere à incorporação das dimensões de inovação à criação de novos produtos e modelos de negócios ao modelo estático de concorrência, enquanto que a segunda – a qual os autores se filiam - se refere à análise mais ampla do relacionamento entre as atividades competitivas das empresas e as condições futuras de mercado.

Douglas Ginsburg e Joshua Wright (2012, p. 4) observam que há uma relação imperfeita entre a análise de estrutura de mercado e os incentivos para a inovação. Entretanto, defendem a visão schumpeteriana na análise antitruste, na medida em esta visão facilitaria a presunção de que a concorrência dinâmica se desenvolveria pelo mercado como um todo (GISNBURG; WRIGHT, 2011, p. 7).

Deve-se ter em conta ainda que utilização pura e simples do instrumental de análise das teorias dinâmicas de concorrência pode atribuir às autoridades antitruste uma maior discricionariedade (GISNBURG; WRIGHT, 2011, p. 14-15), circunstância esta que deveria ser mitigada na prática do controle de estruturas.

A teoria econômica convencional¹⁴⁴, tem como principal ponto de análise a variável “preço”. Marshall (1890, p. 197), introduzindo a análise de equilíbrio parcial¹⁴⁵, oferece a teoria de que o preço de um produto é a expressão do equilíbrio entre as forças da oferta e da demanda.

Apresenta três pressupostos básicos para que se considere o equilíbrio parcial: *i.* trata-se o mercado como se estivesse em situação de livre concorrência, com várias empresas oferecendo produtos homogêneos; *ii.* considera-se que não haveria barreiras ao acesso à informação pelos agentes; e *iii.* considera-se que haveria mobilidade de fatores e ausência de barreiras à entrada (MARSHALL, 1890, p. 197).

Considerando a presença destes fatores, ocorreria o equilíbrio econômico estável¹⁴⁶, fazendo com que as forças de oferta e demanda se corrijam (MARSHALL, 1890, p. 197).

Enquanto que na situação de mercado onde os preços estariam variando, os eventuais desvios seriam corrigidos por ampliação ou redução da demanda (MARSHALL, 1890, p. 197).

Essa construção teórica se mostrou dominante para o ambiente de análise microeconômica e a teoria do equilíbrio parcial se mantém atraente para a análise microeconômica, apesar da realidade apresentar poucas empresas com produção diferenciada e

¹⁴⁴ Faz-se referência aqui à Escola de Chicago, que considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). Sustenta-se ainda que a política antitruste carregaria consigo um paradoxo, pois simultaneamente preserva e combate a concorrência. Caso se configurassem estruturas concentradas, estas deveriam ser balanceadas diante de uma eventual economia de recursos que pudesse compensar seus efeitos anticompetitivos, não podendo ser consideradas ineficientes por si só. Desta forma, esta visão propõe a análise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos (GAMA, 2005, p. 10).

¹⁴⁵ No equilíbrio parcial, consideram-se constantes os preços de todos os bens substitutos e complementares assim como os níveis de rendimento dos consumidores. Nesse equilíbrio, o preço se ajustaria até que a quantidade fornecida seja igual à demanda (MARSHALL, 1890, p. 197)

¹⁴⁶ No equilíbrio estático, o processo de barganha faz com que o preço nunca fique distante de um certo valor. Este é o preço de equilíbrio e quando dele o mercado se afasta os agentes esperam os preços se ajustarem (Ibidem., p. 212)

informações assimétricas, onde a demanda nem sempre acessa os produtos mais baratos, (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 164).

Em mercados oligopolizados¹⁴⁷, na medida em que as empresas se reconhecem como rivais, passam a buscar novos mercados e formas de produzir, assumindo que os seus custos fixos proíbem uma concorrência mais incisiva através do fator preço (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 165).

Como a análise econômica antitruste trata da análise microeconômica aplicada, necessariamente tem como objeto a dinâmica dos oligopólios. Uma simples observação do escrutínio que as autoridades antitruste fazem dos atos de concentração demonstra a prevalência da análise sobre a eficiência alocativa sob a dimensão de preço, nas ferramentas analíticas do antitruste.

Este fator pode ser explicado pela interação da microeconomia com o direito, na medida em que este último se preocupa com a detecção de regularidades e de variáveis que possam ser reconhecidas como evidências de forma simples e quantitativa (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 165).

Neste sentido, passa-se a tratar da análise das autoridades de defesa da concorrência a respeito dos critérios não vinculados ao preço, buscando discutir quais os impactos das concentrações econômicas para além da dimensão concorrencial; e como quais os aspectos analíticos que se desviam do critério de preço.

O debate envolve uma discussão a respeito dos objetivos do próprio antitruste. Considerado que a análise tradicional entende que dimensões como interesse nacional, política industrial, emprego ou meio ambiente devem passar ao largo do escopo da concorrência das empresas, é possível observar que as autoridades antitruste, ainda que indiretamente, se utilizam de critérios que não se vinculam ao preço para deliberar a respeito de atos de concentração.

É necessário ter em conta ainda que esta conclusão não exclui o fato dos votos em casos analisado pelo Tribunal do CADE serem produzidos, em regra, com tecnicidade, mas que se utilizam de complementos argumentativos que não necessariamente se vinculam aos critérios de preços.

Neste sentido é possível mencionar, apenas para fins ilustrativos, casos em que se observou a utilização de critérios não vinculados ao preço para a análise antitruste: *i.* a

¹⁴⁷ Do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender), o oligopólio é o regime em que a oferta está nas mãos de poucos agentes econômicos, limitados pela quantidade de agentes econômicos ou pela capacidade produtiva, e constituídos em um pequeno grupo (NUSDEO, 2001, p. 267).

concentração econômica entre a Nestlé-Garoto¹⁴⁸ onde se considerou, além dos critérios econômicos, também a situação da manutenção de empregos na região do Espírito Santo¹⁴⁹; *ii.* a deliberação da Alemanha pela restrição à possibilidade de aquisição de empresas alemãs por capital chinês¹⁵⁰; *iii.* a deliberação canadense, que vetou a aquisição da empresa de fertilizantes *Potash Corporation*¹⁵¹; e mais recentemente *iv.* o veto pelo governo dos EUA da negociação entre a asiática *Broadcom*, com sede em Cingapura, e a americana *Qualcomm*¹⁵².

Desta forma, é possível observar sustentações no sentido de que essas dimensões não relacionadas à eficiência impactam indiretamente o objeto da análise antitruste de atos de concentração¹⁵³.

Há ainda outras dimensões analíticas¹⁵⁴ que extrapolam o efeito preço e que podem afetar diretamente a dinâmica competitiva e o bem-estar dos consumidores, devendo assim ser consideradas pelas autoridades antitruste (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 168).

Neste sentido há inclusive posicionamento da jurisprudência do Cade, como é possível depreender da exposição do Ex-Conselheiro Paulo Burnier¹⁵⁵:

[Em alguns contextos], o ato de concentração deve ser analisado sob perspectiva especial dos seus efeitos não-relacionados a “preço”. Esse assunto foi recentemente objeto de destaque na *International Competition Network (ICN)*, sob o título “*non-price effects*”, que ressaltou a importância de se levar em consideração, sobretudo em setores-chaves, como é o setor de educação, aspectos relacionados à qualidade dos serviços, à variedade da oferta e ao potencial de inovação.

Tratando das dimensões de análise antitruste não relacionadas ao critério de preços, é possível observar que este tipo de análise não é a regra no ambiente dos controles de

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n. 08700.003861/2016-30. Cons. Rel. Alexandre Cordeiro. Requerente: Nestlé Brasil Ltda.

¹⁴⁹ Apesar de não ter sido requisito ou principal motivação para a aprovação da concentração econômica, observa-se que, de certo modo, o CADE levou este aspecto e consideração na sua decisão

¹⁵⁰ Mais informações: DELFS, Arne. Alemanha barra aquisição chinesa de empresa do país pela 1ª vez. **Exame**. [S.l.], 1 ago. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/alemanha-barra-aquisicao-chinesa-de-empresa-do-pais-pela-1a-vez/>>. Acesso em: 23 jul. 2019. Também consultar: VALOR. Alemanha quer mais poderes para vetar investimentos chineses no país. **Valor Econômico**. [S.l.], 7 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/internacional/5717289/alemanha-quer-mais-poderes-para-vetar-investimentos-chineses-no-pais>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹⁵¹ Mais informações: BHP Billiton abandons takeover bid for Canada’s Potash. **BBC News**. [S.l.], 15 nov. 2010. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/news/business-11754820>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁵² Mais informações: LOUREIRO, Rodrigo. O veto de Trump. **ISTOÉ Dinheiro**. [S.l.], 16 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/o-veto-de-trump/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁵³ Para uma análise entre da relação entre o controle de concentrações econômicas e as forças sociais internas na composição da regulação, veja-se: SANTOS, L.A.M. O Acordo em Controle de Concentrações no pós-fordismo periférico. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-083534/pt-br.php>>. Acesso em 23 mai. 2019.

¹⁵⁴ Pode-se listar: interesse nacional; política industrial; emprego; meio-ambiente; direito do consumidor (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 167).

¹⁵⁵ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56. Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.

concentrações econômicas e deve ser considerado enquanto suporte analítico quando a análise sobre eficiência alocativa não endereçar os problemas concorrenciais de forma satisfatória.

Desta forma, sob a perspectiva de análise dos mercados de exploração de *big data*, restam enquanto sugestões de aperfeiçoamento de instrumental dos critérios antitruste não vinculados ao preço aquelas preocupações vinculadas análise de inovação das empresas no contexto da estrutura dos mercados, bem como a análise da qualidade do serviço ou do produto sob a ótica do consumidor nas concentrações econômicas.

4.2.1 Dimensão da Inovação

A análise da dimensão relacionada à inovação, é especialmente relevante quando se observa o mercado de exploração de *big data*. Neste sentido, há quem defenda que a análise antitruste clássica se torna insuficiente para a identificação dos efeitos concorrenciais promovidos pela concentração econômica, de modo que exige uma abordagem dinâmica da concorrência (SIDAK; TEECE, 2009, p. 585).

A título de exemplificação de como a autoridade antitruste é sensível ao critério de análise relacionado à concorrência dinâmica, é possível mencionar o ato de concentração entre as empresas Dow e DuPont¹⁵⁶, onde a Comissão Europeia identificou possíveis efeitos deletérios no ritmo de inovações da empresa concentrada no âmbito pós-operação e exigiu compromisso, por parte das Requerentes, de alienação da divisão de pesquisa da DuPont para outro *player*, que deveria ser capaz de preservar a concorrência via inovação (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 169).

É possível vincular a análise deste critério ao mercado de exploração de *big data* na medida em que as empresas que atuam neste mercado geralmente oferecem os produtos e serviços de forma gratuita e demandam alto nível de inovação para a manutenção da produtividade.

Sobre o assunto, Thibault Schrepel (2018, p. 21) analisa os efeitos da ausência de uma categoria jurídica específica e dedicada às práticas anticompetitivas que envolvem o que seria inovação predatória e observa que, em geral, as regras antitruste pretendem sancionar preços predatórios que eventualmente eliminam o processo competitivo em si e que uma situação semelhante se aplicaria à inovação.

¹⁵⁶ No Brasil o CADE também apreciou a concentração econômica, veja-se: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61 . Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company

Ainda para o autor, a inovação, enquanto uma das principais bases da concorrência entre empresas, deve ser considerada benéfica para os consumidores que podem desfrutar de novos produtos que se moldam melhor às suas necessidades. Por outro lado, esta mesma inovação, quando utilizada para prejudicar a dinâmica concorrencial entre *players* deve ser devidamente endereçada pela autoridade antitruste responsável, com base em instrumentos de análise minimamente hábeis a tratar do tema (SCHREPEL, 2018, p. 21).

O tema dos efeitos concorrenciais da inovação já ganhou espaço no debate nacional através da análise de supostas condutas unilaterais anticoncorrenciais realizadas pelo Google¹⁵⁷, sobre as quais o CADE entendeu pelo arquivamento, sem qualquer responsabilização da empresa envolvida.

4.2.2 Dimensão da Qualidade

Quando se observa os parâmetros de qualidade dos produtos ou serviços enquanto efeitos não relacionados aos critérios de preço, é necessário ter em conta que a LDC já prevê objetivamente que o CADE analise a qualidade de bens ou serviços, quando trata dos ganhos de eficiência específica da operação¹⁵⁸.

No mesmo sentido é a afirmação do Guia-H (BRASIL, 2016, p. 7-13) no qual, a definição do mercado relevante nas operações de concentração econômica, também considera objetivamente a importância da qualidade dos produtos ou serviços que são envolvidos na operação.

De maneira geral, a análise deste critério busca perquirir os possíveis impactos de uma concentração econômica na qualidade da prestação do serviço ou do produto oferecido, relacionando diretamente os efeitos do ato de concentração às eficiências apresentadas pelas partes¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Veja-se: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping) Cons. Rel.: Mauricio Bandeira Maia. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (*Google Scraping*) Cons. Rel.: Polyana Vilanova. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (*Google Multihoming*) Cons. Rel.: Mauricio Bandeira Maia. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.

¹⁵⁸ §5º e §6º do Artigo 88, Lei nº 12.529/2011.

¹⁵⁹ É importante observar que a análise antitruste não necessariamente percorre a análise de eficiências de uma determinada operação e geralmente é aplicada, se a autoridade antitruste entender necessária, após as seguintes fases: a definição do mercado relevante, análise do nível de concentração; avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado, considerando o nível de rivalidade; e avaliação sobre o poder de compra existente no mercado (BRASIL, 2016, p. 9-10)

Um exemplo da utilização da análise dos efeitos em termos de qualidade no ambiente concorrencial brasileiro foi o ato de concentração que deu origem à *joint venture* firmada, em 2016, entre os canais de televisão aberta SBT, Record e RedeTV¹⁶⁰, quando o CADE condicionou a aprovação ao compromisso da *Joint Venture* em direcionar parte de sua receita futura em “investimentos individuais das Compromissárias em fomento de oferta e/ou qualidade de conteúdo”¹⁶¹ (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 170).

A análise do critério de qualidade dos produtos e serviços ofertados talvez seja o ponto principal da discussão que envolve a análise antitruste de efeitos não relacionados ao preço no mercado de exploração de *big data*. Uma quantidade sensível de pesquisas nesta área¹⁶² sugere que a privacidade dos consumidores e a proteção dos dados pessoais constitui um parâmetro de análise para efeitos não vinculados ao preço e deveriam ser considerados uma forma de concorrência sob o quesito qualidade.

Deste modo, é possível afirmar que é verossímil a observação de que a aquisição de um concorrente com um nível maior e melhor de privacidade dos consumidores e de proteção de dados teria o potencial de diminuir a qualidade do serviço ou produto prestado, em um cenário de análise posterior a concentração econômica.

Por outro lado, Schepp e Wambach (2015, p. 124) argumentam que a noção de usar a privacidade como um parâmetro de competição sem preço funciona em teoria, mas apresenta problemas na aplicação prática.

Em primeiro lugar, argumentam que os critérios e métricas que podem apontar para uma redução de privacidade tendem a ser incertos e imprecisos. Em segundo lugar, mesmo que tais medidas existissem, não seria uma competência funcional da autoridade da concorrência a função de definir um nível ideal de privacidade ou para julgar qual redução na privacidade é aceitável. Em terceiro lugar, a ligação entre os dados significaria ainda que outras eficiências têm que ser equilibradas em face do decréscimo dos níveis de privacidade e proteção de dados. Em quarto lugar, há incertezas inclusive no que diz respeito à aplicação de remédios, os quais,

¹⁶⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21. Cons. Rel. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda.

¹⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Acordo em Controle de Concentração (versão pública) referente ao Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21. Cons. Rel. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?39YTcUUQz2-s_Q2NZCwcg3pO11CNFAMFPG2t2FuOPpX9IRNvyTGAs_GpSvojtYYB2jisgMINYa54xwTkx6Sw2w,. Acesso em 20 de Junho de 2019

¹⁶² Neste sentido podem ser citadas as pesquisas de Stucke e Grunes (2015), Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt (2016), Schepp e Wanbach (2015), e de Sokol e Comerford (2016).

com o intuito de salvaguardar certo nível de privacidade, poderiam levar a restrições desiguais na privacidade de players no mesmo mercado, o que viria a distorcer a dinâmica concorrencial (SCHEPP; WAMBACH, 2015, p. 124).

Outro aspecto que pode ser relacionado à qualidade dos produtos e serviços é aquele que diz respeito à preocupação com as marcas envolvidas em concentrações econômicas, uma vez que estas são, em certa medida, o reflexo da qualidade dos produtos que representam.

Por fim, deve-se ter em conta também que a análise concorrencial, está atenta às concentrações que envolvem direito de propriedade intelectual sobre as marcas¹⁶³, principalmente diante daquelas que estejam em mercados de produtos diferenciados. É possível observar que as marcas se tornaram objeto de desinvestimento quando da aplicação de remédios, mesmo tendo características intangíveis, sendo tratadas de forma semelhante aos ativos produtivos (MACEDO; LOPES; ALMEIDA, 2017, p. 171).

4.2.3 Métodos complementares e alternativos de análise antitruste

Há ainda potencialidade de danos à concorrência, vinculados aos critérios não relacionados ao preço quando se pensa na criação de barreiras à potenciais entrantes no mercado de exploração de *big data*. Neste sentido, deve-se ter em conta a possibilidade de que uma concentração econômica venha a provocar um arrefecimento da competição potencial na dinâmica dos mercados digitais.

Novamente, o Guia-H trata do tema e afirma que “atos de concentração entre uma empresa já ativa e um concorrente potencial em um mesmo mercado relevante podem ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes aos atos de concentração entre duas empresas ativas no mesmo mercado relevante” (BRASIL, 2016, p. 51).

Neste sentido, é possível que uma concentração econômica que envolva concorrentes no mercado de exploração de *big data* possa incorrer na criação de barreiras legais ou técnicas que eventualmente possam dificultar a entrada de novos concorrentes em determinado mercado.

A título de suposição, é possível imaginar uma concentração econômica que possa restringir o número de licenças de exploração de determinado produto, colocando concorrentes em desvantagem.

¹⁶³ Deve-se ter em conta que a discussão a respeito do desinvestimento de marcas no âmbito de concentrações econômicas, apesar de não estar diretamente ligada com o tema da pesquisa, deve ser levado em consideração quando se trata da análise da dimensão da qualidade no controle de concentrações, uma vez que é o signo que, muitas vezes, simboliza a qualidade dos produtos ou serviços oferecidos por determinada empresa.

Especificamente no mercado de dados, é possível dar como exemplo o uso de *cookies*. Em simples conceituação, *cookies* são arquivos de internet que armazenam temporariamente as informações de quem visita determinado site a internet¹⁶⁴. Para que estes arquivos possam ser utilizados, é necessário que o usuário autorize a sua coleta. Se assumirmos a existência de um concorrente entrante que tem outros meios de coletar os dados necessários ao funcionamento do seu negócio sem o uso de *cookies*, este concorrente não deveria estar submetido à regulação de usos de *cookies* (RUBINFELD; GAL, 2016, p. 24).

Há ainda outro aspecto de análise que não envolve o critério “preço” e que vem ganhando relevância no tratamento das concentrações econômicas, que é a identificação de empresas do tipo *maverick*¹⁶⁵.

O Guia-H apresenta a potencial eliminação de *mavericks* como um fator a ser analisado pela autoridade antitruste e considera que o CADE pode considerar que determinada concentração econômica que “envolva uma empresa com uma estratégia de liderança de custos, de inovação ou de nicho, por exemplo, pode diminuir a concorrência atual ou potencial [...], diminuir a rivalidade e desestimular a inovação [...], ainda que a variação do HHI seja baixa” (BRASIL, 2016, p. 51).

Faz todo o sentido analisar empresas *mavericks* sob a dinâmica concorrencial dos mercados de exploração de *big data*, uma vez que se trata de um mercado que demanda inovações constantes e que demonstra reais oportunidades de entrada de novos concorrentes. Desta forma, é possível afirmar que a autoridade antitruste brasileira já contempla este critério não relacionado a “preço” a contento, o que possibilitaria a transposição da análise antitruste neste ponto, diante de concentrações no mercado de exploração de *big data*.

Podem ser citados como casos atuais sobre os quais o CADE teve que se debruçar para tratar de concentrações que envolveriam eliminação de *Mavericks*, a análise do ato de concentração¹⁶⁶ submetida pelo Itaú Unibanco e XP Investimentos¹⁶⁷, onde o CADE

¹⁶⁴ ALVES, Paulo. O que são cookies? Entenda os dados que os sites guardam sobre você. **TechTudo**. [S.l.], 4 out. 2018. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/10/o-que-sao-cookies-entenda-os-dados-que-os-sites-guardam-sobre-voce.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁶⁵ As empresas consideradas “*mavericks*” são aquelas que apresentam estrutura de custos mais competitiva e/ou capacidade mais favorável de inovação, possuindo condições de apresentar estratégia disruptiva em face das demais empresas concorrentes (BAKER, 2002, p. 140)

¹⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.. Ato de concentração n. 08700.000344/2014-47, Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: Itaú Unibanco e XP Investimentos .

¹⁶⁷ A concentração econômica tratou da aquisição de participação acionária da XP - *holding* que consolida todos os investimentos do Grupo XP- o que resultará, em 2022, na participação do Itaú em 49,9% do capital votante da XP e 74,9% do seu capital social total. Após esse período, o acordo submetido ao CADE prevê a possibilidade do exercício de cláusulas de venda, pela XP, e de compra, pelo Itaú. No caso em específico, o CADE analisou a evolução do setor bancário no Brasil, o histórico de aquisições do grupo econômico que administra o Itaú, dividindo a definição de mercado relevante em 8 dimensões de produtos e serviços

manifestou preocupação sobre possível arrefecimento da pressão competitiva exercida pela XP no mercado e a operação¹⁶⁸ que envolveu as empresas Ipiranga e AleSat¹⁶⁹, que também tangenciou o tema e terminou rejeitada pelo Tribunal do Cade.

Por fim, é necessário tratar da preocupação concorrencial associada ao poder de portfólio, que é o potencial exercício de poder de mercado que se origina das concentrações econômicas entre empresas que atuam em mercados próximos. Se por um lado as empresas que tenham maior portfólio serão beneficiadas por possuírem custos médios de produção menores do que as concorrentes, por outro lado o uso anticompetitivo deste poder tende a dificultar o acesso das concorrentes menores ao mercado, significando o aumento de custos de rivais.

Considerando a dinâmica do mercado de exploração de dados, é possível assumir a possibilidade de que a razão de existir de uma concentração econômica seja justamente o acréscimo de determinado produto ou serviço ao portfólio de uma empresa concorrente. A exploração de *big data* pode ser especialmente chamativa neste aspecto na medida em que diversas empresas podem oferecer uma vasta gama de serviços e produtos com base na exploração dos mesmos dados, sendo diferenciadas pela forma de coleta e tratamento destes dados.

Um exemplo sobre este aspecto que teve como objeto o mercado de exploração de *big data* é a concentração econômica que envolveu o *Facebook* e o *Whatsapp*, operação que

oferecido e considerou a dimensão geográfica como nacional. Analisou ainda sobreposições horizontais e eventuais integrações verticais. Considerou a XP como um *Maverick*, por ser pioneira no movimento disruptivo que o setor financeiro experimenta atualmente, chamado de “desbancarização”. O CADE entendeu que as particularidades da XP afastariam a utilização do HHI como critério denexo de causalidade porque o uso do referido índice se limita aos aspectos estáticos do mercado no momento em que as informações de participações de mercado são coletadas. Tratou ainda das características dos mercados de dois lados e entendeu que restou estabelecida a possibilidade de exercício de poder de mercado, pelas empresas envolvidas, em um cenário pós-operação. Por fim, entendeu que a concentração levanta preocupações concorrenciais no que diz respeito à probabilidade de exercício de poder de mercado e tratou de efeitos de rede, economias de escala e barreiras legais aplicáveis ao caso. Concluiu a análise do controle de concentração celebrando um acordo com as partes, as quais se obrigaram a se submeter a uma série de exigências comportamentais (reforço à obrigação legal de não-discriminação; barreiras à entrada e ao desenvolvimento de concorrentes no mercado de plataformas abertas; proibição de exigência de exclusividade, entre outros) com o objetivo de melhorar o ambiente concorrencial. O plenário do Cade, aprovou a operação, restando vencidos os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt que se manifestaram pela reprovação da operação.

¹⁶⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49, Rel. João Paulo Resende. Requerentes Ipiranga e AleSat.

¹⁶⁹ A concentração econômica trata da aquisição da distribuidora de combustíveis Alesat pela concorrente Ipiranga. Ao reprovar a operação por unanimidade, o CADE verificou que a participação das empresas no cenário pós-operação elevaria a probabilidade do exercício de poder de mercado e, além disso, não teriam restado comprovadas as eficiências que poderiam vir a neutralizar os efeitos lesivos à ordem econômica. Observou-se ainda que as possibilidades de entrada de um novo agente eram improváveis.

não foi apreciada pela autoridade antitruste brasileira e foi aprovada tanto nos EUA quanto na União Europeia¹⁷⁰.

No âmbito brasileiro não se tem notícia deste tipo análise aplicada ao mercado de exploração de dados, no entanto, é possível mencionar os casos de atos de concentração entre Reckitt Benckiser e a Hypermarcas¹⁷¹, que foi aprovado com restrições¹⁷², bem como a concentração econômica entre Kroton e Estácio¹⁷³, que foi reprovado¹⁷⁴, como exemplos nos quais o CADE se utilizou de métodos complementares à análise de preços e eficiência alocativa para decidir a respeito de concentrações econômicas.

Em que pese não tratarem diretamente do mercado de exploração de *big data*, os casos analisados pelo CADE indicam que a autoridade aplica um padrão de entendimentos que leva também em consideração outros métodos de análise, que não aqueles exclusivamente voltados ao TMH e vinculados ao preço dos produtos e dos serviços.

Neste sentido, é possível observar que, na ocorrência do surgimento de concentrações econômicas que envolvem o mercado de exploração de *big data* e atinjam os critérios legais de submissão perante a autoridade antitruste brasileira, o CADE poderá, além de aplicar métodos de análise voltados ao padrão de qualidade dos produtos e serviços oferecidos aos consumidores, utilizar - sempre que for conveniente e necessário- também dos métodos complementares de análise que já vêm sendo aplicados atualmente.

4.3 Construção das teorias do dano relacionadas aos mercados de big data

¹⁷⁰ Sobre este caso e sua relação com a evolução do poder econômico das *big techs*, veja-se DOMINGUES, Juliana. Big techs e o direito antitruste 4.0. Autoridades devem se preparar para desafios da economia digital. Opinião. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁷¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79. Cons. Rel.: Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: RECKITT BENKISER BRASIL LTDA.; HYPERMARCAS S.A.

¹⁷² Sobre este ato de concentração a análise do CADE teve foco na ausência de rivalidade, na coincidência de marcas entre os dois mercados analisados e na potencial criação de um grande poder de portfólio pela Reckitt, empresa envolvida na operação.

¹⁷³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56. Cons. Rel.: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.

¹⁷⁴ A concentração econômica trata da aquisição da Estácio Participações S/A pela Kroton Educacional S/A, onde o Tribunal do CADE considerou que a proposta de remédios apresentada pelas partes não resolveria os potenciais impactos concorrenciais identificados durante a análise da operação, que resultaria na união das duas maiores instituições privadas de ensino superior do Brasil. A maioria do Conselho entendeu que não haveria eficiências específicas e verificáveis que poderiam ser repassadas ao consumidor. O CADE demonstrou preocupações ainda sobre um eventual aumento da vantagem competitiva das empresas envolvidas no mercado de ensino à distância.

A construção de uma teoria do dano para a aplicação do instrumental antitruste sobre os atos de concentração que envolvem o mercado de *big data* passa necessariamente pela atualização do argumento voltado ao bem-estar do consumidor. Como boa parte dos serviços nos mercados digitais é prestada sem qualquer contrapartida por parte do consumidor, a análise sob a perspectiva de preço e eficiência econômica não se mostra suficiente para endereçar eventuais problemas concorrenciais.

A impressão que se tem é que com a predominância do instrumental antitruste voltado exclusivamente para a análise de preço e eficiência econômica, as empresas concorrentes - potenciais focos do escrutínio por parte do direito da concorrência - perceberam, aos poucos, que ao eliminar o critério “preço” nos fornecimentos de produtos e serviços ao consumidor final, poderiam contornar a regulação antitruste de modo que esta se mostrasse menos proativa diante de importantes concentrações econômicas que envolvem dados pessoais e grandes empresas de tecnologia.

Neste sentido, argumentos que buscam inserir critérios como níveis de inovação e de qualidade na prestação dos serviços e produtos nos mercados digitais voltam a ser colocados em discussão¹⁷⁵.

De fato, é necessário considerar que, em que pese as autoridades antitruste ao redor do mundo demonstrarem que estão atentas aos problemas concorrenciais no mercado de dados pessoais, até o presente momento simplesmente não se tem notícia de qualquer caso de concentração econômica que tenha sido rejeitado sob a perspectiva e aplicação do argumento voltado exclusivamente ao bem estar do consumidor, sem qualquer análise de objetiva de preço ou eficiência, conforme metodologia clássica aplicada no antitruste.

Como apontado nesta pesquisa, qualquer proposição sobre este tema remete à discussão acerca dos objetivos do antitruste, e conseqüentemente, ao cabimento ou não da aplicação da regulação antitruste para endereçar problemas relacionados à privacidade de dados.

Buscando apresentar um caminho para a construção do raciocínio sobre este tema, Anca D. Chirita (2018) aponta algumas dificuldades na construção das teorias do dano voltadas para a análise dos mercados de dados:

Desde a fusão *Google / Double Click* em 2008 até a *Microsoft / LinkedIn* em 2016, a avaliação de dados e considerações sobre privacidade em fusões melhorou um pouco

¹⁷⁵ Sobre este assunto, vale mencionar o artigo WU, Tim, After Consumer Welfare, Now What? The ‘Protection of Competition’ Standard in Practice (April 5, 2018). The Journal of the Competition Policy International **Columbia Public Law Research Paper**. .n. 14-608, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3249173>>. Acesso em 23 jul. 2019.

e, espera-se, continue a fazê-lo. No geral, a aquisição de grandes conjuntos de dados representou um movimento estratégico para a coleta de dados ainda mais úteis. O foco tem sido a probabilidade de exclusão da concorrência com base em dados e não na exploração da probabilidade e danos reais causados aos consumidores após o uso dos dados.[...] Uma fraqueza da aplicação tem sido a aprovação incondicional de várias fusões relacionadas ao mercado de dados. Outra fraqueza da aplicação tem sido a crença de que as leis de proteção dos dados e do consumidor são capazes de calibrar o desequilíbrio causado pela competição agressiva com base em dados. **Atualmente, os dados têm sido reconhecidos como um indicador competitivo de desempenho. Na teoria transacional, o indicador de desempenho tem sido tradicionalmente o preço ou a contraprestação pecuniária. Em plataformas on-line, as trocas têm substituído o preço por dados.** No entanto, os usuários de plataformas *online* possuem poder de barganha mais fraco; eles não têm escolha senão consentir com termos e condições padrão e ceder a avisos de alterações de privacidade. Estes desenvolvimentos são nefastos e deveriam ter sido abordados de forma diferente pelas autoridades da concorrência. [...] (CHIRITA, 2018, p. 44, grifo nosso, tradução nossa)¹⁷⁶

Neste sentido, conforme o entendimento de Anca D. Chirita (2018, p. 04) é possível observar quatro principais teorias do dano quais sejam: *i.* relacionamento entre degradação de qualidade dos produtos e serviços prestados e o oferecimento de publicidade direcionada; *ii.* eventuais danos advindos dos efeitos horizontais nas comunicações dos consumidores, incluindo mensagens instantâneas e ligações de voz e vídeo; *iii.* eventuais efeitos originados da concentração conglomerada, que podem aumentar poder de mercado e propiciar práticas relacionadas à venda casada (*tying*) ou empacotamento de produtos (*bundling*); por fim, aponta ainda para uma *iv.* teoria de dano voltada aos potenciais efeitos exclusionários advindos da combinação de dados pessoais.

Passando a tratar de cada teoria do dano apresentada, relaciona-se a partir daqui as considerações sobre o tema com o entendimento daquela autora.

Tratando da teoria do dano que relaciona a concentração horizontal com a degradação de qualidade e publicidade direcionada, o argumento principal desta análise busca aplicar as previsões de proteção e busca do bem-estar do consumidor enquanto objetivo do

¹⁷⁶ Tradução livre do excerto: “[...] From the Google/Double Click merger in 2008 up to Microsoft/LinkedIn in 2016, the assessment of data and privacy considerations in mergers slightly improved and hopefully will continue to do so. Overall, the acquisition of large data sets has represented an inteligente and strategic move towards harvesting even more useful data. The focus has been on the exclusionary likelihood of competition on the basis of data rather than on the exploitative likelihood and actual harm caused to consumers following the use of data. [...] One enforcement weakness has been the unconditional approval of several datadriven mergers. Another enforcement weakness has been the belief that data and consumer protection laws are capable of calibrating the imbalance caused by aggressive competition on the basis of data. Nowadays, data has been recognised as a competitive indicator of performance. In transactional theory, the performance indicator has traditionally been the price or the monetary consideration. In online platforms, exchanges have therefore substituted the price with data. However, users of online platforms possess weaker bargaining power; they have no choice but to consent to default terms and conditions and give in to notices of privacy changes. These developments are nefarious and should have been approached differently by the competition authorities.[...]”

antitruste, assumindo a tutela do consumidor como um dos principais focos de atuação da defesa da concorrência.

Neste sentido, uma concentração horizontal envolvendo o mercado de dados pessoais no mercado de dados seria potencialmente prejudicial à concorrência na medida em que poderia gerar incentivos à degradação da qualidade na prestação de serviços de busca orgânica em detrimento de uma tentativa de aumentar a busca patrocinada¹⁷⁷.

Outro ponto sensível seria a existência de uma eventual má prestação do serviço ou a geração de incentivos para descontinuar o desenvolvimento dos produtos, o que poderia ser originado da estruturação da publicidade direcionada e diminuição do poder de escolha do consumidor, reflexo de eventual posição dominante das empresas no mercado de dados.

Sobre este ponto, Chirita chega à seguinte conclusão:

[...] poderia extrair como conclusão preliminar que o dano ao consumidor causado nesses casos por um acúmulo de dados não foram levados muito a sério. A explicação mais plausível é que tanto a degradação da qualidade quanto a publicidade direcionada são a missão principal das leis do consumidor. Em contraste, a missão do direito da concorrência na área das fusões é equilibrar a existência efeitos do conglomerado (CHIRITA, 2018, p. 34).¹⁷⁸

Deste modo, é possível observar o efeito da conglomeração de agentes econômicos merece ser melhor endereçada na análise antitruste, e o mercado de dados pessoais, por não ter características vinculadas a preço tão evidentes, apresenta uma dificuldade extra para fazer uma análise neste sentido.

Uma segunda teoria do dano que pode ser mencionada, trata dos potenciais danos advindos dos efeitos horizontais das concentrações, relacionados à diminuição da qualidade nos serviços de comunicação por mensagem instantânea, comunicação de voz a vídeo. Neste sentido, em um eventual cenário pós-operação, os concorrentes com maior participação de mercado poderiam proceder para direcionar os consumidores para outros produtos e serviços, de modo a aumentar artificialmente o poder de mercado do concorrente em outros mercados do seu interesse, diminuindo a qualidade dos serviços de comunicação ou dos produtos oferecidos.

Entretanto, assim como o primeiro exemplo, ao analisar as concentrações já ocorridas, Chirita entende que esses eventuais efeitos não foram considerados como significativos:

¹⁷⁷ Sobre este tema, sugerimos analisar a discussão ocorrida na concentração Yahoo/Search

¹⁷⁸ Tradução livre do excerto: “could extract as a preliminary conclusion that the consumer harm caused in these cases by an accumulation of data was not taken too seriously. The most plausible explanation is that both the degradation of quality and targeted advertising are primarily the mission of consumer laws. In contrast, the mission of competition law in the area of mergers is to balance the existence of conglomerate effects.”

[...] No caso *Microsoft/Skype*, foram considerados os efeitos horizontais nas comunicações do consumidor, incluindo mensagens instantâneas, chamadas de voz e vídeo nos PCs com sistema operacional Windows da Microsoft e nas comunicações corporativas. Nenhum desses efeitos foi considerado significativo. No *Facebook/WhatsApp*, os efeitos horizontais foram descartados, já que apenas o *Facebook* está ativo no fornecimento de serviços de publicidade on-line. Na *Telefonica/Vodafone/ Everything Everywhere/JV*, a Comissão examinou se a fusão poderia gerar efeitos horizontais, mas concluiu que a JV pode enfrentar a concorrência de vários participantes do mercado, incluindo o Google e a Apple (CHIRITA, 2018, p. 35, tradução nossa).¹⁷⁹

Das conclusões acima expostas é possível aventar duas possibilidades: ou os padrões de análise concorrencial oferecidos pela autoridade antitruste europeia não se mostraram criteriosos o suficiente para evidenciar uma potencial diminuição da qualidade nos serviços de comunicação, ou, de fato, os argumentos sobre este ponto não têm eco no contexto fático da dinâmica concorrencial.

De todo modo, o que se busca demonstrar é que diante de um mercado que se baseia prioritariamente em inovação e que vem demonstrando características que podem facilitar a criação de oligopólios e monopólios, a pergunta que se deve fazer não é se as atuais teorias do dano sobre o tema endereçam os problemas concorrenciais no mercado de dados ou são cabíveis à análise antitruste, mas qual a melhor de construí-las.

Desta forma, ainda que não tenham sido considerados significativos, eventuais efeitos sobre a qualidade nos serviços e produtos oferecidos pelas empresas devem ser observados pela autoridade antitruste em conjunto com outros parâmetros de análise na defesa da concorrência, como será demonstrado a seguir.

A terceira teoria do dano, uma extensão da anterior, se caracteriza pela existência de eventuais efeitos conglomerados com a intenção de aumentar poder de mercado das empresas em outras frentes de atuação. Neste sentido, é possível exemplificar eventual dano aos consumidores e à concorrência através do aumento de poder de mercado e das práticas relacionadas à venda casada (*tying*) ou empacotamento de produtos (*bundling*).

Tratando desta teoria do dano e analisando os atos de concentração submetidos à autoridade antitruste da União Europeia, Chirita (2018, p. 37) novamente diagnostica que os

¹⁷⁹ Tradução livre do trecho: “In *Microsoft/Skype*, consideration was given to the horizontal effects on consumer communications including instant messaging, voice and video calls on PCs having Microsoft’s Windows operating system, and on enterprise communications.¹⁹² None of these effects were considered to be significant. In *Facebook/WhatsApp*, the horizontal effects were dismissed since only Facebook is active in the provision of online advertising services.¹⁹³ In *Telefonica/Vodafone/Everything Everywhere/JV*, the Commission examined whether the merger could give rise to horizontal effects, but concluded that JV could face competition from a number of market participants, including Google and Apple.”

argumentos apresentados não são suficientes para desautorizar as concentrações econômicas em sede do mercado de dados. Neste sentido:

[...] No caso da *Sanofi/Google/DMI JV*, a Comissão considerou que nem a JV nem as partes tinham uma posição de mercado que pudesse ser aproveitada para excluir terceiros [...] no caso da *Telefonica/Vodafone/Everything Everywhere/JV*, a Comissão considerou quaisquer efeitos conglomerados decorrentes da combinação de produtos em mercados relacionados, o que poderá facilitar a capacidade e o incentivo das partes na concentração para alavancar uma posição de mercado forte de um mercado para outro, através de vendas subordinadas ou agregados; assim, nenhuma preocupação foi identificada (CHIRITA, 2018, p. 37, tradução nossa).¹⁸⁰

Apesar dos resultados trazidos, é necessário ter em conta que a teoria do dano voltada aos efeitos conglomerados, apesar de não se sustentar de forma individual, merece ser analisada em conjunto com as demais perspectivas que assumem eventual prejuízo da concorrência e consideram os efeitos da concorrência dinâmica.

Por fim deve ser analisada a teoria de dano voltada aos potenciais efeitos exclusionários advindos da combinação de dados pessoais. Neste sentido, o potencial prejuízo estaria explícito através de um cenário pós-operação no qual determinado player atuasse para restringir o acesso de outros concorrentes às estruturas de análise de dados ou aos dados propriamente ditos, buscando aumentar ou manter seu poder de mercado.

Sobre este ponto, Chirita (2018, p. 42-44) conclui preliminarmente que esta poderia ser a teoria do dano que apresenta uma argumentação mais condizente com a análise antitruste, como é possível depreender do trecho abaixo:

uma conclusão preliminar sugeriria que o foco de exclusão baseado na questão do acesso dos rivais a mais dados é inútil se não resolver os danos causados aos consumidores através do uso exploratório dos dados. Além disso, observa-se que a confiança exclusiva no teste de fechamento de mercado não está no espírito da proteção do bem-estar do consumidor e nas leis de proteção de dados (CHIRITA, 2018, p. 42 e 44, tradução nossa).¹⁸¹

Neste sentido, observando as análises realizadas pela autoridade antitruste europeia nos atos de concentração que envolviam o mercado de dados pessoais, concluiu que “o foco de análise tem sido a probabilidade de concorrência com base em dados e não na probabilidade

¹⁸⁰ Tradução livre: “[...] In *Sanofi/Google/DMI JV*, The Commission found that neither JV, nor the parties had a market position which could be leveraged to exclude third-party [...] In *Telefonica/Vodafone/Everything Everywhere/JV*, the Commission considered any conglomerate effects stemming from the combination of products in related markets which may facilitate the ability and incentive of the merging parties to leverage a strong market position from one market to another through tying or bundling; thus, no concerns were identified [...]”

¹⁸¹ Tradução livre: “[...] a preliminary conclusion would suggest that the exclusionary focus based on the question of whether rivals have access to even more data is unhelpful if it does not address the harm caused to consumers through the exploitative use of data. It is furthermore submitted that an exclusive reliance on the market foreclosure test is not in the spirit of consumer and data protection laws [...]”

de exploração e danos reais causados aos consumidores após o uso de dados. [...]”¹⁸² (CHIRITA, 2018, p. 44, tradução nossa), e classificou como uma “fraqueza” dos critérios de aplicação do *compliance* antitruste a aprovação incondicional dos atos de concentração pelas autoridades antitruste.

Observando toda esta análise que teve como base os atos de concentração¹⁸³ que envolvem mercados de dados pessoais, fica perceptível a construção das teorias do dano que possam endereçar problemas concorrenciais neste mercado.

A maior preocupação diante de um potencial fechamento de mercado pode ser levada em consideração, na medida em que as empresas que atuam no mercado de dados pessoais - boa parte delas plataformas de dois lados - com o amadurecimento do mercado irão ter criado estruturas de atuação que facilitarão o cerceamento do acesso aos dados, podendo obstar a existência da concorrência entre diferentes *players* ou dificultar a contestação de um eventual novo concorrente.

Diante do exposto, é possível ratificar o entendimento de que a autoridade antitruste deve incorporar novos critérios de análise que possam fazer frente aos novos problemas concorrenciais ocasionados pelo florescimento do mercado de exploração de *big data*.

Por fim, com o objetivo de contribuir para o surgimento de novos critérios de análise antitruste no âmbito do controle de concentrações econômicas, é importante fazer menção à contribuição oferecida por Elias Deutscher (2018, p. 28-29) o qual, tratando das teorias do dano que envolvem o mercado de exploração de *big data*, ofereceu nova metodologia de análise que consistiria basicamente na realização, pela autoridade antitruste responsável, de uma pesquisa de opinião a ser aplicada aos usuários dos serviços e produtos das empresas envolvidas no ato de concentração, onde estes consumidores seriam confrontados com uma escolha hipotética, entre produtos ou serviços de diferentes variações ou perfis.

Tentando imitar situações semelhantes aquelas que os consumidores enfrentam no mercado de exploração de dados - em vez de observar exclusivamente as preferências destes consumidores - as autoridades de defesa da concorrência poderiam se utilizar desta ferramenta metodológica para medir e quantificar o potencial dano ao consumidor - ou incentivo do consumidor em substituir os produtos e serviços - diante de uma eventual mudança na política de privacidade ou de proteção de dados das empresas (DEUTSCHER, 2018, p. 29).

¹⁸² Tradução Livre: “[...]The focus has been on the exclusionary likelihood of competition on the basis of data rather than on the exploitative likelihood and actual harm caused to consumers following the use of data. [...]”

¹⁸³ Podem ser mencionadas as concentrações entre (i) Google/Double Click; (ii) Facebook/WhatsApp; (iii) Microsoft/Yahoo! Search; (iv) Microsoft/Skype; (v) Publicis/Omnicom; (vi) Cisco & Messagenet e (vii) TomTom/Tele Atlas

4.4 Conclusões parciais

Diante do que foi exposto até o momento é possível considerar que se sustenta a percepção de que o preço pago pelos produtos e serviços é referenciado justamente pelo valor da atenção do consumidor e dos dados pessoais que este oferece às empresas.

Como já foi detalhado anteriormente nesta pesquisa¹⁸⁴, o preço dos serviços e produtos pode ser considerado apenas uma das dimensões competitivas, ao lado da qualidade e da inovação, no âmbito da análise antitruste.

Relacionando *big data* e poder de mercado, é possível observar que as sugestões de aplicação da metodologia voltada à qualidade dos produtos e serviços, para verificação de participação de mercado, posição dominante e exercício de poder de mercado já se encontram autorizadas pela jurisprudência do Cade, e não estão muito distantes do que já vem ocorrendo na prática da autoridade antitruste brasileira no controle de concentrações econômicas, onde o CADE tem aceitado ou adotado outros parâmetros para a verificação de *market share*, conforme se mostrem mais adequados para o caso concreto¹⁸⁵.

A construção da teoria de *essential facility* no mercado de *big data*, por sua vez, é particularmente importante, pois está ligada diretamente à análise da existência do poder de mercado e à consideração dos dados como ativos econômicos ou, no mínimo, insumos necessários à geração, produção e desenvolvimento dos produtos ou serviços na economia digital.

No que diz respeito à concorrência dinâmica e à análise dos efeitos concorrenciais não vinculados ao preço, é possível afirmar que, especialmente nos setores que envolvem tecnologia, como é o caso dos mercados de exploração de *big data*, a concorrência é impulsionada pela força criativa das empresas, de modo que a análise de concorrência potencial – baseada nas dimensões de inovação e qualidade – devem estar incorporadas no instrumental antitruste para realizar o controle de concentrações econômicas.

Apesar de não tratarem diretamente do mercado de exploração de *big data*, os casos analisados pelo CADE e mencionados nesta pesquisa autorizam afirmar que a autoridade atualmente aplica de forma efetiva um padrão de análise que leva também em consideração os

¹⁸⁴ Veja-se capítulo 4.1 e 4.2 desta pesquisa

¹⁸⁵ Deve-se ter em conta ainda que, sobre a análise das plataformas digitais de múltiplos lados, de forma geral, vem se sustentando que cada lado deve ser definido como um mercado relevante distinto em função dos diferentes graus de substituíbilidade percebidos entre os usuários com relação aos produtos ou serviços oferecidos. Desta forma, cada lado da plataforma teria uma análise específica sobre suas externalidades. Desta forma, o teste do monopolista hipotético com o SSNIP poderia ser modificado para avaliar o impacto de um aumento de preço em um mercado da plataforma a partir da análise das elasticidades cruzadas da demanda entre os múltiplos lados de interação da plataforma (OCDE, 2016a, p. 16).

critérios não diretamente vinculados ao preço dos produtos ou serviços oferecidos, o que também poderia acontecer na eventualidade da ocorrência de uma concentração econômica que tivesse como objetivo o mercado de *big data*.

É possível concluir ainda que o objetivo estratégico de uma concentração econômica pode ser a aquisição ou o acesso a novos dados, os quais podem ser vinculados às bases de dados já existentes e exploradas pelas empresas envolvidas na operação.

A degradação da qualidade dos serviços ou dos produtos oferecidos deve ser levada em consideração enquanto teoria do dano a ser analisada no âmbito do controle de atos de concentração, uma vez que, como já demonstrado ao longo desta pesquisa, os mercados de economia digital demandam a alteração dos padrões de análise antitruste, para que se incorporem dimensões não relacionadas diretamente aos preços.

Neste sentido, um decréscimo na qualidade dos produtos ou serviços pode, claramente, estar relacionada à concentração econômica e dos dados pessoais entre as empresas e ser considerada um prejuízo ao bem-estar do consumidor, cuja proteção é o objetivo principal do direito antitruste.

Sobre este ponto em específico, é possível observar que o CADE já vem oferecendo uma análise de atos de concentração que pode estar desvinculada da análise de preço enquanto dimensão concorrencial, o que também poderia acontecer na eventualidade da ocorrência de uma concentração econômica que tivesse como objetivo o mercado de *big data*.

Em extensão à teoria do dano anteriormente tratada, é importante ter em conta os eventuais prejuízos à concorrência que podem ser causados pela existência de efeitos conglomerados com intenção de aumentar poder de mercado das empresas em outras frentes de atuação.

Um ato de concentração entre empresas em mercados de exploração de *big data* distintos, onde as empresas eventualmente podem deter posições de mercado significativas, tem o potencial de impedir o surgimento de novos concorrentes, ou novas empresas. Segundo a teoria do dano apresentada, essa situação pode ocorrer através da aquisição de empresas que apresentem um alto potencial de concorrência no futuro, antes que elas aumentem sua posição de mercado e representem uma concorrência efetiva.

Neste sentido, como inclusive já foi exposto, o desafio que a economia digital traz à esta metodologia é justamente como aplicar as ferramentas tradicionais para estimar a participação de mercado quando os produtos e serviços são oferecidos sem contraprestação pecuniária, ou seja, são cobrados a “preço zero”, e as empresas não auferem nenhuma renda diretamente do oferecimento do serviço ou do produto.

Tratando da teoria de dano voltada aos potenciais efeitos exclusionários advindos da combinação de dados pessoais – ou da concentração destes dados nas mãos de uma única empresa - é possível observar que a criação de barreiras à entrada pode ser considerada uma teoria do dano robusta e é uma preocupação comum quando se trata de concentrações econômicas, podendo também ser considerada uma ameaça à concorrência em mercados de exploração de *big data*, onde os dados pessoais funcionam como insumos para a criação, manutenção ou desenvolvimento de produtos e serviços na economia digital.

Por fim, deve-se ter em conta que a eventual criação de barreiras ao acesso aos dados no mercado de *big data* poderia ocorrer na medida em que as partes envolvidas na concentração econômica tivessem incentivos para restringir o acesso de outros concorrentes aos dados pessoais por eles obtidos, os quais, de outra forma, não poderiam ter sido fornecidos.

Desta forma, resta evidenciada a plausibilidade das teorias do dano vinculadas ao mercado de exploração de *big data*, motivo pelo qual as autoridades de defesa da concorrência devem passar a levar em consideração a exploração dos dados pessoais como fonte de criação de poder de mercado e de barreiras à entrada entre concorrentes.

Em que pese não estar relacionada aos objetivos do antitruste, as dimensões da privacidade do consumidor¹⁸⁶ e de proteção dos dados pessoais -enquanto parâmetros de mensuração de qualidade no oferecimento dos produtos e serviços nos mercados digitais - também não podem ser negligenciadas pelo controle de concentrações na literatura antitruste, uma vez que é um aspecto valorizado pelo consumidor e influencia as suas escolhas, bem como o seu padrão de consumo.

¹⁸⁶ Este ponto será tratado de forma mais específica no capítulo 6.1 desta pesquisa, mas é importante mencionar aqui consideração de Monteiro (2017, p. 93) sobre o tema: “Em pelo menos 02 (dois) precedentes, o CADE concluiu que, não obstante o potencial que algumas tecnologias de publicidade *online* tinham de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na *internet*, essa questão fugiria à jurisdição do órgão brasileiro puramente com base em argumentos de atribuição institucional”. Complementa a autora: “No Ato de Concentração nº 08012.003107/2010-62, o Conselheiro Fernando Furlan entendeu que não é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na *internet*, porque a lei atribuiria ao Conselho o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica, de modo que apenas questões que afetem a competição no mercado seriam passíveis de análise pelo órgão, sendo que aquela não lhe parecia ser uma de tais questões (ao menos naquele momento). No Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29, o Conselheiro Relator Ricardo Ruiz também observou que o CADE não teria competência para analisar tais impactos, porque a Lei de Defesa da Concorrência atribuiria ao órgão o dever e o poder de analisar os impactos concorrenciais dos atos de concentração com a finalidade de identificar e condicionar operações que possam prejudicar a concorrência. Por esses motivos, em ambos os casos, os Conselheiros Relatores remeteram as preocupações suscitadas acerca da privacidade na *internet* para o órgão que, à época, era competente, qual seja, o antigo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.”

5. ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCADO DE EXPLORAÇÃO DE BIG DATA

A seguir, serão analisados atos de concentração econômica submetidos às autoridades antitruste da União Europeia e dos Estados Unidos da América e que enfrentaram diretamente – ou discutiram de alguma forma- a preocupação da privacidade dos consumidores ou da proteção de dados pessoais enquanto uma dimensão concorrencial.

5.1 Análise dos atos de concentração

A proposta desta parte da pesquisa é apresentar de forma breve uma seleção dos principais atos de concentração econômica, que tratam de algum mercado relevante relacionado com a exploração de *big data* e que foram apreciados pelas principais autoridades antitruste no mundo entre 2007 e 2014.

A seleção dos casos analisados se explica primordialmente pela expressão financeira e pelo espaço temporal entre cada concentração econômica, através do que se buscou traçar, de forma não exaustiva, algum tipo de evolução jurisprudencial acerca do tema.

O objetivo principal é apresentar uma compreensão sobre como a análise antitruste vem sendo aplicada no controle de estruturas voltado ao mercado de dados e quais as teorias econômicas e modelos de decisão que vêm sendo utilizados no âmbito do direito antitruste.

Sem a pretensão de realizar uma abordagem exaustiva e completa de todos os atos de concentração que versam sobre o assunto, a pesquisa trata principalmente da jurisprudência estrangeira a respeito de atos de concentração em mercados de exploração de *big data* que não foram submetidos ao escrutínio da autoridade antitruste brasileira e que foram mencionados como exemplos por boa parte da literatura acessada para produzir a presente pesquisa.

5.1.1 TomTom/Tele Atlas

Em 2007 a empresa holandesa TomTom, fabricante de dispositivos de navegação portáteis e fornecedora de *software* de navegação para uso em dispositivos de navegação, propôs a aquisição total da Tele Atlas, empresa também holandesa e uma das principais fornecedoras de bases de dados de mapas digitais para navegação. A Comissão Europeia (CE) entendeu¹⁸⁷ que a operação proposta teria natureza puramente vertical, com integração

¹⁸⁷ Conforme decisão: UNIÃO EUROPEIA - UE. Case No COMP/M.4854 -. *TOMTOM/TELE ATLAS. REGULATION* (EC) No 139/2004. Disponível em: <ec.europa.eu/competition/.../m4854_20080514_20682_en.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

"*upstream*", pois envolveu empresas que operam em diferentes níveis da cadeia de suprimentos e se tratou da aquisição, por um prestador de serviços, de ativos do seu principal fornecedor de insumos de produção.

Foram definidos como mercados relevantes da operação, na dimensão produto, aqueles mercados delimitados como a provisão de bases de dados de mapas digitais para navegação, em que a cobertura e o tipo do banco de dados (*Global Positioning System –GPS; Personal Digital Assistant - PDA* ou outros) licenciado determina o escopo do produto e limita o mercado relevante. Para fins da decisão proferida, a CE deixou em aberto a delimitação exata do mercado relevante na dimensão produto (se licenças regionais ou nacionais constituiriam mercados relevantes separados) por entender que não haveria maiores influências sobre a análise da operação. Na dimensão geográfica, a CE entendeu que a operação envolvia uma dimensão global. Considerando que a concentração econômica não seria suficiente para impedir uma efetiva concorrência, a operação foi aprovada sem restrições.

A CE considerou que a empresa resultante da concentração econômica não teria incentivos para aumentar preços ou diminuir a qualidade dos seus serviços de forma a prejudicar a dinâmica concorrencial nos mercados analisados.

Foram analisadas ainda eficiências advindas da operação e a CE considerou que, em que pese este tipo de eficiência ser difícil de mensurar, a operação poderia trazer benefícios potenciais para o consumidor final, uma vez que as empresas envolvidas poderiam produzir uma base de dados de mapas de uma forma mais rápida e eficiente, bem como melhorar os bancos de dados relacionados aos mapas de navegabilidade, através das informações coletadas pelos usuários dos serviços.

No que diz respeito à preocupação sobre um possível acesso a informações confidenciais por concorrentes – preocupação levantada por terceiro interessado- ,em especial sobre as futuras ações comerciais e das bases de dados das empresas envolvidas, a CE considerou que a confidencialidade da base de dados poderia ser vista como uma degradação da qualidade do produto e entendeu que haveria incentivos para a manutenção da proteção das informações confidenciais, uma vez que haveria possibilidade dos clientes mudarem para um serviço de fornecedor de mapas e base de dados concorrente, caso viesse a existir uma sensação de prejuízo para o consumidor dos serviços relativos ao mercado de dispositivos de navegação e bases de dados de mapas digitais para navegação.

5.1.2 Google/DoubleClick

Em 2007 a empresa norte americana *Google* submeteu¹⁸⁸ às autoridades antitruste a proposta de aquisição da empresa *Double Click*, também norte americana. A empresa *Google* detém a ferramenta de busca mais popular da internet, a qual é oferecida sem custos financeiros diretos ao consumidor final. Além disso, a empresa oferece aos usuários serviços de *email*, base de dados de mapas, previsão de tempo, geolocalização, produção de conteúdo, entre outras funcionalidades.

O modelo de negócios da empresa se baseia no oferecimento de espaços de publicidade nos seus próprios websites e nos espaços de seus parceiros. A *Double Click*, por sua vez, atuava principalmente através da venda de serviços e gerenciamento de campanhas de publicidade online para editores de sites, anunciantes e agências de publicidade.

A CE definiu como mercados relevantes da operação, na dimensão produto: o mercado de fornecimento de espaço publicitário online; o mercado de intermediação em publicidade online e o mercado de fornecimento de tecnologia de veiculação de anúncios online.

Já na dimensão geográfica, a autoridade concluiu que o mercado de fornecimento de espaço publicitário online deve ser subdividido considerando as fronteiras nacionais e linguísticas, enquanto que para os mercados de intermediação e veiculação de publicidade online, foi considerado o continente europeu.

No que diz respeito às teorias do dano levantadas na ocasião, a autoridade antitruste europeia analisou as possibilidades de prejuízo ao bem-estar do consumidor, advindas da aplicação de estratégias de fechamento de mercado baseadas na posição de mercado da *DoubleClick* no mercado de veiculação de anúncios; em estratégias de fechamento de mercado baseadas na posição de mercado do Google em serviços de publicidade e intermediação de anúncios; e baseada no potencial fechamento de mercado advindo da concentração dos principais ativos das empresas.

Analisando detidamente cada possibilidade, persistiu o entendimento de que a concentração econômica não ensejaria maiores prejuízos à dinâmica concorrencial ou ao bem-estar do consumidor.

¹⁸⁸ Conforme decisão: UNIÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.4731. GOOGLE/DOUBLECLICK. REGULATION (EC) No 139/2004. Bruxelas, 11 mar. 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

A concentração econômica também foi submetida ao FTC nos EUA¹⁸⁹, onde a autoridade antitruste afirmou o que limitaria a sua avaliação, sob os aspectos que se relacionam diretamente com a dinâmica concorrencial. No entanto, levou em conta a possibilidade de que a concentração econômica proposta pudesse afetar adversamente atributos da concorrência, como a privacidade do consumidor, e concluíram que a privacidade, enquanto dimensão concorrencial, não se provou suficiente para induzir a uma imposição de remédios ou reprovação da operação.

Deve-se levar em consideração que a decisão das autoridades antitruste aqui retratadas ocorreu sem qualquer prejuízo às obrigações das empresas envolvidas no cumprimento das disposições legais sobre proteção de dados pessoais e privacidade de cada jurisdição.

Sobre esta operação, vale mencionar que a CE se debruçou sobre as preocupações advindas de uma eventual combinação de dados que permitiria à empresa, no cenário pós-operação - atingir uma posição de poder de mercado que não seria replicável aos concorrentes, e poderia ser usada para segmentar melhor os anúncios para os usuários e ocasionar um aumento dos preços dos serviços de intermediação oferecidos pelo Google.

A autoridade antitruste europeia entendeu que os dados a que faz menção a teoria do dano (acima descrita), seriam acessíveis aos concorrentes das empresas envolvidas no ato de concentração de modo que existiria a possibilidade de substituição do serviço analisado. Desta forma, concluiu que seria pouco provável que a concentração de dados pessoais pudesse originar algum tipo de prejuízo à concorrência ou se refletisse em um aumento de preços dos serviços de intermediação de anúncios de publicidade.

O FTC, por sua vez, entendeu que os dados que estavam envolvidos na concentração econômica não constituiriam uma *essential facility* para que um serviço de assessoria em publicidade pudesse ser oferecido. Sob a ótica da autoridade, os concorrentes das empresas analisadas já teriam acesso a um volume consistente de dados pessoais, seriam integrados verticalmente e poderiam concorrer com as empresas proponentes.

Este caso também foi apreciado pelo CADE em 2007¹⁹⁰. A delimitação do mercado relevante se delimitou, na dimensão produto, ao serviço de visualização, acompanhamento e

¹⁸⁹ Conforme decisão: FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of FTC concerning Google/DoubleClick, disponível em <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

¹⁹⁰ CADE. Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11. Conselheiro-Relator Fernando Furlan. Data de julgamento: 23 de Abril de 2008.

gerenciamento de publicidade na *internet*. A autoridade antitruste brasileira aprovou a operação por unanimidade e sem restrições, entendendo não existirem evidências suficientes para sustentar preocupações concorrenciais suficientes para justificar qualquer restrição. Observou ainda que se trata de um mercado dinâmico e razoavelmente fragmentado, em que haveria concorrentes de peso no mercado capazes de constranger qualquer tentativa de conduta anticompetitiva pelo Google.

5.1.3 Joint Venture entre Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere

A operação¹⁹¹ foi submetida em 2012 e consiste na formação de uma *joint venture*¹⁹² entre a empresa *Everything Everywhere* – que por sua vez também é uma *joint venture* e atua no mercado de prestação de serviços de telefonia fixa e móvel com atuação global -, a *Telefónica UK* e a *Vodafone UK*, ambas prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel no Reino Unido.

Conforme a submissão da operação, cada um dos acionistas obteria cerca de um terço de participação na empresa originária e poderia exercer direitos políticos que viessem a influenciar a tomada de decisão da nova empresa, como veto em decisões, nomeação de funcionários para cargos de alta administração, auditoria financeira e no plano de negócios, bem como determinações sobre orçamento e plano de negócios.

O ato de concentração foi submetido à CE, a qual considerou as limitações geográficas desta região, enquanto dimensão potencialmente afetada pela concentração econômica.

Na definição de mercado relevante na dimensão produto, a autoridade analisou principalmente os seguintes mercados: *i.* fornecimento de suporte às plataformas digitais que operam através de celulares; *ii.* armazenamento de dados e sistemas; *iii.* intermediação de serviços de publicidade; *iv.* intermediação de serviços de SMS; *v.* mercado de análise de dados; *vi.* mercado de revenda de telefones celulares.

Após extensa análise sobre os potenciais efeitos conglomerados e horizontais, bem como sobre as eficiências intrínsecas à operação, a CE aprovou ao ato de concentração sem restrições.

¹⁹¹ Conforme decisão: UNIÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV. REGULATION (EC) No 139/2004. Bruxelas, 4 set. 2012. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019 e econômica comum.

¹⁹² Uma *joint venture* pode ser compreendida pela união de duas ou mais empresas já existentes com o objetivo de iniciar ou realizar uma atividade econômica comum.

A *joint venture* atuaria no fornecimento do serviço de análise de dados diretamente ao mercado de publicidade. Através do acesso e tratamento dos dados pessoais dos consumidores vinculados às demais empresas sócias no negócio, a nova empresa poderia atuar no aperfeiçoamento da análise dos hábitos de consumo dos usuários dos seus próprios serviços e de terceiros.

A CE investigou a possibilidade de atuação das empresas envolvidas na operação com vistas ao fechamento de mercado a outros concorrentes, no mercado de serviços de publicidade direcionada. A teoria do dano analisada considerava que a concentração de dados pessoais, informações sobre geolocalização e o comportamento nas redes sociais dos usuários, bem como dos sistemas disponíveis para realizar a análise destes dados, poderia transformar a base de dados em um ativo importante, senão crucial, para a geração de valor no modelo de negócios, que poderia não ser replicável por outro concorrente.

Observe-se que a autoridade antitruste levou em consideração a possibilidade da base de dados se tornar uma *essential facility* de modo que os demais concorrentes potencialmente poderiam se tornar dependentes da nova empresa originada da concentração econômica.

Julgando o caso, a CE enfrentou os argumentos apresentados em oposição à operação e entendeu que o ato de concentração não ensejaria maiores preocupações concorrenciais, na medida em que a informação a ser coletada, tratada e analisada pela *joint venture* também estaria disponível para as empresas concorrentes atuais e poderia estar disponível também às empresas entrantes no mercado de exploração de *big data*.

Ao entender os dados pessoais dos usuários dos produtos e serviços como verdadeiras *commodities*, a autoridade concluiu pela possibilidade da formação da *joint venture*, uma vez que não se vislumbrou qualquer potencial dano à concorrência, advindo da concentração dos bancos de dados das empresas envolvidas.

5.1.4 Publicis/Omnicom

Publicis é uma empresa que atua no mercado de serviços de publicidade e estratégia de mídia, enquanto a *Omnicom* também é uma empresa de publicidade, marketing e comunicação que oferece serviços neste mercado. A operação¹⁹³, datada de 2014, consistiu na

¹⁹³ Conforme decisão: UNIÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.7023 - PUBLICIS / OMNICOM". Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7023_20140109_20310_3566669_EN.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

fusão entre as duas empresas e foi submetida à Comissão Europeia, que considerou a dimensão geográfica como sendo a União Europeia.

A autoridade antitruste europeia considerou enquanto mercado relevante na dimensão produto os mercados de *i.* serviços de compra de publicidade; *ii.* aquisição de serviços de compra de mídia (que seria uma segmentação do mercado anterior); *iii.* mercado de *marketing* e serviços de comunicação e *iv.* mercado de venda de espaços de propaganda em cinemas.

Já na dimensão geográfica, a CE caracterizou como mercado relevante a União Europeia (no que diz respeito aos serviços de compra de publicidade) e a dimensão nacional (no que diz respeito especificamente ao mercado de aquisição de serviços de compra de mídia; mercado de *marketing* e serviços de comunicação e mercado de publicidade em cinemas).

A operação foi aprovada sem restrições pela autoridade antitruste europeia, mas não foi concluída naquele ano em que houve a submissão, diante da desistência das partes¹⁹⁴, por razões alheias ao controle antitruste de concentrações econômicas.

A operação tem várias especificidades e mercados, mas para fins da presente pesquisa a análise se limitará aos assuntos que tangenciam a análise de *big data* realizada pelas empresas.

As partes afirmaram que uma das razões da concentração era proporcionar o desenvolvimento da atividade de análise de *big data*, que se relaciona com o processo de exame de grandes quantidades de dados de vários tipos, com o objetivo de descobrir padrões, correlações e outras informações úteis para as empresas. Neste sentido, o principal objetivo da análise de *big data* é ajudar as empresas tomar melhores decisões de negócios, permitindo a avaliação de grandes volumes de dados.

A CE, em sua análise sobre este ponto, observou o *big data*, principalmente considerando as possibilidades de captura e análise de dados pessoais, como um fator chave para o sucesso e desenvolvimento da publicidade segmentada.

Nesse contexto, a CE se a disponibilidade de um vasto banco de dados detido por uma empresa pode se tornar o principal ativo e justificativa de um ato de concentração, podendo nortear novos negócios e anunciantes.

¹⁹⁴ Mais informações estão disponíveis no site: PUBLICIS/OMNICOM deal collapsed after merger turned into power struggle. **The Guardian**. [S.l.] 9 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2014/may/09/publicis-omnicom-merger-collapsed-power-struggle>>. Acesso em 10 jul. 2019.

Buscando identificar quem são os principais fornecedores de serviços de exploração de *big data*, a CE avaliou se os concorrentes das empresas em concentração teriam acesso aos dados por conta própria, considerando que a empresa originária da operação poderia ter incentivos para restringir o acesso aos dados pelos demais concorrentes.

Após o levantamento de informações junto aos concorrentes potencialmente afetados pela operação, a autoridade antitruste entendeu que estes poderiam ter acesso a outros fornecedores de dados ou desenvolver as suas próprias ferramentas de captura e análise de dados.

Cumprido observar ainda que, em que pese não ter sido o principal motivo para a aprovação, a CE considerou em decisão que a maioria dos concorrentes demonstrou que a operação não teria impacto negativo à concorrência.

5.1.5 Facebook/WhatsApp

A operação¹⁹⁵ foi submetida em 2014 e foi desenhada como uma aquisição integral do *Whatsapp* pelo *Facebook*. O *Facebook* foi caracterizado como o provedor de *websites* e aplicativos de celular que oferece o serviço de redes sociais, comunicação, compartilhamento de fotos e vídeos e venda de espaços de publicidade. Enquanto que o *Whatsapp* atua no mercado de serviços de comunicação via aplicativo de celular.

A autoridade antitruste europeia definiu enquanto mercados relevantes *i.* serviços de comunicação; *ii.* serviços de redes sociais e os *iii.* serviços de publicidade *online*.

No que diz respeito aos serviços de comunicação, na dimensão produto, a Comissão Europeia definiu o mercado relevante como sendo o mercado de aplicativos de comunicação para celulares *smartphones*. Enquanto na dimensão geográfica, considerou-se a União Europeia como a região limite que poderia ser afetada pela operação, com a ressalva de que poderia ser estabelecido o mercado relevante global neste caso em específico.

No que diz respeito aos serviços de redes sociais, a autoridade antitruste europeia deixou a definição de mercado relevante, na dimensão produto, em aberto, sem qualquer segmentação de uso, por entender que não existiriam preocupações concorrenciais originadas desta dimensão.

¹⁹⁵ Conforme decisão: UNIÃO EUROPEIA. _____. Case no COMP/M7217. FACEBOOK/WHATSAPP. REGULATION (EC) No 139/2004. Bruxelas, 3 out. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

No que diz respeito ao mercado relevante na dimensão geográfica, a CE, mesmo observando que o mercado relevante poderia ser considerado mundial, definiu a limitação geográfica como sendo a União Europeia, por conta das limitações linguísticas, de custos de serviços de publicidade e das diferenças de participação de mercado das partes do ato de concentração no continente europeu, quando comparado com outros mercados.

Tratando dos serviços de publicidade *online*, a definição do mercado relevante na dimensão produto seguiu a decisão da CE no caso *Google/DoubleClick*, concluindo que a publicidade *online* é mercado relevante diverso do mercado de publicidade *off-line*. Enquanto na dimensão geográfica, foi definido o mercado relevante como sendo nacional, por conta das barreiras linguísticas apresentadas.

Enfrentando teorias do dano que enquadravam o *WhatsApp* como fonte de potencial exploração de *big data* para fins de direcionamento de publicidade direcionada, a operação foi aprovada sem restrições tanto na CE quanto no FTC.

Na sua avaliação sobre os serviços de publicidade online, a CE analisou a concentração de dados pessoais apenas diante da possibilidade que o *Facebook* viesse a tentar reforçar ou aumentar o seu poder de mercado no que diz respeito à prestação de serviços de publicidade online. O critério de privacidade, por sua vez, não foi considerado como parâmetro de análise do controle antitruste, pela compreensão de que a matéria deveria ser debatida em outro âmbito que não nos órgãos de defesa da concorrência.

A autoridade antitruste europeia se debruçou sobre duas teorias do dano que poderiam significar um aumento de poder de mercado das empresas analisadas, que o potencial prejuízo concorrencial advindo da introdução de anúncios no *WhatsApp* ou do uso do aplicativo como fonte de extração de dados pessoais dos usuários para fins de publicidade direcionada.

A CE entendeu que a introdução de publicidade no *WhatsApp* até seria possível, entretanto demandaria alterações na política de privacidade do aplicativo, situação a qual a autoridade não se observou qualquer incentivo econômico para que pudesse ocorrer, uma vez que restou evidenciada pela instrução do processo que os consumidores teriam a intenção de mudar de aplicativo de comunicação, caso houvesse a inserção de publicidade direcionada nos seus serviços.

Sobre o potencial prejuízo concorrencial advindo do uso do aplicativo como fonte de extração de dados pessoais, restou consignado o entendimento de que haveria grande quantidade de dados pessoais, disponíveis para coleta e tratamento, fora do controle do *Facebook* e que haveria pouco incentivo desta empresa em passar a coletar dados pessoais do

WhatsApp, uma vez que os consumidores poderiam, em tese, substituir o aplicativo por outros concorrentes menos invasivos.

Desta forma, é possível concluir da análise do presente caso¹⁹⁶ que as teorias do dano voltadas à exploração de *big data* não foram suficientes para criar qualquer tipo de restrição ao ato de concentração, bem como o aspecto de privacidade não foi considerado pela autoridade antitruste europeia para fins de análise antitruste, por ter prevalecido o entendimento de que este aspecto deve ser enfrentado em outra esfera que não na defesa da concorrência.

5.2 Concentrações verticais e conglomeradas no mercado de dados

Considerando como concentrações verticais as operações nas quais “os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes ‘a montante’ ou ‘a jusante’, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto” (FORGIONI, 2015, p. 403), a análise deve focar em operações que envolvem o mercado de dados – geração, captura, armazenamento, análise ou utilização - de forma vertical e que possam trazer potenciais prejuízos para a concorrência.

É possível observar que operações que envolvam o mercado de dados tendem a apresentar efeitos negativos menos significativos, se comparados com as concentrações horizontais. Neste sentido, as concentrações verticais não têm uma interferência tão direta no mercado e os seus efeitos anticoncorrenciais podem ser endereçados individualmente, sob uma análise casuística.

Se pensarmos em atos de concentração em diferentes níveis da cadeia de geração de valor sobre dados pessoais as concentrações verticais e de conglomerados podem trazer diferentes tipos de eficiências e as concentrações podem se mostrar, inclusive, aspectos favoráveis à concorrência.

Entretanto, um olhar mais atencioso sobre as concentrações verticais demonstra que estas poderiam ser usadas para aumentar poder de mercado dos envolvidos, restringir a atuação dos concorrentes ou até causar algum tipo de prejuízo ao consumidor.

A concentração vertical deve ser analisada sob a ótica da concorrência potencial¹⁹⁷, a qual pode ser real ou percebida como tal, e diante da qual se entende que a eliminação da

¹⁹⁶ Para obter uma análise completa do ato de concentração Facebook/Whatsapp recomenda-se a leitura de BAGNOLI, Vicente. **The Big Data Relevant Market as a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy**: Could the EU Decision t Facebook/Whatsapp merger have been different?. Ascola, 2017. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁹⁷ Sobre concorrência potencial, vale fazer menção a importante decisão proferida pela European Commission no caso N° COMP/M.4854 -. TOMTOM/TELE ATLAS que se encontra disponível no link ec.europa.eu/competition/.../m4854_20080514_20682_en.pdf Acesso em 23 de Julho de 2019.

presença de um concorrente que limite o comportamento das demais empresas naquele mercado pode resultar em um prejuízo imediato à dinâmica daquele mercado em específico.

Ou seja, considerando o mercado de dados, a concentração econômica pode significar a exclusão de um concorrente detentor de certo nível de inovação e que ofereça mais benefícios ao consumidor, do que as demais empresas já atuantes naquele mercado. O reflexo prejudicial desta exclusão pode se dar tanto no critério de qualidade, através da perda -ou desuso- da inovação atingida por aquele concorrente excluído, quanto no critério de preço, na medida em que os concorrentes que permanecessem no mercado teriam incentivos de manter os seus preços em níveis mais altos¹⁹⁸.

Quando pensamos na concentração vertical com o fim único de eliminar um concorrente em potencial¹⁹⁹, a operação pode ser considerada como uma perda de oportunidade de melhoria no desempenho do mercado e dos seus critérios de concorrência.

Neste sentido, a análise das operações verticais no mercado de dados pode ser até facilitada sob este prisma, na medida em que a atual configuração deste mercado demonstra características que propiciam o surgimento de empresas baseadas em crescente inovação mas que não mantêm uma estrutura empresarial apta a concorrer com as grandes empresas de tecnologia.

Desta forma, a compra destas empresas entrantes pelas empresas maiores, pode ter como resultado um aumento expressivo na participação de mercado das adquirentes, bem como a elevação das barreiras à entrada aos demais concorrentes.

¹⁹⁸ Sobre este ponto, é necessário observar que boa parte das plataformas de dois lados bem como das empresas que gerenciam redes sociais, oferecem o serviço ao consumidor final sem uma contrapartida pecuniária direta, mas sim objetivando capturar os dados dos consumidores, de modo que os critérios de análise que envolve os níveis de preço ao consumidor podem não ser efetivos para a análise nas concentrações verticais nos mercados de dados.

¹⁹⁹ Sobre as concentrações verticais tendo em vista a eliminação de um concorrente em potencial, muitas vezes com características disruptivas, é interessante analisar o recente caso Itaú/XP (Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16), situação na qual o Banco Itaú realizou a aquisição de participação minoritária da empresa de XP que atua na corretagem de valores, gestão e administração de recursos de terceiros e distribuição de produtos de investimentos. Na ocasião, o CADE tratou a empresa XP como uma plataforma de dois lados, que baseava seu crescimento em inovação. Observou ainda a existência de sobreposição horizontal e integração vertical na operação submetida, o que poderia apresentar interferências importantes no que diz respeito ao poder de mercado pós-operação detido pelo Banco Itaú. Desta forma, aprovou a operação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Este documento tratou basicamente de remédios comportamentais e, como ponto que merece maior atenção para fins desta pesquisa, exigiu a criação da possibilidade do cliente realizar a portabilidade de custódia de produtos financeiros, caso assim desejasse. Em que pese ter tratado da portabilidade dos investimentos, é possível entender que foi exigido das partes a possibilidade do exercício de portabilidade dos dados pessoais destes clientes, na medida em que estes seriam imprescindíveis para uma gestão mínima da custódia dos seus produtos financeiros.

Assim como as concentrações verticais, as concentrações conglomeradas também precisam ser analisadas sob a ótica nos níveis de concentração do mercado²⁰⁰. De acordo com Paula Forgioni (2015, p. 403):

As concentrações conglomeradas têm a ver com empresas que atuam em mercados relevantes apartados, sendo subdivididas, conforme seu escopo ou efeito, em (i) de expansão de mercado (*market extension*); (ii) de expansão de produto (*product extension*); e (iii) de diversificação.

Desta forma, este tipo de concentração - apesar de não ser considerada pelos guias das autoridades antitruste como o maior foco de preocupação concorrencial- pode trazer prejuízos ao consumidor e à concorrência no mercado de dados, considerando a ausência de instrumental de análise que permita o endereçamento de problemas concorrenciais originados das operações.

As perguntas que se devem fazer quando se analisa concentrações verticais em mercados de dados é como e se a concentração de mercado pós-operação seria capaz de fechar este mercado a novos concorrentes, bem como se as partes da concentração vertical teriam motivos suficientes para exercer práticas de restrição de mercado e como essas práticas refletiriam em prejuízos aos consumidores nestes mercados.

Para responder a estas perguntas é necessário ter em conta os atuais critérios de análise, quais sejam: *i.* os níveis de concentração de mercado; *ii.* as condições de entrada de potenciais concorrentes; *iii.* os níveis de participação de mercado das partes da concentração e *iv.* as eventuais eficiências advindas das concentrações verticais.

Tratando dos níveis de concentração no mercado de dados e conseqüentemente da participação de mercado das empresas concorrentes, encontramos o primeiro desafio que é mensurar corretamente o *market share* das empresas atuantes neste mercado. Como já visto acima, a estrutura do mercado de *big data* se divide em cinco estágios diferentes²⁰¹, os quais apresentam *players* que atuam de forma concomitante em mais de um estágio deste mercado.

²⁰⁰ Sobre concentrações conglomeradas, uma recente caso que merece citação é a aquisição da Whole Foods Market Inc pela Amazon.com Inc. Na época foram observadas críticas à operação, por parte de políticos e acadêmicos, os quais declararam que o acordo deveria ser submetido a uma investigação minuciosa por parte do FTC, uma vez que a Amazon estaria atuando para sedimentar sua posição de conglomerado como uma plataforma monopolista no varejo online e estava adquirindo a Whole Foods, uma varejista de alimentos orgânicos, com a premissa de se utilizar da infraestrutura adicional da adquirida, o que permitiria à Amazon vender e entregar mantimentos em mais cidades, aumentando sensivelmente a sua participação de mercado. A operação levantou questionamentos sobre problemas advindos da integração conglomerada, mas resultou sumariamente aprovada pelo FTC, o qual considerou que a participação de mercado pós-operação não traria prejuízos à concorrência ou ao bem estar dos consumidores.

²⁰¹ Para maiores informações sobre as características sobre *big data*, consultar BAGNOLI, 2017.

Desta forma, o cálculo de índices de concentração de mercado deve considerar a concorrência em cada mercado anteriormente delineado e proferir juízo de valor sob a existência ou não de poder de mercado pós-operação.

Neste sentido, uma concentração vertical ou conglomerada²⁰² tem maiores chances de trazer prejuízos à concorrência caso um dos participantes da concentração mantenha posição dominante no mercado relevante analisado.

É necessário observar que a LDC, especialmente em seu § 2º do artigo 36 cria uma presunção de posição dominante sempre que uma empresa ou seu respectivo grupo controlador tiver o controle de pelo menos 20% do mercado relevante analisado.

Desta forma, a definição dos níveis de concentração dos mercados que exploram dados pessoais é um critério crucial para identificar um substancial poder de mercado que possa impedir uma efetiva concorrência.²⁰³

Como principais problemas que podem ser identificados através da análise das concentrações verticais, é necessário mencionar a facilitação de conluio e monitoramento de preços, na medida em que as partes, já comprovadamente detentoras de substancial poder de mercado, teriam acesso a grandes quantidades de dados pessoais e aos seus processos de análise, o que poderia influenciar nos preços dos produtos e serviços nos mercados a montante, fazendo com que as concentrações possam aumentar o nível de integração vertical até o ponto em que o efeito de monitoramento se tornaria significativo.

O endereçamento de problemas como os apontados acima, pode se originar da análise das concentrações sob a perspectiva das barreiras à entrada e manutenção de condições de entrada para novos concorrentes. Observamos um novo desafio trazido pelo mercado de dados, o qual, pelas características dos efeitos de rede, muitas vezes se configura como uma concorrência “pelo mercado” e não “dentro do mercado”²⁰⁴.

²⁰² Sobre concentrações conglomeradas no mercado de dados, merecem menção os casos de concentração econômica entre Microsoft/Skype (Case No COMP/M.6281 - MICROSOFT/SKYPE) e entre Cisco/Messagenet (Case T-79/12 - Cisco Systems Inc/ Messagenet SpA), disponíveis, respectivamente nos links <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf> e <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012TJ0079&from=GA>>. Acesso em 23 mar. 2019.

²⁰³ Pensando nas possibilidades de ocorrência de efeitos prejudiciais aos consumidores, é possível exemplificar como potenciais conflitos: a concentração entre uma plataforma digital e uma empresa do mercado de propaganda (ou algum anunciante especificamente); ou uma concentração entre um provedor de plataforma e um sistema operacional

²⁰⁴ Para mais informações, veja-se GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O (Orgs.). Direito Antitruste 4.0 – Fronteiras entre concorrência e inovação. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Singular, 2019

Ou seja, tratando especificamente de empresas gestoras de redes sociais - onde os efeitos de rede estão evidentes – as análises de concentrações verticais e conglomeradas devem considerar as particularidades dos mercados e assumir que a estrutura e performance deste mercado não podem ser analisadas sob o mesmo raciocínio aplicado aos mais diversos mercados que passam pela análise antitruste.

Por fim, no que diz respeito à análise de eficiências, deve-se considerar que a estrutura do mercado de dados - pelas suas características advindas dos efeitos de rede, escalabilidade da atuação e potenciais barreiras à entrada – é conducente à uma configuração de mercado com poucos concorrentes.

Por este motivo, a demonstração das eficiências econômicas, entendidas como o “ganho de bem-estar econômico decorrente de ato de concentração empresarial que, de outro modo, não poderia ser gerado à sociedade” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 120) encontram um importante desafio no que diz respeito às concentrações nos mercados de dados, uma vez que por previsão legal²⁰⁵, devem ultrapassar argumentos voltados à eficiência alocativa, esclarecendo, também, sobre a existência de eficiências distributivas advindas das operações.

Como a análise das concentrações no mercado de dados necessariamente ultrapassa o critério “preço”, observando também o critério de “qualidade” dos produtos e serviços prestados ao consumidor final, o desafio colocado é demonstrar se eventual concentração econômica, e conseqüentemente concentração de dados pessoais em um único concorrente, além de apresentar eficiência econômica, também poderá proporcionar melhoria na qualidade do produto ou serviço final a ser usufruído pelo consumidor.

5.3 Conclusões parciais

Observando a análise dos atos de concentração econômica no mercado de exploração de *big data*, buscou-se apresentar uma seleção dos principais atos de concentração econômica que trataram de algum mercado relevante relacionado com a exploração de *big data* e que foram apreciados pelas principais autoridades antitruste no mundo.

Com o objetivo principal de apresentar uma compreensão sobre como a análise antitruste vem sendo aplicada no controle de estruturas voltado ao mercado de dados, as decisões sobre os atos de concentração auxiliaram a esclarecer principalmente qual a atual preocupação das autoridades antitruste no que diz respeito ao tema.

²⁰⁵ Conforme previsão constante no Art. 88, § 6º, II da Lei 12.529/2011, os atos de concentração poderão ser autorizados caso “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”

Neste sentido, é possível concluir que o uso de dados para a obtenção de maior poder de mercado; os incentivos que as empresas têm de fechar o mercado e o acesso aos dados para os eventuais concorrentes entrantes deste mercado; bem como a concentração de dados pessoais em poucas empresas são as principais preocupações atualmente enfrentadas, devendo ser consideradas as teorias do dano melhor desenvolvidas sobre o tema, como se verá nesta pesquisa mais adiante.

Considerando as concentrações verticais no mercado de exploração de *big data* é possível apontar como principais problemas uma eventual facilitação para a realização de orientação de preços em prejuízo da concorrência – nos casos de mercados diretamente remunerados pelos consumidores – como as lojas virtuais - bem como a manutenção da perspectiva de imposição e manutenção das barreiras à entrada para novos concorrentes.

Por conta dos efeitos de rede, muitas vezes os mercados de exploração de *big data* se configuram como uma verdadeira concorrência “pelo mercado” e não “dentro do mercado”. Diante disto, é possível concluir que as análises de concentrações verticais e conglomeradas devem considerar as particularidades dos mercados de exploração de dados e assumir que a estrutura e performance deste tipo de mercado não podem ser analisadas sob o mesmo raciocínio aplicado aos demais mercados analisados.

6. CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A questão da privacidade do consumidor e do tratamento dos dados pessoais levanta importante discussão sobre a importância que se deve dar a este tema no ambiente de concentrações econômicas. O contínuo crescimento do mercado digital traz a expectativa de que as empresas passarão a demandar cada vez mais o tratamento de dados enquanto as autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo necessitarão incorporar os aspectos relacionados ao tratamento de dados ao seu instrumental de análise antitruste.

6.1 Como a privacidade do consumidor se relaciona com as concentrações econômicas?

Considerando os critérios que envolvem as concentrações econômicas no atual modelo de análise, Darren S. Tucker (2015, p. 02) tenta estabelecer qual o real papel que a privacidade do consumidor deve exercer sobre as concentrações econômicas. Ao entender que a privacidade não deve ser considerada para fins da análise antitruste sobre concentrações econômicas, o autor vislumbra o crescimento de tensões entre os modos de análise que dá prevalência à concorrência e o modo de análise que busca proteger a privacidade sobre os dados dos consumidores. Sobre o assunto, Darren S. Tucker escreve:

Em um sistema de aplicação da lei baseado em considerações antitruste e de privacidade (ou considerações de não concorrência), haverá frequentes tensões entre os dois modos de análise. Por exemplo, a agregação de dados pessoais de uma aquisição corporativa pode aumentar preocupações com maiores intrusões de privacidade, mas as leis antitruste considerariam esse aspecto da combinação como uma eficiência potencial devido ao potencial de custos mais baixos e ao desenvolvimento de melhores serviços. Sem um padrão claro de como pesar a concorrência versus considerações sobre a privacidade, é provável que o resultado reflita as visões pessoais de um determinado regulador a transação, levando a uma menor previsibilidade e menor consistência de resultados resultados (TUCKER, 2015, p. 4, tradução nossa).²⁰⁶

Ademais disto, Darren S. Tucker (2015, p. 02) observa que em indústrias que atuam no mercado de privacidade, uma concentração econômica poderia reduzir o incentivo de uma empresa concentrada a competir na sua base de atuação. Teoricamente, o número de

²⁰⁶ Tradução livre do excerto: “In a law enforcement system based on both antitrust and privacy considerations (or other non-competition considerations), there will be frequent tensions between the two modes of analysis. For example, aggregation of personal data from a corporate acquisition might raise concerns about greater privacy intrusions, but the antitrust laws would view this aspect of the combination as a potential efficiency due to the potential for lower costs and development of better services. Without a clear standard for how to weigh the competition versus the privacy considerations, the outcome is likely to reflect the personal views of the particular enforcer reviewing the transaction, ultimately leading to less predictability and less consistency in outcomes.”

concentrações econômicas que levantarão sérios riscos à privacidade dos consumidores seria limitado nos mercados digitais (TUCKER, 2015, p. 02).

A jurisprudência²⁰⁷ já observou que fatores não competitivos – como os critérios de privacidade de consumidores - não são considerados na análise antitruste, a qual analisa prioritariamente os critérios de preço, qualidade do produto ou serviço e grau de inovação em determinada atuação econômica (TUCKER, 2015, p. 04).

Como argumentos que se mostrariam contrários à incorporação de critérios relacionados à privacidade, Darren S. Tucker (2015, p. 04-05) afirma que “a privacidade é difícil de quantificar” e conseqüentemente seria difícil incluir este tipo de métrica em modelos econômicos para fins de análise antitruste.

Além disso, entende que o conceito de “ ’mais e melhor’ privacidade não é claro para os consumidores e pode ser visto como detrimento de acesso ou dificuldade em redes sociais” na medida em que os consumidores teriam que passar por novas barreiras de manifestação de vontade para poder usar os produtos e serviços digitais (TUCKER, 2015, p. 04-05).

Por fim, afirma ainda que o “direito do consumidor já mantém ferramentas suficientes para endereçar este tipo de proteção” motivo pelo qual não seria cabível considerar os critérios de privacidade do consumidor novamente no ambiente das concentrações econômicas (TUCKER, 2015, p. 04-05).

As empresas que têm possibilidade de coletar dados pessoais de forma unilateral teriam vantagens competitivas diante daquelas empresas que coletam dados pessoais através de concentrações econômicas, sob a ótica de que grandes empresas e aquelas incumbentes integradas verticalmente teriam mais vantagens se comparadas às pequenas empresas e novos entrantes (TUCKER, 2015. p. 04-05).

Deve-se ter em conta ainda a diferenciação entre concentrações econômicas entre empresas que são concorrentes próximas no mercado que envolve privacidade e aquelas que não atuam no mesmo mercado. Segundo Darren S. Tucker (2015, p. 04-05, tradução nossa)

²⁰⁷ Exemplos importantes de jurisprudência neste sentido são os casos de concentração econômica entre Facebook/Whatsapp e Google/DoubleClick, os quais tiveram refutados os argumentos que postulavam a negativa das respectivas concentrações levando em consideração a questão da privacidade de dados dos consumidores. Merece citação também as obrigações, aplicadas pela autoridade antitruste alemã, que restringiram política de processamento de dados do *Facebook*, determinando que os dados a empresa não poderiam ser cruzados com os dados dos seus outros aplicativos (*Instagram* e *Whatsapp*) e obrigou o Facebook a não coletar dados sem consentimento dos usuários. Veja-se: Alemanha. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. Disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html . Acesso em 23 de Julho de 2019.

“não há teoria econômica ou evidência empírica que demonstre relação consistente entre a concentração nos mercados e o grau de proteção oferecido”.

Por outro lado, o autor evidencia certa preocupação voltada à concentração econômica entre “concorrentes que exerçam relação de rivalidade expressiva”, entre concorrentes que são reputados como aqueles que oferecem os melhores produtos e serviços que se relacionam com privacidade” e naquelas concentrações que “obriguem os demais concorrentes a reposicionar suas políticas de privacidade” (TUCKER, 2015, p. 05).

Ainda conforme entendimento de Darren S. Tucker (2015, p. 05) as grandes empresas, reais detentoras do poder de mercado, apresentam uma tendência de proteger mais a privacidade e os dados dos consumidores se comparadas às pequenas empresas, na medida em que

uma firma que reduza sua proteção de privacidade para coletar mais dados estaria marginalmente adicionando custos para desenvolver em produto melhor, o que dificilmente é o caso das grandes empresas, as quais estariam sempre sob o maior escrutínio de reguladores, mídia e consumidores; [...]teriam maiores recursos para proteger a privacidade ²⁰⁸ (TUCKER, 2015, p. 05, tradução nossa)

As conclusões as quais Darren S. Tucker chega, a se mostram contraintuitivas, na medida em que entende que a privacidade, se for considerada um problema no ambiente das concentrações econômicas, levantará preocupações em poucos e específicos casos, de modo que seria mais provável que a concentração incorra inicialmente em aumento de preços ou diminuição de qualidade. Neste sentido, justifica:

um prejuízo aos consumidores não necessariamente está relacionado à privacidade[...] as empresas que têm melhor gestão na privacidade de dados, ao realizar uma concentração econômica, têm maior probabilidade de auferir lucro diminuindo a privacidade dos seus consumidores, mas seria mais provável que, antes disso, ocorra aumento de preço ou diminuição de qualidade nos produtos e serviços²⁰⁹ (TUCKER, 2015, p. 06, tradução nossa)

Avançando no tema, é imprescindível analisar em que medida os concorrentes proporcionam um prejuízo ao bem-estar dos consumidores, ao empregar a individualização e discriminação de preços, com base na exploração de dados pelas empresas, bem como a relação entre estas condutas anticoncorrenciais e as concentrações econômicas.

²⁰⁸ Tradução livre do excerto: “A firm that reduced its privacy protections to collect more data would be marginally adding to its costs for the purpose of delivering a better product—hardly the type of conduct we would expect from a firm with substantial market power. In addition, larger firms are under greater scrutiny by the press, consumers, and regulators.”

²⁰⁹ Tradução livre do excerto: “the injury to consumers from a loss of privacy competition is not necessarily less privacy. To be sure, a company acquiring a close competitor on the basis of privacy could exercise its newfound market power by reducing its privacy protections. But far more likely, it would simply increase prices or, in a market with zero prices, reduce investment in its services.”

É justamente sobre este assunto que Jin-Hyuk Kim, Liad Wagman e Abraham L. Wickelgren (2016, p. 22-23) tratam. Os autores, ao analisar dois modelos de concentração²¹⁰ econômica, demonstram que as concentrações econômicas que resultem em monopólio, potencialmente, podem prejudicar o bem-estar do consumidor na medida em que autorizam o monopolista a discriminar os preços baseados em preferências individuais.

Enquanto na concentração econômica que resulta em um duopólio a redução do consumidor seria comparativamente menor, na medida em que seria mais propícia a ocorrência de uniformização de preços entre concorrentes, ao invés da individualização e discriminação pura e simples (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 22-23).

Ao considerar o surgimento dos *data brokers*²¹¹, os autores consideraram na pesquisa duas situações: a primeira onde as concorrentes poderiam comprar dados, de forma competitiva, a um preço baixo e a segunda situação seria caracterizada pela existência de um *data broker* monopolista, autorizado a revender dados pessoais para maximizar seu lucro (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 02).

Na perspectiva trazida pelos autores, uma concentração que leva ao monopólio exacerba o efeito anticompetitivo enquanto nas concentrações que resultem em concorrência – ainda que de baixa intensidade – a atuação do *data broker* teria a tendência de diminuir os efeitos anticompetitivos (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 03-04).

Neste mesmo sentido, quando empresas que atuam no mercado *downstream*²¹² se relacionam diante de um *data broker* monopolista, segundo os autores “as autoridades antitruste tendem a aprovar as concentrações econômicas com ganhos de eficiência menores, caso os dados não sejam acessíveis ou tenham acesso muito barato (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 04)”²¹³.

Sobre o assunto, os pesquisadores concluem que “uma concentração econômica no mercado de dados pode ser prejudicial aos consumidores em um mercado de duopólio, mas a premissa não é válida para casos de oligopólio” (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 22) na medida em que outras empresas poderiam exercer pressões relacionadas aos preços,

²¹⁰ O primeiro modelo trata de um mercado no qual a concentração econômica entre dois concorrentes resultará em um monopólio enquanto o segundo modelo trata de um mercado com três concorrentes, o qual, após a concentração econômica resultará em um duopólio.

²¹¹ Empresas que coletam dados pessoais que são utilizados para fins de marketing e revenda para terceiros

²¹² O termo é equivalente ao denominado pela jurisprudência do CADE como “mercado a jusante”, que significa mercado abaixo daquele ponto que se considera. Por exemplo, o mercado *downstream* da produção do petróleo, refere-se a atuação da refinaria até as empresas de distribuição

²¹³ Tradução livre do excerto: “when down-stream firms face a monopoly data broker, antitrust authorities should be more willing to approve mergers for smaller efficiency gains than would be the case both if there were no consumer data available and if that data were available for very low cost.”

“independentemente do data broker vender o acesso aos dados do consumidor de forma exclusiva ou não exclusiva” (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 22).

Para chegar a essa conclusão, além de apresentar bases econométricas, os autores apresentaram como premissas, argumentos que afirmam que em uma concentração econômica que leve ao monopólio, a acessibilidade aos dados em preços suficientemente baixos aumentaria a perda do bem estar dos consumidores, se comparado a uma concentração econômica que não envolva o mercado de dados pessoais, uma vez que não existiria concorrência no mercado em questão.

Ademais disto, demonstraram ainda que em mercados com mais de dois concorrentes, os efeitos do acesso aos dados tende a mudar substancialmente, considerando que o acesso aos dados intensificaria a concorrência entre as empresas remanescentes, principalmente se considerarmos um mercado onde ocorre a individualização de preços (KIM;WAGMAN;WICKELGREN, 2016, p. 03).

Os argumentos aqui apresentados levam em consideração, na ocorrência de concentração econômica, a relação entre as empresas a serem concentradas e o seu fornecedor de dados, principalmente se este apresentar poder de mercado.

De modo geral, é possível observar que as autoridade antitruste deveriam observar a estrutura de mercado de dados, tal qual apresentada anteriormente neste trabalho²¹⁴, principalmente nas relações *upstream* e *downstream*, na medida em que os efeitos das concentrações econômicas *downstream* apresentarão externalidades diferentes com base na forma de mercado que se apresenta acima delas, enquanto seus fornecedores.

6.2 Os procedimentos relacionados às concentrações econômicas e a necessária atenção à gestão dos dados

Inicialmente, considerando como um procedimento de concentração econômica aqueles mencionados pelo artigo 90 da LDC, é necessário esclarecer qual seria o procedimento padrão, a ocorrer entre os concorrentes, para que a concentração econômica possa acontecer.

Sob o ponto de vista do que chamaremos de sujeito ativo da concentração econômica, é possível afirmar que o primeiro ato a ser realizado é o levantamento das informações atreladas à empresa a ser concentrada, como o levantamento sobre informações financeiras, balanço patrimonial e dos dados físicos da empresa, como imóveis, móveis,

²¹⁴ Veja-se capítulo 3.2 desta pesquisa.

hardwares, computadores, dados em nuvem e contratos arrematados em regime de *outsourcing*²¹⁵ e demais ativos.

Neste ponto, é possível chamar atenção para a necessidade de realizar uma *due diligence*²¹⁶ completa acerca da forma de tratamento de dados da empresa a ser concentrada, observar se os dados explorados pela empresa concentrada são passíveis de sofrer anonimização ou pseudoanonimização; observar se, quando da captura dos dados explorados houve o consentimento informado dos titulares dos dados e ainda se há qualquer histórico de violação de privacidade por parte de funcionários da empresa concentrada. Por fim, é necessário ainda realizar a análise dos contratos celebrados para a coleta de transferência de dados pessoais, com o objetivo de identificar eventuais falhas de segurança na gestão e tratamento dos dados.

A seguir, ao realizar a auditoria nos ativos da empresa concentrada e posterior avaliação de riscos, é necessário contabilizar todos os riscos regulatórios trazidos pela Lei 13.709/2018, bem como eventuais multas e atos administrativos que, de alguma forma, influenciem a concentração econômica, mesmo que se trate de empresa que não tem atuação preponderante no mercado digital, uma vez que a regulação não traz esta diferença.

O momento da integração e fechamento do negócio é a fase na qual deve ocorrer a notificação aos titulares dos dados então explorados, dando-lhes oportunidade de exercer seu direito de portabilidade ou simplesmente ter seus dados excluídos do banco de dados da empresa a ser concentrada.

Após este período, deve ocorrer a fase de migração de dados entre as partes da concentração, momento no qual se caracteriza propriamente a geração de valor, objetivo maior da concentração econômica, motivo pelo qual requer-se que estes atos apenas sejam efetivamente executados quando ultrapassadas as demais fases anteriores e de cumprimento das regulações sobre proteção de dados pessoais.

No que diz respeito aos procedimentos acima descritos, deve-se atribuir maior receio a potenciais situações que ocorram durante a negociação da concentração econômica que possam vir a ser caracterizadas como quebra de promessa de privacidade diante do titular dos dados pessoais²¹⁷, o que pode significar a responsabilização do sujeito ativo da concentração

²¹⁵ É a terceirização da organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra empresa suas atividades-meio.

²¹⁶ É a realização de auditoria para investigar oportunidades de negócio que a parte da concentração econômica realiza para avaliar os riscos da transação.

²¹⁷ Pode ser considerado como exemplo de quebra de promessa de confiança qualquer ato de acesso não autorizado, situações de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito dos dados pessoais, nos termos do disposto no Art. 46 da Lei 13.709/2018.

econômica por sanções financeiras, negociais ou reputacionais que influenciem negativamente a concentração econômica e os sujeitos que dela participam.

Por fim, é necessário ter em conta a necessidade de inclusão, nos contratos relacionados à concentração econômica, as regras de *standard contractual rules*²¹⁸ para promover as salvaguardas necessárias no que diz respeito às transferências de dados entre os países que eventualmente se relacionem, de alguma forma, com a concentração econômica.

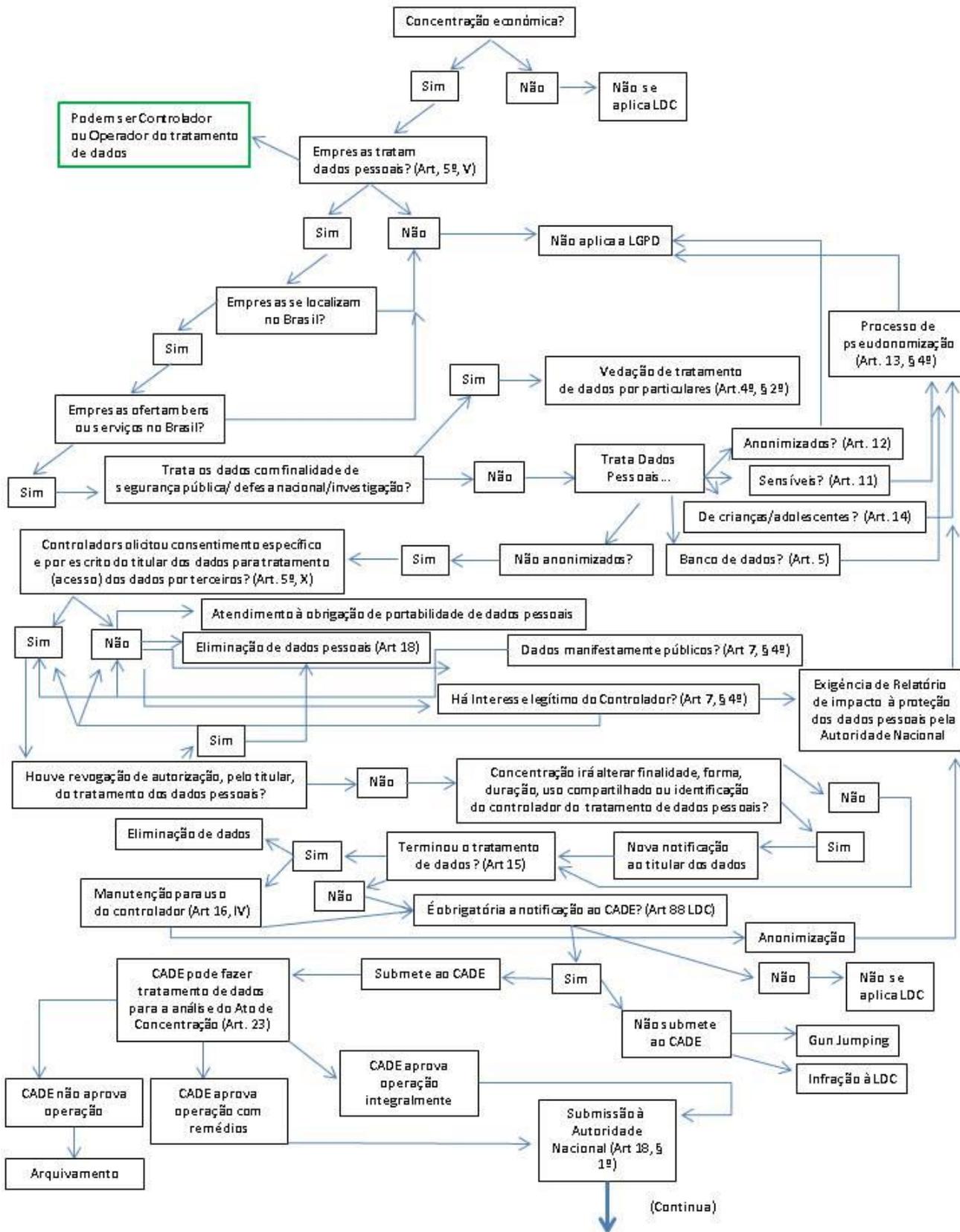
Deve-se ainda incluir, no contrato referente à concentração econômica, a estipulação de regras internas ou *biding corporate rules*²¹⁹, quando não obrigar as partes a produzirem códigos de conduta interno, com o objetivo de obter maior transparência e melhorar a gestão, principalmente quando se tratar de concentrações econômicas que se relacionam com grupos econômicos em mercados digitais.

Para uma melhor compreensão do que aqui se apresenta, foi elaborado um fluxograma que sistematiza os procedimentos que devem ser seguidos para que se possa realizar uma concentração econômica em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais, em especial à LGPD:

²¹⁸ São cláusulas contratuais celebradas entre empresas que permitem os controladores de dados a exportar os dados para os destinatários em terceiros países que não necessariamente têm regulação de proteção de dados pessoais adequada

²¹⁹ É um código de conduta celebrado entre empresas de um mesmo ramo comercial cujo cumprimento permite a transferência dos dados para os destinatários em terceiros países que não necessariamente têm regulação de proteção de dados pessoais adequada

Figura 5 - Fluxograma de procedimentos para conformidade das concentrações econômicas perante a LGPD



6.3 Como a Lei Geral de Proteção de Dados se relaciona com as concentrações econômicas?

Ultrapassados os argumentos relacionados à privacidade nas circunstâncias de concentração econômica, é necessário tratar da recente inovação legislativa que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro critérios mais claros para a proteção, tratamento e exploração de dados pessoais²²⁰.

É necessário observar que, diante do recorte proposto por esta pesquisa, a Lei 13.709/2018²²¹ será analisada exclusivamente sob a ótica da atuação perante concentrações econômicas, com o intuito de demonstrar em que medida a nova regulação sobre proteção de dados no Brasil pode influenciar ou dialogar com os instrumentos utilizados pelo direito antitruste.

Sobre o assunto, Ana Frazão (2018, p. 01) argumenta:

Para o adequado endereçamento do problema, talvez não seja suficiente apenas uma lei de proteção de dados, embora esta seja certamente uma das providências mais importantes nessa seara, até para definir o que pode ser considerado dado pessoal. Há que se verificar igualmente a compatibilidade da utilização dos dados diante do Direito Constitucional, do Direito da Concorrência e do Direito do Consumidor, dentre outros. [...]Mais do que isso, há que se indagar sobre o grau e os mecanismos de transparência e *accountability* que se exigirão dos agentes empresariais que se utilizam de algoritmos para compreender e categorizar usuários para os mais diversos fins, o que traz impactos para a sua identidade pessoal - já que podem estar sendo definidos e classificados de forma equivocada - bem como para as oportunidades e opções de vida desses usuários, as quais podem estar sendo indevidamente restringidas em razão de diagnósticos apressados ou claramente equivocados.

De fato, a lei de proteção de dados brasileira, em que pese ser uma importante evolução regulatória, por si só, não consegue endereçar todos aspectos que tangenciam a exploração de dados pessoais pelas empresas. Para que isso possa acontecer, é imprescindível o diálogo com as demais áreas de regulação.

Tratando especificamente da Lei 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados, a partir de agora mencionada nesta pesquisa como LGPD, e realizando uma análise sob a ótica da concentração econômica, é necessário fazer menção ao Art. 1º da LGPD²²² que estabelece o escopo de aplicação da legislação. Sobre este escopo, é interessante observar que

²²⁰ Para um aprofundamento sobre o tema, veja-se DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental, vol. 12, n° 2. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2011 e MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental. Saraiva, São Paulo, 2014.

²²¹ A análise feita por esta pesquisa considera a Lei 13.709, com as alterações da Medida Provisória 869/2018.

²²² Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

se buscou dar a maior abrangência possível à aplicação da LGPD, na medida em que não há qualquer diferença, para fins de aplicação da lei, diante do meio pelo qual o tratamento de dados se dá – seja ambiente virtual ou físico – assim como não há distinção entre pessoas físicas e jurídicas titulares deste tratamento.

Neste sentido, a legislação deixa claro que o principal objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade da pessoa natural, não sendo aplicável a LGPD, portanto, às empresas que exploram dados que não sejam originados de pessoas naturais, como por exemplo empresas que prestam serviços *business to business* e que eventualmente explorem os dados advindos destes negócios.

Outro ponto de observação importante é que a pessoa jurídica de direito privado, obviamente, está diretamente vinculada e responsabilizada pela exploração de dados pessoais que pratica e é com base nesta figura jurídica que a análise legislativa se dará.

No que diz respeito às disposições constantes no Art. 2º da LGPD²²³, é possível pontuar como aspectos que afetam negativamente as concentrações econômicas a inclusão, como fundamentos da proteção de dados pessoais o respeito à privacidade e liberdade de informação, os quais apresentam a tendência de aumentar os custos de tratamento e gestão de dados pessoais pelas empresas, bem como o tempo e os custos das diligências e tratativas que objetivem a realização de concentrações econômicas.

Por outro lado, é possível apontar como aspecto positivo trazido pela legislação a incorporação, enquanto fundamento, dos princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa, o que, de certa forma, traz para o escopo regulatório toda a construção jurisprudencial em torno destes dois princípios, abrindo um espaço para um eventual diálogo com o direito antitruste.

O Art. 3º da LGPD²²⁴ traz importante influência sobre as concentrações econômicas, na medida em que estabelece claramente critérios geográficos para que ocorra a incidência da regulação prevista na legislação.

²²³ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

²²⁴ Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. § 1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo

Desta forma, é possível observar que as concentrações econômicas que eventualmente não possam ser subsumidas à análise antitruste pelo CADE, após os a análise dos critérios de faturamento e dos testes de definição de mercado pelos critérios de produto, serviço ou geográfico²²⁵, poderão ter que se submeter à regulação promovida pela LGPD, caso explorem dados em território nacional, ofereçam serviços ou produtos no país ou explorem dados advindos de pessoas que se encontrem no Brasil no momento da coleta, uma vez que, apesar de não passarem pelo controle antitruste, poderiam ser consideradas como controladoras de dados distintas, sob a interpretação da LGPD.

O próximo ponto da legislação que enseja análise sob a perspectiva das concentrações econômicas é o Art. 5º da LGPD²²⁶. Ao definir os conceitos utilizados em toda

titular nele se encontre no momento da coleta. § 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei.

²²⁵ Trata-se do teste SSNIP, o qual, segundo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, significa “avaliação da capacidade e disponibilidade de outras empresas começarem a produzir e ofertar a mercadoria em questão na área considerada, após um “pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços” (*small but significant and non-transitory increase in price* – doravante apenas SSNIP) e em um curto espaço de tempo”.

²²⁶ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; VIII - encarregado: pessoa natural, indicada pelo controlador, que atua como canal de comunicação entre o controlador e os titulares e a autoridade nacional; IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador; X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo; XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados; XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado; XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro; XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico,

a legislação, a partir desse artigo é possível observar a estrutura que o mercado de dados terá no Brasil. Como conceitos mais importantes é possível citar os dados pessoais, a figura do controlador, a atuação do operador, a figura do tratamento de dados, o procedimento de anonimização e o uso compartilhado dos dados.

No ambiente de concentrações econômicas, as empresas deverão considerar em seus contratos, programas de *compliance* e sistema de governança, o conceito de dados pessoais com uma caracterização mais abrangente, permitindo enquadrar o conceito para todo e qualquer dado que possibilite identificar uma pessoa.

O artigo 5º da LGPD traz os conceitos básicos que são utilizados na lei, permitindo afirmar que, para fins de análise antitruste sobre concentração horizontal, os conceitos mais importantes tratam do significado de dado pessoal, controlador, operador, tratamento, anonimização e uso compartilhado.

Como estes conceitos envolvem figuras centrais do mercado de dados, é importante demonstrar, de forma gráfica, os conceitos pensados pelo legislador:

Figura 6 - Conceitos utilizados pela LGPD

DADO PESSOAL	informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável
CONTROLADOR	pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais
OPERADOR	pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador
TRATAMENTO	toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração
ANONIMIZAÇÃO	utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo

científico, tecnológico ou estatístico; XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública indireta responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei.

USO COMPARTILHADO	comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados
--------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(Fonte: BRASIL, Lei nº 13.709/2018)²²⁷

No que diz respeito ao conceito de dado pessoal, este é reputado como um dos mais importantes e acreditamos que dispensa qualquer justificativa para esse título. É esta descrição legal que proporciona o exato recorte do que deve ser ou não objeto de regulação pela LGPD.

Neste sentido, trazendo a discussão para o controle de estruturas do instrumental antitruste, cabe aos assessores das operações de concentração analisar o eventual enquadramento da operação negocial na LGPD e evitar o descumprimento das previsões legais.

Para fins de controle de estruturas, é necessário ter de forma clara a função do controlador enquanto tomador de decisões sobre o tratamento dos dados pessoais e observar que uma eventual concentração entre duas ou mais empresas controladoras de dados provavelmente deverá respeitar a aplicação da LGPD, além da própria lei 12.529/11, devendo as respectivas autoridades trabalhar de forma conjunta para emitir decisões consonantes.

A função de operador também se mostra de extrema importância para fins de controle de estruturas, na medida em que as operadoras são as empresas que realizam o efetivo tratamento dos dados, podendo ser absolutamente dissociadas das empresas controladoras, caracterizando inclusive, um mercado individualizado, considerando as definições de mercado já oferecidas anteriormente.

Os conceitos de tratamento e anonimização são importantes para o controle de estruturas pois, enquanto o tratamento busca abranger no seu núcleo verbal toda operação realizada com dados pessoais, contribuindo para o máximo alcance à norma, o conceito de anonimização foi desenhado para se relacionar com os procedimentos de dissociação dos dados diante dos seus respectivos titulares, respeitando a evolução da tecnologia.

²²⁷BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 15 jul.2019.

Estes conceitos têm importância direta para o controle de estruturas da análise antitruste na medida em que, a partir deles, se configuram mercados da indústria de tecnologia que apresentam características próprias e autônomas.

Já o conceito de uso compartilhado também merece atenção nos momentos de concentração de empresas, na medida em que pode ser útil nos momentos de *due diligence* (pré-concentração) e sinergia (pós-concentração) na medida em que, potencialmente, as empresas envolvidas na operação de concentração econômica, irão buscar obter uma comunicação entre as suas atividades que se relacionam com os dados pessoais.

No que diz respeito aos princípios trazidos pela LGPD, detalhados no Art. 6º, é possível apontar como aqueles que demandam maior atenção para fins de análise de concentração econômica os princípios de finalidade²²⁸, adequação²²⁹ e necessidade²³⁰ os quais, interpretados em conjunto, podem exigir das empresas envolvidas na concentração econômica não só a demonstração – perante a autoridade antitruste - do racional econômico por trás da operação de concentração, como também o cumprimento dos critérios de finalidade e adequação daquela concentração econômica para fins de cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais.

Sobre os requisitos para a realização do tratamento de dados pessoais que, de certa forma, podem interferir nas concentrações econômicas e devem ser por elas consideradas para fins regulatórios, é possível afirmar que a exigência de consentimento pelo titular dos dados para que haja o efetivo tratamento é o ponto principal da inovação legislativa.

Tendo em vista esta exigência, as empresas partes da concentração econômica se veem obrigadas a notificar os titulares dos dados pessoais sempre que houver alteração da figura do controlador ou tratador destes respectivos dados, situações prováveis em cenários de concentração econômica²³¹.

Há ainda a possibilidade de tratamento dos dados pela administração pública, na qual está incluído o CADE. Desta forma, a autorização do tratamento de dados pessoais, através

²²⁸ Previsto no Art. 6, I, da LGPD, que afirma: “I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;”

²²⁹ Previsto no Art. 6, II, da LGPD, que afirma: “II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;”

²³⁰ Previsto no Art. 6, III, da LGPD, que afirma: “III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;”

²³¹ Esta situação, inclusive, está expressamente prevista no parágrafo 5º do Art. 7 da LGPD, que afirma: “§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.”

desta hipótese, acaba influenciando também a análise antitruste das concentrações econômicas, na medida em que o poder público passa a ser autorizado a tratar dados seja para executar políticas públicas, seja para aplicar os regulamentos de defesa da livre concorrência e livre iniciativa.

Considerando isto, as partes envolvidas na concentração econômica, a partir da vigência da lei, poderão ter que lidar com exigências de remédios ou até vetos a operações que se baseiam na análise e tratamento de dados pessoais relacionados ao mercado que sofrerá a concentração, que foram realizados pelo poder público.

Outro ponto importante sobre a criação dos requisitos para tratamento dos dados pessoais é a possibilidade do controlador dos dados se utilizar do argumento do “interesse legítimo” para realizar o tratamento de dados pessoais. Neste ponto, observa-se uma importante lacuna de interpretação que pode ser utilizada a favor das empresas tanto no ambiente da regulação do tratamento de dados pessoais quanto no controle de concentrações.

Como o “interesse legítimo” não está claramente definido na legislação, torna-se matéria propensa a ser utilizada com discricionariedade pelas empresas em situação de concentração econômica, que poderão se utilizar da figura do “interesse legítimo” para concentrar também os dados pessoais, os seus instrumentos de tratamento e os ativos econômicos dele advindos, sob a égide da omissão da definição do termo, sem o estrito cumprimento das demais obrigações relacionadas ao tratamento dos dados²³².

Dando continuidade à análise da LGPD, o próximo ponto que traz potencial influência às concentrações econômicas é a forma de consentimento que é exigido pela legislação. Ao criar a exigência de consentimento expresso e com revogação a qualquer momento, bem como de oferecer o livre acesso às informações sobre o tratamento de dados aos seus titulares, a LGPD cria novo custo às partes da concentração econômica na medida em que estas serão obrigadas a informar claramente aos titulares de dados sobre a concentração econômica – potencial ou em curso - dando oportunidade para aqueles realizarem a revogação da autorização do tratamento de dados pessoais realizado²³³.

²³² Observe que o Art. 10º da LGPD trata do tema, entretanto, a menção ao “apoio e promoção de atividades do controlador” ainda se mostra ampla, sendo cabíveis diversas interpretações que podem favorecer a discricionariedade das partes da concentração econômica. A previsão da exigência, pela autoridade nacional, de relatório de impacto à proteção de dados mitiga um pouco esta discricionariedade das empresas, mas pode ser contornada através da incorporação dos custos, pelas partes em concentração econômica, deste fator de risco regulatório.

²³³ Esta interpretação é originada diretamente da análise do parágrafo 6º do Art. 8º da LGPD, que afirma: “§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.”. Por sua vez, as previsões a que faz menção o artigo tratam respectivamente de: alteração da finalidade específica do tratamento (Art.

No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais sensíveis, merece destaque o parágrafo 3º do Art. 11 da LGPD²³⁴ que especifica a possibilidade da autoridade nacional vedar o compartilhamento de dados pessoais sensíveis entre controladores.

Esta possibilidade influencia significativamente os procedimentos de concentração econômica uma vez a autoridade nacional - enquanto órgão da administração pública federal que aplica a regulação da proteção de dados pode ser considerada como possível novo obstáculo a ser enfrentado pelos agentes de mercado - ao aplicar o dispositivo acima exposto pode inclusive inviabilizar o ato de concentração, caso se trate de concentração de dados pessoais sensíveis ou um novo desenho societário entre controladores de dados até então concorrentes.

Dando andamento à análise legislativa, outro ponto que tem singular importância no regime regulatório de dados pessoais é a atividade de anonimização de dados e a respectiva gestão destes dados anonimizados.

Neste sentido, é possível afirmar que a legislação sempre estimula a anonimização dos dados, inclusive dando o benefício de não classificação como dados pessoais – eximindo a aplicação da LGPD - para dados que sofreram este tipo de tratamento sem possibilidade de reversão. Este dispositivo influencia os atos de concentração econômica na medida em que claramente cria o estímulo aos controladores para que ocorra a anonimização e terceirização do tratamento de dados pessoais, possibilitando o surgimento de um novo mercado.

Tratando da gestão dos dados pessoais de crianças e adolescentes, pode ser considerado ponto diferencial que influencia as concentrações econômicas a exigência de publicidade sobre a informação sobre os tipos de dados coletados, bem como a forma da utilização destes dados.

É possível afirmar que as empresas que atuam através de serviços e produtos voltados ao público infantil podem ter uma desvantagem competitiva, caso criem diferenciais justamente na forma de utilização dos dados pessoais, uma vez que esta informação deverá ser pública.

Apesar da LGPD deixar claro o seu respeito aos segredos comerciais e ao reconhecimento da propriedade intelectual referente ao tratamento de dados, a pura e simples publicidade das atividades da empresa atuante neste mercado pode funcionar como sinalização

9º, I da LGPD); alteração da forma e duração do tratamento (Art. 9º, II da LGPD), alteração da identificação do controlador (Art. 9º, III da LGPD) e, por fim, informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade (Art. 9º, V da LGPD);

²³⁴ O Parágrafo 3º do Art. 11 da LGPD tem a seguinte redação: “§ 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.”

importante aos concorrentes e provavelmente será precificado em eventuais concentrações econômicas neste setor.

No que se refere ao término do tratamento de dados, a regulação prevê que os dados pessoais devem ser eliminados quando alcançada a finalidade do seu tratamento, quando transcorrido o período específico de tratamento ou quando haja determinação da autoridade nacional sobre o assunto.²³⁵

Ficou autorizada a manutenção dos dados para finalidades como a transferência para terceiros ou uso exclusivo do controlador²³⁶. Neste sentido, observa-se uma influência da legislação sobre as concentrações econômicas, uma vez que, em casos de concentração no mercado de tratamento de dados, a autoridade nacional deverá ser provocada para que as partes envolvidas na concentração econômica possam comprovar a finalidade dos dados e obter a respectiva autorização para a manutenção e transferência para terceiros destes dados pessoais.

Tratando dos direitos do titular de dados pessoais²³⁷, um ponto que chama atenção e merece análise acurada para fins das tratativas que envolvem concentração econômica é o fato de que a LGPD não é aplicável aos dados originados e sob a titularidade de uma pessoa jurídica.

Ou seja, todo o mercado digital que trabalha na vertente *business to business* (B2B) está desobrigado de cumprir as obrigações previstas nesta lei, o que pode ser considerado uma vantagem competitiva no que diz respeito ao mercado de dados em geral, na medida em que não incorrerá nos custos para este cumprimento regulatório em específico.

No que tange ao exercício dos direitos pelas pessoas naturais, cumpre observar que as partes da concentração poderão ser demandadas pelos seus respectivos clientes a proporcionar a estes as informações sobre as entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados, principalmente no que diz respeito às tratativas junto ao CADE e às partes, no âmbito da concentração econômica, podendo inclusive

²³⁵ Conforme o entendimento do Art 15 da LGPD: “Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses: [...] IV - determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta Lei.”

²³⁶ Conforme o entendimento do Art 15 da LGPD: “Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: [...] IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.”

²³⁷ Observe que o Art. 17 da LGPD traz os direitos exclusivamente das pessoas naturais, como se denota: Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

sofrer oposição formal do titular de dados²³⁸ e ter de responder pelo compartilhamento de dados perante a autoridade nacional, os órgãos de defesa do consumidor²³⁹ ou o judiciário²⁴⁰.

O direito à portabilidade dos dados pessoais²⁴¹ merece atenção especial, na medida em que o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral de seus dados pessoais em formato que permita a sua utilização por terceiros em outras operações de tratamento.

Ou seja, caso o titular, diante da notícia de concentração econômica, sinta a necessidade de levar seus dados pessoais para outro fornecedor de produto ou serviço, este direito deverá ser tornado apto ao exercício pelas partes da concentração econômica, que deverão assumir os respectivos custos regulatórios para que o direito seja exercido.

Neste sentido, é importante citar Ana Frazão (2018, p. 01), que explica o direito à portabilidade de dados pessoais:

Uma das grandes inovações da LGPD foi ter previsto, em seu art. 18, V, o direito à "portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador". Trata-se, portanto, de direito que tem como um de seus objetivos principais o empoderamento e o reforço da autodeterminação informativa do titular. Com efeito, a portabilidade procura viabilizar o efetivo controle do titular sobre os seus dados para os mais diversos fins, possibilitando que sejam gerenciados e reutilizados, inclusive com o objetivo de facilitar a migração do titular para serviços concorrentes. Com isso, evita-se que os consumidores fiquem presos a determinado ofertante (efeito *lock in*) em virtude das dificuldades ou mesmo dos altos custos de troca (*switching costs*) que decorreriam da "perda" dos dados.

Outro direito extremamente importante e que significa incremento de custos para as empresas em fase de concentração econômica é o direito a solicitar revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais²⁴².

²³⁸ Conforme o entendimento do parágrafo 2º do Art 18 da LGPD, depreendido do seu texto: § 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

²³⁹ Conforme o entendimento do parágrafo 1º do Art 18 da LGPD, depreendido do seu texto: § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

²⁴⁰ Conforme o entendimento do Art. 22 da LGPD, depreendido do seu texto: Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

²⁴¹ Conforme o entendimento do Art. 18 da LGPD: "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: [...] V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

²⁴² Conforme o entendimento do Art. 20 da LGPD: "Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, inclusive de decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade."

Trata-se de uma maior atenção, prestada pelo legislador, ao *accountability* e à transparência para fins de responsabilidade civil e melhor prestação de serviços e produtos por parte das empresas. A exigência de pessoa natural para revisar o tratamento dos dados pessoais inexoravelmente traz a ocorrência de novos custos às empresas e também deve ser considerada na ocorrência de concentrações econômicas entre empresas que atuam no mercado de dados pessoais.

No que diz respeito à transparência sobre os procedimentos utilizados para a decisão automatizada²⁴³ o legislador foi claro e objetivo, criando ainda a possibilidade de ocorrência de uma auditoria, por parte da autoridade nacional, para a verificação destes procedimentos de decisão automatizada.

O Art. 21²⁴⁴ da LGPD, por sua vez, ao afirmar que os dados pessoais não podem ser utilizados em prejuízo ao seu titular, abre espaço para a construção de uma teoria do dano no ambiente antitruste²⁴⁵, na medida em que pode ser utilizado para uma argumentação pelo veto de determinada operação de concentração econômica, atribuindo a esta hipotética concentração algum tipo de prejuízo aos titulares dos dados pessoais utilizados pelas empresas em fase de concentração.

Em que pese este artigo específico não poder ser utilizado como instrumento inserido no processo administrativo concorrencial, poderia ser facilmente utilizado em juízo, como pretexto para, de alguma forma, trazer obstáculos à determinada concentração econômica.

Passando a estudar o capítulo sobre tratamento de dados pelo poder público, cumpre observar que as pessoas jurídicas de direito público passaram a estar autorizadas a realizar o tratamento de dados pessoais para perseguir as suas competências legais.

Esta atribuição tem influência nas concentrações econômicas na medida em que o CADE poderia se utilizar desta prerrogativa para melhor analisar os casos envolvendo concentrações entre empresas que tratam dados e aplicar o instrumental antitruste que melhor possa endereçar a questão.

²⁴³ Conforme o entendimento do Art. 20, § 1º da LGPD: “§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.”

²⁴⁴ O Art. 21 da LGPD expressa: “Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.”

²⁴⁵ Em linhas gerais, pode-se entender como teoria do dano qualquer construção doutrinária que objetive apresentar instrumentos teóricos que capturem e analisem os possíveis danos decorrentes de determinada concentração econômica.

Nesta medida, merece observação o fato de que o CADE já tem um projeto²⁴⁶ que se utiliza do tratamento de dados em geral, buscando eminentemente a detecção de cartéis.

No mesmo sentido, e em respeito às regras de defesa da concorrência, o legislador tomou o cuidado de excluir das empresas públicas e das sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência a possibilidade de tratamento de dados concedida aos órgãos públicos prevista anteriormente.

É possível depreender que a justificativa principal desta exclusão reside na manutenção de níveis iguais de acesso aos dados entre os concorrentes, considerando os dados como verdadeiros ativos econômicos propensos à criação de valor.

Tratando das especificidades da transferência internacional de dados pessoais, as principais preocupações refletidas nas concentrações econômicas são relacionados à real possibilidade do controlador transferir os dados para outro país e aos custos regulatórios implícitos nesta transferência, uma vez que depreende-se da LGPD a possibilidade da autoridade nacional avaliar os padrões regulatórios de outros países antes de permitir a transferência de dados.

Observe que os casos elencados na legislação²⁴⁷ caracterizam um rol taxativo, obrigando o controlador de dados nacional a oferecer robusto programa de *compliance* seja

²⁴⁶ Implantado no CADE desde 2013, o projeto denominado “Cérebro” é utilizado para realizar a análise de dados públicos isolados e desorganizados com o objetivo de reestruturar a investigação de cartéis, já tendo originado investigações e abertura de processos administrativos. O projeto foi chamado de Cérebro em referência aos X-Men. Nos quadrinhos Cérebro é uma máquina capaz de pesquisar entre todos os habitantes do planeta. De acordo com o Superintendente-geral interino do Cade, Diogo Thomson, “Várias autoridades antitruste ao redor do mundo entenderam que não podiam ficar a mercê de leniência e investiram em investigações”. De acordo com reportagem sobre o tema: “[...] o CADE estudou a big data e concluiu que seria possível usá-lo nas investigações de cartéis em licitações públicas. A área foi escolhida porque possui grande número de dados públicos que hoje estão desorganizados. Para dar o pontapé inicial, o CADE contratou dois consultores externos, um especializado em estatística e o outro em mineração de dados - um conjunto de ferramentas e algoritmos utilizados para encontrar dados e padrões no meio de um grande conjunto de informações. A partir daí eles foram atrás do acesso a dados relativos a licitações e sua organização em um sistema. Em cima disso, criaram filtros econômicos que permitem ao usuário pesquisar dentro do banco de dados. Assim, como está no estágio atual, o Cérebro serve como suporte para investigações já em andamento além de outras atividades de rotina do Cade. Mesmo sem ainda ter atingido seu potencial pleno, o Cérebro já tem atraído a atenção de autoridades antitrustes de outros países. O CADE recebeu consultas de seus congêneres de Portugal e da Suíça. MARCHESINI, Lucas. CADE quer usar “Big Data” para combater cartel em licitação. **Valor Econômico**. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/5087528/cade-quer-usar-big-data-para-combater-cartel-em-licitacao>>. Acesso em 27 set. 2017.

²⁴⁷ O Art. 33 da LGPD elenca as previsões de transferência internacional de dados e segue transcrito: Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos: I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei; II - quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos nesta Lei, na forma de :a) cláusulas contratuais específicas para determinada transferência; b) cláusulas-padrão contratuais; c) normas corporativas globais; d) selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos; III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional; IV - quando a transferência for necessária para a proteção

para demonstrar o cumprimento dos procedimentos de segurança previstos na LGPD, seja para criar e expor as cláusulas contratuais específicas para determinada transferência.

Outro ponto importante que deve ser debatido é a exigência legal de que o controlador internacional que irá receber os dados pessoais esteja em um país que tenha mínimos *standards* regulatórios e de proteção de dados e que proporcionem um grau de proteção em conformidade com a LGPD.

Ou seja, o que se observa é um verdadeiro critério de transnacionalidade²⁴⁸ da aplicação legislativa, na medida em que esta exige, para que seja autorizada a transferência de dados, a observância de um mínimo padrão regulatório sobre a proteção de dados nos países nos quais a legislação não seria diretamente aplicável.

Além disso, chama atenção a possibilidade de cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos, o que significa a abertura de uma possibilidade de diálogo²⁴⁹ entre o CADE e os demais órgãos de defesa da concorrência ao redor do mundo, para que possa aperfeiçoar a aplicação da regulação antitruste no que diz respeito às concentrações econômicas transnacionais, cada vez mais frequentes²⁵⁰.

Por fim, sobre este tema é importante observar que a transferência de dados internacionais ainda pode ocorrer através da simples autorização pela autoridade nacional²⁵¹, pela expressa anuência do titular dos dados pessoais²⁵² ou sob a justificativa de ser a

da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência; VI - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional; VII - quando a transferência for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei; VIII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades; ou IX - quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.

²⁴⁸ Entende-se como transnacionalidade da LGPD a possibilidade de uma legislação em um determinado país ter influência, ainda que indireta, em outro país, com ordenamento jurídico diverso, por conta da natureza das relações negociais travadas entre empresas ou entre empresas e consumidores de produtos e serviços.

²⁴⁹ Neste sentido, Vinícius Marques de Carvalho e Paulo Burnier (2013, p.103) explicam: “[...] A tendência de maior internacionalização do direito da concorrência parece inevitável. Nas duas últimas décadas, o número de fusões internacionais aumentou substancialmente. As companhias passaram a prestar serviços e vender produtos fora das fronteiras dos países em que se localizam as suas sedes, usualmente atuando como uma única empresa, com um controle centralizado, apesar de uma estratégia de negócio globalizada. Na mesma linha, um fenômeno parecido de internacionalização de práticas econômicas se verifica quando analisado sob a ótica de controle de condutas – cartéis e condutas unilaterais. Apesar da globalização das questões econômicas, instrumentos legais para controlar fusões e práticas anticompetitivas ainda tem abrangência restrita às esferas nacionais ou regionais.”

²⁵⁰ Como exemplos, podem ser citados os casos da que envolveram as empresas: Kolynos, Cervejaria Miller, Gerdau-Pains, Nalco-Exxon, Aticus-Texas, respectivamente, os Atos de Concentração nº 27/95, nº 58/95, nº 16/94, nº 28/95, nº 132/97

²⁵¹ Conforme o entendimento do inciso V do Art.33 da LGPD: “V - quando a autoridade nacional autorizar a transferência;”

²⁵² Sobre o consentimento expresso, o inciso VIII do Art. 33 da LGPD expressa: “VIII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente esta de outras finalidades;”

transferência internacional necessária para o estrito cumprimento do contrato²⁵³. Estas observações são importantes para fins de análise da concentração econômica com características internacionais, na medida em que demonstra como a autoridade nacional tem influência no que diz respeito à autorização para concentração econômica e de dados pessoais entre empresas, obtendo autorizar a transferência de dados por mera provocação da parte interessada.

A autorização expressa do titular dos dados, neste excerto da legislação, na verdade é uma reprodução que ocorre em todo o diploma legislativo, o qual optou por dar o poder autorizativo mais amplo ao titular dos dados pessoais.

Para fins de concentração econômica com critérios internacionais e que envolvam o mercado de dados, é possível afirmar que as partes da concentração ganharam mais uma barreira regulatória - que deve passar a ser considerada - para que a concentração econômica possa se realizar.

Devendo estabelecer clara publicidade das suas intenções empresariais aos titulares de dados, as empresas envolvidas nos atos de concentração devem demonstrar o justo cumprimento das regulações previstas na LGPD e submeter eventuais cláusulas-padrão contratuais para a verificação pela autoridade nacional²⁵⁴.

Neste sentido, tanto a autoridade nacional quanto os titulares de dados pessoais - caso se deparem com situações de concentrações de dados que se mostrem prejudiciais ao bem-estar dos titulares dos dados, podem - cada um à sua maneira - criar obstáculos regulatórios à realização da concentração econômica.

Adentrando na caracterização dos agentes de tratamento de dados pessoais, o legislador criou as figuras do controlador, operador e encarregado²⁵⁵ do tratamento dos dados

²⁵³ Sobre a necessidade dos dados pessoais para o estrito cumprimento do contrato e consequente prestação de serviços, o inciso IX do Art. 33 da LGPD expressa: “IX - quando necessário para atender as hipóteses previstas nos incisos II, V e VI do art. 7º desta Lei.”

²⁵⁴ Sobre as cláusulas-padrão, o Art. 35 da LGPD expressa: “Art. 35. A definição do conteúdo de cláusulas-padrão contratuais, bem como a verificação de cláusulas contratuais específicas para uma determinada transferência, normas corporativas globais ou selos, certificados e códigos de conduta, a que se refere o inciso II do caput do art. 33 desta Lei, será realizada pela autoridade nacional. ”

²⁵⁵ Sobre a figura do encarregado, o Art. 41 da LGPD é explicativo: “Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais. § 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador. § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

personais, os quais terão suas respectivas atividades relacionadas à concentração econômica a seguir.

O controlador, figura máxima no fluxograma do tratamento de dados pessoais, tem como obrigação principal manter o registro das operações de tratamento de dados pessoais²⁵⁶ e estar preparado a elaborar um relatório de impacto à proteção, caso seja demandado pela autoridade nacional²⁵⁷.

Em uma circunstância de concentração econômica que envolva concentração de controladores de dados, além do efetivo registro, estes devem atentar para a criação de normas de transição. Tais normas devem ser seguidas pelos operadores de dados²⁵⁸, para evitar a ocorrência de *gun jumping*²⁵⁹ no que diz respeito ao tratamento de dados.

Deverão ainda submeter a operação de concentração à autoridade nacional, para que esta observe o estrito cumprimento das obrigações previstas pela LGPD e a pertinência da operação para fins da observância daquela lei.

Ao operador, cumpre observar as normas previstas pelo controlador e realizar o tratamento segundo estas instruções fornecidas. Na ocorrência de concentração econômica dos controladores que sejam tomadores do serviço prestado pelos operadores, estes últimos devem atuar no sentido de proporcionar a interoperabilidade dos dados pessoais para fins de sinergia entre as empresas em concentração econômica e trabalhar como ponto de agregação de esforços a partir do qual se dará efetivamente a concentração econômica.

²⁵⁶ Neste sentido o Art. 37 LGPD é explicativo: “Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.”

²⁵⁷ Neste sentido, vale transcrever o Art. 38 LGPD: “Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.”. Considerando este dispositivo é possível afirmar que a concentração econômica pode, inclusive, ser o gatilho para que a autoridade nacional solicite este relatório de impacto.

²⁵⁸ Neste sentido, vale transcrever o parágrafo único do Art. 38 LGPD: “Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.”

²⁵⁹ Sobre *gun jumping* é válida a explicação oferecida por Juliana O. Domingues e Eduardo M. Gaban (2016, p.136-137): “Entende-se por *gun jumping* (ou *jumping the gun*) a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antes da autoridade antitruste se pronunciar favoravelmente, ou não, à operação submetida à análise. A experiência internacional, que serve de base à jurisprudência que vem se formando no âmbito do SBDC, arrola algumas hipóteses que ensejariam *gun jumping*: medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de marketing competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preço, capacidade de produção e estratégias comerciais (caso *Gemstar/TV Guide*, 2003, EUA); ações que alterem incentivos entre os players; como comercialização de produtos da empresa adquirida (caso *Bertelsmann/Kirch/Premier*, 1998, EU); unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer desconto sem função da eventual operação (caso *Computer Associates/Platinum Technology*, 1999, EUA); compartilhar informações confidenciais (e.g., lista de clientes, preços ou estratégias) por razões diversas às perguntas de *due diligence* (caso *Gemstar/TV Guide*, 2003, EUA)”

Em outras palavras, deve-se entender o operador dos dados pessoais como principal assessor da concentração econômica que envolva o mercado de dados pessoais, na medida em que é nesta figura que reside a capacidade técnica de efetivamente tratar os dados pessoais.

Como a própria legislação indica, provavelmente esta função se dissociará da figura do controlador, uma vez que demanda capacidades técnicas específicas e que não necessariamente precisam estar sob a titularidade do controlador, para fins de gestão do negócio.

A terceirização da operação de dados se mostra ainda mais vantajosa do ponto de vista da manutenção do negócio no mercado de dados, na medida em que possibilita a divisão de responsabilidade e de cumprimento do complexo regulatório oferecido pela LGPD.

Para além da figura do operador, observa-se a figura do encarregado a qual teria importante papel em uma circunstância de concentração econômica no mercado de dados na medida em que é o representante do controlador perante os titulares dos dados pessoais e a autoridade nacional. Importante observar que a legislação indica claramente que o encarregado deve ser uma pessoa física²⁶⁰.

Desta forma, excluindo a caracterização do encarregado pela figura de uma pessoa jurídica, como por exemplo uma empresa terceirizada especializada nestes procedimentos, uma empresa de auditoria ou até mesmo um escritório de advocacia.

Ao entender a figura do encarregado como uma parte da estrutura de *compliance* da empresa que explora o mercado de dados, é intuitivo que o profissional venha a ser demandado para fins de assessoria, em situações de concentração econômica.

Passando à análise dos critérios de responsabilização civil e do ressarcimento de danos no ambiente regulatório do tratamento de dados pessoais, características que podem influenciar as concentrações econômicas são aquelas que versam sobre a responsabilidade solidária entre os operadores e controladores²⁶¹, existindo, inclusive a figura da inversão do

²⁶⁰ Informação que se depreende do inciso VIII do Art. 5 da LGPD: “VIII - encarregado: pessoa natural, indicada pelo controlador, que atua como canal de comunicação entre o controlador e os titulares e a autoridade nacional;”

²⁶¹ Conforme entendimento do Art. 42 da LGPD: “Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados: I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei; II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

ônus da prova e a possibilidade de reparação por danos coletivos²⁶² perante os agentes de tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, é possível afirmar que situações de concentração econômica entre operadores de dados pessoais ou entre controladores de dados pessoais, quando não observadas as exigências da LGPD, podem originar responsabilização solidária de partes não diretamente ligadas aos atos de concentração que deram causa aos supostos prejuízos no mercado de dados.

Ademais, a possibilidade de exoneração de responsabilidade dos agentes de tratamento se mostrou extremamente restrita²⁶³ de modo que responsabiliza os agentes por critérios não necessariamente claros na legislação. É o caso do termo de “violação de segurança”²⁶⁴ sobre o qual o legislador tratou com alguma inconstância, dando possibilidade à criação de situações de restrição aos concorrentes no mercado de dados que podem prejudicar as concentrações econômicas.

No que diz respeito à manutenção da segurança e das boas práticas no tratamento de dados pessoais, é possível observar como reflexo no ambiente de concentrações econômicas a exigência de manutenção de *standard* mínimo de segurança dos dados pessoais pelas partes da concentração que eventualmente intervenham em uma das fases do tratamento de dados durante a consumação do ato de concentração²⁶⁵ bem como o estímulo para que as empresas atuem no sentido de implementar programas de governança em privacidade²⁶⁶.

²⁶² Conforme entendimento do parágrafo 3º do Art. 42 da LGPD: “§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.”

²⁶³ Conforme entendimento do Art. 43 da LGPD: “Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

²⁶⁴ Neste sentido é claro o parágrafo único do Art. 44. da LGPD: “Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano. ”, motivo pelo qual entendemos que as questões referentes aos tratamentos de dados pessoais devem ser consideradas tanto na *due diligence* quanto nos contratos prévios e *compliance* para fins de manutenção do negócio

²⁶⁵ Neste sentido é o entendimento do Art. 47 da LGPD: “Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término. ”

²⁶⁶ Neste sentido é o entendimento do Art. 50 da LGPD: “Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.”, considerando o texto legislativo, entendemos que a existências ou não de programa de governança que trate de dados pessoais necessariamente precisaria ser considerado, para fins de análise de *valuation* e precificação das partes envolvidas, nas concentrações econômicas

Além disto, a figura do controlador se vê obrigada a comunicar à autoridade nacional a ocorrência de incidente em segurança que acarrete risco aos titulares de dados pessoais²⁶⁷. Continuando o exercício de interpretar a LGPD para fins de análise de concentrações econômicas sob o instrumental antitruste, imaginemos uma concentração econômica na qual o novo controlador dos dados pessoais, através da sua estrutura de *compliance*, se depara com uma situação de incidente de segurança que traga prejuízo aos titulares de dados pessoais e, por isso, deve imediatamente comunicar à autoridade nacional, estando arriscado ainda a ter de divulgar amplamente o fato em meios de comunicação e mitigar os efeitos do incidente.

Neste sentido, sob a ótica da concentração econômica, é possível depreender que a *due diligence* ganha ainda mais importância na identificação deste tipo de problema e contribui para a justa precificação dos ativos, antes da conclusão do ato de concentração econômica, levando em consideração a potencial ocorrência destas situações.

Tratando dos aspectos da fiscalização e das sanções administrativas, chama atenção as características semelhantes das sanções quando comparadas à LDC, na medida em que também observam critérios de faturamento das empresas envolvidas nas infrações, possibilitando ainda o nível de cooperação do infrator para fins de estipulação das multas.

A previsão de procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa contempla os critérios constitucionais e claramente cria novo nicho de mercado para advogados e demais profissionais que assessoram as empresas perante o poder público.

No que diz respeito ao ambiente da concentração econômica, esta parte da legislação é verdadeiro desenvolvimento dos aspectos de responsabilização, aqui já tratados, e ajudam a precificar eventuais infrações originadas das concentrações econômicas.

Neste sentido, o excerto legislativo merece atenção na oportunidade da realização da *due diligence* e das análises de *valuation*²⁶⁸ das empresas em situação de concentração econômica. Por fim, cumpre chamar atenção para a previsão de bloqueio e eliminação sumária dos dados pessoais²⁶⁹, o que significaria substancial perda de ativos econômicos por partes dos

²⁶⁷ Conforme previsto no Art. 48 da LGPD: “Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.”

²⁶⁸ Simplificadamente, a análise de *valuation* é uma das fases da concentração econômica na qual ocorre a estimativa do preço justo do ativo-alvo da concentração econômica

²⁶⁹ Conforme previsto no Art. 52, V e VI da LGPD: “Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

agentes de tratamento de dados, impactando negativamente a ocorrência das concentrações econômicas.

De certa forma, é possível afirmar que a LGPD tal qual colocada, contribui para uma concentração econômica cada vez maior de concorrentes no mercado de dados, na medida em que trata de forma solidária e uniforme agentes de tratamento de dados com características distintas.

Em um mercado como a exploração de dados pessoais, em que naturalmente há um maior nível de concentração pelas características intrínsecas do mercado – já tratadas anteriormente – a legislação contribui para o desestímulo à dissociação das atividades, contribuindo para que os controladores detenham e internalizem os demais agentes de tratamento de dados, com o objetivo principal de aumentar a eficiência e considerar a responsabilização solidária da própria legislação.

6.4 Conclusões parciais

De um modo geral, é possível observar que, mesmo sem entrar em vigor, a LGPD vem trazendo grande influência ao mercado de tratamento de dados brasileiro e, em especial, às partes envolvidas em atos de concentração econômica.

Isto porque, tal como visto acima, as empresas deverão se subsumir a legislação, sempre que esta for aplicável, e seguir as novas regras de proteção de dados se submetendo à regulação prevista pela LGPD além daquela já prevista pela LDC.

No que diz respeito especificamente ao controle de concentrações econômicas, é possível afirmar que os agentes econômicos ganharam importantes barreiras regulatórias, as quais, se somando aos padrões de análise no ambiente de defesa da concorrência, criam importantes desafios para as empresas.

De certa forma, esta multiplicidade institucional não é novidade no Brasil²⁷⁰ e, até o momento, a existência de múltiplos balcões de negociação com o poder público na sua função regulatória tem se mostrado um importante desafio aos agentes de mercado.

Para que não ocorram intervenções indevidas ou destoantes da realidade dos mercados analisados, caberá aos órgãos da administração pública desenvolver acordos de

²⁷⁰ Para lidar com essa questão, as autarquias e demais estruturas da administração pública vêm, após muitas discussões e debates sobre o tema, celebrando acordos de cooperação para que as suas respectivas atuações possam estar em consonância. Um exemplo recente deste tipo de iniciativa é o acordo celebrado entre o CADE e o BACEN, o qual, entre outras coisas, formalizou o procedimento de análise dos atos de concentração que envolvessem empresas sob regulação do BACEN.

cooperação para tornar seus respectivos procedimentos administrativos eficientes e coerentes entre si.

No que diz respeito às partes das futuras concentrações econômicas no mercado de tratamento de dados pessoais, cumpre considerar os custos de *compliance*, acompanhamento e atuação perante os órgãos legislativos e os órgãos regulatórios do setor, bem como a inclusão nas tratativas contratuais e negociais os aspectos, aqui tratados, que podem influenciar direta ou indiretamente, a realização das concentrações econômicas.

7. CONCLUSÃO

Conforme se viu no capítulo 02, que trata da construção de uma definição sobre dados e sobre o termo *big data*, é possível depreender que estes conceitos vêm sendo construído ao longo do tempo e na medida em que as tecnologias de exploração de dados avançam. Ao vincular o *big data* à capacidade de processar e analisar os dados em alta velocidade, dando a esta característica um valor maior ou igual aos critérios de volume, variedade ou até de veracidade dos dados, busca-se demonstrar como as tecnologias que possibilitam o tratamento e a análise dos dados, são capazes de ser o ponto central de geração de valor neste mercado.

Como observado, a literatura antitruste está longe de um consenso sobre as preocupações concorrenciais que envolvem o mercado de exploração de *big data*. Atualmente há uma preocupação voltada ao tamanho das empresas de tecnologia ligando este fator à diminuição da dinâmica concorrencial em alguns mercados digitais.

Por outro lado, existem observações em contraponto, argumentando que o mercado de exploração de *big data* em nada suscitaria uma diferenciação da análise antitruste, não podendo ser considerado um ponto especial de preocupação concorrencial.

Seja pela característica de não-rivalidade, seja pela orientação de tratar a privacidade dos dados em outra seara que não através do instrumental antitruste, a linha de argumentação que não vê o mercado de exploração de *big data* como problemático na perspectiva concorrencial merece ser levada em consideração, uma vez que argumenta pela manutenção dos padrões de análise antitruste como eles se apresentam atualmente.

Todavia, sobre este ponto é possível concluir que a exploração de *big data* pode sim ser uma vantagem competitiva duradoura e eventualmente trazer efeitos anticompetitivos para os mercados onde estão inseridos. Um eventual racional que possibilite o abuso de poder de mercado ou a realização de condutas exclusionárias através da combinação e concentração de dados pessoais deve ser enfrentada e devidamente endereçada pela análise antitruste em sede de controle de estruturas e as autoridades devem estar atentas e preparadas para analisar os casos que envolvem o mercado de exploração de *big data*.

É importante observar que os critérios de notificação dos atos de concentração não são suficientes para uma análise objetiva dos problemas concorrenciais nos mercados digitais, que são dinâmicos e caracterizados por rápidas mudanças.

Sobre o capítulo 03, que trata do controle antitruste e sua relação com o *big data*, deve-se ter em conta a sugestão de mudança dos critérios de notificação dos atos de concentração para que se insira o valor da operação, enquanto critério de análise. Esta proposta

mereceria uma análise aprofundada, uma vez que aparentemente possibilitaria alcançar negócios jurídicos que envolvem mercados digitais e que, muitas vezes, passam ao largo do instrumental antitruste atualmente aplicado.

Argumenta-se ainda pela efetiva flexibilização da aplicação das ferramentas de definição de mercado relevante - resguardada a coerência e racionalidade da metodologia a ser utilizada – para que possa endereçar de forma mais consistente os problemas concorrenciais originados do mercado de exploração de *big data*.

Sob a ótica da existência de rivalidade na dinâmica concorrencial é possível concluir que os pressupostos de análise devem ser pensados em três vertentes, quais sejam: a exploração de dados através do oferecimento dos serviços gratuitos; o oferecimento dos serviços remunerados e os negócios onde os dados funcionam como um verdadeiro insumo de produção.

Ademais, é possível observar ainda que as preocupações em matéria de rivalidade na análise concorrencial no contexto de mercados de exploração de *big data* constituem indicações de poder de mercado, e devem ser analisadas como tais, principalmente no que diz respeito à criação de barreiras à entrada em face dos demais concorrentes.

Sob a ótica da análise de eficiências, é necessário ter em conta que as eficiências concebidas através dos seus critérios tradicionais podem ser insuficientes para o enfrentamento dos argumentos sobre eficiência no âmbito dos mercados de exploração de *big data*, motivo pelo qual é possível concluir pela necessidade de incorporação dos critérios de eficiência dinâmica das concentrações econômicas.

Sobre a possibilidade de prática de *gun jumping* no mercado de dados pessoais, é importante ter em conta a sinergia entre a legislação antitruste e a legislação de proteção de dados pessoais neste ponto, diante do que os responsáveis pela concentração econômica devem manter atenção redobrada, uma vez que o simples acesso ao banco de dados da empresa concorrente envolvida na operação – caso seja considerado informação concorrencial sensível – pode ensejar a aplicação de multas por *gun jumping*.

Desta forma, para evitar incorrer na prática de *gun jumping*, é necessário apontar, no próprio contrato da operação de concentração econômica, como e quando se dará o acesso aos dados tratados por cada parte, bem como prever os comportamentos e responsabilidades pelas obrigações, tanto perante os usuários - efetivos titulares dos dados- quanto perante o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que atualmente está em vias de surgimento.

Sobre a aplicação de remédios antitruste é possível concluir que o mercado de exploração de *big data* comporta tanto a aplicação de remédios estruturais – alienação de dados, ou das tecnologias utilizadas para o desenvolvimento dos serviços e produtos baseados na exploração desses dados, como por exemplos algoritmos e *softwares* – quanto de remédios comportamentais – como exigência de interoperabilidade entre dados ou softwares a eles relacionados, bem como licenciamento de direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, como já observado anteriormente, a aplicação dos remédios na dinâmica dos mercados digitais merece uma maior atenção, com o intuito de evitar uma intervenção descabida da autoridade antitruste que venha a influenciar negativamente a dinâmica concorrencial do setor.

Sobre o capítulo 04, que trata dos aspectos concorrenciais do *big data*, é possível considerar que se sustenta a percepção de que o preço pago pelos produtos e serviços é referenciado justamente pelo valor da atenção do consumidor e dos dados pessoais que este oferece às empresas.

Relacionando *big data* e poder de mercado, é possível observar que as sugestões de aplicação da metodologia voltada à qualidade dos produtos e serviços, para verificação de participação de mercado, posição dominante e exercício de poder de mercado já se encontram autorizadas pela jurisprudência do Cade.

A construção da teoria de *essential facility* no mercado de *big data*, por sua vez, é particularmente importante, pois está ligada diretamente à análise da existência do poder de mercado e à consideração dos dados como ativos econômicos ou, no mínimo, insumos necessários à geração, produção e desenvolvimento dos produtos ou serviços na economia digital.

No que diz respeito à concorrência dinâmica e à análise dos efeitos concorrenciais não vinculados ao preço, é possível afirmar que, especialmente nos setores que envolvem tecnologia, como é o caso dos mercados de exploração de *big data*, a concorrência é impulsionada pela força criativa das empresas, de modo que a análise de concorrência potencial – baseada nas dimensões de inovação e qualidade – devem estar incorporadas no instrumental antitruste para realizar o controle de concentrações econômicas.

É possível concluir ainda que o objetivo estratégico de uma concentração econômica pode ser a aquisição ou o acesso a novos dados, os quais podem ser vinculados às bases de dados já existentes e exploradas pelas empresas envolvidas na operação.

A degradação da qualidade dos serviços ou dos produtos oferecidos deve ser levada em consideração enquanto teoria do dano a ser analisada no âmbito do controle de atos de

concentração, uma vez que, como já demonstrado ao longo desta pesquisa, os mercados de economia digital demandam a alteração dos padrões de análise antitruste, para que se incorporem dimensões não relacionadas diretamente aos preços.

Neste sentido, um decréscimo na qualidade dos produtos ou serviços pode, claramente, estar relacionada à concentração econômica e dos dados pessoais entre as empresas e ser considerada um prejuízo ao bem-estar do consumidor, cuja proteção é o objetivo principal do direito antitruste.

O desafio que a economia digital traz à esta metodologia antitruste é justamente como aplicar as ferramentas tradicionais para estimar a participação de mercado quando os produtos e serviços são oferecidos sem contraprestação pecuniária, ou seja, são cobrados a “preço zero”, e as empresas não auferem nenhuma renda diretamente do oferecimento do serviço ou do produto.

Deve-se considerar ainda que a eventual criação de barreiras ao acesso aos dados, no mercado de *big data*, poderia ocorrer na medida em que as partes envolvidas na concentração econômica tivessem incentivos para restringir o acesso de outros concorrentes aos dados pessoais por eles obtidos, os quais, de outra forma, não poderiam ter sido fornecidos.

Desta forma, resta evidenciada a plausibilidade das teorias do dano vinculadas ao mercado de exploração de *big data*, motivo pelo qual as autoridades de defesa da concorrência devem passar a levar em consideração a exploração dos dados pessoais como fonte de criação de poder de mercado e de barreiras à entrada entre concorrentes.

Em que pese não estar relacionada aos objetivos do antitruste, as dimensões da privacidade do consumidor e de proteção dos dados pessoais também não podem ser negligenciadas pelo controle de concentrações na literatura antitruste, uma vez que é um aspecto valorizado pelo consumidor e influencia as suas escolhas, bem como o seu padrão de consumo.

No que diz respeito à análise dos atos de concentração, tratados no capítulo 05, buscou-se apresentar uma seleção dos principais atos de concentração econômica que trataram de algum mercado relevante relacionado com a exploração de *big data* e que foram apreciados pelas principais autoridades antitruste no mundo.

Desta forma, foi possível concluir que o uso de dados para a obtenção de maior poder de mercado; os incentivos que as empresas têm de fechar o mercado e o acesso aos dados para os eventuais concorrentes entrantes deste mercado; bem como a concentração de dados pessoais em poucas empresas são as principais preocupações atualmente enfrentadas, devendo ser consideradas as teorias do dano melhor desenvolvidas sobre o tema, como se verá nesta pesquisa mais adiante.

Da leitura do capítulo 06, é possível depreender que mesmo sem entrar em vigor, a LGPD vem trazendo grande influência ao mercado de tratamento de dados brasileiro e, em especial, às partes envolvidas em atos de concentração econômica.

No que diz respeito especificamente ao controle de concentrações econômicas, é possível afirmar que os agentes econômicos ganharam importantes barreiras regulatórias, as quais, se somando aos padrões de análise no ambiente de defesa da concorrência, criam importantes desafios para as empresas.

Para que não ocorram intervenções indevidas ou destoantes da realidade dos mercados analisados, caberá aos órgãos da administração pública desenvolver acordos de cooperação para tornar seus respectivos procedimentos administrativos eficientes e coerentes entre si.

No que diz respeito às partes das futuras concentrações econômicas no mercado de tratamento de dados pessoais, cumpre considerar os custos de *compliance*, acompanhamento e atuação perante os órgãos legislativos e os órgãos regulatórios do setor, bem como a inclusão nas tratativas contratuais e negociais os aspectos, aqui tratados, que podem influenciar direta ou indiretamente, a realização das concentrações econômicas.

Em continuidade à conclusão da pesquisa, deve-se notar que a análise das concentrações econômicas no mercado de dados não pode ser considerada uma ressignificação dos objetivos do antitruste, a defesa da concorrência deve sempre buscar o bem-estar do consumidor e a manutenção da dinâmica concorrencial em todos os mercados que se submetem ao controle de estruturas.

Ao propor uma análise dinâmica da concorrência, busca-se a criação de mecanismos capazes de acessar os reais interesses das partes que submeteram o ato de concentração, facilitando o estabelecimento, pela autoridade antitruste, dos racionais por trás de cada operação.

Como o mercado de exploração de *big data* mantém características que não necessariamente estão ligadas ao critério de preços dos serviços ou produtos oferecidos, é possível depreender a necessidade de alteração das ferramentas antitruste para endereçar problemas concorrenciais nos mercados digitais.

Seja através da alteração dos critérios de notificação, seja através das análises sobre padrões de qualidade dos serviços e produtos oferecidos, a autoridade deve estar atenta para captar eventuais efeitos advindos da concentração econômica, mas que não restaram evidenciados com a aplicação dos instrumentos de análise antitruste disponíveis.

A autoridade antitruste deve estar atenta ainda para a forma através da qual potencial concorrente detentor de grande participação de mercado pode exercer poder econômico através da exploração de dados.

Como o poder de mercado está intimamente ligado à capacidade de precificação acima do custo marginal por tempo suficientemente longo, para que haja uma ligação entre o mercado de exploração de *big data* e o exercício de poder econômico é necessário observar como a dinâmica concorrencial nestes mercados se relaciona com a criação de barreiras à entrada e as eventuais práticas de exclusão de rivais.

Neste sentido, é possível concluir que em mercados de exploração de *big data* – como em mecanismos de buscas e em redes sociais – observa-se alta concentração, com poucos players detendo expressiva participação de mercado. O desenvolvimento da coleta de dados e uso naqueles mercados podem, assim, reforçar o poder de mercado das empresas líderes.

Este reforço pode ter ligação direta com a diminuição da qualidade da prestação de serviços e produtos no mercado de *big data* e convergir para uma tendência de monopolização dos mercados de exploração de *big data*, trazendo prejuízos à dinâmica concorrencial.

Em que pese o *big data*, considerado como um ativo não tangível, não poder ser comparado a uma facilidade essencial tal como relacionada à infraestrutura tradicional, como linhas de energia ou ferrovias, o acúmulo de um grande volume de dados pode efetivamente aumentar o poder de mercado e ser usado para práticas exclusionárias.

A doutrina da facilidade essencial concentra-se na indispensabilidade dos ativos de produção bem como se estes serão utilizados para introduzir um novo produto no mercado ou para continuar a inovação.

Como conclusão, é possível afirmar que a exploração de *big data* pode ensejar a formação de uma estrutura essencial à geração de valor de determinado negócio, passando a ser um foco potencial de aplicação de remédios antitruste – compartilhamento forçado - pela autoridade.

O direito de portabilidade de dados, apresenta menos preocupações no que diz respeito aos incentivos para inovação e investimento no mercado de exploração de *big data*, uma vez que trata, na verdade, de direitos dos usuários finais, advindos da aplicação da LGPD, e não propriamente de características da dinâmica da concorrência entre as empresas.

Por outro lado, o compartilhamento das informações tratadas e originadas da exploração do *big data* pode vir a ser objeto de discussão mais sensível à defesa da concorrência.

Deste modo, a análise antitruste sobre os atos de concentração deve considerar a tanto a rápida dinâmica de alteração nos mercados relevantes que envolvem *big data*, quanto a eficiência e o próprio funcionamento dos mercados.

No que diz respeito à construção da teoria do dano relacionado à privacidade e à proteção de dados pessoais, o racional faz sentido desde que a privacidade possa ser considerada o preço que o consumidor paga para obter acesso a um determinado serviço ou produto.

Embora os objetivos do direito antitruste não autorizem a inclusão da dimensão da privacidade e proteção de dados pessoais na análise antitruste, e em que pese a dificuldade de criar modelos econômicos claros para lidar com estes parâmetros, a política de defesa da concorrência, em especial no que diz respeito ao controle de estruturas, deve ser suficientemente flexível para permitir uma dimensão de privacidade e proteção de dados pessoais como meta de competição.

No que diz respeito ao relacionamento entre a LGPD e as concentrações econômicas, é possível observar que esta lei trouxe grande influência ao mercado de tratamento de dados brasileiro e, em especial, às partes envolvidas em atos de concentração econômica, as quais deverão se subsumir a esta nova regulação legislativa, sempre que esta for aplicável, além de cumprir as especificidades de eficiência já previstas na legislação antitruste.

As partes das futuras concentrações econômicas no mercado de exploração de big data, devem internalizar os custos de *compliance* e atuar perante os órgãos regulatórios do setor de dados pessoais, bem como incluir nas tratativas contratuais e negociais de fusões e aquisições os aspectos que podem influenciar direta ou indiretamente a realização das concentrações econômicas.

Tratando dos procedimentos que envolvem a submissão das concentrações econômicas ao escrutínio das autoridades antitruste e de proteção de dados é necessário ter em conta as alterações procedimentais apresentadas ao longo desta pesquisa, atribuindo-se maior receio às potenciais situações que ocorram durante a negociação da concentração econômica, que possam vir a ser caracterizadas como quebra de promessa de privacidade diante do titular dos dados pessoais, demandando uma responsabilização dos sujeitos ativos da concentração econômica por sanções financeiras, negociais ou reputacionais relacionadas à não observação das exigências da legislação de proteção de dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. News: Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules. **Bundeskartellamt**. [S.l.], 02 mar. 2016. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html>.. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. News: Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. **Bundeskartellamt**. [S.l.], 07 fev 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ALVES, Paulo. O que são cookies? Entenda os dados que os sites guardam sobre você. **TechTudo**. [S.l.], 4 out. 2018. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/10/o-que-sao-cookies-entenda-os-dados-que-os-sites-guardam-sobre-voce.ghml>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BAGNOLI, Vicente. Competition for the Effectiveness of Big Data Benefits. **International Review of Intellectual Property and Competition Law** (IIC), v. 46, n. 6, p. 629-631, set. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3308541>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____, The Big Data Relevant Market. **Revista Concorrenza e Mercato**, v.23/2016, nov. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3064792>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. The Big Data Relevant Market as a Tool for a Case by Case Analysos ate the Digital Economy: Could the EU Decision Facebook/Whatsapp merger have been different?. **Ascola**, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BETTENCOURT, Luis M. The Uses of Big Data in Cities. **Big Data**. [S.l.], mar. 2014. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/274046137_The_Uses_of_Big_Data_in_Cities>. Acesso em 22 mar. 2019.

_____. The Big Data Relevant Market. **Concorrenza e Mercato - Antitrust, Regulation, Consumer Welfare**, Intellectual Property, Milão, vol. 23, 2016. Disponível em: . Acesso em: 22 abr. 2019.

BHP Billiton abandons takeover bid for Canada's Potash. **BBC News**. [S.l.], 15 nov. 2010. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/news/business-11754820>>. Acesso em 23 jul. 2019.

BIG DATA. In: Oxford Living DICTIONARY. Oxford, 2018. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/living>>. Acesso em 27 abr. 2019.

BIG data de segurança pública. **Brasil, país digital**. [S.l.] 28 nov. 2017. Disponível em: <<https://brasilpaisdigital.com.br/big-data-de-seguranca-publica/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

BOUTIN, Xavier; CLEMENS, George. Defining 'Big Data' in Antitrust. In: COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI) – The Global Resource for Antitrust and Competition Policy. **Antitrust Chronicle**, v. 1, n.2, 7 p. 22-28, 2017. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/08/AC-August.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BROWN, Eric. What's the difference between Business Intelligence and Big Data? **Eric Brown**. [S.l.], 5 jun. 2014. Disponível em: <<https://ericbrown.com/whats-difference-business-intelligence-big-data.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BROWN, Brad; CHUI, Michael; MANYIKA, James. Are you ready for the era of “big data”? **McKinsey Quarterly**. [S.l.] out. 2011. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRYANT, Randal E.; KATZ, Randy H; LAZOWSKA Edward D. **Big-Data Computing: Creating revolutionary breakthroughs in commerce, science, and society** A white paper prepared for the Computing Community Consortium committee of the Computing Research Association. Disponível em: <https://cra.org/ccc/wp-content/uploads/sites/2/2015/05/Big_Data.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do Cade. 2014. 105 f. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público). Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

CANADA. CANADA COMPETITION BUREAU. **Big data and Innovation: Implications for competition policy in Canada**. [S.l.] 17 nov. 2017. Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04304.html#sec_i>. Acesso em 23 jul. 2019.

CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol. Serv. Saúde**. Brasília, v. 24, n. 2, p. 325-332, June 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222015000200325&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 abr. 2019.

CHIRITA, Anca D., Data-Driven Mergers Under EU Competition Law (June 20, 2018). **The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation**, (eds) J Linarelli & O Akseli (1st ed, Oxford, Hart Publishing, 2019), 44 p. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3199912>>. Acesso em 24 jul. 2019.

COX, Michael; ELLSWORTH, David. Application-controlled demand paging for out-of-core visualization. **Proceedings of the 8th conference on Visualization '97 (VIS '97)**, YAGEL, Roni , HAGEN, Hans(eds.). IEEE Computer Society Press, Los Alamitos, Phoenix, Arizona, USA, p. 235-ff. 18-24 out. 1997. Disponível em <<https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2019.

DATTA, Rajbir. **Predictive Analytics: The Use and Constitutionality of Technology in Combating Homegrown Terrorist Threats.** May 1, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2320160>>. Acesso em 23 jul. 2019.

DELFS, Arne. Alemanha barra aquisição chinesa de empresa do país pela 1ª vez. **Exame.** [S.l.], 1 ago. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/alemanha-barra-aquisicao-chinesa-de-empresa-do-pais-pela-1a-vez/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

DE MAURO Andrea; GRECO, Marco;GRIMALDI, Michele.. A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features. **Library Review**, v. 65, n. 3, p. 122-135, 2016 Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/299379163_A_formal_definition_of_Big_Data_based_on_its_essential_features>. Acesso em 24 jul. 2019.

DEUTSCHER, Elias. How to measure privacy-related consumer harm in merger analysis? A critical reassessment of the EU Commission's merger control in data-driven markets. **European University Institute**, 2018. Disponível em: <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/58064>>. Acesso em 24 jul. 2019.

DOMINGUES, Juliana. Big techs e o direito antitruste 4.0. Autoridades devem se preparar para desafios da economia digital. Opinião. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em 23 jul. 2019.

DOMINGUES, Juliana. O. ; SILVA, Breno F. M. Fake News: Um Desafio ao Antitruste?. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, p. 1, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/411>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como direito fundamental.** v. 12, n. 2. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2011

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Federal Trade Commission. **Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability.** [S.l.] Federal Trade Commission, 2014. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. Federal Trade Commission. **Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the issues.** FTC Report. Federal Trade Commission, 2016. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Mergers: Commission clears acquisition of Reuters by Thomson subject to conditions. **European Commission Press Release Database.** Brussels, 19 feb. 2008. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-260_en.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

EVANS, David S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. **Yale Journal on Regulation**, v. 20, n. 2, p. 325-381, 2003. Disponível em:

<<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=yjreg>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. **The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses**. University of Chicago Law School, 2012. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=law_and_economics>. Acesso em: 23 jul. 2019.

FARIA, Isabela. B. Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes. **RDC**, v. 2, n. 1, p. 89-105, Maio 2014.. Disponível em <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/112/57> Acesso em 24 de Julho de 2019.

FIRICAN, George. The 10 Vs of Big Data. **TDWI**. [S.l.], 8 fev. 2017. Disponível em: <<https://tdwi.org/articles/2017/02/08/10-vs-of-big-data.aspx>>. Acesso em 28 fev. 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FRANÇA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT; **Competition Law and Data**. [S.l.] 10 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>. Acesso de 23 jul. 2019.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**. Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Data-driven economy e seus impactos sobre os direitos de personalidade. **Jornal Jota**. 17 Jul 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/data-driven-economy-e-seus-impactos-sobre-os-direitos-de-personalidade-17072018> Acesso em 23 mai. 2019.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, Juliana. O. **Direito antitruste**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O (Orgs.). **Direito Antitruste 4.0**. Fronteiras entre concorrência e inovação. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Singular, 2019

GAMA, M. M. **A teoria antitruste no Brasil**: fundamentos e estado da arte. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/6520123.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2019.

GEOFFROY, Ricardo C. **Eficiências Econômicas em Atos de Concentração**: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas. Dissertação (Mestrado em Economia). Campinas: IE/Unicamp, 2010.

GINSBURG, D.; WRIGHT, J. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions. **Antitrust Law Journal**. v. 78, n. 1, p. 12-48, 2012.

GRAEF, Inge, Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2657732>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. Data as essential facility - Competition and Innovation on Online Platforms. 2015. Tese (Doutorado). Faculty of Law, KU Leven, Bélgica, 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

GRAEF, Inge; CLIFFORD, Damian; VALCKE, Peggy. Fairness and Enforcement: Bridging Competition, Data Protection and Consumer Law. **International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 200-223, 2018. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3216198>>. Acesso em 23 mai. 2019.

HARBOUR, Pamela Jones; KOSLOV, Tara Isa. Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets. **Antitrust Law Journal**, v. 76, n. 3, p. 769-797, 2010. American Bar Association. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40843729?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 17 mai, 2019.

HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies, Maio, 2019. Forthcoming. **EU Competition Law Remedies in Data Economy, Springer 2019**; Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-05. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 17 mai, 2019.

HORSTKOTTE, Christian; KREDEL, Nicolas. German Competition Law Amendment came into force. **Global Compliance News**. [S.l.], 12 jun. 2017. Disponível em: <<https://globalcompliancenews.com/german-competition-law-amendment-20170612/>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

HOVENKAMP, Herbert J., Markets in Merger Analysis. **Faculty Scholarship at Penn Law**. 1895. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1895>. Acesso em: 20 mai. 2019.

HU, Han; WEN, Yonggang; CHUA, Tat-Seng; LI, Xuelong. Toward scalable systems for big data analytics: A technology tutorial. **IEEE Access**, v. 2, p. 652-687, maio 2014. Disponível em: <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6842585>>. Acesso em: 01 abril. 2019.

IBM. The four V's of Big Data. **Big Data & Analytics Hub**. Disponível em: <<https://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

INTELIGÊNCIA Artificial, Internet das Coisas e Big Data já conseguem evitar o desperdício de água. **Portal Tratamento de Água**. 08 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.tratamentodeagua.com.br/inteligencia-artificial-internet-das-coisas-e-big-data-ja-conseguem-evitar-o-desperdicio-de-agua/>>. Acesso em 22 mar. 2019.

JETHWA, Nilesh. A to Z list of Google acquisitions and where they ended up within Google. **Data Science Central**. [S.l.], 12 out. 2015. Disponível em:

<<https://www.datasciencecentral.com/profiles/blogs/a-to-z-list-of-google-acquisitions-and-where-they-ended-up-within>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility**: the Possible Implications for Data Privacy. 2018. Dissertação (Mestrado). University of Helsinki, Faculty of Law, 2018. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Big-Data-as-an-Essential-Facility%3A-the-Possible-for-Lehtioksa/9cf1a3f216c99ff4e8f823085b9d9807ac813e3d>> Acesso em: 12 jul. 2019.

KHAN, Lina, Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Vol. 126, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2911742>>. Acesso em 23 jul. 2019.

LOUREIRO, Rodrigo. O veto de Trump. **ISTOÉ Dinheiro**. [S.l.], 16 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/o-veto-de-trump/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

KATZ, M.; SHELANSKY, H. Shumpeterian Competition and Antitrust Policy In High Tech Markets. **Competition**, v. 14, p. 47, 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925707>. Acesso em 23 mai.2019.

KUMAR, Sunil; MANISHA, Jailia. Smart Cities with Spatial Data Infrastructure and Big Data – a critical review. **International Journal of Advanced Studies of Scientific Research**, v. 3, n. 11, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3319275>>. Acesso em 22 mar. 2019.

LANEY, Doug. 3D Data Management: controlling data volume, velocity, and variety. **Application Delivery Strategies**, 6 fev. 2001. [S.l.], META Group, 2001. Disponível em: <<https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> >. Acesso em 28 fev. 2019.

LERNER, Andres. V. The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition. **SSRN Electronic Journal**. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/272242785_The_Role_of_'Big_Data'_in_Online_Platform_Competition>. Acesso em 28 fev. 2019.

MACEDO, B. G.; LOPES, P. A.; ALMEIDA, S. F. Efeitos não-preço na análise antitruste: jurisprudência brasileira na nova lei de defesa da concorrência. In: ANDERS, E. c. et. al. (coords.). **5 Anos de lei de defesa da concorrência**: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. IBRAC 25 anos. [S.l.]: 2017, p. 164-176.

MANNE, Geoffrey; SPERRY, Raymond. The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis. **TPRC Conference Paper**. 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2418779>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARCHESINI, Lucas. CADE quer usar “Big Data” para combater cartel em licitação. **Valor Econômico**. Brasília, 21 ago. 2017. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/5087528/cade-quer-usar-big-data-para-combater-cartel-em-licitacao>>. Acesso em 27 mai. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em 12 jan. 2019.

MARKET data. **Refinitiv**. <<https://www.refinitiv.com/en/financial-data/market-data>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics**. 8th. ed. London: Macmillan and Co., 1890 Disponível em: <<https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Marshall,%20Principles%20of%20Economics.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor e CUKIER Kenneth. **Big data: a revolution that will transform how we live, work and think**. London: John Murray, 2014, 272 p.

MCCALL, Iona; WINWARD, Sam. Big Data: What does it really mean for competition policy? **Europe Economics**. Disponível em: <http://www.europe-economics.com/publications/mar_-_big_data.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

MCGUIRE, T.; MANYIKA, J.; CHUI, M. Why big data is the new competitive advantage. **Ivey Business Journal**. July/August 2012. Disponível em: <<https://iveybusinessjournal.com/publication/why-big-data-is-the-new-competitive-advantage/>>. Acesso em: 3 abr. 2019.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **Big Data: The next frontier for innovation, competition and productivity**. [S.l.] McKinsey, 2011. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_full_report.ashx>. Acesso em: 5 mar. 2019.

DATA. In: Merriam-Webster DICTIONARY. 2018. Disponível em <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/data>>. Acesso em 28 jan. 2019.

KIM, Jin-Hyuk; WAGMAN, Liad; WICKELGREN, Abraham L. **The Impact of Access to Consumer Data on the Competitive Effects of Horizontal Mergers**, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2728378>>. Acesso em 28 jan. 2019.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINELLI, M.; CHAMBERS, M.; DHIRAJ, A. **Big Data Big Analytics: Emerging Business Intelligence and Analytic trends for today's businesses**. Hoboken: John Wiley and Sons Inc., 2013.

MONTEIRO, Gabriela R. P. **Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas**. 2017. Dissertação (mestrado). Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação, FGV Direito Rio – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20312?show=full>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MONTEIRO, J.; PONS, I.; SPEICYS, R. **Big Data para análise de métricas de qualidade de transporte: metodologia e aplicação**. São Paulo: Scipopulis Desenvolvimento e Análise de Dados Ltda, 2015. (Série Cadernos Técnicos, v. 20). Disponível em: <http://files-server.antp.org.br/_5dotSystem/download/dcmDocument/2016/02/24/100EEC5A-680E-4190-BF90-16042435FEBE.pdf>. Acesso em 22 mar. 2019.

NUSDEO, Ana. M. O. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. O controle de concentração da empresa. São Paulo, Malheiros, 2002.

OHLHORST, F. **Big Data Analytics: Turning Big data into Big money**. [S.l.]: Wiley, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Dynamic Efficiencies in Merger Analysis**. 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/mergers/40623561.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

_____. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. Background note by the Secretariat. November 29-30, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282016%292/ANN4/FINAL&docLanguage=En>>. Acesso em 24 jul. 2019.

_____. Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. **OECD Digital Economy Papers**, n. 220, 2013 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>>. Acesso em 12 jul. 2019.

_____. Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data". **OECD Digital Economy Papers**, n. 222, 2013a. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/exploring-data-driven-innovation-as-a-new-source-of-growth_5k47zw3fcp43.pdf?contentType=%2fns%2fWorkingPaper&itemId=%2fcontent%2fworkingpaper%2f5k47zw3fcp43-en&mimeType=application%2fpdf&containerItemId=%2fcontent%2fworkingpaperseries%2f20716826&accessItemIds=&option6=imprint&value6=http%3a%2f%2foecd.metastore.ingenta.com%2fcontent%2fimprint%2foecd. Acesso em: 10 abr. 2019. 133

_____. Policy Roudtable: The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, **OECD Quality Report**, 2013b, p. 83. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013-pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Data-driven Innovation for Growth and Well-being. 2014. Documento disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/scienceand-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#page1>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Big data: bringing competition policy to the digital era. **Background note by the Secretariat**, 2016a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. **Executive Summary by the OCDE Secretariat**, 2016b. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/big-databringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Local Nexus And Jurisdictional Thresholds In Merger Control. *Background Paper by the Secretariat*, 2016c. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Summary of the discussion held during the 126th meeting of the Competition Committee. 2016d. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. *OECD Competition Committee Roundtable*, 2017. Disponível em: <www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

POSSAS, M. L. Concorrência schumpeteriana. In: KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (org.). **Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, cap. 18. Disponível em <www.ie.ufrj.br/intranet/.../010920155905_ConcorrnciaSchumpeteriana.pdf>. Acesso em 25 jul. 2019.

PRESS, Gil. Very Short History Of Big Data. **Forbes**. [S.l.], 2013. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/gilpress/2013/05/09/a-very-short-history-of-big-data/#44e6411a65a1>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. 12 Big Data Definitions: What's Yours? **Forbes**. [S. l.], 3 set. 2014. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours/#7cca0c1813ae>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PUBLICIS/OMNICOM deal collapsed after merger turned into power struggle. **The Guardian**. [S.l.] 9 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2014/may/09/publicis-omnicom-merger-collapsed-power-struggle>>. Acesso em 10 jul. 2019.

RAFFERTY, William; RAFFERTY, Laura; HUNG Patrick. Introduction to Big Data. In: HUNG, Patrick C. K. (ed.). **Big Data Applications and Use Cases**. [S.l.] Springer, 2016, p. 1-15. Disponível em: <<https://morawa.at/annotstream/2244010236303/PDF/Hung-Patrick-C.-K./Big-Data-Applications-and-Use-Cases.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

RAMZEEN, A.V. 72 Facebook Acquisitions – The Complete List (2019)! [INFOGRAPHIC]. **TechWyse**. [S.l.], 17 jun. 2019. Disponível em:

<<https://www.techwyse.com/blog/infographics/facebook-acquisitions-the-complete-list-infographic/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean, Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal of the European Economic Association**. v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003. Disponível em: <<https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>>. Acesso em: 12 abr.2019.

RUBINFELD, Daniel L; GAL, Michal, Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review** 339, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2830586>>. Acesso em 23 jul. 2019.

RUSSOM, Philip. **Big Data Analytics**. [S.l.]: TDWI Best Practices Report, 2011. Disponível em: <<https://tdwi.org/research/2011/09/best-practices-report-q4-big-data-analytics.aspx?tc=page0&tc=assetpg&m=1> >. Acesso em: 2 mai. 2019.

SAITO, Carolina. Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC. **RDC**,v. 1, n. 1, p. 92-118, nov. 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/70/72>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Luis Adriano M. **O Acordo em Controle de Concentrações no pós-fordismo periférico**. 2017. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-083534/pt-br.php>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Inteligência artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem servir? **Consultor Jurídico**. [S.l.], 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>>. Acesso em 23 jul. 2019.

SCHEPP N, WAMBACH A. On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment (2015). **Journal of European Competition Law & Practice**. v. 7, n. 2, p. 120-124, 2016. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/7/2/120/2357794>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition.21 **SMU. Science & Technology Law Review**. n. 9, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>. Acesso em 24 jul. 2019.

SHUEH, J. Big Data Could Bring Governments Big Benefits. **Government technology**. 21 mar. 2014. Disponível em <<http://www.govtech.com/data/Big-Data-Could-Bring-Governments-Big-Benefits.html>>. Acesso em 23 jul. 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. Teoria do Desenvolvimento Econômico, 1961. Disponível em: <http://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2009/06/s_Schumpeter_eoria_do_Developolvimento_Econ%C3%B4mico_Uma_Investiga%C3%A7%C3%A3o_sobre_Lucros_Capital_Cr%C3%A9dito_Juro_e_Ciclo_Econ%C3%B4mico.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

SICULAR, Svetlana. Gartner's Big Data definition consists of three parts, not to be confused with Three "V's". **Gartner Blog Network**. [S.l.], 2 abr. 2013. Disponível em: <<https://blogs.gartner.com/svetlana-sicular/gartners-big-data-definition-consists-of-three-parts-not-to-be-confused-with-three-vs/>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J.. Dynamic Competition in Antitrust Law. **Journal of Competition Law & Economics**. v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jcle/article/5/4/581/755200>>. Acesso em: 24 jul. 2019,

SIMO FHOM, Hervais. **Big Data: Opportunities and Privacy Challenges**. 2015. Disponível em <<https://ui.adsabs.harvard.edu/abs/2015arXiv150200823S>>. Acesso em 22 mar. 2019.

SIVINSKI, Greg; OKULIAR, Alex; KJOLBYE Lars. Is big data a big deal? A competition law approach to big data. **European Competition Journal**, 2017. Disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/17441056.2017.1362866?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SOKOL, D. Daniel, COMERFORD, Roisin E. Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? **Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech**. Cambridge University Press, Forthcoming, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723693>. Acesso em: 31 abr. 2019.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust. **CPI Antitrust Chronicle**, mai. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612562>. Acesso em: 31 mai. 2017.

_____. **Big data and Competition Policy**. Nova York: Oxford University Press, 2016.

TIL Harry V.; GORP, Nicolai Van; PRICE, Katelyn. **Big data and competition**. 2017. Disponível em: <<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/06/13/big-data-and-competition/big-data-and-competition.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

TUCKER, Darren S., The Proper Role of Privacy in Merger Review. **CPI Antitrust Chronicle**, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2614046>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TUCKER, Darren S; WELLFORD, Hill, Big Mistakes Regarding Big Data (December 1, 2014). **Antitrust Source**, American Bar Association, dez. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2549044>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

TUCKER, Catherine. Can Big Data Protect a Firm from Competition?. 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/20166/computer_and_communications_industry_association_-_can_big_data_protect_a_firm_from_competition_13846.pdf> Acesso em: 23 jul. 2019.

VALOR. Alemanha quer mais poderes para vetar investimentos chineses no país. **Valor Econômico**. [S.l.], 7 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/internacional/5717289/alemanha-quer-mais-poderes-para-vetar-investimentos-chineses-no-pais>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

YEDLA, Abhinav; DORIUS, Shawn. **An Introductory Guide to Data Science: The Terminological Landscape.** (February 20, 2017). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2920842>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

WANG, Yichuan; KUNG, LeeAnn; TING, Chaochi, BYRD, Terry. Beyond a Technical Perspective: Understanding Big Data Capabilities in Health Care. **Proceedings of 48th Annual Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)**, Kauai, Hawaii, January 5-8, 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2506532>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

WU, Tim, After Consumer Welfare, Now What? The ‘Protection of Competition’ Standard in Practice (April 5, 2018). **The Journal of the Competition Policy International.** Columbia Public Law Research Paper. .n. 14-608, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3249173>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ZAROBAN, Stefany. Infographic: Amazon’s acquisition history. **Digital Commerce 360.** [S.l.], 1 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.digitalcommerce360.com/2018/02/01/infographic-amazons-acquisition-history/>>. Acesso em 23 jul. 2019.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Portal da Legislação.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Portal da Legislação,** Brasília, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Lei 13.709/2018 de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). **Portal da Legislação,** Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Medida Provisória 869/2018 de 27 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. **Portal da Legislação,** 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de

concentração e dá outras providências. **CADE**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Guia prático do CADE - A defesa da concorrência no Brasil. **CADE**. Coleção CIEE, 3ª edição, Brasília, 2007. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em 23 mai. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Delimitação de Mercado Relevante. **CADE**. Departamento de Estudos Econômicos, Brasília, 2010. Disponível em:<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Guia para Análise da Consumação Prévia dos Atos de Concentração. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Portal da Legislação**, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019

_____. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Portal da Legislação**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 25 jun. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies . Justice. 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/antitrust-division-policy-guide-merger-remedies-october-2004>>. Acesso em: 25 jun. de 2019.

MÉXICO. Ley Federal de Competencia Económica. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014. **Diputados**. 23 mai. 2014. Disponível em:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2019.

RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal da Casa Civil. Decreto nº 37.541 de 13 de agosto de 2013. Dispõe sobre o acesso aos dados da administração direta e indireta da cidade do Rio de Janeiro e autorizou o acesso à ampla base de dados da Prefeitura, estruturados ou não, oriundos dos diversos órgãos municipais, para fins de utilização da área “Big Data: Pensa - Sala de Ideias”. **Leis Municipais**. 2013. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2013/3755/37541/decreto-n-37541-2013-dispoe-sobre-o-acesso-aos-dados-da-administracao-direta-e-indireta-da-cidade-do-rio-de-janeiro-pela-equipe-do-big-data-pensa-sala-de-ideias>>. Acesso em 22 de março de 2019.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08012.005304/2007-11. Requerentes: Click Holding Corp, Google Inc. Conselheiro Relator Fernando Furlan. Data de registro: 05 de maio de 2007. **CADE**. Brasília, 2007. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9d xRfPBccwS3E4M5mGIIfQmbJGwdd1pU4Lsh1lLdyHBTmkXiGf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de concentração n. 08012.006419/2009-94. Requerentes: Microsoft Corporation ("Microsoft") E Yahoo! Inc. ("Yahoo"). Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. Data de Registro: 19 de agosto de 2009. **CADE**. Brasília, 2009. Disponível em: . Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08012.006188/2011-33. Requerentes: Microsoft/Skype. Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça. Data de registro: 30 de maio de 2011. **CADE**. Brasília, 2011b. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNg XFAcnd4x_GetKBjKjeQ4oykDkoG5FggUT_JzY55jM1QzcFTq>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE Processo Administrativo nº 08700.005775/2013-19. **CADE**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.008292/2013-76. **CADE**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.008289/2013-52. **CADE**. Brasília, 2013. Disponível

em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.002285/2014-41. **CADE**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.011836/2015-49. **CADE**. Brasília, 2015. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16. **CADE**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.003861/2016-30. Cons. Rel. Alexandre Cordeiro. Requerente: Nestlé Brasil Ltda. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração 08700.006185/2016-56. Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61. Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: The Dow Chemical Company, E.I Du Pont de Nemours and Company. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08012.002706/2009-25. Cons. Rel.: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Representada: Servan Anestesiologia e Tratamento de Dor de Campo Grande. **CADE**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08012.005930/2009-79. Cons. Rel.: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Representada: Asahi Glass Co. Ltda e outros. **CADE**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*) Cons. Rel.: Mauricio Bandeira Maia. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. **CADE**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (*Google Scraping*) Cons. Rel.: Polyana Vilanova. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. **CADE**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Procedimento Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (*Google Multihoming*) Cons. Rel.: Mauricio Bandeira Maia. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. **CADE**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.006723/2015-21. Cons. Rel. Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo, Rádio e Televisão Record S.A. e TV Ômega Ltda. **CADE**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?39YTcUUQz2-s_Q2NZCwcg3pO11CNFAMFPG2t2FuOPpX9IRNvyTGAs_GpSvojtYYB2jjsGMINYa54xwTkx6Sw2w>. Acesso em: 20 jun. 2019

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49, Rel. João Paulo Resende. Requerentes Ipiranga e AleSat. **CADE**. Brasília, 2016.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de concentração n. 08700.000344/2014-47, Cons. Rel. Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: Itaú Unibanco e XP Investimentos. **CADE**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.003462/2016-79. Cons. Rel.: Paulo Burnier da Silveira. Requerentes: RECKITT BENKISER BRASIL LTDA.; HYPERMARCAS S.A. **CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56. Cons. Rel.: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. **CADE**. Brasília, 2016.

Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php>. Acesso em: 22 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - EUA. Federal Trade Commission. In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File No. 071-0170. Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour. 2007c. **FTC**, 2007. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-mattergoogle/doubleclick/071220harbour_0.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Federal Trade Commission. In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File No. 071-0170. Principal Statement of Chairman Majoras and Commissioners Leibowitz, Kovacic and Rosch. 2007b. **FTC**, 2007. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Federal Trade Commission. In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File No. 071-0170. Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz. 2007d. **FTC**, 2007. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/concurringstatement-commissioner-jon-leibowitz-google/doubleclick-matter/071220leib_0.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Federal Trade Commission (FTC). United States of America v. Amazon.com Inc. **FTC**, 2017. Disponível em <<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/122-3238/amazoncom-inc>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Department of Justice policy guide to merger remedies. **Justice**. 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Case No COMP/M.4731. GOOGLE/DOUBLECLICK. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 11 mar. 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Case No COMP/M.4854 -. TOMTOM/TELE ATLAS. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 14 mai. 2008. Disponível em: <ec.europa.eu/competition/.../m4854_20080514_20682_en.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case No COMP/M5727. MICROSOFT/YAHOO!/SEARCH BUSINESS. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 18 fev. 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case No COMP/M.6281 - MICROSOFT/SKYPE. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 07 out. 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case No COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 4 set. 2012. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

_____. Case No COMP/M. 7023. PUBLICIS/OMNICOM. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 9 jan. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7023_20140109_20310_3566669_EN.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case no COMP/M7217. FACEBOOK/WHATSAPP. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 3 out. 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case no COMP/M8124. MICROSOFT/LINKEDIN. REGULATION (EC) No 139/2004. **European Commission**. Bruxelas, 6 dez. 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Case T-79/12 - Cisco Systems Inc/ Messagenet SpA . REGULATION (EC) No 139/2004. [S.l.], 11 dez. 2013. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012TJ0079&from=GA>>. Acesso em 24 jul. 2019.