

## Desafios do direito da concorrência nos mercados digitais

Spacca found or type unknown



Um dos maiores desafios do direito da concorrência no mundo atual, dominado por empresas de tecnologia dotadas de grande poder de mercado em cada um dos segmentos em que atuam, é refinar os conceitos e ferramentas utilizados para a prevenção e combate a ilícitos antitruste.

A recente investigação da Google promovida pelo Ministério da Justiça dos EUA, que acusa a empresa de condutas tendentes a assegurar sua exclusividade em vários serviços, a fim de manter sua posição dominante no mercado de provedores de busca, é muito importante para reavivar a política de combate a monopólios e a práticas anticoncorrenciais que já há muito tempo vinha perdendo fôlego em virtude da consolidação dos postulados da Escola de Chicago na jurisprudência dos tribunais e nos guias de análise e nas rotinas administrativas das autoridades da concorrência. De certo modo, o caso ecoa aquele apresentado contra a Microsoft há cerca de vinte anos. Não há propriamente especificidades da era digital, pois o que se pretende é impedir comportamentos que ameaçam a livre concorrência.<sup>1</sup>

Já existem, contudo, vários procedimentos e decisões de autoridades antitruste que têm por objeto não apenas o direito da concorrência, mas a economia digital e o uso intensivo da mineração de dados coletado em alta velocidade de grande número de fontes de variados tipos (*big data*). A maior parte dos serviços na economia digital são oferecidos em plataformas que funcionam segundo um modelo de mercado de múltiplos lados, como, por exemplo, as redes sociais, os cartões de pagamento, os mecanismos de busca, os aplicativos de transporte e de acomodação, entre outros.

Em mercados de dois lados, como o de cartões de crédito, a remuneração é paga tanto pelo comerciante como pelo detentor. Nos mercados de múltiplos lados, como nas redes sociais, tem sido comum não cobrar do usuário, o que não significa que o serviço seja gratuito, pois os anunciantes certamente repassam o custo da publicidade ao preço final de seus produtos, assim como os usuários oferecem em troca algo de valor, seus dados pessoais. Os anunciantes, além disso, preferem plataformas com o maior número possível de usuários.

Efeitos de rede estimulam a concentração de mercados, tornando difícil o estabelecimento de novos entrantes com pequeno número de usuários, o que ajuda a explicar a proliferação de mercados digitais com uma empresa dominante ou quase monopolista. Os atos de concentração e as condutas dessas empresas devem ser analisadas com especial cuidado, pois as autoridades antitruste utilizam o critério o bem-estar do consumidor medido pelos efeitos da concentração ou da conduta nos preços no curto prazo, o que dificulta uma análise qualitativa para a aferição de poder de mercado.

Nos mercados digitais, entretanto, parece evidente que a capacidade de a empresa coletar, processar e tratar dados deve ser um elemento central para determinar seu poder mercado. Há, por certo, quem entenda que os dados, em razão da facilidade de coleta, de sua ubiquidade e de seu caráter não-exclusivo e não-rival não podem ser levados em conta para medir o poder mercado. No sentido oposto, pode-se argumentar que os consumidores são confrontados por grande assimetria informacional que dificulta suas escolhas, problema magnificado pelo viés cognitivo da chamada racionalidade limitada e pelo fato

---

de que a competência primária para implantar e supervisionar políticas públicas de proteção de dados pessoais pertence às autoridades constituídas para esse fim, com fundamento em princípios e regras diversos.

Na Europa, já há alguns exemplos de controle de atos de concentração, nos quais a proteção de dados foi levada em conta. Na aquisição da DoubleClick pela Google discutiu-se a possibilidade de que a junção das bases de dados pudesse prejudicar o consumidor, mas a Comissão Europeia limitou a análise aos postulados do direito antitruste e aprovou a operação.

Na compra do Whatsapp pelo Facebook, também aprovada, foram definidos três mercados relevantes: a) serviços de comunicação; b) redes sociais e c) publicidade online. A Comissão reconheceu a importância da proteção de dados como parâmetro, mas entendeu que não tinha competência para fiscalizar tais aspectos. A análise limitou-se à possibilidade de que a concentração de dados aumentasse o poder de mercado da Facebook no segmento de publicidade online.

Já no caso Asnef/Equifax a Corte de Justiça da EU afirmou que a proteção de dados pessoais escapa ao alcance do direito da concorrência. Ao examinar a aquisição da LinkedIn pela Microsoft, a Comissão Europeia, contudo, reafirmou que a privacidade é parâmetro decisivo em mercados onde preponderam os dados (*data-driven markets*).<sup>2</sup>

Talvez o exemplo mais significativo de intersecção do direito antitruste e da proteção de dados pessoais seja a decisão da autoridade da concorrência alemã, que entendeu haver abuso de posição dominante pelo Facebook, em virtude de sua prática de coletar e usar indevidamente dados pessoais. Embora não tenha havido imposição de multa, a autoridade determinou a cessação das condutas e a implementação de mudanças necessárias a evitar a exploração dos consumidores ou usuários. A decisão é controversa, mas aponta para uma possível adaptação do direito da concorrência aos novos desafios da economia digital.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> WU, Tim. “Google, you can’t buy your way out of this”. New York Times, 22/10/2020. V. também KAHN, Lina. “Amazon’s antitrust paradox”. The Yale Law Journal, vol. 126, nº 3, jan. 2017

<sup>2</sup> Para um estudo profundo e abrangente, v. PFEIFFER, Roberto A.C. “Digital markets, big data and competition law”. Market and Competition Law Review, vol. III, nº 1, April 2019, p. 53-89.

<sup>3</sup> FRAZÃO, Ana. “Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste? A recente decisão da autoridade concorrencial alemã que considera ilícito antitruste a política de tratamento de dados do Facebook”, artigo publicado no Jota, in <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2019-10-28>.

**Date Created**

07/11/2020