

Um diálogo em construção: concorrência e proteção de dados

A discussão envolvendo o direito da concorrência e a proteção de dados pessoais, apesar de não ser nova, tem ganhado cada vez mais os holofotes do meio acadêmico e das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Isso porque, ao se depararem com o cenário dos mercados digitais, constataram eventuais correlações — por vezes, preocupantes — entre os níveis de privacidade e o determinados agentes em razão da posse destes dados.



Polyanna Vilanova
advogada

Nos dias de hoje, é possível afirmar que há uma relação quase que

umbilical entre a atividade econômica e os dados os quais deixaram de ser apenas insumo essencial, passando a figurar como um dos recursos mais valiosos do atual cenário econômico [\[1\]](#).

Nos mercados digitais, em razão das características que lhes são peculiares, os impactos dos dados são ainda maiores. Apenas a título de exemplo quanto aos reflexos dessas inovações na análise da autoridade antitruste, nos últimos anos, em diversas operações, discutiu-se a questão do "preço zero" — que seria a oferta gratuita de produtos e serviços nesses mercados em troca de dados ou outros custos de transação.

Nessa hipótese, autoridades antitruste ao redor do mundo lançaram novo olhar sob a análise. Como afirmam estudiosos do tema, perdeu-se o sinal "preço" como variável essencial, o que não significa dizer que há uma ausência de transações, pois ainda que não existam custos monetários em si, os usuários acabam incorrendo em outros tipos de custos para terem acesso aos serviços, como o fornecimento dos seus dados [\[2\]](#).

Para exemplificar, rememoramos o caso do ato de concentração entre Fitbit e Google, em que foi dado um alerta às empresas pela Comissão Europeia em razão da possibilidade de integração da base de dados da Google — extremamente robusta e diversa — com a da Fitbit. Discutiu-se se a fusão desses dados poderia acarretar a diminuição da concorrência e impossibilitar que os concorrentes competissem em igualdade, tendo em vista o amplo leque de dados que a empresa resultante da operação deteria. Com o intuito de solucionar a controvérsia, a comissão aplicou remédios com condicionantes para a aprovação da operação. Nessa hipótese, o *toolkit* concorrencial pode demandar meios de análise diverso dos mercados "tradicionais", implicando visões diferentes as que foram até o momento empregadas na análise das condições de rivalidade e de eficiências.

A questão do "preço zero" e os seus reflexos na análise antitruste é apenas uma das inquietações que o tema suscita, mas não é a única. A interação entre a proteção de dados e o direito concorrencial já foi objeto de diversos estudos e permeia inúmeras reflexões, tais como: (1) a competência da autoridade antitruste e a abrangência da análise concorrencial; (2) a eventual possibilidade de abuso de posição dominante e poder econômico pela detenção de dados; (3) possíveis infrações à ordem econômica ligadas a questões de privacidade; (4) novos critérios para notificação de atos de concentração que não sejam baseados no faturamento das empresas; (5) privacidade e proteção de dados como elemento de qualidade [3] e; (6) dados como possíveis barreiras à entrada de novos atores.

O presente artigo não busca trazer qualquer baliza de análise para as inquietações acima mencionadas, mas apenas realizar um alerta que, em meio ao cenário de incertezas quanto às consequências da posse de dados e seus desdobramentos no mercado, a autoridade antitruste deve ser cautelosa em suas análises a fim de endereçar as preocupações concorrenciais sem prejudicar os mercados e a inovação.

Até porque [4], embora possam conviver harmonicamente, esses dois sistemas — a concorrência e a proteção de dados — têm lógicas próprias e se chocam nas suas margens. Isso porque, cada subsistema jurídico protege algo em específico, a proteção de dados, por exemplo, trata de questões como o direito de personalidade, que é um direito fundamental, e a sua violação, o que não diz respeito ao direito concorrencial.

De outro lado, o direito da concorrência pretende defender o processo competitivo como um todo, a existência de preços mais competitivos, produtos e serviços de maior qualidade, bem como a existência de diversidade e inovação. A pretensão de defesa desses elementos pode, contudo, esbarrar na análise da utilização dos dados pelas empresas, até porque o direito concorrencial tradicionalmente lida com o poder econômico e, atualmente, os dados podem representar uma importante fonte deste poder.

Assim, na ótica do direito concorrencial, a proteção de dados pode ser considerada elemento qualitativo, pois a capacidade de se utilizar os dados para aprimorar e desenvolver produtos e serviços pode vir a ser considerada um diferencial competitivo [5].

Atentas a essa situação, as autoridades de defesa da concorrência tem enfrentado com cautela desafios interessantes para permear análises que envolvam essa interação como (1) a distinção entre dados como *input* ou *output*, (2) a definição de mercados relevantes em atividades econômicas associadas a dados, (3) a discussão de teorias de dano baseadas no controle de dados e (4) a discussão de dados como barreiras à entrada.

No caso da autoridade brasileira, é evidente o reconhecimento da necessidade de aprofundar e atualizar os conhecimentos do órgão sobre o tema, o que se verifica, por exemplo, pela assinatura do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), que segundo as instituições, "*tem como finalidade a instituição de cooperação técnica entre o Cade e a ANPD, para viabilizar as ações a serem adotadas pelas partes, de forma conjunta e coordenada, quando da ocorrência de situações que interseccionam ambas as esferas de competência*" [6].

Por fim, imperioso registrar que, ainda que não tenha sido objeto de uma análise metódica, o Cade já realizou abordagens sobre o tema em ao menos em três casos recentes [7]. No primeiro, houve a análise dos dados como possível vantagem competitiva, no segundo a discussão envolveu os dados como objeto de um contrato associativo, e no terceiro debateu-se o cenário de assimetria de informações pela detenção de dados.

Tais casos demonstram a sensibilidade da discussão e a necessidade de que o debate se aprofunde cada vez mais a fim de que se chegue a um instrumental seguro para realização da análise concorrencial. No entanto, enquanto se aguarda a evolução e consolidação dos meios de análise, entende-se ser preferível haver um *under-enforcement* a um *over-enforcement* [8], haja vista que os custos de uma conduta erroneamente condenada podem vir a ser mais altos e potencialmente mais prejudiciais do que os custos de uma conduta não penalizada [9].

[1] The world's most valuable resource is no longer oil, but data. The Economist, 6/3/2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-mostvaluable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 9/5/2022

[2] NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price market: foundation. University of Pennsylvania Law Review, v. 164. p. 14. Disponível em: <http://bit.ly/ljEUMaX>. Acesso em: 9/5/2022.

[3] FERNANDES, Victor. Restrições à privacidade: um problema antitruste? 2ª Edição. (No prelo) Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Acesso em: 5/5/2022.

[4] Idem.



[5] CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. Competition policy for the digital era. European Union, April 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 2/5/2022.

[6] Brasil, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, Acordo de Cooperação Técnica nº 5/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>

[7] 08700.000059/2021-55, 08700.006373/2020- 61 e 08700.003969/2020-17.

[8] PETIT, Nicolas. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper n. 3, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em: 5/5/2022.

[9] EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. Texas Law Review, v. 63, n. 1, 1984. p. 16.