

— ANÁLISE SETORIAL —

IMPACTOS DA LGPD

NO BRASIL

ORGANIZADORES

LAURA SCHERTEL MENDES

GIOVANNA MILANESE

PAULO RICARDO DA SILVA SANTANA

SHANA SCHLOTTFELDT

TAYNÁ FROTA DE ARAÚJO

EDUARDA COSTA ALMEIDA

ELIS BANDEIRA A. BRAYNER

ANUÁRIO DO OBSERVATÓRIO DA LGPD DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

VOLUME 2

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília

Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil

Volume 2
Brasília-DF
2023



Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil © 2023 by Observatório da LGPD/Unb is licensed under CC BY-NC-ND 4.0. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil

A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é do Observatório da LGPD/Unb.

Para esclarecimentos sobre esta obra, entrar em contato com observatorio.lgpd.unb@gmail.com

Volume 2

Organização

Coordenação Geral: prof.^a Laura Schertel Mendes;

Coordenação Adjunta: Giovanna Milanese;

Coordenação de Pesquisa: Paulo Ricardo S. Santana e Shana Schlottfeldt;

Assessores da Coordenação de Pesquisa: Igor M. Caldas Machado, Luís Fernando O. S. Costa, Sayuri Hamaoka e Sofia de M. Vergara;

Revisão e Organização: Eduarda Costa, Elis Bandeira A. Brayner e Tayná Frota de Araújo.

Informações

Observatório da LGPD/Unb

Faculdade de Direito

Universidade de Brasília

Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A636 Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília [recurso eletrônico] : análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR / organização Laura Schertel Mendes ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024. 2 v.

Inclui bibliografia. Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-65-00-92398-8 (v. 1).

ISBN 978-65-00-92399-5 (v. 2).

1. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. 2. Universidade de Brasília. 3. Proteção de dados. 4. Direito comparado. I. Mendes, Laura Schertel (org.).

CDU 34

AUTORES

André Felipe Krepke

Camila Cristina da Silva

Elis Bandeira Alencar Brayner

Gustavo Vieira de Sousa

Igor Marques Caldas Machado

Isabella Maria Farias Carvalho

Lívia Rodrigues Alves

Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher

Luís Fernando Oliveira de Souza Costa

Paulo Ricardo da Silva Santana

Rafaella Bacellar Marques

Rodrigo Toledo Costa de Almeida

Sofia de Medeiros Vergara

Tayná Frota de Araújo

Thobias Prado Moura

Wanessa Larissa Silva de Araújo

REVISORES

A realização deste anuário contou com a significativa participação de revisores, que atuaram na avaliação e revisão dos artigos submetidos pelos pesquisadores do Observatório, fornecendo orientações e sugestões de melhoria. Oferecemos nosso mais sincero agradecimento pelas valiosas contribuições de cada um.

Cynthia Pico

Eduarda Chacon

Eduarda Costa

Felipe Medon

Gabriel Fonseca

Giovanna Milanese

Isabela Maria Rosal

Maria Cristine Lindoso

Matheus Pimenta

Mônica Fujimoto

Rodrigo Silva

Thiago Moraes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
<i>Laura Schertel Mendes, Giovanna Milanese e Paulo Ricardo da Silva Santana</i>	
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O UNIVERSO DA SAÚDE: INTERSEÇÕES E DESAFIOS	9
<i>André Felipe Krepke</i>	
APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	25
<i>Camila Cristina</i>	
O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO	39
<i>Elis Bandeira Alencar Brayner</i>	
APLICAÇÃO DA LGPD NO SETOR DE TRANSPORTES	53
<i>Tayná Frota de Araújo</i>	
REQUISITOS PARA O USO SECUNDÁRIO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E NO GUIA ORIENTATIVO DA ANPD	75
<i>Rodrigo Toledo Costa de Almeida</i>	
USO DE DADOS COMO UM CATALISADOR ECONÔMICO: UMA BREVE ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....	88
<i>Igor Marques Caldas Machado</i>	
INTERSECCÕES ENTRE A LGPD E O DIREITO DO CONSUMIDOR.....	101
<i>Lívia Rodrigues Alves e Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher</i>	
APLICAÇÃO DA LGPD NO DIREITO ELEITORAL	115
<i>Gustavo Vieira de Sousa e Isabella Maria Farias Carvalho</i>	
O ATO CONJUNTO Nº 4 E A APLICAÇÃO DA LGPD: A POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO	130
<i>Rafaella Bacellar Marques</i>	
SE VOCÊ NÃO PAGA PELO PRODUTO, O PRODUTO É VOCÊ: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE CADE E ANPD	148
<i>Sofia de Medeiros Vergara</i>	

COMO AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS FORAM IMPACTADAS PELA PORTARIA CVM/PTE/Nº 188 163

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO AUTARQUIA ESPECIAL 180

Wanessa Larissa Silva de Araújo

APLICAÇÃO DA LGPD AO USO DE COOKIES E O GUIA ORIENTATIVO PARA COOKIES E PROTEÇÃO DE DADOS DA ANPD 198

Paulo Ricardo da Silva Santana

ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO 108: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 217

Thobias Prado Moura

ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO DE BUDAPESTE 239

Elis Bandeira Alencar Brayner

USO DE DADOS COMO UM CATALISADOR ECONÔMICO: UMA BREVE ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Igor Marques Caldas Machado¹

Resumo: Trata-se de um breve estudo acerca da atuação das autoridades de Defesa da Concorrência do Brasil e da União Europeia, considerando o estado atual do tratamento de dados pessoais como um recurso fundamental para o desenvolvimento dos mercados tradicionais e, em especial, os mercados digitais. O artigo traz considerações acerca das noções gerais da natureza e do tratamento dos dados, passando a uma posterior análise sobre como os dados podem ser empregados para maximizar os resultados comerciais de empresas que atuam digitalmente e de que forma as autoridades antitruste brasileira e europeia têm se posicionado quanto a esta utilização.

Palavras-chave: dados; mercados digitais; concorrência; LGPD

Abstract: This is a brief study on the performance of the Brazilian and European Union Competition Defense authorities, considering the current state of data use as a fundamental resource for the development of traditional markets and, specially, digital markets. The paper explores the general aspects of the nature and processing of data, moving on to a further analysis of how data can be used to maximize the commercial results of companies that operate digitally and what were the results of recent cases judged by the antitrust authorities of Brazil and the European Union.

Keywords: data; digital markets; competition; LGP

¹ Igor Marques Caldas Machado é integrante do Ferro, Castro Neves, Daltro e Gomide Advogados. Graduando em Direito da UnB, editor de artigos da Revista dos Estudantes de Direito da UnB, membro do Observatório da LGPD, pesquisador bolsista pela FAP-DF e pesquisador voluntário pelo CNPq.

Introdução

Os dados representam um ativo de altíssimo valor. A obtenção, conservação e utilização dessas informações são formas de exercer o poder econômico, político e social. (FRAZÃO, 2022)

Em uma sociedade em constante transformação, impulsionada pela adoção de novas tecnologias que têm o poder de aumentar a qualidade de produtos e que fomentam a inovação constante, o manuseio dos dados se mostra como uma importante ferramenta econômica. Assim, na atualidade, os dados se tornaram tão importantes para a economia que podem ser considerados como recursos de infraestrutura, uma vez observados seus usos funcionais para o impulsionamento dos mercados tradicionais - como educação, saúde e segurança - e criação de novos mercados - como os mercados digitais (OCDE, 2014).

O tratamento de dados, no contexto contemporâneo, tomou proporções cada vez maiores, (i) maximizando o volume de dados processados; (ii) a velocidade em que estes dados são coletados e usados; (iii) a variedade de informações agregadas; e (iv) o valor dos dados para a economia (GRUNES, 2016). Este conjunto de fatores é o que se conceitua, atualmente, como “*Big Data*”, tendo também desencadeado a necessidade de se atentar ao uso de dados de forma cautelosa.

O *Big Data* é um ponto crucial para a discussão entre a Proteção de Dados e o Direito da Concorrência, vez que seus efeitos refletem diretamente sobre a forma pela qual os agentes econômicos conseguem impulsionar seus modelos de negócios a partir do gerenciamento de informações que conectam os consumidores diretamente aos vendedores de produtos e prestadores de serviços, por meio do direcionamento digital de seus interesses de consumo.

Por óbvio, quanto ao tratamento de dados, há no mínimo dois agentes: aqueles que fornecem seus dados e aqueles que os adquirem. Em economias digitais, contudo, é coerente inferir que os mercados não se resumem a apenas dois lados, considerando os possíveis múltiplos agentes pertencentes a esta cadeia (mercados de múltiplos lados), uma vez que as plataformas digitais, comumente, reúnem consumidores, anunciantes e fornecedores, seja de produtos ou serviços (FONSECA JÚNIOR, 2022).

Assim, em se tratando de serviços digitais, o fornecimento de dados é crucial para que sejam criados os chamados *profilings* (perfilamento), os quais, nos ditos de Laura Schertel, caracterizam-se como:

“[U]m registro sobre uma pessoa que expressa uma completa e abrangente imagem sobre a sua personalidade. Assim, a construção de perfis compreende a reunião de inúmeros dados sobre uma pessoa, com a finalidade de se obter uma imagem detalhada e confiável, visando, geralmente, à previsibilidade de padrões de comportamento, de gostos, hábitos de consumo e preferências do consumidor.” (SCHERTEL, 2014)

Com efeito, a perfilização proporciona uma experiência individualizada para cada consumidor e se torna cada vez mais assertivo na medida em que ocorre a retroalimentação entre o fornecimento de informações dos usuários e o gerenciamento dos dados pelas plataformas digitais.

Para além da retroalimentação individualizada, há de se considerar o chamado *feedback loop*, isto é, a retroalimentação generalizada decorrente do acúmulo dos dados de todos os usuários os quais utilizam determinada plataforma. O *feedback loop* é um dos resultados do tratamento de dados em larga escala e possibilita que as grandes plataformas possuam produtos cada vez mais completos, em vista à gestão dos interesses, métodos de retenção da atenção e designs mais atrativos aos usuários nos espaços virtuais. (OCDE, 2016)

Sendo assim, o Direito da Concorrência e a Proteção de Dados, cada vez mais, compartilham preocupações sobre os limites e os cuidados que os agentes econômicos devem ter em mente ao coletar, armazenar e gerir os dados destes consumidores. Destaca-se, nesse sentido, o Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o CADE e a ANPD, o qual visa, dentre um de seus objetivos, combater eventuais atividades lesivas à ordem econômica. Neste artigo, serão brevemente tratadas algumas preocupações, as quais serão divididas em três capítulos: (i) noções preliminares sobre uso de dados; (ii) economia digital e a função dos dados como um recurso de infraestrutura; e (iii) possíveis preocupações antitruste e atuação da autoridade de defesa da concorrência do Brasil.

1. Noções preliminares sobre o uso de dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), de 14 de agosto de 2018, conceituou os dados pessoais como informações relativas “a pessoa natural identificada ou identificável”. Por seu caráter expansionista, a LGPD dispõe da natureza da “informação” nas dimensões objetivas

e subjetivas do indivíduo, isto é, desde aspectos relacionados ao nome, idade e raça, até opiniões, preferências de consumo e interesses (FRAZÃO, 2022, p. 52).

Ainda, para tratar sobre as repercussões jurídicas do uso dos dados, é necessário aferir sua titularidade. Isso porque a titularidade permite que sejam exercidos conjuntos de direitos atrelados a um determinado bem jurídico, tais como o controle e a disposição dos dados pessoais (MAIA, 2020).

A já comentada LGPD traz como titular dos dados, por meio de seu art. 5, inciso V, a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”. Em outras palavras, são direitos do titular (i) exercer o controle sobre quais informações poderão ser armazenadas; (ii) e ter a seu dispor o conjunto de informações que foram coletadas, com fulcro na transparência que os agentes que coletam os dados devem ter com estes indivíduos, conforme expresso por meio do art. 6º, inciso IV da LGPD, o qual define que os agentes de tratamento de dados devem observar a “garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”.

Alinhado ao princípio da transparência, encontra-se o da finalidade. O Princípio de Finalidade é externado no art. 6º, inciso I, da LGPD. Por meio deste, institui-se a necessidade de que os agentes de tratamento observem a “*realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades*”. Assim, o tratamento de dados deve observar as informações e finalidades comunicadas previamente ao titular, sendo possível a alteração da finalidade originária apenas excepcionalmente.

Este conjunto de princípios e normas expostas na LGPD são ferramentas norteadoras para os agentes econômicos e as pessoas naturais acerca de seus respectivos direitos, bem como limitam a atuação irrestrita dos agentes de tratamento de dados em desacordo com as normas de Proteção de Dados, permitindo a solidificação de um ambiente virtual seguro para os usuários e concorrencialmente harmônico para os atores econômicos.

2. Economia digital e a função dos dados como um recurso de infraestrutura

Os recursos de infraestrutura são empregados para múltiplos fins e podem ser utilizados para o desenvolvimento de bens e serviços, bem como para fins de ordem privada, pública ou social. (FRISCHMANN, 2012).

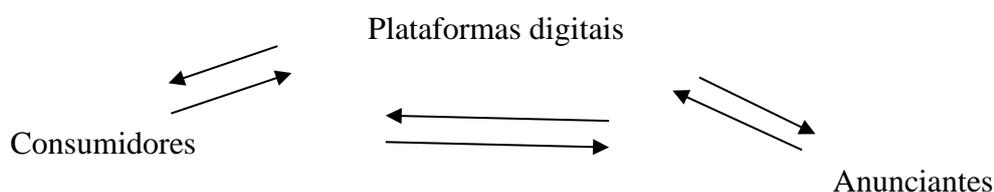
Sob esta perspectiva, os dados podem ser vislumbrados como recursos. A utilização da informação para fins de desenvolvimento econômico, cada vez mais, representa um grande diferencial mercadológico para os agentes que investem na racionalização e processamento de dados. Isso porque, conforme mencionado acima, o tratamento destes recursos direciona ao usuário final os bens e serviços que estejam alinhados com suas próprias preferências de consumo, em conformidade com o perfilamento realizado pelos agentes econômicos. Não por acaso, anúncios direcionados e marketing digital são usados cada vez mais por diversos atores privados e públicos via tráfego pago.

Assim, exponencialmente, as empresas têm adotado o uso dos dados pessoais como a chave diferencial de seus respectivos modelos de negócios (GRUNES, STUCK, 2016), além de outras formas de aumento de eficiência, inovação de processos e integração de produtos e serviços em suas respectivas cadeias de valor em virtude da coleta e processamento de um grande número de dados. (OCDE, 2017)

Com a capacidade de evoluir os serviços tradicionais, como educação e saúde, os serviços digitais se apropriam cada vez mais destes recursos para fomentar seus próprios negócios, potencialmente ampliando suas participações de mercado e criando serviços inovadores a partir de demandas emergentes dos consumidores.

O tratamento de dados guarda íntima conexão com as relações de consumo, considerando que tais informações são capazes de aumentar a rentabilidade dos serviços e produtos que estão sendo oferecidos aos usuários. Neste vínculo, há a necessidade do constante suprimento de informações por parte do utilizador e, assim, o consumidor deixa de ser visto como apenas um agente passivo (aquele que apenas consome o que lhe é oferecido), mas se torna um agente ativo, pois seus interesses direcionam a distribuição do bem de consumo (BIONI, 2021).

Os modelos de negócio atuais que utilizam do Big Data como um ponto focal para o alcance direto aos consumidores, no geral, podem ser esquematizados da seguinte maneira:



Ou seja, a relação entre os usuários e os agentes econômicos é normalmente tríplice. As **plataformas digitais** oferecem aos **consumidores** um conjunto de serviços que podem ser usados de maneira “gratuita”, com a contrapartida ao fornecimento de dados pessoais como: nome, idade, país em que reside, preferências de consumo (decorrentes das pesquisas e cliques).

Ainda, as plataformas oferecem aos **anunciantes** espaços privilegiado – isto é, locais que sejam pontos focais da visualização do consumidor quando este utiliza a plataforma digital – para divulgação de anúncios em suas plataformas e o processamento dos dados dos consumidores, de modo a criar o perfil de cada consumidor. Destarte, os anunciantes, que possuem um conjunto de bens ou serviços para vender, compram espaços privilegiados e seus anúncios são direcionados aos consumidores que possuam o perfil de consumo alvo de seus negócios.

3. Possíveis preocupações antitruste e atuação das autoridades de defesa da concorrência em mercados digitais e proteção de dados dos usuários

A junção dos interesses dos usuários com anúncios personalizados a estes perfis tem o poder de potencializar as interações e as relações comerciais. Este fenômeno é o que fundamenta a publicidade direcionada de ordem comportamental (BIONI, 2021).

Cabe destacar que os usuários – em sua relação com os agentes econômicos que captam seus dados – estão resguardados tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual disciplina, por meio da Seção IV da Lei 8.078 de 1990, os parâmetros que devem ser seguidos pelos bancos de dados e cadastros dos consumidores em vistas a tutelar aos indivíduos o direito de possuir controle sobre quais de suas informações são armazenadas, de forma clara e transparente, quanto pela LGPD que, nos termos de seu art. 45, ressalta expressamente a aplicação do CDC nos casos em que a relação entre o agente e o titular for de consumo. É nesta seara que são vistos alguns litígios concorrenciais envolvendo o armazenamento e a forma de gestão de dados.

Para além da seara consumerista, antes de adentrar especificamente no que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem entendido sobre o tema, cabe traçar breves considerações sobre o olhar da política antitruste quanto aos agentes econômicos que realizam tratamento de dados pessoais na perspectiva da *Big Data*.

O relatório “Competition Policy for the Digital Era”, elaborado pela Comissão Europeia, aduz que as principais preocupações, no tocante aos mercados digitais, devem ser referentes às “teorias do dano e identificação de estratégias anticompetitivas” (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER), i.e., em um contexto em que os serviços digitais se transformam em velocidade disruptiva, as autoridades antitruste deveriam verificar qual a capacidade de um determinado agente econômico de afetar a concorrência de forma desleal ao ponto de ser necessária a intervenção estatal.

Ainda, os mercados digitais, por sua natureza diversa dos mercados tradicionais, carregam peculiaridades que dificultam a atuação antitruste, dentre os quais, destacam-se, para os fins deste artigo, (i) sua estrutura diferenciada do ambiente digital; (ii) a primazia dos dados como elementos essenciais; (iii) a concorrência baseada na economia comportamental (FONSECA JÚNIOR, 2022); (iv) os fortes efeitos de rede (BRASIL, 2020, p. 12).

Assim, analisando o item (iii) acima destacado, o CADE tem se debruçado sobre a questão do uso dos dados dos usuários em vistas a combater um possível abuso de posição dominante – qual seja, a utilização do poder de mercado para distorcer o processo competitivo (NETO, CASAGRANDE, 2016) – concernent à conduta de agentes econômicos que coletam grande volume de informações, em razão de sua dominância, para alavancar seus respectivos negócios.

Algumas das principais discussões em tela são relacionadas ao tratamento de uma grande quantidade de dados pelas plataformas para (i) aumentar ou manter poder de mercado; (ii) fechar o mercado aos concorrentes; e (iii) criar barreiras à entrada de novos *players* nos mercados digitais. (FERNANDES, 2022).

O CADE já analisou mercados digitais em recentes oportunidades, trazendo importantes considerações quanto ao funcionamento de algumas das faces dessa nova modalidade de mercado.

3.1. Fusões e aquisições em mercados digitais

Por serem mercados pelo dinamismo e pela inovação, os mercados digitais possuem características que, por vezes, os diferenciam dos mercados tradicionais, tais como os diversos empreendimentos embrionários ou *startups* que, apesar de muito novos, têm grande potencial econômico. Neste sentido, são comuns as fusões e aquisições de empresas que ainda não

alcançaram índices elevados de faturamento, mas que possuem alto potencial econômico pelo emprego de tecnologias e ideias disruptivas.

Para que seja obrigatória a submissão de um ato de concentração ao CADE, contudo, os faturamentos das empresas envolvidas na operação devem possuir patamares específicos (de um lado R\$ 750 milhões e, de outro, R\$ 75 milhões), que, eventualmente, não são alcançados, de modo que aquisições que têm o potencial de impactar o mercado digital não são equer analisadas pela autoridade brasileira. Este problema já está sendo endereçado, por exemplo, na União Europeia, porquanto a autoridade competente, *European Commission* (EC), estabeleceu mecanismos diferenciados que não vinculam a submissão dos atos de concentração ao faturamento das partes envolvidas, necessariamente.

É nesse contexto que foi analisada, recentemente, a aquisição de uma empresa que possuía grande quantidade de dados de consumidores relacionados à saúde e preferências *fitness* por uma *Big Tech*. Esta, por sua vez, também possui uma vasta quantidade de dados de seus usuários, de forma geral, estando presente em diversos segmentos digitais, como buscas online, anúncios, merchandising, organização pessoal e corporativa, entre outros.

Na Europa, a EC demonstrou preocupação com as consequências da obtenção de uma extensa quantidade de dados de saúde pela Big Tech e como isso poderia ser utilizado para personalização de anúncios (massificando e melhorando a efetividade do perfilamento), aumentando as barreiras à entrada de novos players no mercado e, eventualmente, diminuindo a viabilidade de a concorrência alcançar a qualidade dos serviços da empresa adquirente, o que afetaria anunciantes e consumidores, diante da redução do espaço competitivo.

A aquisição, face a tais preocupações, só foi viabilizada mediante um conjunto de compromissos (remédios) firmados pela adquirente, de modo a garantir que a operação não teria o potencial de prejudicar o espaço concorrencial Europeu. Alguns dos compromissos foram: (i) a adquirente não utilizaria a base de dados da adquirida em seus serviços de anúncio; (ii) a adquirente manteria uma separação técnica entre sua base de dados e a base de dados da adquirida; e (iii) usuários da European Economic Area ('EEA') teriam a escolha de compartilhar seus dados coletados para os demais serviços da adquirente.

Além disso, a EC garantiu que o cumprimento dos compromissos firmado seria monitorado desde sua implementação até o efetivo resultado, demonstrando a preocupação em

manter os dados de seus usuários em segurança, nos moldes definidos pela General Data Protection Regulation (GDPR).

3.2. Abuso de posição dominante e arquitetura digital dos mercados

O CADE tem se mostrado atento às demandas emergentes da relação entre a proteção dos dados dos usuários e a defesa da concorrência. Em junho de 2019, o Tribunal do CADE apurou suposta conduta anticompetitiva praticada pelo Google referente às formas de visualização e arquitetura de ambientes digitais (design das páginas e dos sites). Da análise das informações prestadas na ocasião do julgamento, é possível inferir que os usuários tendem a priorizar sistemas operacionais, plataformas digitais ou sites que possuam uma interface de fácil visualização e que proporcionem uma navegação fluida.

Por conseguinte, agentes que detêm plataformas que conectam os consumidores e as empresas prestadoras de serviços ou produtos, dispõem dos anúncios em locais de visualização privilegiada, de modo a aumentar a atratividade dos produtos e o apelo dos serviços a serem comercializados. Assim, algumas das perguntas que vêm à mente diante deste contexto são: como o tratamento de dados é realizado nestas situações? E quais seriam as preocupações que o CADE deveria ter em relação a estes agentes econômicos digitais?

Conforme já discutido, quanto mais usuários, maior será o volume de dados tratados por uma determinada plataforma digital. As plataformas de buscas que possuem as maiores bases de dados, por causa do efeito de *feedback loop*, serão as mais procuradas pelos consumidores e mais disputadas pelos anunciantes. Nesses casos, convém à autoridade tomar um especial cuidado, pois a grande quantidade de dados armazenados pode proporcionar ao agente (plataforma), em exercício de ação exclusivista ou discriminatória, o poder de gerenciar as barreiras à entrada de novos players no mercado, em face da produção de efeitos de rede (RUBINFELD, 2017) ou de permitir o abuso da posição dominante por *players* consolidados.

Neste sentido, se por um lado os agentes econômicos são livres para estabelecer quais são as condições para a exibição dos anúncios digitais, por outro, uma vez que ocupam posição dominante, há de se observar os critérios para seleção de tais anúncios em vistas a evitar possíveis discriminações entre as ofertas dos anunciantes e as provenientes de sites que aparecem de modo orgânico nas pesquisas.

Isso porque, a depender da forma de escolha de arquitetura de visualização, uma plataforma de busca poderá ser capaz de (i) aumentar os custos dos agentes, pois, normalmente, os anunciantes e demais sites são dependentes das plataformas de buscas para alcançar os consumidores; e (ii) afetar a atratividade dos elementos da página e influenciar a quantidade de acessos dos sites, ocasionando uma perda efetiva do número de possíveis consumidores e, conseqüentemente, lesando a viabilidade econômica de um determinado negócio (DEE/CADE, 2018).

É importante destacar que, apesar das ressalvas que a Autoridade de Defesa da Concorrência possui com os mercados digitais, sua atuação é visivelmente cautelosa, vez que nos recentes Processos Administrativos referentes à possíveis condutas ilícitas, entendeu-se que os comportamentos supramencionados não afetaram negativamente o ambiente concorrencial, mas apenas resultaram na inovação de suas arquiteturas digitais e de seus designs de produto.

Deste modo, o CADE entendeu que essas mudanças representariam benefícios aos consumidores, decorrente de melhorias na experiência do uso das plataformas de busca, salientando, ainda, que em mercados digitais caracterizados por intensa inovação “*a intervenção da autoridade antitruste deve se dar com bastante cautela, sob pena de inibição do esforço inovador, que é característico desses mercados*” (SG/CADE, 2018).

Considerações finais

O avanço científico propiciou a evolução dos mercados tradicionais e a criação de novos negócios. Os mercados digitais seriam uma das várias expressões da exploração da computação. Assim, diante do uso de novas tecnologias, quase a totalidade dos agentes econômicos desenvolveram métodos para maximização do potencial econômico com o uso de dados para o gerenciamento dos seus empreendimentos.

Nesse sentido, os dados, por serem recursos de infraestrutura, foram percebidos como um fator crucial para o desenvolvimento das economias dos países, considerando o progresso disruptivo do conhecimento científico e o aumento da qualidade de produtos e serviços, inclusive em setores essenciais, como educação, saúde e segurança. Para além disso, a coleta de dados dos consumidores, por meio das redes, proporcionou a criação pelas empresas de softwares inovadores e capazes de realizar o perfilamento dos usuários, de maneira

individualizada, os quais permitiram, a seu turno, que os resultados comerciais entre as plataformas, anunciantes e consumidores fossem catalisados.

Com o passar dos anos, tais inovações, apesar de essenciais, despertaram o interesse das autoridades antitruste e de proteção de dados, pois o uso desregulado dos dados pessoais demonstrou ter o potencial de afetar tanto a concorrência, quanto os consumidores. Se os dados possuem valor inestimável, estes não podem estar sob monopólio de apenas um agente econômico, sendo necessário o estabelecimento de limites regulatórios que assegurem a sua utilização de forma a atender os interesses públicos, na forma do respectivo ordenamento jurídico vigente.

Na União Europeia, a EC requereu que fossem tomadas medidas para garantir a proteção dos dados de seus usuários, em consonância com a GDPR. No caso do Brasil, o CADE já teve a oportunidade de analisar, tanto em controle de condutas, quanto em controle de concentração, os mercados digitais, elaborando documentos de trabalho e pareceres que demonstram que a autoridade de defesa da concorrência brasileira está atenta às demandas emergentes do uso de dados, em vista à necessidade de resguardo dos usuários e proteção à integridade do cenário concorrencial, em harmonia com as normas dispostas na LGPD.

Para além disso, o CADE terá de enfrentar, em um futuro próximo, um crescente número de casos envolvendo os ecossistemas digitais, os quais demandarão um cuidado regulatório especial. Haja vista que, se por um lado o excesso de controle da autoridade poderia mitigar as inovações e o potencial econômico dos negócios, por outro, a ausência de controle poderia resultar em altas concentrações dos mercados, diminuindo a concorrência e proporcionando um aumento de monopólios.

Ante o conjunto de fatores aqui expostos, a cooperação entre a ANPD e o CADE será bem-vinda, pois terá o condão de “estabelecer a atuação coordenada em casos de infração à ordem econômica que envolvam dados pessoais”, proporcionando maior previsibilidade e rigor técnico quando da análise de possíveis infrações à ordem econômica. Sabendo, portanto, que os mercados digitais são altamente dinâmicos, será necessária a constante vigília – por parte das autoridades, profissionais e pesquisadores – quanto ao uso, coleta e tratamento de dados.

Referências bibliográficas

- FRAZÃO, Ana. Curso Geral de Proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD / Ana Frazão, Angelo Prata de Carvalho, Giovanna Milanez – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento / Bruno Ricardo Bioni. – 2. ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- OCDE. (2014). Data-driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis Report.
- STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. Big data and competition policy.
- CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER Heike. Report on “Competition policy for the digital era”. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 3 e 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.
- OCDE (2017), The Next Production Revolution: Implications for Governments and Business, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264271036-en>
- FERNANDES, Victor de Oliveira. Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre o abuso de poder econômico e inovação – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. Background Paper by the Secretariat, p. 10, abr. 2016.
- BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Processo Administrativo no 08012.010483/2011-94. Disponível em <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNfCKqMPoDc8VR9_E4rWsD9KKso3ZsZRcsAMkWK
- ngKZ4epIfAT_OhMxFfZSQOtL-FUyktD2K_9tJLB0wouY3Dpl>
- RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal. Access Barriers to Big Data. 59 Arizona Law Review 339, 2017.
- FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais. 2022. 297 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: TEPEDINO, Gustavo; Frazão, Ana; OLIVA; Milena. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRISCHMANN, B. M. (2012), Infrastructure: The Social Value of Shared Resources, Oxford University Press.

NETO, C. M. da S.; CASAGRANDE, P. L. Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 138.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 111.

Superintendência-Geral recomenda arquivamento de investigação contra o

Google. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, 20.11.2018. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-geral-recomenda-arquivamento-de-investigacao-contra-o-google>

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. Documento de trabalho no 005/2020. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Cade, 2020d. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 10 fev, 2021.

ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>.

