

A POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DA PRIVACIDADE: a defesa do consumidor e da livre concorrência

BRAZILIAN PERSONAL DATA PROTECTION NATIONAL POLICY: Consumer protection and free competition

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury¹
Lis Arrais Oliveira²

RESUMO: O artigo objetiva discutir a necessidade de cooperação do direito da concorrência na implantação da política nacional de proteção de dados pessoais no Brasil, de modo a garantir a defesa do consumidor e, de outro lado, a livre iniciativa e a livre concorrência entre as empresas. Observa-se que o contexto do *Big Data*, configurado pela atuação das grandes plataformas digitais, implica sérios desafios para a lógica concorrencial e a tutela dos dados pessoais. Nesse sentido, defende-se a necessidade de evolução do direito antitruste para que este possa contribuir para a proteção de dados no Brasil. A partir de uma abordagem qualitativa, de natureza aplicada e referencial teórico advindo de pesquisa bibliográfica, o estudo conclui que é necessário inserir o direito da concorrência na aplicação da Política Nacional de Proteção de dados pessoais, para garantir a tutela dos dados pessoais em questões envolvendo dados pessoais de consumidores e a livre iniciativa. Não obstante, é imprescindível que haja uma evolução dos principais conceitos do direito antitruste, o qual não mais deve basear as suas premissas em aspectos meramente econômicos.

Palavras-chave: Plataformas digitais; Direito antitruste; Lei geral de proteção de dados; Algoritmos; Dados pessoais.

ABSTRACT: The article aims to discuss the need for cooperation in competition law in the implementation of the national policy for the protection of personal data in Brazil, in order to guarantee consumer protection and, on the other hand, free initiative and free competition between companies. It is observed that the context of Big Data, configured by the performance of large digital platforms, implies serious challenges for the competitive logic and the protection of personal data. In this sense, the need to evolve antitrust law is defended so that it can contribute to data protection in Brazil. Based on a qualitative approach, of an applied nature and theoretical reference arising from bibliographic research, the study concludes that it is necessary to insert competition law in the application of the National Policy for the Protection of personal data, to guarantee the protection of personal data in matters involving personal data of consumers and free enterprise. However, it is essential that there is an evolution of the main concepts of antitrust law, which should no longer base its premises on merely economic aspects.

Keywords: Digital Platforms; Antitrust Law; General Data Protection Law; Algorithms; Personal Data.

¹ Doutora em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA. E-mail: suzykoury@gmail.com

² Mestre em Educação. Centro Universitário do Estado do Pará. E-mail: lisarrais@gmail.com

INTRODUÇÃO

O avanço da economia informacional, baseada na troca incessante de informações pessoais e preditivas de indivíduos por benefícios lucrativos, ensejou o advento de diversas regulamentações sobre a matéria ao redor do mundo. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei n. 13.709, de 2018 (BRASIL, 2018) foi implantada para efetivar uma política de proteção de dados pessoais e da privacidade no país. Não obstante, a legislação emerge em um momento no qual alguns agentes econômicos, quais sejam, grandes empresas da indústria da tecnologia, adquiriram um excessivo poder político e social. Dessa forma, em que pesem os inúmeros benefícios trazidos pela economia informacional, também são enormes os riscos que decorrem dela, dentre os quais se destaca o aumento exponencial do controle exercido por estes agentes econômicos à custa de violações de privacidade, da autodeterminação informativa e da individualidade dos titulares dos dados pessoais.

Por isso, os desafios para uma regulamentação adequada da matéria são imensos, visto que a problemática é de grande complexidade e, portanto, o ramo do direito civil, pautado no instituto da responsabilidade civil, não será capaz de solucioná-la sozinho. Assim, com o advento da LGPD, surge a necessidade de se recorrer à contribuição de outras áreas do direito para consolidar a política pública implantada. Nesse sentido, o Direito da Concorrência não pode ser negligenciado, visto que, as maiores detentoras de dados pessoais são as grandes corporações provenientes da indústria da tecnologia, que criaram verdadeiros monopólios e usufruem constantemente do poder controlador que possuem. Nesse sentido, algumas decisões recentes de autoridades de controle pelo mundo ressaltam a necessidade de recurso ao direito da concorrência diante do uso indevido de dados pessoais de consumidores pelas plataformas digitais de grande porte.

Dessa forma, a pesquisa visa apresentar a necessidade de inserir o direito da concorrência na aplicação da política nacional de proteção de dados. Através de uma pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, com uso do método hipotético-dedutivo, contempla-se a hipótese da necessidade do uso do direito da concorrência na tutela da proteção dos dados pessoais e da cooperação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANDP e o CADE, nas questões envolvendo a proteção de dados pessoais de consumidores e a livre iniciativa. Inicialmente, será abordada a tutela jurídica da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 e, na seção seguinte, a evolução histórica das

leis gerais de proteção de dados. Em seguida, será demonstrado que a conduta das grandes plataformas digitais não vem observando o proposto pela regulação da proteção de dados e, tampouco, o princípio da livre concorrência, trazendo sérios desafios para a lógica concorrencial. Por fim, é possível concluir pela necessidade de evolução do direito antitruste para que este possa contribuir para a implantação da Política Nacional de Proteção de Dados no Brasil.

A TUTELA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As primeiras Constituições surgiram em um contexto da valorização à propriedade privada e ao livre mercado, princípios caros ao capitalismo liberal. Não obstante, o advento das complicações e contradições deste modelo impôs mudanças na concepção do regime capitalista. Nesse sentido, o mercado passou a ser percebido como uma instituição social e política que regula e mantém algumas estruturas de poder, por isso, se torna capaz de criar e gerar males permanentes, caso se desenvolva livremente de acordo por meio de suas próprias leis (BASTOS, 2007, p. 33). Dessa forma, o Estado deixa de lado a subserviência acentuada à “mão invisível” do mercado e assume, nitidamente, o papel de agente regulador da economia. Portanto, deixa de ser um mero garantidor de liberdades e da propriedade e passa a atuar ativamente no regime da propriedade e em prol da redução das desigualdades sociais. Uma maior intervenção do Estado na economia não é apenas almejada pelos resultados distributivos, mas também pelos benefícios que proporciona às empresas privadas (BASTOS, 2007, p. 35).

Com isso, um planejamento firme, instrumentalizado por políticas públicas que objetivam coordenar os interesses presentes na sociedade e atingir objetivos sociais de caráter nacional, faz-se necessário. Surgem assim as constituições dirigentes e suas normas programáticas, as quais se ocupam em dar um rumo não apenas aos fins do Estado, mas também a algumas instituições civis relevantes, como a propriedade, a empresa e o mercado (BASTOS, 2007, p. 38). A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de constituição programática, a qual não permite que as relações privadas fiquem à mercê do poder econômico ou dos detentores dos meios de produção. Dessa forma, na busca de um sistema econômico social, o Estado acaba por inserir a dimensão política no cálculo

econômico e permite que critérios políticos superem a rigidez da lógica econômica na busca do bem estar da coletividade.

Observa-se, então, que não há qualquer solução que não passe pela permanência do Estado como organismo social máximo, e pelo direito como instrumento e linguagem deste Estado. Dessa forma, apesar de o direito não conseguir sozinho produzir riquezas, ele deve ser usado como instrumento para realizar a sua redistribuição. Sendo assim, o Estado deve exercer um papel ativo no exercício de sua função mais relevante nos tempos atuais, a de planejar, conduzir ao futuro, e criar padrões sólidos de comportamento para a sociedade, especialmente para os agentes econômicos. Para tanto, o direito assume um importante papel de possibilitar e sustentar a democracia econômica (BASTOS, 2007, p. 55). O advento da CRFB/88 impulsionou o reconhecimento do Direito Econômico como ramo do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem por objeto a regulamentação da política econômica, e por sujeito o agente que delas participa (KOURY, 2013, p. 453). Nos termos do art. 170 da Constituição de 1988, a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa. Não obstante, tal ordem tem como princípio basilar a livre concorrência e a proteção ao consumidor. Nesse sentido, uma das faces da livre iniciativa se expõe como a liberdade de iniciativa econômica, a qual possui como titular a figura da empresa. Entretanto, não há um sentido absoluto e ilimitado da livre iniciativa, a qual não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado (GRAU, 2010, p. 48).

A livre concorrência, por sua vez, deve ser interpretada em conjunto com o princípio de repressão aos abusos do poder econômico, nos termos do art. 173, inc. IV, § 4º, da Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o poder econômico é a regra e não a exceção, razão pela qual é frustrada qualquer suposição de que o mercado esteja naturalmente organizado em função do consumidor (GRAU, 2010, p. 212). A concorrência livre, portanto, assume um papel diferente da estrutura exigida de pluralidade de agentes e exerce influência isolada e dominadora sobre uns e outros. Trata-se de um processo comportamental competitivo – a competitividade – que admite gradações de pluralidade e fluidez, e é este comportamento que exige a descentralização de coordenação como base da formação de preços, o que define a livre concorrência (GRAU, 2010, p. 212).

Por assim ser, é possível interpretar a livre concorrência como uma forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos

a menor preço, por exemplo. Além disso, do ponto de vista político, também acaba por garantir oportunidades iguais a todos os agentes, visto que é uma forma de desconcentração de poder (GRAU, 2010, p. 212). Destaca-se a importância de observar o princípio da economicidade na aplicação do artigo 170 da Constituição Federal, que, em uma primeira leitura, poderia levar a se pensar que consagraria princípios antagônicos, como, por exemplo, a livre concorrência e a defesa do consumidor (incs. IV e V, respectivamente) A economicidade é um instrumento hermenêutico que “traduz a linha de maior vantagem que o Direito econômico vem legitimar”, de modo a conduzir “ao justo na prática da atividade econômica” (SOUZA, 2002b, pp. 3-4). Dessa forma, os princípios ficam à disposição do intérprete que, ao optar por um deles, em um caso concreto, porque conduzirá à decisão em consonância com o interesse coletivo, não anula os demais, que podem vir a prevalecer em circunstâncias diferentes (KOURY, 2013, p. 459; SOUZA, 2002^a p. 251).

O princípio da economicidade ultrapassa a simples noção do “ser econômico” pautado exclusivamente na rentabilidade econômica e no lucro material. A economicidade atribui valor às vantagens que são asseguradas pela realização do ato, que podem ser morais, estéticas, políticas e religiosas. Assim, justifica-se a tomada de decisões que podem ser antieconômicas, porém, atende-se à economicidade sócio-política, como exemplo da fixação pelo governo de salários assistenciais (KOURY, 2013, p. 451). Diante disso, conclui-se que o objetivo do direito da concorrência não se reduz ao alcance da eficiência econômica, conforme é possível extrair do legado da Escola de Chicago, o qual sustenta o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado e considera que a concentração e o poder econômico não seriam um mal em si (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 61). Pelo contrário, o objetivo do direito da concorrência é controlar qualquer tipo de abuso de poder econômico. Nesse sentido, sendo os dados pessoais fontes poderosas de poder econômico, não há dúvidas quanto a necessidade do direito da concorrência ser utilizado para conter os efeitos anticoncorrenciais advindos do *big data* (FRAZÃO; SANTOS, 2020 p. 61). Diante disso, ao resgatar os fundamentos e as premissas da ordem econômica constitucional, baseada nos ditames da livre concorrência e na repressão ao abuso econômico, nítida se faz a necessidade de atuação de autoridades de controle em um contexto de emergência da *Big Tech* - termo utilizado para fazer referência às grandes empresas da indústria da tecnologia: Apple, Google, Meta (outrora Facebook), Microsoft e

Amazon, vivenciado na atualidade, no qual estas grandes empresas da indústria da tecnologia são detentoras de um poder econômico e político nunca antes visto na história.

A capacidade de reunir imensuráveis quantidades de dados proporcionou o advento de uma nova forma de controle muito eficiente. As grandes empresas provenientes da indústria da tecnologia exercem um poder controlador, o qual difere do poder disciplinar na medida em que é capaz de modular o comportamento dos indivíduos de maneira muito sutil, através do acesso ou da restrição à informação (ZUBOFF, 2021; CHUL HAN, 2018; DELEUZE, 1992). Neste contexto de tendência à quantificação de todos os aspectos referentes à vida humana e de uma constante necessidade de produzir informações preditivas muito precisas sobre indivíduos, em busca de benefícios lucrativos, a urgência de regulamentar, de maneira mais direta, o mercado movido a dados, é revelada. Não obstante, conforme será apresentado na próxima seção, a proteção de dados pessoais já vem sendo regulamentada há algumas décadas, entretanto, sofreu alterações no que tange às suas características, as quais demandam novas regulações, como se passa a demonstrar.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LEIS DE PROTEÇÃO DE DADOS

O advento dessa nova lógica da acumulação capitalista e da nova economia informacional, baseadas na extração, no processamento e na venda de dados, fez a preocupação com estas atividades se intensificar. Entretanto, a proteção de dados pessoais é uma matéria que vem sendo disciplinada há mais de cinco décadas. De fato, após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que o uso das informações pessoais dos cidadãos pela máquina administrativa para planejar e coordenar as suas ações poderia garantir um crescimento ordenado. Entretanto, apesar da proposta de incrementar a eficiência da burocracia estatal, ela também trazia uma série de ameaças à privacidade (BIONI, 2020, p. 110). Historicamente, normas de proteção de dados pessoais sempre tiveram uma dupla função, pois, não apenas garantem a privacidade dos indivíduos, mas também fomentam o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, o papel estratégico dos dados pessoais para o progresso socioeconômico foi o que guiou a instituição destas normas.

Naquele momento, ainda nos primórdios de uma sociedade de vigilância, a preocupação com o processamento massivo dos dados pessoais dos cidadãos pelo Estado

ensejou uma demanda pela regulação da matéria. Com isso, a proteção de dados pessoais consolidou-se a partir de uma perspectiva voltada para um banco de dados principal, o Estado (BIONI, 2020, p. 110). O aumento exponencial no volume, na intensidade e na complexidade do tratamento de dados pessoais fez com que a questão fosse se desenvolvendo e incorporando novos elementos, a fim de garantir a tutela integral dos seus titulares. A regulação e o controle direto dos poucos bancos de dados pessoais, mantidos pelos entes estatais, desenvolveu-se e gerou uma multiplicidade de bancos de dados, de maneira a proporcionar o fortalecimento dos instrumentos de garantias individuais dos cidadãos. Esse processo é observado a partir de uma análise acerca das gerações de legislações de proteção de dados, as quais foram, sucessivamente, sobrepondo-se umas às outras (DONEDA, 2021, p. 4).

Conforme ensina Bioni (2020, p. 111), a segunda geração de leis de proteção de dados caracteriza-se por uma preocupação não apenas com as bases de dados estatais, mas também com as da esfera privada, de modo que “a figura do Grande Irmão é diluída pela de Pequenos Irmãos (bancos de dados dispersos no plano estatal e privado)” (BIONI, 2019, p. 111). Desse modo, a segunda geração de leis transferiu para o próprio titular dos dados a responsabilidade de protegê-los, cabendo-lhe gerenciar as suas informações pessoais. Entretanto, esta ênfase na responsabilidade do indivíduo em controlar o fluxo de suas próprias informações ficou mais evidente a partir da terceira geração de leis, na qual as normas buscam assegurar a responsabilidade do indivíduo sobre todos os movimentos de seus dados pessoais, da coleta ao compartilhamento (BIONI, 2020, p. 111). Com isso, o consentimento e a responsabilidade do titular dos dados assumiram um papel de destaque no percurso geracional normativo da proteção de dados pessoais. Ocorre que é impossível que os cidadãos possuam qualquer controle direto sobre os seus dados pessoais, em razão da enorme assimetria informacional entre o titular e o controlador de dados, bem como pela complexidade inerente às novas tecnologias da informação e ao fluxo de dados.

Com a evolução e o impacto causado pelo uso excessivo dos dados pessoais no cotidiano, a LGPD é observada como um marco regulatório no nosso ordenamento jurídico da quarta geração de leis, o qual reconhece a importância da proteção do tratamento dos dados pessoais, estabelece direitos e garantias aos cidadãos e limites na atuação de empresas e organizações, bem como mecanismos para reduzir o risco proporcionado pelo seu tratamento. Dessa forma, permite disciplinar a liberdade, a inovação e o

desenvolvimento, assim como o exercício de demais direitos e da própria cidadania, visto que, no cenário atual, as informações processadas projetam a maneira como cada indivíduo é visto no mundo (DONEDA, 2021, p. 4). A quarta geração de leis abrange alguns aspectos das gerações anteriores, com a disseminação de autoridades independentes para a aplicação de leis e proposições normativas, as quais não mais deixam à mercê do indivíduo a escolha sobre o processamento de alguns tipos de dados pessoais, como os sensíveis, por exemplo, relativizando, assim, a centralidade do consentimento, presente desde a segunda geração de legislações (BIONI, 2020, 112).

Entretanto, o papel do titular dos dados como ponto focal nas leis de proteção de dados pessoais persiste, e merece ser revisto, assim como a vinculação da licitude do tratamento de dados ao consentimento do indivíduo, visto que, com a emergência de novas tecnologias, a atividade da coleta e do uso de dados ficou mais complexa e menos transparente, de modo que, atribuir ao titular dos dados o protagonismo quanto à proteção e ao controle de seus dados, é contribuir para que a assimetria de poder existente seja acentuada (BIONI, p. 116, 2020; MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 97). Nesse sentido, a assimetria existente entre a figura do consumidor e do controlador de dados fica cada vez mais evidente, especialmente, em uma perspectiva voltada ao contexto do *Big Data*, caracterizado pela atuação das grandes plataformas digitais, pelo monitoramento e pela vigilância constante dos indivíduos, pelas dificuldades de regulamentar o mercado e pela mutualidade de interesses entre os capitalistas e as agências de inteligência estatais, bem como pela tenacidade com que as corporações defendem seus novos territórios (FRAZÃO, 2021, p. 537). Os dados pessoais são utilizados por diversos agentes econômicos, dentre os quais, para fins do presente estudo, destacam-se as grandes empresas que atuam massivamente na coleta e processamento de dados pessoais de indivíduos e na venda de informações preditivas sobre o comportamento futuro destes. Dessa forma, são agentes econômicos detentores de um poder econômico e político exacerbado, que criam um espelho de direção única, que faz com que saibam tudo sobre os cidadãos, enquanto estes nada sabem sobre os agentes e, tampouco, sobre o seu modelo de uso e de processamento de dados (FRAZÃO, 2021, p. 536; PASQUALE, 2015, p. 10).

Não obstante, o mercado de dados cresce impulsionado pelo excesso de otimismo dos indivíduos quanto aos modelos de negócios da economia digital e aos seus benefícios, e pela dificuldade de compreensão dos efetivos impactos negativos, fatores que criam ônus

para qualquer regulação. Este novo cenário econômico impacta toda a estrutura concorrencial, em decorrência do poder de mercado das gigantes corporações da indústria da tecnologia, visto que, quando os dados se tornam valiosos ativos, o seu uso excessivo pode configurar abuso do poder de mercado dessas plataformas, o que acaba por afetar não apenas a proteção de dados e a defesa do consumidor, como também o direito da concorrência (MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 92). Dessa forma, a próxima seção se ocupará em realizar uma análise sobre o *big data*, as plataformas digitais e o poder econômico e político exercido por elas, apresentando-se a razão pela qual é necessário inserir o direito à concorrência nesta análise.

AS PLATAFORMAS DIGITAIS, O BIG DATA, OS ALGORITMOS E OS DESAFIOS AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A atividade das grandes plataformas digitais representa parte dos desafios que o uso excessivo de dados e dos modelos de algoritmos trazem, não só para o direito à concorrência, mas para qualquer tentativa de regulamentação na área, vez que se tratam dos principais coletores e processadores de dados, que têm grande protagonismo no âmbito do uso de informações e de processamento de dados na atualidade. Este protagonismo desencadeia uma vasta acumulação de dados por apenas um pequeno número de agentes, daí a tendência de se tratarem de verdadeiros monopólios virtuais que acabam por dificultar a competição nesses mercados (FRAZÃO, 2021, p. 539). Nesse sentido, observa-se que após desfrutarem dos seus ganhos de escala e atingirem um determinado *plateau*, as grandes empresas passam a lançar mão de outro tipo de vantagens, a saber, a sua influência econômica e política, de modo que a conduta delas passa a ser focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos (SILVA; MOURÃO, 2020, p. 37). Antes de adentrar, especificamente, na natureza do poder exercido por essas corporações, é necessário destacar a falta de transparência dos modelos de algoritmos utilizados por elas. Sabe-se que, com a evolução das tecnologias da informação, a vigilância abandonou as suas características de firmeza e solidez.

A liquidez é um pressuposto da nova economia que tem as informações pessoais como matéria-prima, e na qual os dados fluem por inúmeros atores e sensores. Essa característica dessa nova economia impossibilita um maior controle quanto à coleta e ao

processamento de dados pessoais, visto que, a própria expressão em questão – liquidez –, faz alusão ao estado da matéria de difícil manuseio e controle (BIONI, 2019, p. 137). Conforme ensina O’Neil (2020, p. 8), por volta de 2010, a matemática impunha-se, como nunca, nas questões humanas, e o público a saudava. A economia do *Big Data* é caracterizada por imensos volumes de dados, a promessa de ganhos espetaculares e a possibilidade de um único programa de computador vasculhar milhares de currículos ou pedidos de empréstimos em um segundo, organizando-os em listas impecáveis, com os candidatos mais promissores no topo (O’NEIL, 2020, p. 8). Dessa forma, matemáticos e estatísticos passam a estudar os desejos, as movimentações e o poder de compra de cada um, tornando possível prever a credibilidade e calcular o potencial dos indivíduos. Com isso, o foco deixa de ser nos movimentos dos mercados financeiros globais e passa a ser nos seres humanos (O’NEIL, 2020, p. 7).

Na era do *Big Data*, a coleta e a extração de dados configuram, apenas, a primeira fase de uma cadeia produtiva, pois os dados colhidos devem ser processados para que possam gerar valor. Isso significa que, o mero acesso aos dados, sem a possibilidade efetiva de transformá-los em informação, é insuficiente para alimentar este mercado, no qual a informação se tornou um ativo de suma importância. Desse modo, o desafio é saber como os dados acessados por diferentes agentes econômicos são convertidos em informação, e, por conseguinte, em poder econômico, o que se torna desafiador justamente porque os modelos utilizados por estes agentes não são transparentes (O’NEIL, 2020, p. 47). Conforme dispõe Bioni (2019, p. 135), a ideia de vigilância, revelada pelo romance de George Orwell, era ostensiva, pois a figura do observador e do observado eram bem delimitadas. Entretanto, houve uma evolução do conceito para os tempos atuais, a atividade não possui mais uma única face, a vigilância não é mais ostensiva, é opaca. Nesse contexto de maior transparência do cidadão e de menor visibilidade da vigilância, quando os modelos são programados para fomentar os interesses do mercado, sempre vão priorizar a eficácia, o crescimento e o fluxo de dados, em detrimento da proteção à identidade e à privacidade dos indivíduos.

De acordo com O’Neill,(2020, p. 47), modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção. No caso de empresas como o Google, a Amazon e o Facebook, esses algoritmos precisamente talhados valem, sozinhos, centenas de bilhões de dólares, e são caixas-pretas impenetráveis, cujo conteúdo é segredo corporativo altamente protegido.

Assim, os três elementos que fazem com que alguns destes modelos venham a ser nocivos - chamados de “Arma de Destruição Matemática” - são opacidade, escala e dano (O’NEIL, 2020, p. 47). Quando um modelo ganha escala, ele passa a afetar toda a vida dos indivíduos. É o que ocorre, por exemplo, com o modelo de crédito, que acaba determinando se o indivíduo consegue ou não um apartamento, um emprego ou um carro. Estes modelos matemáticos são opacos e os seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos que possuem domínio sobre eles, quais sejam, os matemáticos e os cientistas da computação (O’NEIL, 2020, p. 47). Esses modelos, movidos por algoritmos, impedem o acesso de milhões de pessoas, por razões muitas vezes frágeis, e não oferecem recurso ou apelação. Com isso, as decisões tomadas por eles são irrecorríveis, mesmo que sejam erradas ou danosas, não cabendo qualquer contestação. Cabe aos indivíduos, altamente influenciados por esses mecanismos, contentarem-se com as diretrizes estabelecidas, seguirem as regras e torcerem para que o modelo registre os seus esforços, visto que, se os detalhes são escondidos, é difícil questionar os resultados (O’NEIL, 2020, p. 16).

Vejamos o exemplo do Facebook e de seus usuários que contam com a plataforma para receber notícias. Considerando que o Facebook determina, com base nos seus próprios interesses, o que é entregue a cada usuário em sua rede social, sabe-se que a possibilidade de que um ajuste no seu algoritmo gere desdobramentos no sistema político não deve ser descartada. O Facebook é um laboratório de larga escala; em horas, é possível processar informações de dezenas de milhões de pessoas, medindo, por exemplo, o impacto de suas palavras e dos *links* compartilhados entre elas, de modo que é possível usar essas informações para modular ações. Trata-se de uma plataforma massiva, poderosa e opaca, e, portanto, detentora de uma quantia significativa de poder, sem que se saiba nada a respeito dos algoritmos, entregando-se aos usuários apenas os resultados dos experimentos que os pesquisadores decidem publicar (O’NEIL, 2020, p. 280).

O Facebook não é a única plataforma a exercer este massivo poder; outras corporações de capital aberto, como a Google, Apple, Microsoft, Amazon e etc., possuem vasta informação sobre grande parte da humanidade e os meios para nos guiar da forma que quiserem (O’NEIL, 2020, p. 8). O poder de controle da informação inerente a essas plataformas é enorme. Com isso, moldar a ideologia é uma das principais formas de atuação da elite econômica para a manutenção do seu poder, o que envolve estratégias de educação e doutrinação. Assim, o *big data* expandiu as formas pelas quais é possível

moldar a opinião pública e potencializou vários dos seus efeitos (FRAZÃO, 2021, p. 541). Dentre as dimensões de poder que as plataformas possuem, destacam-se o de conexão, de alavancagem, de exploração e de extração de dados pessoais e de comunicação. Com isso, diante da quantidade cada vez maior de usuários que utilizam essas plataformas, os quais se informam por meio delas, esse poder passa a ser canalizado para influenciar e manipular usuários para diferentes propósitos, sejam econômicos, sociais ou políticos (FRAZÃO, 2021, p. 540).

A atuação destas plataformas gera um duplo efeito no plano concorrencial, qual seja, a criação de uma dinâmica concorrencial própria sobre o uso e o processamento de dados, o que impossibilita a concorrência no mercado de dados e processamento fora delas, bem como a crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços (FRAZÃO, 2021, p. 539). Diferentes agentes econômicos possuem diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em matéria de qualidade quanto de velocidade. Tal desnível pode se transformar em verdadeira barreira de acesso ou permanência em determinados mercados. Esse aspecto é ainda mais preocupante diante da falta de transparência e de prestação de contas em relação aos algoritmos, o que impossibilita que se saiba como eles utilizam os dados e para que fins (FRAZÃO, 2021, p. 539). Evidencia-se que as grandes plataformas digitais detêm não apenas poder econômico, como o possuem em um sentido que ultrapassa todas as noções tradicionais, as quais estão normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. “A variedade, extensão e o impacto do poder econômico e político das plataformas é de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados” (FRAZÃO, 2021, p. 543). O modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais. Nesse aspecto, a partir do momento em que se reconhece que estes agentes, em razão dos dados que detêm e da posição que exercem na economia movida a dados, reúnem expressivo poder econômico, não há como deixar de recorrer ao Direito da Concorrência, cuja missão essencial é, precisamente, o controle do poder econômico, independentemente da sua origem ou da forma como se estrutura (FRAZÃO, 2021, p. 543).

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A LGPD certamente representa um avanço que solucionará diversos problemas, contudo, encontra um mercado distorcido pelas práticas que já ocorriam anteriormente, as quais acabaram por proporcionar vantagens competitivas a alguns agentes econômicos, que, dificilmente, serão atenuadas, senão pela aplicação do Direito da Concorrência. Contudo, o Direito da Concorrência precisa resgatar o compromisso com a proteção do processo competitivo em si e reafirmar a sua finalidade maior de controle do abuso de poder econômico, por qualquer que seja o meio. Especialmente, quando o exercício deste poder ultrapassa a órbita econômica e gera consequências na vida social e política (FRAZÃO, 2021, p. 544). Conforme exposto na segunda seção deste estudo, a LGPD é fruto da quarta geração das leis de proteção de dados, ou seja, tem enfoque na autodeterminação informacional e no consentimento voluntário do titular dos dados. Ocorre que, diante de uma economia movida a dados, na qual os indivíduos conhecem muito pouco sobre o fluxo de suas informações pessoais, a legislação atribui ao titular dos dados a responsabilidade por controlá-los, contribuindo para que a assimetria existente aumente.

As políticas nacionais de privacidade têm se mostrado falhas ao solucionar as questões que envolvem a privacidade, a autodeterminação informativa e a identidade do usuário no uso das grandes plataformas digitais, seja por reforçar a assimetria do mercado informacional, seja porque se trata de uma ferramenta que não capacita, efetivamente, o cidadão para exercer controle sobre as suas próprias informações pessoais. O surgimento destas políticas nacionais é uma resposta a uma demanda regulatória que apresenta uma técnica contratual através da qual, diante da colheita do necessário consentimento do titular dos dados, legitima-se toda e qualquer operação envolvendo as suas informações pessoais (BIONI, 2019, p. 162). Apesar de outras áreas jurídicas, como o direito civil e do consumidor, atuarem na proteção das dimensões da personalidade, da privacidade, autodeterminação e identidade dos consumidores, o foco do Direito da Concorrência não deve ser afastado destas preocupações. Com isso, a ideia de bem-estar do consumidor, na qual o direito antitruste é baseado, não deve mais estar restrita apenas à proteção contra o aumento de preços; é preciso que esta concepção abranja outras esferas de proteção, como a preservação da sua individualidade, identidade e cidadania (FRAZÃO, 2021, p. 546).

Demonstra-se, portanto, a necessidade de ampliação do conceito de bem-estar do consumidor para além da eficiência econômica, resgatando a importância da sua proteção ampla, para que ocorra tanto por meio da tutela da sua liberdade econômica, individualidade e controle sobre seus dados, como por meio da tutela do próprio processo competitivo. A acomodação da LGPD ao ordenamento jurídico brasileiro demanda um método ancorado em uma perspectiva de integração e sincronização desta nova lei com o restante do ordenamento jurídico. Isso porque se trata de uma legislação que terá um grande impacto econômico-social e regulatório no país. Empresas, governos, cidadãos, consumidores, todos estão, a todo o momento, trocando dados. Dessa forma, é necessária a construção de uma lógica de coordenação, para que haja uma via de influência recíproca entre normas (BIONI, 2019, p. 259). Por assim ser, diante de eventuais abusos de poder das grandes plataformas digitais, é imprescindível que o direito antitruste seja utilizado para impossibilitar que essa dinâmica, que revela o exercício de um poder econômico exacerbado e abusivo, consolide-se.

O Direito da Concorrência não pode se eximir da tarefa de identificar em que medida o uso de dados pessoais de usuários se converte em poder econômico, independentemente do uso ser decorrente de violações aos direitos de personalidade de cada um ou não, visto que, mesmo que seja lícita, a conduta implica em maior poder econômico. Portanto, torna-se inequívoca a necessidade de que este ramo do direito avance na regulação dos dados, compreendendo e captando as características dessa nova dinâmica competitiva, identificando as fontes e a extensão do poder econômico resultante e exercendo o seu papel no controle do abuso de poder econômico, tanto pela via das condutas, como pela via das estruturas. Contudo, é imprescindível que seja superada, definitivamente, a ótica extremamente restritiva, confinada às questões de eficiência econômica (FRAZÃO, 2021, p. 546).

A estimação do poder econômico é de extrema complexidade, independentemente do mercado, segmento e atividade econômica. Não obstante, quando a análise envolve a economia movida a dados e o *big data*, a dificuldade é ainda maior, visto que, os desafios que trazem não podem ser compreendidos e solucionados por meio da análise concorrencial, exclusiva ou prioritariamente focada no aumento de preços. Sendo assim, as dificuldades para a identificação e estimação do poder econômico ficam ainda maiores, e a ideia de substituíbilidade entre produtos e serviços torna-se mais fluida, a qual é tão

importante para a identificação do mercado relevante. Em diversos casos, além das eventuais zonas de sobreposição, há fundadas dúvidas sobre que produtos ou serviços, apesar de não idênticos, são funcionalmente semelhantes a ponto de integrarem o mesmo mercado relevante (FRAZÃO, 2021, p. 547). As técnicas utilizadas para identificar falhas de mercado estão estritamente relacionadas à precificação ou à qualidade dos produtos e serviços ofertados pelos agentes. Assim, no mercado digital as operações de preço zero e a dificuldade de identificar a degradação da qualidade dificultam a possibilidade de intervenção da autoridade antitruste. Com isso, ignoram-se os efeitos causados pelo exercício destas plataformas, como as barreiras à entrada de outros agentes econômicos no mercado em questão, bem como, eventuais degradações de qualidade, as quais estão notadamente relacionadas à privacidade (SILVA; MOURÃO, 2020, p. 37).

A degradação da qualidade sob a perspectiva da privacidade ocorre na medida em que os modelos de negócios de exploração de dados pessoais se baseiam na redução da proteção da privacidade abaixo dos níveis competitivos e que a coleta de dados ocorre acima dos níveis competitivos (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 62). Dessa forma, estes agentes econômicos conseguem empregar inovações que prejudicam os usuários na medida em que ampliam a capacidade de rastreamento e coleta de dados e reduzem a sua privacidade, bem como são capazes de impedir o advento de inovações que ameacem seu poder ou seus lucros. Assim, conseguem afastar negócios que potencialmente representem riscos competitivos e consolidar a concentração de poder econômico, que, por sua vez, causa a dependência de agentes mantidos nas grandes plataformas digitais (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 63). Desse modo, o poder econômico não deve ser mensurado por meio de indicadores formais e objetivos, como faturamento ou volume de vendas, os quais não são suficientes para este tipo de análise. É necessário avaliar o quanto as empresas investem em *lobby*, publicidade e marketing, bem como as estratégias de persuasão e influência de usuários. Ou seja, é necessário que o poder econômico seja considerado de maneira integrada, inclusive em atenção aos desdobramentos políticos e sociais (FRAZÃO, 2021, p. 547).

Diante da tendência das grandes plataformas em mapear a entrada no mercado e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, e o constante uso de estratégias anticompetitivas, seja por meio da aquisição, seja pelo aniquilamento de os potenciais rivais, o campo de atuação do direito antitruste de controle de estruturas, o qual possui

importante caráter preventivo, pode ser útil para impossibilitar as práticas anticompetitivas (FRAZÃO, 2021, p. 545). Dessa forma, os atos de concentração que venham a ocorrer nesse setor deveriam ser submetidos a uma rígida ponderação entre os benefícios de complementaridades - os quais, geralmente, são apontados como as razões para tais operações – e os riscos de matar a concorrência potencial (FRAZÃO, 2021, p. 545). Estas corporações tendem a efetuar atos de concentração que vão neutralizar ameaças competitivas em longo prazo, como, por exemplo, ocorreu na aquisição do Whatsapp pelo Facebook e do Waze pela Google. Desse modo, quando se trata das grandes empresas do ramo da tecnologia, a concorrência não é a regra, o que demonstra que a proteção e o processamento de dados não podem ocorrer de maneira isolada da análise concorrencial (FRAZÃO, 2021, p. 546; MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 105).

Alguns casos ilustram a intervenção de autoridades antitruste diante de abusos de poder das grandes plataformas digitais ao redor do globo, podendo-se citar a autoridade antitruste alemã que impôs uma restrição ao Facebook. Atualmente, o Facebook é proprietário do Whatsapp e do Instagram, entretanto, a autoridade alemã proibiu que houvesse cruzamento de dados dos usuários entre as três empresas, o que demonstra como um caso conduzido por uma autoridade antitruste impactou as atividades de empresas que atuam incisivamente na vida de milhões de consumidores, a fim de impossibilitar abusos de agentes econômicos detentores de uma capacidade exacerbada de controlar a disseminação de informação. Para a autoridade alemã, tratava-se de abuso da posição dominante, baseado em coleta e uso indevido de dados, possibilitando ao Facebook não apenas ter acesso a perfis muito detalhados sobre os usuários e sobre o que estariam fazendo online, como também para consolidar ainda mais a sua posição dominante. Ademais, houve também abuso na modalidade de exploração de usuários ou consumidores. Cabe referir que a decisão não impôs multa ao Facebook, porém exigiu mudanças nas suas políticas (FRAZÃO, 2021, p. 549; MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 105).

A Google também já foi condenada em multa de 1,49 bilhões de euros pela Comissão Europeia da concorrência, em decorrência de abuso de posição dominante no mercado de pesquisas on-line, que foi praticada por anos e impediu que outras empresas competissem e inovassem, assim como privou os consumidores dos benefícios da concorrência (MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 105). Diante disso, em razão dessa

proximidade de atuação entre a proteção de dados, o direito do consumidor e da concorrência, apesar dos focos diferentes, alguns países possuem uma única autoridade para disciplinar tais matérias, como no Canadá e a *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos, que atuam nos três segmentos, a fim de buscar uma convergência de propósitos e implementação entre as duas políticas. Não obstante, é imprescindível considerar que o direito do consumidor e da concorrência possuem um objetivo comum, qual seja, o bem-estar do consumidor, muito embora busquem atingi-lo por perspectivas diferentes (MAIOLINO; MARQUES; TIMM, 2020, p. 106).

Nesse aspecto, é imprescindível que os órgãos de defesa do consumidor e as autoridades reguladoras, especialmente a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, busquem uma atuação harmônica na formulação da política de proteção de dados, e que esta ocorra em consonância com a autoridade antitruste, para que os fundamentos da interpretação e aplicação do direito da concorrência se adaptem à nova era e à economia movida a dados. No Brasil, em 06 de junho de 2021, a ANDP e o CADE assinaram acordo de cooperação técnica no que tange às ações antitrustes e à proteção de dados, o que demonstra, portanto, a preocupação dos órgãos em conduzirem a sua atividade na direção da proteção de dados e da privacidade dos consumidores (ABRANET, 2021). A atuação coordenada entre estas instituições é essencial na análise dos atos de concentração e para o combate a condutas lesivas à ordem econômica. Diante de uma atuação conjunta destas autoridades nestas três áreas, certamente os prejuízos que a economia de dados traz à personalidade, autodeterminação e a privacidade do consumidor podem ser amenizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar a necessidade de inserir o Direito da Concorrência na aplicação da política nacional de proteção de dados pessoais e da privacidade, implantada com o advento da LGPD. Ao aprofundar os fundamentos do direito da concorrência, é notório como este ramo do direito se ocupa em reprimir abusos do poder econômico, que, na atualidade, podem ser verificados nitidamente a partir de uma análise da conduta das grandes empresas da indústria da tecnologia revestidas na figura das plataformas digitais. Conforme se objetivou demonstrar, essas corporações exercem um grande poder sobre o consumidor e o mercado, visto que, controlam o acesso ou a restrição à informação fornecida aos indivíduos. Dessa forma, adquirem um

exacerbado poder não meramente econômico, porém também social e político, e com isso, conseguem modular e influenciar em grande escala o comportamento dos indivíduos através do uso de suas informações pessoais.

Pode-se afirmar que a LGDP surge em um momento no qual estes agentes possuem uma vantagem econômica avassaladora sob outros, razão pela qual o Direito da Concorrência não deve ser negligenciado quando pode ser utilizado como um importante instrumento capaz de conter os abusos econômicos cometidos. Não obstante, é imprescindível que alguns conceitos evoluam, e o abuso econômico seja vislumbrado em uma perspectiva mais ampla, a qual leve em conta também o poder político, social e o controlador exercido pela figura das grandes plataformas digitais. Dessa maneira, é possível que o direito antitruste seja capaz de conter o avanço excessivo do poder controlador destas grandes corporações e, em uma atuação conjunta com o Direito do consumidor e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, contribua para a consolidação da política nacional de proteção de dados e assegure os direitos do consumidor, contribuindo para reduzir a assimetria proveniente destas relações.

REFERÊNCIAS

ANPD E CADE FIRMAM ACORDO PARA AÇÕES ANTITRUSTE E PROTEÇÃO DE DADOS. Abranet - Associação brasileira de Internet. Disponível em: <https://www.abranet.org.br/Noticias/ANPD-e-Cade-firmam-acordo-para-acoes-antitruste-e-protecao-de-dados-3411.html?UserActiveTemplate=site#.YRQekVXMLIV>. Acesso em 11 jul 2021.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: a constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: SPROESSER, Andyara Klopstock; CASTARDO, Hamilton Fernando (Coord.). Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros. Campinas, SP: Millennium Editora, 2007, p. 27-68.

BIONI, Bruno Ricardo. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2019.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Lei n. 13.709, de 14.08.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm . Acesso em 10.08.2021.

DONEDA, Danilo. A autoridade nacional de proteção de dados e o conselho nacional de proteção de dados. In: **BIONI, Bruno; DONEDA, Danilo; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.).** Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 459-472 .

SILVA, Leandro Novais e; MOURÃO, Carlos. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DO DIREITO CONCORRENCIAL: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking. Revista de Defesa da Concorrência. Brasília, Vol. 8, nº 2, p. 31-53 dez. 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/649>. Acesso em: 16 jul. 2021.

FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: **BIONI, Bruno; DONEDA, Danilo; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.).** Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.535-552 .

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. PLATAFORMAS DIGITAIS E O NEGÓCIO DE DADOS: Necessário Diálogo entre o direito da concorrência e a regulação de dados. Revista Direito Público, Brasília, vol. 17, nº 93, p. 58-81, mai/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695> . Acesso em 17 jul 2021.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

KOURY, Suzy Cavalcante. O princípio da economicidade na obra de Washington Peluso Albino de Souza. *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, nº especial em memória do prof. Washington Peluso Albino de Souza*. p. 445-463, 2013.

MAIOLINO Isabela; **MARQUES** Leonardo Albuquerque; **TIMM**, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor, proteção de dados e concorrência: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: **DONEDA**; Danilo; **MENDES**, Laura Schertel; **CUEVA**, Ricardo Villas Boas (Org.). *Lei Geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018): A caminho da efetividade: Contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 91-112.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. Santo André, SP: Rua do Sabão, 2020.

ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002a.

_____. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b.

ZUBOFF, Shoshanna. **A ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2021.