



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO – FD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

FÁBIO CASOTTI

O direito da concorrência joga dados:

a eficácia *quasi*-estrutural da portabilidade e interoperabilidade do *big data*
em atos de concentração e no controle de condutas do varejo digital

BRASÍLIA, DF

2024

FÁBIO CASOTTI

O direito da concorrência joga dados:

a eficácia *quasi*-estrutural da portabilidade e interoperabilidade do *big data*
em atos de concentração e no controle de condutas do varejo digital

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito –
PPGD, da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde
Linhares Martins Rivera.

BRASÍLIA, DF

2024

FÁBIO CASOTTI

O direito da concorrência joga dados:

a eficácia *quasi*-estrutural da portabilidade e interoperabilidade do *big data*
em atos de concentração e no controle de condutas do varejo digital

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito –
PPGD da Universidade de Brasília – UnB.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
Universidade de Brasília – UnB

Profa. Dra. Miriam Wimmer
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Angelo Gamba Prata de Carvalho (suplente)
Universidade de Brasília – UnB

Brasília, 30 de abril de 2024

FICHA CATALOGRÁFICA

| | | |
|------|---|-------------------------|
| C341 | Casotti, Fábio. O direito da concorrência joga dados: a eficácia <i>quasi</i> -estrutural da portabilidade e interoperabilidade do <i>big data</i> em atos de concentração e no controle de condutas do varejo digital / Fábio Casotti – Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2024. 180 p. 1. big data; varejo; interoperabilidade; portabilidade; plataformas digitais. | CDD 346.07 CDU 347.7 |
| 2024 | | |

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por mais esta graça alcançada, em Seu nome, toda a honra e toda a glória.

À minha amada Flávia, o meu muito obrigado por seu apoio, carinho e suporte emocional ao longo de todo o esforço, sem você não teria sido possível.

Sou muito grato à professora Amanda Athayde por seus ensinamentos, sua orientação e sua contagiante dedicação à atividade acadêmica.

Agradeço à professora Miriam e ao professor Victor pelos gentis aceites à participação na banca e por suas valorosas contribuições ao aprimoramento deste trabalho.

Muito obrigado ao professor Angelo pelo aceite à participação na suplência da banca.

Agradeço ao amigo José Borges por sua compreensão e por todo seu suporte à conclusão deste projeto.

Ao meu querido Davi e à minha doce Alice, obrigado pela compreensão nos momentos de privação do convívio familiar, espero que a partilha desta experiência possa influenciá-los positivamente em sua formação.

Agradeço à colega Cleomara pelos diálogos acadêmicos e pela contribuição revisional.

Por fim, o meu agradecimento a todo o corpo docente, aos funcionários e às amigas construídas na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

“Nada é orgânico é tudo programado

E eu achando que tinha me libertado

[...]

Pense, fale, compre, beba

Leia, vote, não se esqueça

Use, seja, ouça, diga

Tenha, more, gaste, viva”

Pitty (Admirável Chip Novo)

RESUMO

O advento dos dados pessoais foi responsável por revolucionar os primeiros ensaios comerciais da Internet, de transações absolutamente rudimentares a experiências inovadoras e customizadas na oferta de produtos e serviços na rede. Com o desenvolvimento de novas tecnologias habilitadoras, surge uma capacidade sem precedentes de coleta e análise em tempo real, de um grande volume e variedade de dados, o *big data*, trazendo consigo riscos à privacidade de consumidores e ao processo competitivo. A pesquisa pretende explorar alternativas de mitigação dos riscos concorrenciais identificados, oferecendo uma formulação teórica para a concepção, adoção e monitoramento de remédios de portabilidade e interoperabilidade, adotando como perímetro conceitual o *big data* do consumo varejista. Discutem-se as condições de eficácia dessas medidas em atos de concentração e no ajuste de condutas, se essas ações podem ser consideradas intervenções *quasi*-estruturais e as questões de monitoramento vinculadas à sua aplicação. A partir de uma perspectiva concorrencial, argumenta-se pela necessidade de uma visão conciliada com outros microsistemas jurídicos do consumo e da privacidade. Os estudos de casos em atos de concentração e controle de condutas são avaliados sob o prisma da criticidade concorrencial do acesso a dados. Conclui-se que as medidas de acesso ao *big data* podem sim ser classificadas como ações *quasi*-estruturais. Além disso, a interoperabilidade revela-se essencial a um regime funcional de portabilidade de dados. Contudo, apesar de promissoras em seus objetivos, essas medidas não correspondem a uma ação do tipo “bala de prata” ou solução única para todas as necessidades. Essa abordagem reserva às autoridades um caminho de decisões complexas e ponderações das relações de compromisso entre diversos fatores. O acompanhamento da implantação e a supervisão da operação representam um esforço contínuo, de longo prazo e com múltiplas interações com as partes envolvidas. Por fim, tem-se que a adoção de remédios de portabilidade e interoperabilidade de dados desafia autoridades da concorrência ao emprego do instrumental típico da regulação, o que pode justificar a predileção de alguns países pela adoção de uma solução regulatória definitiva no enfrentamento de problemas oferecidos por mercados digitais.

Palavras-chave: big data; varejo; interoperabilidade; portabilidade; plataformas digitais.

ABSTRACT

The advent of personal data was responsible for a revolution in the first commercial trials of the Internet, from rudimentary transactions to innovative and customized experiences in the service provision over the network. Through the rise of enabling technologies, it has emerged an unprecedented capacity of collecting, processing, and analysing great volumes and variety of data in real time, the big data technologies, bringing some risks to consumer privacy and to the competition law. The research aims to explore alternatives for mitigating these competitive threats, offering a theoretical formulation for the design, adoption and monitoring of portability and interoperability remedies, assuming the retail big data as a conceptual perimeter. It has been discussed the effectiveness conditions for adopting portability and interoperability measures in mergers and conduct cases, whether these actions can be considered quasi-structural interventions and the monitoring issues raised with their application. From a competition law perspective, it has been argued the need of a reconciled vision with the legal microsystems of consumption and privacy. The study cases on mergers and conducts are evaluated under the perspective of the indispensability of access to data. It has been concluded that access measures to big data can indeed be classified as quasi-structural actions. Furthermore, interoperability is essential to a functional data portability regime. However, despite promising in their objectives, these measures do not correspond to a “silver bullet” or a one-size-fits-all solution. This approach offers to the authorities a path of complex decisions and trade-offs between several factors. The monitoring and supervision process represents a continuous, long-term effort with multiple interactions with the parties involved. Finally, the adoption of portability and interoperability may challenge competition authorities to the usage of typical regulatory instruments, which may justify the predilection of some countries for the adoption of a definitive regulatory solution in dealing with the problems of digital markets.

Keywords: big data; retail; interoperability; portability; digital platforms.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | |
|---|-----|
| Figura 1 - A cadeia de valor do big data..... | 25 |
| Figura 2 - Dimensões do <i>big data</i> no varejo | 47 |
| Figura 3 - A sobreposição de microssistemas jurídicos | 63 |
| Figura 4 - Sobreposições entre portabilidade e interoperabilidade | 128 |

SUMÁRIO

| | | |
|----------------|---|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 | O PODER DO <i>BIG DATA</i> EM PLATAFORMAS DIGITAIS | 19 |
| 2.1 | Da amnésia cibernética ao pote dourado de biscoitos..... | 19 |
| 2.2 | V de <i>big</i>, V de <i>data</i>, V de... .. | 22 |
| 2.3 | É “<i>big</i>” porque gera mais dados ou gera mais dados porque é “<i>big</i>”? | 25 |
| 2.3.1 | <u>Barreiras de acesso ao <i>big data</i></u> | 30 |
| 2.3.1.1 | <i>Barreiras na coleta</i>..... | 30 |
| 2.3.1.2 | <i>Barreiras no armazenamento</i> | 31 |
| 2.3.1.3 | <i>Barreiras na síntese e análise</i> | 32 |
| 2.3.1.4 | <i>Barreiras no uso</i>..... | 32 |
| 2.4 | Quer pagar quanto? | 33 |
| 2.5 | O corredor de produtos antitruste e a virtualização das gôndolas..... | 36 |
| 3 | CONSUMO, PRIVACIDADE E CONCORRÊNCIA NO VAREJO DIGITAL. | 40 |
| 3.1 | Aspectos comportamentais, tecnologias preditivas e o consumidor de vidro | 42 |
| 3.2 | Um mosaico mais complexo do que cebolas e o direito a ser deixado só..... | 50 |
| 3.3 | O acesso a dados na contestabilidade de vantagens competitivas | 57 |
| 3.4 | Uma necessária visão tridimensional sobre o indivíduo, cidadão e consumidor. | 61 |
| 4 | ACESSO A DADOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO | 66 |
| 4.1 | Google e DoubleClick: a concentração publicitária a dois cliques de distância.. | 67 |
| 4.2 | Amazon e Whole Foods: a digitalização do tijolo e cimento supermercadista.... | 72 |
| 4.3 | Google e Fitbit: uma <i>big</i>, porém <i>fitness tech</i> | 77 |
| 4.4 | Meta (Facebook) e Kustomer: a “consumetria” social | 81 |
| 4.5 | Activision Blizzard e Microsoft: <i>Call of Antitrust and Remedy Crush Saga</i> | 83 |
| 5 | ACESSO A DADOS NO CONTROLE DE CONDUTAS | 90 |
| 5.1 | FTC vs. Toysmart.com: minha dívida, seus dados..... | 90 |
| 5.2 | PeopleBrowsr vs. Twitter: o fluxo minerador de tweets..... | 93 |
| 5.3 | hiQ Labs vs. LinkedIn: raspar e analisar, não é só começar | 96 |
| 5.4 | Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook): os limites à privacidade social..... | 100 |
| 5.5 | Comissão Europeia vs. Amazon (Marketplace e Buy Box): frete grátis na “cessão” de dados..... | 106 |

| | | |
|----------------|--|------------|
| 6 | PORTAR E INTEROPERAR, A PROFILAXIA CONCORRENCIAL DO BIG DATA..... | 111 |
| 6.1 | Entre a estrutura e a conduta, as medidas <i>quasi</i>-estruturais..... | 114 |
| 6.2 | A eficácia da garantia (ou negativa) de acesso ao <i>big data</i> varejista | 118 |
| 6.2.1 | <u>Definições do instrumental de portabilidade e interoperabilidade de dados.....</u> | <u>123</u> |
| 6.2.2 | <u>Parâmetros ao desenho de medidas de portabilidade e interoperabilidade</u> | <u>126</u> |
| 6.2.2.1 | <i>Objetivos dos regimes de portabilidade e interoperabilidade</i> | <i>127</i> |
| 6.2.2.2 | <i>Escopo dos regimes de portabilidade e interoperabilidade.....</i> | <i>132</i> |
| 6.2.2.3 | <i>Termos e condições de acesso.....</i> | <i>135</i> |
| 6.2.2.4 | <i>Padronização técnica e desenvolvimento.....</i> | <i>137</i> |
| 6.2.2.5 | <i>Privacidade e segurança.....</i> | <i>140</i> |
| 6.2.3 | <u>Nem <i>over</i>, nem <i>under</i>, mas o “<i>data-enforcement</i>”.....</u> | <u>142</u> |
| 6.2.3.1 | <i>Sobre silos, firewalls e restrições de acesso</i> | <i>145</i> |
| 6.2.3.2 | <i>Reputação e confiança não estão em promoção</i> | <i>147</i> |
| 6.3 | Monitoramento e controle do acesso ao <i>big data</i> | 150 |
| 6.3.1 | <u><i>Who distrusts the trustees?</i>.....</u> | <u>152</u> |
| 6.3.2 | <u>Os <i>quasi</i>-reguladores.....</u> | <u>154</u> |
| 6.4 | Uma breve nota sobre a jurisprudência brasileira | 158 |
| 7 | CONCLUSÕES | 162 |
| 8 | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 164 |

1 INTRODUÇÃO

O ano era 1999, às vésperas do estouro da bolha de especulação financeira das empresas “ponto com”. Em um modesto escritório na cidade de Seattle, nos Estados Unidos, o âncora do programa *60 Minutes* produzia o perfil corporativo de um jovem empresário egresso do mercado financeiro e que agora vendia livros e CDs pela Internet. Um intrigado jornalista o inquiria:

[...] então toda vez que eu utilizo o seu website, você aprende mais sobre mim? Um de seus empregados me disse que vocês coletam meio gigabyte – o que quer que isso seja – de informações sobre seus consumidores todos os dias. Isso é algo próximo a 350 disquetes! O que você faz com toda essa informação?¹ (tradução nossa).

Ao que respondeu o autodeclarado *nerd* Jeff Bezos: “essa é a informação que nos permite prever ou tentar prever o quê – você sabe – livros, vídeos e músicas que você gostaria, mas que você ainda não descobriu”² (tradução nossa).

Passados dezoito anos desse prosaico diálogo e o periódico *The Economist* publicou um célebre artigo de negócios³ conferindo aos dados digitais o rótulo de *commodity* da nova era. Desde então, a expressão “dados são o novo petróleo” ganhou o mundo e se tornou lugar comum nas conversas e publicações sobre a chamada economia digital.

Um ano depois, o tema ganhou contornos bem mais agudos e dramáticos com o episódio “Cambridge Analytica”, com as denúncias de acesso indevido a dados de dezenas de milhões de usuários do Facebook com objetivo de mapear preferências políticas e tentativas de influenciar o processo eleitoral dos Estados Unidos⁴. Convocado a prestar depoimento no Senado norte-americano e questionado por um parlamentar cético com a sustentabilidade financeira do modelo de negócios de gratuidade da plataforma, o fundador da rede social Mark Zuckerberg esboçou um enigmático sorriso ao responder: “Senador, nós rodamos anúncios”⁵ (tradução nossa).

¹ BEZOS, J. Nerd of the Amazon. [Entrevista concedida a] Bob Simon. **60 Minutes II**. Temporada 1, Episódio 4, fev. 1999.

² *Ibid.*

³ REGULATING the internet giants: the world’s most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, London, 6 mai. 2017. Leaders.

⁴ CONFESSORE, N. Cambridge Analytica and Facebook: The scandal and the fallout so far. **The New York Times**, New York, apr. 2018.

⁵ TIBKEN, S. Questions to Mark Zuckerberg show many senators don’t get Facebook. **CNET**, apr. 2018.

Em comum, o que esses episódios revelam é a assimetria de compreensões sobre a racionalidade e dinâmica de incentivos presentes na oferta e fruição de produtos e serviços na rede mundial de computadores. De fato, o entendimento preciso dos fenômenos econômicos e jurídicos presentes em transações eletrônicas na Internet desafia não apenas o senso comum, mas tem confrontado sistematicamente especialistas, acadêmicos e autoridades.

Em aproximados 30 anos de trajetória comercial, o experimento que se iniciou despreziosamente com o compartilhamento de arquivos entre centros de pesquisa e *campi* universitários converteu-se em um novo paradigma social e industrial, impactando de forma definitiva a maneira como as pessoas se comunicam, acessam serviços e fazem negócios, com repercussões transformadoras da ordem jurídica, da organização produtiva e da economia global.

Na presente pesquisa, almeja-se explorar o contexto de dados pessoais, que são coletados, armazenados e processados no âmbito da Internet. Desde os primeiros ensaios comerciais da Internet, com experiências absolutamente rudimentares e anônimas, os dados pessoais fizeram surgir uma indústria bilionária lastreada na informação, na atenção humana e na publicidade digital.

Muito embora as iniciativas de monetizar a atenção humana e publicidade não tenham surgido com as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs)⁶, foi com o advento da universalização do acesso e a oferta massiva de serviços digitais com escala global e custos marginais tendentes a zero⁷, que os gigantescos empreendimentos de tecnologia (*Big Techs*) puderam levar os processos de transação da atenção humana a um novo patamar de eficácia e eficiência.

Como manifestação máxima desse poder informacional, em um mundo super conectado de fluxos e processos digitalizados, emerge o *big data*, um volume gigantesco de dados digitais de alta variedade, acompanhado de uma capacidade singular de coleta, processamento e análise em tempo suficiente à tomada de decisão estratégica por seu detentor⁸.

⁶ WU, T. **The attention merchants**: The epic scramble to get inside our heads. New York: Knopf Publishing Group, 2016. p. 290.

⁷ RIFKIN, J. **The zero marginal cost society**: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism. New York: Macmillan, 2014.

⁸ BAGNOLI, V. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, J. O. *et al* (org.). **Direito antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019. p. 45-56.

As visões excessivamente otimistas com os modelos de negócios da economia digital e o emprego irrestrito de dados têm conferido a seus detentores o papel de “oráculos contemporâneos”, apreciando questões subjetivas e de complexo juízo valorativo⁹. A partir da perspicácia dessa figura de linguagem construída pela professora Ana Frazão, é possível derivar dessa condição informacional não apenas o poder preditivo e isento do futuro, mas também, uma capacidade mais sutil e sofisticada de sugestão e influência sobre o curso dos fatos, digna da comparação mitológica com o poder político imputado às Pítonisas de Delfos.

Não por outra razão, projeções sociais mais sombrias¹⁰ dão conta do estabelecimento de um capitalismo orientado à vigilância digital extrema, com incentivos cada vez maiores à concentração de fontes de dados preditivos e possibilidades de influência sobre o comportamento humano. Alguns poucos agentes teriam conhecimento minudenciado da vida das pessoas, ao tempo em que informariam pouco ou quase nada às autoridades sobre a utilização dessa “caixa preta”¹¹. No plano social, as preocupações quanto ao poder de influência dos detentores do *big data* evoluem aos riscos de manipulação comportamental, definição de agendas temáticas¹² e, no limite, pressões sobre o funcionamento das próprias democracias.

Na presente investigação, vinculada à sublinha de pesquisa “Transformações no Direito Privado, Empresa, Mercado e Concorrência”, almeja-se discutir as alternativas de como remediar as distorções competitivas presentes em mercados dependente de dados.

Com esse enfoque primariamente concorrencial, adota-se para o *big data* o perímetro compreendido por dados de correspondência ou origem pessoal, ainda que coletados ou observados por dispositivos e, portanto, não farão parte do escopo investigado aqueles de natureza puramente industrial, restritos a processos produtivos ou exclusivamente internos às corporações¹³.

Adicionalmente, para a adequada delimitação do objeto investigado e a justa caracterização das preocupações que orbitam o acesso a dados, elegeu-se um setor da atividade

⁹ FRAZÃO, A. O. Algoritmos e inteligência artificial. In: DOMINGUES, J. O. *et al* (org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 113-120.

¹⁰ ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: Public Affairs, 2019.

¹¹ PASQUALE, F. **The Black Box Society: the secrets algorithms that control money and information**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2015.

¹² FRAZÃO, A. O. *big data* e aspectos concorrenciais no tratamento de dados pessoais. In: DONEDA, D. *et al* (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 535-552.

¹³ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 16.

econômica de absoluta relevância, intensivo em dados e que se encontra em trajetória acelerada de transformação digital.

O varejo tem se destacado como um dos segmentos mais promissores na geração de valor e na apropriação de tecnologias de transformação digital¹⁴, o que vai muito além de visões clichê do tipo “exames de drones” congestionando os céus na distribuição de mercadorias¹⁵. O instrumental da digitalização já trouxe para essa indústria imperativos de eficiência e competitividade, com o emprego efetivo do *big data* na otimização de processos, na melhoria da qualidade, da gestão do armazenamento e da logística de distribuição¹⁶.

No entanto, soma-se a essa perspectiva operacional uma capacidade informacional única, capaz de segmentar perfis, prever comportamentos, antecipar tendências de consumo e adotar estratégias comerciais dinâmicas em tempo real. Desse modo, o *big data* do varejo já transcendeu uma visão inicial de mero acúmulo de dados transacionais e deu lugar a uma compreensão bem mais rebuscada, sobre a qualidade e a diversidade de fontes geradoras de dados, combinando percepções teóricas e técnicas correlacionais¹⁷ na predição e influência de comportamentos.

Partindo então de uma visão concorrencial moderna¹⁸, que emprega para o varejo uma moldura analítica de plataformas, projeta-se que as potencialidades tecnológicas do *big data* oferecem aos varejistas digitais um importante elemento de poder, essa vantagem competitiva baseada em dados, com habilidades (ou também incentivos) a agir à revelia dos interesses de consumidores, fornecedores e concorrentes nas várias interfaces da cadeia produtiva.

No espectro de pesquisas jurídicas e intensa produção acadêmica sobre mercados digitais, observa-se que o *big data* tem demandado de estudiosos, legisladores e juristas um esforço complexo de desconstrução analítica para lidar com seus desafios¹⁹. No entanto, para o

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION. **Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-) usability and access to data, and liability**. Brussels: EU, 2018.

¹⁵ MARR, B. Big Data: A game changer in the retail sector. **Forbes**, nov. 2015. Enterprise Tech.

¹⁶ SANTORO, G. *et al.* Big data for business management in the retail industry. **Management Decision**, v. 57, n. 8, p. 1980-1992, 2019.

¹⁷ BRADLOW, E. *et al.* The role of big data and predictive analytics in retailing. **Journal of Retailing Elsevier**, v. 93, n. 1, p. 79-95, 2017.

¹⁸ ATHAYDE, A. Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores? **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020.

¹⁹ BAPTISTA, A. N. Big data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. *In*: DOMINGUES, J. O. *et al.* (org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 19-44.

segmento varejista, apesar de sua importância econômica e notória dependência de dados, não se identifica tratamento acadêmico suficiente da matéria.

Além da pertinência temática e da relevância setorial, a escolha do segmento varejista cumpre o papel metodológico de oferecer um *locus* analítico coerente e delimitado para as reflexões desenvolvidas. Reconhecendo as singularidades de cada conjunto de dados e buscando oferecer um alerta contra generalizações indevidas, tem-se que as construções realizadas sobre o universo de dados que gravitam o consumo, por premissa, não se aplicam direta e imediatamente a todas as naturezas de dados, por exemplo, dados pessoais sensíveis ou aqueles sujeitos a regulações específicas de proteção do sigilo bancário, da inviolabilidade das comunicações, dentre outras.

Feitas essas considerações, no espaço identificado de contribuição acadêmica, busca-se oferecer uma pesquisa sobre remédios concorrenciais em mercados digitais dependentes de dados, explorando o desenho, a implementação e o monitoramento de medidas de acesso e uso compartilhado do *big data*, tendo o varejo como ponto de partida e o instrumental da portabilidade e interoperabilidade como a principal e mais promissora abordagem.

Desse modo, com o objetivo de nortear o curso da investigação, foram então formuladas as seguintes indagações de pesquisa.

Quais são as condições de eficácia para as medidas de portabilidade e interoperabilidade do *big data*, em atos de concentração ou no ajuste de condutas do varejo digital? Em caso de aplicação, essas medidas podem ser consideradas remédios ou sanções *quasi-estruturais*? E como realizar o monitoramento?

Inicialmente, formula-se que a aplicabilidade de medidas de portabilidade e a interoperabilidade de dados fornece sim às autoridades do antitruste um instrumental poderoso na superação de barreiras à entrada em mercados de plataformas digitais do varejo. Contudo, não aparenta ser essa uma intervenção do tipo “bala de prata” ou solução única para todas as necessidades (*one size fits all*).

Apesar de promissoras no alcance de seus objetivos, projeta-se que essas intervenções oferecem desafios importantes de desenho e concepção, além de demandarem um aprofundamento técnico acurado sobre as condições de funcionamento dos mercados de sua aplicação e a tipologia de dados subjacentes. Adicionalmente, pela complexidade envolvida na operacionalização, essas medidas parecem requerer esforços não triviais de implementação e monitoramento.

De modo a permitir a adequada exploração e desenvolvimento dessas perguntas, a presente dissertação foi organizada da seguinte forma. Após esta breve introdução, o capítulo 2 – O PODER DO *BIG DATA* EM PLATAFORMAS DIGITAIS ocupa-se de expor de forma mais detida a relevância e a pertinência temática da pesquisa, além de apresentar o marco teórico adotado para a investigação. O texto desenvolve-se pela compreensão do *big data* como um diferencial concorrencial relevante, que se articula com a transformação digital do varejo, já sob uma perspectiva de plataformas e vantagem competitiva não contestável baseada em dados.

Em seguida, o capítulo 3 – CONSUMO, PRIVACIDADE E CONCORRÊNCIA NO VAREJO DIGITAL apresenta a conformação de três microssistemas jurídicos afetados pelas questões apresentadas na pesquisa. Apesar da primazia do enfoque concorrencial assumida pela investigação, argumenta-se pela necessidade de um visão interdependente e conciliada da defesa da concorrência com os prismas jurídicos do consumo e da privacidade, na tutela integral dos interesses do indivíduo, cidadão e consumidor.

A partir do capítulo 4 – ACESSO A DADOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO, evoluiu-se para uma perspectiva de reflexão aplicada sobre episódios internacionais de concentração onde o acesso a fontes de *big data* foi (ou deveria ter sido) aspecto determinante no julgamento da operação, com destaque à evolução jurisprudencial e doutrinária das autoridades do antitruste, inclusive os desafios inerentes à adoção de remédios.

Já o capítulo 5 – ACESSO A DADOS NO CONTROLE DE CONDUTAS ocupa-se da apreciação de casos identificados na literatura envolvendo tentativas (ou o efetivo uso) de alavancas de poder baseadas em dados com consequências sobre competidores, fornecedores e consumidores, cotejando as análises empreendidas pelas autoridades do antitruste e eventuais medidas corretivas ou compensatórias adotadas.

O capítulo 6 – PORTAR E INTEROPERAR, A PROFILAXIA CONCORRENCIAL DO *BIG DATA* é dedicado a sistematizar os achados de pesquisa, a partir da articulação entre as percepções colhidas com os estudos de casos e as exposições teóricas desenvolvidas. Almeja-se oferecer uma formulação teórica sobre a concepção, aplicação e monitoramento de medidas de portabilidade e da interoperabilidade do *big data*, tendo em consideração a natureza de dados típicos do consumo varejista.

Por fim, são sintetizados no capítulo 7 – CONCLUSÕES os principais resultados da investigação, considerando as perguntas formuladas, a confirmação ou refutação das hipóteses

inicialmente concebidas. Além disso, são cogitadas algumas futuras oportunidades de aprofundamento dos estudos ou ampliação de novas fronteiras de investigação.

2 O PODER DO *BIG DATA* EM PLATAFORMAS DIGITAIS

2.1 Da amnésia cibernética ao pote dourado de biscoitos

Ainda nos primórdios da Internet, quando das primeiras experimentações comerciais, a rede padecia de uma condição sistêmica de descontinuidade entre as sessões de conexão. Isto é, independente de quantas vezes um mesmo servidor ou endereço eletrônico fosse acessado, aquela sessão sempre se iniciava sem qualquer registro de preferências ou escolhas anteriores do usuário. Evocando uma breve alegoria popular, recorre-se à singela comédia romântica estrelada por Adam Sandler e Drew Barrymore em 2004, “Como se fosse a primeira vez”²⁰. Diante de um quadro médico de amnésia de curto prazo detida pela protagonista, o roteiro desenvolve-se pela construção de uma relação afetiva entre casal, superando adversidades e situações inusitadas provocadas por essa condição. Cada novo despertar da personagem era uma vivência completamente nova, sem qualquer registro de memória das experiências acumuladas dia anterior.

Apesar do caráter coloquial da referência eleita, trata-se de profícua analogia à realidade dos primeiros ensaios comerciais da Internet, quando não havia qualquer armazenamento de memória e conhecimento dos equipamentos e servidores sobre os participantes da rede. Cada conexão era sempre uma experiência nova e os resultados eram experiências de navegação absolutamente anônimas, descontínuas, impessoais e todas as interações entre um mesmo servidor e usuário sempre se iniciavam com a reapresentação entre as partes.

Para uma rede concebida originalmente apenas visando ao compartilhamento de arquivos entre seus usuários, essa limitação não era na oportunidade uma questão relevante. Contudo, para qualquer aplicação comercial que envolvesse escolhas e preferências, essa condição se revelava um grande inconveniente, demandando que uma atividade de compra fosse iniciada e concluída durante uma mesma sessão de conexão. Na ilustração proposta por John Schwartz²¹, seria o equivalente a uma experiência de compra presencial, onde a cada interrupção do diálogo com o atendente, como o simples tocar do telefone ou a chegada de um novo cliente, o vendedor se esquecesse completamente das informações já trocadas durante o

²⁰ COMO se fosse a primeira vez. Direção: Peter Segal. Produção: Jack Giarraputo, Steve Golin e Nancy Juvonen. Intérpretes: Adam Sandler, Drew Barrymore *et al.* Roteiro: George Wing. Estados Unidos: Columbia Pictures, 2004.

²¹ SCHWARTZ, J. Giving web a memory cost its users privacy. **The New York Times**. Business. New York, 2001.

atendimento, as preferências já externadas pelo consumidor ou mesmo os produtos já selecionados.

Reconhecendo que a Internet que não oferecia em seus primórdios padrões elevados de qualidade e estabilidade, as interrupções de conexões eram frequentes. Dessa forma, tornou-se prontamente óbvia a necessidade de superação dessa “amnésia cibernética” ao desenvolvimento de qualquer aplicação massiva de comércio eletrônico de produtos e serviços pela rede.

A partir de 1994, essa condição começou a modificar-se, quando técnicos da empresa Netscape (desenvolvedora de navegador de mesmo nome) receberam a incumbência de desenvolver justamente a aplicação de um **carrinho de compras virtual** que fosse capaz de reter as preferências e escolhas de compra dos consumidores, mesmo em situações de interrupção da conexão. Os desenvolvedores recobram a existência de um artifício de programação denominado *magic cookie*²² e adaptaram essa solução ao contexto da Internet. Criaram então um protocolo de envio de arquivos customizados (*cookies*) ao dispositivo do usuário, contendo uma descrição da sessão estabelecida e passível de posterior recuperação em uma nova visita àquele endereço.

Ao mesmo tempo em que superava a descontinuidade intrínseca ao estabelecimento de conexões, a privacidade contida em *cookies* de navegação estaria assegurada pelo armazenamento local desse arquivo no próprio dispositivo (passíveis de serem apagados a qualquer momento pelo próprio usuário) e pela disponibilidade desse conteúdo unicamente aos servidores da página já visitada, uma vez retomada a navegação naquele endereço²³.

A inovação dos *cookies* de navegação foi uma inflexão crítica na trajetória evolutiva da Internet, convertendo uma experiência absolutamente fragmentada, descontínua e anônima²⁴ em uma atividade muito mais cômoda, amigável e funcional. Obviamente, na medida da conveniência e da customização, essa mudança tecnológica também ofereceu outras questões de ordem jurídica, em especial, a tutela de direitos à privacidade dos usuários da rede.

Curiosamente, em rápida alusão ao que o conhecimento contemporâneo denomina a “privacidade desde a concepção” (*privacy by design*), é interessante perceber que a intimidade e a privacidade dos usuários sempre foram preocupações importantes no desenvolvimento da

²² JOHNSON, S. The magic cookie: How Lou Montulli cured the web’s amnesia. *In*:_____. **Hidden heroes: A tribute to people who shaped technology.** 2022. story 3.

²³ *Ibid.*

²⁴ SCHWARTZ, J. Giving web a memory cost its users privacy. **The New York Times.** Business. New York, 2001.

solução dos *cookies* de navegação, atentando para eventuais riscos de desvios de conduta e consequências não intencionais²⁵. Recobrando a lição de autores já clássicos do direito cibernético como Reidenberg²⁶ e Lessig²⁷, tem-se no caso dos *cookies* mais um notório exemplo de escolhas discricionárias no desenvolvimento do algoritmo (ou do código) como o espaço instrumental da manifestação de direitos e da moderação de condutas no ambiente virtual, ainda que na ausência de normas mais positivas e diretivas do comportamento esperado.

Inclusive, cabe também mencionar que por muitos anos a existência de *cookies* seguiu ao largo do conhecimento da esmagadora maioria de usuários Internet. Mais recentemente, com o advento de legislações protetivas de dados pessoais em vários países, a existência desse arquivo tem sido notada pelo usuário atento, ao visitar um endereço pela primeira vez e receber o pedido de consentimento para o registro de preferências armazenadas em *cookies*²⁸.

No entanto, apesar das legítimas preocupações iniciais com a privacidade inseridas desde a concepção da solução, com a massificação da rede e a difusão de aplicações comerciais, não demoraria muito até a descoberta do potencial econômico desses dados e o surgimento de formas tecnológicas de exploração econômica da informação disponível em *cookies* para mercados de publicidade digital.

Foi este o pote dourado de biscoitos percebido então por uma então *startup* sediada em Nova York, a DoubleClick, que prometia “entregar a mensagem correta à pessoa certa no tempo certo”²⁹. A DoubleClick foi uma das empresas pioneiras na exploração do negócio de dados na rede, inicialmente com banners publicitários e posteriormente instrumentalizando o padrão tecnológico de *cookies* com formas indiretas de rastreamento³⁰.

Aquilo que começou como uma solução de mínima retenção de memória de navegação, suficiente à usabilidade comercial da Internet foi a semente original de uma sofisticada indústria de publicidade digital, avaliada atualmente em mais de US\$ 650 bilhões³¹. Mesmo hoje, a tecnologia de *cookies* segue movimentando intensos debates de privacidade, segurança e

²⁵ JOHNSON, S. The magic cookie: How Lou Montulli cured the web’s amnesia. In: _____. **Hidden heroes: A tribute to people who shaped technology**. 2022. story 3.

²⁶ REIDENBERG, J. R. Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, v. 76, p. 553-593, 1998.

²⁷ LESSIG, L. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

²⁸ OLDS, D. What do those pesky ‘Cookie Preferences’ pop-ups really mean? **Wired**, may 2022.

²⁹ SCHWARTZ, J. Giving web a memory cost its users privacy. **The New York Times**. Business. New York, 2001.

³⁰ JOHNSON, *op. cit.*

³¹ STATISTA. **Digital advertising worldwide**. 2023.

concorrência, a exemplo de discussões contemporâneas sobre a possibilidade de banimento de *cookies* de terceiros e outras formas de rastreamento cruzado de informações de navegação³².

Diante dessa exposição, é fundamental reconhecer que os agentes econômicos estão sempre em busca da melhor condição informacional à tomada de decisão e à realização de transações. Não por outra razão, as firmas processam dados há muitos anos³³. Contudo, as condições distintivas e novidadeiras dos mercados digitais residem no surgimento de condições tecnológicas habilitadoras de padrões massivos de coleta, armazenamento, processamento e uso de dados, na órbita do fenômeno denominado *big data*.

2.2 V de *big*, V de *data*, V de...

Para qualquer atividade mercantil, desde os tradicionais mercados da agricultura, até os mais imbrincados derivativos do mercado de capitais, a disponibilidade de dados e o informações de qualidade são condições absolutamente desejadas por qualquer agente. Condições informacionais imperfeitas e assimétricas são falhas de mercado há tempos reconhecidas e muito estudadas, pelo grau de complexidade e desafio que representam. Não por acidente, a comunidade científica já laureou diferentes economistas à honraria do prêmio Nobel por suas contribuições à pesquisa acadêmica de efeitos informacionais sobre o equilíbrio de mercados: James Mirrlees, William Vickrey, George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz³⁴.

Autoridades concorrenciais também já promovem há algum tempo³⁵ o estudo de vantagens competitivas baseados em dados, no controle de estruturas e no acompanhamento de condutas, mesmo para mercados “não digitais”. Ocorre que o grau de processamento computacional alcançado, associado à redução agressiva de custos de coleta e armazenamento, habilitaram uma condição de uso de grandes volumes de dados, inclusive em tempo real à tomada de decisão por seu detentor³⁶.

³² GOZMAN, Vlad. The slow death of third-party cookies. *Forbes*, sep. 2022.

³³ COMPETITION BUREAU CANADA. **Big data and innovation**: Key themes for competition policy in Canada. Gatineau: 2018. p. 4.

³⁴ NOBEL PRIZE. **Markes with asymmetric information**. Press Release. oct. 2001.

³⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition law and data**. Paris, Bonn: 2016. p. 31.

³⁶ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 341.

Estima-se³⁷ que hoje que a Internet gere aproximadamente uma quantidade superior a 100 Zettabytes de dados por ano. Ainda que apenas 2% desse volume seja de fato armazenado de um ano para o outro, o gigantismo desse volume informacional escapa facilmente às tentativas de fazer tangível desse conceito.

Mesmo esses 2%, ou seja, 2 Zettabytes equivaleriam a aproximadamente um milhão de vezes a capacidade estimada³⁸ de armazenamento do cérebro humano. Além disso, estima-se³⁹ que aproximadamente 1% de toda capacidade energética global é atualmente consumida por *data centers*. Projeta-se⁴⁰ que o mercado global de armazenamento de dados vá crescer a uma taxa composta anual média de 9,6%, entre 2023 e 2030.

Diante da transformação digital da economia e a centralidade ocupada pelos dados, o acesso e a disposição de fontes massivas de dados têm se revelado críticos da competitividade e diferenciação estratégica na economia da informação⁴¹. Mas apesar de um crescente reconhecimento sobre a importância do *big data*, não parece haver convergência na caracterização conceitual do fenômeno.

Usualmente, atribui-se ao trabalho de Doug Laney⁴² o protagonismo pela identificação, ainda em 2001, dos desafios e das oportunidades oferecidas pelo vertiginoso crescimento dos dados, o que denominou gestão tridimensional de dados: o **volume** massivo de geração e captura, a **velocidade** de processamento e a **variedade** de tipos e modalidades de fontes de coleta. A partir desse olhar integrado de **volume, velocidade e variedade**, os três vês ganharam o mundo e se tornaram os elementos mais difundidos e populares na definição do *big data*⁴³.

Com o tempo, outros Vs foram sendo incorporados por vários autores nas tentativas de melhor caracterização do *big data*, o que se tornou um grande desafio de suficiente caracterização do fenômeno. Com o entusiasmo acadêmico típico da investigação de algo novo, a disputa criativa pela identificação verbetes iniciados pela letra V chegou a produzir o exagero

³⁷ TAYLOR, P. **Amount of data created, consumed, and stored 2010-2020, with forecasts to 2025**. Statista: 2022.

³⁸ REBER, P. What is the memory capacity of the human brain? **Scientific American**. Neuroscience, may, 2010.

³⁹ IEA. **Data centers and data transmission networks**. Paris: IEA, 2022.

⁴⁰ INDUSTRYARC. **Data center market (2023-2030)**. [S. l.: s. n.], 2022.

⁴¹ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 342.

⁴² LANEY, D. **Application delivery strategies**. Meta Group: Stamford, 2001.

⁴³ RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. *Big data* e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 210-237, nov./dez. 2018. p. 159.

retórico de mais de quinze atributos⁴⁴. Além de formulações bastante abrangentes e inclusivas⁴⁵, há abordagens taxonômicas muito distintas, por vezes direcionadas a atributos, por ora voltadas a métricas comparativas ou arquitetônicas⁴⁶.

Costumeiramente, emprega-se na caracterização do *big data* uma excessiva carga metafórica. Embora as figuras de linguagem possam ser úteis na compreensão de conceitos abstratos, conforme a perspicaz provocação de Sara Watson⁴⁷, a comunicação por associações esconde um risco de vieses na formação de visões: se dados são o novo petróleo, podem ser minerados, refinados e monetizados, mas apenas por especialistas em processos industriais de larga escala. Por outro lado, se são um refugio de outros processos produtivos, podem ser recolhidos e reutilizados em outra atividade econômica, com o mérito da reciclagem e sem maiores preocupações de valor do insumo. Ainda, se dados são o aço da economia digital, não oferecem as mesmas externalidades ambientais do petróleo, mas podem demandar preocupações com estruturas e forças concentradoras de poder de mercado⁴⁸. No outro extremo do arco metafórico, Carissa Véliz ironiza a narrativa majoritária da **coleta de dados**, como se fossem “cogumelos colhidos na floresta”⁴⁹, em resposta, faz uma analogia ao manejo de substâncias tóxicas⁵⁰ para defender a eliminação definitiva da exploração econômica de dados pessoais⁵¹.

Avançando das figuras de linguagem para a caracterização formal do conceito, quanto à definição e caracterização em atributos, alinha-se à definição acolhida pelo professor Vicente Bagnoli⁵², qual seja, o fenômeno compreendido pela capacidade de coletar, processar e analisar um grande volume e uma grande variedade de dados, em tempo suficiente à obtenção de informações e ao estabelecimento de estratégias decisórias pelo titular, caracterizada por seis Vs: volume; velocidade; variedade; valor; veracidade e validação⁵³.

⁴⁴ PANIMALAR, A.; SHREE, V.; KATHRINE, V. The 17 V's of big data. **International Research Journal of Engineering and Technology**, v. 4, n. 9, p. 329-333, sep. 2017.

⁴⁵ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 15.

⁴⁶ RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. *Big data* e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 210-237, nov./dez. 2018. p. 153.

⁴⁷ WATSON, S. M. ‘Data is the New “_____”’: Industrial metaphors of big data. **DIS Magazine**.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ VÉLIZ, C. Panel 1 - Combination and cross-use of personal data online. *In: The DMA and data-related obligations workshop*, 2023, Brussels.

⁵⁰ *Id.* **Privacy is power: Why and how you should take back control of your data**. [S. l.]: Bantam Press, 2020. p. 44-46.

⁵¹ *Ibid.*, p. 54.

⁵² BAGNOLI, V. The big data relevant market. **Concorrenza e Mercato: Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property**, Milano, vol.23, p. 73-94, 2016. p. 93.

⁵³ *Ibid.*, p. 80.

Além das menções já realizadas aos atributos clássicos de **volume**, **velocidade** e **variedade**, o **valor** é considerado o quarto V, o propósito material de tratamento de dados para geração de valor⁵⁴. O atributo da **veracidade**⁵⁵ se articula com a confiabilidade dos dados processados e a precisão dos elementos integrantes da base de dados. Além disso, tem-se a **validação**⁵⁶, entendida como a habilidade de assegurar coerência agregada da base de dados.

Por fim, assumindo a relevância econômica da atividade de exploração comercial dos dados, julga-se ainda fundamental assumir a cadeia de valor proposta por Rubinfeld e Gal⁵⁷, inspirados na ideia do ciclo de vida do *big data* do autoridade antitruste estadunidense⁵⁸:

Figura 1 - A cadeia de valor do big data



Fonte: Rubinfeld e Gal (2017)

A partir desse assentamento conceitual, passa-se à exploração das dinâmicas de incentivos presentes nesses mercados e as relações de poder e barganha entre os agentes.

2.3 É “big” porque gera mais dados ou gera mais dados porque é “big”?

A viabilidade técnica de análises de grandes volumes de dados foi a força motriz do surgimento de novas oportunidades de negócios atreladas à exploração comercial de informações, na customização de ofertas e diferenciação de produtos⁵⁹. A força dos mercados digitais tem sido suportada por essa quantidade, qualidade e diversidade de dados de entrada⁶⁰, com grande esforço alocado em prover novas e crescentes formas de coleta⁶¹, onde as informações pessoais são utilizadas como ativo e moeda⁶² em troca de comodidades “gratuitas”.

⁵⁴ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 22.

⁵⁵ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 347.

⁵⁶ BAGNOLI, V. The big data relevant market. **Concorrenza e Mercato: Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property**, Milano, vol.23, p. 73-94, 2016. p. 79.

⁵⁷ RUBINFELD; GAL, *op. cit.*, p. 349.

⁵⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Big Data: A tool for inclusion or exclusion?** Washington: FTC, 2016. p. 3.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁰ GRAEF, I. Market definition and market power in data: The case of online platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, sep. 2015. p. 473.

⁶¹ STUCKE; GRUNES, *op. cit.*, p. 37,47.

⁶² GRAEF, *op. cit.*, p. 477.

Os benefícios econômicos da exploração do *big data*⁶³ têm suscitado várias questões jurídicas importantes, como segurança, privacidade e, de especial interesse para a advocacia da concorrência, a ponderação sobre eventuais alavancas de poder sustentáveis no longo prazo. Em outros termos, questiona-se a existência de barreiras à entrada e o esforço necessário capaz de contestar a posição de agentes de mercado já estabelecidos em mercados dependentes de dados⁶⁴.

De forma bem agregada, talvez um pouco reducionista, pode-se dizer que os estudiosos do antitruste se orientam nessa temática por duas grandes vertentes⁶⁵: aqueles que defendem uma ação antitruste mais proativa no campo do *big data* e outro grupo que se opõe a essa intervenção, considerando o antitruste inadequado para lidar com as singularidades dos mercados digitais do *big data*.

As visões mais desprezadas e entusiasmadas com as transformações tecnológicas, a exemplo de Tucker e Wellford⁶⁶, defendem que mercados digitais apresentam baixas barreiras à entrada e uma quantidade reduzida de dados como escala mínima necessária. Argumentam ainda que os custos de coleta estariam diminuindo, se aproximando de zero⁶⁷ e que haveria ainda um mercado estruturado e vibrante de aquisição de dados de terceiros, mediante a atuação de corretores de dados (*data brokers*)⁶⁸. Nesse sentido, apresentam um ceticismo quanto à possibilidade crível de alavancagem de poder de mercado baseado em dados e se posicionam contrariamente a eventuais remédios antitruste⁶⁹. Ainda segundo esses pesquisadores, qualquer vantagem competitiva decorrente de dados decorreria de puro “mérito analítico” e da “perspicácia comercial” dos agentes nos processos de coleta.

Há ainda perspectivas⁷⁰ de que o simples acúmulo de dados não conferiria por si só uma vantagem competitiva de longo prazo, pois na disputa pelo mercado de redes sociais, a história

⁶³ RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. *Big data* e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 210-237, nov./dez. 2018. p. 157.

⁶⁴ GRAEF, I. Market definition and market power in data: The case of online platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, sep. 2015. p. 484.

⁶⁵ SOKOL, D. D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. **University of Florida Levin College of Law**, v. 16, n. 40, p. 119-161, sep. 2016. p. 129.

⁶⁶ TUCKER, D.; WELLFORD, H. Big mistakes regarding big data. **Antitrust Source American Bar Association**, dec. 2014. p. 1.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹ TUCKER, D.; WELLFORD, H. Big mistakes regarding big data. **Antitrust Source American Bar Association**, dec. 2014. p. 12.

⁷⁰ LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? **Competition Policy International**, dec. 2015. p. 7-9.

teria demonstrado uma sucessão de grandes empresas contestadas (Friendster, MySpace e, posteriormente, Facebook), apesar de suas posições sedimentadas como incumbentes de dados.

Usualmente, esse grupo de argumentos se filia à compreensão de que os dados digitais não preenchem os critérios tradicionais de essencialidade ao desenvolvimento de um novo produto ou serviço, além disso, que dados podem ser sempre facilmente replicados. No entanto, esse tipo de construção se relaciona de forma genérica a dados em sentido geral, desconsiderando tipologias mais sofisticadas e específicas de dados setoriais⁷¹ e sua importância para alguns segmentos, alguns exemplos mais marcados envolvem a saúde digital e dados financeiros⁷².

Mesmo para visões mais hesitantes no reconhecimento de elementos de poder baseados em dados, há a ponderação⁷³ de que o *big data* pode ser convertido em uma vantagem competitiva quando for empregado no desenvolvimento de algoritmos capazes de inovar com processos de negócio preditivos do comportamento humano.

Neste ponto, cumpre mencionar a reflexão oferecida por Shoshana Zuboff e a ideia do “Capitalismo de Vigilância”, onde a comercialização de predições comportamentais teria reduzido a experiência humana a uma matéria-prima gratuita, livremente transacionada em padrões de agir no mercado de futuros comportamentais⁷⁴. Esse fluxo massivo de dados seria de acesso privilegiado e restrito a pouquíssimos agentes⁷⁵. Essa assimetria de conhecimento e poder permitiria a apropriação desse “excedente comportamental” em um grau de determinismo e eliminação de incertezas, capazes de superar as bases jurídicas do próprio contratualismo⁷⁶.

Ainda nessa seara, é oportuna a citação de uma frase atribuída ao então Cientista Chefe da gigante de tecnologia Google, Peter Norvig: “Nós não temos melhores algoritmos do que ninguém. Nós só temos mais dados”⁷⁷ (tradução nossa). É curioso perceber as sutis contradições presentes nesse enunciado. No esforço de pormenorizar as potencialidades dos algoritmos em prever, influenciar ou definir comportamentos, aspecto objeto de crescente preocupação no

⁷¹ SCHNEIDER, G. Designing pro-competitive research data pools: Which EU competition remedies for research data silos in digital markets? **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 13, n. 21, p. 161-186, 2020. p. 177.

⁷² TUCKER, C. E. Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: Network effects, switching costs, essential facility. **Review of Industrial Organization**, v. 54, p. 683-694, feb. 2019.

⁷³ LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? **Competition Policy International**, dec. 2015. p. 7-9.

⁷⁴ ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. New York: Public Affairs, 2019. p. 14.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 209.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 211.

⁷⁷ ASAY, M. Tim o'Reilly: 'Whole Web' is the OS of the future. **CNET**. San Francisco, 2010.

mundo, o executivo buscar enaltecer o papel do volume de dados, possivelmente buscando abrigo nas visões de ampla e irrestrita disponibilidade de dados e suposta competência meritória nas estratégias de coleta.

No entanto, a dimensão negligenciada nessa manifestação compreende justamente as interdependências complexas e os aprimoramentos mútuos entre coleta, armazenamento, análise e uso dos dados. Isto é, busca-se com esse tipo de discurso descaracterizar as externalidades diretas e indiretas dessa estrutura, as capacidades de aperfeiçoamento contínuo para a geração de informações e para coletar progressivamente mais dados e, coletando mais dados, evoluir continuamente o funcionamento do código.

Em um rápido alívio alegórico, recorre-se a uma campanha publicitária de biscoitos muito popular no Brasil dos anos 1980⁷⁸. O filme oferecia um aludido paradoxo causal entre as supostas características de frescor do biscoito e o sucesso de vendas do produto. Seria o bom resultado de vendas responsável por reduzir o tempo de prateleiras e assim favorecer a chegada de produtos mais frescos? Ou seriam justamente as características de frescor do produto as razões de apreço do consumidor e o aludido sucesso comercial do produto? A engrenagem de buscas ou e as redes sociais são dominantes porque elas são fresquinhas ou são dominantes porque coletam mais dados?

Dos *cookies* de navegação ao paradoxo de biscoitos, defende-se que o caminho mais adequado à superação desses aparentes (e falsos) dilemas evolve a superação de armadilhas retóricas, passando por uma análise criteriosa e sistemática das competências não replicáveis em dados, a fim de se desvendar o “molho secreto”⁷⁹ do *big data*.

Tem havido no mundo uma crescente compreensão diagnóstica de que a competição de fato não está a um clique de distância dos atuais mercados digitais⁸⁰. Mas no arco de perspectivas divergentes, há desde visões dogmáticas e avessas à intervenção em mercados por definição, até mesmo projeções já superadas em seu ceticismo pelo imperativo da realidade, dada a crescente concentração de base de dados e fontes geradoras de dados por pouquíssimos agentes.

⁷⁸ TOSTINES vende mais porque é fresquinho. Enio Mainardi Associados, 1984.

⁷⁹ SOKOL, D. D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. **University of Florida Levin College of Law**, v. 16, n. 40, p. 119-161, sep. 2016. p. 1137.

⁸⁰ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1338.

De outro giro, existe ainda alguma controvérsia quanto ao perímetro conceitual adotado para o *big data*, onde uma acepção mais restritiva a dados brutos seria empregada para afastar preocupações e apontar possíveis preocupações nos elos de síntese e utilização⁸¹.

Desse modo, pela corrente teórica e doutrinária à qual se filia a presente pesquisa, julga-se necessária uma criteriosa qualificação concorrencial e analítica do *big data* desenvolvida a seguir, abordando especialmente as barreiras concorrenciais de acesso a esse elemento nos diferentes elos da cadeia de valor.

O *big data* é considerado pela corrente majoritária como um “ativo econômico” não rival e não excludente, isto é, a coleta de dados por um agente não reduz em tese o estoque de dados disponível a sua obtenção por outrem⁸², ao mesmo tempo, ninguém pode ter teoricamente o acesso exclusivo aos dados, ao ponto de restringir ou impedir o acesso de quaisquer outros interessados aos dados gerados na rede⁸³.

Contudo, ainda que não haja limitações teóricas à reprodutibilidade de dados eletrônicos, isso não implica que eles mantenham o seu valor em diferentes condições de acesso ou momentos temporais de disponibilidade, o que pode conferir uma vantagem competitiva com características de exclusão⁸⁴. Nesse mesmo sentido, Inge Graef⁸⁵ reconhece que os dados não estão necessariamente acessíveis a todos os competidores. Pelo contrário, autoridades de concorrência de França e Alemanha⁸⁶ ponderam a existência de possibilidades concretas de condutas excludentes ou exploratórias baseadas no controle do acesso a dados.

E conforme a perspectiva pragmática oferecida pelo professor Victor Fernandes⁸⁷, no “mundo real” das investigações antitruste, a natureza não rival e não excludente dos dados só pode ser atestada no contexto de cada mercado.

Dito isso, de modo a realizar uma avaliação estruturada sobre as dificuldades e efetivas barreiras de acesso aos dados, propõe-se uma reflexão mais detida em cada um dos elos da

⁸¹ LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? **Competition Policy International**, dec. 2015.

⁸² GRAEF, I. Market definition and market power in data: The case of online platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, sep. 2015. p. 479.

⁸³ SOKOL, D. D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. **University of Florida Levin College of Law**, v. 16, n. 40, p. 119-161, sep. 2016. p. 1137.

⁸⁴ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 44-45.

⁸⁵ GRAEF, *op. cit.*, p. 501.

⁸⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition law and data**. Paris, Bonn: 2016. p. 37.

⁸⁷ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a. p. 269.

cadeia de valor, a coleta, o armazenamento, a síntese/análise e o uso do *big data*, alinhada à compreensão de Daniel Rubinfeld e Michal Gal⁸⁸.

2.3.1 Barreiras de acesso ao *big data*

2.3.1.1 *Barreiras na coleta*

Na dimensão da coleta, apesar de um argumento geralmente evocado sobre a natureza abundante e amplamente disponível de fontes geradoras de dados, essa é uma condição válida sob certas condições, para aqueles dados disponíveis ou de baixo custo de aquisição. No entanto, há várias situações de fontes não replicáveis, a exemplo de reações emocionais, que se mostram de grande dificuldade de reprodução e alto custo de duplicação⁸⁹. Os elevados custos fixos, os ganhos de escala, escopo e velocidade podem estabelecer uma escala mínima viável de operação no elo de coleta⁹⁰. O tempo é também exemplo de uma variável crítica, pois a depender das condições de acesso e da natureza do dado⁹¹, a redução do valor com o tempo pode impor a necessidade de atualização contínua das bases, elevando custos e dificuldades no esforço de coleta⁹².

Os efeitos de rede presentes em mercados digitais também criam uma barreira tecnológica substantiva na coleta. Há muito conhecidos da disciplina concorrencial, efeitos de rede ocorrem quando a percepção individual de benefício de um produto ou serviço é dependente da decisão de adesão de outros.

Dado que a condição de nova coleta depende da qualidade, da quantidade e da validade dos dados que já foram coletados, há uma inequívoca dificuldade de contestação por novos entrantes não detentores do mesmo portfólio de dados, dificultando uma ameaça crível de contestabilidade na coleta com a mesma qualidade de serviço⁹³. Esse ciclo de retorno (*user feedback loop*) ou efeito de rede em dados (*data-driven network effect*) compreende um processo circular de aumento de usuários fortalecido por uma capacidade crescente de coleta de dados, o que permite o serviço se tornar mais atraente a cada vez mais usuários e, por

⁸⁸ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 351.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 352-353.

⁹¹ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 44

⁹² GRAEF, I. Market definition and market power in data: The case of online platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, sep. 2015. p. 504.

⁹³ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 355.

consequência, os mercados baseados dependentes de *big data* acabam se tornando altamente propensos à dominação e à elevação dos custos de troca (*switching costs*), gerando o efeito de encarceramento dos usuários (*lock-in*)⁹⁴.

A coleta de dados como um subproduto de outra atividade produtiva pode também representar uma barreira de acesso considerável, especialmente para agentes não integrados, que podem depender do acesso ao *big data*, mas não se fazem presentes ou atuantes em outros elos onde ocorre a geração do dado disponível à coleta⁹⁵.

Em mercados de plataformas, as externalidades existentes entre os dois lados da intermediação também produzem efeitos de barreiras à coleta, na medida em que a qualidade do *big data* afeta de forma distinta cada um dos lados e isso se reproduz nos incentivos da quantidade e assertividade da coleta empreendida⁹⁶.

A regulação é também uma variável de análise relevante, na medida em que os quadros legais de privacidade e proteção de dados pessoais podem representar custos e barreiras importantes na coleta de dados, ainda que na legítima tutela da privacidade e da autodeterminação informativa⁹⁷.

Por fim, o aspecto das condutas pode também se configurar como imposição de barreiras à coleta, por exemplo, arranjos contratuais de compartilhamento ou acesso que prevejam exclusividade, preços de acesso⁹⁸, ofertas combinadas, discriminação ou mesmo a negativa de acesso a certa tipologia de dados⁹⁹.

2.3.1.2 Barreiras no armazenamento

Reconhecidamente, foi no elo do armazenamento que os desenvolvimentos tecnológicos reduziram de forma mais substantiva as barreiras, tanto em *hardware*, quanto em *software*. No entanto, barreiras de armazenamento ainda envolvem questões de padronização técnica ou

⁹⁴ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a, p. 117-118.

⁹⁵ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 356.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 359.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 360-361.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 363.

⁹⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition law and data**. Paris, Bonn: 2016. p. 17-20.

custos de troca e riscos de encarceramento¹⁰⁰, os marcos legais podem ainda oferecer alguns limitantes de conformidade e jurisdições territoriais associadas ao armazenamento.

2.3.1.3 Barreiras na síntese e análise

As barreiras presentes na coleta também se comunicam com as dificuldades de síntese e análise de dados. Assumindo que cada detentor organiza os dados de acordo com suas necessidades e preferências, essas escolhas podem criar barreiras ao tratamento de dados por outros. Na ausência de padronização no armazenamento, a utilização de dados brutos não estruturados ou seguindo padrões proprietários implica no comprometimento da capacidade analítica ou de síntese pelos concorrentes¹⁰¹.

2.3.1.4 Barreiras no uso

Como último elo da cadeia, o uso está associado a condição de efetivo emprego do dado em alguma atividade de valor. Por exemplo, ainda que observadas todas as condições de consentimento, um competidor pode ter a sua capacidade de alcançar consumidores prejudicada pela incompletude das informações recebidas de um incumbente, detentor e utilizador exclusivo de dados de localização. Limitações contratuais assumidas pelo coletor podem também estabelecer barreiras de utilização¹⁰².

Cumprida a exposição sobre como as barreiras de acesso ao *big data* se apresentam nos diferentes elos da cadeia de valor, argumenta-se que a atuação conglomerada com acesso a diferentes fontes de dados confere a seu detentor uma vantagem competitiva de difícil replicação, com potencial à configuração de poder de mercado¹⁰³.

No entanto, uma alavanca de poder baseada em dados guarda peculiaridades intrínsecas à indústria em que está inserida, as quais precisam ser consideradas na geração do valor potencial habilitado pela tecnologia¹⁰⁴.

Para a corrente investigação, elegeu-se a indústria do varejo como objeto de pesquisa. O segmento varejista sempre ofereceu características instigantes e atraentes para acadêmicos, a

¹⁰⁰ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017. p. 364-365.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 366.

¹⁰² *Ibid.*, p. 367-368.

¹⁰³ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1338.

¹⁰⁴ SANTORO, G. *et al.* Big data for business management in the retail industry. **Management Decision**, v. 57, n. 8, p. 1980-1992, 2019. p. 1981.

saber¹⁰⁵: (i) as suas dimensões; (ii) a sua natureza multifacetada e dinâmica; (iii) a possibilidade empírica de exploração de experiências de consumo; (iv) uma cobertura extensa por analistas de negócios e (v) boa disponibilidade de dados. De fato, embora não sejam características exclusivas da indústria, a presença combinada desses fatores faz do setor do varejo um ecossistema muito fértil para estudos e investigações.

Além disso, trata-se de atividade reconhecidamente intensiva em dados¹⁰⁶, podendo ser inclusive considerada “quase uma indústria de *big data* por definição”¹⁰⁷ (tradução nossa).

Por fim, na escolha desse segmento, pondera-se também que a tipologia de dados que gravitam cada indústria é determinante para a definição, viabilidade e possibilidade jurídica de remédios voltados ao acesso de dados.

Dessa forma, importa desenvolver a seguir sobre como a compreensão contemporânea do varejo se conecta com possíveis barreiras e vantagens competitivas baseadas em dados.

2.4 Quer pagar quanto?

Preliminarmente, adotando a definição acolhida por Juracy Parente e Edgard Barki, tem-se que “o varejo consiste em todas as atividades que englobam o processo de venda de produtos e serviços para atender à necessidade pessoal do consumidor final”¹⁰⁸. Dessa forma, na intermediação entre a produção e consumo finalístico, o varejista compreende o elo de contato mais próximo com o consumidor, ofertando diretamente a ele o produto ou o serviço.

Por essa proximidade com o consumo finalístico de bens e serviços, o varejo é indicativo do desempenho econômico de um país, em particular, funções objetivas de emprego, renda, crédito e confiança para consumo¹⁰⁹. Nesse sentido, para entender o varejo, é fundamental uma avaliação contextual.

No caso brasileiro, a trajetória acaba sendo contada entre crises e por ciclos econômicos recentes e conforme a delimitação de períodos proposta por Alberto Serrentino¹¹⁰: Pré-

¹⁰⁵ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 4.

¹⁰⁶ EUROPEAN COMMISSION. **Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-)usability and access to data, and liability**. Brussels: EU, 2018.

¹⁰⁷ DEKIMPE, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸ PARENTE, J.; BARKI, E. **Varejo no Brasil: gestão e estratégia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1.

¹⁰⁹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **O papel do varejo na economia brasileira**. São Paulo: SBVC, 2022. p. 28.

¹¹⁰ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil: reflexões estratégicas**. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016.

Abertura/Real (até 1993); Pós-Real (1994-2002); *Boom* de Consumo (2003/2012), Maturidade e Produtividade (a partir de 2013).

Até o início dos anos 1990, o varejo brasileiro era muito restrito e, dadas as condições inflacionárias e monetárias endêmicas do período, o segmento operava de forma disfuncional, o que prejudica qualquer comparação com os mercados internacionais mais maduros. A partir da abertura econômica e do controle inflacionário no início da década (Plano Real), o Brasil passou a receber de forma mais estruturada operações internacionais e integrar efetivamente as cadeias globais de consumo¹¹¹.

Nesse mesmo período, tem início também um longo processo de consolidações no setor¹¹², sendo essa uma característica marcante e duradoura na história da indústria.

Mas foi de 2003 a 2012 que o varejo brasileiro experimentou a “década mágica” de consumo¹¹³. O ambiente externo favorável de expansão econômica, um ciclo de valorização de produtos primários (*commodities*), aliados a políticas públicas internas de distribuição da renda e a valorização real dos salários permitiram a ampliação do crédito e da confiança, fazendo surgir uma “classe média emergente”¹¹⁴ a adquirir bens de consumo de massa e bens duráveis.

Ainda que ao custo da tomada de crédito e do endividamento das famílias, a euforia desse “*Boom* de Consumo”¹¹⁵ se fez reflexa inclusive nos meios de publicidade e propaganda. São justamente desse período as inserções publicitárias icônicas do tipo “o gerente ficou maluco” ou “cobrimos qualquer oferta”¹¹⁶, perfazendo a ideia de um varejista aliado aos interesses do consumidor, na barganha pelos melhores condições de preço junto aos fabricantes e fornecedores.

A partir de 2013, com uma certa maturidade¹¹⁷ da inserção brasileira nas cadeias globais do consumo varejista, a matriz econômica pautada pelo consumo interno de massa passou a dar sinais de esgotamento. Iniciou-se um ciclo de desaceleração econômica, que redundou em uma crise de grandes proporções no biênio 2015/2016. Para o varejo, essa conjuntura representou uma agenda de eficiência operacional, conservadorismo na alocação de recursos, aversão a riscos e retração de novos empreendimentos.

¹¹¹ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil**: reflexões estratégicas. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016. local. 252-288.

¹¹² *Ibid.*, local. 359.

¹¹³ *Ibid.*, local. 379.

¹¹⁴ *Ibid.*, local. 402-418.

¹¹⁵ *Ibid.*, local. 425-439.

¹¹⁶ COMIN, A. Publicidade institucional volta a ganhar fôlego. **Meio&mensagem**, 14 mar. 2005.

¹¹⁷ SERRENTINO, *op. cit.*, 562-624.

Mais recentemente, o varejo foi obviamente afetado pela crise de emergência sanitária produzida pela COVID-19, com efeitos profundos e duradouros para todas as sociedades. Hoje, com os países ainda se recuperando dos efeitos sanitários, sociais e econômicos gerados pela pandemia, as cadeias globais de suprimentos são frequente pressionadas por escaladas de tensões geopolíticas. Além da lamentável tragédia humanitária que representam, esses conflitos ainda atentam contra a estabilidade do comércio internacional e o funcionamento de cadeias globais interconectadas.

Contudo, mesmo em contextos de conjunturas econômicas adversas ou de alguma perturbação setorial específica, isso não deve significar a ausência de uma reflexão concorrencial ou o afastamento de políticas públicas de defesa e promoção da competição. Pelo contrário, conforme adverte a OCDE¹¹⁸, em momentos de crise, as autoridades da concorrência têm ainda um papel fundamental na concepção de estratégias de recuperação econômica, inclusive na compreensão de novas configurações das cadeias produtivas, dos fluxos de recursos e capitais.

No caso do varejo, uma indústria já habituada a uma condição informacional singular, dada a proximidade com o consumidor e a percepção de mudanças em seus padrões de vida e consumo^{119, 120}, o setor vem passando por um acelerado processo de transformação digital, com substantivo aumento da capacidade informacional e poder de influenciar os demais agentes da cadeia produtiva.

Assim, quando essas duas trajetórias se cruzam, ou seja, quando a condição industrial do varejo converge com um dos poucos setores que prosperaram durante a última crise pandêmica (as plataformas digitais)¹²¹, as autoridades de concorrência são demandas a uma visão mais ampla e integrada da nova configuração industrial, de modo a assegurar que o advento da tecnologia seja apropriado por toda a sociedade e não apenas por grupos de interesse específicos¹²².

A seguir, um desenvolvimento mais detido sobre o encontro do antitruste varejista com a transformação digital dessa indústria.

¹¹⁸ GURRÍA, A. Competition policy in the time of COVID-19. *In: Organisation for Economic Co-Operation and Development. Competition policy in times of crisis: Supplement to competition policy in Eastern Europe and Central Asia.* OECD: Budapest, 2020. p. 3.

¹¹⁹ LOVELESS, J. Four retail trends and predictions to watch for in 2023. *Forbes*, feb. 2023.

¹²⁰ NIELSEN CONSUMER LLC. **NIQ 2023 consumer outlook: roadmap to growth in disruptive times.** 2023.

¹²¹ GURRÍA, *op. cit.*, p. 4.

¹²² *Ibid.*, p. 10-11.

2.5 O corredor de produtos antitruste e a virtualização das gôndolas

No varejo, a longa tradição do setor em dispor de dados em painel, o grande volume de registros transacionais e, agora, as possibilidades de combinação dessas informações com outras métricas (interações em mídias sociais, dados e leituras de sensores) são fatores que posicionam os varejistas em uma condição única de apropriação dos benefícios oferecidos pelo *big data*¹²³.

A partir de uma condição relacional própria do consumo, a ampliação das possibilidades de contato e proximidade com o cliente permite aos varejistas ocuparem um espaço cada vez mais ativo nas cadeias produtivas, assumindo um protagonismo na identificação de necessidades do cliente¹²⁴. O varejista contemporâneo tem sido desafiado a uma visão holística do consumidor, conformando um entendimento pleno do seu estilo de vida, seus desejos e necessidades¹²⁵. Alavancado em seu principal trunfo, a confiança depositada no relacionamento, no atual contexto de crescente complexidade das relações de consumo, o varejista se converte em um editor de ofertas, com poderes para decodificar, selecionar, coordenar e apresentar produtos e serviços ao consumidor¹²⁶.

Apesar da alternância entre ciclos de expansão e crise, retração e recuperação econômica, o varejo é segmento de grande relevância econômica em todo o mundo, uma indústria de destacadas proporções, com participação substantiva na matriz econômica de praticamente todos os países.

Muitos varejistas estão entre as maiores corporações do mundo¹²⁷. Na União Europeia, as cadeias de distribuição do varejo e do atacado compreendem 20% de todas as empresas registradas no bloco e 13% de do mercado de trabalho¹²⁸. No Brasil, estima-se¹²⁹ que as vendas de varejo alcançaram quase R\$ 2 trilhões em 2021, o equivalente a 22,9% do PIB brasileiro. Quanto à força de trabalho, o varejo e atacado de mercadorias somaram no mesmo ano 9,59 milhões de trabalhadores, isto é, 23% da mão de obra.

¹²³ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 5.

¹²⁴ PARENTE, J.; BARKI, E. **Varejo no Brasil: gestão e estratégia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 1.

¹²⁵ NATIONAL RETAIL FEDERATION. **3 takeaways from NRF 2023: retail's big show**. NRF, 2023.

¹²⁶ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil: reflexões estratégicas**. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016. local. 187.

¹²⁷ DEKIMPE, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁸ MCKINSEY COMPANY. **Transforming the EU retail & wholesale sector**. 2022a.

¹²⁹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **300 maiores empresas do varejo brasileiro**. 8 ed. São Paulo: SBVC, 2022. p. 18.

A norte-americana Walmart é atualmente a maior empresa de varejo do mundo, seguida pela gigante de tecnologia e nascida dos mercados digitais Amazon, e, posteriormente, por dois grupos germânicos, Schwarz Group e Aldi¹³⁰. No ranking brasileiro, a força supermercadista também se faz presente, quatro dos dez maiores varejistas brasileiros são supermercados/atacadistas¹³¹.

Além dessa inquestionável relevância econômica, o segmento varejista é também interessante por consubstanciar um elo de conexão para um sistema com múltiplos agentes, entre consumidores, fornecedores e investidores. O setor está ainda em um momento de profunda transformação, provocada especialmente pela transformação digital, o que faz desse segmento um curioso objeto de pesquisa, com vistas à compreensão dos fenômenos em curso¹³².

Apesar dessa instigante sofisticação mercadológica, cabe destacar que as lentes mais tradicionais do antitruste reduzem o papel do varejista a visões apriorísticas de neutralidade ou mesmo de alinhamento automático com os interesses dos consumidores.

Nesse sentido, é fundamental o alerta crítico da professora Amanda Athayde¹³³, inclusive quanto à nomenclatura adotada nas análises. De fato, é interessante perceber como a teoria tradicional adotava para o poder de barganha do varejo a designação de poder compensatório (*countervailing power*), ou seja, aquela força contraposta e resistente ao poder de venda exercido pelos fornecedores. Por essa compreensão supostamente benevolente ou desprovida de outros interesses, as melhores condições obtidas da negociação com fornecedores seriam integralmente repassadas aos consumidores finais.

Apesar de questões concorrenciais poderem surgir tanto em iniciativas de venda quanto nas ações de compra, muitos das investigações concorrenciais de revelo no mundo se ocuparam de fato apenas da apreciação das condutas das ofertantes, ofuscando questões importantes quanto ao comportamento dos compradores¹³⁴.

Essa visão tem se alterado com uma nova abordagem analítica do antitruste, capaz de evidenciar o poder detido por agentes do elo varejista¹³⁵. Sendo os supermercados o recorte

¹³⁰ KANTAR. **A look at the 2023 top 50 global retailers**. 2023.

¹³¹ SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **300 maiores empresas do varejo brasileiro**. 8 ed. São Paulo: SBVC, 2022. p. 46.

¹³² DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 4.

¹³³ ATHAYDE, A. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017. p. 35-38.

¹³⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Remedies and commitments in abuse cases**. Roundtable background note. Paris: OECD, 2022. p. 6,35.

¹³⁵ ATHAYDE, *op. cit.*, p. 84.

mais proeminente para o varejo, a contribuição acadêmica da professora Amanda Athayde¹³⁶ ofereceu uma oportunidade de modernização do antitruste setorial, empregando a teoria de plataformas de dois lados na caracterização do poder de mercado supermercadista, reflexo em sua capacidade e incentivos a explorar as externalidades, em seu proveito material.

Partindo dessa compreensão moderna, que transcende a visão compensatória ou de mera transferência de ganhos, argumenta-se que a acelerada digitalização do varejo tem o condão de catalisar essas alavancas de poder detidas em um regime de plataforma.

O comércio eletrônico, na acepção de transações comerciais de bens e serviços (físicos ou digitais) intermediadas por plataformas digitais¹³⁷, tem sido o elemento impulsionador do crescimento da indústria¹³⁸ nos últimos anos¹³⁹. As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) se converteram em infraestrutura básica de transações de consumo, de modo que muitos empreendimentos tiveram que acelerar sua digitalização e presença em canais digitais, especialmente a partir dos regimes sanitários excepcionais de distanciamento social provocados pela pandemia da COVID-19¹⁴⁰.

No Estados Unidos, a participação do comércio eletrônico nas vendas supermercadistas partiu de tímidos 4%, em dezembro de 2019, para projetar em 2030 uma parcela de 25% do total de vendas¹⁴¹. Na Europa, o comércio eletrônico representa hoje algo como 15% do total de vendas, mas com expectativas de atingir 30% do volume total de transações até 2030¹⁴². No Reino Unido, possivelmente o mercados mais desenvolvido nesse quesito, projeta-se que em 2030 o supermercado digital já será o principal meio de transações¹⁴³.

No Brasil, a participação do comércio eletrônico partiu de 3% há uma década, para 10% do total de vendas do varejo hoje¹⁴⁴. Dos 300 maiores varejistas atuais, 225 (75%) já realizam

¹³⁶ ATHAYDE, A. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017. p. 84.

¹³⁷ THORSTENSEN, V.; MASCARENHAS, F.; DE PAOLA, G. **E-commerce in Brazil**: Where we are in terms of regulatory practices. Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 2019. Working Paper 510 – CGI n. 15. p. 5.

¹³⁸ MCKINSEY COMPANY. **Transforming the EU retail & wholesale sector**. 2022a. p. 36.

¹³⁹ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil**: reflexões estratégicas. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016. local. 2031.

¹⁴⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. **E-commerce, trade and the COVID-19 pandemic**. Information note, may. 2020.

¹⁴¹ MCKINSEY COMPANY. **The state of grocery retail around the world**. Retail practice. 2022b. p. 2.

¹⁴² *Id.* **Sustainability, digitalization and skills**: Transforming the EU retail & wholesale sector. 2022c. p. 35.

¹⁴³ MCKINSEY COMPANY, *op. cit.* 2022b. p. 4.

¹⁴⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. **Números do e-commerce**. 2022.

vendas em canais digitais¹⁴⁵. No ano de 2021, 88 milhões de brasileiros fizeram compras virtuais, dos quais, 25 milhões o fizeram pela primeira vez¹⁴⁶.

Diante desse quadro de transformação digital da indústria, ganha destaque a capacidade analítica do *big data* como uma importante alavanca de poder informacional, revestida das capacidades de customização das ofertas e personalização das experiências de consumo¹⁴⁷.

Interessa evidenciar como esse novo campo se reveste de várias questões jurídicas interessantes, as quais dialogam com as interfaces de tutela consumerista e preservação da privacidade dos indivíduos. Nesse sentido, há crescentes diálogos sobre os vasos comunicantes existentes entre a proteção de dados, a defesa das relações de consumo e a livre concorrência e como essas disciplinas podem convergir na promoção do bem-estar dos consumidores¹⁴⁸.

Com o fito de promover reflexões concorrenciais sistêmicas do *big data* em mercados digitais do varejo, recorre-se à chave analítica desse fenômeno em três perspectivas, as lentes dos microssistemas jurídicos do consumo, da privacidade e da concorrência¹⁴⁹. O próximo capítulo ocupa-se então de desdobrar essas dimensões, explorando os tensionamentos e as possibilidades de conciliação dessas perspectivas para as plataformas digitais do varejo.

¹⁴⁵ SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **O papel do varejo na economia brasileira**. São Paulo: SBVC, 2022. p. 46,148.

¹⁴⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS. Ranking ABRAS 2022. **SuperHiper**, São Paulo, n. 547, maio 2022. p. 32.

¹⁴⁷ MCKINSEY COMPANY. **Transforming the EU retail & wholesale sector**. 2022a. p. 34,38.

¹⁴⁸ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a. p. 190.

¹⁴⁹ PEREIRA NETO, C. M. da S.; RENZETTI, B. P. Big data entre três microssistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. *In*: PEREIRA NETO, C. M. da S (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 84-118.

3 CONSUMO, PRIVACIDADE E CONCORRÊNCIA NO VAREJO DIGITAL

Em 2002, na gigante varejista norte-americana Target, um estatístico recém-contratado pela empresa teria recebido do departamento de marketing o seguinte desafio: “Seus computadores conseguem descobrir quais clientes estão grávidas, mesmo se elas não quiserem que a gente saiba?”¹⁵⁰.

Que se abstraia por um momento a violência representada por essa suposta tentativa de intromissão na vida privada e se analise esse relato apenas pelo prisma dos profissionais de marketing. A partir dessa racionalidade isolada, tem-se que pais e mães de recém-nascidos são um público-alvo muito atraente e rentável para o consumo. Além do volume e da diversidade de novos produtos adquiridos nessa fase, marcada por alta carga emocional e grandes transformações, há uma baixa elasticidade a oscilações de preço e, portanto, uma alta propensão ao gasto. Com a criação de novos hábitos, surgem oportunidades únicas de fidelização, novas associações cognitivas, estratégias de sortimento e conveniência de produtos (*one-stop shopping*)¹⁵¹.

Com esse objetivo, relata-se¹⁵² que a Target teria desenvolvido um algoritmo dedutivo da fertilidade de suas clientes, formulado a partir de experiências com grupos focais e técnicas estatísticas sobre a base de dados dos programas de fidelidade. O modelo seria capaz de correlacionar um conjunto muito singular de produtos geralmente demandados no início de uma gestação, para então identificar a repetição desse padrão e fornecer probabilidades de que, a partir de suas escolhas, uma consumidora estivesse de fato nos primeiros meses de gestação.

Geralmente, os registros¹⁵³⁻¹⁵⁴ desse experimento se fazem acompanhar de um relato absolutamente dramático, a visita de um cliente transtornado a uma filial da Target, ofendido com o envio de cupons promocionais de descontos em berços e roupinhas para bebês para sua filha ainda adolescente. Essas menções ainda oferecem uma dose adicional de drama, com o que seria o contato posterior do gerente local da Target pare se retratar com o cliente aborrecido. O funcionário da varejista ficaria então surpreso com o reconhecimento do resignado pai (e

¹⁵⁰ DUHIGG, C. **O poder do hábito**: porque fazemos o que fazemos na vida e nos negócios. Tradução: Rafael Mantovani. São Paulo: Objetiva, 2012a. p. 225.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ DUHIGG, C. How companies learn your secrets. **The New York Times Magazine**, New York, 16 fev. 2012b. Shopping habits.

¹⁵⁴ HILL, K. How Target figured out a teen girl was pregnant before her father did. **Forbes**, 16 fev. 2012.

futuro avô) de que o algoritmo da varejista teria de fato antecipado a chegada de um novo membro da família, informação negligenciada por todos os integrantes da família.

Apesar dessa narrativa figurar em diversas fontes, entre artigos de negócios e periódicos de grande porte, há que se ter algum ceticismo científico na avaliação do relato e na procedência desses eventos. É bem possível que sob os padrões contemporâneos de checagem de fatos e relatos, esse episódio tivesse sido submetido a um escrutínio mais criterioso e não alcançasse a mesma repercussão.

Ainda que tenha havido de fato algum consumidor desconfortável com a importunação gerada por cupons de produtos para gestantes, no juízo crítico donexo de causalidade entre os eventos e a acurácia do suposto modelo preditivo da Target, há um universo de alternativas plausíveis. Desde um simples erro na customização e remessa de cupons, capaz de gerar um positivo accidental, até uma ação geral e não direcionada, que alcançaria nos grandes números algum resultado positivo¹⁵⁵. No entanto, o que soa mais inverossímil do relato é a adoção de uma estratégia de marketing tão explícita ao ponto de o próprio consumidor perceber a capacidade de conhecimento do varejista sobre a sua intimidade, em especial, uma condição tão privada quanto essa.

Ainda que essa narrativa seja recebida na moldura anedótica e, possivelmente, uma mera estratégia de marketing de seus autores, emprega-se esse relato com o fito de evidenciar o desejo informacional e preditivo de grandes varejistas, consubstanciado na reverberação dessa narrativa, possivelmente, uma história fantástica a ocupar o campo do imaginário e da contação de histórias.

No entanto, é irônico perceber que esse “sonho dourado” dos profissionais do marketing em predizer eventos de natalidade tem se tornado com o advento da tecnologia algo cada vez mais trivial. Explica-se.

Com a popularização dos dispositivos vestíveis de pulso, monitores de bem-estar (*fitbands*) ou relógios inteligentes (*smartwatches*), tem-se agregado ao vestuário e à proximidade com o corpo equipamentos de sofisticada microeletrônica, um sensoriamento biológico de altíssima capacidade de processamento. Apesar da singela aparência e da miniaturização desses dispositivos, esses “acessórios” são fontes absolutamente potentes de coleta de dados corporais medidos (passos, ritmo cardíaco, temperatura, capacidade aeróbica

¹⁵⁵ HARFORD, T. Big data: are we making a big mistake? **FT Magazine**, London, 28 mar. 2018.

etc.) e de combinação desses com dados corporais inseridos manualmente (altura, massa, ciclos hormonais, atividades físicas etc.)^{156, 157}.

Assim, reconhecendo o largo espectro de dados corporais medidos por esses dispositivos e ponderando a intimidade de dados alimentados pelos próprios usuários (sexuais inclusive)¹⁵⁸, a predição de natalidade pode ser hoje reduzida a uma lógica trivial de combinação da probabilidade de eventos e informações biológicas, amplamente disponíveis aos detentores de dados. Na dimensão jurídica e comercial, uma vez vencidas as questões de consentimento de legislações protetivas de dados pessoais, o acesso a uma condição informacional de altíssimo grau de intimidade e reserva como essa acaba se reduzindo a custos de transação entre a posse conglomerada de dados ou o acesso assegurado por contrato.

Trata-se de algo menos anedótico do que uma inferência baseada em vitaminas e loções hidratantes, porém, assustadoramente factível. Muito embora esta seja uma pesquisa vocacionada à dimensão concorrencial, buscou-se com essa exposição uma ilustração da necessidade de um tratamento jurídico sistêmico e integrado das várias questões de direito produzidas pelo novel tecnológico do *big data*.

Ainda que partindo de lentes competitivas, pretende-se argumentar que as disciplinas jurídicas afetadas não são capazes de tratar isoladamente os desafios oferecidos. A seguir, serão explorados o desenvolvimento e a interdependência dos microssistemas do consumo, da privacidade e da concorrência.

3.1 Aspectos comportamentais, tecnologias preditivas e o consumidor de vidro

Além do relatado episódio imputado à Target, não faltaram em periódicos de negócios manchetes entusiasmadas projetando o varejo “um dos mercados mais quentes para a análise de *big data*”, e anúncios de que essa tecnologia seria “especialmente promissora e diferenciada para varejistas”, um momento “divisor de águas completo no setor”¹⁵⁹.

Na dimensão quantitativa, chegou-se a projetar o aumento das margens operacionais dos varejistas em impressionantes 60%, com ganhos de produtividade anuais de todo o setor

¹⁵⁶ GOOGLE. **Fitbit metrics and features policy**, jun. 2023.

¹⁵⁷ GARMIN. **Heart rate monitoring**, jul. 2023.

¹⁵⁸ HILL, K. Fitbit moves quickly after users' sex stats exposed. **Forbes**, jul. 2011.

¹⁵⁹ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 3.

em até 1%¹⁶⁰, haja vista o “salto quântico” propiciado por tecnologias preditivas de *big data* na compreensão dos processo de compra¹⁶¹.

Parece justo conectar todo esse entusiasmo com um movimento maior de narrativas tecnológicas associadas à chamada 4ª Revolução Industrial ou Indústria 4.0¹⁶². Na visão de alguns autores¹⁶³, na medida em que o varejo se apropriasse desse instrumental tecnológico de Inteligência Artificial, Internet das Coisas, Computação em Nuvem, *Big Data*, Realidade Aumentada e Realidade Virtual, a indústria se converteria então ao “Varejo 4.0”.

Esse novo “Varejo 4.0” seria capaz de realizar então várias promessas de personalização do consumo, com experiências sensoriais cada vez mais imersivas e centradas no consumidor¹⁶⁴, reduzindo a fricção no relacionamento com experiências transparentes entre os diferentes canais¹⁶⁵. A partir de avanços inéditos na compreensão do comportamento e das preferências do cliente¹⁶⁶, seria possível alcançar uma condição plena de satisfação, com fidelidade e retenção dos consumidores¹⁶⁷, tudo isso com flexibilidade, escalabilidade e mobilidade¹⁶⁸, além de notórios ganhos de eficiência operacional¹⁶⁹.

Superando algum possível deslumbre com a tecnologia e a euforia de projeções mais exageradas¹⁷⁰, os estudos acadêmicos mais comedidos têm tratado com sobriedade sobre as efetivas oportunidades de geração de valor com o *big data* no varejo e como elas se conectam com as transformações comportamentais em curso.

Apesar da sensibilidade jurídica desses elementos de visibilidade comportamental da heurística do consumo, essa dimensão é por vezes negligenciada por lentes puramente tecnológicas e “desumanizadoras”. A tendência ao individualismo tem se tornado uma característica cada vez mais pronunciada na sociedade contemporânea. Autores¹⁷¹ chegam a conferir a esse movimento uma compreensão sociológica maior, uma racionalidade econômica

¹⁶⁰ MCKINSEY COMPANY. **Big data**: The next frontier for innovation, competition, and productivity. McKinsey, 2011. p. 8.

¹⁶¹ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 3.

¹⁶² SCHWAB, K. **The fourth industrial revolution**. New York: Crown, 2017.

¹⁶³ HAR, L. L. *et al.* Revolution of retail industry: From perspective of retail 1.0 to 4.0. **Procedia Computer Science**, v. 200, p. 1615-1625, 2022.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 1620.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 1617.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 1619.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1619.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1620.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 1620.

¹⁷⁰ DEKIMPE, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷¹ DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

e mercantil que se estende das relações sociais a todas as esferas da vida, um processo sistemático de erosão do senso de coletividade em favor do surgimento de formas de existência absolutamente insuladas e, ilusoriamente, autodeterminadas.

Na dimensão publicitária, esse movimento também se manifesta como uma explosão dos meios de comunicação e mídia disponíveis, com uma pulverização de canais de comunicação e abordagens progressivamente segmentadas¹⁷². No consumo e no marketing, essa tendência se pronuncia como um anseio dos consumidores serem reconhecidos individualmente e expressarem suas subjetividades em experiências de compras customizadas¹⁷³.

Com o advento da digitalização, as comodidades e facilidades propiciadas pela tecnologia nas relações de consumo¹⁷⁴, o consumidor contemporâneo se encontra permanentemente conectado, acessando continuamente informações e transitando entre os múltiplos ambientes de compra, com experiências multicanais (*omnichannel*)¹⁷⁵. Esse consumidor habituado a transacionar entre os múltiplos canais vai se tornando progressivamente menos tolerante a fricções, barreiras ou obstáculos na relação com marcas, produtos e lojas e, desse modo, passa a privilegiar experiências mais simples e de baixo grau de atrito na relação de consumo¹⁷⁶.

Nesse sentido, são justamente as tecnologias de *big data* a estrutura habilitadora do encontro entre uma **demanda** crescente pelo reconhecimento de individualidades e a possibilidade efetiva de **oferta** direcionadas e customizadas.

De fato, a proximidade de contato com o consumidor e o encontro com as suas necessidades sempre foram um trunfo valioso à indústria do varejo, em se tratando de uma relação preferencialmente de longo prazo, lastreada na percepção de valores de segurança e confiança. Por essa perspectiva relacional, há aqueles que posicionam o *big data* como uma inovação incremental, uma evolução natural de técnicas de avaliação comportamental já presentes há muito em programas de relacionamento e fidelidade¹⁷⁷.

¹⁷² EVANS, M. The data-informed marketing model and its social responsibility. In: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p. 101.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 102.

¹⁷⁴ NATIONAL RETAIL FEDERATION. **3 takeaways from NRF 2023: retail's big show**. NRF, 2023.

¹⁷⁵ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil: reflexões estratégicas**. 2 ed. São Paulo: [s. n.], 2016. local. 2035.

¹⁷⁶ *Ibid.*, local. 1516.

¹⁷⁷ FISHER, M.; RAMAN, A. Using data and big data in retailing. **Production and Operations Management Society**, v. 27, n. 9, p. 1665-1669, set. 2018. p. 1666.

Mas a transformação digital tem permitido à indústria varejista virtualizar essa condição de contato e, superando a distância geográfica, ampliar a sua atuação para além dos limites dos pontos de venda físicos. Em face desse movimento, o conhecimento intimista do consumidor, que era no passado obtido apenas por contatos interpessoais, está sendo digitalizado em larga escala, ampliado por bases de dados estruturadas e correlacionadas a diversas fontes geradoras de dados¹⁷⁸.

Além do surgimento de operadores exclusivamente virtuais, os varejistas tradicionais têm experimentado uma condição híbrida de posicionamento, habilitando a coexistência de vários formatos de canais¹⁷⁹, com a ressignificação dos pontos de vendas¹⁸⁰ e a concepção de modelos híbridos entre o físico e o virtual, a solução que alguns denominam “*phygital*”¹⁸¹.

Projeta-se o desenvolvimento de modelos de demanda cada vez mais robustos, capazes de perceber com rapidez as mudanças nos padrões de consumo e colaborar com diversas etapas da cadeia de valor, a exemplo do sortimento de produtos e da parametrização objetiva de atributos de comparação e substitutibilidade entre produtos¹⁸².

Em esforço acadêmico de organizar a taxonomia dos dados passíveis de tratamento no varejo digital, o pesquisador Martin Evans¹⁸³ oferece uma visão em **camadas**. Os **dados transacionais** correspondem à coleta estruturada de dados gerados com operações de venda de produtos, podendo agregar a essa operação dispositivos inteligentes e funcionalidades de rastreamento para análises, identificação de padrões, tomadas de decisão ou sugestões¹⁸⁴.

Os **dados de perfil** compõem referências demográficas e geoeconômicas produzidas por órgãos oficiais de estatísticas e, a partir delas, fazer inferências e associações com o estilo de vida e os perfis de consumo dos clientes¹⁸⁵. **Ações promocionais** e alianças estratégicas de **compartilhamento de bases** podem ser opções de coleta e obtenção de mais informações¹⁸⁶.

¹⁷⁸ EVANS, M. The data-informed marketing model and its social responsibility. In: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p. 103.

¹⁷⁹ MCKINSEY COMPANY. **Transforming the EU retail & wholesale sector**. 2022. p. 36.

¹⁸⁰ SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil: reflexões estratégicas**. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016. local. 1470.

¹⁸¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS. Ranking ABRAS 2022. **SuperHiper**, São Paulo, n. 547, maio 2022. p. 35.

¹⁸² FISHER; RAMAN, *op. cit.*, p. 1666.

¹⁸³ EVANS, *op. cit.*

¹⁸⁴ *Ibid.*, p 104-105.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 106-107.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 108-109.

Por sua relevância concorrencial e interesse particular para a pesquisa, as **formas de compartilhamento**, objeto da pesquisa, serão exploradas de forma mais detida em outra seção, inclusive as práticas de “raspagem” de conteúdo em endereços eletrônicos de concorrentes¹⁸⁷.

O **rastreamento** compreende a adoção integrada de soluções tecnológicas de maior riqueza na coleta de dados sobre a experiência física e virtual do consumo, as tecnologias mais populares se utilizam de posicionamento global por satélite (GPS) e soluções de etiquetas inteligentes e identificação por radiofrequência (RFID)¹⁸⁸.

As **pesquisas de mercado** tradicionais seguem representando fontes valiosa de informação qualitativa, a **neurolinguística** trata da caracterização das várias formas diferentes de tratamento e entendimento das informações, fornecendo percepções importantes quanto ao tratamento direcionado de consumidores¹⁸⁹. Até mesmo aspectos **genéticos** podem ser considerados, enquanto eventos biológicos mais prováveis, ao passo que aspectos **miméticos** podem ser elementos de influência por imitação ou comportamentos sugestionáveis¹⁹⁰.

Por outra perspectiva, tem-se a visão oferecida por Bradlow *et al*¹⁹¹ sustentada em **cinco dimensões informacionais**, conforme ilustrado na Figura 2 - Dimensões do *big data* no varejo.

Na dimensão individualizada do **consumidor**, tem-se como ponto de partida as informações contidas em programas de fidelidade. Mas a combinação desses dados com outras fontes de dados e tecnologias de rastreamento permite uma análise granular e individualizada, apta à correlação entre perfis de consumo e informações de visitação física e virtual, até mesmo o engajamento com os conteúdos gerados pelo próprio consumidor¹⁹².

Na perspectiva do **produto**, projeta-se a expansão da codificação e de informações descritivas estruturadas para uma condição mais inteligente e rastreável¹⁹³. Sobre o **tempo**, ao passo em que as análises do varejo historicamente agregavam informações com a frequência

¹⁸⁷ FISHER, M.; RAMAN, A. Using data and big data in retailing. **Production and Operations Management Society**, v. 27, n. 9, p. 1665-1669, set. 2018. p. 1667.

¹⁸⁸ EVANS, M. The data-informed marketing model and its social responsibility. In: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p 111.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 112-113.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹¹ BRADLOW, E. *et al*. The role of big data and predictive analytics in retailing. **Journal of Retailing Elsevier**, v. 93, n. 1, p. 79-95, 2017. p. 80.

¹⁹² *Ibid.*, p. 80.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 81.

mensal ou semanal, o *big data* acrescenta dinamismo e, no limite, possibilidades de medição contínua e em tempo real do comportamento do consumidor¹⁹⁴.

Figura 2 - Dimensões do *big data* no varejo



Fonte: Bradlow *et al.* (2017)

A capacidade de se utilizar a **localização** espacial do consumidor habilita um novo campo de avaliação da eficácia de ações de marketing¹⁹⁵, a partir da capacidade de aferição em tempo real do engajamento em estratégias de sortimento e ações promocionais no espaço. Com a **diversidade de canais**, a abertura da jornada do consumidor para vários pontos de contato potencializa as capacidades informacionais e habilita a comparação de performance entre esses ambientes¹⁹⁶.

Com todo esse volume informacional, tem-se a possibilidade muito crível e pragmática de geração acurada de inferências, inclusive eliminando distorções ou os vieses presentes em pesquisas, a exemplo do viés da desejabilidade social, composto pelas tentativas de transmitir uma boa imagem ou obter a aprovação de entrevistadores no fornecimento de “respostas corretas” ou socialmente aceitas¹⁹⁷.

¹⁹⁴ BRADLOW, E. *et al.* The role of big data and predictive analytics in retailing. **Journal of Retailing Elsevier**, v. 93, n. 1, p. 79-95, 2017. p. 81.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 81.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 81.

¹⁹⁷ STEPHENS-DAVIDOWITZ, S. **Todo mundo mente**: o que a Internet e os dados dizem sobre quem realmente somos. Tradução: Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. p. 81.

Dito isso, passa-se a argumentar que o fenômeno do *big data* no varejo já superou a fase do encantamento corporativo com os fascínios da proposta e tem ganhado experiências robustas de adoção dessa tecnologia. Além daqueles episódios de maior relevo e repercussão internacional, que serão apreciados de forma mais detida nos capítulos 4 e 5, há também diagnósticos mais gerais merecedores de registro.

Em entrevista realizada ainda em 2013 com 1.144 profissionais de negócios em Tecnologias da Informação de 95 países, apurou-se que 62% dos varejistas já reconheciam naquele momento o uso do *big data* como uma alavanca estratégica à criação de vantagens competitivas¹⁹⁸.

Em 2019, uma pesquisa acadêmica promovida no mercado de varejo da Itália¹⁹⁹ revelou o uso crescente do *big data* no suporte às estratégias de diferenciação de ofertas, na segmentação do mercado de consumo, no mapeamento de necessidades, das preferências e atitudes, permitindo efetivamente aos principais varejistas anteciparem tendências de consumo.

E não se trata de uma transformação restrita às economias desenvolvidas. Na África do Sul, investigação realizada em 2015²⁰⁰ já evidenciava interesse dos varejistas nas plataformas analíticas do *big data*, apesar de desafios próprios do país quanto à disponibilidade de competências técnicas e recursos materiais necessários à adoção da tecnologia. Por sua vez, estudo promovido na Jordânia²⁰¹ também sustentou haver uma associação significativa entre a adoção de *big data* e o desempenho de empresas varejistas.

Em síntese, buscou-se evidenciar como a possibilidade de combinação das tecnologias de *big data* com teorias comportamentais e com técnicas preditivas correlacionais têm oferecido uma condição singular de desenvolvimento para a inteligência do negócio varejista²⁰², privilegiando a objetividade de análises de dados, em detrimento da intuição e da experiência empírica humana no processo de tomada de decisões²⁰³.

¹⁹⁸ MERCIER, K.; RICHARDS, R.; SHOCKLEY, R. **Analytics**: The real-world use of big data in retail. Executive Report. Somers: IBM, 2013. p. 2.

¹⁹⁹ SANTORO, G. *et al.* Big data for business management in the retail industry. **Management Decision**, v. 57, n. 8, p. 1980-1992, 2019. p. 1983.

²⁰⁰ RIDGE, M.; JOHNSTON, K. A.; O'DONOVAN, B. The use of big data analytics in the retail industries in South Africa. **African Journal of Business Management**, v. 9, n. 19, p. 688-703, oct. 2015.

²⁰¹ LUFTI, A. *et al.* Drivers and impact of big data analytic adoption in the retail industry: A quantitative investigation applying structural equation modeling. **Journal of Retailing and Consumer Services**, v. 70, jan. 2023.

²⁰² BRADLOW, E. *et al.* The role of big data and predictive analytics in retailing. **Journal of Retailing Elsevier**, v. 93, n. 1, p. 79-95, 2017. p. 85.

²⁰³ SANTORO, *op. cit.*, p. 1984.

Nessa dinâmica, assim como em outros mercados de plataformas digitais, os dados pessoais são uma pedra angular dessa estrutura. Na medida em que a atenção e os dados pessoais passam a ser transacionados de forma massiva como “moeda de troca” por serviços ou comodidades²⁰⁴, começam a surgir incentivos ao aumento agressivo das possibilidades e fontes de coleta, ao sacrifício da privacidade e com riscos de surgimento de condutas abusivas²⁰⁵.

Esses processos e as condições tecnológicas habilitadoras podem criar um regime inédito de influência decisória, mediante previsões e sugestões comportamentais²⁰⁶. Conforme a ilustração proposta por Susanne Lace²⁰⁷, o varejista tem alcançado uma posição de visibilidade informacional tão profunda e plena do consumidor, que é capaz de “desnudar” esse indivíduo em todas as suas aspirações e necessidades, por meio de uma transparência invasiva que perpassa esse “consumidor de vidro”.

Ainda sobre a fragilidade constitutiva e vulnerabilidade expositiva do material vítreo, esse consumidor de vidro está sujeito à exploração de suas heurísticas e limitações cognitivas por padrões comportamentais obscuros (*dark patterns*), isto é, estruturas decisórias que manipulam a capacidade informacional do indivíduo, que dificultam ou mesmo enganam a expressão de preferências reais dos consumidores, prática que tem se tornado cada vez mais recorrente em plataformas digitais²⁰⁸.

Por fim, ao se considerar a dinâmica dos interesses privados dominantes, é interessante perceber que essa expressão de transparência e máxima luminosidade somente se manifesta em um dos sentidos da relação. Ou seja, aqueles primeiros clamores por uma maior transparência no agir das plataformas digitais encontraram estruturas absolutamente opacas e pouco permeáveis a quaisquer solicitações de informações sobre o tratamento de dados e o funcionamento dos algoritmos, o que Frank Pasquale denominou “caixas pretas”²⁰⁹.

Em face desse cenário, é fundamental tratar das respostas jurídicas e legislativas oferecidas. Reconhecendo a dificuldade de repostas adequadas do sistema de proteção

²⁰⁴ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a. p. 176-178.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 180-189.

²⁰⁶ ZANATTA, R. A. F.; ABRAMOVAY, R. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, [s. l.], v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019.

²⁰⁷ LACE, S. (ed.). **The glass consumer**: Life in a surveillance society. Bristol: National Consumer Council, 2005.

²⁰⁸ LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, J. Shining a light on Dark Patterns. **Journal of Legal Analysis**, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

²⁰⁹ PASQUALE, F. **The Black Box Society**: the secrets algorithms that control money and information. Cambridge, London: Harvard University Press, 2015.

consumerista tradicional, lastreado em regimes de transação e modelos de negócios seculares, segue-se a apreciação do microsistema da privacidade e dos marcos protetivos da individualidade, em face das ameaças oferecidas pelo advento tecnológico do *big data*.

3.2 Um mosaico mais complexo do que cebolas e o direito a ser deixado só

Diferentemente do reducionismo presente em visões de puro “determinismo tecnológico”, as dinâmicas de evolução tecnológica não são processos assépticos, livres de vieses ou de valores. Conforme a lição do sociólogo Manuel Castells²¹⁰, esses movimentos são o resultado de construções sociais, da interação entre os agentes e da acomodação de seus poderes de influência no processo, considerando o contexto cultural e organizacional onde estão inseridos.

Dessa forma, as inovações tecnológicas se conectam com as ciências sociais, conformando relações jurídicas dinâmicas e complexas. Compete então à ciência do Direito esse papel fundamental, enquanto estrutura moderadora de relações econômicas e políticas²¹¹.

Nessa seara, ganha relevo a tutela jurídica da parte mais frágil e vulnerável de todo o processo, o cidadão, o usuário, o consumidor de produtos e serviços²¹², inclusive mediante as possíveis ameaças não moderadas das possibilidades tecnológicas, com eventuais capacidades de atentados contra direitos fundamentais da pessoa natural²¹³.

As primeiras reflexões sobre os desafios regulatórios do ambiente cibernético, mesmo que voltadas à reprodutibilidade de conteúdos, já apontavam para a permeabilidade transnacional do fluxo de dados como o atributo capaz de pressionar os paradigmas tradicionais do Direito, lastreados em condutas perpetradas em territórios físicos muito bem definidos²¹⁴. Essas novas estruturas fazem então romper com as concepções baseadas em geografias definidas e surgir em seu lugar novas noções de comportamento no espaço virtual, podendo ditar regras de acesso, participação e “cidadania digital”²¹⁵.

²¹⁰ CASTELLS, M. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017. p. 36.

²¹¹ DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022. p. 9.

²¹² MENDES, L. S. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

²¹³ MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *In*: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022. p. 26,32.

²¹⁴ REIDENBERG, J. R. *Lex informatica*: The formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, v. 76, p. 553-593, 1998.

²¹⁵ *Ibid.*

Diante desse poder (especialmente o informacional) e em face das vulnerabilidades às quais se encontra exposto o cidadão-usuário-consumidor de produtos e serviços, as estruturas do Direito têm buscado a tutela de prerrogativas fundamentais.

Para as reflexões contemporâneas sobre *big data*, percebe-se que as noções rudimentares de privacidade – às quais um “cidadão honesto e de bons costumes” poderia renunciar sem maiores receios ou constrangimentos²¹⁶ – já foram há muito superadas pelo advento da tecnologia e sua capacidade intrusiva de violação da intimidade do indivíduo. Desse modo, a acepção mais moderna do direito à privacidade assume a preservação da pessoa humana, não apenas a proteção contra ameaças externas, mas o elemento de tutela da autonomia, de vontades políticas e da liberdade, em última análise, da sua própria cidadania²¹⁷.

Para o adequado desenvolvimento do tema, é indispensável uma sumária contextualização da formação doutrinária. Nesse sentido, o pesquisador Danilo Doneda demarca o início da compreensão moderna do direito à privacidade com o célebre artigo de Warren e Brandeis “*The right to privacy*”²¹⁸. Nesse ensaio, os autores reconhecem o papel invasivo da tecnologia nos domínios da vida privada, superando a ideia inicial do espaço enquanto propriedade privada e territorial delimitadora da privacidade²¹⁹. Com a influência alcançada por essa publicação, o “*right to privacy*” passou a assumir no ordenamento jurídico estadunidense um caráter bastante abrangente, ocupando o lugar de um direito geral de personalidade²²⁰.

Nesta primeira fase da doutrina, a compreensão jurídica seguiu marcada por um individualismo exagerado, um direito (talvez egoísta) a ser deixado só, uma prerrogativa “tipicamente burguesa” reservada a celebridades ou extratos sociais privilegiados, vocacionados a determinada projeção. Esse elitismo da privacidade na crônica judiciária perdurou nos tribunais até a primeira metade do século XX²²¹.

Esse quadro começou a se alterar a partir da década de 1960, a partir de dois fenômenos. De um lado, o contexto do surgimento de várias propostas políticas de Estados de bem-estar

²¹⁶ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 130.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 131.

²¹⁸ WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dec. 1890.

²¹⁹ MENDES, L. S. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 15.

²²⁰ DONEDA, *op. cit.*, p. 126.

²²¹ *Ibid.*, p. 29-31.

social que representavam uma demanda crescente pela coleta estruturada de dados, voltada ao processamento de informações pessoais dos cidadãos e à produção da estatística estatal. De outra face, o surgimento e a difusão de soluções computacionais de processamento centralizado e de larga escala de dados (*mainframes*)²²². Assim, a realização de censos e pesquisas oficiais, bem como a definição do rol de informações de fornecimento compulsório se alinham ao ideário burocrático de administrações públicas eficientes, uma associação imbricada entre informação e poder²²³.

Sobre essa conformação informação-poder-Estado, esse arranjo tem conexões filosóficas profundas, a exemplo da visão oferecida por Michel Foucault²²⁴: o biopoder decorrente da tomada de poder sobre o corpo e a aplicação massiva dessa tecnologia sobre as massas, conformando a biopolítica na regulação das populações. Avançando à perspectiva contemporânea do ensaísta Byung-Chul Han²²⁵, a evolução das formas de controle mais clássicas das sociedades disciplinares transcende a vigilância e repressão e adota abordagens mais sutis e sofisticadas, prevendo o exercício do poder por vias sugeridas, motivacionais e indutivas do comportamento.

Retomando à formação jurisprudencial da proteção de dados, tem-se que essas iniciativas estatais reverberam em várias discussões judiciais e legislativas. Nos Estados Unidos, uma tentativa empreendida de construir uma base de dados unificada gerou em 1965 muita controvérsia. Apesar da inegável pauta de racionalidade e eficiência burocrática, o caso *National Data Center* gerou grande mobilização científica contrária, sob receios de que essa concentração informacional trouxesse riscos à privacidade e ao aumento excessivo do poder detido pelo Estado perante os cidadãos. O esforço foi encerrado após recomendação do congresso norte-americano para suspensão do projeto até que fossem oferecidas garantias máximas de proteção da privacidade dos cidadãos²²⁶.

Na França dos anos 1970, houve também muita disputa sobre tentativas empreendidas pelo órgão de estatísticas oficiais no sentido de sistematizar o armazenamento de dados dos cidadãos, também sob justificativas de pretendida eficiência. O projeto foi muito combatido na

²²² MENDES, L. S. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 36.

²²³ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 33-34.

²²⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²²⁵ HAN, B. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Vozes, 2022.

²²⁶ DONEDA, *op. cit.*, p. 163-167.

imprensa e pela opinião pública, tendo sido encerrado por determinação administrativa que impedia a troca de dados entre qualquer pasta ministerial²²⁷. Houve na Europa outros episódios similares de enfretamento contra bancos de dados centralizados, além de resistências à realização de censos na Suécia, Inglaterra e, de especial interesse para a pesquisa, na Alemanha²²⁸.

O caso alemão demanda uma maior atenção, não apenas por ter sido uma das iniciativas precursoras de tratamento legislativo da matéria da privacidade (ainda em 1970), mas principalmente pela influência que a jurisprudência constitucional alemã exerceu sobre várias ordens jurídicas estrangeiras, particularmente, em sistemas jurídicos romano-germânicos, como foi o caso o Brasil²²⁹.

Foi justamente na Alemanha que surgiu o hoje tão falado e difundido conceito da **autodeterminação informativa**, como a ideia de conferir ao indivíduo o protagonismo no controle soberano sobre suas próprias informações. Essa formação conceitual segue orientando a proteção de dados pessoais em seu país de origem e, no Brasil, compõe um dos pilares fundamentais do quadro legal de proteção de dados nacional²³⁰.

Até o reconhecimento da autodeterminação informativa, a doutrina alemã percorreu um caminho longo e nada pacífico, alternando visões, ora mais amplas, ora mais restritivas sobre as garantias de livre desenvolvimento da personalidade²³¹. Nessa trajetória, vale mencionar a proposta a ideia das esferas privadas, que se baseava no conceito de camadas concêntricas de privacidade. Das bordas para o centro, essas esferas ou camadas apresentavam graus progressivamente mais críticos de proteção: a parte mais externa da esfera privada, passando pela esfera da intimidade, até o núcleo a esfera do segredo²³². Por essa perspectiva de isolamento e proteção contra a ação externa, o indivíduo disporia de uma área de reserva, onde

²²⁷ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 168.

²²⁸ MENDES, L. S. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 33.

²²⁹ MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *In*: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação**. São Paulo: Expressa, 2022. p. 12.

²³⁰ DONEDA, *op. cit.*, p. 172.

²³¹ MENDES, 2022, *op. cit.*, p. 14.

²³² GARCIA, R. de D. Os direitos à privacidade e à intimidade: origens, distinção e dimensões. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-26, jan./jun. 2018.

pudesse ser deixado em paz, com expectativa de manutenção do sigilo de suas informações pessoais, a preservação da sua intimidade e de sua integridade psíquica²³³.

No entanto, reconhecendo os graus de subjetividade individual associados à delimitação dessas esferas²³⁴ e críticas surgidas à proposta de tratamento estratificado da privacidade, a abordagem da esfera privada acabou superada na doutrina alemã, com a pecha da segmentação indevida da integridade humana em camadas de “uma **cebola passiva**”, conforme indicou Danilo Doneda²³⁵.

A partir da insuficiência da teoria da esfera privada, a chave evolutiva da doutrina passou a mirar os riscos oferecidos à personalidade por meio de ações integradas de coleta, armazenamento e processamento de dados e informações, a despeito de qualquer classificação fixa e estanque da privacidade²³⁶.

Em rápida figura de linguagem, recorre-se à ideia do **mosaico** proposta por Fulgencio Conesa²³⁷, segundo a qual, dados considerados isolados e irrelevantes na perspectiva estática da intimidade podem ser conectados a outros de igual irrelevância ou nenhum valor de face. Mas a partir desse esforço, podem passar a exibir aspectos absolutamente sensíveis da personalidade e privacidade do indivíduo, assim como ocorre com a formação de grandes e belos mosaicos, construídos a partir de pequenas pedras sem qualquer valor intrínseco individual.

A partir dessa visão, passa-se ao reconhecimento de que inexistem dados insignificantes no contexto tecnológico do tratamento de dados (*big data*)²³⁸. Em face dessa intrusão tecnológica, o direito da personalidade alemão passa então a incorporar essa ideia da autodeterminação, visando à tutela da capacidade do indivíduo decidir sobre como deseja se apresentar perante terceiros e como esses podem eventualmente dispor de alguns aspectos de

²³³ MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022. p. 23.

²³⁴ *Ibid.*, p. 24.

²³⁵ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 105.

²³⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 23.

²³⁷ CONESA, F. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valencia: Universidad, 1984 apud MENDOZA, M. C. F.; BRANDÃO, L. M. R. Do direito à privacidade à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência da contextualização. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 223-240, jan./jun. 2016.

²³⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 38-40.

sua personalidade²³⁹. Com efeito, a doutrina da autodeterminação informativa estabeleceu três pilares, o primeiro, o poder de decisão conferido ao indivíduo sobre a coleta e utilização de informações pessoais. O segundo compreende o reconhecimento do caráter dinâmico da proteção de utilização de dados pessoais. Em terceiro lugar, a importância da referência pessoal, onde cada registro que se conecta com a individualidade torna-se elegível à proteção²⁴⁰.

Nas origens, pouco se falava da aplicação do direito à autodeterminação informativa no ambiente privado. Os custos elevados para o processamento de grandes volumes de dados mantinham essas tecnologias disponíveis unicamente aos Estados nacionais²⁴¹. Com os processos de inclusão digital e massificação do acesso à Internet, a progressiva transformação digital da economia, além de trajetórias decrescentes dos custos de armazenamento e mesmo de processamento e coleta de dados, o tratamento massivo de dados foi se tornando progressivamente disponível a empreendimentos privados.

Pelo caráter transfronteiriço do fluxo internacional de dados e informações, foram se criando mercados privados globais de transações envolvendo dados pessoais, contando com as respectivas respostas legislativas dos Estados nacionais buscando proteção contra abusos e violações da privacidade dos cidadãos.

Há nitidamente uma certa polarização entre modelos, dada em boa medida pela influência de sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*. O modelo estadunidense ainda se mostra bastante fragmentado, sujeito a disposições legislativas e jurisprudenciais próprias de uma estrutura federativa singular e complexa²⁴². Já na Europa, a última estrutura normativa protetiva da privacidade, o Regulamento Geral de Proteção de Dados, encontra-se vigente desde 2018.

No Brasil, apenas poucos meses após a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, foi aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com vigência parcial em agosto de 2020 e plenos efeitos alcançados em agosto de 2021, dada a postergação da vigência do processo sancionatório.

²³⁹ MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022. p. 30.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 24.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

²⁴² DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 193.

De fato, a legislação brasileira trouxe uma conformação complexa de princípios e regras, incorporando instrumental regulatório moderno de conformidade, contendo técnicas responsivas, de responsabilização e de prestação de contas no tratamento de dados pessoais. Contudo, conforme a advertência oferecida por Miriam Wimmer²⁴³, esse esforço não se exaure com a definição de um quadro normativo, sua efetivação e a positivação de direitos estão condicionadas a medidas de implementação e preparação institucional, notadamente para o exercício de competências de fiscalização e sancionamento.

No mundo, há hoje aproximados 145 países com legislações específicas de proteção de dados em vigor. Surgidos como respostas legislativas às ameaças tecnológicas a garantias fundamentais dos cidadãos, esses arranjos trazem em seu escopo interfaces importantes com outras estruturas de Direito, em destaque, a disciplina concorrencial²⁴⁴.

Há preocupações sobre como esses aparatos podem fortalecer posições de vantagens competitivas em dados. De outra parte, políticas de privacidade formuladas pelos agentes privado com vieses deliberadamente vagos, ou contendo termos e condições abusivas quanto à real valoração dos dados ou a obtenção de consentimento dos usuários, evidenciando a disparidade dos poderes de barganha envolvidos, relegando muitas vezes o usuário situações definitivas e vulneráveis do tipo “é pegar, ou largar”²⁴⁵.

Nesse sentido, a partir desse reconhecimento das condições díspares de poder entre os usuários e os grandes detentores de dados, e entre esses grandes detentores e as potenciais forças competitivas entrantes de mercados digitais, segue-se um desenvolvimento sobre a dimensão concorrencial, de modo a integrar essa tríade com os microssistemas do consumo e da privacidade.

²⁴³ WIMMER, M. Os desafios do *enforcement* na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: MENDES, L. S.; DONÉDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JUNIOR, O. L. (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021b, v. 1, p. 375-388.

²⁴⁴ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1338.

²⁴⁵ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? **Georgetown Law Technology Review**, v. 2., n. 2, p. 275-324, jul. 2018. p. 289-290.

3.3 O acesso a dados na contestabilidade de vantagens competitivas

O mundo tem vivido há pelo menos 30 anos a estruturação desse mercado privado de transações orientadas a informações pessoais, de sorte que o *big data* vai se tornando progressivamente o “combustível” ou elemento básico de todas as atividades econômicas²⁴⁶.

Conforme já mencionado, as bases de formação desse mercado remontam à atuação de Estados nacionais do bem-estar social²⁴⁷ e medidas de disponibilização de quantidades massivas de dados pessoais de censos e pesquisas, ainda que sujeitas ao emprego de técnicas de anonimização ou desassociação dos indivíduos²⁴⁸.

Nesse diapasão, é interessante perceber como a temática e o mercado de dados pessoais apresentam essa mistura interdependente de agendas, entre os setores público e privado, com possibilidades de influxo informacional nos dois sentidos²⁴⁹. Em um vetor, é usual a busca do setor privado por dados e informações produzidas por órgãos oficiais de estatísticas, como insumo ou baliza de suporte à definição de estratégias empresariais e comerciais. No outro sentido, o setor público pode almejar informações detidas pelos privados, buscando superar a chamada “assimetria informacional”, seja na consecução de alguma política pública, na aferição de efeitos de alguma decisão jurídica em particular ou mesmo na avaliação de resultados de alguma intervenção regulatória em mercados.

Na seara do acesso e uso compartilhado dos dados, essa agenda ganhou novos contornos desde a crise de emergência sanitária da COVID-19, com a intensificação de demandas e iniciativas por compartilhamento de dados entre os entes dos setores públicos e privados, com importantes repercussões na esfera administrativa ou judicial²⁵⁰.

Nesse particular, o Brasil guarda um episódio judicial recente muito interessante, consubstanciada em medida cautelar do Supremo Tribunal Federal – STF em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020, que versava sobre o compartilhamento de dados pessoais pelas empresas de telefonia móvel com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com o aludido objetivo de produção estatística

²⁴⁶ 6, P. The personal information economy: trends and prospects for consumers. *In*: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p 17.

²⁴⁷ *Ibid.*, p 18.

²⁴⁸ *Ibid.*, p 19.

²⁴⁹ LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p. 2.

²⁵⁰ WIMMER, M. Limites e possibilidade para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, p. 122-142, 2021a.

oficial durante a crise de emergência sanitária da Covid-19²⁵¹. Ao deferir a medida cautelar de suspensão da eficácia da Medida Provisória, a Ministra Relatora Rosa Weber evidenciou fragilidades na caracterização da adequação e necessidade da medida, além da ausência de mecanismos técnicos ou administrativos na proteção contra acessos não autorizados, vazamentos ou uso indevido, especialmente, em face de um universo de coleta considerado desproporcional.

Retomando à dimensão privada, vários dos riscos apontados também se manifestam com a participação de grandes conglomerados globais de tecnologia nos mercados transacionais de *big data*. Dessa sorte, o poder acumulado por esses agentes tem sido comparado ao que já foram no passado os grandes conglomerados privados detentores de infraestrutura, ou aqueles empreendimentos de extração e beneficiamento de recursos naturais, a exemplo das atividades vinculada ao refino do petróleo²⁵².

Não parece haver dúvidas de que as ferramentas de análise de dados são essenciais para otimizar os processos de tomada de decisões complexas, permitindo que as empresas sejam capazes de extrair valor da informação e empregá-la na personalização de produtos e serviços oferecidos ao consumidor²⁵³. Para o desenvolvimento das inovações baseadas em Inteligência Artificial (IA) e Internet das Coisas (IoT), tem-se a inequívoca dependência de dados como matéria-prima essencial, na aprendizagem de máquina, na identificação de padrões e na realização de correlações e previsões. Assim, essas tecnologias emergentes necessitam de acesso contínuo a fluxos de dados provenientes de diversas fontes, gerados pelos mais variados dispositivos conectados²⁵⁴.

Em resposta a essas transformações tecnológicas e às dinâmicas de poder estabelecidas, as primeiras preocupações foram as legítimas questões de privacidade²⁵⁵, de modo que as atuais respostas jurídicas e legislativas têm se ocupado de assegurar que não haja dano ou violação à autodeterminação informativa e à proteção da personalidade em processos de tratamento de dados pessoais²⁵⁶.

²⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Brasília: STF, 2020.

²⁵² 6, P. The personal information economy: trends and prospects for consumers. *In*: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p. 17.

²⁵³ BORGOGNO, O.; COLANGELO, G. Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs. **Computer Law & Security Review**, v. 35, p. 1-17, oct. 2019. p. 2.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 2.

²⁵⁵ 6, *op. cit.*, p. 28.

²⁵⁶ LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p 4.

Mas o debate público não tem conseguido se ocupar de todas os desafios que emergem nesses mercados e a complexidade atrelada ao uso massivo de dados pessoais. Com alguma frequência, questões importantes acabam sendo negligenciadas ou ofuscadas por posicionamentos entrincheirados e extremados. De um lado, a negação dos benefícios auferidos com a exploração comercial de dados e, no outro extremo, o desprezo dos riscos e ameaças existentes com a adoção não moderada dessas tecnologias²⁵⁷.

Retomando às plataformas de varejo, são frequentes os relatos de experiências bem-sucedidas na adoção das tecnologias de *big data* na geração de valor agregado. Contudo, é fundamental notar que esses registros se repetem e se concentram nos principais grupos econômicos, com competências já bem desenvolvidas na coleta de dados e na capacidade analítica do *big data*²⁵⁸.

Percebe-se que os varejistas de menor porte estão em condições materiais e técnicas absolutamente distantes do poder e investimento necessários à extração de valor e liberação do potencial estratégico dessa tecnologia. Some-se a esse quadro desafiador o esforço necessário à conformidade regulatória como os marcos legais protetivos da privacidade. Dessa maneira, não há indicativos que as estruturas oligopolistas no tratamento de dados pessoais sejam efêmeras, pelo contrário, os incentivos de realimentação positiva baseados em dados apontam para um reforço positivo da condição de dominância²⁵⁹, com incentivos à progressiva concentração de fontes geradoras de dados pelos agentes estabelecidos.

À medida que grandes grupos de varejo presentes nos mercados digitais vão acumulando experiência no desenvolvimento de processos e na apropriação de competências de coleta e análises do *big data*, se reduzem os incentivos e as necessidades de compartilhar o acesso a esses dados com outros agentes²⁶⁰. Mais do que isso, já são registrados alguns comportamentos restritivos de plataformas líderes de mercados, na adoção de estratégias excludentes ou na elevação de custos dos concorrentes no acesso a dados, restringindo as possibilidades de transferência ou impondo cláusulas de exclusividade²⁶¹. Além disso, ainda que sob o manto de uma aludida preocupação de conformidade com as legislações protetivas

²⁵⁷ LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005. p 4.

²⁵⁸ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 6.

²⁵⁹ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? **Georgetown Law Technology Review**, v. 2., n. 2, p. 275-324, jul. 2018. p. 323.

²⁶⁰ DEKIMPE, *op. cit.*, p. 10.

²⁶¹ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a. p. 268.

da privacidade, as escolhas e os protocolos de não compartilhamento acabam por conferir ao detentor condições de exclusividade fática na exploração econômica do *big data*²⁶².

No caso particular das redes sociais ou das engrenagens de buscas, Economides e Lianos²⁶³ defendem que a capacidade do detentor de dados poder impor condições do tipo “pegar ou largar” são evidências suficientes do poder de mercado detido por essas plataformas, redundando em capacidades sempre crescentes de coletar mais e mais dados pessoais.

Sustentam ainda os pesquisadores que na perspectiva mercadológica, sob condições ideais (e talvez utópicas) de funcionamento e operação das plataformas digitais, os usuários optariam por padrão em não participar do mercado de coleta de dados pessoais. E para aqueles que desejassem dispor de sua privacidade, caso a compensação financeira ofertada pelas plataformas excedesse o preço de reserva do usuário, haveria então uma transação monetária para acessar suas informações pessoais²⁶⁴.

Na visão dos autores²⁶⁵, a principal falha presente em mercados dependentes de dados consistiria na presença massiva de transações a preço zero, capazes de privar o surgimento de mercados possíveis em um regime de concorrência efetiva. Isto é, estariam excluídos do mercado aqueles usuários dispostos a pagar pelo serviço da plataforma, mas indispostos a transigir com sua privacidade. Além disso, registra-se a falta de compensação monetária dos usuários que participam do mercado a preço zero e expostos a subestimar o valor de sua privacidade. Por fim, reconhecimento a formação conglomerada de plataformas, tem-se ainda o efeito positivo gerado pela coleta de dados a partir da dominância de mercados primários e o reforço de poder impor a coleta não remunerada em mercados secundários relacionados.

Obviamente, o mercado de dados pessoais apresenta nuances e complexidades próprias que prejudicam uma visão idealizada de livre concorrência e condições de operação perfeitas, de ampla contestabilidade, livre entrada e saída, ausência de barreiras e absoluta desconcentração.

²⁶² SANTORO, G. *et al.* Big data for business management in the retail industry. **Management Decision**, v. 57, n. 8, p. 1980-1992, 2019. p. 1986.

²⁶³ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Giving away our data for free is a market failure. **Promarket**, feb. 2021.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 1.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 2.

Além disso, aspectos sentimentais presentes no consumo varejista, a presença de heurísticas comportamentais e limitações na racionalidade cognitiva dos usuários distanciam o funcionamento dos mercados de dados pessoais de padrões analíticos neoclássicos²⁶⁶.

Ainda assim, argumenta-se que há espaço e legitimidade para autoridades se engajarem em questões outras de políticas públicas além da tutela da privacidade²⁶⁷, em particular, a promoção de mercados de *big data* menos disfuncionais.

Em se mantendo o atual estado de coisas, o que se projeta são estruturas de mercado varejistas progressivamente concentradas, impulsionadas pela acelerada transformação digital do segmento e alavancadas por vantagens competitivas não contestáveis baseadas em dados. Ter-se-á a ampliação da distância de poderes entre pequenos empreendimentos e os gigantes conglomerados tecnológicos capazes de extrair o máximo valor da tecnologia do *big data*, à revelia não apenas da privacidade do usuário, mas também o seu bem-estar no consumo de produtos e serviços.

No entanto, em face da multiplicidade e complexidade de fenômenos presentes em mercados de dados²⁶⁸, encontrar soluções que revertam totalmente esses efeitos anticoncorrenciais está longe do que possa ser considerado trivial.

3.4 Uma necessária visão tridimensional sobre o indivíduo, cidadão e consumidor

Argumenta-se que a temática demanda um olhar sistêmico, uma capacidade de tutela multifacetada das necessidades do indivíduo, o acolhimento de suas necessidades e direitos nas dimensões do consumo, da privacidade e da concorrência.

Em face da explícita assimetria de poderes econômicos existentes nas relações de oferta e demanda de bens ou serviços, a hipossuficiência do consumidor é ensejadora de um aparato jurídico protetivo contra abusos perpetrados nas relações de consumo.

Com advento das tecnologias do *big data*, passa-se a conceber formas mais virtuais e sofisticadas de violação da integridade do indivíduo, avançando para outras dimensões igualmente relevantes e complexas da sua existência, a intimidade, a personalidade e a autodeterminação.

²⁶⁶ FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a. p. 268, 184-185.

²⁶⁷ DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 11.

²⁶⁸ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Giving away our data for free is a market failure. **Promarket**, feb. 2021. p. 3.

Por fim, a criticidade dos dados para os nascentes mercados digitais e para a progressiva digitalização de setores tradicionais – a exemplo do varejo – demanda um olhar concorrencial necessário, com um cuidado especial sobre as vantagens competitivas não contestáveis em *big data*.

No entanto, conforme já argumentava em 2014 a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados²⁶⁹, não parece suficiente uma abordagem paralela e isolada de políticas públicas nessa matéria. Revela-se fundamental uma orientação integrada e colaborativa na promoção do crescimento econômico de mercados digitais, com inovação e bem-estar dos indivíduos, cidadãos e consumidores.

A começar pela perspectiva antitruste, aspectos de privacidade e a proteção consumerista de dados deixam de ser assuntos periféricos e ocupam a centralidade da avaliação de competitividade e eficiência dos agentes²⁷⁰. As autoridades passam a considerar alternativas analíticas que dialoguem com novas teorias do dano, seja na violação consumerista sistemática da proteção de dados²⁷¹, na redução da privacidade como um atributo de diferenciação ou degradação da qualidade²⁷²⁻²⁷³, ou ainda, na elaboração de hipóteses ou testes de poder orientados a uma “pequena, mas significativa, não transitória, redução da proteção à privacidade”²⁷⁴.

Ponderando que consumidores são ao mesmo tempo titulares de dados, ações abusivas no tratamento do *big data* representam, além dano concorrencial difuso, a violação pontual e direcionada da integridade do indivíduo, ao mesmo tempo, a sua liberdade de consumo e a sua autodeterminação informativa²⁷⁵.

Consumidores empoderados à melhor condição informacional podem em tese considerar as políticas de privacidade como um atributo objetivo de diferencial de qualidade, influente na escolha e preferência de um determinado ofertante²⁷⁶. Em condições ideais, os

²⁶⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy.** Brussels: EDPS, 2014.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 26.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 32.

²⁷² KIRA, B.; COUTINHO, D. R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021.

²⁷³ PEREIRA NETO, C. M. da S.; RENZETTI, B. P. Big data entre três microssistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. In: PEREIRA NETO, C. M. da S (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais.** São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 84-118, p. 106.

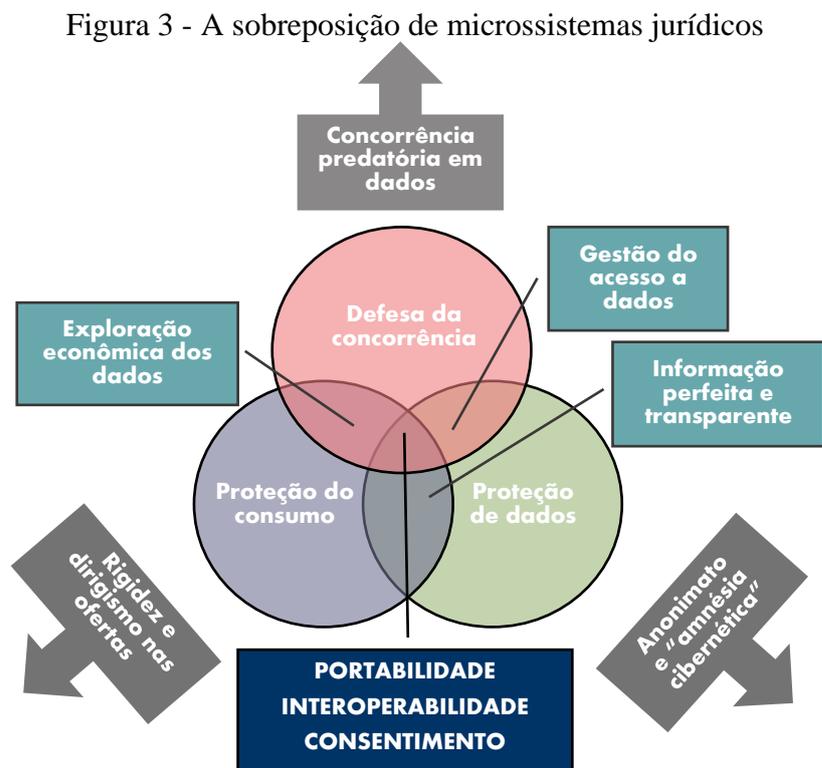
²⁷⁴ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? **Georgetown Law Technology Review**, v. 2., n. 2, p. 275-324, jul. 2018. p. 287-288.

²⁷⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 31.

consumidores poderiam inclusive exercer forças compensatórias na troca de fornecedores, enquanto reposta ou punição por alguma quebra de confiança e falha no tratamento de dados pessoais. Contudo, além da desejada cognição informacional, essa possibilidade de escolha está condicionada a uma estrutura concorrencial de mercado que permita a escolha, isto é, a efetiva disponibilidade de serviços concorrentes, quando menos, uma ameaça crível de entrada de novos agentes²⁷⁷.

Em mercados progressivamente dependentes do *big data*, essa possibilidade está atrelada ao desafio de se estabelecer uma visão jurídica integrada, que seja capaz de assegurar condições de acesso, mobilidade e livre fluxo do *big data*, ao tempo em que fortaleça mutuamente a privacidade, a proteção das relações de consumo e a defesa da concorrência²⁷⁸. Conforme o conceito ilustrado na Figura 3, pondera-se que nenhuma dessas perspectivas está apta a produzir de forma isolada resultados satisfatórios. Pelo contrário, se consideradas de maneira isolada e não conciliada com os outros microsistemas, essas forças podem produzir várias distorções.



Fonte: inspirado em European Data Protection Supervisor (2014)

²⁷⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy.** Brussels: EDPS, 2014. p. 34.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 36-37.

A título de exemplo, uma política de privacidade e proteção de dados intransigente no acesso a dados por concorrentes pode prejudicar a construção de uma massa crítica de dados por firmas entrantes, condenando esses empreendimentos ao insucesso. Na ausência de disposições regulatórias ou concorrenciais²⁷⁹ que especifiquem as condições de acesso, os agentes dominantes simplesmente não terão qualquer incentivo a partilhar esses insumos com seus concorrentes.

De outro turno, um regime de competição extrema e orientado à disputa agressiva pela acumulação de dados pode produzir incentivos à adoção de técnicas progressivamente invasivas, levando os consumidores à perda progressiva de controle sobre seus próprios dados. Na ausência de um aparato de proteção, o acesso de múltiplos agentes a dados pessoais pode transitar de “um monopolista violador da privacidade a vários ofensores da privacidade”, ampliando as dificuldades de aplicação e fiscalização da legislação protetiva da privacidade²⁸⁰.

Nesse ponto, reconhecendo a associação existente entre a redução dos níveis de proteção de dados com a crescente concentração de mercados digitais²⁸¹, alguns governos já têm experimentado formas de incentivo ou assimetrias regulatórias, com o fito de permitir a replicação de competências analíticas em *big data* por pequenos empreendimentos²⁸². Nessa vertente, os regimes de compartilhamento de dados podem ser instituídos como forma de superação das barreiras competitivas de coleta, armazenamento, processamento e uso, por meio de políticas de separação e medidas de acesso²⁸³.

Apesar de originários de diferentes naturezas de preocupações sociais, esses microssistemas jurídicos podem ser empregados de forma convergente nas tentativas de mitigação das condições de poder acumulado por aqueles controladores de fontes de dados²⁸⁴. No entanto, a literatura ainda não explorou de forma suficiente essas interfaces²⁸⁵, seus complementos, sobreposições e mesmo eventuais tensionamentos.

²⁷⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy.** Brussels: EDPS, 2014. p. 1344.

²⁸⁰ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1347.

²⁸¹ FERNANDES, V. O. Towards data portability and interoperability under Brazilian Competition Law: Crafting appropriate legal standards for abuse of dominance. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, dec. 2022b. p. 3

²⁸² DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020. p. 11.

²⁸³ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Giving away our data for free is a market failure. **Promarket**, feb. 2021. p. 3.

²⁸⁴ KIRA; SINHA; SRINIVASA, *op. cit.*, p. 1338.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 1339.

É na dimensão institucional onde provavelmente essas tensões devem se apresentar de forma mais frequente e pronunciada, considerando a conformação de órgãos governamentais distintos para lidar com questões de defesa da concorrência, da proteção de dados e da tutela do consumo, seja a proteção específica prevista em algum setor regulado ou a competência suplementar detida por algum órgão.

Diante dessa pluralidade de valores e princípios que se tocam e podem se chocar sobre uma mesma questão, é necessário um arranjo institucional que seja capaz de equacionar os potenciais atritos entre órgãos e jurisdições²⁸⁶. Na ausência de uma governança equilibrada, que comunique de maneira clara e transparente as responsabilidades e as formas de cooperação para operação integrada, podem surgir questionamentos de legitimidade no agir, gerando inseguranças jurídicas e alguma litigiosidade.

Conforme a visão sistemática proposta por Kira *et al*²⁸⁷, desses conflitos operacionais podem ser ajustados no equilíbrio entre relações de compromisso e na calibração de medidas, levando em conta, especialmente, a complementaridade crucial ao desenho de ferramentas promotoras da mobilidade de dados²⁸⁸.

Por sua importância ao propósito da pesquisa, esse tema será retomado adiante no texto, notadamente no capítulo 6.

Por ora, reconhecendo a necessidade dessa visão holística, apta à percepção integrada e complexa dos direitos dos indivíduos, segue-se no próximo capítulo uma exposição mais aplicada sobre casos de interesse na concentração de fontes geradoras do *big data*, com possíveis achados aos propósitos da pesquisa.

²⁸⁶ WIMMER, M. Os desafios do *enforcement* na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JUNIOR, O. L. (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021b, v. 1, p. 375-388.

²⁸⁷ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1343.

²⁸⁸ FERNANDES, V. O. Towards data portability and interoperability under Brazilian Competition Law: Crafting appropriate legal standards for abuse of dominance. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, dec. 2022b.

4 ACESSO A DADOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

O monitoramento corporativo das grandes fusões e aquisições para as Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs indica haver por parte das gigantes globais um esforço consistente de crescimento pela via inorgânica, ou seja, mediante a aquisição de empreendimentos concorrentes. Pesquisas quantitativas²⁸⁹ atestam que, somente no período de 2015 a 2021, as corporações integrantes do grupo que se convencionou designar pelo acrônimo GAFAM – Google (Alphabet), Amazon, Facebook (Meta), Apple e Microsoft – foram responsáveis por 329 fusões de grande relevo. Além disso, há registros de que parcela significativa desses empreendimentos são descontinuados pós-operação²⁹⁰, o que oferece inquietações concorrenciais sobre as motivações subjacentes às operações e alimenta hipóteses quanto à incorporação de inovações nascentes, na prevenção de possíveis ciclos de ruptura de mercados.

A partir de um esforço de curadoria realizado sobre registros acadêmicos estruturados das principais consolidações em mercados digitais²⁹¹, buscou-se na presente investigação destacar e explorar aqueles casos em que o *big data* foi temática importante para os processos de concentração e onde foram caracterizadas a capacidade, o incentivo e as possibilidades de dano concorrencial, além de explorar os remédios aplicados pelas autoridades competentes.

Como recorte temporal, adotou-se o período ampliado de consolidação comercial da Internet, do estouro da bolha de especulação financeira das empresas “ponto com” até os tempos atuais. Com a disposição cronológica dos casos, pretende-se evidenciar a evolução no tempo da racionalidade empresarial presente nas iniciativas de concentração e das respostas governamentais correspondentes.

Quantos à escolha de casos propriamente ditos, além da relevância e pertinência temáticas com os regimes de portabilidade e interoperabilidade do *big data*, buscou-se assegurar a diversidade de ambientes de coleta de dados, em reconhecimento à preocupação conglomerada que permeia os mercados digitais, ainda que tenha sido necessário para isso transcender as fronteiras de uma acepção mais restritiva do varejo digital.

²⁸⁹ MAITRY, R. **GAFAM market power**: The role of a firm’s age, data, and overlapping economic activities in merger and acquisition strategies. 2022. Master Thesis (Master in Economics, specializing in Economic Analysis and Policy) – Management School, Université de Liège, Liège, 2022.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 33.

²⁹¹ FONSECA JÚNIOR, M A. **A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais**: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

Adicionalmente, enquanto uma investigação qualitativa, almejou-se promover a diversidade na figuração de empreendimentos consolidadores, evitando-se, na medida do possível, a excessiva repetição de agentes no grupo de gigantes de tecnologia a ocuparem esse papel.

Além disso, uma preocupação metodológica ainda considerada na figuração de casos foi a relação de compromisso entre a curiosidade e a viabilidade analítica, procurando o equilíbrio entre, de um lado, a disponibilidade de dados e material bibliográfico suficientes a uma reflexão acadêmica e, de outra parte, evitar casos com tratamento já satisfativo e talvez exauriente pela comunidade do antitruste nacional.

Quanto ao contexto brasileiro, uma limitação metodológica decorre do fato de que muitas das consolidações paradigmáticas em mercados dependentes de dados não atingiram pela legislação nacional os critérios de elegibilidade à notificação compulsória²⁹², pelo que serão apreciadas majoritariamente as discussões estabelecidas na Europa e nos Estados Unidos. Como forma de mitigar esse limitação, há no capítulo 6 uma breve registro sobre a jurisprudência nacional.

Por fim, é importante frisar uma delimitação metodológica no sentido de que, de forma alinhada com os objetivos da pesquisa, estes casos serão trazidos a partir de um prisma concorrencial, ainda que sob o argumento da conciliação com a tutela do consumo e da privacidade.

4.1 Google e DoubleClick: a concentração publicitária a dois cliques de distância

Ainda durante a fase de consolidação comercial da Internet, a então *startup* DoubleClick foi uma das pioneiras na identificação de oportunidades de monetização da atenção humana na rede, inicialmente com métricas publicitárias de visualização de *banners* e posteriormente instrumentalizando o padrão tecnológico dos *cookies* de navegação.

A empresa empregava especialmente o rastreamento de *cookies* de terceiros, aqueles enviados por outros domínios apontados indiretamente pelos endereços dos sites visitados²⁹³.

²⁹² ZINGALES, N.; RENZETTI, B. P. Atos de concentração e ecossistemas de plataforma digital: revisão da experiência brasileira. In: ZINGALES, N.; AZEVEDO, P. F. de A. (org.) **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais**: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 453-504.

²⁹³ FONTAÍNHAS, E. G.; ANDRADE, F.; ALMEIDA, J. B. Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (*cookies*). *Scientia Iuridica*, v. LXV, n. 341, p. 173-206, 2016. p. 179.

Adotando técnicas sofisticadas de inferência²⁹⁴, associadas à veiculação de anúncios em vários sites, a DoubleClick conseguia identificar os mesmos *cookies* no registro da interação em diferentes endereços e assim reconhecer o mesmo visitante em vários deles, criando perfis detalhados e abrangentes dos usuários²⁹⁵.

Além da técnica de criação de perfis de usuários, é importante destacar que muito do sucesso empresarial da DoubleClick se deveu a um esforço acelerado e inorgânico de concentração de outras bases de dados, bem como de outros empreendimentos detentores de fontes geradoras de informações. Depois de abrir o capital em 1998, a DoubleClick adquiriu por US\$ 1,7 bilhão a Abacus-Direct, detentora de uma grande base de catálogos detalhados de perfis de compra de consumidores norte-americanos²⁹⁶. No mesmo período, a empresa ainda anunciou a aquisição horizontal de uma concorrente, NetGravity, uma transação estimada US\$ 530 milhões²⁹⁷. Depois de um forte criticismo da sociedade civil organizada, a autoridade antitruste norte-americana, a *Federal Trade Commission* – FTC, chegou a instaurar no ano 2000 uma investigação contra a DoubleClick por denúncias de práticas injustas e enganosas na gestão de informações pessoais identificáveis. Após onze meses de investigação, a FTC concluiu que não havia qualquer violação das políticas de privacidade da companhia, o que resultou no encerramento das investigações²⁹⁸.

Seis anos do arquivamento dessa demanda (2007) e a consolidadora DoubleClick acabou sendo adquirida pelo Google, uma operação avaliada em US\$ 3,1 bilhões. Destaque-se que esse foi um dos primeiros grandes movimentos de integração conglomerada entre bases de dados e um empreendimento gerador de informações. Para a gigante tecnológica da engrenagem de buscas, essa operação representou um movimento pivotal e estratégico, fortalecendo sua posição no mercado publicitário e integrando um portfólio já complexo de serviços digitais (*streaming*, e-mail, navegador, mapas, videoconferência etc.)²⁹⁹.

²⁹⁴ FRANKEN, G.; GOETHEM, T. V.; JOOSEN, W. Who left open the cookie jar? A comprehensive evaluation of third-party cookie policies. *In: 27th USENIX SECURITY SYMPOSIUM*, 27, 2018, Baltimore. **Conference Proceedings** [...]. Berkeley: USENIX, 2018. p. 151-168.

²⁹⁵ FONTAÍNHAS, E. G.; ANDRADE, F.; ALMEIDA, J. B. Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (*cookies*). *Scientia Iuridica*, v. LXV, n. 341, p. 173-206, 2016. p. 180.

²⁹⁶ ZIMMERMAN, R. K. The way the “cookies” crumble: Internet privacy and data protection in the twenty-first century. *N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy*, v. 4, p. 439-464, 2001, p. 445.

²⁹⁷ NAPOLI, L. DoubleClick buys NetGravity. *The New York Times*. Cyber Times. New York, 1999.

²⁹⁸ OLSEN, S. FTC drops probe into DoubleClick privacy practices. *CNET*, jan. 2002.

²⁹⁹ LOHR, S. This deal helped turn Google into an Ad Powerhouse. Is That a Problem? *The New York Times*. New York, 2020.

Apesar de não haver tantos dados públicos detalhados sobre o caso³⁰⁰, o episódio é paradigmático para a comunidade acadêmica, por inaugurar o debate sobre as interfaces existentes entre os mencionados microssistemas jurídicos, a defesa da concorrência e o acesso a informações de consumo e a privacidade³⁰¹. Na jurisprudência norte-americana, a questão da privacidade era tratada de forma estanque, completamente isolada na perspectiva consumerista, por vezes ignorada de forma sistemática na análise de atos de concentração, mesmo para aqueles mercados orientados a dados e em face da criação de gigantescos repositórios de informações e perfis de consumo³⁰².

Na visão apresentada pelas requerentes, dada a ausência de sobreposição horizontal, a possibilidade de atuação integrada e complementar seria responsável por aprimorar as capacidades da entidade resultante em ofertar aos consumidores conteúdos de maior significado e pertinência, com o Google focado na intermediação publicitária e DoubleClick na veiculação de anúncios³⁰³.

De fato, a combinação das bases de dados de buscas com informações de interações com anúncios publicitários digitais posicionou o Google em uma condição ímpar para determinar desejos e necessidades dos usuários, bem como elaborar perfis comportamentais absolutamente detalhados dos consumidores³⁰⁴.

Além do perímetro da privacidade pessoal, observadores externos apontaram também preocupações quanto ao estabelecimento de uma vantagem competitiva não contestável³⁰⁵ na formação de preço dos mercados de publicidade digital³⁰⁶.

No entanto, em análise promovida pela autoridade concorrencial estadunidense³⁰⁷, o órgão refutou a conexão entre privacidade e a disciplina concorrencial, entendendo que a aquisição não reduziria substancialmente a competição nos mercados de publicidade digital e decidiu aprovar a operação, por quatro votos favoráveis e um contrário.

³⁰⁰ EVANS, D. S.; NOEL, M. D. Defining markets that involve multi-sided platform businesses: An empirical framework with an application to Google's purchase of DoubleClick. **Reg-Markets Center Working Paper**, n. 07, v. 18, p. 1-46, nov. 2007. p. 27.

³⁰¹ LEE, J. The Google-DoubleClick merger: Lessons from the Federal Trade Commission's limitations on protecting privacy. **Communication Law and Policy**, v. 25, n. 1, p. 77-103, 2020. p. 77-79.

³⁰² *Idid.*, p. 77.

³⁰³ *Idid.*, p. 81.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 91.

³⁰⁵ THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. **Google acquisition of DoubleClick**: Antitrust implications. AAI, 2007. p. 12.

³⁰⁶ EVANS; NOEL, *op. cit.*, p. 27.

³⁰⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statement Concerning Google/DoubleClick FTC File No. 071-0170**. Washington DC: FTC, 2007.

Mesmo na consideração de teorias do dano não horizontais, a autoridade mencionou brevemente o papel do acesso a dados sensíveis como uma possível vantagem concorrencial³⁰⁸, no entanto, pormenorizou essas preocupações remetendo a constrangimentos contratuais no tratamento de dados e supostas dificuldades operacionais em implementar essa vantagem.

Na Europa, o órgão executivo do bloco (Comissão Europeia)³⁰⁹ também concluiu que a transação não geraria efeitos danosos para os consumidores nos mercados de veiculação de anúncios ou na intermediação publicitária. Em síntese, argumentou que Google e DoubleClick não exerciam naquele momento quaisquer pressões competitivas mútuas, pelo que não poderiam ser considerados concorrentes diretos. Desse modo, o resultado da operação não teria condições de marginalizar competidores, tendo em vista a presença crível de outras empresas igualmente integradas, capazes de disponibilizar ofertas concorrentes e exercer pressões competitivas suficientes, o que a história demonstra não ter ocorrido efetivamente.

No Brasil, a operação foi também aprovada sem quaisquer condicionamentos (Ato de Concentração nº 08012.005304/2007-11), adotando por fundamento decisões as mesmas razões da *Federal Trade Commission* – FTC e da Comissão Europeia³¹⁰.

Na onda de críticas surgidas quanto à percepção muito estática adotada pelas autoridades, houve intensa discussão acadêmica sobre a rivalidade potencial entre as partes, ou seja, as chances de ameaça de entrada e disputa de parcelas de mercado uma da outra, não houvesse a operação³¹¹. Criticou-se ainda a insuficiência da apreciação de efetivos verticais, especialmente, a influência que a redução dos incentivos pela competição teria sobre aspectos não preço, como eventuais reduções da qualidade e em políticas de privacidade³¹².

A tutela da privacidade foi destacadamente excluída da análise concorrencial, quiçá considerada como uma questão consumerista³¹³, negligenciando que a quantidade de informações colhidas com a operação habilitaria o Google à construção de retratos

³⁰⁸ LEE, J. The Google-DoubleClick merger: Lessons from the Federal Trade Commission's limitations on protecting privacy. *Communication Law and Policy*, v. 25, n. 1, p. 77-103, 2020. p. 8.

³⁰⁹ EUROPEAN COMMISSION. **Mergers**: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google Brussels: EC, 2008b.

³¹⁰ CRAVO, D. C.; MOTTA, L. G. Oportunidades perdidas de análise de acesso a dados pessoais em atos de concentração. In: ZANATTA, R. A. F. *et al* (org.). **Dados, mercados digitais e concorrência**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022. p. 37-72.

³¹¹ THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. **Google acquisition of DoubleClick**: Antitrust implications. AAI, 2007. p. 13.

³¹² LEE, *op. cit.*, p. 87.

³¹³ *Ibid.*, p. 88.

comportamentais absolutamente íntimos e detalhados dos usuários, inclusive com riscos de violação a direitos fundamentais³¹⁴.

Neste ponto, reputa-se a importância de se discutir uma visão conciliada e sistêmica entre consumo, privacidade e concorrência. Reconhecidamente, há visões divergentes entre os que consideram, de um lado, uma aplicação mais autocontida do instrumental antitruste tido por não paramentado para lidar com questões de privacidade e, de outro giro, uma visão mais abrangente com a qual se filia a presente pesquisa de que essas ciências podem coexistir e se complementar na promoção do bem-estar dos consumidores³¹⁵.

Na presente investigação, alinha-se ainda à compreensão de que onde o acesso a informações pessoais coletadas, armazenadas e utilizadas se revele crítico à racionalidade de uma operação ou conduta³¹⁶, o *big data* deve estar no centro do palco da investigação concorrencial, inclusive como elemento de qualidade e diferenciação, não um mero apêndice consumerista de pouco ou nenhum impacto.

Sobre essa dualidade, cabe mencionar uma declaração posterior de um dos Comissionados da FTC a se posicionar favoravelmente à consumação da operação. Em 2020, William Kovacic viria a se pronunciar nos seguintes termos: “Se eu soubesse em 2007 o que eu sei agora, eu teria votado contra a aquisição da DoubleClick”³¹⁷ (tradução nossa).

Essa citação é sintomática de um movimento maior de autoridades antitruste na Europa e, em alguma medida, nos Estados Unidos, que transitaram de um estado de “indiferença” para uma condição de “desconforto”³¹⁸ para com o nível de concentração de poder acumulado pelas grandes plataformas de tecnologia em mercados digitais.

Com a situação posta, trata-se de uma constatação muito pragmática e contundente de que, diferente das tentativas de convencimento em sentido contrário, empreendidas principalmente por grupos dominantes como o próprio Google, a concorrência em mercados digitais não está a apenas um clique de distância³¹⁹. Com efeito, o clique duplo absorvido pelo

³¹⁴ ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. **Data protection and search engines on the Internet: Google–DoubleClick and other case studies.** Brussels: EPIC, 2008.

³¹⁵ LEE, J. The Google-DoubleClick merger: Lessons from the Federal Trade Commission's limitations on protecting privacy. **Communication Law and Policy**, v. 25, n. 1, p. 77-103, 2020. p. 8.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 77.

³¹⁷ LOHR, S. This deal helped turn Google into an Ad Powerhouse. Is That a Problem? **The New York Times**. New York, 2020.

³¹⁸ RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. Big data e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 210-237, nov./dez. 2018.

³¹⁹ HELFT, M. Google makes a case that it isn't so big. **The New York Times**, New York, jun. 2009.

conglomerado se revelou de grande sucesso para seu ingresso substantivo nos mercados de publicidade digital e para o estabelecimento de uma estratégia de portfólio de produtos.

A seguir, o avançar de outro gigante de tecnologia sobre o mercado de dados.

4.2 Amazon e Whole Foods: a digitalização do tijolo e cimento supermercadista

Outro movimento de particular interesse da pesquisa é a ação empreendida pela Amazon em 2017 na aquisição da cadeia supermercadista também norte-americana Whole Foods Market. A transação divulgada em US\$ 13,7 bilhões trouxe grande repercussão midiática, não só pela cifra envolvida, mas também pelo simbolismo da movimentação da gigante do varejo virtual, marcando sua incursão definitiva no mundo físico das relações de consumo, absorvendo “lojas erguidas em tijolo e cimento” (*brick-and-mortar stores*) ao seu portfólio virtual.

Surgida nos anos 1980 de um pequeno mercado de alimentos naturais, a rede Whole Foods cresceu e alavancou seus negócios a partir de parcerias com produtores locais e associando a marca a ideais de bem-estar na alimentação, no consumo sustentável com responsabilidade social³²⁰. Com essa proposta de capitalismo reputacional³²¹, a empresa foi a primeira cadeia supermercadista dos Estados Unidos a vender alimentos naturais e orgânicos em larga escala, se apoiando nas margens mais favoráveis desses produtos de maior valor agregado, voltado ao público de maior renda.

Depois de alcançar a presença em 400 lojas físicas, a empresa passou a vivenciar dificuldades na sustentabilidade do negócio. Além da reação da concorrência à inovação de seu modelo de negócio, a rede experimentou algumas crises detratoras de imagem corporativa que levaram à corrosão da confiança e fidelidade dos consumidores³²². Com a agressiva depreciação do valor das ações, a Whole Foods se tornou alvo disponível a tomadas de controle agressivas.

Apesar do bom desempenho virtual, a Amazon representava à época apenas 5% do mercado nacional agregado do varejo³²³. Com essa operação, a Amazon incorporaria 2% de

³²⁰ CONAWAY, R. N. *et al.* Amazon Whole Foods: When e-commerce met brick-and-mortar and saved the brand of conscientious capitalism. **Journal of Marketing Development and Competitiveness**, v. 12, n. 3, p. 112-122, 2018. p. 113.

³²¹ GRILO, P. T. F. **The acquisition of Whole Foods Market, Inc. by Amazon.com, Inc.** **Transparência e privacidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Finanças) – Católica Porto Business School, Universidade Católica Portuguesa, 2019. p. 2.

³²² CONAWAY, *op. cit.*, p. 117.

³²³ VEILLEUX JR, M. J. Alexa, can you buy Whole Foods: An analysis of the intersection of antitrust enforcement and big data in the Amazon-Whole Foods merger. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 481-512, New York, 2019. p. 504.

participação do segmento supermercadista³²⁴. Além disso, os 400 pontos de presença físicos em grandes centros populacionais norte-americanos³²⁵ representava um trunfo interessante para a logística e a sinergia no armazenamento e distribuição de mercadorias, para os diferentes canais de atendimento³²⁶.

Com o anúncio da aquisição, analistas de negócios se apressaram em descrever uma “bomba” nos mercados de varejo, uma “onda de choque” que iria promover mudanças radicais no negócio supermercadista³²⁷, a catalisação de mudanças geracionais e comportamentais não acompanhadas pelas redes estabelecidas³²⁸. O mercado acionário repercutiu com grande volatilidade³²⁹, impactando fortemente a apreciação de outras multinacionais do varejo³³⁰, com as mais distintas especulações quanto ao futuro do consumo físico³³¹. Na seara governamental, criou-se muita expectativa sobre o escrutínio regulatório e antitruste a ser adotado pelas autoridades norte-americanas³³².

Contudo, com os padrões analíticos clássicos, a ausência de uma sobreposição horizontal relevante seria suficiente a afastar preocupações antitruste³³³. E de forma surpreendente, com apenas dois meses contados da notificação, a unidade de competição da FTC emitiu uma nota simplória indicando que, a partir das informações disponíveis, não seria necessário avançar com uma investigação detalhada sobre o caso³³⁴. O prazo curto e a falta de

³²⁴ GRILO, P. T. F. **The acquisition of Whole Foods Market, Inc. by Amazon.com, Inc. Transparência e privacidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Finanças) – Católica Porto Business School, Universidade Católica Portuguesa, 2019. p. 4.

³²⁵ VEILLEUX JR, M. J. Alexa, can you buy Whole Foods: An analysis of the intersection of antitrust enforcement and big data in the Amazon-Whole Foods merger. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 481-512, New York, 2019. p. 484.

³²⁶ GRILO, *op. cit.*, p. 71.

³²⁷ CONAWAY, R. N. *et al.* Amazon Whole Foods: When e-commerce met brick-and-mortar and saved the brand of conscientious capitalism. **Journal of Marketing Development and Competitiveness**, v. 12, n. 3, p. 112-122, 2018. p. 117.

³²⁸ PHILLIPS-CONNOLLY, K.; CONNOLLY, A. J. When Amazon ate Whole Foods: Big changes for big food. **International Food and Agribusiness Management Review**, v. 20, n. 5. p. 615-622, 2017. p. 616.

³²⁹ NADAR, D. S. Amazon's acquisition of Whole Foods: A case-specific analytical study of the impact of announcement of M&A on share price. **IUP Journal of Business Strategy**, v. 15, n. 2, p. 31-48, jun. 2018.

³³⁰ VEILLEUX JR, *op. cit.*, p. 483.

³³¹ PHILLIPS-CONNOLLY; CONNOLLY, *op. cit.*, p. 616.

³³² VEILLEUX JR, *op. cit.*, p. 484.

³³³ *Ibid.*, p. 483-487.

³³⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statement of Federal Trade Commission's Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc.** Washington: FTC, 2017.

profundidade analítica despertaram críticas várias, entre juristas, entidades defensoras dos direitos dos consumidores e legisladores³³⁵.

Para o interesse da pesquisa, não há elementos suficientes para se discutir uma eventual restrição ou mesmo bloqueio da operação, até por uma limitação intransponível de acesso a informações detalhadas da notificação e demais peças de instrução. Diferentemente da tradição brasileira, a legislação e a cultura norte-americanas conferem à proteção do ambiente de negócios um caráter bastante abrangente, ampliando o alcance do sigilo aplicável às análises concorrenciais³³⁶.

Contudo, é de interesse acadêmico explorar uma dimensão que, ao melhor conhecimento da pesquisa, não foi explorado pela autoridade estadunidense, qual seja, o acesso às bases de dados pessoais como um fator de racionalidade da operação, com possibilidades ou incentivos à produção de efeitos anticoncorrenciais.

Entende-se que a não apreciação dessa dimensão foi uma oportunidade negada à comunidade antitruste para uma melhor compreensão sobre as dinâmicas de coleta, armazenamento, processamento e uso do *big data* varejista. Seria possível com uma investigação mais detida contribuir de sobremaneira com o entendimento sobre as formas de emprego combinado dessas capacidades com pontos de presença físicos – geradores de novas dimensões de dados coletados – e como essas podem influenciar o comportamento de clientes, concorrentes e fornecedores.

Reconhecidamente, um dos ativos mais valiosos da Amazon e pervasivo a todas as suas linhas de negócio corresponde à base de dados sobre consumidores, acumulada ao longo de anos de operação no comércio eletrônico³³⁷. A partir dessa operação, a gigante virtual passou a dispor também de dados acumulados pela Whole Foods e ainda sobre fornecedores parceiros³³⁸. Considerando os sinais abundantes de que a empresa de tecnologia já vinha oferecendo de suas competências em coletar, armazenar, processar e utilizar o *big data*, inclusive com algumas indicações de dominância³³⁹, o caso mereceria maior comedimento analítico sobre as

³³⁵ VEILLEUX JR, M. J. Alexa, can you buy Whole Foods: An analysis of the intersection of antitrust enforcement and big data in the Amazon-Whole Foods merger. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 481-512, New York, 2019. p. 485.

³³⁶ *Ibid.*, p. 485.

³³⁷ *Ibid.*, p. 496.

³³⁸ *Ibid.*, p. 484.

³³⁹ KHAN, L. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017.

preocupações quanto ao poder acumulado e vantagens concorrenciais nessa concentração em dados³⁴⁰.

Atualmente, passados seis anos da consolidação e superada alguma fricção inicial do choque de culturas corporativas³⁴¹, as principais mudanças percebidas no varejo físico da Whole Foods são justamente aplicações tecnológicas capazes de ampliar as capacidades de coleta e processamento cruzado de dados pessoais, mas não exclusivamente dados cadastrais e informações transacionais, mas o rastreamento do comportamento consumerista no espaço físico, permitindo experimentar reações e respostas em tempo real a promoções e outras ações comerciais³⁴².

De forma mais específica e prática, cite-se a mais recente tecnologia de autosserviço e pagamento não assistido (*checkout*) já adotado pela Amazon em mais de 200 lojas físicas. Trata-se do escaneamento da palma da mão como reconhecimento biométrico do indivíduo e método de autenticação financeira da transação³⁴³. O uso combinado desses dados oferece questões jurídicas intrigantes sobre liberdade, privacidade e segurança cibernética³⁴⁴.

Em destaque, casos de uso já em experimentação que envolvem o cruzamento da identificação biométrica com o registro civil de cidadãos para consultar, por exemplo, a maioria necessária a habilitar a aquisição de bebidas alcoólicas³⁴⁵. Apesar dessa aplicação particular oferecer um instrumento de cumprimento da legislação protetiva de jovens e adolescentes quanto ao consumo não autorizado de substâncias alcoólicas, essas possibilidades tecnológicas habilitam novos campos mais sutis de poder e influência, cada vez mais intrusivos na liberdade e na privacidade, representando a máxima manifestação do tecno-poder³⁴⁶ atomizado ao nível do indivíduo.

³⁴⁰ VEILLEUX JR, M. J. Alexa, can you buy Whole Foods: An analysis of the intersection of antitrust enforcement and big data in the Amazon-Whole Foods merger. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 481-512, New York, 2019. p. 493.

³⁴¹ GRILO, P. T. F. **The acquisition of Whole Foods Market, Inc. by Amazon.com, Inc. Transparência e privacidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Finanças) – Católica Porto Business School, Universidade Católica Portuguesa, 2019. p. 72.

³⁴² VEILLEUX JR, *op. cit.*, p. 506.

³⁴³ TARASOV, K. Amazon bought Whole Foods five years ago for \$13.7 billion. Here's what's changed at the high-end grocer. **CNBC**, Tech, aug. 2022.

³⁴⁴ DEVON, C. Amazon will soon let you pay for groceries with your palm at any Whole Foods—but tech experts urge caution. **CNBC**, Next Gen Investing, aug. 2023.

³⁴⁵ ROTH, E. Amazon's palm-scanning technology can let you buy a drink without getting out your ID. **The Verge**, Tech Policy, may 2022.

³⁴⁶ HAN, B. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Vozes, 2022.

Some-se a essas possibilidades de controle respostas dinâmicas de preço customizado ao micro-direcionamento³⁴⁷, podendo inclusive caracterizar ilícitos concorrenciais algorítmicos de discriminações atreladas à geografia (*geo-pricing*) ou de restrições injustificadas (*geo-blocking*)³⁴⁸.

No momento da escrita, os Termos de Uso (versão de maio de 2021) da identificação biométrica da palma da mão³⁴⁹ condicionam a adesão ao aceite de regras pouco detalhadas sobre o armazenamento desses dados na nuvem (em servidores em diferentes países) e à assunção de compromissos genéricos com o uso de informações na melhoria e personalização de serviços aos usuários. Do Aviso de Privacidade da empresa (versão de agosto de 2023)³⁵⁰ extrai-se um amplo espectro de fornecimento e coleta de dados, incluindo a procura por produtos, a adição ou remoção de itens do carrinho, listas de desejos e alertas, conversas e outras interações com o dispositivo de assistência pessoal por comando de voz “Alexa”, imagens e vídeos gerados nas lojas físicas etc. O consumidor até “pode optar por não fornecer determinadas informações, mas então não irá talvez aproveitar os muitos serviços oferecidos pela Amazon” (tradução nossa).

Por fim, extrai-se do presente caso que a densidade tecnológica presente nas lojas físicas Amazon/Whole Foods tem permitido à gigante varejista adicionar novas dimensões de predição e influência comportamental dos indivíduos a uma já muito sofisticada competência em *big data*, com repercussões ainda por se entender plenamente sobre a possível afetação de direitos de livre consumo, a privacidade e o futuro da concorrência dos mercados de varejo.

Na medida em que a aprovação sumária do caso representou uma oportunidade negada de debate *ex-ante* do caso, restará às autoridades um olhar vigilante para atuação *ex-post* em face de eventuais desvios de conduta posteriores.

Importante ainda perceber que esse conceito não é um movimento isolado, os incentivos econômicos à crescente concentração de bases de dados e fontes geradoras de informações avançam a níveis cada vez mais próximos e íntimos da condição humana, como o próximo caso acaba evidenciando.

³⁴⁷ KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1338.

³⁴⁸ FRAZÃO, A. O.; GOETTENAUER, C. Algoritmos de precificação e direito concorrencial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 17, n. 1, p. e40973, 2022.

³⁴⁹ AMAZON. **Amazon One Terms of Use**. Washington: Amazon, 2021.

³⁵⁰ *Id.* **Amazon.com Privacy Notice**. Washington: Amazon, 2023.

4.3 Google e Fitbit: uma *big*, porém *fitness tech*

No fim de 2019, foi a vez do Google novamente ampliar suas capacidades de coleta e tratamento de dados pessoais, avançando ao sensoriamento biológico com a aquisição da Fitbit. Apreciou em US\$ 2,1 bilhões a incorporação da empresa de soluções de softwares e serviços de saúde e bem-estar, desenvolvendo de dispositivos vestíveis, especialmente, equipamentos de pulso como monitores de bem-estar (*fitbands*) e relógios inteligentes (*smartwatches*).

O caso já foi objeto de alguns esforços de pesquisa acadêmica, inclusive com discussões bastante detalhadas da operação³⁵¹. Contudo, a figuração obrigatória deste episódio no presente esforço está em sua condição paradigmática, sobretudo a análise realizada pela Comissão Europeia³⁵².

Para além da sensibilidade de dados de saúde e bem-estar e sua conexão as questões de privacidade, interessa destacar o esforço de desenho, ajustes e aplicação de remédios de acesso ao *big data*. Até este caso, todos os atos de concentração empreendidos por Google foram aprovados sem quaisquer constrangimentos concorrenciais, ou sequer foram objeto de notificação³⁵³.

Observadores da sociedade civil manifestaram grande ceticismo prévio sobre a capacidade de as autoridades de concorrência remediarem essa operação, a possibilidade de concepção de medidas suficientes a mitigar todos os riscos concorrenciais previstos³⁵⁴. Em face da complexidade inerente à implementação e ao monitoramento de remédios, muitos foram aqueles que se manifestaram preferencialmente pela reprovação da operação³⁵⁵.

Retomando aos produtos objeto da consolidação, esses dispositivos (*fitbands* e *smartwatches*) se inserem em um contexto muito mais amplo de sofisticada miniaturização de dispositivos e sensores, acompanhadas da sua introdução em elementos ordinários do vestuário, a exemplo de óculos, anéis, pulseiras, broches, bandanas e colares³⁵⁶. Nessa vertente, estão sendo habilitadas coletas de dados biológicos cada vez mais íntimos e pervasivos às dimensões

³⁵¹ OLIVEIRA, G. L. F. A. **Análise da combinação de bases de dados em Atos de Concentração em mercados digitais**: um estudo do Caso Google/Fitbit. 2022. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

³⁵² *Ibid.*, p. 17.

³⁵³ WALLE, S. V. The European Commission's approval of Google / Fitbit – a case note and comment, **Concurrences Competition Law Review**, n. 3, jul. 2021. p. 2.

³⁵⁴ CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH. **Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers**. London: CEPR, 2020. p. 1,8.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

³⁵⁶ BANERJEE, A. *et al.* Emerging trends in IoT and big data analytics for biomedical and health care technologies. **Handbook of Data Science Approaches for Biomedical Engineering**, p. 121-152, 2020.

da existência humana e sua parametrização orgânica. Inclusive, universidades e centros de pesquisa já têm anunciado os primeiros protótipos de tatuagens eletrônicas – ou circuitos eletrônicos ultraleves impressos em adesivos – passíveis de fixação ao peito para monitoramento contínuo e em tempo real de sinais elétricos e acústicos do coração³⁵⁷.

No processo investigativo conduzido pela Comissão Europeia no caso Google e Fitbit, foram enviadas mais de 30 requisições de informações, mobilizando centenas de agentes que gravitam essa indústria, entre provedores, anunciantes e agências de publicidade, fabricantes de dispositivos, desenvolvedores de aplicativos e operadores de saúde³⁵⁸. A autoridade entendeu pela consideração de vários mercados relevantes: dispositivos de pulso (apartados de outros equipamentos vestíveis); sistemas operacionais para smartphones e dispositivos de pulso; lojas de aplicativos para smartphones e dispositivos de pulso; serviços de buscas gerais; serviços de publicidade online por pesquisas e por exibição; serviços da cadeia de valor de tecnologias publicitárias; aplicativos de saúde e bem-estar; serviços de saúde digitais; serviços de pagamentos móveis; além de outras aplicações de navegação, assistente virtual, distribuição de música e tradução digital³⁵⁹.

À exceção do mercado de pagamento móvel, a operação não apresentava sobreposição horizontal importante. No entanto, apesar de Google e Fitbit não competirem diretamente na grande maioria dos mercados analisados³⁶⁰, um aspecto importante e paradigmático adotado pela Comissão neste caso foi o reconhecimento do portfólio do *big data* de saúde e bem-estar, organizados na tipologia de 91 naturezas de dados pessoais, entre medidos, manuais ou inferidos e classificados em 17 categorias diferentes. E como deter essa condição poderia afetar concorrencialmente o funcionamento dos mercados associados, os serviços publicitários online, serviços de busca gerais e os serviços de saúde digitais³⁶¹.

Na dimensão de efeitos horizontais, ponderou-se como o acesso a essas informações de saúde e bem-estar permitiria a criação de perfis de usuários absolutamente personalizáveis³⁶², reduzindo ainda mais a pressão competitiva nos mercados de publicidade online, para que o Google pudesse, por exemplo, concorrer em aspectos não-preço, como a privacidade ou a qualidade no tratamento de dados pessoais. Uma vez concretizada a operação e o Google estaria

³⁵⁷ UNIVERSITY OF TEXAS. Chest E-Tattoo Boasts Major Improvements in Heart Monitoring. **Science & Technology**, apr. 2023.

³⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.9660 – Google/Fitbit**. Brussels: EC, 2020b. p. 14.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 23-56.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 98.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 87, 91.

³⁶² *Ibid.*, p. 99.

fortalecendo ainda mais suas competências analíticas do *big data* e de geração de anúncios direcionados³⁶³.

Na avaliação vertical, a Comissão reconheceu a capacidade do Google excluir concorrentes nos mercados à jusante dos serviços de saúdes digitais, mediante possíveis restrições nas interfaces web de acesso aos dados coletados dos usuários Fitbit³⁶⁴. Quanto aos efeitos conglomerados, a Comissão caracterizou a capacidade e os incentivos do Google à exclusão de dispositivos vestíveis concorrentes, pela via da **degradação das interfaces de operação integrada** com o sistema operacional Android para smartphones (restrição da interoperabilidade), gerando danos substantivos ao funcionamento desse mercado³⁶⁵.

Diante dessa caracterização de riscos e possíveis danos concorrenciais, houve grande esforço de negociação de condicionantes com as requerentes. Em um primeiro momento, as partes trouxeram a proposição de não empregarem por 5 anos quaisquer dados corporais ou dados de saúde e bem-estar em serviços publicitários de pesquisa e exibição do Google, mantendo esses dados em condições técnicas de separação do acesso, isoladas de qualquer utilização por essas aplicações (*data silos*)³⁶⁶. A mera adoção da separação de dados foi tida por insuficiente e rechaçada pela Comissão, após o processo de consulta ao mercado, além da percepção de deficiências no desenho de fontes e categorias de dados, insuficiência do prazo conferido e fragilidades na qualificação técnica do agente de monitoramento (*trustee*)³⁶⁷.

Na segunda fase, as requerentes apresentaram desenvolvimentos importantes, com a ampliação para 10 anos do prazo dessa regime separação do acesso ao *big data*. Além disso, foi apresentado o encargo de manutenção de uma interface web que mantivesse o acesso de terceiros a dados corporais medidos, sujeito ao consentimento dos usuários. Por fim, o compromisso de seguir licenciando gratuitamente interfaces que permitam a operação integrada e dos dispositivos vestíveis de terceiros com o sistema operacional Android de smartphones³⁶⁸.

Após nova rodada de escrutínio com os terceiros interessados e avaliações da nova versão de compromissos, a Comissão Europeia reconheceu os aprimoramentos da proposta mais indicou alguns refinamentos ainda necessários³⁶⁹. Ao final, a Comissão entendeu que a

³⁶³ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.9660 – Google/Fitbit**. Brussels: EC, 2020b. p. 105-106.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 118-119.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 155.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 183.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 189-191.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 192.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 203.

versão última de compromissos foi capaz de superar de forma proporcional as preocupações concorrenciais indicadas, sendo viáveis de implementação e de forma eficaz, em num curto período³⁷⁰.

Com todo o esforço de engajamento, discussão e participação de interessados, a Comissão Europeia evidenciou grande preocupação com a aderência entre os remédios compromissados e as preocupações caracterizadas, a viabilidade da implementação e a certeza no monitoramento³⁷¹.

Pode-se dizer que a aplicação de remédios pela Europa neste caso representou um marco referencial importante na jurisprudência internacional do antitruste, notadamente, a superação da predileção natural por intervenções definitivas e a superação da resistência e do criticismo *per se* quanto à adoção de remédios não estruturais³⁷².

No entanto, essa visão não foi unânime perante as diferentes jurisdições concorrenciais no mundo. Embora as partes tenham feito um comunicado ostensivo sobre a conclusão da operação³⁷³, o processo ainda se encontra em um aparente limbo jurídico nos Estados Unidos. Com a expiração dos prazos procedimentais da notificação da operação sem qualquer manifestação negativa ou positiva do Departamento de Justiça, há uma incerteza entre a aprovação tácita e a possibilidade de acionamento do poder judiciário a qualquer momento para retroceder na consumação³⁷⁴.

A operação foi ainda aprovada com remédios similares por autoridades do Japão e África do Sul. Já a autoridade de competição da Austrália rejeitou todos os remédios oferecidos pelas partes, os tendo considerado insuficientes à mitigação das preocupações concorrenciais identificadas³⁷⁵ e, em face do anúncio da conclusão da operação, divulgou que iria prosseguir com uma investigação sobre a antecipação da consumação de uma operação não autorizada³⁷⁶.

Com esse caso, além da inflexão necessária à compreensão do papel do antitruste em mercados digitais dependentes de dados, a adoção de teorias do dano mais arrojadas para além da sobreposição horizontal, fica patente o grau de dificuldade na coordenação necessária à

³⁷⁰ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.9660 – Google/Fitbit**. Brussels: EC, 2020b. p. 223.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 182.

³⁷² FRANK, M.; FRANK, S. Google/Fitbit: The starting point for a revolution in merger remedies in digital markets? **European Competition Law Review**, v. 42, n. 6, p. 297-302, jun. 2021.

³⁷³ GOOGLE. **Google completes Fitbit acquisition**. jan, 2021.

³⁷⁴ WALLE, S. V. The European Commission's approval of Google / Fitbit – a case note and comment, **Concurrences Competition Law Review**, n. 3, jul. 2021. p. 7.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 6.

³⁷⁶ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. **ACCC rejects Google behavioural undertakings for Fitbit acquisition**. Canberra: ACCC, 2021.

dimensão geográfica global de mercados digitais e a coordenação necessária entre diferentes jurisdições.

4.4 Meta (Facebook) e Kustomer: a “consumetria” social

Em novembro de 2020, a empresa Meta (nova denominação do Facebook) divulgou ao mercado a intenção de adquirir a Kustomer, uma startup de soluções digitais do atendimento digital de consumidores, operação foi estimada em aproximadamente US\$ 1 bilhão³⁷⁷.

A Comissão Europeia foi notificada em junho de 2021 e, em agosto, informou a necessidade de uma investigação aprofundada³⁷⁸, sob a fundada preocupação de que a partir do volume significativo de dados já detido pela rede social, a transação pudesse fortalecer ainda mais a posição do Facebook em mercados de publicidade online, a sua capacidade de veicular anúncios personalizados, além de arrefecer a concorrência pela oferta de softwares para gestão do relacionamento com consumidores (*Customer Relationship Management* - CRM).

Sediada nos Estados Unidos e fundada em 2015, a empresa Kustomer se especializou no atendimento de clientes corporativos com a oferta de soluções de gestão do relacionamento com consumidores (CRM) e produtos de softwares como um serviço (*Software as a Service* - SaaS). O produto oferecido pela companhia oferecia a gestão integrada da interação com o consumidor, nos diversos canais de interação e comunicação (telefone, e-mail, webchat, SMS, Messenger, WhatsApp, Instagram e Twitter)³⁷⁹.

Na investigação conduzida, a autoridade considerou as atividades de oferta de software de gestão do relacionamento com consumidores (CRM), a oferta de canais eletrônicos para comunicação corporativa e serviços de publicidade online.

Para a oferta de softwares de CRM, a Comissão ponderou se a entidade resultante teria condições de restringir o acesso aos canais de mensagem detidos pelo conglomerado. Nessa avaliação vertical, a autoridade entendeu que a empresa Meta teria a habilidade e fortes incentivos econômicos para impedir ou degradar o acesso de concorrentes na oferta de soluções

³⁷⁷ LOMBARDO, C.; CIMILLUCA, D. Facebook to Buy Kustomer, startup valued at \$1 billion target company. **The Wall Street Journal**, nov. 2020.

³⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION. **Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kustomer by Facebook**. Brussels: EC, 2021

³⁷⁹ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10262 – Meta (formerly Facebook)/Kustomer**. Brussels: EC, 2022b.

de CRM às interfaces corporativas de suas aplicações de comunicação WhatsApp, Messenger ou Instagram, com danos competitivos significativos³⁸⁰.

Apesar da transação não apresentar impactos horizontais no sentido mais tradicional das análises³⁸¹, a Comissão considerou que a partir da aquisição das soluções da Kustomer, a Meta passaria a ter em tese o acesso a dados de outros empreendimentos corporativos, incluindo dados transacionais de clientes finais (dados cadastrais, histórico de pedidos e compras) e outros eventos (visualizações de endereços, lista de desejos etc.). Com o advento dessa vantagem baseada em dados, teria condições de aprimorar suas técnicas de customização de anúncios publicitários e veiculação de conteúdos direcionados, elevando ainda mais as barreiras de contestabilidade dos mercados publicitários digitais³⁸².

De fato, as soluções de software para atendimento aos consumidores podem suportar uma gama altamente variada de dados associados à trajetória de consumo dos clientes finais, desde dados cadastrais (identificação, localização, informações de contato), o momento da pré-venda (histórico de compras, lista de desejos, pesquisas, visitas em sites) e o pós-venda (devoluções, acompanhamento da entrega, interações diversas)³⁸³.

No entanto, um aspecto relevante evidenciado no curso das investigações é a constatação da **separação do acesso**, ou seja, o provedor da solução de software de CRM não acessa diretamente, tampouco se utiliza dessas informações de consumidores finais, cuja responsabilidade pela gestão direta é imputada exclusivamente sobre seus clientes corporativos, inclusive para efeitos de conformidade com a legislação de privacidade³⁸⁴.

Neste ponto, é de interesse particular da pesquisa atentar para o destaque conferido pela Comissão ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia. Destacou como a entidade resultante restará investida da obrigação de adoção de técnicas e processos organizacionais para assegurar a conformidade na coleta, processamento e de dados pessoais, incluindo o atendimento a princípios de necessidade, finalidade, adequação e transparência³⁸⁵.

Em que pese a existência de legislação e de instrumentais protetivos da privacidade, a Comissão ponderou que o dano concorrencial poderia se materializar, ainda que ao custo da

³⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10262 – Meta (formerly Facebook)/Kustomer**. Brussels: EC, 2022b. p. 70.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 144.

³⁸² *Ibid.*, p. 145.

³⁸³ *Ibid.*, p. 11.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 12.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 146.

violação desse aparato³⁸⁶. Mas a chave argumentativa empregada para afastar essas preocupações foi efetivamente o reconhecimento do modelo de negócios da oferta de software de CRM, onde o efetivo controle de acesso e gestão da base de dados recai sobre os clientes corporativos contratantes da solução.

Após um teste de mercado inicial sobre os compromissos ofertados pelas adquirentes³⁸⁷, o desenho final de medidas³⁸⁸ previu compromissos com a duração mínimas de 10 anos: (i) garantir o acesso não discriminatório e gratuito às interfaces de suas soluções de comunicação para concorrentes fornecedores de soluções de CRM; (ii) disponibilizar melhorias ou atualizações equivalentes a quaisquer recursos ou funcionalidades dos aplicativos Messenger, Instagram ou WhatsApp usados aos clientes da Kustomer. Um agente de monitoramento foi designado ao acompanhamento das ações.

Por fim, registra-se que o episódio Meta (Facebook) e Kustomer é um caso importante a evidenciar a necessidade de um olhar sistêmico das autoridades de concorrência sobre como as dinâmicas do conhecimento informacional podem impactar no bem-estar de consumidores e no correto funcionamento de mercados.

4.5 Activision Blizzard e Microsoft: *Call of Antitrust and Remedy Crush Saga*

A plataforma de tecnologias Microsoft realizou em 2022 um gigantesco movimento inorgânico ao adquirir a Activision Blizzard. Apreciada em US\$ 68,7 bilhões, trata-se da maior consolidação da história dos jogos eletrônicos e uma das principais transações da indústria de tecnologia³⁸⁹.

A Activision foi fundada ainda em 1978, por então ex-funcionários da pioneira de jogos eletrônicos Atari. Já a desenvolvedora de jogos a se tornar a Blizzard foi criada em 1991. As duas operações se uniram em 2008 para formar então uma das maiores desenvolvedoras e editoras de jogos eletrônicos, alcançando um bom desempenho comercial com franquias de jogos eletrônicos de sucesso, dentre elas, Diablo, World of Warcraft e Call of Duty³⁹⁰.

³⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10262 – Meta (formerly Facebook)/Kustomer**. Brussels: EC, 2022b. p. 147.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 168.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 177.

³⁸⁹ NICHOLS, R. The Microsoft/Activision Blizzard merger. **The Political Economy of Communication**, v. 10, n. 1, p. 77-83, 2022. p. 77.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 78.

Em 2016, a Activision Blizzard incorporou por US\$ 6 bilhões a desenvolvedora King, especializada em jogos para dispositivos móveis (celulares e tablets) e cujo produto de maior notoriedade é a série Candy Crush³⁹¹.

Desde que ingressou no mercado de jogo eletrônico e consoles, a partir de seu primeiro dispositivo (Xbox), a Microsoft tem sido um agente de grande relevo na indústria. Partindo de uma posição já robusta nos elos da fabricação de equipamentos e no desenvolvimento de produtos, a companhia evidenciou com essa operação o apetite em contestar a liderança da indústria detida pela Sony³⁹². E essa disposição pode ser justificada pela pujança financeira da indústria de jogos eletrônicos. Trata-se hoje do negócio mais lucrativo de conteúdo e entretenimento, maior inclusive do que os mercados de filmes, livros e música somados. Os videogames têm gerado mais de US\$ 180 bilhões em receitas anuais, crescendo quase 10% ao ano e ostentam uma base de mercado de mais de 3 bilhões de consumidores (jogadores) no mundo³⁹³.

Na notificação do caso à Comissão Europeia, o órgão contextualizou a indústria em dois conjuntos principais de atividades de oferta: (i) os esforços de desenvolvimento (arte, programação etc.) e editoria dos jogos (publicação e definição de modelo de negócio); e (ii) ações de distribuição, marketing e vendas³⁹⁴. Pela ótica do consumidor, a experiência de jogos eletrônicos pode ocorrer pelos meios tradicionais de execução local com um equipamento do consumidor (computador pessoal, console dedicado ou dispositivo móvel), ou pela opção mais recente e promissora de execução remota (processamento em nuvem), em servidores próprios ou contratados pela provedora do serviço de entretenimento³⁹⁵.

Quanto aos consoles dedicados, nos últimos 20 anos, o mercado tem sido dominado apenas por três grandes fabricantes: a Sony, com as sucessivas gerações de PlayStation; a Microsoft e a família de consoles Xbox e a Nintendo, com sua estratégia singular de jogos exclusivos³⁹⁶. Mas a conformação de poder centrada no dispositivo tem se transformando com o advento da massificação do acesso à Internet, com altas velocidades de conexão, a difusão de data centers e a sofisticação de soluções em nuvem (*cloud*). A venda física de jogos tem caído

³⁹¹ NICHOLS, R. The Microsoft/Activision Blizzard merger. **The Political Economy of Communication**, v. 10, n. 1, p. 77-83, 2022. p. 79.

³⁹² *Ibid.*, p. 77.

³⁹³ PALES, E. Microsoft and Activision-Blizzard: Examining the largest tech acquisition of all time. **Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law**, v. 12, p. 17-54, may 2022. p. 18-20.

³⁹⁴ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10646 – Microsoft/Activision Blizzard**. Brussels: EC, 2023b. p. 7,8.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 7,8.

³⁹⁶ PALES, *op. cit.*, p. 28.

de forma consistente e com a progressiva substituição por experiências de jogos online, alguns consoles de última geração já não dispõem mais de qualquer capacidade de leitura de mídias físicas, sendo quase que integralmente dependentes da conexão à Internet³⁹⁷.

Além disso, cabe mencionar a acelerada penetração dos acessos móveis e a popularização dos *smartphones*. A categoria de jogos para dispositivos móveis (celulares e tablets) já são responsáveis pela maior parte das receitas desse mercado³⁹⁸. Apesar de não apresentarem qualquer custo de entrada, isto é, são gratuitos para baixar e jogar, eles são financiados por uma combinação entre anúncios publicitários e microtransações, compras de pequeno valor com o objetivo de aprimorar a experiência de jogabilidade, disponibilizar conteúdos adicionais, ou mesmo agregar itens estéticos de personalização³⁹⁹. Ganham destaque nessa abordagem “*freemium*” de microtransações os dados e informações comportamentais dos usuários, o mapeamento de perfis e padrões de uso, com riscos inclusive de indução à adicção.

Na análise concorrencial do caso, um aspecto de especial atenção da Comissão Europeia foi justamente o surgimento de novos modelos de negócio. Em especial, aqueles que a autoridade identificou como potencialmente disruptivos, como as ofertas baseadas em assinaturas mensais de acesso a plataformas em nuvem, com capacidade de processamento remoto e acesso assegurado a uma biblioteca de vários jogos⁴⁰⁰. Na visão da Comissão, a entrada recente de novos agentes pela via dos jogos em nuvem seria evidência do potencial crescente dessa modalidade, com capacidade para desconstituir as fronteiras entre os dispositivos e ecossistemas fechados no entorno de consoles específicos⁴⁰¹.

A Comissão estabeleceu como mercados relevantes: (i) o desenvolvimento e a editoria de jogos eletrônicos para consoles dedicados e computadores pessoais, mantendo em aberto a eventual segmentação baseada em plataformas (computador e console), gênero (aventura, corrida, luta etc.) ou tipos (prêmio e não prêmio) específicos⁴⁰²; (ii) a distribuição de jogos eletrônicos para computadores pessoais e consoles, sem qualquer segmentação mais detalhada⁴⁰³; e (iii) os sistemas operacionais para computadores pessoais⁴⁰⁴.

³⁹⁷ PALES, E. Microsoft and Activision-Blizzard: Examining the largest tech acquisition of all time. **Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law**, v. 12, p. 17-54, may 2022. p. 28.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 21.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 21,22.

⁴⁰⁰ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10646 – Microsoft/Activision Blizzard**. Brussels: EC, 2023b. p. 11.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 13-21.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 22-27.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 28-29.

Com a sobreposição de operações no mercado de desenvolvimento e editoria de jogos, a Comissão investigou, mas não identificou riscos de restrições concorrenciais decorrentes de efeitos horizontais⁴⁰⁵. Na perspectiva vertical, a Comissão afastou a possibilidade de restrições ao acesso de desenvolvedores e editores concorrentes à loja digital do console da Microsoft, o Xbox⁴⁰⁶. Considerou também improvável a retenção ou degradação do acesso de consoles concorrentes ao insumo de “jogos de tiro”, ainda que a participação de mercado combinada desse gênero específico de jogos tenha superado 30% de participação no mercado⁴⁰⁷.

Considerando o crescimento potencial dos modelos de oferta de jogo em nuvem por assinatura, a Comissão entendeu que, na ausência da operação, no curto ou médio prazo, a Activision Blizzard teria fatalmente iniciado a licenciar seus jogos para provedores de streaming de jogos em nuvem⁴⁰⁸, por essa razão, investigou possíveis restrições de acesso de concorrentes ofertantes de serviços de streaming⁴⁰⁹. Nesse quesito, entendeu a autoridade que a resultante da operação teria capacidade e incentivo para excluir distribuidores concorrentes dos serviços de streaming de jogos em nuvem, mantendo o acesso aos jogos Activision Blizzard no serviço de streaming próprio da Microsoft, com efeitos deletérios para o justo funcionamento desse mercado⁴¹⁰.

Na dimensão conglomerada da operação, a Comissão Europeia também identificou a probabilidade de que a entidade pudesse excluir sistemas operacionais concorrentes, restringindo ou degradando o acesso aos jogos Activision Blizzard e ao serviço de streaming de jogos em nuvem da Microsoft, com danos à concorrência⁴¹¹.

Para responder às preocupações concorrenciais identificadas, as requerentes negociaram dois compromissos de licenciamento, ambos com a duração de 10 anos: (i) uma licença gratuita para consumidores europeus que permita transmitir em qualquer serviço de streaming em nuvem de sua escolha os jogos Activision Blizzard já adquiridos e (ii) uma licença gratuita correspondente para provedores de serviços de streaming de jogos em nuvem para permitir que

⁴⁰⁵ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.10646 – Microsoft/Activision Blizzard**. Brussels: EC, 2023b. p. 30.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 34, 108.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 127-138.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 150.

os jogadores transmitam qualquer jogo Activision Blizzard⁴¹². E com essa conformação, a Comissão Europeia entendeu que seria possível aprovar a operação.

Apesar desse encaminhamento no continente europeu, nos Estados Unidos, o caso seguiu rumos absolutamente distintos. A *Federal Trade Commission* (FTC) entendeu que o controle adquirido pela Microsoft sobre as essas importantes franquias de jogos oferecia grandes riscos à concorrência, com muitas possibilidades de negativa ou degradação das condições de acesso dos concorrentes a esses jogos de grande popularidade⁴¹³. A autoridade estadunidense buscou administrativa e judicialmente bloquear a operação, mas teve o seu pedido de liminar negado pela justiça, dado o compromisso assumido em juízo pela Microsoft em manter o jogo da modalidade de tiro Call of Duty na plataforma da concorrente Sony, pelo prazo mínimo de 10 anos e ainda adaptar esse jogo ao console da Nintendo⁴¹⁴.

Pela melhor informação disponível no momento da pesquisa, a discussão judicial segue em andamento nas cortes norte-americanas, com a apelação oferecida pela FTC⁴¹⁵. Esta derrota parcial soma-se a outros casos frustrados nas tentativas de enfrentamento do poder acumulado pelas chamadas *Big Techs* e suscitada dúvida quanto ao efetivo suporte institucional conferido à atual gestão da FTC nesse esforço⁴¹⁶.

O caso Microsoft/Activision Blizzard representou ao longo de 20 meses uma verdadeira saga de debates regulatórios e concorrenciais, entre notificações, requisições de informações, inquéritos administrativos e ações judiciais de várias autoridades e jurisdições governamentais. No momento da escrita, a operação já contava com decisões favoráveis de várias jurisdições, Arábia Saudita, Brasil, Chile e Sérvia, obtidas em 2022, União Europeia, Ucrânia e Reino Unido, publicadas em 2023⁴¹⁷.

No Brasil, a Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade⁴¹⁸ entendeu que, horizontalmente, a operação não seria capaz de promover alterações significativas nas estruturas de oferta, para nenhum dos cenários considerados. Quanto aos

⁴¹² EUROPEAN COMMISSION. **Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions**. Brussels: EC, 2023a. Press Release.

⁴¹³ FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC seeks to block Microsoft Corp.'s acquisition of Activision Blizzard, Inc.** Washington: FTC, 2022. Press Release.

⁴¹⁴ WATERCUTTER, A. Microsoft's Activision Blizzard Deal Changes the Game. **Wired**, 13 oct. 2023. Culture.

⁴¹⁵ WARREN, T. FTC v. Microsoft: All the news from the big Xbox courtroom battle. **The Verge**, 5 dez. 2023.

⁴¹⁶ PALMA, S. Microsoft-Activision ruling represents setback for FTC chair Lina Khan. **Financial Times**, 12 jul. 2023.

⁴¹⁷ ŠIMIĆ, I. Microsoft's Activision Blizzard acquisition: How did it happen? **Esports Insider**, oct. 2023

⁴¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46**. Brasília: Cade, 2022.

possíveis efeitos verticais, a autoridade brasileira ponderou que Microsoft não teria incentivos para dificultar o acesso de editores concorrentes ao ecossistema Xbox. Tampouco o fechamento de mercados à jusante da operação seria objeto de preocupações, ainda que o catálogo de jogos Activision Blizzard viesse a se tornar exclusivo para o ecossistema da Microsoft. Concluiu, portanto, que as possíveis integrações e complementaridades geradas ou reforçadas pela operação não ofereceria riscos significativos à concorrência.

Interessante contrastar a visão brasileira com a posição do Reino Unido, onde autoridade de concorrência *Competition and Markets Authority* – CMA chegou a bloquear a operação, convertendo-se na principal trincheira regulatória das requerentes com as economias desenvolvidas, depois da frustração das tentativas empreendidas pela FTC e a aprovação conferida pela União Europeia⁴¹⁹.

A autoridade britânica considerou que a Microsoft teria a capacidade e o incentivo para usar o conteúdo da Activision para excluir plataformas rivais de serviços de jogos em nuvem atuais e futuras, caracterizando uma redução substancial da concorrência nos serviços de jogos em nuvem no Reino Unido. O relatório da primeira investigação concluiu que seria a única solução eficaz e proporcional⁴²⁰.

Em resposta à negativa da CMA, as partes ofereceram uma proposta alternativa envolvendo a alienação de direitos sobre os jogos em nuvem fora do Espaço Econômico Europeu em favor de uma terceira parte, a editora de jogos francesa Ubisoft, pelo período de 15 anos. Na Europa, a Ubisoft receberá uma licença de venda não exclusiva, ou seja, a Microsoft poderá também acessar os direitos de jogos em nuvem da Activision dentro do bloco⁴²¹. Com essa nova conformação, a CMA decidiu anuir com os termos oferecidos pelas Partes e consentir com a aquisição da Activision Blizzard pela Microsoft, excluindo os direitos de streaming em nuvem fora do Espaço Econômico Europeu, sujeitos à alienação de direitos de streaming em nuvem antes da conclusão da operação.

Apesar das investigações concorrenciais conduzidas neste episódio não trazerem uma centralidade tão óbvia na questão dos dados, os pontos de atenção valiosos para a presente pesquisa residem nas condições de acesso e abertura de ecossistemas eletroeletrônicos, além da

⁴¹⁹ SAWERS, P. It's official: Microsoft closes \$68.7B Activision Blizzard acquisition as UK approves restructured deal. **TechCrunch**, 13 oct. 2023.

⁴²⁰ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Anticipated acquisition by Microsoft Corporation of Activision Blizzard - Decision on Consent under the final order**. London: CMA, 2023a.

⁴²¹ SAWERS, P. It's official: Microsoft closes \$68.7B Activision Blizzard acquisition as UK approves restructured deal. **TechCrunch**, 13 oct. 2023.

percepção de desafios de complexidade inerentes ao desenho de intervenções não estruturais nessa indústria e, por fim, os problemas de articulação institucional sobre a suficiência e a proporcionalidade de medidas, considerando o contexto global de mercados digitais.

Concluída a discussão atinentes aos atos de concentração, passa-se à apreciação do acesso ao *big data* na gestão de condutas.

5 ACESSO A DADOS NO CONTROLE DE CONDUTAS

Neste capítulo, almeja-se explorar os episódios de condutas onde o controle do acesso a dados se mostrou uma condição de aparente poder, a permitir reflexões importantes sobre as interfaces necessárias da defesa da concorrência com o consumo e a privacidade.

Diferentemente do capítulo anterior onde a atuação preventiva (*ex-ante*) constituía a oportunidade de agir, a atuação repressiva ou reparatória posterior (*ex-post*) compreende a resposta a uma condição já configurada ou em curso.

Para a investigação de condutas, foi também realizado um esforço de curadoria de vários casos envolvendo mercados digitais, voltada à identificação daqueles onde questões do acesso a dados foram determinantes e possam contribuir com o alcance dos objetivos da presente pesquisa. Quanto à escolha dos casos, foram empregados os mesmos critérios metodológicos utilizados na seleção de atos de concentração, levando em conta as possibilidades de agir condizentes com condutas unilaterais de acesso ao *big data*.

No início de 2023, havia 17 investigações antitruste de grande repercussão internacional em andamento ou em face de encerramento, contra Amazon, Apple, Google, Meta (Facebook) e Microsoft⁴²².

Apesar da existência de legítimas controvérsias e divergências de enquadramento legal ou mesmo de resultados e diagnósticos, esses casos demonstram uma onda crescente de inquietação com o poder acumulado pelas gigantes de tecnologia e um sentimento geral de busca por remédios capazes de promover uma maior intensidade competitiva⁴²³.

5.1 FTC vs. Toysmart.com: minha dívida, seus dados

No primeiro semestre do ano 2000, momento em que o mercado de capitais já dava os primeiros sinais de recuo com a euforia das empresas “ponto com”, o processo falimentar de uma varejista digital de brinquedos infantis (Toysmart.com) fez surgir um dos primeiros debates de conduta envolvendo relações de consumo e a privacidade no varejo digital.

Com o anúncio do encerramento de suas operações, a Toysmart comunicou a intenção de desfazimento de uma base de dados transacionais de clientes (nomes, endereços, datas de

⁴²² DEMELIS, N. The antitrust alphabet: Amazon, Buy Boxes, and Competition. **Boston College Intellectual Property and Technology Forum**, v. 2024, p. 1-27, jan. 2024. p. 25.

⁴²³ *Ibid.*, p. 24.

aniversário, preferências de consumo e propensão ao gasto)⁴²⁴, aquilo que o agente de suporte à falência (*trustee*) da Toysmart avaliou⁴²⁵ como o “seu” principal e mais valioso ativo. Essa tentativa chegou a merecer o anúncio de uma página inteira no periódico *The Wall Street Journal* convidando interessados na aquisição dessa promissora base de dados de consumo⁴²⁶.

A ampla divulgação da medida provocou uma resposta da *Federal Trade Commission* - FTC, fazendo aqui um breve registro de que o órgão estadunidense ostenta essa condição dual, com a jurisdição acumulada de questões concorrenciais e consumeristas. A FTC acionou então judicialmente a Toysmart, requerendo uma medida preventiva contra a tentativa de alienação da base de dados pessoais, alegando⁴²⁷ comportamento enganoso e quebra de confiança perante os consumidores. Além de atentar contra a legislação protetiva da privacidade infantil, o caso apresentava o agravante de violação da própria política de privacidade da varejista, onde constava previsão expressa do compromisso de não compartilhar dados e informações pessoais.

O caso trouxe forte reações de ativistas da privacidade digital e acadêmicos interessados na matéria. A controvérsia foi resolvida com um acordo judicial, as acusações oferecidas pela FTC foram equacionadas a partir de compromissos assumidos pela Toysmart de não alienar a base de dados como um ativo independente do negócio principal e buscar um "comprador qualificado" que operasse em um segmento de mercado próximo, mantidos os termos de privacidade inicialmente fixados, além de uma determinação judicial determinando a destruição de todos os dados pessoais infantis que foram coletados indevidamente⁴²⁸.

O desfecho do caso foi considerando um tanto frustrante por alguns estudiosos⁴²⁹, por não promover o enfrentamento (ou mesmo a formação jurisprudencial) de questões jurídicas importantes sobre limites econômicos da exploração da privacidade nas relações de consumo. Sequer as medidas reparadoras do acordo foram testadas, pois o que ocorreu, na prática, foi uma solução interna, de governança corporativa. O acionista majoritário da Toysmart (Buena Vista Internet Group), então uma empresa subsidiária do grupo Walt Disney Company, decidiu por compensar os credores do empreendimento em falência para poder ter a prerrogativa de destruir o banco de dados e assim encerrar definitivamente a questão.

⁴²⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC sues failed website, Toysmart.com, for deceptively offering for sale personal information of website visitors**. Washington: FTC, 2000.

⁴²⁵ CARROLL, B. Price of privacy: Selling consumer databases in bankruptcy. **Journal of Interactive Marketing**, v. 16, n. 3, p. 47-58, 2002. p. 52.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 49.

⁴²⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION, *op. cit.*, 2000.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ BRONSKI, D. *et al.* FTC vs. Toysmart. **Duke Law Technology Review**, v. 0010, mar. 2001.

No grande volume de empreendimentos “ponto com” frustrados com o estouro da bolha da Internet, o episódio Toysmart.com não foi o único caso nos Estados Unidos a tensionar as fronteiras do direito civil contratual, a confiança do consumidor e o respeito à privacidade. Há registros de outras tentativas de alienação de bases dados transacionais igualmente combatidas no poder judiciário⁴³⁰. Ocorre que o episódio Toysmart é paradigmático. Em parte, o apelo advindo com riscos de exposição da intimidade das famílias e da privacidade infantil, a partir de atos tão singelos e supostamente inocentes quanto o fornecimento de dados cadastrais no ato da compra de brinquedos. Além disso, tem-se a flagrante quebra de confiança e violação contratual de cláusulas com previsão expressa sobre o não compartilhamento da base de dados. A varejista digital ostentava inclusive uma certificação de melhores práticas de privacidade e tratamento de dados, conferida por entidade de autorregulação da indústria⁴³¹.

Recobrando um pouco de contexto do momento, é importante ponderar que ao tempo em que a indústria da Internet se reorganizava com o estouro da bolha especulativa, uma parte substancial de consumidores ainda se mostrava bastante hesitante com transações eletrônicas, por receios de segurança e falhas no fornecimento de dados⁴³². Além da sensibilidade do período, deve-se ampliar a avaliação ao perfil corporativo da controladora da Toysmart, o grupo Walt Disney Company. Em se tratando de um conglomerado de entretenimento infanto-juvenil, voltado à produção de conteúdo e itens de consumo para esse universo, não é absurdo presumir que a controladora tenha tido um senso de pragmatismo corporativo na resolução rápida e pontual do caso. Considerando a imagem de confiança construída ao longo de anos, não seriam nada triviais eventuais danos reputacionais causados por qualquer associação à violação da intimidade e da privacidade de dados justamente do público infantil.

Apesar da distância temporal dos debates sobre marcos legislativos modernos de proteção de dados, o caso Toysmart foi um marco precoce importante de avaliação da natureza jurídica singular de dados pessoais em mercados digitais. Nesse sentido, a jurisprudência norte-americana acabou por afastar a tentativa de estabelecimento de uma visão meramente patrimonial, da livre disposição de ativos por parte de seu detentor. Ao reconhecer a importância de valores como a confiança das relações e a privacidade de usuários hipossuficientes, a FTC sinalizou a possibilidade de um caminho doutrinário singular para a natureza de dados pessoais.

⁴³⁰ CARROLL, B. Price of privacy: Selling consumer databases in bankruptcy. **Journal of Interactive Marketing**, v. 16, n. 3, p. 47-58, 2002.

⁴³¹ BRONSKI, D. *et al.* FTC vs. Toysmart. **Duke Law Technology Review**, v. 0010, mar. 2001.

⁴³² *Ibid.*

A atuação da FTC no caso trouxe desdobramentos também para outros varejistas digitais de grande porte. Provocou uma onda de ajustes nos termos e condições de uso, bem como nas políticas de privacidade, onde os detentores de dados buscaram equilibrar um ambiente de confiança no relacionamento com os consumidores e, ao mesmo tempo, preservar algum grau de flexibilidade e proteção contra eventuais litígios nos regimes de tratamento⁴³³.

Além disso, o caso ofereceu também uma reflexão importante sobre a incapacidade dissuasória ou coercitiva (*toothless enforcement*) de agentes de autorregulação, alguns inclusive concebidos como uma tentativa de afastar a necessidade de fiscalização estatal⁴³⁴.

Nos próximos casos, seguem-se discussões sobre os interesses empresariais no acesso a dados pessoais, inclusive repercussões contratuais e tentativas negociais em assegurar esse acesso.

5.2 PeopleBrowsr vs. Twitter: o fluxo minerador de tweets

A PeopleBrowsr, então uma empresa de inteligência analítica de mercado com base em mídias sociais, acionou judicialmente o Twitter em novembro de 2012, alegando suposta negativa de acesso a mensagens postadas na plataforma, o que configuraria na visão da autora violação à lei de concorrência do estado da Califórnia⁴³⁵.

O negócio principal da PeopleBrowsr envolvia a mineração do conteúdo dos *tweets* (à época mensagens exclusivamente de texto com pouco mais de uma centena de caracteres) com o objetivo de mapear o alcance de influenciadores mais relevantes em determinados segmentos, além de registrar a percepção e a reação de consumidores ao estímulo de diferentes produtos e serviços. Para isso, a PeopleBrowsr se valia de uma solução técnica de acesso estruturado ao conteúdo dos *tweets* denominada “*Twitter Firehose*”, a qual estaria sendo descontinuada unilateralmente pela rede social⁴³⁶.

Na ausência de uma tradução mais funcional para *Firehose*, a analogia de uma “mangueira de incêndio” corresponde neste contexto a uma funcionalidade informatizada capaz de oferecer a transmissão estruturada de uma grande fluxo de dados, gerados em tempo real e

⁴³³ CARROLL, B. Price of privacy: Selling consumer databases in bankruptcy. **Journal of Interactive Marketing**, v. 16, n. 3, p. 47-58, 2002. p. 56.

⁴³⁴ BRONSKI, D. *et al.* FTC vs. Toysmart. **Duke Law Technology Review**, v. 0010, mar. 2001.

⁴³⁵ UNITED STATES. District Court of the Northern District of California. **Peoplebrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.** Case No. C-12-6120, 2013.

⁴³⁶ *Ibid.*

destinados ao processamento e análise do *big data*. No caso do Twitter, estimava-se na ocasião o acesso a mais de 340 milhões de postagens diárias⁴³⁷.

Inicialmente, a solução de *Firehose* teria sido negociada em 2008, sem quaisquer cobranças pelo acesso. Em 2010, as partes alcançaram uma nova condição comercial, envolvendo o comprometimento de até 25% da receita bruta da PeopleBrowsr com o acesso ao fluxo dos *tweets* postados diariamente⁴³⁸.

Alegando a essencialidade desse insumo, a ausência de substitutos nos mesmos padrões de volume e validade temporal, além de riscos à continuidade operacional da PeopleBrowsr com a interrupção do contrato, a empresa logrou sucesso em obter uma medida preventiva da Corte do Distrito Norte da Califórnia, impedindo a rescisão e determinando a manutenção do acesso à solução de *Firehose*⁴³⁹.

Em suas manifestações, embora não questione a titularidade dos *tweets* e a propriedade intelectual dos autores⁴⁴⁰, o Twitter alegou que não estaria legalmente obrigado a contratar com a PeopleBrowsr. Ainda que tivesse disponibilizado essa solução no passado, a plataforma alegou deter a plena liberdade de definir a melhor gestão do fluxo de dados sob sua responsabilidade, inclusive o regime de licenciamento concedido em caráter de exclusividade a outros provedores, de quem a PeopleBrowsr poderia contratar indiretamente o acesso ao conteúdo dos *tweets*⁴⁴¹.

A disputa acabou sendo resolvida em um acordo entre as partes, em abril de 2013. A conciliação permitiu à PeopleBrowsr seguir usufruindo da solução de *Firehose* até o fim de 2013, muito embora as condições comerciais e os termos detalhados não sejam do conhecimento da comunidade científica⁴⁴².

Nas discussões acadêmicas que se seguiram, questionou-se a capacidade do poder judiciário oferecer respostas condizentes com os desafios do *big data* para a disciplina antitruste, reconhecendo a assimetria de poder dos agentes em mercados digitais⁴⁴³. Outra

⁴³⁷ UNITED STATES. Superior Court of the State of California County of San Francisco. **Declaration of John David Rich in support of plaintiffs' application for temporary restraining order and order to show cause re: preliminary injunction**, 2012.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ RIBEIRO, S. Social analytics firm PeopleBrowsr wins temporary order against Twitter. **Computer World**, nov. 2012.

⁴⁴⁰ SHIH, G. Twitter settles dispute with analytics firm over data access. Technology News. **Reuters**, 2013.

⁴⁴¹ JEFFRIES, A. After suing Twitter, PeopleBrowsr wins data access back in settlement. **The Verge**, apr. 2013.

⁴⁴² SHIH, *op. cit.*

⁴⁴³ ABRAHAMSON, Z. Essential data. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 3, p. 576-881, dec. 2014. p. 869.

ponderação importante se deveu à qualificação de teorias do dano aplicáveis à exclusão e ao fechamento de mercado, a partir da negativa em contratar o acesso a dados⁴⁴⁴.

E não se trata apenas de uma situação episódica de dependência econômica, mas da tipificação de condutas com características de abusividade, que extrapolam a liberdade econômica e são capazes de gerar efeitos danosos ao funcionamento dos mercados⁴⁴⁵.

Para os mercados digitais dependentes de dados, não é possível ignorar a presença forte efeitos de rede e do fenômeno do encarceramento dos usuários (*lock-in*), que constituem sólidas barreiras técnicas e econômicas à contestabilidade desses mercados, permitindo uma alavanca de poder em favor do detentor, o guardião do portão de acesso (*gatekeeper*) aos dados⁴⁴⁶.

Na condição de *gatekeeper*, o detentor do *big data* pode, no limite, negar aos concorrentes potenciais o acesso a dados de difícil ou improvável replicação, mas indispensáveis ao bom funcionamento de mercados relacionados⁴⁴⁷. Dessa forma, estariam asseguradas as condições para monopolizar esses mercados e maximizar os ganhos, em detrimento de rivais, de fornecedores e do bem-estar do consumidor⁴⁴⁸.

São várias as possibilidades de restrição ou negativa do acesso a dados, com efeitos deletérios à livre concorrência. Observa-se desde posturas mais defensivas contra o desenvolvimento de novos produtos concorrentes em outros elos da cadeia produtiva⁴⁴⁹, até mesmo o tombamento de mercados de resultados incertos, cujos resultados e lucratividade somente se confirmassem algum tempo depois⁴⁵⁰. Por hipótese, se o detentor de dados não puder prever a demanda final oferecida por mercados à jusante de sua operação, ele pode muito bem adotar estratégias temporárias de abertura e crescimento e, mantido o controle de acesso aos dados essenciais, reservar para si a opção estratégica de entrada, em caso de sucesso desses mercados à jusante⁴⁵¹.

Muito embora a conceito de tombamento de mercados seja algo intuitivo – a inflexão que permita ao ofertante sair de uma condição de concorrência a um equilíbrio monopolista de vantagens não contestadas⁴⁵² – a dificuldade reside de fato é no mapeamento preciso desse

⁴⁴⁴ ABRAHAMSON, Z. Essential data. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 3, p. 576-881, dec. 2014. p. 867.

⁴⁴⁵ TOMBAL, T. Economic dependence and data access. **International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)**, v. 51, n. 1, p. 70-98, oct. 2019. p. 6.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁴⁷ ABRAHAMSON, *op.cit.*, p. 870.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 872.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 874.

⁴⁵⁰ TOMBAL, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵¹ ABRAHAMSON, *op. cit.*, p. 873.

⁴⁵² PETIT, N.; BELLOSO, N. M. A Simple Way to Measure Tipping in Digital Markets. **Promarket**, apr. 2021.

ponto de virada. No presente episódio, foi conferido inicialmente acesso estruturado e gratuito da PeopleBrowsr ao conteúdo de tweets, de modo que a empresa pudesse conceber e implementar um serviço de valor agregado sobre esse material, inclusive favorecendo o desenvolvimento de mercados associados e contribuindo com a agregação de valor associado à plataforma. Contudo, na medida em que o Twitter teria percebido o potencial de geração de valor a partir desse insumo essencial, optou por restringir o acesso até a extinção da relação comercial⁴⁵³ e a adoção de outras estratégias comerciais.

Atualmente, em consulta ao Portal para Desenvolvedores da rede social X (nova denominação do *Twitter*)⁴⁵⁴, identifica-se que aquilo que já foi uma oferta despretensiosa e gratuita de acesso ao conteúdo dos *tweets*, constitui hoje uma linha de negócios própria, com ofertas customizadas pela plataforma. Compostas por camadas analíticas, métricas de respostas e engajamento em tempo real, essas soluções envolvem valores iniciais de US\$ 42 mil mensais até valores especiais, sob consulta das necessidades especiais do contratante.

Para os propósitos do interesse da pesquisa, o caso parece revelar a dependência de um ecossistema estruturado em dados, cuja essencialidade é capaz de oferecer condições de tombamento, sujeitas à mudança estratégica de interesses e comportamento daquele detentor do *big data*.

Se uma condição de acesso ao *big data* estruturada e suportada por contrato já oferece riscos e inseguranças jurídicas, ainda mais sensíveis e vulneráveis são aqueles casos da coleta independente de dados, ou da aludida prática de raspagem (*scrapping*) de dados, explorada em mais detalhes a seguir.

5.3 hiQ Labs vs. LinkedIn: raspar e analisar, não é só começar

Trata-se da disputa entre a plataforma de conteúdo profissional LinkedIn e a hiQ Labs, uma empresa de análise tecnológica de recursos humanos. Em junho de 2017, esta empresa acionou judicialmente a rede social, em resposta a tentativas de o LinkedIn impedir o seu acesso aos conteúdos disponibilizados publicamente por profissionais usuários da ferramenta⁴⁵⁵. O modelo de negócios da hiQ previa ofertar a empregadores uma análise detalhada de perfis

⁴⁵³ TOMBAL, T. Economic dependence and data access. **International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)**, v. 51, n. 1, p. 70-98, oct. 2019. p. 6. p. 15.

⁴⁵⁴ X Developer Platform: **Tap into what's happening to build what's next**: Get immediate access to the X API and unlock the potential of the X data, 2023.

⁴⁵⁵ UNITED STATES. District Court of the Northern District of California. **hiQ Labs, Inc. vs. LinkedIn Corporation**. Case No. 17-cv-03301-EMC, 2017.

corporativos de possível interesse, bem como uma predição comportamental da força de trabalho atual. Para tanto, a hiQ utilizava como sua principal fonte de informações – essencial para seu negócio – o conteúdo publicado por usuários e “raspado” da plataforma LinkedIn.

A chamada “raspagem” de conteúdo, no original em língua inglesa, *scrapping*, compreende um processo automatizado de extração e combinação de informações, obtidas por aplicações de *software* (ou robôs) que emulam a navegação humana e acessam os diferentes endereços eletrônicos da rede, coletando dados almejados e armazenando esse conteúdo em um formato predefinido⁴⁵⁶.

No campo do direito comercial e empresarial, o emprego de técnicas de raspagem suscita vários debates jurídicos de reivindicação autoral, segurança cibernética e privacidade, além das molduras analíticas de livre e justa competição⁴⁵⁷. No caso da hiQ, a partir da raspagem de conteúdos no LinkedIn, a empresa integrava a análise de registros profissionais com dados públicos na plataforma e prometia, por exemplo, identificar candidatos ideais a determinados postos, inferir sobre funcionários potencialmente disponíveis à contratação ou até mesmo apontar probabilidades comportamentais de funcionários que poderiam estar em busca de outro emprego ou carreira⁴⁵⁸.

A controvérsia teve início com uma notificação administrativa enviada pelo LinkedIn, que requeria à hiQ cessar imediatamente a prática de raspagem, evocando tratar-se de acesso não autorizado aos dados da plataforma e alegando inclusive a violação da legislação norte-americana de direito autoral e proteção contra fraudes computacionais. Desde a notificação, o LinkedIn teria ainda adotado procedimentos técnicos para degradar, obstruir ou mesmo bloquear os usuários criados pela hiQ com o objetivo de raspar o conteúdo⁴⁵⁹.

Uma das críticas acadêmicas oferecidas ao caso decorre da tentativa da plataforma LinkedIn incorporar a função de guardião (*gatekeeper*) do *big data* corporativo, buscando regular as condições de acesso aos dados, inclusive por intermédio do esforço de criminalizar tentativas de acesso a dados que estão publicamente disponíveis. Em tradução direta da expressão

⁴⁵⁶ GLEZ-PEÑA, D. *et al.* Web scraping technologies in an API world. **Briefings in Bioinformatics**, v. 15, n. 5, p. 788–797, sep. 2014. p. 789.

⁴⁵⁷ GOLDFEIN, S.; KEYTE, J. Big data, web ‘scraping’ and competition law: The debate continues. **New York Law Journal**, v. 258, n. 40, sep. 2017.

⁴⁵⁸ BHADRA, R. LinkedIn: A case study into how tech giants like Microsoft abuse their dominant market position to create unlawful monopolies in emerging industries. **Hastings Science and Technology Law Journal**, v. 13, n. 1, p. 3-20, 2022. p. 8.

⁴⁵⁹ GOLDFEIN; KEYTE, *op. cit.*

empregada pelo pesquisador Dalton Sjong⁴⁶⁰, trata-se de tentativa de instrumentalizar a lei norte-americana contra fraudes computacionais como arma (*weaponize*) contra uma ameaça competitiva, com objetivos muito distantes e desvirtuados da pretensão inicial da legislação.

Neste ponto, a partir de um olhar criterioso sobre a eventual indispensabilidade do acesso a dados no desenvolvimento de novos negócios, a defesa da concorrência deve se manter vigilante quanto a tentativas de desvio de finalidade de legislações de tutela de outros direitos importantes (segurança, privacidade etc.), como estratégia de detentores do *big data* se escudarem contra qualquer ameaça de contestabilidade e se fortalecerem em vantagens competitivas não replicáveis.

Com esse tipo de ocorrência fática, é importante perceber a fragilidade de compreensões muito agregadas e definitivas sobre a natureza não rival e supostamente sempre não excludente do *big data*, um argumento comumente evocado por deduções lineares e reducionistas para negar a existência de problemas concorrenciais e afastar *a priori* a necessidade de uma eventual intervenção estatal.

No caso particular da plataforma LinkedIn, é interessante resgatar o contexto de surgimento e desenvolvimento da rede social profissional, seus aspectos diferenciais de qualidade e especialidade, um recorte particular do mercado agregado de redes sociais. O LinkedIn identificou um nicho específico de dados profissionais, sempre priorizando a qualidade de um nicho específico da experiência, diferentemente de outros modelos de redes sociais focadas no volume e na quantidade⁴⁶¹. Outra estratégia de diferenciação importante de se mencionar envolve a interface de usuário, em oposição a uma visão massiva de atração e monetização da atenção, a rede corporativa buscou priorizar a capacidade do usuário destacar informações de seu interesse e significado profissional⁴⁶².

Retomando à visão da notificada hiQ, a ação do LinkedIn faria parte de uma racionalidade empresarial subjacente discriminatória, no sentido de desobstruir o caminho para o lançamento de um produto próprio, concorrente à solução de mapeamento de competências profissionais já oferecida pela hiQ⁴⁶³. Assim, a empresa requereu ao poder judiciário uma

⁴⁶⁰ SJONG, D. Access denied? Unauthorized access after hiQ Labs v. LinkedIn. **Marquette Intellectual Property & Innovation Law Review**, v. 25, n. 2, p. 133-147, 2021.

⁴⁶¹ BHADRA, R. LinkedIn: A case study into how tech giants like Microsoft abuse their dominant market position to create unlawful monopolies in emerging industries. **Hastings Science and Technology Law Journal**, v. 13, n. 1, p. 3-20, 2022. p. 8.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 9.

⁴⁶³ UNITED STATES. District Court of the Northern District of California. **hiQ Labs, Inc. vs. LinkedIn Corporation. Case No. 17-cv-03301-EMC**, 2017.

medida cautelar alegando um conjunto de condutas ofensoras à livre concorrência, manifesta na recusa injustificada em contratar, na monopolização dos mercados de plataformas de redes sociais profissionais e análise de dados pessoais, além de alavancagem vertical, encarceramento, elevação de custos do rival, oferta casada e negativa de acesso a uma facilidade essencial⁴⁶⁴.

A medida cautelar foi concedida pela Corte do Distrito Norte da Califórnia, sob o convencimento de potencial irreversibilidade do dano e descontinuidade operacional da empresa⁴⁶⁵. A decisão foi objeto de apelação e diferentes outras insurgências de mérito e forma, gerando imbrincados desdobramentos nas cortes norte-americanas.

Com diferentes idas e vindas, inclusive à Suprema Corte estadunidense, o caso *hiQ Labs vs. LinkedIn* é possivelmente a maior discussão judicial sobre a prática de raspagem de conteúdos digitais. De forma sumária, após seis anos de disputa jurídica em diferentes instâncias, tem-se que a *hiQ* prevaleceu contra as tentativas de tipificar a ilicitude de sua criação de acessos à plataforma como acesso não autorizado ao serviço e, portanto, logrou afastar as acusações de fraude computacional. No entanto, o juízo da Corte do Distrito Norte da Califórnia julgou procedentes as acusações de violação aos termos e condições de uso da plataforma LinkedIn pela *hiQ*, que vedavam a raspagem e a criação massiva e automatizada de perfis de usuários⁴⁶⁶. A partir da configuração dessa violação, as partes acabaram por firmar um acordo judicial para o encerramento dessa prática.

Cabe perceber que, por vários anos, a exemplo do que ocorreu no caso *PeopleBrowsr vs. Twitter*, o LinkedIn não dispunha de ferramentas próprias de avaliação de dados e oferta de soluções analíticas. Apesar do conhecimento quanto às práticas da *hiQ Labs*, a plataforma não manifestava quaisquer reservas, pois elas agregavam uso e valor durante aquela fase de adesão crescente à plataforma, atraindo o interesse tanto de recrutadores quanto possíveis contratados⁴⁶⁷.

Contudo, na medida em que a dinâmica de interesses e incentivos empresariais se altera, os agentes são então expostos e vulnerados em suas diferentes condições de barganha. Passam então a pesar as capacidades institucionais e econômicas de litigar, de suportar os custos, riscos

⁴⁶⁴ UNITED STATES. District Court of the Northern District of California. **hiQ Labs, Inc. vs. LinkedIn Corporation. Case No. 17-cv-03301-EMC**, 2017.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ BRYAN, K. *et al.* Federal Court rules in favor of LinkedIn's breach of contract claim after six years of CFAA data scraping litigation. **Privacy World**, nov. 2022.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

e prazos de uma resolução definitiva para um embate judicial. Não se pode também ignorar o fato de que no período da controvérsia, a hiQ já estava em litígio contra a entidade resultante da consolidação do LinkedIn pela gigante de tecnologia Microsoft.

Em uma rápida provocação, talvez um pouco reducionista, mas válida pelo contraste, tem-se a duração de mais de **seis anos de tramitação** da controvérsia de forma e de mérito sobre a **conduta** perpetrada por um único utilizador da rede social profissional. De outra parte, um **ato de concentração** capaz de reconfigurar profundamente a estrutura desse mercado de redes sociais profissionais, as dinâmicas de capacidade e incentivo de acesso e disponibilidade do *big data*, esse movimento não encontrou qualquer aresta ou fricção importante junto às autoridades do antitruste nos Estados Unidos. Na Europa, a operação Microsoft e LinkedIn foi anunciada em junho de 2016 e **aprovada no prazo de seis meses**.

Ainda sobre Microsoft e LinkedIn, vale mencionar, ainda que sumariamente, que a dimensão do acesso ao *big data* e as possibilidades de combinação das bases de dados foi apreciada pela Comissão Europeia na sobreposição horizontal dos mercados de publicidade online⁴⁶⁸ e na alavancagem vertical baseada em dados pelas ferramentas Office⁴⁶⁹. Contudo, a autoridade considerou improvável a entidade resultante ter a capacidade de elevar barreiras à entrada ou promover fechamentos nesse sentido, pelo que subordinou a questão passivamente aos ditames da legislação de proteção de dados da Europa e sua entrada em vigor como forma de contenção do poder baseado em dados obtido por Microsoft.

Abordagem distinta daquela adotada pela autoridade de competição da Alemanha, no caso apreciado a seguir.

5.4 Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook): os limites à privacidade social

Para qualquer esforço acadêmico que almeje uma visão sistêmica entre consumo, privacidade e concorrência no acesso ao *big data*, o episódio Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook) é de apreciação obrigatória, um paradigma analítico e, possivelmente, o caso mais estruturado de debate sobre condutas abusivas no acesso a dados pessoais.

⁴⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn**. Brussels: EC, 2016. p. 33-35.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 81-85.

Trata-se do primeiro caso de sancionamento de conduta abusiva em mercados digitais na história recente do antitruste digital europeu⁴⁷⁰. Foi ainda a primeira oportunidade em que uma autoridade da concorrência nacional considerou formal e explicitamente a proteção da privacidade na tutela do direito à concorrência⁴⁷¹. O episódio foi responsável por posicionar a centralidade no indivíduo e o seu consentimento como itens de agenda da política de concorrência, em particular, a necessidade de grupos com poder de acesso (*gatekeepers*) conferirem aos usuários um mínimo padrão de escolha autônoma e soberana quanto à titularidade de seus dados pessoais⁴⁷².

O caso se iniciou ainda em março de 2016, quando a autoridade concorrencial da Alemanha (Bundeskartellamt) divulgou o início de uma investigação sobre conduta perpetrada pelo Facebook, baseada em suspeitas de desvios de conduta no tratamento de dados pessoais dos cidadãos alemães⁴⁷³. Em dezembro de 2017, a autoridade comunicou formalmente a plataforma sobre uma conclusão preliminar de abuso de dominância, consubstanciada na imposição de condições e termos de uso que previam o acesso a dados obtidos de sítios e aplicações de terceiros, para fins de combinação desse conteúdo com as contas de usuários Facebook, em afronta ao controle soberano dos titulares sobre seus próprios dados pessoais⁴⁷⁴.

A relevância do episódio *Bundeskartellamt vs. Meta* reside no reconhecimento de vantagens competitivas e condições de poder detidas por grandes plataformas detentoras do *big data*⁴⁷⁵. Muito do interesse acadêmico sobre o caso advém dessa reflexão sistêmica entre privacidade e concorrência, além da presença massiva de transações livre de compensações monetárias diretas e, no caso do *big data*, a obtenção progressiva de dados pessoais como “moeda de troca” no recebimento de “comodidades gratuitas”.

⁴⁷⁰ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 465.

⁴⁷¹ KERBER, W.; ZOLNA, K. K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. *European Journal of Law and Economics*, v. 54, p. 217–250, 2022. p. 218.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 241.

⁴⁷³ BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016.

⁴⁷⁴ MASSOLO, A. Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh ‘GDPR’s Wall’? *Rivista Italiana di Antitrust*, v. 2, n. 1, p. 77-84, 2018. p. 77.

⁴⁷⁵ KERBER; ZOLNA, *op. cit.*, p. 219.

Nesse sentido, o episódio oferece um rico debate sobre a coexistência de legislações de concorrência e proteção de dados pessoais⁴⁷⁶. Na Europa, a legislação de proteção de dados (*General Data Protection Regulation - GDPR*) confere à pessoa natural o direito à propriedade e ao controle sobre seus dados pessoais, em especial, as condições de coleta e armazenamento. Além disso, destaca-se a centralidade conferida ao indivíduo reflexa na necessidade de consentimento para operações de tratamento, o qual pode ser revogado a qualquer tempo. Por fim, tem-se as responsabilidades imputadas ao detentor do *big data* pela obtenção do consentimento e pelo enquadramento nas hipóteses legais de finalidade da ação de tratamento⁴⁷⁷.

No entanto, ainda que haja por parte do usuário alguma consciência sobre a redução da privacidade inerente à oferta “gratuita” de algum serviço ou comodidade, a assimetria informacional envolvida é de tal sorte, que não há distinções claras entre a dimensão do *big data* absolutamente necessário e proporcional à contraprestação, daquele empregado meramente no interesse e benefício do próprio do agente de coleta⁴⁷⁸. Além disso, reconhecendo que as preferências estáticas de privacidade podem ser altamente subjetivas, o estabelecimento de uma parametrização objetiva e prescritiva de condições de negociação consideradas abusivas não parece factível⁴⁷⁹.

No caso concreto, a autoridade alemã argumentou⁴⁸⁰ pela existência de pelo menos duas falhas de mercado atreladas à dimensão da privacidade, a primeira delas, o déficit de transparência capaz de prejudicar o efetivo o controle dos titulares sobre: (i) quais dados, (ii) oriundos de quais fontes geradoras e (iii) com que propósito seriam combinados com as contas de usuários da rede social Facebook. O órgão ainda considerou que, em geral, os usuários alemães conferem a devida importância aos termos e as condições de tratamento de dados pessoais, demonstrando consciência sobre as implicações do acesso e transferência dos dados.

Contudo, em face do poder de mercado detido pelo Facebook no mercado alemão, não haveria resposta mercadológica e concorrencial crível ao abuso perpetrado, em face da

⁴⁷⁶ WIEDEMANN, K. A matter of choice: The German Federal Supreme Court’s interim decision in the abuse-of-dominance proceedings *Bundeskartellamt v. Facebook* (Case KVR 69/19). **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 51, p. 1168-1181, 2020. p. 1169.

⁴⁷⁷ MASSOLO, A. *Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh ‘GDPR’s Wall’?* **Rivista Italiana di Antitrust**, v. 2, n. 1, p. 77-84, 2018. p. 82.

⁴⁷⁸ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 466.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 467.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 470.

manifestação do fenômeno denominado “paradoxo da privacidade”⁴⁸¹. Mesmo aqueles usuários conscientes e que alegam se preocupar com a proteção de seus dados, quando são confrontados com decisões extremas do tipo “é pegar ou largar”, na prática, eles acabam cedendo aos serviços ofertados, ainda que esses não atendam suas preferências de privacidade. O paradoxo surge então justamente com essa falha de mercado, visto que não há qualquer resposta da demanda, no recuo da utilização de serviços como forma de penalizar os avanços indesejáveis sobre os limites da privacidade. Desse modo, as plataformas acabam inalcançadas por “mecanismos punitivos de mercado”, sem qualquer incentivo para readequar suas políticas de privacidade às reais preferências dos usuários.

Diante desse cenário e diagnóstico, em fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt prolatou decisão proibindo a empresa Meta (nova denominação do Facebook) de acessar dados de usuários coletados de diferentes fontes e associá-los a contas do Facebook sem a obtenção de consentimento expreso dos usuários⁴⁸². Na visão da autoridade, para utilizar a rede social, o consumidor alemão estava sujeito à imposição de um único “pacote de consentimento” com o tratamento de dados pessoais de várias fontes⁴⁸³. A partir da legislação nacional de concorrência, a autoridade reconheceu na dominância do Facebook sobre o mercado de redes sociais na Alemanha a condição estrutural necessária ao comportamento abusivo na exploração de dados pessoais, violando a legislação europeia de proteção de dados e fazendo do consentimento uma ação protocolar e não voluntária⁴⁸⁴.

Além de afastar os termos de uso que forçavam o consentimento à coleta e à vinculação a contas de usuário da rede social Facebook⁴⁸⁵, a plataforma foi também obrigada a apresentar, no prazo de quatro meses, um plano de medidas corretivas, com doze meses para implementação da decisão⁴⁸⁶.

É importante ainda compreender a distinção realizada pelo Bundeskartellamt entre, de um lado, os dados tratados apenas no âmbito da aplicação Facebook (On-Facebook) não

⁴⁸¹ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 474.

⁴⁸² BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. Bonn: Bundeskartellamt, 2019.

⁴⁸³ KERBER, W.; ZOLNA, K. K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. **European Journal of Law and Economics**, v. 54, p. 217–250, 2022. p. 219.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁸⁵ WIEDEMANN, K. A matter of choice: The German Federal Supreme Court’s interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 51, p. 1168-1181, 2020. p. 1169.

⁴⁸⁶ BOTTA; WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 470.

alcançados pela decisão e os dados Off-Facebook objeto da vedação, que eram coletados de aplicações e sites externos à rede social, ainda que obtidos por interfaces e funcionalidades transparentes ao usuários, ou mesmo de aplicações de propriedade do próprio grupo econômico, como WhatsApp ou Instagram⁴⁸⁷.

Desde que foi publicada, a decisão pelo Bundeskartellamt provocou a produção de muitos artigos, entre opiniões críticas e outras visões que suportavam a decisão tomada. Os críticos sustentam uma abordagem mais tradicional, uma separação estrita entre o direito da concorrência e a proteção de dados, temendo que a aproximação entre as duas disciplinas possa gerar problemas e comprometer a clareza do direito concorrencial. Já os que sustentam uma aplicação mais aberta e arrojada do direito da concorrência entendem que é sim possível considerar os efeitos da proteção de dados no direito da concorrência, sendo a privacidade parte integrante do bem-estar do consumidor, como um atributo de qualidade⁴⁸⁸.

Irresignado com a decisão, o Facebook recorreu da decisão e requereu a suspensão de efeitos até o julgamento final do mérito da questão. Em agosto de 2019, a Corte de Düsseldorf concedeu uma medida cautelar suspendendo a deliberação da autoridade concorrencial. As críticas à decisão original do Bundeskartellamt se converteram então em celebrações da sua suspensão pela Corte de Apelações, apesar da natureza sumária da apreciação, a Corte expressou “sérias dúvidas sobre a sustentação legal” quanto ao que considerou uma medida “sustentada em argumentos não convincentes”, “desprovida de achados significativos e de substância”⁴⁸⁹ (tradução nossa).

Já em junho de 2020, a Suprema Corte Federal da Alemanha anulou a decisão da Corte de Apelações de Düsseldorf, reestabelecendo a vigência da decisão de 2019 do Bundeskartellamt. A Suprema Corte manteve o diagnóstico de conduta abusiva, mas adotou uma abordagem ligeiramente distinta daquela conferida inicialmente pela autoridade concorrencial, destacando não exatamente uma ofensa à proteção de dados, mas à política de concorrência em si. A Suprema Corte admitiu os dois níveis de experiência do usuário para o *big data* da rede social, “On-Facebook” e “Off-Facebook”. A primeira opção seria suficiente

⁴⁸⁷ WIEDEMANN, K. A matter of choice: The German Federal Supreme Court’s interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 51, p. 1168-1181, 2020. p. 1169.

⁴⁸⁸ KERBER, W.; ZOLNA, K. K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. **European Journal of Law and Economics**, v. 54, p. 217–250, 2022. p. 241.

⁴⁸⁹ COLANGELO, G. Facebook and Bundeskartellamt’s winter of discontent. **Competition Policy International**, sep. 2019.

à utilização da rede social, com dados restritos à plataforma, ao passo que a segunda, ao acessar dados externos, ofereceria uma experiência mais personalizada. A Teoria do Dano então adotada pela Corte – Imposição da Extensão de Serviços – previu um grande volume de usuários a preferir a utilização da rede social sem essa personalização adicional que, alijados da possibilidade de escolha, seriam forçados à adesão ao pacote de processamento “On/Off-Facebook”, “pagando” com mais dados e menor privacidade por um serviço não desejado⁴⁹⁰.

Até o momento da redação, a decisão original segue aguardando apreciação de mérito pela Corte de Düsseldorf, tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciado favoravelmente quanto à possibilidade de o Bundeskartellamt levar em conta a legislação de proteção de dados pessoais na avaliação de casos decisões no âmbito do direito da concorrência. A despeito do andamento judicial da controvérsia, a empresa Meta e o Bundeskartellamt têm mantido tratativas sobre a implementação de uma nova solução de gestão de contas de usuário, que permita a livre escolha das preferências de utilização dos serviços Meta⁴⁹¹.

Em face dos desdobramentos do presente caso e as discussões acadêmicas provocadas, na dualidade de visões entre o insulamento ou integração entre privacidade e concorrência, filia-se na presente pesquisa à perspectiva sistêmica, com a integração entre dois (ou três) regimes jurídicos da proteção de dados e da defesa da concorrência nas relações de consumo.

Adotando o argumento construído por Wolfgang Kerber e Karsten Zolna⁴⁹², para situações progressivamente mais complexas envolvendo a operação de mercados digitais dependentes de dados, observa-se que a adoção isolada de políticas públicas não tem se mostrado eficaz no enfretamento das várias falhas operativas de mercados digitais. Os vasos comunicantes entre falhas de mercado e possibilidades de violação da privacidade tendem a tornar essas disciplinas cada vez mais interdependentes, demandando uma abordagem colaborativa e integrada para dar conta da tutela do bem-estar dos consumidores, em sua acepção mais ampla e qualificada.

⁴⁹⁰ WIEDEMANN, K. A matter of choice: The German Federal Supreme Court’s interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 51, p. 1168-1181, 2020. p. 1170.

⁴⁹¹ BUNDESKARTELLAMT. **Meta (Facebook) introduces new accounts center – an important step in the implementation of the Bundeskartellamt’s decision**. Bonn: Bundeskartellamt, 2023.

⁴⁹² KERBER, W.; ZOLNA, K. K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. **European Journal of Law and Economics**, v. 54, p. 217–250, 2022. p. 218.

5.5 Comissão Europeia vs. Amazon (Marketplace e Buy Box): frete grátis na “cessão” de dados

Em julho de 2019, a partir de denúncias de utilização de dados sensíveis de outros varejistas, a Comissão Europeia⁴⁹³ iniciou uma investigação em face da Amazon com o objetivo de avaliar: (i) os termos de adesão à plataforma e a disponibilidade de dados de vendedores independentes à operação de varejo da própria Amazon; e (ii) o papel desses dados na escolha da oferta preferencial, a funcionalidade denominada “Buy Box”.

Em 10 de novembro de 2020, a Comissão divulgou achados preliminares quanto ao uso de fato desses dados em benefício da própria operação varejista da Amazon. O órgão deu início então a uma segunda investigação⁴⁹⁴, para avaliar detalhadamente os critérios de seleção da funcionalidade Buy Box, bem como, as condições de elegibilidade dos varejistas independentes ao programa de relacionamento Amazon Prime e os serviços de logística vinculados.

O gigantismo associado à Amazon já confere ao caso uma atenção particular, seus impactos e possíveis repercussões mercadológicas. Atualmente, a plataforma eletrônica de varejo conta com mais de 300 milhões de clientes, em 180 países diferentes e quase 2 milhões de varejistas terceiros usuários da plataforma. Nos Estados Unidos, a empresa responde por mais de 40% das vendas de comércio eletrônico, distante do segundo colocado Walmart, com apenas 7%. O valor de mercado da companhia (aproximados US\$ 1,6 trilhão) é ainda maior do que a avaliação somada das outras 9 maiores operações varejistas norte-americanas⁴⁹⁵. Na Europa, a Amazon vem experimentando um crescimento robusto e sustentado no comércio eletrônico varejista, com 80% dos consumidores online utilizando os serviços da plataforma em países como Alemanha, França e Espanha⁴⁹⁶. A empresa compete com algumas das maiores corporações do mundo, sendo responsável por 13% de todo o volume de comércio eletrônico global⁴⁹⁷.

Cabe destacar que muito da criticidade concorrencial deste caso reside no posicionamento dual da companhia. Isto é, ao mesmo tempo em que distribui e comercializa

⁴⁹³ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case AT.40462 – Amazon Marketplace**. Brussels: EC, 2019.

⁴⁹⁴ *Id.* DG Competition. **Case AT.40703 – Amazon Buy Box**. Brussels: EC, 2020a.

⁴⁹⁵ DEMELIS, N. The antitrust alphabet: Amazon, Buy Boxes, and Competition. **Boston College Intellectual Property and Technology Forum**, v. 2024, p. 1-27, jan. 2024. p. 1.

⁴⁹⁶ EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, 2022, p. 17.

⁴⁹⁷ GÓMEZ-LOSADA, Á.; ASECIO-CORTÉS, G.; DUCH-BROWN, N. Automatic eligibility of sellers in an online marketplace: A case study of Amazon algorithm. **Information 2022**, v. 13, n. 14, p. 1-16, 2022. p. 1.

produtos em sua operação regular de varejo, a empresa oferece também um ambiente de intermediação para a compra e venda de produtos (*marketplace*) a vendedores independentes.

Considerando que um mesmo produto pode ser anunciado por múltiplos vendedores, a Amazon oferece então esse serviço de recomendação de oferta, a funcionalidade denominada “Buy Box”, consistente em um espaço de exibição privilegiada no leiaute da plataforma eletrônica, o que permite, além de uma visualização destacada, a conveniência de uma transação mais objetiva para essa oferta eleita, ao clique de um botão para confirmação e pagamento⁴⁹⁸.

Dado que as demais ofertas são relegadas a uma página em separado, mais de 80% das transações realizadas na plataforma são efetivadas por intermédio da sugestão oferecida pela Buy Box. Diante desse quadro de relevância da Buy Box, é intuitivo perceber o interesse dos varejistas anunciantes em compreender os critérios e maximizar suas chances de figuração na escolha preferencial. Curiosamente, esse interesse não se circunscreve à esfera comercial, observa-se também na academia intensa produção sobre a investigação do funcionamento desse algoritmo e ensaios de conjectura sobre o pleno entendimento dos pesos e critérios de escolha das ofertas eleitas como vencedoras a figurar na Buy Box^{499, 500, 501}. Ademais, além de evidências sobre a influência exercida pela Buy Box na tomada de decisão de compra⁵⁰², há também indicativos que a Amazon tenha adotado critérios não isonômicos na escolha de exibição, comparando cenários onde ela própria dispõe do produto e aqueles em que ela não comercializa o item pesquisado⁵⁰³.

Na investigação conjunta desses dois casos, o órgão estruturou a avaliação em duas vertentes: (i) **a conduta de uso de dados**, consistente no acesso da plataforma a dados de vendedores terceiros e a sua utilização em prol da operação de varejo da própria Amazon; e (ii) **as condutas relacionadas à Buy Box e ao programa Prime**, relativas à aplicação de condições e critérios artificialmente favoráveis à própria operação de varejo da Amazon ou à operação de

⁴⁹⁸ GÓMEZ-LOSADA, A.; DUCH-BROWN, N. Competing for the Amazon’s Buy-Box: A machine-learning approach. In: ABRAMOWICZ, W.; CORCHUELO, R (ed.). **Business Information Systems Workshops BIS 2019**. Seville: BIS, 2019. p. 445-456.

⁴⁹⁹ CHEN, L., MISLOVE, A., WILSON, C. An empirical analysis of algorithmic pricing on Amazon marketplace. **International World Wide Web Conference Committee (IW3C2)**, Québec, apr. 2016.

⁵⁰⁰ GÓMEZ-LOSADA; DUCH-BROWN, *op. cit.*

⁵⁰¹ GÓMEZ-LOSADA, Á.; ASECIO-CORTÉS, G.; DUCH-BROWN, N. Automatic eligibility of sellers in an online marketplace: A case study of Amazon algorithm. **Information 2022**, v. 13, n. 14, p. 1-16, 2022.

⁵⁰² HUNOLD, M.; LAITENBERGER, U.; THÉBAUDIN, G. Bye-box: An Analysis of non-promotion on the Amazon marketplace. **Centre de Recherches en Économie et Droit Working Paper 2022-4**, Paris, 2022. p. 15.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 38.

vendedores utilizadores dos serviços de logística oferecidos pela plataforma⁵⁰⁴. Apesar da relevância dos debates concorrenciais sobre condutas de autopreferência e tratamento discriminatório, o interesse particular da presente pesquisa se direciona ao acesso a dados, pelo que atenção especial será dedicada à primeira tipologia de conduta.

Reconhecendo as diferenças significativas entre as condições de substitutibilidade para os dois lados da plataforma (vendedores e os consumidores), a Comissão chegou à conclusão preliminar de que os mercados relevantes para efeitos de análise corresponderiam aos ambientes de intermediação (*marketplaces*) nos países avaliados, a saber, Alemanha, França e Espanha⁵⁰⁵.

Nesses países, em mercados relevantes já caracterizados por elevadas barreiras à entrada e à expansão de negócios, a Amazon desenvolveu um posicionamento de marca e um grau de confiança dos consumidores de difícil contestação por concorrentes. Em plataformas do tipo *marketplace*, há fortes efeitos de rede indiretos, haja vista que uma ampla base de consumidores é responsável por atrair mais anunciantes, mais vendedores implicam em uma seleção mais diversa de produtos, o que novamente atrai mais consumidores, encerrando um ciclo de reforço positivo (*positive feedback*) de improvável contestabilidade⁵⁰⁶.

A visão de dominância formada pela Comissão⁵⁰⁷ se sustentou no porte financeiro da Amazon (ao ponto de poder suportar algumas perdas financeiras temporárias), na falta de poder compensatório de um volume muito pulverizado de pequenos vendedores e na improvável migração de consumidores para outros canais. Além disso, o acesso ao *big data* dos rivais, em condições de volume, variedade e granularidade capazes de influenciar a tomada de decisões em tempo real, permitiu ao conglomerado reduzir custos, mitigar riscos inerentes à atividade econômica e potencializar a rentabilidade do seu próprio negócio de varejo⁵⁰⁸.

Na medida em que as ofertas da própria Amazon passam a ser calibradas pelo conhecimento informacional de dados de vendedores terceiros, a empresa se empodera ao amplo controle do processo competitivo na plataforma, inclusive em condições de inviabilizar a competitividade com varejistas rivais⁵⁰⁹. No limite, essa conduta no uso de dados pode levar à exclusão de vendedores independentes em produtos de maior demanda, onde basicamente a Amazona varejo se faz presente. Inclusive, a Comissão manifesta um fundado receio de que

⁵⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case AT.40462 - Amazon Marketplace and AT.40703 – Amazon Buy Box**. Brussels: EC, 2022a. p. 5.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 31.

haja essa marginalização de longo prazo de vendedores terceiros, corroboradas pela percepção de que as concorrentes simplesmente abandonam linhas de produtos, onde a operação de varejo da Amazon ingressa⁵¹⁰.

De fato, a empresa está uma condição de precificação incomparável com a detida por seus concorrentes, pois essa competência diferencial em dados permite ao algoritmo testar previamente valores e assim posicionar o seu preço de maneira otimizada e mesmo dinâmica, responsiva ao tempo e à própria demanda. Na gestão do inventário e logística, as métricas estabelecidas a partir dos dados dos varejistas independentes ainda permitem à operação de varejo própria da Amazon aprimorar continuamente suas previsões de demanda, na máxima redução do risco e incertezas associadas ao desempenho de novos produtos. É cediço que uma predição de demanda mais acurada implica em acuidade na previsão de estoque e ganhos de eficiência no armazenamento, tempo e logística de distribuição de mercadorias, aprimorando os resultados da operação como um todo⁵¹¹.

Diante da constatação da utilização do *big data* de terceiros em decisões operacionais da Amazon varejo, a Comissão Europeia entendeu que estava configurada uma vantagem não contestável baseada em dados, desconectada do mérito concorrencial, oferecendo riscos de marginalização de rivais e distorção do ambiente competitivo⁵¹².

Diante da gravidade dos achados, não é de surpreender que a empresa tenha proposto um acordo de compromissos. Em julho de 2022, a Amazon apresentou uma proposta inicial com três conjuntos de compromissos: (i) um silo de dados; (ii) ajustes relacionados à Buy Box e (iii) ajustes relacionados ao programa de relacionamento Amazon Prime⁵¹³.

Após adequações da fase de escuta social e testes com os interessados, além de várias restrições associadas a questões de preferência, a versão final de compromissos para a conduta de dados⁵¹⁴ trouxe dois compromissos, com 5 anos de duração e seis meses requeridos para implementação. A operação de varejo da Amazon não poderia mais utilizar quaisquer dados “não públicos” de vendedores na oferta de produtos concorrentes a esses anunciantes independentes. Em acordo e colaboração com a Comissão, a Amazon deve implementar

⁵¹⁰ EUROPEAN COMMISSION. DG Competition. **Case AT.40462 - Amazon Marketplace and AT.40703 – Amazon Buy Box**. Brussels: EC, 2022a. p. 32.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 32.

⁵¹² *Ibid.*, p. 29, 33.

⁵¹³ AMAZON. **Commitment Proposal**. Case AT.40462 and Case AT.40703. Washington: jul. 2022a.

⁵¹⁴ *Id.* **Commitments to the European Commission**. Case AT.40462 and Case AT.40703. Washington: dec. 2022b. p. 5.

políticas internas e processos regulares de auditoria e monitoramento, voltados a garantir o cumprimento do compromisso anterior.

Ao tempo da redação do presente texto e considerando o tempo de vigência desses compromissos, ainda não há uma percepção clara de resultados sobre essas ações. Mas apesar do aparente desfecho da questão na União Europeia, a gigante varejista tem enfrentado outras controvérsias judiciais de grande complexidade em outras jurisdições.

Nos Estados Unidos, a presidente da FTC Lina Khan, uma crítica declarada da abordagem até então prevalecente do antitruste norte-americano, tem sido absolutamente vocal contra o que considera a postura de dominância da Amazon. A FTC inaugurou três novas demandas judiciais em face da Amazon, a exemplo de outros grandes casos em curso no Reino Unido e no estado da Califórnia⁵¹⁵. Na demanda assinada conjuntamente com 17 Procuradores-gerais, a presidente da FTC assim se posicionou: “A Amazon agora está explorando seu poder de monopólio para enriquecer, ao mesmo tempo em que aumenta os preços e degrada o serviço para as dezenas de milhões de famílias americanas que compram em sua plataforma e para as centenas de milhares de empresas que dependem da Amazon para alcançá-los”⁵¹⁶ (tradução nossa).

Em face a essas e outras apurações desenvolvidas nesta seção, que se somam ao desconforto materializado também em atos de concentração, o próximo capítulo se ocupa então de uma reflexão estruturada sobre as possibilidades de intervenção no acesso ao *big data*, em particular, o instrumental de portabilidade e interoperabilidade aplicável à indústria varejista.

⁵¹⁵ DEMELIS, N. The antitrust alphabet: Amazon, Buy Boxes, and Competition. **Boston College Intellectual Property and Technology Forum**, v. 2024, p. 1-27, jan. 2024. p. 7.

⁵¹⁶ HARRINGTON, C. Amazon’s all-powerful ‘Buy Box’ is at the heart of Its new antitrust troubles. **Wired**, Business, sep. 2023.

6 PORTAR E INTEROPERAR, A PROFILAXIA CONCORRENCIAL DO BIG DATA

Em meados do século XIX, no extremo noroeste do estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, a pacata cidade de Erie foi palco de um episódio marcante da indústria ferroviária, “*The Erie War of the Gauges*”, em tradução livre, a Guerra das Bitolas dos Trilhos de Erie. Naquele período, o empreendimento ferroviário correspondia a uma indústria motriz do progresso, do crescimento e do desenvolvimento norte-americano.

A estrutura de mercado era bastante fragmentada, com várias empresas regionais operando distintos padrões construtivos de ferrovias, isto é, não havia uma uniformidade na escolha da distância padrão entre trilhos (bitola). A cidade de Erie correspondia a um ponto modal estratégico do transporte de pessoas e mercadorias entre os estados de Ohio, Pensilvânia e Nova York, de modo que as diferenças entre os padrões de ferrovias que se conectavam na região eram motivo de muitos transtornos. Além do inconveniente de comutações necessárias entre vagões e as composições, essas manobras eram fonte constante de atrasos, ineficiências e conflitos de horários⁵¹⁷.

No período, as tensões entre poderes locais e os grandes empreendimentos ferroviários eram relativamente frequentes. Mas no episódio de Erie, uma disputa entre os estados de Nova York e Pensilvânia sobre a escolha do padrão de bitola escalou a um conflito de maiores proporções⁵¹⁸. Os cidadãos de Erie se insurgiram contra a tentativa de a empresa ferroviária impor um padrão de bitola contrário ao interesse local. O que começou com pequenas hostilidades praticadas contra os funcionários da companhia evoluiu rapidamente à destruição de ruas, ferrovias e pontes, chegou a agressões físicas, o disparo de arma de fogo e prisões⁵¹⁹. Com o engajamento de populares e comerciantes locais, a cobertura da imprensa chegou a atribuir ao conflito a zombaria de “Guerra dos Amendoins”⁵²⁰, pois, na disputa de narrativas que se estabeleceu, prevaleceu a versão de que vendedores de tortas e amendoins, frustrados com a eliminação de paradas e a possível redução de negócios, estariam inconformados com a iminente padronização.

No entanto, um olhar investigativo mais criterioso sobre o episódio revela que o impasse tinha na verdade uma motivação concorrencial muito mais rebuscada do que a frustração do

⁵¹⁷ ERIE-YESTERDAY. **December 7 marks 159th anniversary of Erie’s Gauge War**, dec. 2012.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ KENT, D. H. The Erie War of the Gauges. **Pennsylvania History**, v. XV, n. 4, oct. 1948. p. 260-261.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 254.

mercado local de lanches⁵²¹. Estava em jogo uma dinâmica complexa de interesses e disputa de poder pela definição do padrão de bitola ferroviária prevalecente no transporte de pessoas e mercadorias do meio oeste norte-americano, podendo favorecer a eficiência operacional de algumas rotas, em detrimento ou mesmo a exclusão de trechos concorrentes. A Guerra da Bitola de Trilhos em Erie durou impressionantes dois anos, tendo interrompido por dois meses o tráfego ferroviário de Nova York com o oeste norte-americano⁵²². O impasse acabou sendo superado por um acordo político entre os governadores envolvidos e as ferrovias. Anos mais tarde, toda a malha norte-americana foi objeto de uma política pública para a convergência em um único padrão de bitola ferroviária.

Pois bem, mas qual é o sentido da figuração desse prosaico e longínquo evento em um texto que almeja discutir condições de acesso ao *big data*? Qual é a lição possível de ser extraída de uma indústria secular como o empreendimento ferroviário, considerando o grau de dinamismo tecnológico do varejo digital?

Bom, a primeira parte do argumento pretendido é demonstrar que as controvérsias de acesso e conexão estiveram presentes desde os mais longínquos episódios das atividades econômicas⁵²³. Pelas lentes da economia industrial, e mais tarde pela técnica analítica da disciplina antitruste, as questões de operação integrada entre os agentes (a hoje tão difundida interoperabilidade) sempre foram questões críticas ao desenvolvimento de indústrias em rede, desde aqueles paradigmas industriais mais rudimentares.

Além disso, muito mais do que uma mera curiosidade ou registro histórico, pretende-se evidenciar que mesmo aspectos técnicos bem concretos e intuitivos – como a simples distância padrão entre trilhos de uma ferrovia – podem envolver questões concorrenciais sutis e não reveladas de poder e assimetrias negociais entre os agentes.

Recorrendo uma última vez à alegoria ferroviária, tem-se nessa indústria muito da formação da disciplina antitruste clássica, em destaque, o icônico episódio *United States v. Terminal Railroad Association*⁵²⁴, com a tentativa empresarial de dominar instalações e os meios de travessia do rio Mississippi. Além da criação da moldura diagnóstica da essencialidade de ativos e facilidades (*essential facilities doctrine*), este caso foi inovador na proposta de

⁵²¹ KENT, D. H. The Erie War of the Gauges. **Pennsylvania History**, v. XV, n. 4, oct. 1948. p. 254.

⁵²² *Ibid.*, p. 254.

⁵²³ CASOTTI, F. Sobre fronteiras, cavalos e *gatekeepers*: a evolução do debate sobre interoperabilidade e acesso às redes no Direito Cibernético. **Law, State and Telecommunications Review**, v. 15, n. 2, p. 16-41, out. 2023.

⁵²⁴ SIDAK, J.; LIPSKY, A. B. Essential facilities. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 5, pp 1187-1249, may 1999. p. 1189.

medidas substitutivas à separação compulsória e definitiva da propriedade⁵²⁵, aplicando mecanismos de controle e monitoramento de taxas, prazos e demais condições de acesso, ainda que mantendo as eficiências da operação⁵²⁶. Desde então, a doutrina de facilidades (ou infraestruturas) essenciais e a aplicação compulsória de medidas de acesso se tornaram muito populares na comunidade antitruste.

Pois bem, se até o século XX, as práticas de negativa de acesso geralmente envolviam ativos físicos e infraestruturas concretamente essenciais e não replicáveis (rodovias, pontes, ferrovias etc.)⁵²⁷, no paradigma das redes digitais, as formas de negar ou dificultar o acesso a elementos essenciais são muito menos tangíveis e materiais⁵²⁸.

Recorrendo ao grau de abstração requerido para lidar com a digitalização de mercados, há que se ter um cuidado especial com a minúcias operacionais e virtualizadas dessa indústria. Deve-se ter atenção redobrada com narrativas supostamente assépticas de vieses ideológicos ou carregadas por um alegado determinismo tecnológico.

Retóricas reducionistas do tipo “a competição a um clique de distância” ou “o mérito e a perspicácia na coleta de dados amplamente disponíveis” podem desviar o olhar de uma compreensão técnica e fundamentada das novas molduras analíticas de dano concorrencial.

Na academia, há sim críticas robustas ao que seria uma suposta banalização no emprego da teoria de facilidades essenciais e a caracterização de poder de mercado para quaisquer negativas em contratar⁵²⁹. Há autores que questionam especificamente o enquadramento nos requisitos da doutrina para mercados dependentes de dados⁵³⁰.

Contudo, pela corrente teórica acolhida pela pesquisa e apresentada nos capítulos anteriores, supera-se essa questão procedimental do enquadramento instrumental da teoria tradicional de facilidades essenciais, para assumir a relevância do *big data* para a otimização de processos decisórios e a oferta de serviços personalizados no varejo digital, como uma

⁵²⁵ SIDAK, J.; LIPSKY, A. B. Essential facilities. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 5, pp 1187-1249, may 1999. p. 1195.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 1196.

⁵²⁷ LAO, M. L. Networks, access, and 'essential facilities': From Terminal Railroad to Microsoft. **Southern Methodist University Law Review**, v. 62, p. 557-596, 2009. p. 557.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 575.

⁵²⁹ MAURER, S. M.; SCOTCHMER, S. The Essential Facilities Doctrine: The lost message of Terminal Railroad. **UC Berkeley Public Law Research Paper**, n. 2407071, mar. 2014.

⁵³⁰ BORGOGNO, O.; COLANGELO, G. Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs. **Computer Law & Security Review**, v. 35, p. 1-17, oct. 2019. p. 12.

matéria-prima das próprias técnicas de aprendizagem de máquina, inteligência artificial e identificação de padrões correlacionais⁵³¹.

Nesse sentido, além da evolução necessária às teorias do dano na tutela concorrencial desses mercados, acumulam-se ainda inquietações sobre remédios aplicáveis⁵³². No entanto, em comparação com a energia dispendida na detecção de poder de mercado e de vantagens competitivas, o debate de remédios sempre ficou em segundo plano tornando-se, no limite, um tema negligenciado⁵³³.

Essa constatação é particularmente crítica, na medida em são exatamente os remédios em atos de concentração e as medidas sancionatórias em desvios de conduta os elementos finalísticos de materialização da política de defesa da concorrência. Ora, por melhor que seja um diagnóstico de risco ao processo competitivo, é intuitivo perceber que medidas eventualmente tardias, mal concebidas, inviáveis, não administráveis, muito brandas ou desproporcionalmente severas serão absolutamente ineficazes⁵³⁴.

Diante do exposto, retomando às perguntas norteadoras da presente investigação, é fundamental refletir sobre as condições de eficácia de medidas de acesso ao *big data*, em atos de concentração ou no ajuste de condutas de plataformas digitais do varejo. Além disso, questiona-se o enquadramento desses remédios ou sanções como *quasi*-estruturais e quais são os desafios de monitoramento inerentes a essa abordagem.

Para efeitos de melhor fluidez e didática da exposição, será primeiramente explorada a questão taxonômica. Em seguida, serão exploradas as questões de desenho e concepção e, por fim, o regime de monitoramento necessário à intervenção.

6.1 Entre a estrutura e a conduta, as medidas *quasi*-estruturais

Recorrendo inicialmente à lição de Herbert Hovenkamp⁵³⁵, tem-se que as forças de mercado são os vetores responsáveis por moldar as dimensões e a organização de uma empresa, incluindo o polígono de integração ou de expansão à atuação em diferentes mercados. Em alusão à teoria da firma de Ronald Coase, o autor ainda pondera que entre direitos de

⁵³¹ BORGOGNO, O.; COLANGELO, G. Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs. *Computer Law & Security Review*, v. 35, p. 1-17, oct. 2019. p. 2.

⁵³² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Remedies and commitments in abuse cases**. Roundtable background note. Paris: OECD, 2022. p. 3.

⁵³³ *Ibid.*, p. 6.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵³⁵ HOVENKAMP, H. Antitrust interoperability remedies. *Columbia Law Review Forum*, v. 123, n. 1, p. 2-36, jan. 2023. p. 4.

propriedade ou garantias asseguradas por **contrato**, essa decisão se circunscreve a uma análise entre custos e benefícios transacionais⁵³⁶. Nesse sentido, na aplicação da política concorrencial, é demandado de seus decisores uma compreensão precisa das **estruturas de propriedade**, das **dinâmicas de relacionamento** e como essas interrelações afetam o processo competitivo⁵³⁷.

Não por acidente, a classificação tradicional dos campos de intervenção antitruste se divide entre estes dois grandes grupos, as ações estruturais e as medidas comportamentais. As ações estruturais compreendem intervenções mais diretas na organização industrial dos mercados, com determinações de separação e efetiva independência entre os agentes, especialmente com a alienação de bens e direitos⁵³⁸. Restrições estruturais podem compreender a venda de ativos; intervenções na estrutura societária; alteração de controle; transmissão definitiva de direitos de propriedade intelectual, marcas, entre outros⁵³⁹.

Já as ações de cunho comportamental atuam na regulação de liberdades de conduta dos empreendimentos, com o objetivo de limitar suas capacidades ou incentivos de agir em detrimento do processo competitivo. Elas podem ser “positivas” no sentido de exigir uma determinada ação (obrigação de fazer) ou “negativas” na vedação de determinado comportamento (cessação de conduta)⁵⁴⁰. Usualmente, as medidas comportamentais são cogitadas em situações de considerada desproporcionalidade, ineficácia ou mesmo insuficiência de uma intervenção estrutural⁵⁴¹.

No entanto, conforme adverte a OCDE⁵⁴², apesar da didática da dicotomia estrutural/comportamental, essa escolha não deve ser encarada como opção definitiva e excludente. Além disso, levando em conta as peculiaridades de cada caso analisado, uma opção híbrida ou combinada dessas abordagens pode se mostrar mais adequada e conveniente.

Neste ponto, a partir dos estudos de caso apreciados, tanto nos atos de concentração do capítulo 4, quanto nos episódios de conduta do capítulo 5, nota-se que aquelas autoridades de concorrência que almejam alguma natureza de enfrentamento (preventivo ou reativo) da

⁵³⁶ HOVENKAMP, H. Antitrust interoperability remedies. *Columbia Law Review Forum*, v. 123, n. 1, p. 2-36, jan. 2023. p. 5-7.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁵³⁸ DUCCI, F.; TREBILCOCK, M. **Structural vs. behavioral remedies in big tech sectors**. Competition Policy International, apr. 2020. p. 3.

⁵³⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: Cade, 2018a. p. 11.

⁵⁴⁰ MAIER-RIGAUD, F. P.; LÖRTSCHER, B. Structural vs. behavioural remedies. *Competition Policy International*, apr. 2020. p. 4.

⁵⁴¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Remedies in merger cases**. Policy roundtable. Paris: OECD, 2011. p. 20.

condição concorrencialmente lesiva, exerceram justamente esse desprendimento, buscando a concepção de formas de intervenção híbridas e complementares.

Nesse sentido, mostra-se muito válida e interessante a categorização proposta pela autoridade de concorrência do Canadá (*Competition Bureau Canada*). Além das clássicas referências **estruturais** ou **puramente comportamentais**, o órgão reconhece a adoção de **remédios combinados** e, de especial interesse da pesquisa, as **medidas quasi-estruturais**⁵⁴³. Os remédios combinados, como o próprio nome já denuncia, compreende a adoção múltipla de ações de estrutura e comportamento, na busca pela melhor eficácia da decisão. Por medida *quasi*-estrutural, a autoridade canadense considera uma mudança na estrutura de mercado alcançada por vias indiretas e alternativas ao desinvestimento (ou alienação da propriedade), permitindo superar barreiras à entrada, por intermédio da concessão de direitos de acesso, do licenciamento compulsório da propriedade intelectual ou da remoção de cláusulas contratuais⁵⁴⁴.

A julgar pelos últimos movimentos, percebe-se que as soluções *quasi*-estruturais têm ganhado um espaço crescente no antitruste europeu⁵⁴⁵, com a aplicação de obrigações de licenciamento, compromissos para expansão de capacidade instalada e, especialmente, condições detalhadas de acesso a infraestruturas ou facilidades essenciais.

No caso do *big data* e sua relevância para o funcionamento de plataformas digitais do varejo, os regimes compulsórios de acesso e alteração da posse refletidos na prerrogativa de movimentação de dados pessoais (portabilidade) e na possibilidade de operação integrada (interoperabilidade) têm sido considerados como medidas promissoras da resposta antitruste.

Considerando a natureza singular do *big data*, que o distancia do tratamento jurídico de outros “ativos” da economia, não há que se falar em alienação da propriedade. Se uma compreensão principiológica e doutrinária nesse sentido não fosse suficiente, a exemplo dos entendimentos do caso *FTC vs. Toysmart*, os crescentes marcos legais de privacidade e tratamento de dados no mundo têm positivado de maneira muito clara a autodeterminação informativa dos indivíduos e sua titularidade soberana sobre os dados relacionados a sua identificação.

⁵⁴³ CANADA. **Merger Remedies Study**. Gatineau: Competition Bureau, 2011. p. 4.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁴⁵ ALEXIADIS, P.; SEPENDA, ELSA. Structural remedies under European Union antitrust rules. **Concurrences**, n. 2, p. 12-26, 2013.

Dessa forma, conciliando a teoria aqui explorada com os achados dos estudos de casos desenvolvidos, conclui-se que as medidas de acesso ao *big data* em mercados digitais podem sim ser classificadas como intervenções *quasi*-estruturais. Sejam elas positivas no sentido de conferir o acesso a dados pela via de um regime mandatário de compartilhamento, ou negativas na forma de uma revogação do acesso ou restrição ao uso, essas medidas representam em ambos os sentidos a regulação do acesso e controle sobre um elemento tido pela pesquisa como crítico à operação de mercados digitais de consumo e, portanto, implicam na organização estrutural dessa indústria, ainda que preservadas as condições de propriedade postas.

No entanto, em que pese a importância didática dos esforços de categorização, apura-se que na prática nem sempre é possível estabelecer fronteiras muito claras e bem definidas entre a tipologia dessas medidas⁵⁴⁶. Desse modo, na dimensão taxonômica das perguntas de pesquisa, propõe-se, como uma primeira contribuição, uma mensagem de flexibilidade, de superação do maniqueísmo estrutural-comportamental, em prol de um espaço contínuo de possibilidades *quasi*-estruturais (ou mesmo híbridas) na concepção de alternativas possíveis no enfrentamento de problemas concorrenciais contemporâneos⁵⁴⁷. Não se trata displicência metodológica ou falta de rigor analítico, mas sim de uma ideia propositiva de conferir o espaço de liberdade necessário ao decisor para lidar com a realidade de mercados progressivamente concentrados e com dinâmicas operativas cada vez mais complexas.

Diferentemente da imputação discreta da conformidade ou não de condutas, o desenho de remédios não pode ser considerado um processo binário⁵⁴⁸, ele pode até mesmo refletir uma distribuição contínua de possibilidades de modulação de alcance, intensidade e tempo.

Em um rápido paralelo, apela-se ao mesmo pragmatismo já adotado por algumas autoridades na própria definição de mercados relevantes. Buscando abrigo na didática do professor Paulo Burnier⁵⁴⁹, essa metodologia (definição de mercados relevantes) não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas como uma ferramenta analítica de suporte à decisão. Deve-se manter o foco nos objetivos essenciais e, onde houver a impossibilidade (fática ou temporal) de uma definição exauriente do mercado relevante, torna-se possível deixar em aberto essa qualificação detalhada, indicando definições alternativas plausíveis.

⁵⁴⁶ MAIER-RIGAUD, F. P.; LÖRTSCHER, B. Structural vs. behavioural remedies. **Competition Policy International**, apr. 2020, p. 3.

⁵⁴⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Remedies and commitments in abuse cases**. Roundtable background note. Paris: OECD, 2022. p. 7.

⁵⁴⁸ LANCIERI, F.; PEREIRA NETO, C. M. S. Designing remedies for digital markets: The interplay between antitrust and regulation. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 3, p. 613–669, sep. 2022.

⁵⁴⁹ SILVEIRA, P. B. Relevant market. Global Dictionary of Competition Law, **Concurrences**, art. n° 12297.

Desse modo, argumenta-se que além do arrojo necessário na consideração de teorias do dano aptas a lidar com os desafios mercadológicos atuais, será exigido das autoridades tomadoras de decisão criatividade e capacidade inventiva na concepção de remédios e sanções que se mostrem eficazes, onde a consideração de abordagens *quasi*-estruturais se mostra uma possibilidade crível e promissora. A próxima seção se ocupa exatamente de discutir a sistematização das diferentes formas de acesso eficazes em promover a portabilidade e interoperabilidade do *big data* varejista.

6.2 A eficácia da garantia (ou negativa) de acesso ao *big data* varejista

Segundo a teoria econômica, as firmas terão incentivos a promover arranjos voluntários de operação integrada quando houver uma percepção clara de benefícios líquidos entre o investimento necessário e os ganhos advindos com essa implementação. Por exemplo, em situações de lançamento de um novo produto ou o desenvolvimento de novos padrões de usabilidade, haverá incentivos mais claros a promover uma adesão massiva de usuários⁵⁵⁰.

Em contextos particulares, podem surgir inclusive padrões autorregulados pela própria indústria, na definição conjunta de códigos de conduta e eventuais condições de comportamento considerados desejáveis pelo coletivo. Há ainda a possibilidade de uma abordagem de correção, pressupondo o estabelecimento de diretrizes mínimas por uma autoridade instituída, reservando um espaço relevante de discricionariedade técnica a ser preenchido pela contribuição especializada dos agentes de mercado⁵⁵¹.

Contudo, em muitos casos, a racionalidade empresarial majoritária acompanhada da falta de pressões concorrenciais suficientes conduzem as ações em sentido oposto, ou seja, o estabelecimento de um padrão majoritário que não necessariamente se alinha ao melhor interesse dos consumidores⁵⁵². Na dependência de serviços ou padrões impostos pelos dominantes, as forças competitivas acabam se socorrendo de soluções alternativas, ainda que sob a indiferença, a conveniência temporária ou até mesmo o combate daquelas detentoras do padrão. Ilustrações nesse sentido vão desde a ressignificação do acendedor de cigarros em veículos automotores, até fabricantes alternativos de cápsulas de café ou cartuchos de

⁵⁵⁰ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 7.

⁵⁵¹ BROWN, I. The UK's Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022. p. 113.

⁵⁵² BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 6.

impressora⁵⁵³. Na indústria da telecomunicações, por exemplo, há um curioso episódio relatado por Tim Wu⁵⁵⁴, envolvendo uma longa cruzada do sistema Bell contra um pequeno inventor local, que “ousou” desenvolver sem a sua chancela um dispositivo acústico a ser acoplado nos aparelhos de telefonia. Desenvolvido na forma de uma concha plástica, o acessório de fato aprimorava a ressonância acústica do então precário sistema telefônico, o que mereceu toda a força em litigar administrativa e judicialmente do conglomerado Bell por mais de uma década.

Nos mercados digitais, com a cristalização das posições dos agentes majoritários, vão se tornando mais claras as distintas estratégias existentes em termos de abertura e disposição à operação integrada. Tomando uma rápida comparação entre os ecossistemas de Apple e Google, no caso da primeira, percebe-se que parte substantiva da sua receita advém da venda de dispositivos e das grandes margens associadas ao ideário de valores construídos pela marca. A Apple adota deliberadamente uma abordagem mais restritiva, com limitada compatibilidade com terceiros em seu sistema operacional e loja de aplicativos, sob argumentos de aludida segurança e qualidade. De outro giro, o Google, fortemente posicionado nos mercados de publicidade digital, apresenta outro vetor de incentivos. A empresa está orientada a uma maior abertura e difusão de seus serviços (independente do fabricante do dispositivo), como uma aposta estratégica de maximizar as oportunidades de coleta de dados pessoais e assim aprimorar sua capacidade de gerar anúncios direcionados⁵⁵⁵.

Nesses termos, a partir de uma determinada configuração de interesses, o mercado pode se organizar em diferentes níveis de abertura e integração entre os agentes. O desafio que então se apresenta é o de identificação de padrões alocativos não otimizados de operação integrada, com características excludentes e consequências deletérias ao processo competitivo. Nas indústrias de redes, não são raras as negativas de acesso a elementos essenciais, ainda que pela via da criação de interfaces proprietárias ou mesmo a recusa em disponibilizar informações técnicas necessárias⁵⁵⁶.

Conforme já indicado em outros momentos, reconhecendo a propensão ao tombamento (*tipping*) de mercados digitais, os agentes incumbentes são capazes de ampliar

⁵⁵³ DOCTOROW, C. **Interoperability**: Fix the Internet, not the Tech Companies. Electronic Frontier Foundation, jul. 2019.

⁵⁵⁴ WU, T. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 45-162.

⁵⁵⁵ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 8.

⁵⁵⁶ LAO, M. L. Networks, access, and 'essential facilities': From Terminal Railroad to Microsoft. **Southern Methodist University Law Review**, v. 62, p. 557-596, 2009. p. 562.

progressivamente a coleta de dados pessoais de usuários, na medida em que elevam as barreiras de entrada e acesso aos dados por seus concorrentes⁵⁵⁷. Assim, especial atenção tem sido dedicada aos efeitos de rede (*network effects*) e aos elevados custos de troca (*switching costs*), geradores do encarceramento fático de usuários (*lock-in*)^{558, 559}. Além disso, no contexto do varejo, os atributos do *big data* (volume, velocidade, variedade etc.) não são necessariamente aliados informacionais do consumidor, pelo contrário, eles podem se reverter em confusão e complexidade, elevando o esforço e os custos de comparabilidade e procura (*searching costs*)⁵⁶⁰, quanto mais complexas forem as formas de contratação, mais dificultada será a condição informacional do consumidor⁵⁶¹.

Quando o fluxo de dados e o nível de integração ficam aquém do ideal, há uma redução de bem-estar dos consumidores, da produtividade econômica e do potencial de inovação desses mercados⁵⁶². No caso particular da dependência do *big data*, agentes rivais acabam adotando solução precárias de acesso ao insumo, como as difundidas técnicas de “raspagem” ou emulação de terminais. Além das ineficiências e fragilidades inerentes a esse tipo de abordagem⁵⁶³, há questões de instabilidade operacional dos sistemas e fragilidades jurídicas-contratuais de violações de termos e condições de uso das plataformas⁵⁶⁴, conforme os achados dos estudos de casos PeopleBrowsr vs. Twitter e hiQ Labs vs. LinkedIn.

Em resposta aos problemas concorrenciais no controle e uso abusivo do *big data*, as autoridades concorrenciais têm buscado soluções estruturadas de **portabilidade e interoperabilidade de dados**⁵⁶⁵.

Conforme reconhece Hovenkamp⁵⁶⁶, há um “histórico antitruste surpreendentemente robusto” de regimes compulsórios de interoperabilidade na solução de problemas concorrenciais identificados em indústrias de redes. Na comparação com intervenções diretas e

⁵⁵⁷ CRAVO, D. C. **Direito à portabilidade de dados**: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 1.

⁵⁵⁸ ALEXANDER, L.; STUTZ, R. Interoperability in antitrust law & competition policy. **CPI Antitrust Chronicle**, jun. 2021. p. 3.

⁵⁵⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 7.

⁵⁶⁰ CRAVO, *op. cit.*, p. 79, 82.

⁵⁶¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 14.

⁵⁶³ BROWN, I. The UK’s Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022. p. 116.

⁵⁶⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁶⁶ HOVENKAMP, H. Antitrust interoperability remedies. **Columbia Law Review Forum**, v. 123, n. 1, p. 2-36, jan. 2023. p. 3.

definitivas sobre a propriedade, essas medidas se mostram menos intrusivas e mais ajustada aos modelos de negócios digitais, marcados pela densidade tecnológica e pelo dinamismo das transformações⁵⁶⁷.

De fato, os entusiastas dessas ferramentas enaltecem experiências positivas já acumuladas em outras indústrias de redes correlatas, a exemplo dos regimes já consolidados de interoperabilidade de tráfego telefônico no mundo⁵⁶⁸, bem como os modelos de portabilidade dos números de assinantes na regulação da telefonia⁵⁶⁹.

Nesse sentido, por mais de uma década, a Comissão Europeia já vem indicando a falta de interoperabilidade como um dos obstáculos mais consistentes à efetiva digitalização do bloco⁵⁷⁰ e à apropriação do potencial econômico oferecido pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e do próprio *big data*. Desde então, a agenda de portabilidade e interoperabilidade tem ocupado um espaço cada vez maior na agenda digital do bloco e no mosaico regulatório do continente⁵⁷¹: (i) na aplicação da lei de defesa da concorrência; (ii) no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados; (iii) no Regulamento Mercados Digitais; (iv) na Diretiva 2009/24 relativa à proteção jurídica dos programas de computador; e (v) na Diretiva 2015/2366 relativa aos serviços de pagamento.

Com efeito, no momento da redação, registra-se a aprovação muito recente do Regulamento de Dados da União Europeia⁵⁷², em dezembro de 2023, com previsão de se tornar aplicável e operacional em setembro de 2025. A norma almeja “destravar o mercado de nuvem da União Europeia”⁵⁷³, por meio de uma alocação justa do valor dos dados entre os diferentes atores do ecossistema digital, buscando ainda estimular um mercado de dados competitivo, abrir oportunidades de inovação baseadas em dados e tornar os dados mais acessíveis a todos, a partir de soluções de portabilidade e interoperabilidade de dados pessoais.

⁵⁶⁷ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1015.

⁵⁶⁸ LAFFONT, J. J.; TIROLE, J. Creating competition through interconnection: theory and practice. **Journal of Regulatory Economics**, p. 227-256, 1996.

⁵⁶⁹ CHO, D.; FERREIRA, P.; TELANG; R. **The impact of mobile number portability on price, competition and consumer welfare**, may 2013.

⁵⁷⁰ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022.

⁵⁷¹ DENART, L.; FRÖHLICHN N.; KOCH, N.; MAGGI, G. **Exploring mandatory interoperability across social media platforms in the EU**. Paris: SciencesPo, 2023. p. 18.

⁵⁷² UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2023/2854 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo aos dados e a sua utilização e que altera o Regulamento 2017/2394 e a Diretiva 2020/1828**. Bruxelas: UE, 2023.

⁵⁷³ SCHNURR, D. **Switching and interoperability between data processing services in the proposed Data Act**. Brussels: CERRE, 2022. p. 5-6.

No caso do Reino Unido, em particular, a regulação do varejo bancário oferece o que é possivelmente a mais madura e estruturada experiência de política pública de indução da competição, por intermédio da aplicação de ferramentas de portabilidade e interoperabilidade. Não por acidente, o projeto de *Open Banking* britânico tem sido acompanhado de perto por várias autoridades do antitruste e do sistema financeiro no mundo e seus resultados devem também inspirar a regulação e o desenho de medidas em várias outras indústrias intensivas em dados⁵⁷⁴.

Embora o projeto de *Open Banking* do Reino Unido não seja um caso típico de abuso de posição dominante ou de conduta concertada, os estudos diagnósticos da autoridade de concorrência foram determinantes à indicação das soluções de interoperabilidade para as características do setor e a estrutura de mercado analisada⁵⁷⁵. Na mesma medida em que a experiência britânica oferece ensinamentos valiosos para os otimistas com medidas de portabilidade e a interoperabilidade⁵⁷⁶, ela também oferece lições importantes para a contenção de eventuais exageros de entusiasmo com aplicação do instrumental de portabilidade e interoperabilidade.

Em contraste com o otimismo dessas experiências, algumas críticas a essas tentativas regulatórias⁵⁷⁷ apontam justamente para a influência excessiva e até algum risco de contaminação por políticas públicas já aplicadas em setores tradicionais de infraestrutura.

Também na vertente crítica, em ensaio produzido a partir de dados anonimizados e portados do Facebook, Nicholas e Weinberg⁵⁷⁸ questionam a consideração da portabilidade de dados como medida primária e isolada no enfrentamento dos problemas concorrenciais de redes sociais. No entanto, os autores não recomendam o abandono dessa abordagem e ponderam que, em certos setores, um regime de portabilidade bem concebido pode produzir resultados favoráveis, desde que ajustado às expectativas e consciente das relações de compromisso envolvidas⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ BROWN, I. The UK's Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁷⁶ BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 3.

⁵⁷⁷ DE STREEL, A.; LAROUCHE, P. The European Digital Markets Act: A revolution grounded on traditions. **Journal of European Competition Law & Practice**, aug. 2021.

⁵⁷⁸ NICHOLAS, G.; WEINBERG, M. Data portability and platform competition: Is user data exported from Facebook actually useful to competitors? **Engelberg Center on Innovation Law & Policy NYU School of Law**, p. 1-21, 2019.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 17-19.

Em novo estudo sobre os limites à consideração da portabilidade de dados, Gabriel Nicholas⁵⁸⁰ reafirma o ceticismo com algumas soluções de portabilidade de dados que têm sido adotadas no mundo, tendo em vista o que considera um enfoque exclusivo na mitigação de custos de troca, ofuscando outras barreiras à entrada importantes e intransponíveis por iniciativas isoladas de mobilidade dos dados.

Nesse aspecto, recorre-se à abordagem de contexto proposta por Victor Fernandes⁵⁸¹, a moderação necessária e a ponderação de fatores para lidar com algumas ambiguidades e condições de validade para aplicação dessas medidas.

Dessa forma, argumenta-se pela necessidade de um ambiente de reflexões sóbrias quanto aos problemas passíveis de serem remediados pela portabilidade e interoperabilidade de dados. Além disso, a escolha da indústria varejista figura nesta pesquisa como a delimitação de um universo de dados específico e coerente que permita essas avaliações. Mas na evolução desse esforço, entende-se que um passo essencial é um assentamento conceitual robusto desses instrumentos.

6.2.1 Definições do instrumental de portabilidade e interoperabilidade de dados

Recobrando a lição conceitual de Danilo Doneda⁵⁸², apesar do uso doutrinário corriqueiro e indistinto de “dado” e “informação”, o dado, na sua acepção primitiva e fragmentada compreende uma pré-informação, um estado potencial anterior à interpretação e ao processo de elaboração. Já a informação permite uma redução da incerteza e a depuração de conteúdo com vistas à formação de significados. Muito embora os dados brutos não ostentem um valor material intrínseco, a questão está na desenvoltura e nas capacidades de tratamento, desde a coleta até a utilização e, a partir dessas ações, o desenvolvimento de atividades econômicas com efeitos concretos para a ordem jurídica e a estrutura de direitos, ainda que ao custo da privacidade dos titulares a quem se vinculam os dados⁵⁸³.

Em conexão e reconhecimento dessa titularidade, na esteira dos debates legislativos de privacidade, emergiu o anseio de conferir ao titular de dados a condição soberana de domínio sobre o destino de seus próprios dados. Dentre garantias de consentimento e outras

⁵⁸⁰ NICHOLAS, G. Taking it with you: Platform barriers to entry and the limits of data portability. **Michigan Technology Law Review**, v. 27, n. 2, p. 263-298, 2021.

⁵⁸¹ FERNANDES, V. O. Towards data portability and interoperability under Brazilian Competition Law: Crafting appropriate legal standards for abuse of dominance. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, dec. 2022b.

⁵⁸² DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 139.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 149, 155.

prerrogativas, surge a possibilidade de revogar o consentimento ao tratamento, de solicitar a destruição de registros, ou requerer a movimentação dos dados para outra destinação.

Na materialização desta última questão, ganha corpo e forma o direito à **portabilidade de dados pessoais**, já positivado em muitos marcos legais de proteção à privacidade. Centrado na iniciativa da pessoa natural, trata-se de conferir ao indivíduo a capacidade autônoma de materializar sua vontade sobre os novos rumos para os seus dados, na posse de algum agente⁵⁸⁴.

Conforme o ponto de atenção indicado pela professora Daniela Copetti⁵⁸⁵, o direito à portabilidade de dados compreende mais do que o mero direito de acesso, são prerrogativas que se somam e se complementam. O direito à portabilidade está a um passo adiante da condição do simples acesso, as definições de formato dos dados portados já não dependem apenas do arbítrio exclusivo do atual controlador, uma vez que deve ser assegurada a possibilidade efetiva de nova utilidade conferida pelo titular ou por um novo controlador por ele indicado.

Assumindo a definição adotada pela OCDE⁵⁸⁶, a portabilidade compreende a iniciativa do titular de dados requerer ao detentor a **transferência do conjunto dados** relativos a essa pessoa em um formato **estruturado, usual e inteligível**, para a própria pessoa requerente, ou para um terceiro indicado.

Neste ponto, cabe destacar o caráter dual da portabilidade de dados pessoais. Embora apresente essa vocação individual, direcionada à autodeterminação informativa, ao emancipar os usuários da dependência cativa a um novo regime de mobilidade e reutilização dos dados, a portabilidade ostenta também uma verve concorrencial, manifesta na redução dos custos de troca (*switching costs*)⁵⁸⁷.

De fato, ao permitir a superação de barreiras de troca que configuram o encarceramento (*lock-in*) dos usuários, a portabilidade cria possibilidades para que um mercado dependente de dados possa se desenvolver de forma mais saudável e aberta à entrada de novos agentes⁵⁸⁸, ainda que, apesar de necessário, esse não seja considerado o único fator considerado suficiente.

⁵⁸⁴ RILEY, C. Unpacking interoperability in competition. **Journal of Cyber Policy**, v. 5, n. 1, p. 94-106, 2020. p. 96.

⁵⁸⁵ CRAVO, D. C. **Direito à portabilidade de dados**: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 147.

⁵⁸⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 10.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁸⁸ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Giving away our data for free is a market failure. **Promarket**, feb. 2021. p. 4.

No mundo, as legislações de proteção de dados têm adotado ligeiras distinções conceituais da portabilidade de dados, desde a transmissão direta entre os controladores, ou o simples direito de receber e armazenar em dispositivos de uso pessoal⁵⁸⁹.

Na implementação desse direito, as soluções podem de fato assumir diferentes formas, os desenhos mais rudimentares preveem a mera carga manual e transferência de dados pelo próprio titular, já as implementações mais sofisticadas contemplam a transferência direta entre serviços e aplicações, podendo ser em tempo real ou com alguma frequência pré-estabelecida, ainda que sob a demanda do titular. Para esses últimos arranjos, mais elaborados, é exigível a adoção de arquiteturas e formatos de dados padronizados, além de protocolos que assegurem a efetiva operação integrada entre sistemas. Surge então o atributo da **interoperabilidade**, associada à capacidade de diferentes produtos, serviços e sistemas operarem de maneira conjunta e se comunicarem⁵⁹⁰.

Desse modo, apesar de compreenderem instrumentos distintos, os conceitos da portabilidade e da interoperabilidade se cruzam e se tocam nas condições de assegurar o acesso a dados. Inclusive, encontra-se com alguma frequência na literatura⁵⁹¹ a menção indistinta entre portabilidade e interoperabilidade de dados, ou a referência a “portabilidade de dados em tempo real” como a “interoperabilidade de dados”.

Portanto, para uma condição funcional de efetiva mobilidade e reutilização de dados pessoais é necessário um esforço adicional de interoperabilidade. Do contrário, conforme adverte a professora Ana Frazão, a nobreza da portabilidade como instrumento garantidor da autodeterminação informativa estaria reduzida a uma vazia declaração de princípios e anseios⁵⁹².

Neste ponto, extrai-se uma importante constatação sobre a eficácia concorrencial dessas medidas, pois, algum grau de interoperabilidade se mostra indispensável a uma fruição verdadeira e operacional da portabilidade do *big data*, de modo a permitir a redução dos custos de troca (*switching costs*) e, conseqüentemente, a efetiva superação do encarceramento (*lock-in*).

⁵⁸⁹ CRAVO, D. C. Portabilidade de dados: definições preliminares. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 1-21. p. 6.

⁵⁹⁰ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 4.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁹² FRAZÃO, A. O. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: principais repercussões para a atividade empresarial, o direito à portabilidade parte XI. **Jota Info**, nov. 2018.

Contudo, como a beleza sempre reside nos detalhes, os verdadeiros desafios compreendem o grau ótimo de integração desejável à portabilidade e à interoperabilidade de dados, equacionando as relações de compromisso existentes entre objetivos, investimento, engajamento e tempo requerido para sua implementação⁵⁹³. A diversidade de abordagens oferece também uma miríade de resultados possíveis, em termos de proporcionalidade e custo-benefício da intervenção⁵⁹⁴. A estrutura de mercado, o escopo e a possibilidade de aplicação conjugada com outras medidas também constituem variáveis importantes nesse esforço⁵⁹⁵.

Desse modo, ponderando ainda que o varejo digital apresenta suas próprias singularidades, observa-se que o desenho e a implementação da portabilidade e interoperabilidade do *big data* pode se converter em um grande desafio para as autoridades de concorrência. Com o fito de contribuir com esse esforço, a próxima seção se dedica a explorar diretrizes objetivas e materiais na concepção dessas soluções.

6.2.2 Parâmetros ao desenho de medidas de portabilidade e interoperabilidade

Recorrendo inicialmente à jurisprudência brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE indica que a fim de assegurar a eficácia das intervenções, os remédios devem observar princípios de proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade⁵⁹⁶. A **proporcionalidade** deve ser observada na imposição de ações mitigadoras necessárias, adequadas e suficientes à reversão do prejuízo concorrencial identificado e atribuível. Uma ação capaz de sanar as preocupações concorrenciais de forma **tempestiva** é preferível, quando comparada a resultados perceptíveis em longo prazo. Um remédio precisa ser **factível** em todas suas etapas, prevendo sua viabilidade de execução e soluções críveis de contingências e cumprimento. A capacidade de **verificação** compreende mecanismos de validação; acompanhamento; aferição de consequências e identificação das responsabilidades.

A partir das lições extraídas dos estudos de casos, percebe-se que essas intervenções *quasi*-estruturais oferecem uma trilha complexa de definições de “para quem, como, quando,

⁵⁹³ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 5.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁹⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 17.

⁵⁹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: Cade, 2018a. p. 14.

como, sob qual contraprestação”⁵⁹⁷. Depreende-se do esforço de revisão da bibliografia especializada um conjunto de direcionadores entendidos como determinantes ao sucesso no alcance de resultados a intervenção e que podem ser apresentados sob a seguinte organização temática: objetivos; escopos e funcionalidades; termos e condições de uso; padronização técnica e desenvolvimento; privacidade e segurança.

6.2.2.1 *Objetivos dos regimes de portabilidade e interoperabilidade*

Vários autores⁵⁹⁸ reputam a portabilidade e a interoperabilidade como intervenções concorrenciais eficazes e de abordagem suave (*soft touch*). A eficácia reside na capacidade de redução dos custos de troca e na superação da condição de enclausuramento dos usuários, de modo a “redistribuir” a apropriação das externalidades de redes em mercados digitais⁵⁹⁹. Uma vez implementada, a interoperabilidade permite o compartilhamento dos ganhos de escala entre todas as firmas participantes, não apenas entre aqueles em posição de dominância⁶⁰⁰. Esse instrumental tem ainda o condão de aplacar o custo social da improbabilidade da entrada de novos agentes⁶⁰¹, ao permitir a oferta alternativa de produtos e serviços por novas firmas, dispensado o atingimento de uma massa crítica de usuários próprios e em condições menos díspares de concorrência com os estabelecidos⁶⁰².

A ideia de leveza⁶⁰³, por sua vez, estaria relacionada à suficiência de “definir uma interface operativa entre sistemas”, preservadas todas as demais liberdades das firmas na formatação de seus produtos e na escolha de suas estratégias empresariais. Contudo, com base nos achados da presente pesquisa, argumenta-se que a escolha dessa abordagem está longe de ser um caminho trivial, na verdade, o esforço, o investimento e o tempo necessários aumentam a responsabilidade pela definição de objetivos e resultados esperados com a intervenção.

⁵⁹⁷ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 27.

⁵⁹⁸ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1023.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 1019.

⁶⁰⁰ BROWN, I. The UK’s Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022. p. 113.

⁶⁰¹ CRAVO, D. C. Portabilidade de dados: definições preliminares. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 1-21.

⁶⁰² BOURREAU; KRÄMER; BUITEN, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰³ SCOTT MORTON, *op. cit.*, p. 1023.

Nesse sentido, Herbert Hovenkamp⁶⁰⁴ pondera como não são raras as situações em que os esforços de caracterização de condutas anticoncorrenciais acabam simplesmente ruindo na fase de imposição de remédios, seja pela falta de clareza quanto aos objetivos da política antitruste adotada ou na proposição de soluções que não sejam consistentes com essas escolhas.

Dito isso, a delimitação de objetivos é essencial e vinculante para todo o processo, da implementação ao monitoramento, todas as fases se beneficiam de uma declaração explícita quanto aos resultados pretendidos, com escolhas também conscientes das renúncias necessárias⁶⁰⁵. Por exemplo, em mercados com graus de dominância muito pronunciados, barreiras há muito cristalizadas e que desencorajem ou mesmo impeçam qualquer entrada, a redução de custos de troca propiciados pelo advento da portabilidade e da interoperabilidade pode produzir resultados ainda muito tímidos, pelo que outras medidas podem ser também necessárias⁶⁰⁶.

Mas o fato é que a conjugação da interoperabilidade com a portabilidade de dados ostenta um grau elevado de plasticidade, apta a se moldar aos propósitos da intervenção, podendo excursionar entre um espaço contínuo de integração mínima até o máximo grau de operação padronizada e interrelacionada, conforme ilustrado na Figura 4.



Fonte: inspirado em OFCOM (2023)

Contudo, a escolha da abordagem ótima ou mais ajustada oferece escolhas e renúncias. Um caminho de maior interoperabilidade implica uma padronização crescente e mais detalhada

⁶⁰⁴ HOVENKAMP, H. Antitrust remedies for Big Tech, **The Regulatory Review**, jan. 2021. Opinion. Technology.

⁶⁰⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 27.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 18.

de interfaces entre os agentes, reduzindo os espaços para diferenciação entre produtos e serviços⁶⁰⁷. Assim, ao tempo em que essa abordagem cria condições de participação no mercado mais aberta e disponíveis a novos entrantes e firmas de menor porte, pode trazer consigo uma redução dos incentivos à inovação naquele elo da cadeia produtiva⁶⁰⁸.

A dinâmica de incentivos à diferenciação é uma discussão relevante no momento da definição de objetivos da medida concorrencial, pois um elevado grau de diferenciação presente pode significar maiores dificuldades técnicas e custos na interoperabilidade daquele segmento específico de mercado⁶⁰⁹. Por exemplo, o caso hiQ Labs vs. LinkedIn evidencia uma condição específica de qualidade e especialidade de dados, no caso, o nicho específico de informações corporativas e profissionais dentro de um mercado maior de redes sociais.

Produtos e serviços digitais abrangem várias camadas de funcionalidades e componentes, de maneira que a ideia de diferenciação oferece nuances e sutilezas⁶¹⁰. Os modelos de negócios conglomerados têm ganhado muito apelo em face da crescente integração não vertical de grandes plataformas digitais, ao ponto de serem inclusive considerados ecossistemas inteiros no provimento de serviços⁶¹¹.

Dessa forma, na reflexão de objetivos, entre pretensões mais arrojadas de viabilizar **a competição entre plataformas** (a dimensão horizontal)⁶¹², ou evitar a alavancagem de poder para outros mercados e promover **a competição dentro das plataformas**⁶¹³, torna-se relevante diferenciar entre as formas de interoperabilidade horizontal ou vertical ao *big data*. Conforme demonstrado na pesquisa, especialmente no capítulo 4 - ACESSO A DADOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO, dada a expansão conglomerada à acumulação de diferentes fontes dados, o direcionamento de remédios será diferente, a depender do elo da cadeia produtiva onde a concorrência for considerada viável e desejável⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 16.

⁶⁰⁸ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 18.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁶¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Fusões conglomeradas: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022**. Brasília: Cade, 2023. Documento de Trabalho nº 006/2023.

⁶¹² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 19.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 20.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 46.

A interoperabilidade horizontal se refere à capacidade de sistemas se comunicarem com serviços rivais no mesmo elo da cadeia⁶¹⁵. Em alguns contextos, a imposição da interoperabilidade horizontal pode ser importante em alguns, mas inadequada em outros, a depender especialmente dos aspectos de inovação e incentivos em médio e longo prazo.

Para serviços e conjuntos de dados mais simples de serem portados, a interoperabilidade horizontal pode ser estabelecida com relativa facilidade, nivelando as condições de concorrência entre pequenos e grandes agentes. No entanto, para serviços mais complexos, a interoperabilidade horizontal é possivelmente mais limitada⁶¹⁶ ou de alto custo, complexidade e tempo para implantação. Nesses últimos casos, a interoperabilidade horizontal seria provavelmente imperfeita, na medida em que seria necessário nivelar as funcionalidades comuns e afastar aquelas que seriam deixadas de lado. Na prática, esse esforço compreende um processo de padronização longo e complexo, na proporção direta dos recursos a serem padronizados⁶¹⁷.

Ainda que vencidos os desafios operacionais de adoção, há ainda preocupações quanto aos efeitos de curto prazo da interoperabilidade horizontal, o risco de que um aumento da eficiência estática possa vir ao sacrifício das eficiências dinâmicas de longo prazo⁶¹⁸.

Uma avaliação pragmática quanto à legitimidade da imputação de um regime horizontal também reside em julgar a viabilidade da múltipla contratação ou adesão simultânea de serviços concorrentes (*multi-homing*)⁶¹⁹. Onde houver uma baixa taxa de mudança de fornecedores, fortalecida por fatores de conveniência, comportamento inercial e o *multi-homing* seja inconveniente ou inviável, há maior legitimidade para uma abordagem horizontal de interoperabilidade⁶²⁰. Desse modo, a obrigatoriedade da interoperabilidade horizontal para mercados digitais é mais recomendada para produtos e serviços de um ritmo de inovações lentas e incrementais, com funcionalidades relativamente simples e estáveis no tempo⁶²¹.

De outra parte, superando um olhar mais tradicional de efeitos horizontais e considerando as tendências de conformações não horizontais para as plataformas digitais do

⁶¹⁵ RILEY, C. Unpacking interoperability in competition. **Journal of Cyber Policy**, v. 5, n. 1, p. 94-106, 2020. p. 95.

⁶¹⁶ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 20.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁶²⁰ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 16.

⁶²¹ BOURREAU; KRÄMER; BUITEN, *op. cit.*, p. 24.

varejo, interessa especialmente à pesquisa investigar atributos da interoperabilidade vertical, compreendida na possibilidade de serviços digitais incorporarem dados, conteúdos ou funcionalidades de um fornecedor em diferentes elos da cadeia de valor, possibilitando superar a dependência de um único fornecedor integrado em todo o ecossistema⁶²².

Rememorando como o antitruste tem evoluído na sua compreensão quanto ao poder detido pelo elo varejista⁶²³, com o advento da digitalização das relações de consumo e o exercício de alavancas de poder em dados, o caso mais contundente nesse sentido é possivelmente a investigação da Comissão Europeia vs. Amazon.

Nesse sentido, a eventual imposição interoperabilidade vertical se mostra mais promissora ao permitir a concorrência em mercados complementares. A sua condição de modularidade admite modelos de inovação aberta, o que se mostra especialmente frutífero em ambientes complexos, de alto teor de inovação e de serviços complementares ainda em experimentação⁶²⁴. As evidências de casos como PeopleBrowsr vs. Twitter e hiQ Labs vs. LinkedIn indicam que as plataformas tendem a ser inicialmente mais abertas aos ofertantes de serviços adicionais, para aumentar o valor e a atração à plataforma em fases iniciais e, uma vez estabelecidas, tendem a ser mais fechadas na captura integrada de quase todo o retorno gerado pela plataforma⁶²⁵.

Dessa forma, os mecanismos de portabilidade e interoperabilidade vertical podem permitir que os ofertantes de serviços complementares ofereçam funcionalidades concorrentes, trazendo algum grau de desconcentração em estruturas controladas por um ou um pequeno número de dominantes⁶²⁶.

Além disso, julga-se importante modular expectativas com a delimitação de alvos e objetivos críveis com a intervenção. É importante compreender que a ação não poderá resolver problemas de competição dissociados dos custos de troca (*switching costs*) e encarceramento de consumidores (*lock-in*), especialmente em ambientes marcados por outras falhas de mercado⁶²⁷.

⁶²² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 12.

⁶²³ ATHAYDE, A. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017.

⁶²⁴ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 26.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁶²⁶ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1026.

⁶²⁷ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 14.

Nesse sentido, é valiosa a experiência do programa britânico de *Open Banking* e questionamentos oferecidos à eficácia da política pública, a partir do número de clientes que efetivamente migraram de instituição financeira⁶²⁸. Em que pese alguns documentos oficiais terem de fato flertado com esse tipo de projeção, no entender da pesquisa essa não aparenta ser a melhor métrica avaliativa. Um julgamento muito mais acurado e de maior complexidade seria compreender o grau de satisfação dos consumidores, o recebimento de novas ofertas e produtos bancários complementares com a superação da condição cativa de dados pessoais.

Assim, considerando que a questão não se exaure com a delimitação de mercado alvo e o estabelecimento de objetivos, segue-se à apreciação dos demais aspectos considerados relevantes.

6.2.2.2 *Escopo dos regimes de portabilidade e interoperabilidade*

Primeiramente, enquanto uma imposição assimétrica em atos de concentração ou em ajustes de condutas, as medidas precisam estabelecer com clareza os critérios, os processos e os compromissos aos quais estarão sujeitas as partes alcançadas pela imposição⁶²⁹.

Por mais simples e estática que uma medida de portabilidade e interoperabilidade possa ser, há a necessidade de especificação exaustiva do rol de dados abrangidos pelo regime de acesso, com vistas à segurança jurídica e à eficácia da intervenção⁶³⁰. No caso Google/Fitbit, por exemplo, foram consideradas pela Comissão Europeia 91 naturezas de dados pessoais distintos, entre dados fornecidos, medidos ou inferidos, os quais foram classificados em 17 categorias.

Além disso, a eficácia da portabilidade e da interoperabilidade pode ser comprometida por um escopo muito restritivo da medida, seja por limitações de privacidade, escala ou a natureza estática das informações⁶³¹. Há uma relação de compromisso importante entre, de um lado, limitar demasiadamente a abrangência ao ponto de comprometer a potência da medida e, de outro, ampliar exageradamente o âmbito, inviabilizando os custos e a complexidade de execução. O desafio está em alcançar o equilíbrio de funcionalidades essenciais, aquelas

⁶²⁸ BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 6.

⁶²⁹ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 21.

⁶³⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 45.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 18.

apreciadas pelos consumidores e capazes de influenciar uma eventual decisão de troca entre fornecedores de produtos e serviços.

Além disso, dependendo das condições firmadas para implementação e a possibilidade de prever ciclos de revisão, o escopo inicial da medida pode prever funções mais básicas em um primeiro momento e, conforme as respostas de mercado, avançar para funcionalidades mais sofisticadas⁶³².

Nesse contexto, é importante ponderar que na oferta de produtos e serviços digitais, a capacidade de extrair informações úteis não depende apenas da condição estática do acesso a dados, mas em grande medida dos algoritmos e da capacidade analítica disponível. Ganha relevo no debate de escopo justamente a componente dinâmica da medida, pois o *big data* apresenta um componente temporal intrínseco, após certo decurso de tempo, algumas naturezas de dados são absolutamente inúteis⁶³³.

Assim, um regime de interoperabilidade e portabilidade orientado a transferências únicas pode favorecer resultados em aplicações de natureza estática, por exemplo, apenas os dados transacionais de compras, listas de desejos e preferência. Já aplicações inovadoras e intensivas na análise dinâmica de dados, por serem mais propensas à obsolescência do *big data*, oferecem um desafio adicional de integração com soluções mais sofisticadas de transferência com uma frequência pré-estabelecida ou mesmo um fluxo contínuo de dados, na medida da sua geração⁶³⁴.

Quando a necessidade de abertura avança para além de informações estáticas e evolui para os produtos de análise e interações entre os dados, surgem questões importantes associadas à forma de obtenção e geração dos dados, se providos voluntariamente pelo usuário, observados do comportamento do usuário, derivados ou inferidos a partir de análises, ou mesmo adquirido ou licenciado de terceiros⁶³⁵.

A depender dessa classificação, o regime jurídico de regência pode variar entre a preservação estrita da autodeterminação informativa, a tutela de direitos consumeristas e a

⁶³² OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 22.

⁶³³ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 473.

⁶³⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 12.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 11.

defesa difusa do processo competitivo, podendo ainda encontrar limites no direito à proteção do segredo industrial e da propriedade intelectual.

Essa é uma questão que aparenta estar longe de uma pacificação. Na miríade de interpretações possíveis, há vertentes mais restritivas e visões mais extensivas sobre os limites considerados de dados pessoais vinculados às pessoas naturais. Por uma perspectiva mais restritiva, a vinculação à pessoa natural estaria limitada aos dados explicitamente fornecidos, a exemplo do preenchimento de um formulário eletrônico. Já a visão mais ampliada considera dado pessoal todo e qualquer dado coletado ou gerado a partir do consenso ou no interesse e necessidades da execução de um serviço⁶³⁶, a exemplo da localização, o registro de tempo e outras escolhas implícitas.

Adicionalmente, evoluindo às inferências e aos resultados do processamento sobre os dados brutos, passa-se a considerar a proteção ao segredo da empresa e à propriedade intelectual. O desafio não é nada simples. De um lado, o acesso a dados pessoais de inquestionável titularidade do indivíduo não pode ser negado com base no segredo da empresa. Contudo, há dados que somente são gerados a partir consenso e dos algoritmos, sendo que esses últimos podem sim estar abarcados pela proteção do segredo industrial, o que habilita o controlador a um campo de debate sobre limites e restrições à portabilidade⁶³⁷.

Dessa forma, as interfaces e os meios técnicos para prover a interoperabilidade podem receber um tratamento mais aberto ou restritivo na relação com terceiros. Geralmente, a abertura está associada à percepção de benefícios de integração, ao passo que a decisão de restrição busca abrigo na proteção de segredos comerciais das firmas. Pelas lentes do direito da concorrência, existe uma gama restrita de circunstâncias em que uma empresa pode ser obrigada a fornecer acesso ou licenciar os seus direitos de propriedade intelectual. Dessa forma, a conciliação prática entre o propósito concorrencial e a questão do direito de patentes ou protetiva do segredo industrial é um grande desafio⁶³⁸.

Todos esses exemplos evidenciam as dificuldades de assimetria informacional enfrentadas pelas autoridades de concorrência na concepção das medidas *quasi*-estruturais de acesso a dados. Como forma de transcender essas dificuldades, revela-se fundamental a realização de ferramentas de participação social e discussão com a sociedade na definição de

⁶³⁶ CRAVO, D. C. **Direito à portabilidade de dados**: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 148-149.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 161-162.

⁶³⁸ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 41.

escopo e funcionalidades previstas para a medida. Nesse sentido, os testes de mercado promovidos pela Comissão Europeia⁶³⁹ com potenciais participantes ou rivais mostra-se muito profícuo à busca por resultados. O caso Google e Fitbit e as várias rodadas de interação promovidas pela autoridade concorrencial constituem um sólido exemplo nesse sentido, contemplando a discussão da abrangência das categorias de dados necessárias à entrada competitiva, a frequência e forma de fornecimento.

Na próxima seção, aprofunda-se o debate sobre como a definição dos termos e condições de acesso se soma às delimitações de escopo.

6.2.2.3 *Termos e condições de acesso*

A abertura proporcionada por regimes compulsórios de portabilidade e interoperabilidade do *big data* não implica na utilização indiscriminada e sem controle das interfaces de acesso, tampouco na disponibilidade ostensiva de dados. Por razões óbvias de segurança e privacidade, há justificativas suficientes para estabelecer condições de elegibilidade daqueles interessados no acesso⁶⁴⁰ e os compromissos e responsabilidades vinculadas a essa operação⁶⁴¹.

As estratégias de entrada e as novas aplicações empreendidas pelos agentes competitivos podem ser de difícil previsão, em especial nos regimes de interoperabilidade vertical. Dessa forma, não parece desejável que a autoridade concorrencial venha a se converter em algum tipo de árbitro da validade de determinados negócios, vaticinando vencedores ou perdedores na forma da entrada e condições de acesso⁶⁴². Uma solução mais adequada compreende o estabelecimento prévio de condições de acesso, baseada em critérios objetivos e não discriminatórios, orientados a padrões objetivos de funcionamento⁶⁴³.

Nesse sentido, no fornecimento da interoperabilidade, julga-se conveniente considerar algumas condições sob as quais ela pode ser fornecida: (i) aspectos técnicos de especificações transparentes e suficientes à solução; (ii) a precificação transparente de formas de custeio e partilha do financiamento; (iii) condições justas e igualitárias que assegurem o tratamento

⁶³⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 45.

⁶⁴⁰ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 27.

⁶⁴¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁴² BOURREAU; KRÄMER; BUITEN, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 30.

isonômico e não discriminatório dos interessados; e iv) critérios de privacidade e segurança da operação⁶⁴⁴.

Com essa perspectiva, a autoridade concorrencial deve ser manter vigilante quanto aos riscos de abuso presentes na imposição de termos e condições, por exemplo, o emprego distorcido da visibilidade sobre os dados utilizados por um rival, que irá desenvolver um negócio complementar a partir daquele acesso de dados⁶⁴⁵. Trata-se da exata configuração de conduta de vantagem competitiva indevida baseada em dados, percebida na investigação da Comissão Europeia vs. Amazon (Marketplace e Buy Box).

As características econômicas singulares do *big data*, enquanto um “ativo” não rival e não excludente, acabam por afastar algumas preocupações de acesso e compartilhamento clássicas de indústrias tradicionais de infraestruturas, como o risco de escassez ou esgotamento da capacidade instalada. Os desenvolvimentos e os ajustes necessários à portabilidade e à interoperabilidade irão ocorrer sob as dinâmicas de custos decrescentes em escala e tendentes a zero, como é próprio da indústria de TICs⁶⁴⁶. De todo modo, ainda que o custo de desenvolvimento seja considerado como um remédio a um ato de concentração ou o ônus do ajuste de uma conduta anticoncorrencial, é desejável prever a dinâmica de custeio e continuidade da operação, a fim de assegurar o sucesso e a sustentabilidade da intervenção⁶⁴⁷.

Prever algum tipo de contribuição dos interessados no acesso pode ser interessante no custeio de encargos marginais e incrementais, por exemplo, de concessão e revogação de licenças, no monitoramento e fiscalização da conformidade daqueles que acessam os dados⁶⁴⁸. Além disso, no desenho do financiamento, considerando a possibilidade de evolução e desenvolvimento de novas funcionalidades, podem ser introduzidas algumas variáveis de incentivo ao comportamento dos agentes, seja um ônus vinculado a uma métrica de dominância ou uma contribuição atrelada à percepção de benefício pelos interessados no acesso⁶⁴⁹.

Ainda sobre termos e condições de acesso, há autores que apresentam destacada preocupação com que a abordagem de interoperabilidade seja equitativa, isto é, possa assegurar

⁶⁴⁴ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 24.

⁶⁴⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 19.

⁶⁴⁶ ABRAHAMSON, Z. Essential data. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 3, p. 576-881, dec. 2014. p. 878.

⁶⁴⁷ BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 4.

⁶⁴⁸ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 32.

⁶⁴⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 48.

a qualquer interessado elegível o acesso aos serviços de forma igualitária em termos de facilidade, custo, utilidade e velocidade⁶⁵⁰, portanto, em igualdade de condições e sem qualquer discriminação perante aquele que foi alvo da medida ou outros competidores⁶⁵¹.

Nas dinâmicas de definição do fluxo de dados, é desejável que se defina com clareza os papéis na concessão de acesso, considerando especialmente a repercussões de privacidade e segurança dos usuários⁶⁵², particularmente, as responsabilidades individuais e solidárias dos controladores por ocasião das transferências e manutenção de registros⁶⁵³. Não se pode perder de vista o aspecto de soberania dos titulares. Nesse sentido, os sistemas e regras devem prever processos claros que empoderem os usuários a fazer escolhas⁶⁵⁴, não apenas de consentimento, mas de requerimento expresso do titular⁶⁵⁵.

Oportunamente, é ainda desejável prever uma dinâmica de revisão periódica da medida, inclusive a possibilidade de superação de sua vigência. Seja pelo alcance dos resultados e sucesso da intervenção, ou mesmo uma resposta de transformação da realidade tecnológica e de mercado, a gerar outros gargalos e formas de dependência de elementos essenciais⁶⁵⁶.

A seguir, um desenvolvimento sobre parâmetros técnicos, os quais também demandam um olhar cuidadoso de autoridades concorrenciais, pois, em algoritmos inteligíveis e disponíveis a poucos⁶⁵⁷, podem esconder propósitos excludentes e discriminatórios.

6.2.2.4 Padronização técnica e desenvolvimento

Os impedimentos à portabilidade e à interoperabilidade podem teoricamente se manifestar como barreiras legais, de comportamento ou tecnológicas. No entanto, são raras as adoções explícitas de termos que neguem deliberadamente a mobilidade de dados, o que se

⁶⁵⁰ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1035.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 1041.

⁶⁵² BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 40.

⁶⁵³ CRAVO, D. C. **Direito à portabilidade de dados**: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 165.

⁶⁵⁴ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 26.

⁶⁵⁵ CRAVO, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁵⁶ BOURREAU; KRÄMER; BUITEN, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁵⁷ SCOTT MORTON, *op. cit.*, p. 1053.

observa são práticas mais indiretas dos agentes dominantes para aumentar os custos de troca ou dificultar a adesão a um serviço concorrente⁶⁵⁸, inclusive sob o manto de justificativas técnicas.

No bojo dos aspectos técnicos de acesso ao *big data*, devem ser definidos quais recursos e funcionalidades serão acessados, como a segurança e a integridade serão mantidas, critérios de desempenho e operação das interfaces, até mesmo, como poderão ocorrer alterações na solução e de que forma elas serão notificadas aos interessadas⁶⁵⁹.

Conforme já amplamente reconhecido pela pesquisa, qualquer regime de acesso e portabilidade dos dados funcional demanda algum nível de interoperabilidade do *big data* entre os sistemas envolvidos. Ademais, já foi também explorado que diferentes objetivos de abertura e integração requerem soluções distintas em termos de padronização e desenvolvimento.

Em uma condição hipotética de autossuficiência e simetria de poderes, os agentes podem conceber um padrão coletivo de operação. Porém, situação muito distinta é a de interesse da pesquisa, onde uma situação de poder e risco concorrencial ensejam a imposição de abertura e acesso a um padrão posto. Nesse sentido, interessa apreciar as condições de acesso assimétrico, consubstanciadas em Interfaces de Programação de Aplicações (*API - Application Programming Interface*), disponíveis ao acesso por terceiros, geralmente, sob um padrão majoritário⁶⁶⁰.

As APIs, ou apenas interfaces, permitem o acesso a um conjunto definido de dados ou funcionalidades, definem como os sistemas se comunicam, bem como quais dados serão compartilhados sob qual formato⁶⁶¹. APIs podem ainda seguir padrões abertos ou podem ser fechadas, a depender das condições de autonomia e poder na definição das interfaces⁶⁶².

Quando uma intervenção se mostra necessária na seara de definição de padrões técnicos, essa se mostra absolutamente sensível, na medida em que influencia os incentivos e os comportamentos dos agentes, notadamente quanto aos padrões de coleta, armazenamento e uso de dados pessoais⁶⁶³.

⁶⁵⁸ FERNANDES, V. O. Towards data portability and interoperability under Brazilian Competition Law: Crafting appropriate legal standards for abuse of dominance. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, dec. 2022b. p. 5.

⁶⁵⁹ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. Interoperability in digital markets. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 27.

⁶⁶⁰ RILEY, C. Unpacking interoperability in competition. **Journal of Cyber Policy**, v. 5, n. 1, p. 94-106, 2020. p. 97.

⁶⁶¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 12.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 13.

⁶⁶³ BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 6.

Essa preocupação é agravada pelo contexto de um setor intensivo em ciclos de inovação e rápidas transformações tecnológicas. Com o foco em alcançar os objetivos concorrenciais da intervenção, a validade da medida está condicionada à habilidade de ofertantes rivais fazerem de fato o uso dos dados e, portanto, dependem do escopo, das condições de acesso, da maneira como estão estruturados, o formato, os descritores e a efetiva capacidade de sua interpretação⁶⁶⁴. Contudo, no ímpeto de assegurar a justa tutela dessas prerrogativas, podem surgir abordagens muito rígidas e detalhadas, capazes de abrandar o ritmo de inovações e distorcer os incentivos à diferenciação entre os concorrentes⁶⁶⁵. A relação de compromisso que se apresenta excursiona entre os extremos de fixação prescritivas dos padrões de portabilidade e interoperabilidade do *big data* e da plena flexibilidade e autonomia técnica conferida ao agente alcançado pela medida na definição das condições técnicas de acesso⁶⁶⁶.

Uma abordagem possível envolve preservar a autonomia da parte na definição técnica das interfaces, estabelecidas obrigações de transparência nas especificações da interface e de não discriminação das condições de acesso. Ao passo em que mantém uma liberdade necessária à adaptação às rápidas mudanças de mercado, essa orientação ainda permite um espaço para eventuais abusos na alteração frequente de especificações e de interfaces, como formas de dificultar ou mesmo obstruir a interoperabilidade⁶⁶⁷.

Alternativamente, um processo de participação multilateral poderia contar com a colaboração de organismos de padronização para definir as especificações da interface, orientada a padrões públicos. Porém, as dificuldades inerentes à construção de consensos podem implicar em morosidade, entrando em choque com o dinamismo desejado para mercados digitais⁶⁶⁸.

Na tomada de decisão quanto à abordagem técnica mais adequada, um aspecto importante é a devida atenção com a capacidade de influência dos agentes dominantes sobre a

⁶⁶⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 11.

⁶⁶⁵ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1052.

⁶⁶⁶ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 23.

⁶⁶⁷ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 29.

⁶⁶⁸ *Ibid*, p. 30.

escolha e a formatação de padrões. Há estratégias muito sofisticadas e sutis de dominação de mercados mimetizadas sob a forma do estabelecimento de padrões⁶⁶⁹.

O encorajamento ao uso de APIs próprias demanda cuidados, pois essa abordagem pode esconder uma estratégia de atração de conteúdos e funcionalidades, capaz de gravitar mais usuários⁶⁷⁰, mas também criar uma dependência de concorrentes⁶⁷¹, estabelecendo ao final uma dependência de trajetória com base em um padrão de acesso posto, desenvolvendo uma indústria dependente não apenas do acesso, mas de um formato específico de acesso a dados⁶⁷².

Por fim, não poderia faltar uma visão sobre aspectos de desenho da privacidade e segurança da portabilidade e interoperabilidade.

6.2.2.5 Privacidade e segurança

Naturalmente, o acesso a dados e interfaces (APIs) está sujeito a restrições e cuidados técnicos com objetivo de evitar o uso indevido ou degradação da solução, além de proteger, em última instância, a privacidade e segurança dos usuários⁶⁷³. É intuitivo perceber que com o aumento dos pontos de abertura e de acesso a uma solução ou base de dados, surgem também preocupações crescentes com a proteção, a segurança e a resiliência dos sistemas envolvidos⁶⁷⁴. Além da questão do número de pontos de conexão, há também uma dimensão de heterogeneidade dos agentes, trazendo ainda questões de vulnerabilidades a ataques, brechas, desvios na utilização ou mesmo falhas técnicas⁶⁷⁵.

Pode haver um aparente conflito entre o crescente interesse por soluções de portabilidade e interoperabilidade e o aumento da consciência da privacidade e proteção de dados pessoais. No entanto, essa tensão legítima precisa ser considerada de forma contextual e equilibrada⁶⁷⁶, reconhecendo que um regime de concorrência pode oferecer aos usuários possibilidades de escolha que prestigiem justamente padrões de privacidade e segurança.

⁶⁶⁹ WU, T. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 69-76.

⁶⁷⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 20.

⁶⁷¹ NICHOLAS, G. Taking it with you: Platform barriers to entry and the limits of data portability. **Michigan Technology Law Review**, v. 27, n. 2, p. 263-298, 2021. p. 281-282

⁶⁷² BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 33.

⁶⁷³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁷⁴ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 25.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁷⁶ BOURREAU; KRÄMER; BUITEN, *op. cit.*, p. 40.

A necessidade genuína de proteger a segurança e a intimidade do consumidor tem sido empregada com frequência para negar ou dificultar a interoperabilidade do *big data*. Por vezes, não é simples diferenciar essa legítima preocupação do uso do “pretexto da privacidade”⁶⁷⁷, tendo a supressão da concorrência como benefício⁶⁷⁸.

Ainda que vencidos os desafios de implementação em soluções interoperabilidade já operativas, os controladores de dados ainda permanecem em uma condição de poder, podendo reduzir ou degradar condições de interoperabilidade com terceiros, sob o manto do discurso de aprimoramento da política de privacidade e da segurança na gestão de dados pessoais⁶⁷⁹.

Ainda que a quantidade de agentes que se conectam a um sistema seja uma preocupação legítima à integridade e à estabilidade, não se pode condenar aprioristicamente esses empreendimentos a uma conduta deletéria *per se*. Em verdade, a depender das condições de mercado e dos incentivos, eles podem também aumentar os padrões de segurança e privacidade. Podem, por exemplo, oferecer aplicações alternativas mais rigorosas na proteção de dados ou se diferenciar na qualidade ou preocupação com a privacidade dos consumidores, podendo induzir uma competição orientada por mais segurança e privacidade⁶⁸⁰.

O ponto está em criar um ambiente de confiança digital com os titulares de dados, inclusive a dotação de ferramentas que lhe confirmem mais controle sobre seus próprios dados. A sociedade contemporânea vive uma crise de confiança gerada pela despersonalização e desmaterialização das relações, onde a impessoalidade é elevada ao máximo grau⁶⁸¹.

A segurança e a compensação em caso de falhas são uma das preocupações mais significativas dos usuários para sistemas de acesso compartilhado a dados. No caso do *Open Banking* britânico, 77% dos usuários entrevistados achavam que o acesso de terceiros aos seus dados financeiros deveria ser objeto de regulamentação específica. A confiança dos clientes, aspecto crítico nas relações de varejo, se mostra crítico à gestão segura de informações e,

⁶⁷⁷ NICHOLAS, G.; THAKUR, D. Learning to share: Lessons on data-sharing from beyond social media. **Center for Democracy & Technology Report**, Washington, p. 1-44, 2022. p. 16.

⁶⁷⁸ ALEXANDER, L.; STUTZ, R. Interoperability in antitrust law & competition policy. **CPI Antitrust Chronicle**, jun. 2021. p. 7.

⁶⁷⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 30.

⁶⁸⁰ BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022. p. 31.

⁶⁸¹ KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. Direito à portabilidade de dados no contexto brasileiro e europeu. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 23-54.

mediante qualquer violação de segurança e acesso indevido, a pronta e adequada reparação é aspecto absolutamente sensível⁶⁸².

Por fim, autoridades de concorrência devem se manter atentas e vigilantes quanto a desvios de conduta, com propósitos travestidos de preocupações com segurança e privacidade. Algumas situações são até mesmo caricatas, no Reino Unido, por exemplo, as primeiras experiências de compartilhamento de dados com instituições financeiras competitivas evidenciam que os correntistas dos bancos incumbentes eram expostos a até 12 telas diferentes, com alertas intimidadores e avisos sobre os riscos envolvidos, com inconveniências sucessivas de solicitações de autenticação e reinício das sessões⁶⁸³.

Concluído o presente desenvolvimento sobre as questões de desenho e implementação das medidas de portabilidade e interoperabilidade, passa-se ao reconhecimento da necessidade de um aparato que seja capaz de prevenir desvios de conduta e oferecer respostas coercitivas condizentes com eventuais práticas deletérias. Dessa forma, segue-se uma seção dedicada a instrumentos de garantia à conformidade do agir.

6.2.3 Nem over, nem under, mas o “data-enforcement”

É possível dizer que a busca pela conformidade de condutas e a dissuasão de comportamentos desviantes compõem um dos grandes objetivos da aplicação do Direito. Na disciplina antitruste não seria diferente, várias são as discussões sobre a maximização da eficácia dissuasória de condutas desviantes, ao menor custo social das medidas estabelecidas (eficiência)⁶⁸⁴.

Na comunidade antitruste global, há uma aparente predileção por formas de sancionamento pecuniárias, muito provavelmente, pelo baixo custo social envolvido na aplicação de multas e indenizações. No entanto, há também dúvidas consistentes sobre a correlação existente entre o aumento de penalidades pecuniárias e a efetiva redução de infrações à ordem econômica⁶⁸⁵.

⁶⁸² BROWN, I. The UK’s Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022. p. 118.

⁶⁸³ BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 4.

⁶⁸⁴ ATHAYDE, A.; CRUVINEL, R. A busca por sanções ótimas no direito antitruste brasileiro e as sanções não pecuniárias no antitruste. In: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 11-74.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

Para mercados digitais dependentes de dados, em particular, essa inclinação pecuniária representa um desafio adicional para a credibilidade do aparato de defesa da concorrência e seu poder dissuasório. Dessa forma, acaba surgindo algum ceticismo ou mesmo desencantamento com a política de concorrência e promessas de coibir ofensoras da ordem econômica.

Alguns autores⁶⁸⁶ chegam a sustentar que, diante de cifras tão elevadas de lucratividades das plataformas digitais, torna-se praticamente impossível às autoridades aplicarem sanções pecuniárias suficientemente pesadas, relevantes, em tempo hábil e de cunho didático sobre as condutas deletérias perpetradas.

De fato, a revolução tecnológica consubstanciada na progressiva e acelerada digitalização de mercados tem representado um dos maiores desafios à atuação estatal na defesa e promoção da concorrência, questionando desde o alinhamento com os objetivos fundantes da política antitruste, passando pela atualização das molduras analíticas, até o pleno entendimento do papel do *big data* em estruturas conglomeradas⁶⁸⁷.

De forma prática, nesses arranjos conglomerados digitais, o consentimento dos usuários tem sido empregado como uma espécie de “salvo-conduto” na distribuição livre e desimpedida dos dados pessoais dentro do próprio ecossistema, ou até mesmo a parceiros comerciais externos, sem a devida transparência sobre a finalidade e as formas de tratamento dos dados perante seus titulares⁶⁸⁸.

Mas a caracterização formal de comportamentos abusivos e excessos concorrenciais cometidos no tratamento de dados não é um diagnóstico banal. Além de não haver muitos casos precedentes, essa tarefa imputa à autoridade de concorrência o ônus de estabelecer limites do que é considerado conforme, nas fronteiras da jurisdição regulatória com as autoridades protetivas de dados pessoais⁶⁸⁹.

Adicionalmente, ainda que a autoridade concorrencial venha a lograr sucesso na configuração de uma conduta concorrencialmente danosa, permanece um desafio de quantificação do dano e de valoração da vantagem obtida, considerando que, em um dos lados

⁶⁸⁶ SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The “supertool” of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023. p. 1054.

⁶⁸⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The optimal design, organisation and powers of competition authorities**. Paris: OECD, 2023. Competition Policy Roundtable Background Note. p. 6.

⁶⁸⁸ KRÄMER, J.; SCHNURR, D. Big data and digital markets contestability: Theory of harm and data access remedies. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 2, p. 255-322, jun. 2022. p. 276.

⁶⁸⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Abuse of Dominance in Digital Markets**. Paris: OECD, 2020. p. 37.

da plataforma, costuma haver uma transação não monetária de oferta de dados, em contrapartida à fruição de um serviço ou comodidade com aparência de “gratuidade”.

Conforme já explorado em outros momentos do texto, o verdadeiro valor gerado não está nos dados brutos em si, mas sim, no valor da informação extraída, no conhecimento gerado a partir da estruturação, do processamento e da combinação desses dados com várias outras fontes⁶⁹⁰.

Desta forma, os testes tradicionais de custo/preço têm muito pouco a contribuir com a adequada caracterização do dano e quantificação do prejuízo concorrencial causado por condutas abusivas e discriminatórias no acesso a dados⁶⁹¹.

A busca continuada por formas coercitivas que se mostrem efetivas na promoção da conformidade de condutas deve transcender a simples elevação de multas. Neste esforço, deve-se habilitar um campo mais sofisticado, criativo e inovador de ações coercitivas possíveis, muito além da penalização pecuniária⁶⁹².

Desse modo, reconhecendo a possibilidade de ineficácia da abordagem pecuniária⁶⁹³, passa-se então a considerar duas abordagens relacionadas, em sentidos opostos das obrigações de fazer: (i) medidas de **abertura e promoção do acesso** compartilhado ao *big data* por concorrentes e (ii) medidas de **restrição da coleta e acesso** ao *big data* por parte de um agente desviante.

Quanto ao instrumental positivo, ou seja, aquele voltado a assegurar e promover o acesso compartilhado ao *big data*, as formas e os desafios de concepção de medidas de portabilidade e interoperabilidade foram explorados de forma detalhada na seção anterior. Portanto, resta à autoridade antitruste a avaliação de conveniência e oportunidade de sua aplicação nos casos concretos, seja ela preventiva, como remédio em um ato de concentração, ou de forma corretiva, no bojo sancionatório de uma conduta merecedora dessa intervenção *quasi*-estrutural.

⁶⁹⁰ TOMBAL, T. Economic dependence and data access. **International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)**, v. 51, n. 1, p. 70-98, oct. 2019. p. 18.

⁶⁹¹ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 472.

⁶⁹² ATHAYDE, A.; CRUVINEL, R. A busca por sanções ótimas no direito antitruste brasileiro e as sanções não pecuniárias no antitruste. In: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 11-74.

⁶⁹³ BOTTA; WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 467.

Já o sentido negativo da intervenção, representado pela possibilidade de impor limites de acesso e restrições ao tratamento de dados, este merece ainda um desenvolvimento próprio.

6.2.3.1 Sobre silos, firewalls e restrições de acesso

Inicialmente, parte-se do reconhecimento da importância estratégica da combinação de diversas fontes do *big data*, inclusive, como a racionalidade subjacente a muitos dos principais atos de concentração da economia digital e forma de criação de vantagens competitivas baseadas em dados⁶⁹⁴. Vide os casos Google e DoubleClick; Amazon e Whole Foods; Google e Fitbit e Meta (Facebook) e Kustomer.

Com o intento de nivelar o piso competitivo (*level the playing field*), têm sido então apreciadas formas de impedir o abuso no acesso a dados, isto é, a restrição das liberdades de empresas detentoras poderem fazer o uso combinado entre diversas fontes coletoras. Alternativamente à livre disposição entre aplicações diferentes, considera-se que os dados poderiam ser mantidos vinculados aos serviços originais de sua coleta, preservada a sua fidelidade às condições de consentimento conferidas para aquele tratamento. Adicionalmente, tem-se ainda a possibilidade de armazenamento em silos de dados separados, como forma de ampliar a transparência do acesso, com controle rígido da utilização e restrições à agregação⁶⁹⁵.

O estabelecimento desses *firewalls* de acesso a dados pode teoricamente criar condições de concorrência mais equitativas, promover novas possibilidades de entrada, ao reduzir as vantagens do detentor majoritário de fontes de dados, além de ampliar a tutela da privacidade. Contudo, isso ocorre ao sacrifício das economias de escala e escopo, das eficiências do incumbente e a capacidade geral do mercado inovar na criação de valor sobre dados pessoais⁶⁹⁶.

Outra proposta restritiva de possíveis abusos remete à redução do tempo de armazenamento ou guarda dos registros. Os marcos legais costumam estabelecer balizas de adequação à finalidade e à necessidade, o que pode ser desenvolvido de maneira mais explícita sobre o tempo de retenção⁶⁹⁷. Contudo, na prática, essa pode ser uma tarefa desafiadora, ainda não há uma função objetiva e determinista sobre o período de retenção de dados e a capacidade de aprendizado de algoritmos⁶⁹⁸. A redução do tempo de guarda de forma simétrica sobre todos

⁶⁹⁴ KRÄMER, J.; SCHNURR, D. Big data and digital markets contestability: Theory of harm and data access remedies. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 2, p. 255-322, jun. 2022, p. 272.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 284.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 276.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 277.

os agentes, pode trazer um prejuízo maior sobre as empresas entrantes, dada a quantidade menor de usuários, essas passariam a ter um problema mais destacado de escala mínima viável para o aprendizado de máquinas e algoritmos (*machine learning*). As possibilidades de efetivo compartilhamento de dados e os incentivos a atos de concentração também seriam reduzidos⁶⁹⁹.

Do ponto de vista comportamental, um aspecto crítico ao consumo varejista, outra opção importante envolveria a limitação de escolhas implícitas ou por padrão, com o objetivo de reduzir influências comportamentais obscuras (*dark patterns*) ou vieses de inércia ou conveniência dos usuários. No entanto, em face do grau de intervenção representada pela ação, o banimento de escolhas por padrão demanda uma justificada necessidade e proporcionalidade. Uma faceta menos aguda dessa ação compreende a indicação de necessárias manifestações ativas do consumidores, isto é, a prevalência de soluções ativas (*opt-in*) sobre a presunção do aceite pelo silêncio (*opt-out*). No entanto, a chave está em buscar o equilíbrio entre, de um lado, a perda de bem-estar da conveniência e da performance algorítmica no curto prazo e, de outro, os benefícios de longo prazo de ofertas de produtos e serviço orientados à qualidade e à privacidade⁷⁰⁰.

Diante disso, para as abordagens de redução da coleta e dissuasão de condutas abusivas na combinação de dados, há na literatura⁷⁰¹ algum otimismo com o conjunto de tecnologias e soluções denominadas “técnicas de aprimoramento da privacidade” (PETs – *privacy enhancing techniques*). O foco dessas tecnologias consiste basicamente em estabelecer um canal seguro de comunicação com uma parte creditada, responsável por controlar o acesso a dados e assegurar que qualquer dado inferido seja agregado de uma forma que não comprometa o anonimato do titular. Aparentemente, essas técnicas podem suprir as questões de privacidade, sem grandes efeitos colaterais à eficiência e à inovação nos mercados, mas requerem profundos níveis de conhecimento tecnológico, alto grau de coordenação e grandes esforços de implementação, o que pode reduzir o contexto de sua aplicação⁷⁰².

O episódio Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook) é o caso líder na interação mais pronunciada entre a defesa da concorrência e defesa da privacidade dos usuários, tanto na perspectiva substantiva, quanto institucional. Mas essa interface pode habilitar novos campos de sinergias ainda inexploradas, trazendo melhor conhecimento e transparência sobre a

⁶⁹⁹ KRÄMER, J.; SCHNURR, D. Big data and digital markets contestability: Theory of harm and data access remedies. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 2, p. 255-322, jun. 2022. p. 278.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 279.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 284.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 286.

dinâmica de tratamento de dados pelos agentes privados, como também ampliar as possibilidades de colaboração⁷⁰³ no alcance de objetivos convergentes no bem-estar do consumidor.

Retomando esse olhar sobre o consumidor, o alvo final da tutela consumerista, concorrencial e da privacidade, é importante ponderar o aspecto da confiança é para o varejo pilar fundamental do relacionamento e da fidelidade. Tendo essa especificidade setorial em conta, segue-se à consideração de outras formas coercitivas de conformidade de conduta.

6.2.3.2 Reputação e confiança não estão em promoção

O varejo é acima de tudo um negócio baseado na proximidade e no relacionamento. Nas relações de consumo, a partir do substrato mais básico da transação, são adicionadas várias camadas de sentimentos e percepções que orbitam a relação, entre a satisfação e a frustração, paz ou preocupação, orgulho ou vergonha, para citar alguns exemplos de estados emocionais possíveis⁷⁰⁴.

Autores⁷⁰⁵ sustentam que, a partir de percepções moldadas na confiança e na segurança das tratativas, os consumidores tendem a recompensar um varejista considerado ético com a fidelidade no relacionamento. Por outro lado, os varejistas que falham em oferecer a seus consumidores essa percepção, incorrendo em formas enganosas de comunicação, práticas espúrias e a sensação de exploração, tendem a sofrer em médio e longo prazo consequências de erosão da base de consumidores, para mercados em competição.

Essa responsabilidade torna-se maior com o advento da transformação digital do varejo e as dinâmicas massivas de coleta e tratamento de dados pessoais. A dimensão reputação foi aspecto muito relevante nos casos Amazon e Whole Foods; Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook); e Comissão Europeia vs. Amazon (Marketplace e Buy Box).

Essas dinâmicas de proximidade do varejista com o consumidor e as bases de confiança que sustentam a relação devem ser levadas em conta de forma muito cuidadosa pelas autoridades concorrenciais. Nas legislações do antitruste de várias jurisdições, há a previsão da

⁷⁰³ SCHNEIDER, G. Designing pro-competitive research data pools: Which EU competition remedies for research data silos in digital markets? **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 13, n. 21, p. 161-186, 2020. p. 179.

⁷⁰⁴ RICHINS, M. L. Measuring emotions in the consumption experience. **Journal of Consumer Research**, v. 24, n. 2, p. 127-146, sep. 1997.

⁷⁰⁵ ARJOON, S.; RAMBOCAS, M. Ethics and customer loyalty: Some insights into online retailing services. **International Journal of Business and Social Science**, v. 2, n. 14, p. 135-142, 2010. p. 140.

publicação de decisões em meios de mídia, com o intuito de conferir maior publicidade, transparência e formalidade administrativa aos atos, servindo ainda como instrumento de controle social e acompanhamento.

Contudo, estudos⁷⁰⁶ revelam que algumas jurisdições, a exemplo do que ocorre na Austrália, Canadá, França e Portugal, conferem a essa previsão uma faceta sancionatória mais destacada, com o propósito de produzir deliberadamente alguma reparação de cunho moral e reputacional, considerando o dano provocado pela conduta.

Trata-se de uma opção interessante em face da importância da reputação para os relacionamentos varejistas, ainda que considerada de forma suplementar com a adoção de outras medidas e ponderando a sua efetividade com a existência de alternativas concorrenciais de fornecimento de produtos e serviços à disposição do consumidor.

Além disso, há que se fazer um registro sobre o risco de obsolescência legislativa para uma leitura mais restritiva desse comando sancionatório, na medida em que o Brasil e outros países da América Latina indicam a publicação em jornais⁷⁰⁷, ainda sob o conceito secular da circulação impressa, em desconexão com a reorientação da audiência e do mercado da atenção para os outros meios de mídia.

Ainda sobre a dimensão reputacional, em oposição à dimensão do constrangimento, há que se considerar o caminho do reforço positivo, no sentido de enaltecer as firmas que atendem critérios objetivos de certificação ou um selo de conformidade do respeito à privacidade do usuário e na qualidade da coleta ao processamento de dados pessoais.

Mesmo que não seja um instrumento punitivo no sentido tradicional, essa abordagem, ao ser desenvolvida em cooperação com as autoridades reguladoras da proteção de dados pessoais, pode oferecer resultados interessantes. Na medida em que estabeleça, ainda que de forma comparativa, novos “*standards*” de conduta considerada virtuosa, esse caminho pode oferecer incentivos aos agentes no alcance desse padrão e responsabilidades ainda maiores pela conformidade na conduta, não apenas pelo risco de punição, mas pela manutenção dessa certificação conferida.

Por fim, uma dimensão ainda pouco desenvolvida na exploração econômica de dados, mas que já se revela permeado de controvérsias jurídicas é a aplicação de lentes concorrenciais

⁷⁰⁶ ATHAYDE, A.; SCHWARTZ, D.; VERGARA, S. de M. Da pena não pecuniária de extrato da decisão em jornais – inciso I do art. 38 da Lei nº n. 12.529/2011. In: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 75-118.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

no tratamento de dados pessoais e sua interface com os direitos de propriedade intelectual e o segredo da empresa.

No passado, o direito da concorrência e os direitos sobre a propriedade intelectual já foram considerados opostos e inconciliáveis. Mas na perspectiva majoritária da doutrina, a compreensão tem evoluído a um entendimento de complementaridade⁷⁰⁸ na busca por incentivos ao binômio diferenciação e inovação.

A mudança de chave analítica está em encarar a tutela jurídica da propriedade intelectual como um instrumento concorrencial, na proteção do desenvolvimento de inovações. Contudo, o desafio está na compreensão dos limites aplicáveis ao exercício das condições de exclusividade conferidas àqueles que gozam de prerrogativas de propriedade intelectual, condicionadas a sua função econômica e social⁷⁰⁹ e as fronteiras do seu emprego abusivo e lesivo ao bem-estar de consumidores.

No caso particular de dados pessoais, essas fronteiras ainda não estão muito bem definidas e, conforme já mencionado em outros momentos, remetem a uma reflexão mais aprofundada sobre o alcance da titularidade do indivíduo sobre os dados, entre atributos da “pessoalidade” nítida de dados fornecidos de maneira direta e consentida, ou formas mais implícitas de consentimento para dados observados, até aquelas percepções mais complexas e abstratas, não rastreáveis e anonimizadas.

Apesar de prevista em dispositivos legais de defesa da concorrência no mundo, a possibilidade de licenciamento compulsório de direito de propriedade intelectual não ostenta uma grande adesão por parte de autoridades do antitruste, especialmente no controle de condutas⁷¹⁰. Representa uma linha absolutamente tênue e sensível entre a legítima proteção do incentivo à inovação e um biombo de proteção para condutas abusivas.

Em suma, todas essas abordagens coercitivas e dissuasórias acabam por se inspirar ou mesmo emprestar conceitos das legislações protetivas de dados pessoais, o que pode gerar, a exemplo do percebido em *Bundeskartellamt vs. Meta (Facebook)*, controvérsias de sobreposição e choques de jurisdição. Ademais, a natureza contínua e experimental de medidas *quasi*-estruturais oferece uma condição de cooperação e aprendizado importante para a

⁷⁰⁸ ATHAYDE, A.; SEGALOVICH, D.; FERNANDES, L. G. A. Da pena alternativa de recomendação de licença compulsória de direito de propriedade intelectual – inciso IV, a) do art. 38 da Lei nº 12.529/2011. In: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 201-240.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

instituições envolvidas⁷¹¹ para o suprimento de lacunas complementares entre os microssistemas da privacidade e da concorrência na proteção conjugada do consumidor. Em seguida, uma discussão detalhada das necessidades institucionais de monitoramento para os remédios e sanções de acesso, consistentes na portabilidade e interoperabilidade do *big data*.

6.3 Monitoramento e controle do acesso ao *big data*

Neste ponto da pesquisa, já ficou evidenciado o quanto a imposição da portabilidade e da interoperabilidade de dados pode representar além dos desafios de concepção, um esforço contínuo de múltiplas rodadas de interação com as partes envolvidas com vistas à implantação e o monitoramento da vigência desses regimes, inclusive mediante a possibilidade de ajustes no curso das abordagens, ou mesmo de abandono de tentativas frustradas e reinício de projetos e esforços⁷¹².

Não por outra razão, ponderando os custos de monitoramento, a complexidade e as incertezas de longo prazo inerentes às intervenções não estruturais (no presente caso, *quasi*-estruturais), há correntes de declarada preferência por intervenções direta nas estruturas de propriedade, como resposta definitiva de pronta recuperação da independência empresarial e busca pela desconcentração de mercados⁷¹³.

Contudo, à exceção do desfazimento da aquisição da empresa Giphy, de imagens animadas, pelo conglomerado Meta⁷¹⁴, a separação definitiva da propriedade não tem sido considerada como uma opção crível ou frequente por autoridades da concorrência nos casos de desvios de conduta ou concentração em mercados digitais.

Mas para aquelas autoridades que almejam algum enfrentamento do poder acumulado ou exercido por plataformas digitais, o pacote de medidas *quasi*-estruturais empregado demandou um esforço relevante de implementação e monitoramento, inclusive mediante o emprego de agentes delegados ou de auditorias independentes no suporte à execução dessas

⁷¹¹ BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019. p. 473.

⁷¹² BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021. p. 4-5.

⁷¹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: Cade, 2018a. p. 17,41.

⁷¹⁴ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Facebook, Inc (now Meta Platforms, Inc) / Giphy, Inc merger inquiry**. London: CMA, 2023b.

ações, a exemplo de Google e Fitbit; Meta (Facebook) e Kustomer; Activision Blizzard e Microsoft; e Comissão Europeia vs. Amazon (Marketplace e Buy Box).

Com efeito, é possível dizer que a previsão desses agentes (*trustees*) tem se mostrado uma tendência, seja na operacionalização de uma determinação estrutural na alienação de uma unidade ou linha de negócio, na preservação dos negócios objeto de desinvestimento, ou no monitoramento do cumprimento de obrigações e compromissos firmados⁷¹⁵.

A autoridade concorrencial estadunidense assim define essa natureza de entidade:

Um *trustee* é um terceiro independente nomeado pela Comissão [FTC] para supervisionar certos termos da ordem de anuência. A Comissão tem requerido um *trustee* de monitoramento, por vezes denominado “*auditor trustee*” ou “*interim trustee*”, nos casos em que a ordem impõe ao requerente obrigações de natureza especializada que podem resultar uma relação temporária entre o requerente e o comprador dos ativos alienados. A Comissão tem também exigido o monitoramento nas obrigações de manutenção em separado ou da manutenção de ativos imposta aos requerentes⁷¹⁶ (tradução nossa).

Na perspectiva da União Europeia, o *trustee* pode ser entendido como:

Uma pessoa natural ou jurídica nomeada em atos de concentrações para supervisionar a implementação de compromissos e para contribuir para a sua implementação onde for necessário. O *trustee* é apontado pelas partes que ofereceram compromissos, sujeito à aprovação da Comissão. Os poderes e deveres do *trustee* são definidos em mandato, um acordo entre o *trustee* e as partes – novamente sujeito à aprovação pela Comissão. O *trustee* tem normalmente o poder de propor e, se necessário, impor medidas às partes para garantir o cumprimento dos compromissos, bem como o mandato irrevogável para efetivar a alienação do negócio ou negócios a serem vendidos, sem preço mínimo, se as partes não o fazem dentro de um determinado prazo⁷¹⁷ (tradução nossa).

Depreende-se das duas definições um foco conceitual inicial na supervisão de operações de alienação, muito provavelmente, por uma certa vocação e predileção inicial de autoridades antitruste pela definitividade de intervenções estruturais. No entanto, a utilização desse recurso tem sido ressignificada a uma nova condição, sobretudo em virtude da crescente adoção de medidas *quasi*-estruturais, como a imposição de regimes de portabilidade e interoperabilidade de dados.

⁷¹⁵ ATTAYDE, M. C. S. L. **Monitoramento de remédios antitruste**: uma análise da jurisprudência do Cade. Brasília: Cade, 2023. Documento de trabalho n° 003/2023. p. 28.

⁷¹⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions**. Washington: FTC.

⁷¹⁷ EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Competition. **Glossary of terms used in EU competition policy**: Antitrust and control of concentrations. Brussels: Publications Office, 2002. p. 45.

Interessa destacar como a União Europeia reconheceu no detalhamento das medidas admissíveis pela regulação do controle de atos de concentração⁷¹⁸, a impossibilidade fática de estar envolvida com o dia a dia da supervisão da implementação dos compromissos, de modo que o *trustee* indicado pelas partes e aprovado pela autoridade seriam então os “olhos e ouvidos” da Comissão, atuando sob a sua tutela para assegurar a eficácia de medidas.

Nesse sentido, o *trustee* de monitoramento tem sido empregado como alguma recorrência nessa função de supervisão da implementação de remédios, em colaboração delegada e subordinada à autoridade antitruste⁷¹⁹. O *trustee* pode suprir lacunas de recursos e conhecimento especializado necessários à implementação de medidas e ao acompanhamento contínuo e operacional dos aspectos técnicos, mantida a prerrogativa típica da autoridade concorrencial para decidir sobre disputas e demandas controvertidas⁷²⁰.

Em face da importância e dos poderes conferidos a esse elo de supervisão e acompanhamento, é desejável que haja condições de governança e mandato claras, inclusive com canais comunicação institucionalmente estabelecidos para que as partes interessadas possam expor preocupações e indicações de violações de obrigações⁷²¹, tudo isso com o intuito de prevenir riscos de captura⁷²² e assegurar que aqueles em condição de poder não possam obstruir ou manipular o processo.

Dessa forma, desde que se observem algumas medidas de salvaguardas, pesos e contrapesos na sua governança, será possível conferir a devida credibilidade àquilo que os “olhos vêem e os ouvidos escutam”.

6.3.1 *Who distrusts the trustees?*

Neste tópico, recorre-se novamente à trajetória de implantação do regime de dados abertos no mercado bancário do Reino Unido. Apesar de várias precauções formais e teóricas quanto à constituição e operação de entidade delegada de implementação (*Open Banking Implementation Entity* – OBIE), a experiência revela que a prática pode ser bem diferente. Após

⁷¹⁸ EUROPEAN COMMISSION. **Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004**. Brussels: EC, 2008a. p. 25.

⁷¹⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: Cade, 2018a. p. 42.

⁷²⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b. p. 47.

⁷²¹ OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8. p. 25.

⁷²² BROWN, I. The UK’s Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022.

queixas várias de funcionários envolvendo intimidação, assédio e outros problemas, o primeiro *trustee* designado acabou renunciando.

Uma investigação diagnóstica posterior revelou uma falha grave de desenho institucional, onde foi conferido muito poder a um único indivíduo, sem os pesos e contrapesos necessários a assegurar o equilíbrio em sua atuação. O profissional foi então submetido a uma posição absolutamente conflitiva, entre liderar o projeto de implementação da solução e, ao mesmo tempo, ser também responsável por supervisionar o agir daqueles que o financiavam⁷²³.

Em uma demonstração menos aguda, porém igualmente ilustrativa dos riscos de conflitos de interesse, tem-se a iniciativa regulatória da Europa para estabelecer um fluxo livre de dados não-pessoais no continente. A intervenção realizada em 2018 se pautou por princípios cooperativos no desenvolvimento de códigos de conduta e auto-regulação, na difusão de melhores práticas e princípios de transparência e interoperabilidade. Apesar da postura não combatente dos agentes, quatro anos de vigência foram suficientes à demonstração de que os esforços auto-regulados da indústria não seriam eficazes no alcance de objetivos da política pública⁷²⁴.

Na regulação de regência sobre os remédios concorrenciais, a Comissão Europeia estabelece que os *trustees* indicados pelos interessados na operação devem ser independentes das partes, dispor das qualificações necessárias e não estarem expostos a conflitos, nos termos do apontamento e mandato sujeitos à aprovação pela autoridade⁷²⁵.

Com o intuito de aprimorar as regras de governança, percebe-se na documentação modelo da Comissão Europeia para mandato dos *trustees* as previsões de vinculação objetiva a um Plano de Trabalho, cuja versão detalhada deve ser submetida no primeiro relatório à Comissão⁷²⁶. O *trustee* e seus eventuais integrantes devem declarar formalmente a independência e ausência de conflitos de interesse, sendo vedado, durante a execução do mandato, o estabelecimento de qualquer relação empregatícia ou profissional outra com as partes, além do aceite de quaisquer nomeações, atribuições, ou a criação de qualquer relação comercial ou financeira que possam levar a conflitos de interesse, ou que possam ser

⁷²³ BROWN, I. The UK's Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022. p. 118.

⁷²⁴ SCHNURR, D. **Switching and interoperability between data processing services in the proposed Data Act**. Brussels: CERRE, 2022. p. 5-6.

⁷²⁵ EUROPEAN COMMISSION. **Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004**. Brussels: EC, 2008a. p. 25.

⁷²⁶ EUROPEAN COMMISSION. **Standard trustee mandate**. Brussels: EC, 2013. p. 2.

consideradas prejudiciais à objetividade e à independência do *trustee* no cumprimento das suas funções estabelecidas no mandato⁷²⁷.

Percebe-se ainda o estabelecimento de uma espécie de “quarentena”, por um prazo de um ou até três anos após o término do mandato. Caso algum integrante do *trustee* almeje prestar serviços às partes, deverá solicitar a aprovação prévia da Comissão⁷²⁸.

Por fim, há também um compromisso de adotar medidas de integridade e independência personalista dos integrantes do *trustee* contra qualquer influência indevida capaz de interferir ou comprometer o desempenho de suas funções, em especial, o acesso a informações confidenciais ou partilhar informações sensíveis com qualquer outro profissional⁷²⁹.

Desse modo, além da natureza *quasi*-estrutural das medidas compulsórias de portabilidade e interoperabilidade do *big data*, percebe-se que as condições de governança, as recomendações de transparência, responsabilidade e prestação de contas (*accountability*) conferem a essas medidas um caráter “proto-regulatório”⁷³⁰.

6.3.2 Os *quasi*-reguladores

Neste ponto, tem-se revelado que os pontos de contato e convergência entre a atuação regulatória e a defesa da concorrência revelam-se mais profundos e complexos do que uma simples distinção conceitual.

De forma teórica e estanque, é absolutamente possível estabelecer uma distinção clara entre ações típicas das autoridades de concorrência daquelas praticadas por entes regulatórios⁷³¹. Por exemplo, sob um compreensão bastante agregada, tem-se que o direito da concorrência é transversal a todos os mercados, ao passo em que a regulamentação costuma ser setorialmente específica; as intervenções antitruste ocorrem em mercados propensos a algum grau de efetiva concorrência, já a regulação setorial costuma ser legitimada pela emulação da concorrência em mercados de improvável concorrência. No entanto, apesar desses exemplos didáticos e um tanto reducionistas, no mundo real dos fatos, nem sempre é tão simples definir de forma absoluta essas delimitações.

⁷²⁷ EUROPEAN COMMISSION. **Standard trustee mandate**. Brussels: EC, 2013. p. 8.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁷³⁰ SCHNEIDER, G. Designing pro-competitive research data pools: Which EU competition remedies for research data silos in digital markets? **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 13, n. 21, p. 161-186, 2020. p. 176.

⁷³¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Competition Enforcement and Regulatory Alternatives**. Paris: OECD, 2021a. p. 7-9.

Na prática, a delimitação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência é muito mais desafiadora do que a literatura tradicional possa indicar⁷³². Desse modo, a interdependência dessas duas abordagens tem sido discutida com maior frequência e intensidade⁷³³, enquanto manifestações de política econômica concorrentes e complementares que, apesar de empregarem métodos e instrumentos próprios, buscam a convergência na promoção do bem-estar, ainda que mediante alguns pontos de contato ou sobreposição.

Não por outra razão, os Estados nacionais têm justamente transitado entre essas abordagens. De um lado, aquelas abordagens de orientação exclusiva pela aplicação de defesa da concorrência, com autoridades antitruste alçadas ao protagonismo na disciplina eminentemente concorrencial desses mercados. De outro giro, a adoção de novos quadros legais estruturantes, responsáveis por positivar uma série de deveres, inclusive promover a concorrência entre (ou dentro de) ecossistemas digitais⁷³⁴.

Conforme asseveram Filippo Lancieri e Caio Mario⁷³⁵, o enfrentamento de desafios próprios dos mercados digitais evidenciam esse ambiente complexo, por vezes confuso, da interação entre remédios antitruste e ações de cunho regulatório; os casos concorrenciais derivando na regulação, ao tempo que processos regulatórios demandam também um tratamento concorrencial. Resta assim configurada a necessidade de estreita articulação institucional entre as autoridades de concorrência e autoridades regulatórias em seus múltiplos níveis de atuação.

Cotejando as tarefas típicas de uma intervenção concorrencial, desde a caracterização da conduta potencial ou efetivamente prejudicial ao bem-estar, passando pela concepção de remédios e a supervisão da sua adoção⁷³⁶, é na seara instrumental que se mostra mais evidente o uso de ferramentas típicas do arsenal regulatório⁷³⁷.

Considerando o interesse particular da presente investigação, observa-se que a adoção das medidas *quasi*-estruturais de portabilidade e interoperabilidade do *big data* incorporam características substantivas típicas da regulação⁷³⁸, a partir da imposição de obrigações

⁷³² KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021. p. 1355.

⁷³³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Competition Enforcement and Regulatory Alternatives**. Paris: OECD, 2021a. p. 4.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁷³⁵ LANCIERI, F.; PEREIRA NETO, C. M. S. Designing remedies for digital markets: The interplay between antitrust and regulation. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 3, p. 613-669, sep. 2022.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, p. 38.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 39,42.

prescritivas e de longo prazo, que transcendem a imediata prevenção ou repressão de uma conduta, demandando um acompanhamento pormenorizado na fase de implementação, além de monitoramento estreito e contínuo de sua execução.

Nesse sentido, especificamente para condutas envolvendo a portabilidade e interoperabilidade de dados, Lancieri e Caio Mario⁷³⁹ argumentam que as autoridades de concorrência tendem a dispor das melhores competências institucionais para o diagnóstico e a acurada identificação dos danos concorrenciais envolvidos. No entanto, para as fases de concepção, monitoramento e eventual adaptação das medidas no tempo, as autoridades regulatórias especializadas estarão em melhores condições técnicas para lidar com a complexidade e o dinamismo presentes no desenho de padrões, especificação de interfaces, determinação de custos e eventuais modificações de algoritmos.

Esse encontro entre regulação e concorrência não se encerra na dimensão substantiva dos instrumentos adotados. Percebe-se uma aproximação também nas tentativas de suprir lacunas de capacidades técnicas ou institucionais. Em destaque, a habilitação de agentes especializados com poderes delegados, a exemplo dos agentes de monitoramento (*trustees*) e a chamada proposta de regulação inteligente (*smart regulation*).

No contexto das indústrias reguladas, as abordagens regulatórias clássicas, pautadas por excessivo dirigismo técnico e estrito comando e controle, foram superadas por outras tecnologias regulatórias, a exemplo da regulação inteligente (*smart regulation*). Conforme o ponto de atenção trazido pelo professor Márcio Iorio⁷⁴⁰, não se trata de um mero esforço de marketing, ou uma retórica empregada com objetivo de oferecer uma roupagem técnica para o esvaziamento da regulação. O atributo da inteligência figura neste contexto como o aproveitamento ótimo dos recursos paraestatais disponíveis. A *smart regulation* se filia à regulação responsiva, no sentido de uma visão mais ampla e dialogada com a capacidade do regulado oferecer respostas dinâmicas e responsiva aos incentivos conferidos.

A partir da inspiração oferecida pela escola australiana⁷⁴¹, a regulação inteligente compreende uma abordagem pluralista, que acolhe formas mais flexíveis, imaginativas e inovadoras de controle social, aproveitando recursos que normalmente não estariam disponíveis a uma perspectiva tradicional da atuação estatal. O racional envolvido remete à combinação de

⁷³⁹ LANCIERI, F.; PEREIRA NETO, C. M. S. Designing remedies for digital markets: The interplay between antitrust and regulation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 18, n. 3, p. 613–669, sep. 2022.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 170.

⁷⁴¹ GUNNINGHAM, N. Compliance, enforcement, and regulatory excellence. **RegNet Research Paper**, v. 124, mar. 2017. p. 5.

instrumentos e participantes do processo regulatório para atender os imperativos da política pública, com maior aceitação social e ao menor custo da intervenção.

Ao fim e ao cabo, cuida-se de uma pauta de eficácia na consecução de políticas públicas (concorrenciais ou regulatórias) e eficiência na alocação de recursos⁷⁴² (estatais e paraestatais), que se amolda a contextos dinâmicos, de desafios e demandas sociais cada vez mais complexas⁷⁴³.

Na disciplina antitruste, observa-se também esse clamor por transformação e mudanças de abordagem, a partir do reconhecimento de falhas ou insuficiências do instrumental clássico na promoção da competição em alguns segmentos da atividade econômica. Nesse sentido, a OCDE tem encorajado a adoção de ambientes protegidos de experimentação (*sandboxes*) e a atuação conjunta entre autoridades de regulação e concorrência na expedição de regras vinculantes, como formas inovadoras de atuação, em face dos desafios contemporâneos⁷⁴⁴.

Essa atuação conjunta e coordenada pode ser uma trajetória possível e transitória de maturação instrumental até o estabelecimento de um novo marco legal para lidar com mercados digitais e, eventualmente, a criação de um novo aparato institucional específico⁷⁴⁵.

Nesse sentido, é imperativo reconhecer que vários Estados nacionais têm empreendido uma solução definitiva de introdução de novos quadros legislativos. A título de menção, a lei aprovada no Japão em maio de 2020, que trata de transparência e condições justas em contratar com as plataformas digitais; o já mencionado Regulamento Mercados Digitais da União Europeia em novembro de 2022; além de iniciativas em curso na Austrália, nos Estados Unidos, Índia e Reino Unido⁷⁴⁶.

No caso particular da União Europeia, não deve passar despercebido da pesquisa o quanto a disposição do bloco em aplicar medidas *quasi*-estruturais esteve ligada a uma trajetória de experimentação antecipada de um novo marco regulatório em gestação e no aproveitamento sinérgico dos recursos institucionais aportados⁷⁴⁷. Com efeito, muitas das disposições

⁷⁴² GUNNINGHAM, N. Compliance, enforcement, and regulatory excellence. **RegNet Research Paper**, v. 124, mar. 2017. p. 18.

⁷⁴³ ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019. p. 172.

⁷⁴⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The optimal design, organisation and powers of competition authorities**. Paris: OECD, 2023. Competition Policy Roundtable Background Note. p. 19-20.

⁷⁴⁵ *Id.* **Abuse of Dominance in Digital Markets**. Paris: OECD, 2020. p. 60.

⁷⁴⁶ UNITED NATIONS. **Global competition law and policy approaches to digital markets**. New York: UN, 2024.

⁷⁴⁷ FRANK, M.; FRANK, S. Google/Fitbit: The starting point for a revolution in merger remedies in digital markets? **European Competition Law Review**, v. 42, n. 6, p. 297-302, jun. 2021. p. 301.

normativas do Regulamento Mercados Digitais têm essa explícita e reconhecida inspiração em casos concretos apreciados pela Comissão Europeia e na aplicação de remédios e sanções⁷⁴⁸. Além disso, é cediço que o Bloco Europeu tem buscado assumir esse protagonismo global regulatório no estabelecimento de disposições normativas a tratar não apenas de mercados digitais, mas também de dados pessoais e, mais recentemente, sobre as tecnologias nascentes de inteligência artificial.

Finalizado este desenvolvimento, é preciso reconhecer que o presente esforço não estaria completo sem uma consideração específica da experiência brasileira em matéria de acesso ao *big data*. Dessa forma, segue-se na próxima seção uma exposição, ainda que sumária, quanto ao desenvolvimento jurisprudencial do Cade no que tange a aplicação desses remédios concorrenciais.

6.4 Uma breve nota sobre a jurisprudência brasileira

Na mesma toada das preocupações econômicas e concorrenciais manifestadas por nações desenvolvidas, as economias em desenvolvimento têm também sido desafiadas à melhor compreensão das oportunidades de crescimento, produtividade e inovação oferecidas por mercados digitais, tendo o *big data* como uma pedra angular dessa estrutura produtiva.

No entanto, as singularidades das nações em desenvolvimento oferecem um desafio adicional, no sentido de assegurar que esse vetor de prosperidade não se converta em mais uma alavanca de exclusão e concentração de recursos. Dessa maneira, apesar da natureza global de mercados digitais, com foco nos benefícios propiciados pela política de concorrência, o olhar de formuladores de políticas e autoridades de países em desenvolvimento pode se inspirar na experiência do mundo desenvolvido e se apropriar desse aprendizado na concepção de arranjos próprios e soluções ajustadas⁷⁴⁹.

No Brasil, não poder ser diferente, o esforço de observação atenta das tendências globais pode colaborar com a adoção de uma política de concorrência soberana e customizada às necessidades nacionais, evitando a armadilha de uma solução do tipo “copie e cole”⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Competition Enforcement and Regulatory Alternatives**. Paris: OECD, 2021a. p. 31,32.

⁷⁴⁹ BAGNOLI, V. Designing competition policy in digital markets for developing economies: How the EU can contribute with the Digital Markets Act and the Digital Services Act. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 133-158, dez. 2021.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

No tocante especificamente ao acesso ao *big data*, é possível perceber no Brasil uma pavimentação jurisprudencial nessa matéria. Apesar da quantidade reduzida de casos afetos ao tema (objeto de notificação ou investigação de conduta), há um interesse crescente da autoridade concorrencial brasileira nas conexões entre proteção de dados e direito concorrencial⁷⁵¹, a julgar pela quantidade de estudos especializados produzidos, a participação em eventos temáticos e a cooperação técnica firmada entre o Cade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Para além da legítima curiosidade intelectual e o apreço pelo debate, observa-se alguma inflexão analítica na apreciação de casos concretos ao longo do tempo, possivelmente, fruto desse processo de acompanhamento e influência das tendências internacionais.

Na ponderação de casos pretéritos, Daniela Copetti e Lucas da Motta⁷⁵² destacam o que consideram oportunidades negadas pelo Cade de um posicionamento mais assertivo nessa temática. Além do já explorado caso Google/DoubleClick, Copetti e Motta dialogam com as aquisições Telefônica/Phorm (Ato de Concentração nº 08012.010585/2010-29) e Oi/Phorm (AC nº 08012.003107/2010-62), para argumentar que o Cade teria até reconhecido a importância da proteção de dados, mas afastado as interfaces existentes com a defesa da concorrência.

Em estudo realizado sobre três atos de concentração posteriores, Stone/Links (AC nº 08700.003969/2020-17); Claro/Serasa (AC nº 08700.006373/2020-06); Magalu Pagamentos/Hub Prepaid (AC nº 08700.000059/2021-55), os autores⁷⁵³ defendem que a aprovação incondicional desses episódios apenas tangenciou o debate com a privacidade, apontando uma preocupação ainda tímida e incipiente do Cade com essas interfaces.

Para os casos mais recentes, Copetti e Motta⁷⁵⁴ sustentam que tanto o episódio Magalu Pagamentos/Hub Prepaid, como Lojas Americanas/Hortigil Hortifruti (AC nº 08700.004481/2021-80) representam ainda análises superficiais sobre a questão do acesso a dados, com a repetição de precedentes estrangeiros não necessariamente representativos da

⁷⁵¹ SECAF, H.; MEDONÇA, J. F.; ZANATTA, R. A. F. Uma questão complexa: as aproximações do Cade com a proteção de dados pessoais. In: ZANATTA, R. A. F. *et al* (org.). **Dados, mercados digitais e concorrência**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022. p. 37-72.

⁷⁵² CRAVO, D. C.; MOTTA, L. G. Oportunidades perdidas de análise de acesso a dados pessoais em atos de concentração. In: ZANATTA, R. A. F. *et al* (org.). **Dados, mercados digitais e concorrência**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022. p. 91-112.

⁷⁵³ SECAF; MEDONÇA; ZANATTA, *op. cit.*

⁷⁵⁴ CRAVO; MOTTA, *op. cit.*

realidade nacional, desconsiderando a oportunidade de um escrutínio mais rígido para o poder representado pelo *big data* sobre as dinâmicas competitivas desses mercados.

Nesse contexto, uma inflexão diagnóstica importante é oferecida por Victor Fernandes⁷⁵⁵, segundo o qual, já é possível identificar o surgimento de quatro teorias de danos envolvendo riscos concorrenciais no controle de acesso ao *big data*: (i) a concentração de dados; (ii) a degradação do acesso a dados; (iii) a obtenção de informações concorrenciaismente sensíveis de rivais e (iv) o enclausuramento de ecossistemas digitais.

A partir dessa perspectiva, dois casos são merecedores de especial atenção, tendo em vista a atuação do Cade na aplicação de medidas voltadas à gestão do acesso ao *big data*.

No exercício do controle preventivo de estruturas e a possibilidade de acesso a dados sensíveis de rivais, cumpre mencionar a consolidação Nike/Centauro (AC nº 08700.000627/2020-37). Cuida-se da aquisição da operação de comércio (atacado e varejo) de produtos esportivos Nike no Brasil pela varejista esportiva Centauro (Grupo SBF), habilitando a adquirente à condição de distribuidora exclusiva de produtos Nike no território nacional⁷⁵⁶.

A Superintendência-Geral do Cade se manifestou favoravelmente à operação e, especificamente quanto às possibilidades de acesso a informações sensíveis, entendeu pelo tratamento suficiente dessa questão nas disposições contratuais firmadas e que não haveria racional econômico que justificasse desvio de conduta nesse tema. A deliberação foi objeto de recurso apresentado pela plataforma concorrente de artigos esportivos Netshoes.

Na apreciação do pedido recursal, o Relator da matéria apresentou ao Tribunal Administrativo do Cade um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) contendo medidas de prevenção contra condutas discriminatórias e restrição do acesso a informações de concorrentes. Estabeleceu-se um regime de **separação informacional e comercial** das unidades de negócio, com destaque ao compromisso de **manutenção segregada da base de dados** referente à atuação comercial da Nike do Brasil, isto é, uma solução do tipo **siló de dados**. Pela melhor informação disponível, os compromissos foram integralmente adimplidos e os autos arquivados⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ FERNANDES, V. O. Para além do horizontal e do vertical: compreendendo novas teorias de dano em fusões movidas a dados. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 20, n. 107, p. 515-541, jul./out. 2023.

⁷⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Grupo SBF S.A. e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda. **Processo nº 08700.000627/2020-37**. Brasília: CADE, 2020.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

Com relação ao ajuste concorrencial de condutas e a incidência na degradação das condições de acesso, é válido trazer a investigação Bradesco x GuiaBolso (Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38)⁷⁵⁸. Este caso tem suas raízes ainda em 2016, em uma ação judicial movida pelo Bradesco almejando interromper a coleta de dados de seus correntistas pela solução de gestão financeira GuiaBolso. A ação teve um “efeito bumerangue”⁷⁵⁹, na medida em que o conhecimento desse processo motivou a Secretaria de Promoção da Produtividade e Defesa da Concorrência (SEPRAC) a encaminhar em 2018 uma denúncia formal ao Cade para apuração de possível abuso de posição dominante.

A demanda foi convertida em 2019 em uma investigação de comportamento abusivo, consubstanciado na geração de chaves aleatórias (*tokens*) a cada operação de consulta, configurando um obstáculo injustificado e discriminatório imposto a correntistas do Bradesco na utilização das funcionalidades do aplicativo GuiaBolso⁷⁶⁰. Na avaliação da denúncia, a Superintendência-Geral ponderou sobre o emprego de artifícios tecnológicos de **negativa ou degradação de interoperabilidade** como forma de dificultar ou elevar os custos de entrada, reconheceu nos **dados uma fonte de vantagem competitiva**, cuja **negativa de acesso** poderia configurar conduta excludente. Concluiu no Parecer de instrução pela existência de fortes indícios de infração à ordem econômica⁷⁶¹.

A controvérsia foi resolvida em 2020 com a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) entre o Cade e o Bradesco. Além de uma compensação pecuniária de quase R\$ 24 milhões, o TCC estabeleceu várias obrigações voltadas a garantir o **acesso interoperável a dados** para os correntistas e usuários GuiaBolso, mediante o desenvolvimento de interfaces (APIs) e soluções de integração tecnológica⁷⁶².

Encerrada esta apreciação da jurisprudência nacional, passa-se ao capítulo final da pesquisa, contendo as principais conclusões do estudo.

⁷⁵⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e Banco Bradesco S.A. **Processo nº 08700.004201/2018-38**. Brasília: CADE, 2018b.

⁷⁵⁹ ZINGALES, N. Ajustando as lentes para abusos de posição dominante relacionados a dados: sugestões a partir de dois casos envolvendo fintech. **Revista Direito Público**, Brasília, v.20, n. 107, p. 641-668, jul./out. 2023.

⁷⁶⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *op. cit.*

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² RAGAZZO, C. E. J.; LIMA, J. M. C. S. O open banking como estratégia regulatória voltada à promoção da concorrência no mercado bancário: a experiência do Reino Unido e o caso brasileiro. *In*: ZINGALES, N.; AZEVEDO, P. F. (org.). **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais**: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 357-388.

7 CONCLUSÕES

A presente pesquisa se ocupou de discutir as condições de eficácia para a adoção de medidas de portabilidade e interoperabilidade do *big data* em atos de concentração e no ajuste de condutas, tendo o *big data* do varejo como o ponto de partida de uma base de dados delimitada e coerente. Questionou-se ainda se essas medidas podem ser consideradas intervenções *quasi*-estruturais e quais são as questões envolvidas no monitoramento de sua aplicação.

Enquanto uma pesquisa vocacionada a formulações teóricas e aplicadas sobre remédios antitruste, as reflexões e os desenvolvimentos realizados seguiram uma perspectiva eminentemente concorrencial, ainda que se defenda a conciliação necessária com os microsistemas jurídicos do consumo e da privacidade.

A partir dos estudos de casos de atos casos de concentração e controle de condutas envolvendo o *big data*, foi possível concluir que a aplicação de medidas de portabilidade e interoperabilidade de dados oferece sim uma oportunidade de contribuir com a competitividade em mercados do varejo digital, em particular, no enfrentamento de questões associadas a elevados custos de troca (*switching costs*) e encarceramento (*lock-in*) do consumidor.

No entanto, apesar de promissoras, essas intervenções não correspondem a uma ação do tipo “bala de prata” ou solução única para todos as necessidades. Em verdade, a validade desse tipo de intervenção está condicionada à ponderação de uma série de fatores e contextos mercadológicos, reservando às autoridades instituídas uma trilha decisória discricionária e complexa, entre relações de compromisso várias entre fatores como objetivos; escopo; termos e condições; padronização técnica e desenvolvimento; privacidade e segurança.

Desse modo, apura-se que os remédios de portabilidade e interoperabilidade do *big data* podem sim ser classificados como ações *quasi*-estruturais. Sejam essas ações positivas de compartilhamento mandatório, ou negativas na forma de uma revogação do acesso ou restrição ao uso, essas medidas representam a regulação do acesso e controle sobre um elemento considerado pela pesquisa como crítico e sensível à operação de mercados digitais de consumo e, portanto, implicam na organização estrutural dessa indústria, ainda que preservadas as condições de propriedade estabelecidas.

Argumenta-se ainda pela superação da dicotomia estrutural-comportamental, em favor de um espaço contínuo de possibilidades *quasi*-estruturais (ou mesmo híbridas), na tentativa de

conferir um espaço de liberdade importante e necessário para lidar com a realidade de mercados cada vez mais dinâmicos e complexos.

Na dimensão da conformidade e dissuasão de comportamentos desviantes, considerando o déficit de credibilidade do sancionamento pecuniário, foram apreciadas outras abordagens coercitivas e soluções tecnológicas de concessão ou revogação das condições de acesso a dados. Além disso, ponderou-se a consideração de fórmulas reputacionais que sejam responsivas ao tratamento de dados pessoais e mais eficazes na dissuasão de condutas desviantes.

Na seara da implementação e monitoramento, apurou-se que a imposição de um regime de portabilidade e interoperabilidade compreende um esforço continuado de interação com as partes envolvidas, geralmente de longo prazo, desafiando autoridades de concorrência ao emprego de ferramentas instrumentais típicas da regulação.

Nesse sentidos, muitos Estados nacionais têm optado por seguir o caminho definitivo de uma intervenção legislativa para lidar com os problemas identificados em mercados digitais, inclusive as questões concorrenciais. No entanto, conforme evidencia a experiência europeia, parece ser justamente a trajetória acumulada com a aplicação de medidas o substrato de aprendizado institucional necessário à concepção desse tipo de solução normativa ajustada.

Por fim, buscando indicar caminhos para novos estudos, uma dimensão que pode ser objeto de novas indagações acadêmicas compreende os potenciais conflitos entre o direito concorrencial e o direito de propriedade sobre as patentes de algoritmos. Com o fenômeno da inteligência artificial e a adoção massiva dessas ferramentas, projeta-se que essa conciliação pode despertar reflexões interessantes envolvendo a inovação e a justa competição em mercados digitais.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6, P. The personal information economy: trends and prospects for consumers. *In*: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005.

ABRAHAMSON, Z. Essential data. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 3, p. 576-881, dec. 2014.

ALEXANDER, L.; STUTZ, R. Interoperability in antitrust law & competition policy. **CPI Antitrust Chronicle**, jun. 2021.

ALEXIADIS, P.; SEPENDA, ELSA. Structural remedies under European Union antitrust rules. **Concurrences**, n. 2, p. 12-26, 2013.

AMAZON. **Amazon One Terms of Use**. Washington: Amazon, 2021.

_____. **Commitment Proposal**. Case AT.40462 and Case AT.40703. Washington: jul. 2022a.

_____. **Commitments to the European Commission**. Case AT.40462 and Case AT.40703. Washington: dec. 2022b.

_____. **Amazon.com Privacy Notice**. Washington: Amazon, 2023.

ARANHA, M. I. Manual de Direito Regulatório. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019.

ARJOON, S.; RAMBOCAS, M. Ethics and customer loyalty: Some insights into online retailing services. **International Journal of Business and Social Science**, v. 2, n. 14, p. 135-142, 2010.

ASAY, M. Tim o'Reilly: 'Whole Web' is the OS of the future. **CNET**. San Francisco, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. **Números do e-commerce**. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS. Ranking ABRAS 2022. **SuperHiper**, São Paulo, n. 547, maio 2022.

ATHAYDE, A. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. São Paulo: Singular, 2017.

_____. Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores? **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020.

ATHAYDE, A.; CRUVINEL, R. A busca por sanções ótimas no direito antitruste brasileiro e as sanções não pecuniárias no antitruste. *In*: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 11-74.

ATHAYDE, A.; SCHWARTZ, D.; VERGARA, S. de M. Da pena não pecuniária de extrato da decisão em jornais – inciso I do art. 38 da Lei nº n. 12.529/2011. *In*: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 75-118.

ATHAYDE, A.; SEGALOVICH, D.; FERNANDES, L. G. A. Da pena alternativa de recomendação de licença compulsória de direito de propriedade intelectual – inciso IV, a) do art. 38 da Lei nº 12.529/2011. *In*: ATHAYDE, A. (org.). **Sanções não pecuniárias no antitruste**. São Paulo: Singular, 2022. p. 201-240.

ATTAYDE, M. C. S. L. **Monitoramento de remédios antitruste**: uma análise da jurisprudência do Cade. Brasília: Cade, 2023. Documento de trabalho nº 003/2023, p. 28.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. **ACCC rejects Google behavioural undertakings for Fitbit acquisition**. Canberra: ACCC, 2021.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition law and data**. Paris, Bonn: 2016.

BAGNOLI, V. The big data relevant market. **Concorrenza e Mercato**: Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property, Milano, vol.23, p. 73-94, 2016.

_____. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. *In*: DOMINGUES, J. O. *et al* (org.). **Direito antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019. p. 45-56.

_____. Designing competition policy in digital markets for developing economies: How the EU can contribute with the Digital Markets Act and the Digital Services Act. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 133-158, dez. 2021.

BANERJEE, A. *et al*. Emerging trends in IoT and big data analytics for biomedical and health care technologies. **Handbook of Data Science Approaches for Biomedical Engineering**, p. 121-152, 2020.

BAPTISTA, A. N. Big data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. *In*: DOMINGUES, J. O. *et al* (org.). **Direito antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019. p. 19-44.

BEZOS, J. Nerd of the Amazon. [Entrevista concedida a] Bob Simon. **60 Minutes II**. Temporada 1, Episódio 4, fev. 1999.

BHADRA, R. LinkedIn: A case study into how tech giants like Microsoft abuse their dominant market position to create unlawful monopolies in emerging industries. **Hastings Science and Technology Law Journal**, v. 13, n. 1, p. 3-20, 2022.

BORGOGNO, O.; COLANGELO, G. Data sharing and interoperability: Fostering innovation and competition through APIs. **Computer Law & Security Review**, v. 35, p. 1-17, oct. 2019.

BOTTA, M.; WIEDEMANN, K. Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook decision. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, n. 8, p. 465-478, dec. 2019.

BOURREAU, M.; KRÄMER, J.; BUITEN, M. **Interoperability in digital markets**. Brussels: Centre on Regulation in Europe, 2022.

BOWMAN, S. Why data interoperability is harder than it looks: The open banking experience. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, apr. 2021.

BRADLOW, E. *et al.* The role of big data and predictive analytics in retailing. **Journal of Retailing Elsevier**, v. 93, n. 1, p. 79-95, 2017.

BRONSKI, D. *et al.* FTC vs. Toysmart. **Duke Law Technology Review**, v. 0010, mar. 2001.

BROWN, I. The UK's Midata and Open Banking programmes: A case study of data portability and interoperability requirements. **Technology and Regulation**, p. 113-123, oct. 2022.

BRYAN, K. *et al.* Federal Court rules in favor of LinkedIn's breach of contract claim after six years of CFAA data scraping litigation. **Privacy World**, nov. 2022.

BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016.

_____. **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. Bonn: Bundeskartellamt, 2019.

_____. **Meta (Facebook) introduces new accounts center – an important step in the implementation of the Bundeskartellamt's decision**. Bonn: Bundeskartellamt, 2023.

CANADA. **Merger Remedies Study**. Gatineau: Competition Bureau, 2011.

CARROLL, B. Price of privacy: Selling consumer databases in bankruptcy. **Journal of Interactive Marketing**, v. 16, n. 3, p. 47-58, 2002.

CASOTTI, F. Sobre fronteiras, cavalos e *gatekeepers*: a evolução do debate sobre interoperabilidade e acesso às redes no Direito Cibernético. **Law, State and Telecommunications Review**, v. 15, n. 2, p. 16-41, out. 2023.

CASTELLS, M. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH. **Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers**. London: CEPR, 2020.

CHEN, L., MISLOVE, A., WILSON, C. An empirical analysis of algorithmic pricing on Amazon marketplace. **International World Wide Web Conference Committee (IW3C2)**, Québec, apr. 2016.

CHO, D.; FERREIRA, P.; TELANG, R. **The impact of mobile number portability on price, competition and consumer welfare**, may 2013.

COLANGELO, G. Facebook and Bundeskartellamt's winter of discontent. **Competition Policy International**, sep. 2019.

COMIN, A. Publicidade institucional volta a ganhar fôlego. **Meio&mensagem**, 14 mar. 2005.

COMO se fosse a primeira vez. Direção: Peter Segal. Produção: Jack Giarraputo, Steve Golin e Nancy Juvonen. Intérpretes: Adam Sandler, Drew Barrymore *et al.* Roteiro: George Wing. Estados Unidos: Columbia Pictures, 2004.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Anticipated acquisition by Microsoft Corporation of Activision Blizzard - Decision on Consent under the final order**. London: CMA, 2023a.

_____. **Facebook, Inc (now Meta Platforms, Inc) / Giphy, Inc merger inquiry**. London: CMA, 2023b.

COMPETITION BUREAU CANADA. **Big data and innovation: Key themes for competition policy in Canada**. Gatineau: 2018.

CONAWAY, R. N. *et al.* Amazon Whole Foods: When e-commerce met brick-and-mortar and saved the brand of conscientious capitalism. **Journal of Marketing Development and Competitiveness**, v. 12, n. 3, p. 112-122, 2018.

CONESA, F. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valencia: Universidad, 1984 apud MENDOZA, M. C. F.; BRANDÃO, L. M. R. Do direito à privacidade à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência da contextualização. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 223-240, jan./jun. 2016.

CONFESSORE, N. Cambridge Analytica and Facebook: The scandal and the fallout so far. **The New York Times**, New York, apr. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de remédios antitruste**. Brasília: Cade, 2018a.

_____. Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC) e Banco Bradesco S.A. **Processo nº 08700.004201/2018-38**. Brasília: CADE, 2018b.

_____. Grupo SBF S.A. e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda. **Processo nº 08700.000627/2020-37**. Brasília: CADE, 2020.

_____. **Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46**. Brasília: Cade, 2022.

_____. **Fusões conglomerais: teorias do dano e jurisprudência do Cade entre 2012 e 2022**. Brasília: Cade, 2023. Documento de Trabalho nº 006/2023.

CRAVO, D. C. Portabilidade de dados: definições preliminares. *In*: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 1-21.

_____. **Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CRAVO, D. C.; MOTTA, L. G. Oportunidades perdidas de análise de acesso a dados pessoais em atos de concentração. *In*: ZANATTA, R. A. F. et al. (org.). **Dados, mercados digitais e concorrência**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022. p. 91-111.

DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE STREEL, A.; LAROUCHE, P. The European Digital Markets Act: A revolution grounded on traditions. **Journal of European Competition Law & Practice**, aug. 2021.

DEKIMPE, M. G. Retailing and retailing research in the age of big data analytics. **International Journal of Research in Marketing**, v. 37, n. 1, p. 3–14, mar. 2020.

DEMELIS, N. The antitrust alphabet: Amazon, Buy Boxes, and Competition. **Boston College Intellectual Property and Technology Forum**, v. 2024, p. 1-27, jan. 2024.

DENART, L.; FRÖHLICHN N.; KOCH, N.; MAGGI, G. **Exploring mandatory interoperability across social media platforms in the EU**. Paris: SciencesPo, 2023.

DEVON, C. Amazon will soon let you pay for groceries with your palm at any Whole Foods—but tech experts urge caution. **CNBC**, Next Gen Investing, aug. 2023.

DOCTOROW, C. **Interoperability**: Fix the Internet, not the Tech Companies. Electronic Frontier Foundation, jul. 2019.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022.

DUCCI, F.; TREBILCOCK, M. **Structural vs. behavioral remedies in big tech sectors**. Competition Policy International, apr. 2020.

DUHIGG, C. **O poder do hábito**: porque fazemos o que fazemos na vida e nos negócios. Tradução: Rafael Mantovani. São Paulo: Objetiva, 2012a.

_____. How companies learn your secrets. **The New York Times Magazine**, New York, 16 fev. 2012b. Shopping habits.

ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Giving away our data for free is a market failure. **Promarket**, feb. 2021.

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. **Data protection and search engines on the Internet**: Google–DoubleClick and other case studies. Brussels: EPIC, 2008.

ERIE-YESTERDAY. **December 7 marks 159th anniversary of Erie’s Gauge War**, dec. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Competition. **Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations.** Brussels: Publications Office, 2002.

_____. **Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.** Brussels: EC, 2008a.

_____. **Mergers:** Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google Brussels: EC, 2008B.

_____. DG Competition. **Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn.** Brussels: EC, 2016.

_____. **Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-) usability and access to data, and liability.** Brussels: EU, 2018.

_____. DG Competition. **Case AT.40462 – Amazon Marketplace.** Brussels: EC, 2019.

_____. DG Competition. **Case AT.40703 – Amazon Buy Box.** Brussels: EC, 2020a.

_____. DG Competition. **Case M.9660 – Google/Fitbit.** Brussels: EC, 2020b.

_____. **Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kustomer by Facebook.** Brussels: EC, 2021.

_____. DG Competition. **Case AT.40462 - Amazon Marketplace and AT.40703 – Amazon Buy Box.** Brussels: EC, 2022a.

_____. DG Competition. **Case M.10262 – Meta (formerly Facebook)/Kustomer.** Brussels: EC, 2022b.

_____. **Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions.** Brussels: EC, 2023a. Press Release.

_____. DG Competition. **Case M.10646 – Microsoft/Activision Blizzard.** Brussels: EC, 2023b.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data:** The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Brussels: EDPS, 2014.

EVANS, D. S.; NOEL, M. D. Defining markets that involve multi-sided platform businesses: An empirical framework with an application to Google's purchase of DoubleClick. **Reg-Markets Center Working Paper**, n. 07, v. 18, p. 1-46, nov. 2007.

EVANS, M. The data-informed marketing model and its social responsibility. *In*: LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society.** Bristol: National Consumer Council, 2005.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC sues failed website, Toysmart.com, for deceptively offering for sale personal information of website visitors.** Washington: FTC, 2000.

_____. **Statement Concerning Google/DoubleClick FTC File No. 071-0170.** Washington DC: 2007.

_____. **Big Data: A tool for inclusion or exclusion?** Washington: FTC, 2016.

_____. **Statement of Federal Trade Commission's Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc.** Washington: FTC, 2017.

_____. **FTC seeks to block Microsoft Corp.'s acquisition of Activision Blizzard, Inc.** Washington: FTC, 2022. Press Release.

_____. **Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions.** Washington: FTC.

FERNANDES, V. O. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a.

_____. Towards data portability and interoperability under Brazilian Competition Law: Crafting appropriate legal standards for abuse of dominance. **CPI Antitrust Chronicle**, p. 1-8, dec. 2022b.

_____. Para além do horizontal e do vertical: compreendendo novas teorias de dano em fusões movidas a dados. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 20, n. 107, p. 515-541, jul./out. 2023.

FISHER, M.; RAMAN, A. Using data and big data in retailing. **Production and Operations Management Society**, v. 27, n. 9, p. 1665-1669, set. 2018.

FONSECA JÚNIOR, M A. **A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais.** 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

FONTAÍNHAS, E. G.; ANDRADE, F.; ALMEIDA, J. B. Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (*cookies*). **Scientia Iuridica**, v. LXV, n. 341, p. 173-206, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANK, M.; FRANK, S. Google/Fitbit: The starting point for a revolution in merger remedies in digital markets? **European Competition Law Review**, v. 42, n. 6, p. 297-302, jun. 2021.

FRANKEN, G.; GOETHEM, T. V.; JOOSEN, W. Who left open the cookie jar? A comprehensive evaluation of third-party cookie policies. *In: 27th USENIX SECURITY SYMPOSIUM*, 27, 2018, Baltimore. **Conference Proceedings [...]**. Berkeley: USENIX, 2018. p. 151-168.

FRAZÃO, A. O. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: principais repercussões para a atividade empresarial, o direito à portabilidade parte XI. **Jota Info**, nov. 2018.

_____. Algoritmos e inteligência artificial. *In*: DOMINGUES, J. O. *et al* (org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 113-120.

_____. *Big data* e aspectos concorrenciais no tratamento de dados pessoais. *In*: DONEDA, D. *et al* (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 535-552.

FRAZÃO, A. O.; GOETTENAUER, C. Algoritmos de precificação e direito concorrencial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 17, n. 1, p. e40973, 2022.

GARCIA, R. de D. Os direitos à privacidade e à intimidade: origens, distinção e dimensões. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-26, jan./jun. 2018.

GARMIN. **Heart rate monitoring**, jul. 2023.

GLEZ-PEÑA, D. *et al*. Web scraping technologies in an API world. **Briefings in Bioinformatics**, v. 15, n. 5, p. 788–797, sep. 2014.

GOLDFEIN, S.; KEYTE, J. Big data, web ‘scraping’ and competition law: The debate continues. **New York Law Journal**, v. 258, n. 40, sep. 2017.

GÓMEZ-LOSADA, Á.; ASECIO-CORTÉS, G.; DUCH-BROWN, N. Automatic eligibility of sellers in an online marketplace: A case study of Amazon algorithm. **Information 2022**, v. 13, n. 14, p. 1-16, 2022.

GOMEZ-LOSADA, A.; DUCH-BROWN, N. Competing for the Amazon’s Buy-Box: A machine-learning approach. *In*: ABRAMOWICZ, W.; CORCHUELO, R (ed.). **Business Information Systems Workshops BIS 2019**. Seville: BIS, 2019. p. 445-456.

GOOGLE. Google completes Fitbit acquisition. jan, 2021.

_____. **Fitbit metrics and features policy**, jun. 2023.

GOZMAN, Vlad. The slow death of third-party cookies. **Forbes**, sep. 2022.

GRAEF, I. Market definition and market power in data: The case of online platforms. **World Competition: Law and Economics Review**, v. 38, n. 4, p. 473-506, sep. 2015.

GRILO, P. T. F. **The acquisition of Whole Foods Market, Inc. by Amazon.com, Inc. Transparência e privacidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Finanças) – Católica Porto Business School, Universidade Católica Portuguesa, 2019.

GURRÍA, A. Competition policy in the time of COVID-19. *In*: Organisation for Economic Co-operation and Development. **Competition policy in times of crisis: Supplement to competition policy in Eastern Europe and Central Asia**. OECD: Budapest, 2020.

HAN, B. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Tradução: Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Vozes, 2022.

HAR, L. L. *et al.* Revolution of retail industry: From perspective of retail 1.0 to 4.0. **Procedia Computer Science**, v. 200, p. 1615-1625, 2022.

HARFORD, T. Big data: are we making a big mistake? **FT Magazine**, London, 28 mar. 2018.

HARRINGTON, C. Amazon's all-powerful 'Buy Box' is at the heart of Its new antitrust troubles. **Wired**, Business, sep. 2023.

HELFT, M. Google makes a case that it isn't so big. **The New York Times**, New York, jun. 2009.

HILL, K. Fitbit moves quickly after users' sex stats exposed. **Forbes**, jul. 2011.

_____. How Target figured out a teen girl was pregnant before her father did. **Forbes**, 16 fev. 2012.

HOVENKAMP, H. Antitrust remedies for Big Tech, **The Regulatory Review**, jan. 2021. Opinion. Technology.

_____. Antitrust interoperability remedies. **Columbia Law Review Forum**, v. 123, n. 1, p. 2-36, jan. 2023.

HUNOLD, M.; LAITENBERGER, U.; THÉBAUDIN, G. Bye-box: An Analysis of non-promotion on the Amazon marketplace. **Centre de Recherches en Économie et Droit Working Paper 2022-4**, Paris, 2022.

IEA. **Data centers and data transmission networks**. Paris: IEA, 2022.

INDUSTRYARC. **Data center market (2023-2030)**. [S. l.: s. n.], 2022.

JEFFRIES, A. After suing Twitter, PeopleBrowsr wins data access back in settlement. **The Verge**, apr. 2013.

JOHNSON, S. The magic cookie: How Lou Montulli cured the web's amnesia. *In*: _____. **Hidden heroes**: A tribute to people who shaped technology. 2022. story 3.

KANTAR. **A look at the 2023 top 50 global retailers**. 2023.

KENT, D. H. The Erie War of the Gauges. **Pennsylvania History**, v. XV, n. 4, oct. 1948.

KERBER, W.; ZOLNA, K. K. The German Facebook case: The law and economics of the relationship between competition and data protection law. **European Journal of Law and Economics**, v. 54, p. 217–250, 2022.

KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. Direito à portabilidade de dados no contexto brasileiro e europeu. *In*: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 23-54.

KHAN, L. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017.

KIRA, B.; COUTINHO, D. R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021.

KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASA, S. Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, v. 30, n. 5, p. 1337-1360, oct. 2021.

KRÄMER, J.; SCHNURR, D. Big data and digital markets contestability: Theory of harm and data access remedies. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 2, p. 255-322, jun. 2022.

LACE, S. (ed.). **The glass consumer: Life in a surveillance society**. Bristol: National Consumer Council, 2005.

LAFFONT, J. J.; TIROLE, J. Creating competition through interconnection: theory and practice. **Journal of Regulatory Economics**, p. 227-256, 1996.

LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? **Competition Policy International**, dec. 2015.

LANCIERI, F.; PEREIRA NETO, C. M. da S. Designing remedies for digital markets: The interplay between antitrust and regulation. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 18, n. 3, p. 613-669, sep. 2022.

LANEY, D. **Application delivery strategies**. Meta Group: Stamford, 2001.

LAO, M. L. Networks, access, and 'essential facilities': From Terminal Railroad to Microsoft. **Southern Methodist University Law Review**, v. 62, p. 557-596, 2009.

LEE, J. The Google-DoubleClick merger: Lessons from the Federal Trade Commission's limitations on protecting privacy. **Communication Law and Policy**, v. 25, n. 1, p. 77-103, 2020.

LESSIG, L. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LOHR, S. This deal helped turn Google into an Ad Powerhouse. Is That a Problem? **The New York Times**. New York, 2020.

LOMBARDO, C.; CIMILLUCA, D. Facebook to Buy Kustomer, startup valued at \$1 billion target company. *The Wall Street Journal*, nov. 2020.

LOVELESS, J. Four retail trends and predictions to watch for in 2023. **Forbes**, feb. 2023.

LUFTI, A. *et al.* Drivers and impact of big data analytic adoption in the retail industry: A quantitative investigation applying structural equation modeling. **Journal of Retailing and Consumer Services**, v. 70, jan. 2023.

LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, J. Shining a light on Dark Patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

MAIER-RIGAUD, F. P.; LÖRTSCHER, B. Structural vs. behavioural remedies. **Competition Policy International**, apr. 2020.

MAITRY, R. **GAFAM market power**: The role of a firm's age, data, and overlapping economic activities in merger and acquisition strategies. 2022. Master Thesis (Master in Economics, specializing in Economic Analysis and Policy) – Management School, Université de Liège, Liège, 2022.

MARR, B. Big Data: A game changer in the retail sector. **Forbes**, nov. 2015. Enterprise Tech.

MASSOLO, A. Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh 'GDPR's Wall'? **Rivista Italiana di Antitrust**, v. 2, n. 1, p. 77-84, 2018.

MAURER, S. M.; SCOTCHMER, S. The Essential Facilities Doctrine: The lost message of Terminal Railroad. **UC Berkeley Public Law Research Paper**, n. 2407071, mar. 2014.

MCKINSEY COMPANY. **Big data**: The next frontier for innovation, competition, and productivity. McKinsey, 2011.

MCKINSEY COMPANY. **Transforming the EU retail & wholesale sector**. 2022a.

_____. **The state of grocery retail around the world**. Retail practice. 2022b.

_____. **Sustainability, digitalization and skills**: Transforming the EU retail & wholesale sector. 2022c.

MENDES, L. S. F. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

_____. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *In*: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S. **Estudos sobre proteção de dados pessoais**: direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação. São Paulo: Expressa, 2022.

MERCIER, K.; RICHARDS, R.; SHOCKLEY, R. **Analytics**: The real-world use of big data in retail. Executive Report. Somers: IBM, 2013.

NADAR, D. S. Amazon's acquisition of Whole Foods: A case-specific analytical study of the impact of announcement of M&A on share price. **IUP Journal of Business Strategy**, v. 15, n. 2, p. 31-48, jun. 2018.

NAPOLI, L. DoubleClick buys NetGravity. **The New York Times**. Cyber Times. New York, 1999.

NATIONAL RETAIL FEDERATION. **3 takeaways from NRF 2023**: retail's big show. NRF, 2023.

NICHOLAS, G. Taking it with you: Platform barriers to entry and the limits of data portability. **Michigan Technology Law Review**, v. 27, n. 2, p. 263-298, 2021.

NICHOLAS, G.; THAKUR, D. Learning to share: Lessons on data-sharing from beyond social media. **Center for Democracy & Technology Report**, Washington, p. 1-44, 2022.

NICHOLAS, G.; WEINBERG, M. Data portability and platform competition: Is user data exported from Facebook actually useful to competitors? **Engelberg Center on Innovation Law & Policy NYU School of Law**, p. 1-21, 2019

NICHOLS, R. The Microsoft/Activision Blizzard merger. **The Political Economy of Communication**, v. 10, n. 1, p. 77-83, 2022.

NIELSEN CONSUMER LLC. **NIQ 2023 consumer outlook**: roadmap to growth in disruptive times. 2023.

NOBEL PRIZE. **Markes with asymmetric information**. Press Release. oct. 2001.

OFCOM. **Mandated interoperability in digital markets**. London: Ofcom, 2023. Economics discussion paper series. Issue 8.

OLDS, D. What do those pesky ‘Cookie Preferences’ pop-ups really mean? **Wired**, may 2022.

OLIVEIRA, G. L. F. A. **Análise da combinação de bases de dados em Atos de Concentração em mercados digitais**: um estudo do Caso Google/Fitbit. 2022. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

OLSEN, S. FTC drops probe into DoubleClick privacy practices. **CNET**, jan. 2002.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Remedies in merger cases**. Policy roundtable. Paris: OECD, 2011.

_____. **Abuse of dominance in digital markets**. Paris: OECD, 2020.

_____. **Competition Enforcement and Regulatory Alternatives**. Paris: OECD, 2021a.

_____. **Data portability, interoperability and digital platform competition**. Paris: OECD, 2021b.

_____. **Remedies and commitments in abuse cases**. Roundtable background note. Paris: OECD, 2022.

_____. **The optimal design, organisation and powers of competition authorities**. Paris: OECD, 2023. Competition Policy Roundtable Background Note.

PALES, E. Microsoft and Activision-Blizzard: Examining the largest tech acquisition of all time. **Berkeley Journal of Entertainment & Sports Law**, v. 12, p. 17-54, may 2022.

PALMA, S. Microsoft-Activision ruling represents setback for FTC chair Lina Khan. **Financial Times**, 12 jul. 2023.

PANIMALAR, A.; SHREE, V.; KATHRINE, V. The 17 V's of big data. **International Research Journal of Engineering and Technology**, v. 4, n. 9, p. 329-333, sep. 2017.

PARENTE, J.; BARKI, E. **Varejo no Brasil: gestão e estratégia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PASQUALE, F. **The Black Box Society: the secrets algorithms that control money and information**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2015.

PEREIRA NETO, C. M. da S.; RENZETTI, B. P. Big data entre três microssistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. In: PEREIRA NETO, C. M. da S (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 84-118.

PETIT, N.; BELLOSO, N. M. A Simple Way to Measure Tipping in Digital Markets. **Promarket**, apr. 2021.

PHILLIPS-CONNOLLY, K.; CONNOLLY, A. J. When Amazon ate Whole Foods: Big changes for big food. **International Food and Agribusiness Management Review**, v. 20, n. 5. p. 615-622, 2017.

RAGAZZO, C. E. J.; LIMA, J. M. C. S. O open banking como estratégia regulatória voltada à promoção da concorrência no mercado bancário: a experiência do Reino Unido e o caso brasileiro. In: ZINGALES, N.; AZEVEDO, P. F. (org.). **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 357-388.

RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. *Big data* e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 210-237, nov./dez. 2018.

REBER, P. What is the memory capacity of the human brain? **Scientific American**. Neuroscience, may, 2010.

REGULATING the internet giants: the world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**, London, 6 mai. 2017. Leaders.

REIDENBERG, J. R. Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. **Texas Law Review**, v. 76, p. 553-593, 1998.

RIBEIRO, S. Social analytics firm PeopleBrowsr wins temporary order against Twitter. **Computer World**, nov. 2012.

RICHINS, M. L. Measuring emotions in the consumption experience. **Journal of Consumer Research**, v. 24, n. 2, p. 127-146, sep. 1997.

RIDGE, M.; JOHNSTON, K. A.; O'DONOVAN, B. The use of big data analytics in the retail industries in South Africa. **African Journal of Business Management**, v. 9, n. 19, p. 688-703, oct. 2015.

RIFKIN, J. **The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism**. New York: Macmillan, 2014.

RILEY, C. Unpacking interoperability in competition. **Journal of Cyber Policy**, v. 5, n. 1, p. 94-106, 2020.

ROTH, E. Amazon's palm-scanning technology can let you buy a drink without getting out your ID. **The Verge**, Tech Policy, may 2022.

RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017.

SANTORO, G. *et al.* Big data for business management in the retail industry. **Management Decision**, v. 57, n. 8, p. 1980-1992, 2019.

SAWERS, P. It's official: Microsoft closes \$68.7B Activision Blizzard acquisition as UK approves restructured deal. **TechCrunch**, 13 oct. 2023.

SCHNEIDER, G. Designing pro-competitive research data pools: Which EU competition remedies for research data silos in digital markets? **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 13, n. 21, p. 161-186, 2020.

SCHNURR, D. **Switching and interoperability between data processing services in the proposed Data Act**. Brussels: CERRE, 2022, p. 5-6.

SCHWAB, K. **The fourth industrial revolution**. New York: Crown, 2017.

SCHWARTZ, J. Giving web a memory cost its users privacy. **The New York Times**. Business. New York, 2001.

SCHWEITZER, H.; WELKER, R. **A legal framework for access to data: A competition policy perspective**, sep. 2020.

SCOTT MORTON, F. M. *et al.* Equitable interoperability: The "supertool" of digital platform governance. **Yale Journal on Regulation**, v. 40, n. 3. p. 1013-1055, 2023.

SECAF, H.; MEDONÇA, J. F.; ZANATTA, R. A. F. Uma questão complexa: as aproximações do Cade com a proteção de dados pessoais. *In*: ZANATTA, R. A. F. et al (org.). **Dados, mercados digitais e concorrência**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022. p. 37-71.

SERRENTINO, A. **Varejo e Brasil: reflexões estratégicas**. 2 ed. São Paulo: [s.n.], 2016.

SHIH, G. Twitter settles dispute with analytics firm over data access. **Technology News. Reuters**, 2013.

SIDAK, J.; LIPSKY, A. B. Essential facilities. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 5, pp 1187-1249, may 1999.

SILVEIRA, P. B. Relevant market. *Global Dictionary of Competition Law*, **Concurrences**, art. n° 12297.

ŠIMIC, I. Microsoft's Activision Blizzard acquisition: How did it happen? **Esports Insider**, oct. 2023

SJONG, D. Access denied? Unauthorized access after hiQ Labs v. LinkedIn. **Marquette Intellectual Property & Innovation Law Review**, v. 25, n. 2, p. 133-147, 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **300 maiores empresas do varejo brasileiro**. 8 ed. São Paulo: SBVC, 2022.

SOKOL, D. D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. **University of Florida Levin College of Law**, v. 16, n. 40, p. 119-161, sep. 2016.

STATISTA. **Digital advertising worldwide**. 2023.

STEPHENS-DAVIDOWITZ, S. **Todo mundo mente**: o que a Internet e os dados dizem sobre quem realmente somos. Tradução: Wendy Campos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387**. Brasília: STF, 2020.

TARASOV, K. Amazon bought Whole Foods five years ago for \$13.7 billion. Here's what's changed at the high-end grocer. **CNBC**, Tech, aug. 2022.

TAYLOR, P. **Amount of data created, consumed, and stored 2010-2020, with forecasts to 2025**. Statista: 2022.

THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. **Google acquisition of DoubleClick**: Antitrust implications. AAI, 2007.

THORSTENSEN, V.; MASCARENHAS, F.; DE PAOLA, G. **E-commerce in Brazil**: Where we are in terms of regulatory practices. Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 2019. Working Paper 510 – CGI n. 15.

TIBKEN, S. Questions to Mark Zuckerberg show many senators don't get Facebook. **CNET**, apr. 2018.

TOMBAL, T. Economic dependence and data access. **International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)**, v. 51, n. 1, p. 70-98, oct. 2019.

TOSTINES vende mais porque é fresquinho. Enio Mainardi Associados, 1984.

TUCKER, C. E. Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: Network effects, switching costs, essential facility. **Review of Industrial Organization**, v. 54, p. 683-694, feb. 2019.

TUCKER, D.; WELLFORD, H. Big mistakes regarding big data. **Antitrust Source American Bar Association**, dec. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2023/2854 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo aos dados e a sua utilização e que altera o Regulamento 2017/2394 e a Diretiva 2020/1828**. Bruxelas: UE, 2023.

UNITED STATES. District Court of the Northern District of California. **Peoplebrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.** Case No. C-12-6120, 2013.

_____. Superior Court of the State of California County of San Francisco. **Declaration of John David Rich in support of plaintiffs' application for temporary restraining order and order to show cause re: preliminary injunction**, 2012.

_____. District Court of the Northern District of California. hiQ Labs, Inc. vs. LinkedIn Corporation. Case No. 17-cv-03301-EMC, 2017.

UNIVERSITY OF TEXAS. Chest E-Tattoo Boasts Major Improvements in Heart Monitoring. **Science & Technology**, apr. 2023.

VEILLEUX JR, M. J. Alexa, can you buy whole foods: An analysis of the intersection of antitrust enforcement and big data in the Amazon-Whole Foods merger. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 37, n. 2, p. 481-512, New York, 2019.

VÉLIZ, C. **Privacy is power**: Why and how you should take back control of your data. [S. l.]: Bantam Press, 2020.

_____. Panel 1 - Combination and cross-use of personal data online. *In*: **The DMA and data-related obligations workshop**, 2023, Brussels.

WALLE, S. V. The European Commission's approval of Google / Fitbit – a case note and comment, **Concurrences Competition Law Review**, n. 3, jul. 2021.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dec. 1890.

WARREN, T. FTC v. Microsoft: All the news from the big Xbox courtroom battle. **The Verge**, 5 dez. 2023.

WATERCUTTER, A. Microsoft's Activision Blizzard Deal Changes the Game. **Wired**, 13 oct. 2023. Culture.

WATSON, S. M. 'Data is the New "_____": Industrial metaphors of big data. **DIS Magazine**.

WIEDEMANN, K. A matter of choice: The German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 51, p. 1168-1181, 2020.

WIMMER, M. Limites e possibilidade para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, p. 122-142, 2021a.

_____. Os desafios do enforcement na LGPD: fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JUNIOR, O. L. (org.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021b, v. 1, p. 375-388.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **E-commerce, trade and the COVID-19 pandemic**. Information note, may. 2020.

WU, T. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

_____. **The attention merchants**: The epic scramble to get inside our heads. New York: Knopf Publishing Group, 2016, p. 290.

X Developer Platform: **Tap into what's happening to build what's next**: Get immediate access to the X API and unlock the potential of the X data, 2023.

ZANATTA, R. A. F.; ABRAMOVAY, R. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, [s. l.], v. 33, n. 96, p. 421-446, 2019.

ZIMMERMAN, R. K. The way the “cookies” crumble: Internet privacy and data protection in the twenty-first century. **N. Y. U. Journal of Legislation and Public Policy**, v. 4, p. 439-464, 2001, p. 445.

ZINGALES, N. Ajustando as lentes para abusos de posição dominante relacionados a dados: sugestões a partir de dois casos envolvendo fintech. **Revista Direito Público**, Brasília, v.20, n. 107, p. 641-668, jul./out. 2023.

ZINGALES, N.; RENZETTI, B. P. Atos de concentração e ecossistemas de plataforma digital: revisão da experiência brasileira. In: ZINGALES, N.; AZEVEDO, P. F. de A. (org.) **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais**: desafios e propostas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 453-504.

ZUBOFF, S. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019.