

Os efeitos dos monopólios digitais no Direito Concorrencial: o caso *Facebook* na Alemanha e uma análise sobre a competência do CADE no Brasil

Deborah Toni

Fundadora do Deborah Toni Advocacia e CEO da *edtech* CEAPD.

Possui MBA pelo Insper e é especialista em Direito Empresarial.

Raiane dos Santos Matos

Estagiária na Deborah Toni Advocacia.

Bacharelada em Direito pela Universidade de Brasília.

As disciplinas de proteção de dados pessoais e direito da concorrência possuem finalidades próprias e distintas, que, no entanto, se convergem¹. Se, no passado, essa intersecção era pouco explorada, nos últimos anos se tornou inquestionavelmente relevante, dado que o desenvolvimento de tecnologias complexas, aliadas ao crescimento da Internet, propiciou o surgimento de gigantes empresas no mercado digital.

As denominadas *big techs*, como Google, Facebook, Apple e Amazon, operantes na condição de plataformas de múltiplos lados, encontram nos dados coletados de seus usuários o seu principal insumo. Não por outra razão, ponderou Meglena Kuneva, antiga comissária europeia de Defesa do Consumidor, que “os dados pessoais são o novo petróleo da Internet e a nova moeda do mundo digital”.²

Com efeito, por intermédio da coleta e da administração de tais informações, é possível que empresas adquiram poder de mercado, vantagens anticompetitivas e posição dominante às custas de violações de privacidade, tornando-se verdadeiros monopólios informacionais aptos a impedir a entrada de novos agentes em seus setores de atuação. Com o avanço dessa prática, surgiu o que hoje se denomina de “*data-driven economy*”, isto é, uma economia movida pela coleta e utilização massiva de dados.

Diante desse contexto, é importante (i) entender os impactos concorrenciais decorrentes do uso de dados pessoais no mercado digital – o que será feito por meio do estudo sobre o caso do *Facebook* na Alemanha, em 2019; bem como (ii) analisar os diplomas legais que regem essas matérias no Brasil – Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011) e Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

¹ ZANATTA, Rafaella A. F., Proteção de Dados Pessoais e Direito Concorrencial: Razões da Aproximação e Potencialidades para Pesquisa. Revista Fórum de Direito na Economia Digital, 2019, p. 141–170.

² KUNEVA, M. “*Personal data is the new oil of the Internet and the new currency of the digital world.*”. Discurso proferido na mesa redonda sobre coleta de dados, direcionamento e perfilação, Bruxelas, 2009.

Afinal, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode se debruçar sobre demandas que envolvam a LGPD? Se sim, como deve ser realizada essa atuação?

O caso Facebook na Alemanha

Para analisar com maior profundidade os pontos teóricos comuns entre ambas as disciplinas, será utilizado como paradigma o famoso caso *Facebook vs. Bundeskartellamt*³, a autoridade antitruste alemã.

Em fevereiro de 2019, o *Bundeskartellamt* proibiu o *Facebook* de condicionar o uso da rede social à coleta de dados obtidos em sites de terceiros e em aplicativos diversos, como o *WhatsApp* e o *Instagram*, sem a possibilidade de consentimento do usuário.

Nesse ponto, ressalta-se que a autoridade alemã fez uma distinção entre: (i) os dados que seriam obtidos pelo uso do *Facebook.com* – para os quais se atribuiu maior valor ao consentimento do usuário, uma vez que esses dados seriam alocados em um serviço específico e relacionados a um componente próprio do modelo de negócio da rede social (*data-based business model*); e (ii) os que seriam coletados de plataformas de terceiros – em relação aos quais a autoridade concorrencial partiu da premissa que não se poderia sequer cogitar qualquer consentimento válido.⁴

Pondera a professora Ana Frazão que o fato de não haver propriamente substitutos para o Facebook, isto é, outra rede social com alcance semelhante ao nessa verificado, tem relevantes repercussões na avaliação do consentimento do usuário, haja vista que, ou ele aceitaria as condições impostas pela rede social, ou seria impedido de aderir e usufruir da plataforma (*take-it or leave-it*)⁵. Em outras palavras, quando cláusulas dessa natureza são exigidas, não há poder de barganha dos usuários, aos quais só resta a aceitação dos termos apresentados.

Ao analisar a conduta praticada, a autoridade concluiu que a companhia infringiu a Seção 19(1) da Lei de Concorrência alemã, visto que teria abusado de seu poder de mercado para impor, unilateralmente, cláusulas contratuais em desacordo com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (GDPR).

Na oportunidade, a autoridade destacou que “*os termos e condições do Facebook, que violam os princípios da lei de proteção de dados, e as condições*

³ REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Administrative Proceedings. Decision under Section 32, German Competition Act. B6-22/16, p. 251. (versão em inglês: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.ht).

⁴ FRAZÃO, Ana. Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste? Disponível em: http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2019-10-28-Violacao_de_dados_pessoais_pode_ser_um_problema_antitruste_A_recente_decisao_da_autoridade_concorrencial_alema_que_considera_ilicito_antitruste_a_politica_de_tratamento_de_dados_do_Facebook.

⁵ Ibid.

contratuais da empresa, que são consideradas abusivas sob os princípios do direito contratual, constituem um abuso da Lei de Concorrência, quando há poder de mercado (grifos aditados), (tradução livre).”⁶

Para fundamentar o seu raciocínio, a autoridade antitruste alemã se valeu de dois precedentes: os casos Pechstein⁷ e Vbl-Gegenwert. O primeiro dizia respeito a uma atleta de patinação acusada de violar regras referentes ao *antidoping*, razão pela qual foi punida pela organização desportiva *International Skating Union (ISU)*. Ao interpor recurso contra a sanção, o caso foi levado a um tribunal arbitral, conforme previamente estipulado em contrato firmado entre as partes, cuja assinatura era obrigatória para a participação dos atletas nas competições.

Como a decisão arbitral manteve a punição, Pechstein recorreu ao Poder Judiciário. Em última instância, a Corte Federal alemã firmou o entendimento de que, em certos casos, poderia haver uma violação à Lei Antitruste alemã, se comprovada a disparidade entre as partes e o abuso de poder daquela considerada superior.

Especificamente no caso ilustrado, o tribunal firmou o entendimento de que a imposição da cláusula arbitral pela *ISU* (considerada uma estrutura monopolista de organização desportiva) a *Cláudia Pechstein* (atleta) ensejava a aplicação da legislação antitruste.

De igual forma, nos casos Vbl-Gegenwert I e II⁸, a Corte Federal entendeu que violações a princípios dispostos nas leis alemãs ensejariam uma análise antitruste da demanda, desde que existisse posição dominante do agente violador. Isso porque o abuso de poder de mercado poderia se verificar pelo mero descumprimento de normas legais nos casos em que houvesse um agente dominante. Embasado na lógica exposta em tais precedentes, o Bundeskartellamt condenou o Facebook por violar dispositivos da GDPR.

Percebe-se, portanto, que a decisão perpassou os limites do Direito Concorrencial, a fim de estabelecer uma interface com a proteção de dados

⁶ REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Administrative Proceedings. Decision under Section 32, German Competition Act. B6-22/16, p. 251. (versão em inglês: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.ht).

⁷ PODSZUN, Rupperecht. The Pechstein Case: International Sports Arbitration Versus Competition Law: How the German Federal Supreme Court Set Standards for Arbitration. 2018. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3246922

⁸ WISNIEWSKI, Caio Henrique. A Interseção entre o Direito da Concorrência e a Proteção de Dados a partir do caso Facebook vs. Bundeskartellamt. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221341?locale-attribute=es>

personais. Salientam Ademir Júnior e Luiz Ramos⁹ que a própria autoridade reconhece que, em casos como esse, a aplicação do Direito Antitruste não é automática, tendo em vista que “foi necessário intervir” em decorrência de violações a disposições normativas que regem matéria atinente à proteção de dados.

Em que pese os argumentos sigam, em parte, uma lógica fundamentada em violações à GDPR, a autoridade justifica que foi somente por meio do abuso de posição dominante – típica do direito concorrencial – que o Facebook conseguiu impor a supracitada cláusula contratual.

Para os autores, essa lógica é usualmente estranha ao antitruste, que utiliza os efeitos no mercado para identificar uma prática como lícita ou ilícita.¹⁰ Justamente por essa razão, a decisão foi criticada por intelectuais que sustentaram que o Bundeskartellamt teria usurpado a competência da Autoridade Europeia para Proteção de Dados.¹¹

Contra essa decisão, o Facebook interpôs recurso, julgado procedente pelo Tribunal Superior de Dusseldorf¹², o qual entendeu que não haveria provas suficientes aptas a comprovar que as condutas da empresa iriam de encontro às regras concorrenciais. Ressalta-se, aqui, que o Tribunal não rejeitou a possibilidade de intersecção entre ambas as matérias discutidas no caso – tão somente ponderou que a autoridade antitruste alemã falhou em demonstrar o nexo de causalidade entre a dominância do Facebook e a conduta abusiva¹³.

Em 2020, ainda que por fundamentos diversos, o Tribunal Superior da Alemanha reestabeleceu a validade da decisão proferida pela autoridade antitruste. Na oportunidade, a Corte, diferentemente do Bundeskartellamt, entendeu que o problema não seria o fato de os consumidores terem os seus dados cobrados em “excesso”, mas sim o fato de não possuírem a opção de acessar o serviço sem oferecer, em contrapartida, informações alheias àquelas coletadas na plataforma do *Facebook.com*.

O problema seria, portanto, a impossibilidade de escolha do consumidor.¹⁴

⁹ JÚNIOR, Ademir Antônio Pereira; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. Antitruste e proteção de dados: o caso Facebook na Alemanha, 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/opinio-antitrusteprotecao-dados-facebook>.

¹⁰ Ibid.

¹¹ LYPALO, D. Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case. *World Competition Law and Economics Review*, v. 44, n. 2, p. 169–198, 2021, p. 180 (“the FCO went beyond its competence when, on its own initiative, it undertook to interpret and enforce the GDPR”).

¹² REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF. The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf in interim proceedings, 26 August 2019, Case VIKart 1/19, p. 22 (versão em inglês).

¹³ Ibid.

¹⁴ FERNANDES, Victor Oliveira. Restrições à Privacidade: um problema antitruste?, 2021, Disponível em: <https://scholar.google.com/citations?user=L9rayKAAAAAJ&hl=pt-BR>

Convergência legislativa e possíveis metodologias de internalização do conceito de privacidade na análise de condutas e de estruturas pelo CADE

1. As normas regentes do antitruste e da proteção de dados pessoais no Brasil

Tendo como parâmetro o caso julgado na Alemanha, indaga-se: raciocínios semelhantes poderiam ser construídos e aplicados no Brasil?

Como dito, as Leis que se debruçam sobre ambas as matérias possuem finalidades distintas: enquanto a LGPD¹⁵ surgiu com o objetivo de resguardar direitos fundamentais atinentes à privacidade (art. 5º, inciso X, da CF) e à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF), a Lei de Defesa da Concorrência, conforme disposto em seu art. 1º, visa a prevenir e a reprimir infrações à ordem

econômica, com base nos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Tais objetivos, apesar de “divergentes” à primeira vista, encontram-se intimamente interligados, principalmente na atual era da economia digital. A uma, porque os dados se tornaram ativos econômicos de alta relevância, ainda que não possam ser objetivamente precificados. Por intermédio de seu uso, às custas de violações de privacidade dos usuários e consumidores, é possível que empresas adquiram vantagens econômicas indevidas, deturpando o funcionamento e a ordem natural do mercado.

Aqui importa mencionar que a mera coleta e armazenamento de dados não configura infração, ato ilícito ou, por si só, a possibilidade de garantir vantagem de mercado. O que de fato seria apto a enquadrar empresas nas hipóteses listadas seria a *forma* pela qual os dados coletados são operacionalizados, isto é, com quais finalidades.

A duas, porque, segundo leciona Paula Forgioni: “(...) *os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado*”.¹⁶

¹⁵ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. Os objetivos das leis antitruste: as políticas econômicas atuadas: O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento. In: FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 4. p. 188. ¹⁷ FRANÇA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. “Competition Law and Data”. 2016. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

Corroborando tal entendimento, estudo¹⁷ realizado pela autoridade concorrencial francesa ponderou que questões de privacidade não devem ser excluídas de uma análise antitruste meramente em razão de sua natureza, porquanto poderia haver ligação entre o poder de mercado de um competidor, seus processos de coleta de dados e a concorrência em determinado mercado relevante, especialmente quando a informação for o principal insumo do competidor dominante.¹⁷

Ademais, os dispositivos de ambas as normas dialogam entre si. Observase que o inciso VI do artigo 2º da LGPD tem, entre seus fundamentos, tal como a Lei de Defesa da Concorrência, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

A Lei n. 12.529/11, por sua vez, elenca em seu artigo 36, §3º, condutas não exaustivas de infração à ordem econômica. Para ser enquadrada nessa situação, basta que o ato se insira em alguma das hipóteses elencadas no *caput* do referido dispositivo, a saber: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou

serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Desse modo, *a priori*, condutas empresariais que tomem a forma de tratamento de dados não estão excluídas do alcance de normas concorrenciais, ainda que venham a se tornar também objeto de regulação diversa.¹⁸

2. A teoria da privacidade

Uma vez que inexistem impedimentos legais quanto à possibilidade de o CADE analisar demandas que envolvam – não exclusivamente – a LGPD, resta entender como esse feito pode ser incorporado nas análises da autoridade concorrencial.

Conforme ilustra o professor Victor Fernandes¹⁹, há ao menos 2 (duas) possibilidades metodológicas de internalização das questões relacionadas à privacidade na análise de condutas e de estruturas pelo Conselho.

¹⁷ WISNIEWSKI, Caio Henrique. A Interseção entre o Direito da Concorrência e a Proteção de Dados a partir do caso Facebook vs. Bundeskartellamt. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221341?locale-attribute=es>

¹⁸ JÚNIOR, Ademir Antônio Pereira; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. Antitruste e proteção de dados: o caso Facebook na Alemanha, 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/opiniao-antitrusteprotecao-dados-facebook>.

¹⁹ FERNANDES, Victor Oliveira. Restrições à Privacidade: um problema antitruste?, 2021, Disponível em: <https://scholar.google.com/citations?user=L9rayKAAAAAJ&hl=pt-BR>

A primeira delas entende que a privacidade poderia ser tratada como um custo econômico, ainda que não monetário, atrelado às ofertas de serviços digitais de preço zero.

Nesse contexto, a transferência de dados entre os usuários e as plataformas de múltiplos lados consistiria em verdadeira troca econômica, sinalizando a existência de um mercado antitruste²⁰. Aqui, os dados substituiriam a ideia clássica de “preço”, tradicionalmente adotada na seara concorrencial, por outras métricas quantitativas aptas a simbolizar se os custos e as trocas do usuário e das plataformas são efetivamente justos ou excessivos, tal como fez o Bundeskartellamt, no caso Facebook.

O “excesso”, por seu turno, poderia ser medido, por exemplo, da seguinte maneira: os dados coletados e processados estão sendo utilizados para proporcionar melhorias nos serviços, nas ferramentas e nas condições ofertadas aos usuários? Proporcionam maiores alcances, interações e ganhos para tais consumidores?

Se a resposta for positiva, a coleta e o processamento de dados pelas empresas representariam uma contraprestação justa aos dados ofertados por seus usuários. Por outro lado, se a resposta for negativa, os usuários estariam renunciando à sua privacidade sem obter, em troca, quaisquer benefícios significativos no acesso ao produto ou serviço.

Isso significa dizer que os próprios usuários podem e são capazes de avaliar, por si próprios, os benefícios e riscos envolvidos na exposição de suas informações

personais, de modo que estariam, indiretamente, atribuindo valor econômico aos seus dados.²¹

Já o segundo cenário considera a privacidade como uma dimensão da qualidade da concorrência. Nessa lógica, uma diminuição da pressão competitiva, ocasionada pela concentração do mercado, poderia gerar maior deterioração dos níveis de privacidade praticados pelos agentes dominantes.

Salienta o professor que, nesses casos, *“A lente de ‘qualidade’ rejeita a ideia de que a privacidade poderia ser vista como mero ‘produto’ ou ‘insumo’ da relação econômica com as plataformas digitais²². Mesmo não sendo redutível a um valor monetário, compreende-se que uma degradação da privacidade, em*

²⁰ NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. University of Pennsylvania Law Review, v. 1, n. 1, p. 149–206, 2015. p. 165–169.

²¹ FARRELL, Joseph. Can Privacy be Just Another Good? Journal on Telecommunications & High Technology Law, v. 10, p. 251–265, 2012.

²² PASQUALE, F. Privacy, Antitrust and Power. George Mason Law Review, v. 20, n. 4, p. 1009–1024, 2013, p. 1016

*termos de qualidade, igualmente configuraria uma perda de bem-estar do consumidor apta a desencadear a intervenção antitruste*²³”.

Esse raciocínio é usualmente aplicado pelo CADE quando das análises de atos de concentração, uma vez que grandes operações de fusões e aquisições poderiam resultar em prejuízo ao bem-estar dos consumidores e à qualidade dos produtos a eles ofertados.

Embora o referido autor indique que seja tarefa árdua aplicar as supracitadas teorias no âmbito do CADE, seja em razão de precedentes do Conselho²⁴ que indicam que mensurar “preços excessivos” traria uma série de problemas para o mercado, seja em razão das dificuldades de se fazer uma avaliação objetiva do critério qualidade²⁵, entende-se que essas metodologias podem ser incorporadas, de forma não excludente, à jurisprudência do Conselho – como assim fez a autoridade alemã e conforme o raciocínio que será demonstrado a seguir.

Para uma análise mais certa e técnica – que não transpassaria a competência delimitada ao CADE – seria necessário, no entanto, que as demandas que envolvessem ambas as práticas fossem realizadas em conjunto com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

3. Uma possível solução: atuação conjunta do CADE e da ANPD

A nova realidade da *data-driven economy* desafia os padrões convencionais de análises de controle de estruturas e condutas²⁶. Lecionam Geoffrey Manne e

Bem Sperr²⁷, porém, que, por mais difícil que seja avaliar o elemento *qualidade* ou *quantificar* os interesses dos consumidores, quando mensuramos os quesitos dados e privacidade, “*dita dificuldade (...) não deve ser motivo para ignorar a análise destes elementos (...), pois estes dados, uma vez coletados e processados, podem ser utilizados para tirar proveito indevidamente de consumidores*”²⁸.

²³ ROBERTSON, V. H. S. E. Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance In The Era of Big Data. *Common Market Law Review*, v. 57, n. 1, p. 161–190, 2020, p. 166.

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n. 08012.000295/1998-92. Voto-relator do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, p. 28; e BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08700.000625/2014-08. Votorelator da Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0420947), par. 71.

²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.000059/2021-55.

²⁶ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 512

²⁷ MANNE, Geoffrey A.; SPERRY, R. Ben. *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis*. 2015. p. 10.

²⁸ CHIRITA, Anca D. *Data-Driven Mergers Under EU Competition Law*. 2018. p. 24. In. WISNIEWSKI,

Sabe-se que a análise antitruste deve evitar uma intervenção excessiva no mercado (*overenforcement*), sob o risco de prejudicar a livre iniciativa, a inovação e desestimular a concorrência. Por outro lado, as autoridades desse campo também devem estar atentas aos perigos de subaplicação das leis e regramentos concorrenciais (*underenforcement*). Isso porque é possível que empresas adotem condutas anticompetitivas com a finalidade de concentrar ou monopolizar mercados, excluir potenciais ou já existentes rivais ou angariar posição dominante por meio de ato ilícito – o que, por óbvio, prejudicaria os consumidores, os fornecedores e toda a cadeia produtiva relacionada à comercialização de um produto ou serviço.

A atuação das autoridades antitrustes possui, portanto, o desafio de encontrar um ponto de equilíbrio entre o *over* e o *underenforcement*. Justamente por essa razão, entende-se que a melhor solução, quando em demandas cujas questões perpassam as searas do direito à proteção de dados pessoais e o direito concorrencial, seria a atuação multidisciplinar e conjunta da ANPD e do CADE.

Com efeito, segundo ilustra Caio Wisniewski²⁹, *“O direito da concorrência é importante para corrigir os maus comportamentos e abusos de agentes econômicos, contudo, a disciplina não é o instrumento adequado para alterar as características econômicas que lastreiam o mercado data-driven. Da mesma forma, soluções de proteção de dados ou de defesa do consumidor não são, sozinhas, propícias para endereçar os estudados desafios deste mercado, pois se encontram em posição ineficaz para controlar estruturas e condutas de competidores do mercado. Portanto, uma abordagem multidisciplinar atingida por meio da cooperação e da harmonização de órgãos, entidades e instrumentos jurídicos mostra-se como o caminho mais satisfatório.”*

Salienta-se que a atuação conjunta, por sua vez, teria como pré-requisito a situação de causa e efeito. Como exemplo, cita-se um caso hipotético em que a coleta, o armazenamento e a operacionalização de dados específicos seriam capazes de atribuir vantagens competitivas a determinada empresa, impossíveis de serem alcançadas por seus concorrentes; ou, ainda, como no caso do Facebook, situação em que uma empresa, em razão de possuir posição dominante no mercado, foi capaz de impor cláusulas abusivas para coletar dados desnecessários

e alheios à sua própria atuação (*privacidade com valor econômico*), sem fornecer em contraprestação, qualquer melhoria nos serviços (*privacidade como qualidade*).

Caio Henrique. A Interseção entre o Direito da Concorrência e a Proteção de Dados a partir do caso Facebook vs. Bundeskartellamt. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221341?locale-attribute=es>

²⁹ Ibid.

Por sua vez, nos casos em que as coletas de dados não fossem elementos essenciais para a atuação de determinada empresa, como concluiu, por exemplo, a Superintendência-Geral (SG) do CADE no contrato associativo entre a Claro S.A. e a Serasa S.A.³⁰, a atuação conjunta de ambas as autoridades não seria necessária, vez que as infrações referentes à LGPD poderiam ser sanadas mediante análise exclusiva da ANPD e o mesmo poderia ser feito pelo CADE, no tocante às matérias concorrenciais.

Tal raciocínio – de atuação conjunta – encontra amparo no próprio texto legal da LGPD. De fato, o parágrafo único do art. 55-K da referida norma dispõe que a *“ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais (...)”*.

Nesse sentido, salientam Guilherme Pinheiro, Gabriel Souto e Thiago Moraes³¹ que, em razão das convergências entre as disciplinas, *“A competência do CADE para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei parecem ser mais complementares do que conflitantes com aquelas previstas na ANPD. É claro que dados pessoais podem ser usados para prejudicar a livre concorrência³², aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.”*

Destaca-se, ainda, que a ideia de cooperação, que permite um processo mais célere, eficiente e qualificado, tem se demonstrado uma tendência internacional. Apontam os referidos autores que, desde 2014, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados *“vem propondo a elaboração de uma atuação conjunta das diferentes autoridades e entidades relevantes em casos complexos onde apenas um campo jurídico não seja suficiente para articular a solução mais adequada.”*³³.

Para Fernando Dantas, Beatriz Bellintani, Caroline Gonçalves e Luiza Mendonça Santos³⁴, *“A atuação planejada e integrada das (...) autoridades fortalece a confiança dos administrados nos mercados afetados, incentivando*

³⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61, Parecer 10/2021/CGAA2/SGA1/SG (SEI 0899461), parag. 75.: *“os dados objeto da parceria não podem ser vistos como essenciais à atuação de concorrentes”* e *“não compete ao Cade analisar se o contrato associativo ora em análise e as respectivas cláusulas de exclusividade estão de acordo ou não com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018), a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414) ou o Decreto n. 9936/2019”*

³¹ PINHEIRO, Guilherme; SOUTO, Gabriel; MORAES, Thiago. ANPD: uma necessidade de convergência entre CADE, Anatel e Senacon. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-umanecessidade-de-convergencia-entre-cade-anatel-e-senacon-20102019>

³² MATTIUZZO, Marcela. *Algorithms And Big Data: Considerations On Algorithmic Governance And Its Consequences For Antitrust Analysis*. Revista de Economia Contemporânea 23(2), 2019, p. 1-19.

³³ Ibid.

³⁴ BELLINI, Beatriz; DANTAS, Fernando; Gonçalves, Carolina; SANTOS, Luiza M. Proteção de dados pessoais, concorrência e o direito do consumidor. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protacao-de-dados-pessoais-concorrencia-direito-do-consumidor-19022022>

investimentos, inovação e redução dos custos para as autoridades que se beneficiariam mutuamente dos esforços empreendidos em análises e investigações, além de eliminar burocracias excessivas e despropositadas que pesam sobre os administrados.”

Dessarte, tem-se que a melhor solução, do ponto de vista legal e técnico, a fim de evitar possíveis conflitos de competência entre as autoridades antitruste e de proteção de dados no Brasil, assim como o *under* e o *overenforcement* antitruste, encontra-se na cooperação mútua entre o CADE e a ANPD, quando demonstrado o nexo de causalidade entre (i) infrações à ordem econômico e (ii) violações ao regramento de dados pessoais.

Em todo caso, a melhor solução, para a compreensão mais eficiente, célere e técnica das demandas, deveria ser feita em conjunto com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – hipótese contemplada pela LGPD, apoiada por juristas e em compasso com uma tendência internacional.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar n. 08012.000295/1998-92. Voto-relator do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, p. 28.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08700.000625/2014-08. Voto-relator da Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0420947), parag. 71.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.000059/2021- 55.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006373/2020- 61, Parecer 10/2021/CGAA2/SGA1/SG (SEI 0899461), parag. 75

BELLINI, Beatriz; DANTAS, Fernando; Gonçalves, Carolina; SANTOS, Luiza M. Proteção de dados pessoais, concorrência e o direito do consumidor. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protECAo-de-dadospessoais-concorrencia-direito-do-consumidor-19022022>

FARRELL, Joseph. Can Privacy be Just Another Good? *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 10, p. 251– 265, 2012.

FERNANDES, Victor Oliveira. Restrições à Privacidade: um problema antitruste?, 2021, Disponível em: <https://scholar.google.com/citations?user=L9rayKAAAAAJ&hl=pt-BR>

FRANÇA. AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE. “*Competition Law and Data*”. 2016. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

FRAZÃO, Ana. Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste? Disponível em: [http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/201910-28-Violacao de dados pessoais pode ser um problema antitruste A recente decisao da autoridade concorrencia alemã que considera ilícito antitruste a política de tratamento de dados do Facebook](http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/201910-28-Violacao%20de%20dados%20pessoais%20pode%20ser%20um%20problema%20antitruste%20A%20recente%20decisao%20da%20autoridade%20concorrencial%20alema%20que%20considera%20ilicito%20antitruste%20a%20politica%20de%20tratamento%20de%20dados%20do%20Facebook).

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 512

FORGIONI, Paula A. Os objetivos das leis antitruste: as políticas econômicas atuadas: O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento. In: FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 4. p. 188.

JÚNIOR, Ademir Antônio Pereira; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. Antitruste e proteção de dados: o caso Facebook na Alemanha, 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-06/opiniao-antitruste-protECAo-dadosfacebook>.

KUNEVA, M. "Personal data is the new oil of the Internet and the new currency of the digital world.". Discurso proferido na mesa redonda sobre coleta de dados, direcionamento e perfilação, Bruxelas, 2009.

LYPALO, D. Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case. *World Competition Law and Economics Review*, v. 44, n. 2, p. 169– 198, 2021, p. 180 ("the FCO went beyond its competence when, on its own initiative, it undertook to interpret and enforce the GDPR").

MANNE, Geoffrey A.; SPERRY, R. Ben. *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis*. 2015. p. 10.

MATTIUZZO, Marcela. *Algorithms And Big Data: Considerations On Algorithmic Governance And Its Consequences For Antitrust Analysis*. *Revista de Economia Contemporânea* 23(2), 2019, p. 1-19.

NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, p. 149–206, 2015. p. 165–169.

PASQUALE, F. Privacy, Antitrust and Power. *George Mason Law Review*, v. 20, n. 4, p. 1009–1024, 2013, p. 1016

PINHEIRO, Guilherme; SOUTO, Gabriel; MORAES, Thiago. ANPD: uma necessidade de convergência entre CADE, Anatel e Senacon. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-uma-necessidade-deconvergencia-entre-cade-anatel-e-senacon-20102019>

PODSZUN, Rupprecht. The Pechstein Case: International Sports Arbitration Versus Competition Law: How the German Federal Supreme Court Set Standards for Arbitration. 2018. p. 2. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3246922

REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Administrative Proceedings. Decision under Section 32, German Competition Act. B6-22/16, p. 251. (versão em inglês: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.ht).

WISNIEWSKI, Caio Henrique. A Interseção entre o Direito da Concorrência e a Proteção de Dados a partir do caso Facebook vs. Bundeskartellamt. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221341?locale-attribute=es>

ZANATTA, Rafaella A. F., Proteção de Dados Pessoais e Direito Concorrencial: Razões da Aproximação e Potencialidades para Pesquisa. Revista Fórum de Direito na Economia Digital, 2019, p. 141–170.

