



UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

THAILE XAVIER DANTAS DUARTE

**TECNOLOGIA, USO, COLETA E TRATAMENTO DE DADOS: O
FUTURO DO PODER ECONÔMICO?**

São Paulo

2020

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Thaile Xavier Dantas Duarte

**TECNOLOGIA, USO, COLETA E TRATAMENTO DE DADOS: O FUTURO
DO PODER ECONÔMICO?**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Dra. Renata Mota Maciel

São Paulo

2020

RESUMO

As revoluções ocorridas na história transformaram os modos de produção e consumo na sociedade. Entretanto, isso só foi possível em virtude da forte aplicação do capital, que foi mais acentuada na Revolução Industrial, em meados do século XVI. A ampla expansão do sistema capitalista acelerou o desenvolvimento tecnológico, o qual foi marcado pelo aumento das redes de comunicação e a revolução no setor da informática. A concentração do poder econômico, que durante muito tempo esteve sobre bens materiais, hoje está centralizada em bens imateriais, como dados ou tecnologias patenteadas. Embora tenha trazido muitos avanços, o potencial tecnológico alcançado pelas empresas digitais abrange alguns problemas peculiares que nunca existiram, por exemplo, a privacidade e proteção de dados pessoais ou problemas concorrenciais e de concentração de poder econômico digital, mencionando apenas alguns. Enquanto os fluxos de informações transitam de forma dinâmica nas redes, o Direito permanece estático, deixando evidente uma grande lacuna em relação à regulação econômica de empresas totalmente digitais. Dessa forma, é premente a atuação dos Estados no controle do poder econômico das plataformas de tecnologia, visando garantir a proteção da sociedade e a máxima utilização dos avanços tecnológicos. É necessário, portanto, que o Direito passe por uma adequação à realidade, efetivando a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental e o direito de concorrência entre as empresas com todas as suas garantias. Para tanto, este trabalho apresentará o contexto nacional e internacional acerca da regulação das plataformas de tecnologia, expondo algumas possíveis ferramentas de auxílio nessa complexa jornada.

Palavras chave: Poder Econômico. Concorrência. Dados Pessoais. Privacidade. Big Data.

ABSTRACT

The revolutions in history have transformed the modes of production and consumption in society. But this was only possible due to the strong application of capital, which was most pronounced in the Industrial Revolution in the mid-16th century. The broad expansion of the capitalist system accelerated the technological development that was marked by the increase of communication networks and the revolution in the computer sector. The concentration of economic power that has long been over material goods today is in immaterial goods, such as data or patented technologies. However, although it has brought many advances, the technological potential achieved by digital companies, brings with it some peculiar problems that never before existed, such as privacy and protection of personal data, or competition problems and concentration of digital economic power, just mentioning some. However, while information flows flow dynamically across networks, law has remained static for a long time, with a large gap remaining evident in the economic regulation of fully digital enterprises. Thus, it is urgent the action of the States in the control of the economic power of technology platforms in order to ensure the protection of society and the maximum use of technological advances. Therefore, the law must be adapted to reality, with the effective protection of personal data as a fundamental right. To this end, this paper will present the national and international context about the regulation of technology platforms, exposing some possible help tools in this complex journey.

Keywords: Economic Power. Competition. Personal data. Privacy. Big data.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1- A EMPRESA E SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	4
1.1. A evolução histórica do capitalismo a partir da Revolução Industrial	5
1.2. A evolução do capitalismo pós-industrial	7
1.3. A síntese Schumpeteriana: inovação como mola propulsora da economia	10
1.4. A empresa do século XXI.....	13
1.5. Uma nova fonte de investimento do capital	17
1.6. Novos modelos de negócios	20
CAPÍTULO 2 - PODER ECONOMICO E O ACESSO AOS DADOS ..	22
2.1. A concentração do capital a partir do século XX.....	22
2.2. O poder de mercado das plataformas digitais.....	26
2.3. A coleta de dados pessoais pelas empresas provedoras de Internet.....	29
2.4. Big Data (“Dados”)	38
2.4.1. Os dados no cerne da tecnologia.....	41
2.4.2. A importância competitiva de big data	44
2.4.3. Uber, um estudo de caso sobre a ascensão da plataforma ...	46
2.4.4. Os dados se tornaram um produto de mercado?.....	49
2.4.5. O acesso à grande quantidade de dados é uma barreira à entrada?.....	53
CAPÍTULO 3 – A REGULAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	56
3.1. Personalidade e dados pessoais	56
3.2. Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD	60
3.3. General Data Protection Regulation – GDPR	64
3.4. Leis americanas sobre a proteção de dados	67

3.5. Quem fiscaliza a lei?	72
3.5.1. Federal Trade Commission - FTC.....	73
3.5.2. European Commission - EC.....	74
3.6. Multas por não conformidade.....	79
CAPÍTULO 4 – O PODER ECONÔMICO, AS PLATAFORMAS DIGITAIS E OS DADOS PESSOAIS	81
4.1. O valor da análise de dados para as empresas	81
4.2. Novos mercados, velhas práticas	86
4.3. A concentração do poder econômico nos mercados de tecnologia e seus reflexos na concorrência	89
4.3.1. Os dados e as práticas antitruste.....	94
4.3.2. Problemas antitruste na concorrência digital.....	100
4.3.3. Os desafios regulatórios da tecnologia	105
CONCLUSÕES	107
BIBLIOGRAFIA.....	110

INTRODUÇÃO

O êxito de algumas plataformas digitais é bastante significativo. Seu domínio de mercado e capacidade técnica perturbam a concorrência e chamam a atenção sobre as novas formas de práticas anticoncorrenciais e impactos negativos sobre o bem-estar dos consumidores.

As empresas de tecnologia digital alcançam índices grandiosos de valorização dentro de seus mercados, criando milhões de dólares através dos investimentos em produtos e serviços que revolucionaram a forma de trabalhar, estudar, viajar, comunicar ou fazer compras.

A história ensina que a sociedade deve se adaptar aos grandes avanços tecnológicos advindos das revoluções anteriores. No século passado, é possível perceber isso após a introdução do automóvel, avião, rádio, televisão e telefone celular, para citar apenas alguns exemplos.

Ao longo dos últimos 25 anos da descoberta da internet, pode-se afirmar que, atualmente, não há nenhuma área da sociedade que não tenha sido afetada pelas suas inovações tecnológicas.

As plataformas de tecnologia representam um avanço significativo ao desenvolvimento social e econômico, porém, poucos desses impactos foram debatidos. Problemas em torno da inovação, barreiras à entrada, captação ilegal de dados pessoais e o uso da rede para coordenar as transações e fixar preços digitais são alguns dos exemplos que demonstram o poder de mercado que algumas plataformas digitais exercem com as suas tecnologias.

Tanta tecnologia acumulada em poucas plataformas está levantando questões prementes sobre seu poder de mercado, manipulação de dados pessoais, influência na mídia global e até sistemas políticos, de forma que surge um consenso acerca da formação de oligopólios digitais.

Intrigante compreender que o êxito das grandes plataformas digitais ocorre pelo simples fato de armazenar os dados pessoais de seus milhões de usuários na rede, e através deles, manipular algoritmos que tornam a plataforma cada vez mais atraente, justamente com base em sua navegação on-line. São os dados armazenados e analisados que permitem a publicidade direcionada

aos consumidores, gerando um modelo de receita extremamente rentável para as plataformas.

Além disso, os dados armazenados tornam-se um banco de informações de valor altíssimo nos mercados, visto que, dado o seu expressivo volume, pode alavancar um novo negócio dirigido a um público alvo específico com grandes chances de sucesso. Fica claro que as grandes plataformas digitais captam os dados dos usuários gratuitamente e utilizam tais informações como objeto de comércio às empresas menores ou para sua própria expansão.

Com tanto desenvolvimento em um curto período, surgiram problemas econômicos e sociais, sendo necessária, então, a adoção de mecanismos de regulação e governança para resolver objeções em relação ao uso dos dados dos usuários dentro da internet ou a transparência na economia digital, garantindo a preservação da inovação e do progresso para que toda a sociedade colha seus benefícios.

Embora os países possuam suas legislações antitruste formuladas ao longo das últimas décadas, a sua aplicação, em alguns aspectos, está ultrapassada, cabendo desenvolver novas ferramentas de fiscalização dos mercados digitais adequadas aos desafios digitais da chamada Era Digital, o que pode exigir, portanto, uma nova legislação.

Para tanto, utiliza-se o método hipotético dedutivo para a elaboração da pesquisa, posto que os apontamentos terão como fundamento premissas obtidas por referências teóricas e análise crítica de pesquisa bibliográfica. Além disso, uma perspectiva jurídico-econômica para evidenciar alguma das razões que ressaltam a proporção do poder econômico adquirido pelas plataformas digitais, através do uso de dados pessoais coletados sem qualquer proteção do usuário, corroborando para a consolidação financeira de grandes empresas a um custo quase zero.

São esses alguns dos questionamentos e desafios que se concentram em torno do poder econômico das plataformas digitais, visto que estão em um espaço totalmente digital, em que a economia e a concorrência não possuem barreiras físicas. Isso torna, então, necessária a aplicação de regramentos rigorosos, ou seja, uma regulamentação específica, pois envolve os direitos de

proteção dos dados dos usuários no ambiente virtual, bem como o desenvolvimento econômico global.

CAPÍTULO 1- A EMPRESA E SEU PAPEL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Existe muita história sobre a globalização e esse fato não é uma novidade para a humanidade. Segundo Marcelo Benachio (2018, p.27), o pensamento filosófico grego da antiguidade, o Império Romano e o Cristianismo são exemplos de fenômenos da globalização em sua perspectiva histórica.

Com o passar do tempo, a globalização, como se conhece atualmente, fundamentada nas relações comerciais e amparada por eventos lucrativos, como as guerras ou a evolução da tecnologia de transporte e comunicação, fez com que cada vez mais pessoas desbravassem terras além das fronteiras nacionais.

A complexidade da globalização repercutiria em profundas mudanças sociais em razão da Revolução Francesa, da Revolução Industrial e das duas Grandes Guerras Mundiais do século XX (Benachio, Marcelo. 2018, p. 28).

A ideologia da globalização econômica é o neoliberalismo, cujo mote central é o acúmulo de riqueza por meio do aumento dos lucros e não do desenvolvimento humano de forma sustentável (SACHS, Ignacy, 2008, p.29).

Nesse sentido, é relevante concordar que a globalização interfere na soberania dos Estados, de modo que os contratos passam a reger as relações comerciais e ordenar a sociedade, massificando padrões de consumo, oprimindo a uma *ideologia do pensamento único*, nas palavras de Avelã Nunes, em sua obra Neoliberalismo e direitos humanos.

A globalização econômica repercute diretamente no enfraquecimento da soberania dos países que passam a ser considerados “mercados”, na busca da flexibilização dos direitos trabalhistas e ambientais, com a finalidade da diminuição de custos de produção (BENACHIO, Marcelo. 2018, p. 29).

De fato, as empresas transnacionais, ao longo da história, consolidaram seu grande poder econômico, financeiro e técnico, muito superior ao Estado, o que acabou consolidando a influência exercida na sociedade e na economia pelos séculos.

1.1. A evolução histórica do capitalismo a partir da Revolução Industrial

As primeiras pessoas que usaram a tecnologia para atividades de negócios, começaram através do arado para irrigação e agricultura, o que os ajudou a obter alimentos excedentes. Esse excesso de produto foi usado por eles para fins comerciais. O uso do arado de arranhões foi um avanço tecnológico para aquela época, porque naquele momento as pessoas estavam acostumadas a caçar animais e a cultivar sua própria comida. Assim, o primeiro uso da tecnologia para realizar qualquer atividade comercial foi um grande sucesso.

A revolução agrícola foi seguida por uma série de revoluções industriais iniciadas na segunda metade do século XVIII. A marca dessas revoluções foi a transição da força muscular para a energia mecânica, a qual evoluiu até a atual quarta revolução industrial, momento em que a produção humana é aumentada por meio da potência aprimorada da cognição. (SCHWAB, 2016, p.11)

A primeira revolução industrial ocorreu entre 1760 e 1840, dando início à produção mecânica, que foi provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX, e pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960, ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990) (SCHWAB, 2016, p.11).

Na sociedade capitalista, segundo os historiadores, as técnicas descobertas só puderam ser transformadas em virtude da aplicação de capital, que ocorreu de forma mais notória durante a Revolução Industrial, a partir do século XVI.

Assim, no campo econômico, a concentração do poder acentuou-se sobremaneira a partir da Revolução Industrial, acarretando transformações

sociais de que ainda não nos demos conta integralmente (COMPARATO, 2014a, p. 16).

A partir da fase industrial, nas palavras de Comparato (2014a, p.192) “a evolução histórica, de modo geral, passou a se confundir com a história do capitalismo”.

Com base nisso, é possível afirmar que o final do século XVIII e o início do século XIX são pontos de partida para o aumento dos avanços tecnológicos. Foi nessa época que os empresários começaram a fazer o uso de novas ferramentas para realizar negócios, isso os auxiliou para o aceleração do processo comercial e abriu chances de explorar novos caminhos para os comércios.

Assim, a nação que se destacou foi a Inglaterra, pois já estava conectada comercialmente a outros países e avançada no processo da reforma agrária, dando um salto com a produção têxtil aliada às novas tecnologias no século XVIII.

Para Comparato (2014a, p. 195) são necessários dois elementos para a expansão: aumento da produção industrial que atenda a demanda e o crescimento incessante da demanda de bens e do sistema de sua distribuição no mercado. Foram esses dois fatores que fizeram com que a Inglaterra experimentasse uma grande concentração.

A introdução do maquinismo veio a substituir em grande parte o braço humano, mas exigiu, em contrapartida, uma atividade cerebral acrescida não só na criação dos engenhos mecânicos, mas também em sua utilização eficiente (COMPARATO 2014a, p.198).

Nesse período, duas invenções foram decisivas para solidificar e expandir o uso de engenhos mecânicos na produção industrial: a máquina de vapor, em 1764, por James Watt e a linha de produção em série, em 1801, por Marc Brunel.

Com a ampla expansão do sistema capitalista, houve a aceleração do desenvolvimento tecnológico pelos empresários industriais, que passaram a valorizar a importância da tecnologia como fator de produção.

A adoção desses avanços tecnológicos pelas pessoas, posteriormente abriu caminho para que outras tecnologias fossem usadas para fazer negócios.

Comparato elenca dois exemplos que bastam para ilustrar essa tendência: o aumento exponencial da densidade da rede de comunicações sociais e a revolução do setor da informática.

Importante dizer que a introdução de computadores teve um impacto significativo no ritmo dos processos de negócios, pois acelerou a maneira como os negócios eram feitos. Com os computadores, a realização de transações comerciais tornou-se muito mais fácil e rápida. Além disso, os computadores ofereceram às empresas a chance de otimizar seus processos e torná-los mais eficientes também. Assim, a invenção dos computadores possibilitou maior rapidez na realização de transações.

1.2. A evolução do capitalismo pós-industrial

Em 1969, o termo surge na França e em 1973, é utilizado nos Estados Unidos. Segundo Comparato:

“Sua origem coincide com as manifestações de revolta popular espontânea, ocorridas em vários países ao redor do mundo, a partir de meados dos anos 60, e que denotavam a ruptura com os padrões sociais estabelecidos pela civilização capitalista do século XIX”.
(Comparato, 2014a, p. 253)

O novo capitalismo pós-industrial é marcado pela descoberta da informática para os meios de produção industrial, transformando as técnicas de produção através da automação e da utilização de computadores.

Certamente, o poder de renovação e inovação que há nas empresas, de produção e de geração de renda, faz da empresa a grande base da economia, sem a qual não seriam alcançados os níveis de desenvolvimento econômico, mesmo no Brasil — considerado um país emergente.

Nesse período, há grande expansão do neoliberalismo e da chamada globalização, além de ser um momento marcado por várias crises econômicas¹.

O neoliberalismo, visando aumentar a circulação de mercadorias no mundo globalizado, incentivou, dentre outras coisas, as políticas de privatização e a participação do Estado na economia como agente regulador das políticas comerciais, a fim de prevenir anomalias no mercado (DE OLIVEIRA, Jeferson Sousa, BENACHIO, Marcelo, 2017, p. 77).

Com as crises instaladas, houve diminuição dos serviços e aumento dos preços, o que provocou uma acentuada queda do crescimento econômico em todos os países, combinada com altas taxas de inflação monetária e de desemprego (Comparato 2014a, p.257).

Comparato (2014a, p.257) define como o fenômeno da assim chamada estagflação, patologia econômica que voltou a se repetir, sobretudo na Europa, após o início da grande recessão de 2008. Seu tratamento revelou-se muito difícil, pois as medidas de política econômica, classicamente aplicadas para debelar a inflação, tendem a reduzir ainda mais a produção e a acelerar o desemprego.

Daí surge o estímulo para encontrar um novo modelo econômico. As ideias originalmente expostas por Friedrich Hayek, logo após a Segunda Guerra Mundial, ressurgiram na Universidade de Chicago, em torno de Milton Friedman, criando a denominação “neoliberalismo”. Essas ideias difundidas pelo mundo, segundo Comparato, passaram a se denominar “globalização” (COMPARATO, 2014a, p. 256):

Eis as recomendações principais da doutrina neoliberal:

1. Redução acentuada dos poderes do Estado na regulação da vida econômica e também dos direitos sociais, a fim de assegurar, segundo se garantia, maior eficiência na atividade empresarial.
2. Privatizações em massa de empresas, mesmo nos setores de infra-estrutura (energia, transportes e comunicações), bem como no setor de serviços públicos.

¹ Comparato menciona a crise mundial do petróleo em 1973, e a crise energética em 1979, que ocasionou o espantoso aumento da dívida externa em alguns países. COMPARATO, Fábio Konder. A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos. 2ª ed. rev. e aum. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2014a., p. 255

3. Generalizada abolição dos regulamentos administrativos em matéria econômica, mesmo nos setores em que tradicionalmente tais regulamentos sempre existiram, como crédito, câmbio, seguros, mercado de capitais, circulação internacional de capitais e comércio exterior.

4. Mudanças na política financeira estatal, com a eliminação dos déficits públicos, a redução da carga tributária (substituída em grande parte pela emissão de empréstimos públicos), e a supressão de subsídios estatais a certas atividades econômicas. (COMPARATO, 2014a, p. 256):

A mão invisível do mercado, em vez de propiciar benefícios à sociedade e ao desenvolvimento geral, mostrou ser um sistema falho e autodestrutivo. Sistema que ensejou o surgimento de desigualdades econômicas, visto que os proprietários dos meios de produção comumente buscavam explorar a mão de obra daqueles não possuidores de maiores recursos, conforme a falácia de que o proletariado é livre para vender seu trabalho (DE OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACHIO, Marcelo, 2017, p.77).

Por consequência dessa política neoliberal, foi ocasionado um processo de exclusão social com indivíduos perdendo seus direitos econômicos e sociais, acentuando a desigualdade econômica. Aumentou a circulação de mercadorias pelo mundo e incentivou as políticas de privatização. Assim, esse novo sistema acabou por acentuar as discrepâncias sociais do liberalismo.

O surgimento de um mercado global acrescentou um novo setor, constituído pelo grupo de macro empresas que passou a dominar o mercado mundial, segundo Comparato, no último quarto do século XX.

Foi um período de grande êxito entre os países produtores de petróleo, em especial, o Oriente Médio. As empresas transnacionais começam a expandir e deslocar os seus negócios, fazendo escolhas por países com baixos custos de produção, baixa mão de obra e tributos reduzidos.

Nesse período de estímulo à industrialização em vários países, Brasil, Índia, China e Rússia decidem por uma associação internacional, formando o que se convencionou chamar de BRIC's. Posteriormente, a África do Sul se juntou a eles.

Uma grande verdade é descrita por Comparato:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. (Comparato,1990, p.03)

Realmente, é em torno das empresas privadas que gira a maior parte do capital, dos investidores, fornecedores ou prestadores de serviços. O mercado financeiro, mesmo com todas as especulações e crises, continua sendo a instituição que atende aos interesses particulares e políticos.

Desenvolvendo-se a cada revolução criada, a amplitude da atual revolução tecnológica se desdobra em mudanças econômicas, sociais e culturais de proporções tão fenomenais que Schwab (2016, p.19) afirma que chega a ser quase impossível prevêê-las.

Os avanços causados pela globalização e a facilidade de realizar operações sincronicamente em qualquer parte do mundo vão na contramão da burocracia estatal que visa regular o mercado, por mais integrados que os Estados estejam. Portanto, é possível acreditar que o Estado jamais terá o controle sobre os comércios e finanças do mundo.

1.3. A síntese Schumpeteriana: inovação como mola propulsora da economia

Os determinismos marxista e neoclássico têm a sua mais elaborada síntese no trabalho de Schumpeter. Em seu clássico livro, *Democracia, Socialismo e Capitalismo*, publicado em 1942, Schumpeter funde a ideia marxista do determinismo histórico com a ideia neoclássica do determinismo de mercado. O resultado não poderia ser outro, o novo determinante de todo o

desenvolvimento capitalista passa a ser o desenvolvimento tecnológico². (COMPARATO, 2014, p. 38).

É possível identificar, neste tópico, um sumário da perspectiva de Joseph Alois Schumpeter, economista austríaco, nascido em 8 de fevereiro de 1883, em Triesch, na Morávia, província austríaca hoje pertencente à República Tcheca. Em sua vida acadêmica, dedicou-se ao estudo de Direito e Economia na Universidade de Viena.

As inovações estudadas por Schumpeter tinham caráter evolucionário e seus desdobramentos afluíram em diferentes vertentes neoschumpeterianas, algumas muito próximas da moderna Teoria dos Jogos, compondo uma das Teorias do Desenvolvimento.

Sua tese funde a ideia marxista do determinismo histórico com a ideia neoclássica do determinismo de mercado, chega-se a interessante conclusão que o novo determinante de todo o desenvolvimento capitalista passa a ser o desenvolvimento tecnológico.

Inovação é, possivelmente, um dos fatores mais essenciais ao desenvolvimento econômico da sociedade, defendia Schumpeter. A referida teoria, segundo a ótica da inovação, torna a produção mais eficiente e aumenta o bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, inovação pode ser conceituada como a concretização de novas ideias e sua tradução em resultados que aumentam o bem-estar social ou comercial, através de novos processos, produtos ou serviços.

² Na verdade, Schumpeter admira a explicação marxista da história do capitalismo – v. J. Schumpeter, “The Communist Manifesto in Sociology and Economics” in *Journal of political economy*, n. 57, 3 (1949), p. 199 ss. De outro lado, passa a identificar na segunda parte de sua obra (como fazem os neoclássicos) nas forças de mercado um elemento impulsionador importante do progresso tecnológico, que para ele é uma variável endógena (i.e definida dentro do sistema). Cf. J. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, New York, Harper Perennial, 1976, p. 92 e ss. (v. infra nota de rodapé nº 23) v. também, N. Rosenberg, *Schumpeter and the endogeneity of technology*, London, Routledge, 2000. Daí a necessidade de identificar na tecnologia, síntese e produto ao mesmo tempo da história (Marx) e do mercado (neoclássicos), o elemento propulsor do desenvolvimento econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder, FILHO, Calixto Salomão. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

Inovação, ainda que tenha um destaque diferenciado na economia do século XXI, é um fenômeno que transcende a nova economia, representando um dos pilares do sistema capitalista, como apresenta Schumpeter:

Capitalismo [...] é por natureza uma forma ou método econômico que não é, e nunca poderá ser, estacionário. O impulso fundamental que configura e mantém o capitalismo em movimento vem dos bens, os novos métodos de produção e de transporte, os novos mercados, as novas formas de organização industrial que o empreendimento capitalista cria. (SCHUMPETER, 2012, p.181-182)

Segundo o autor, mais importante do que demandas ou preços, é a inovação como forma de progresso da sociedade. Ainda que muitos dos pressupostos do autor sejam bastante criticados — especialmente sua defesa de monopólios como meio para se alcançar a inovação — hoje, existiria uma corrente defendendo que inovação contribui mais para o desenvolvimento econômico do que relações competitivas em uma economia em que a tecnologia não varia.

Sendo assim, Comparato realça sua crítica a esse ponto da teoria de Schumpeter (2014, p.38), “importa apenas destacar que essa conclusão faz o poder econômico ganhar em relevância. Ganha força a convicção sobre a importância dos monopólios para as inovações tecnológicas”.

Segundo essa síntese, o processo econômico necessita de empreendedores capazes de desenvolver ofertas, e isso acontece através da tecnologia. Na outra ponta, temos o consumidor, de acordo com Schumpeter, cada vez mais passivo e descartável, sujeito à criação de gostos que não necessariamente correspondem às suas preferências.

Conforme Salomão Filho (in Comparato, 2014, p.52) explica, a primeira fase do trabalho de Schumpeter compete em uma “explicação dinâmica do desenvolvimento, objetivando descrever as consequências sobre o processo capitalista das mudanças tecnológicas”.

Ocorre que, na segunda parte de sua obra, Schumpeter transforma a tecnologia em variável endógena. Procurando formular uma teoria econômica e fortemente influenciada pelo ambiente (Chicago) de seu exercício acadêmico, deixa para trás a explicação histórica da economia e procura identificar forças

econômicas que possibilitem a “destruição criativa” e o desenvolvimento econômico (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 24).

O processo de “destruição criativa” faz referência às novas tecnologias, que continuam e abruptamente desalojariam tecnologias anteriores, produzindo maior crescimento econômico. Assim, o mercado necessita de um motor de oferta com empreendedores fortes e capazes para desenvolvê-lo.

Dessa forma, para que haja o desenvolvimento de ofertas, a tecnologia deve ser utilizada. Na outra ponta, está o consumidor, que nas palavras de Salomão Filho (2015, p. 25) “parece um ente cada vez mais passivo e descartável”. Visto que cada vez mais novas tendências de consumo são criadas e que nem sempre correspondem à preferência do consumidor. Essa é uma crítica bastante relevante a ser mencionada, porque é visível que no ritmo desenfreado de busca pela atenção do consumidor, as empresas acabam criando falsas necessidades e estimulando o consumo.

O resultado final é a estruturação da sociedade em torno de dois grupos bem distintos: os consumistas e os excluídos (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 25).

As empresas precisam inovar para manter a atratividade de seus produtos e a satisfação de seus clientes. Atualmente, o processo de destruição criativa de que tratava Schumpeter é muito mais evidente, tendo em vista a menor escala de transitória para a superação dos padrões tecnológicos.

1.4. A empresa do século XXI

Diante de tantas revoluções, é possível concluir que o capitalismo se desenvolve a partir do desenvolvimento da atividade empresarial que sempre obteve lugar de destaque no cenário econômico com seus avanços tecnológicos.

Calixto Salomão (2015, p.13) afirma em sua obra que a “história do capitalismo corresponde em grande medida à história da evolução das estruturas de poder econômico”.

Portanto, se o passado pode ser definido a partir do poder econômico da atividade empresarial do detentor do capital para a dominação e prevalência de

seus interesses, até mesmo em face do Estado, o presente descortina-se com o claro reconhecimento de que o poder econômico é detido pela organização empresarial. Essa organização domina a tecnologia em seu mercado, a ponto de a propriedade intelectual e sua regulamentação se apresentarem como o grande desafio da atualidade em matéria de relações entre empresas (DEZEM; BENACCHIO, 2019, p.03. No prelo)

Certamente, o Estado depende da atividade empresarial para a geração de emprego, renda, arrecadação de impostos e busca do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Nesse sentido, para Jeferson de Oliveira e Marcelo Benachio (2017, p. 79), “não é incomum que o governo fomente a economia local através de subsídios e isenções voltadas a atrair a atenção de empresas transnacionais, buscando assim, evoluir o comércio na região”.

Comparato afirma que a tecnologia é o fator mais importante, até mesmo que o acúmulo de capital — que deveria ser levado a uma revalorização do sistema jurídico da propriedade industrial. As empresas, na posse e detenção de tecnologias protegidas pelas patentes, conduzem a situação de abuso de posição dominante nos mercados.

Diante da detenção de tecnologias protegidas por patentes, o mercado foi se tornando cada vez mais concentrado através dos detentores do domínio econômico que acumulam mais informações e pesquisas.

Paula Forgioni explica:

A vantagem competitiva, derivada do domínio da tecnologia a que as outras empresas, por qualquer razão, não tem acesso, é capaz de colocar o agente econômico em posição de independência e indiferença em relação aos demais. (Forgioni, 2015, p.283)

Toda empresa industrial de porte mantém um departamento de pesquisa e desenvolvimento, e nele investe somas consideráveis. Somente a IBM despende, por ano, bilhões de dólares em pesquisa e desenvolvimento. O privilégio deixou, por conseguinte, de ser um prêmio ao inventor isolado para se transformar em garantia da amortização dos investimentos empresariais no setor de pesquisa e desenvolvimento. Garantia justificável à luz da lógica empresarial,

mas que acaba redundando, forçosamente, na consolidação do poder econômico dentro e fora dos espaços nacionais (COMPARATO, 1985, p. 06).

Nessa mesma linha, as grandes empresas investem substanciais recursos para o custeio da pesquisa e desenvolvimento de um projeto, e uma vez criado o produto, o custo de reprodução é baixo. Justamente por conta dessa estrutura de custos, surge a necessidade de proteção legal da propriedade intelectual, visto que os plágios e a reprodução ilegal causariam a falta de incentivos para se investir na criação de um novo produto.

Com isso, a evolução dessas informações tecnológicas pelas grandes empresas convergiu no que conhecemos na última década como “dados” ou *big data*, que é sobre o crescente avanço tecnológico em produtos e serviços com maior interação do consumidor.

Certamente, o futuro demonstra que a tecnologia desenvolvida para a coleta e uso de dados pessoais dos usuários de internet se tornará essencial para o grande comércio mundial. Portanto, a empresa que não utilizar dessas novas tecnologias de dados, provavelmente será excluída do mercado, por se tornar obsoleta.

Nesse sentido, Schwab (2016, p.14) afirma que “todas as inovações e tecnologias têm uma característica em comum: elas aproveitam a capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação”.

É possível criar uma unidade de riqueza com menos trabalhadores em comparação aos valores de dez ou quinze anos atrás, porque os custos marginais das empresas digitais tendem a zero. Além disso, na era digital, novas empresas oferecem “bens de informação” com custos praticamente nulos de armazenamento, transporte e replicação (SCHWAB, 2016, p.12).

Quão grandes foram as mudanças nas estruturas de economia e de mercado desde o último século, que segundo Comparato (2014, p. 615) “os economistas contemporâneos estão em vias de liquidar a noção clássica de mercado, sobre a qual se fundou toda a análise econômica não marxista desde Adam Smith”.

A concepção tradicional remonta a ideia de um mercado organizado em função do consumidor, equilibrado entre oferta e demanda, dentro de um regime concorrencial no qual o monopólio é considerado exceção.

Atualmente, nas palavras de Comparato:

Reconhece-se que o mercado de bens, de serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. Comparato (2014, p. 616)

Portanto, a influência do poder econômico no desenvolvimento da tecnologia, ao ponto que conhecemos atualmente, é indissociável, como também a acumulação de poder tecnológico nas mãos de poucos jogadores.

Na atualidade, milhões de dados pessoais transitam nas redes da internet todos os dias, advindo dessas informações capturadas novas fontes de investimentos e novos modelos de negócios, criados a partir da concentração exacerbada dos dados em um pequeno número de jogadores.

Os dados são capazes de criar valores, tornando-se valiosos quando usados para melhorar os processos sociais e econômicos, produtos, métodos organizacionais e mercados.

As mudanças dinâmicas no mercado, a necessidade de inovação e o desenvolvimento da tecnologia estão mudando o foco das empresas para a transformação digital e a necessidade de plataformas digitais.

A tecnologia revoluciona a estratégia de mercado das empresas modernas, alavancando a plataforma digital para englobar essa mudança na interação com o cliente. Nesse sentido, as empresas acabam criando suas próprias plataformas e integrando ao seu modelo de negócios.

Para este trabalho, cumpre explicar que

A plataforma digital é qualquer ferramenta eletrônica de comunicação que inclui software ou hardware, permitindo a interação e conexão de seus usuários, estabelecido na tecnologia de nuvem, pelo qual o cliente pagará pelos produtos ou serviços nele inseridos de acordo com a sua interação. (...) A plataforma digital é o software e a tecnologia usados para combinar e otimizar operações de negócios e sistemas de TI. (...) A plataforma digital também pode oferecer serviços colaborativos entre provedores de serviços. (IGI Global, 2019)

A consequência do efeito plataforma é uma concentração de poucas plataformas poderosas que dominam seus mercados (SCHWAB, 2016, p.13).

Nas palavras da especialista em tecnologia Renata Ávila Pinto (2018, p.16) “nunca um setor pequeno teve tanto poder sobre o mundo inteiro, para monitorar o presente e prever comportamentos futuros não apenas de indivíduos, mas de populações inteiras”.

A revolução tecnológica vivida nos últimos anos foi intensa e radical. As empresas que pretendem se destacar precisam de uma inovação tecnológica dentro dos mercados que estão inseridas, aproveitando as oportunidades para geração de valor de seus negócios.

1.5. Uma nova fonte de investimento do capital

Certamente, os efeitos de rede causaram uma grande concorrência entre plataformas. Efeito de rede é o nome dado ao fenômeno pelo qual o valor de uma rede (uma plataforma) aumenta com a sua utilização por mais pessoas.

Por essa razão, as empresas inseridas na tecnologia buscam criar plataformas cada vez mais atraentes, oferecendo serviços variados. Quanto mais tempo o usuário navega nessa plataforma, mais informações consegue obter acerca de suas preferências e, conseqüentemente, poderá oferecer mais produtos especialmente por publicidades.

O fluxo de dados gerados é um elemento chave para a melhoria do aprendizado de máquina, bem como a prestação de novos serviços com base na análise dos fluxos de dados. Outra significativa alteração se deu na natureza do investimento em capital tangível, que é o advento de plataformas que conectam os proprietários de capital, como carros, imóveis ou computação para os usuários. Isso facilita a utilização mais produtiva do capital, bem como a prestação de novos serviços (OECD, 2019, p.17).

Segundo a OECD (2019, p.17) desde meados da década de 2000, uma parte crescente do investimento empresarial consiste em intangíveis e capital baseado no conhecimento (KBC) em vez do tradicional capital tangível. Como

foi demonstrado primeiramente por Corrado, Hulten e Sichel, os investimentos em ativos intangíveis têm crescido rapidamente e de modo a se igualar ou ultrapassar o capital tradicional em uma série de economias desenvolvidas.

As novas tecnologias estão transformando a forma como as organizações percebem e gerenciam seus ativos, pois produtos e serviços recebem a melhoria de recursos digitais que aumentam seu valor (SCHWAB, 2016, p.29).

Em muitos casos, os fornecedores de equipamentos vendem serviços decorrentes de seus ativos, além dos bens de capital. Por exemplo, empresas como a Rolls Royce e a John Deere utilizam os sensores embutidos em seus bens tangíveis, como motores a jato e tratores, para enviar dados sobre o desempenho dos equipamentos e as condições de seu funcionamento. Assim, permitem que essa prestação de serviços auxiliares para os seus clientes, em alguns casos, transforme uma simples venda em um contrato de um pacote maior de serviços (OECD, 2019, p.18).

De agora em diante, as empresas precisam pensar de maneira inovadora para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e proporcionar a melhor experiência ao cliente. Tal processo de inovação exige elevado investimento em pesquisas de desenvolvimento que são capazes de gerar um modelo totalmente novo de negócio, integrando a realidade física e digital.

Algumas empresas disruptivas parecem exigir pouco capital para prosperar. Empresas como o Instagram ou o WhatsApp, por exemplo, não exigem muito financiamento para iniciar, mudando o papel do capital e a escala dos negócios no contexto da quarta revolução industrial (SCHWAB, 2016, p.12).

São tantos os novos modelos de negócios digitais que a ascensão de compartilhamento de plataformas pode ampliar o uso do capital e aumentar a sua eficiência, reduzindo, assim, a necessidade de novos investimentos. Por exemplo, cerca de um terço dos investimentos de capital fixo bruto compreende atualmente das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) (OECD, 2015).

De acordo com pesquisas do Fórum Econômico Mundial, todas as inovações e tecnologias se aproveitam da capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação. Sem os avanços ocorridos não

existiria o desenvolvimento que se assiste em tantos setores, como na Medicina ou na Engenharia.

Em uma escala mais ampla, as plataformas tecnológicas tornam possível aquilo que hoje chamamos de economia sob demanda (chamada por alguns de economia compartilhada). Essas plataformas, fáceis de usar em um smartphone, reúnem pessoas, ativos e dados, criando formas inteiramente novas de consumir bens e serviços. Elas derrubam barreiras para que empresas e indivíduos criem riqueza, alterando ambientes pessoais e profissionais. (SCHWAB, 2016, p.16)

A crescente interligação de serviços digitais com bens físicos tem implicações para a economia e para a política que distingue comércio de bens e serviços. Quando os fluxos de dados transfronteiriços permitem com que mercadorias e serviços sejam negociados, aumentando o comércio na internet.

A análise fornecida por sensores colocados nos bens permite seu constante monitoramento e manutenção proativa e, assim, sua utilização é maximizada. Não se trata mais de buscar falhas específicas, mas do uso de dados comparativos sobre o desempenho, com base em dados fornecidos pelos sensores e monitorados por algoritmos, que podem avisar quando uma parte do equipamento está fora de seus parâmetros normais de funcionamento (SCHWAB, 2016, p.29).

É claro que, além da manutenção, a capacidade de prever o desempenho de um bem permite o estabelecimento de novos modelos de negócios.

Embora as plataformas digitais sejam um novo meio de investimento de capital com seus modelos de negócios, um fato que ainda permanece o mesmo é o foco no cliente. Cada vez mais as empresas buscam melhores relacionamentos e experiências com os clientes.

Um bom exemplo de fidelização de cliente é o Amazon que foi de uma editora a uma plataforma de venda ao consumidor, faturando bilhões de dólares ao ano, demonstrando conhecimento das preferências dos clientes e solidificando uma ótima administração.

Outro setor que vem passando por mudanças bruscas é o financeiro. A indústria também está ciente de que o *blockchain* irá, em breve, revolucionar sua forma de funcionamento. Isso porque as possíveis aplicações financeiras dessa tecnologia poderão reduzir os custos de transações e liquidação em até US\$ 20 bilhões e transformar a maneira como a indústria funciona (SCHWAB, 2016, p.12).

Fica claro que os dados recolhidos por uma empresa podem ser usados para melhorar os seus produtos e serviços para consumidores finais ou pode ser vendida para gerar um fluxo de receitas independentes. A partir dessa perspectiva, não está claro como o valor deve ser atribuído aos dados, esses são alguns desafios de implicação política econômica que discutiremos de alguma forma neste trabalho.

Com efeito, um modelo operacional que se tornou possível com a tecnologia é a plataforma digital, embora não seja algo novo, causa espanto pela forma como se desenvolve e se integra de maneira global ao mundo físico.

1.6. Novos modelos de negócios

As estratégias das plataformas combinadas com a necessidade de maior concentração no cliente e melhoria nos produtos através de dados estão alterando o foco de muitas indústrias, da venda de produtos para o fornecimento de serviços. Um número crescente de consumidores não mais compra e possui objetos físicos, mas prefere pagar pela entrega de um serviço subjacente que será acessado através de uma plataforma digital (SCHWAB, 2016, p.30).

Para Schwab, o mundo atual está diante da quarta revolução industrial, a qual virá com uma grande variedade de novos produtos e serviços conectados à alta tecnologia, o que faz aumentar a praticidade na vida de seus usuários sem nenhum custo praticamente.

Os gigantes da tecnologia estão influenciando fortemente a maneira como campanhas eleitorais, governos e política operam. Eles também influenciam a política e as políticas para delinear padrões internacionais que

servam seus modelos de negócios, cada vez mais baseados em coleta de dados, monitoramento e identificação de padrões, corroendo, inevitavelmente, a privacidade de muitas pessoas (PINTO, 2018, p.16-17).

Através das plataformas digitais globais existe a maior interação com o usuário. Para Renata Ávila Pinto (2018, p.18) os investimentos são agressivos nessas áreas, visto que as maiores plataformas digitais “estão fornecendo infraestrutura vital para os cidadãos em troca de seus dados pessoais, que assim se tornam potenciais destinatários de publicidade”.

Tendo os dados como base, os modelos de negócios criam novas fontes de receitas a partir do acesso às informações valiosas sobre os clientes. Em um contexto mais amplo, dependem cada vez mais da inteligência das análises e softwares para desbloquear os conhecimentos. (SCHWAB, 2016, p.30)

Essa possibilidade de conexão entre o ambiente físico e digital causada pelas plataformas digitais trouxe melhorias às experiências dos usuários, como a forma de pagamento dinâmica e preços mais baixos.

Nesses mercados digitais, nenhuma empresa detém ativos. O motorista do carro é o proprietário do carro, o anfitrião é o proprietário do imóvel disponibilizado e a vantagem competitiva se dá através da agilidade entre a procura e a demanda, o que tira de jogo os modelos de negócios dos operadores históricos estabelecidos.

A quarta revolução industrial terá um impacto monumental na economia global; será tão vasto e multifacetado que fica difícil separar determinado efeito do outro. De fato, todas as grandes macrovariáveis imagináveis — PIB, investimento, consumo, emprego, comércio, inflação e assim por diante — serão afetadas (SCHWAB, 2016, p.19).

Muitas empresas podem ser citadas como exemplo de fidelização dos consumidores combinada com a utilização dos dados pessoais destes em seu favor, levando a empresa a criar diferentes tipos de negócios, como a Uber, Amazon ou Google.

Em quase todas as indústrias, as tecnologias digitais criaram novas formas disruptivas de combinar produtos e serviços — e, nesse processo, dissolveram as fronteiras tradicionais entre as indústrias (SCHWAB, 2016, p.31).

Segundo Schwab (2016, p.31) “nem todas as indústrias estão no mesmo ponto de ruptura, mas todas estão sendo levadas a uma curva de transformações pelas forças da quarta revolução industrial”. Hoje, existe a premente necessidade de aprimoramento dos mercados às novas tecnologias digitais, para que mantenham algum tipo de vantagem sob pena de serem lançadas para fora do mercado competitivo.

Novos mercados também deduzem novas competências de trabalho humano. Conforme os dados se tornam essenciais, o trabalho humano também precisa de novas habilidades a serem desenvolvidas, sendo necessária a adaptação pelas empresas na busca de novos talentos, no ritmo veloz do desenvolvimento das tecnologias.

Além disso, é notório que há um grande número de empreendedores e startups em que as grandes empresas de tecnologia têm realizado altos investimentos de acordo com o nível de inovação apresentado.

CAPÍTULO 2 - PODER ECONÔMICO E O ACESSO AOS DADOS

2.1. A concentração do capital a partir do século XX

Como demonstrado no capítulo anterior, Comparato explica que a Revolução Científica e Tecnológica teve seu início no fim da Idade Média, com invenções estimuladas através da concessão do direito de propriedade por cartas patentes. Na Inglaterra, no século XVI, eram pagos *royalties* aos inventores, com a divulgação das descobertas à sociedade, no intuito de estimular a invenção privada.

Para Comparato, esse sistema de propriedade industrial engendra concentração de poder econômico com nula ou quase nula difusão de

tecnologia, porque os avanços e descobertas são mantidos em sigilo nos dias atuais. Todavia, como esses investimentos obedecem à lógica da lucratividade e não só serviço coletivo, eles se fazem, cada vez mais, por iniciativa e interesse exclusivo das empresas, com vistas a eliminação da concorrência (2014a, p.96).

Interessante como esse ponto ganha bastante amplitude atualmente, pois milhares de patentes de tecnologia estão registrados por todo o mundo e se tornaram uma estratégia para proteger as empresas de seus concorrentes. Em 2012, foi publicada uma matéria alegando que as empresas Google e Apple gastaram, em dois anos, mais de 20 bilhões de dólares em processos envolvendo patentes relacionadas a smartphones. Nesse mesmo período, gastaram mais com advogados do que com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos³.

Tal realidade se enquadra perfeitamente na definição de Schwab (2016, p.21) quando explica que:

As regras de competitividade econômica da quarta revolução industrial são diferentes das regras dos períodos anteriores. Para se manterem competitivas, as empresas e os países devem estar na fronteira da inovação em todas as suas formas, o que significa que as estratégias que incidem principalmente na redução de custos serão menos eficazes do que aquelas que se baseiam na oferta de produtos e serviços de maneira mais inovadora. (Schwab, 2016, p.21)

Ainda é importante ressaltar a ideia de Adam Smith, na obra clássica *A Riqueza das Nações* (Livro II, Capítulo III). Ele defende que o valor das mercadorias criadas na atividade empresarial é todo produzido pelo trabalho e que o trabalhador nada custa ao seu patrão. No processo de acumulação de capital, o trabalhador recebe antes e o empresário recebe de volta acrescido do lucro com a venda da mercadoria produzida.

Em virtude do poder de domínio sobre as propriedades e as pessoas gerado pelo capitalismo, a desigualdade social se mostrou bastante aparente e

³ De 2002 a 2012 a Apple conseguiu 4.100 patentes, contra 2.700 do Google e 21.000 da Microsoft, enquanto 3.260 ações judiciais foram movidas apenas nos EUA entre empresas de tecnologia. BRUNELI, João Moreno. **Google e Apple gastam mais com guerra de patentes do que com pesquisa**. 2012. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/115920/google-apple-guerra-patentes/>> Acesso em 10.out.2019.

ficou claro que o desenvolvimento desenfreado e o direito absoluto de adquirir propriedades precisavam de limites.

O empresariado capitalista aproveitou-se ao máximo de todas as invenções técnicas, sobretudo por meio da exploração de patentes industriais. (COMPARATO, 2014a, p.43)

A evolução econômica do século XIX trouxe um veloz avanço tecnológico que ocasionou uma grande concentração de capital em determinados mercados.

Os danos causados pelas empresas — aos trabalhadores, aos consumidores, ao bem comum da coletividade — estavam a exigir uma reação do Poder Público (COMPARATO, 2014a, p.100).

A concentração do poder econômico, dentro e fora da empresa, é um óbice extremamente relevante para o estabelecimento de agendas progressistas e transformadoras na sociedade, representando, de fato, instrumento de manutenção das estruturas reinantes e de suas vigas de sustentação. Experiências históricas relevantes demonstram essa relação (COMPARATO, 2014, p. 46).

Assim, durante o século XIX e início do XX, as Constituições em alguns países, como México em 1917 e Alemanha em 1919, trabalharam concepções ligadas à função social da propriedade.

A partir do século XX, são criadas ferramentas para a concentração do capital, formadas pelos cartéis e conglomerados. Resumidamente, um cartel é o acordo entre várias empresas, objetivando restringir a concorrência entre elas, pelo estabelecimento de uma política econômica comum no mercado. Já o conglomerado é uma forma de união societária de várias empresas que atuam em diferentes setores do mercado sob um poder de controle único (Comparato, 2014a, p. 236).

Em vários países, como os Estados Unidos e o Brasil, foram criados esses cartéis e conglomerados com o intuito de compensar os riscos de mercado e buscar financiamento empresarial dentro do próprio grupo.

Segundo Salomão Filho (in: COMPARATO, 2014, p. 46):

No Brasil, as concentrações receberam um poderoso estímulo. As razões político econômicas para isso são claras e se encontram na política de desenvolvimento implantada no Brasil a partir dos anos 60, cuja tradução jurídica ocorre principalmente nos anos 1970. Trata-se de uma política claramente orientada no sentido do fortalecimento da grande empresa nacional.

O II Plano Nacional de Desenvolvimento lançado na época faz menção explícita à formação de conglomerados para o fortalecimento da indústria nacional.

No Brasil, é extrema a concentração acionária. De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, emitidos pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2003, mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas pesquisadas estão em mãos de um único acionista, sendo que 65% das ações estão detidas pelos três maiores acionistas. Como indicado no estudo, esses números subestimam a real concentração acionária existente no Brasil, pelo fato de que as empresas da amostra tendem a ser menos concentradas que as empresas menores e muitas vezes os três maiores acionistas pertencem ao mesmo grupo econômico⁴. (COMPARATO, 2014, p. 101)

Para Comparato, o poder econômico é a regra e não a exceção. É esse poder que possui a única finalidade de auferir lucros entre os empresários, deixando em segundo plano que o poder econômico é uma função social de serviço à coletividade.

⁴ Pesquisa semelhante feita em outubro de 2001 por Mckinsey & Company e Korn/Ferry International entre 174 empresas brasileiras (públicas ou privadas, receita mínima de US\$ 250 milhões e conselho de administração) indicou que 61% das ações ordinárias pertence, em média, a um único acionista. Se forem considerados os três maiores acionistas, esse número alcança o percentual de 85% das ações ordinárias. A pesquisa realizada concluiu que além da alta concentração do controle acionário, a estrutura de propriedade do controle nas empresas brasileiras: i) é caracterizada pelo controle familiar, compartilhado ou exercido por multinacionais; ii) os acionistas minoritários são pouco ativos e os seus interesses não são completamente reconhecidos; e iii) há alta sobreposição entre propriedade acionária e gestão executiva. Além disso, os conselhos de administração das empresas são compostos por conselheiros internos, representantes dos acionistas majoritários, e têm estruturas informais, com processos não definidos, e há pouca clareza na divisão dos papéis de conselho e executivo nas empresas familiares. Ressalta-se ainda que, apesar das empresas considerarem satisfatórios os níveis de transparência e comunicação com investidores do mercado financeiro e minoritários, tais níveis, segundo estes últimos, são ainda insuficientes. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p.119).

Nesse sentido, aplica-se perfeitamente o artigo 170, III, da Constituição Federal, que defende a ordem econômica de acordo com o princípio da função social da propriedade, dentre outros, como será exposto adiante, no tópico da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Quão grandes foram as mudanças nas estruturas de economia e de mercados desde o último século, que segundo Comparato (2014, p. 615) “os economistas contemporâneos estão em vias de liquidar a noção clássica de mercado, sobre a qual se fundou toda a análise econômica não marxista desde Adam Smith”.

Visto que na concepção tradicional remonta a ideia de um mercado organizado em função do consumidor, equilibrado entre oferta e demanda, dentro de um regime concorrencial que o monopólio é considerado exceção.

Hoje, nas palavras de Comparato:

Reconhece-se que o mercado de bens, de serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. (Comparato, 2014, p. 616)

Dessa forma, o sistema de dominação das grandes organizações sobre as menores é de latente dependência daquela, visto seu grande poder de concentração de matéria-prima, tecnologias e recursos financeiros, o que naturalmente tende ao monopólio ou oligopólio.

2.2. O poder de mercado das plataformas digitais

As plataformas digitais introduziram novos modelos de negócio com sua tecnologia inovadora, modificando a forma da tradicional prestação de serviços e apresentando uma nova maneira de consumir e interagir. A variedade de produtos e serviços foi capaz de alterar os aspectos do mercado de consumo, as relações de trabalho e interação social e o estilo de vida.

Na última década, centenas de novas empresas digitais mudaram a maneira com que a sociedade consome e compartilha bens, serviços e

informações. Essa ascensão das plataformas digitais é motivo de celebração e crítica, visto que seu domínio de mercado e capacidade técnica levantam questões sobre as novas formas de práticas anticoncorrenciais e impactos negativos sobre o bem-estar dos funcionários e dos consumidores.

As grandes empresas de tecnologia têm um aspecto voltado para o consumidor em seus negócios. Os rastros deixados por seus consumidores, no momento em que utilizam as plataformas, são usados para aumentar os lucros.

As relações empresariais, no mercado mundial, são relações de poder, com fins egoístas; e o poder econômico é hoje, sempre mais função da acumulação tecnológica. Ora, na lógica do poder, ninguém se despoja de sua supremacia voluntariamente. (SALOMÃO FILHO, 1985, p.14)

Dessa forma, as gigantes tecnológicas estão na classificação das marcas mais valiosas do mundo, ocupando 20% da lista. De acordo a lista anual da Forbes (2019) divulgada em maio, a Apple lidera a lista pela nona vez consecutiva, avaliada em US\$ 205,5 bilhões; seguida da Google, em US\$ 167,7 bilhões; Microsoft, em US\$ 125,3 bilhões; Amazon, em US\$ 97 bilhões e Facebook, em US\$ 88,9 bilhões.

Analisando o lucro líquido das cinco maiores empresas de tecnologia do mundo, Jeffrey Desjardins (2019) apresentou os relatórios referentes ao ano de 2018, sendo possível extrair as seguintes informações:

Company	Revenue (2018)	Net Income (2018)	Margin
Apple	\$265.6 billion	\$59.5 billion	22.4%
Amazon	\$232.9 billion	\$10.1 billion	4.3%
Alphabet	\$136.8 billion	\$30.7 billion	22.4%
Microsoft	\$110.4 billion	\$16.6 billion	15.0%
Facebook	\$55.8 billion	\$22.1 billion	39.6%
Combined	\$801.5 billion	\$139.0 billion	17.3%

Fonte: Visual Capitalist. *How Tech Giants Make Their Billions*. Publicado em 29.mar.2019

A soma das receitas ultrapassa os US\$ 800 bilhões em 2018, com lucro de US\$ 139 bilhões para seus acionistas, representando uma margem de lucro de 17,3%.

Considerando que cada uma dessas empresas atuam em um mercado diferente, com base nos relatórios, Desjardins apurou em suma que: a Apple gera 62,8% da sua receita com a venda de Iphone; a Amazon constitui mais da metade de sua receita, 52,8%, com a venda de produtos em sua plataforma online; a Microsoft possui uma receita bastante diversificada, sendo que a maior delas advém dos produtos de escritório e serviços em nuvem com 25,7%; a Alphabet, a controladora do Google, gera receita partir de anúncios, que corresponde a 85% do faturamento da empresa; e por fim, o Facebook, que possui fonte de renda semelhante ao Alphabet, a publicidade, alcançando o total de 98,5% de receita gerada a partir de anúncios.

Todas elas têm uma coisa em comum: semeiam a confiança, pois emparelham oferta e demanda de uma forma bastante acessível (baixo custo), oferecem diversas mercadorias aos consumidores e permitem que ambas as partes interajam e ofereçam retorno (SCHWAB, 2016, p.16).

Em março de 2015, Tom Goodwin, estrategista de mídia, escreveu em um artigo para o TechCrunch declarando:

O Uber, a maior empresa de táxis do mundo, não possui sequer um veículo. O Facebook, o proprietário de mídia mais popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. Alibaba, o varejista mais valioso, não possui estoques. E o Airbnb, o maior provedor de hospedagem do mundo, não possui sequer um imóvel. (SCHWAB, 2016, p.16)

Milhões de dólares circulam por essas plataformas digitais que quase não possuem custos com armazenamento, transações, produção ou logística. O processo de inovação social é complexo, porém as mudanças tecnológicas estão a moldar um futuro hiperconectado e digital.

Um oportuno exemplo de poder de mercado frente ao consumidor pode ser mensurado através do Alibaba, uma plataforma de compras on-line. No dia 11 de novembro de 2015, chamado de *Single Day* (Dia do Solteiro), o serviço de comércio eletrônico lidou com mais de US\$ 14 bilhões em transações on-line. Em 2018, alcançou mais de US\$ 25,3 bilhões e US\$ 38 bilhões em vendas em um único dia de 2019.

Esse controle concentrado de dados de usuário oferece às empresas uma vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes, mas não só isso.

Em decorrência da concentração de detalhes sobre as preferências dos consumidores, inclina-se também contra os mercados que não possuem os mesmos dados.

Isso ocorre porque muitos desses algoritmos aprendem a partir das “migalhas” de dados que são deixados no mundo digital, resultando em novos tipos de “aprendizagem automática” e detecção automatizada. Tudo isso possibilita robôs “inteligentes” e computadores que se auto programam, encontrando as melhores soluções a partir de princípios iniciais (SCHWAB, 2016, p.12).

Nota-se também que o poder de mercado é, ironicamente, gerado pelos próprios consumidores que são prejudicados por ele. Justamente por não trocar de aplicativos que desempenhem a mesma função escolhida ou fazer pesquisas em outro buscador e experimentar a concorrência. Essa é a chamada economia comportamental, que possui grande influência na política econômica, buscando melhorar os fluxos de informação e algumas barreiras físicas, mas que se depara com os fatores humanos influenciando sobre os resultados de mercado.

Alguns estão comercializando produtos para você, enquanto outros estão comercializando você como o produto, afirma Nathan Newman (2014).

2.3. A coleta de dados pessoais pelas empresas provedoras de Internet

O ideal da economia neoclássica, em que os compradores e os vendedores estão plenamente informados sobre todas as opções e preços em um mercado equilibrado e a concorrência protege os consumidores das ações predatórias dos vendedores, parece ser uma teoria difícil de ser alcançada em seus pressupostos quando se fala nos novos mercados on-line.

Nos novos mercados on-line, principalmente os que envolvem informações em sua base, como mídia social, pesquisa on-line ou toda a variedade de serviços on-line já existentes, é notório que os custos de produção são mínimos e suas vantagens competitivas causam certo desequilíbrio nos

preços. Esse novo padrão de mercado e produtos tem causado inúmeras preocupações concorrenciais.

Nos últimos anos, a demanda dos consumidores em massa pelos serviços on-line foi o que causou a grande ascensão do *big data*, considerado o novo “petróleo” na economia da informação. Poucos jogadores se concentram com muito poder de processamento de dados e fornecimento de informações de usuários para dominar um determinado setor.

Certamente, o controle de dados de usuário pode consolidar poder monopolista e uma economia cada vez mais moldada pelo armazenamento de dados pessoais, que quando corretamente analisados, tornam-se uma ferramenta poderosa para traçar perfis de usuários e possíveis novos mercados.

Robert Bork (2012) atuou como juiz do tribunal americano e foi influente estudioso no assunto antitruste. Ele defendeu fielmente a tese de que a Google não atua no monopólio de motores de busca, alegando que “não há argumento coerente para a monopolização, porque um mecanismo de pesquisa, como o Google, é gratuito para os consumidores e eles podem mudar para um mecanismo de pesquisa alternativo com um clique”.

Para Bork, os mecanismos de busca na Internet, como Google, Bing ou Yahoo, fornecem uma riqueza extraordinária de informações gratuitas aos consumidores, utilizando-se dos algoritmos baseados nas pesquisas anteriores para tornar mais eficazes as buscas futuras. No entanto, classifica o Google como o mecanismo mais eficaz de pesquisas, pois baseia seu desenvolvimento na utilização dos algoritmos de forma exemplar, a partir de seus interesses específicos, características demográficas, localização e conjunto de outras informações. Assim, os consumidores são direcionados aos anunciantes de acordo com seus desejos.

Além disso, alega que existe concorrência especializada para a busca de produtos ou serviços específicos, como a Amazon, a Expedia, o Kayak e centenas de outros. Argumenta também que não faz sentido econômico um mecanismo que influencie resultados a seu favor, porque “um mecanismo de pesquisa que promove seus próprios produtos inferiores aos produtos preferidos pelas pessoas perderá imediatamente sua base de consumidores”.

No entanto, é certo que os usuários da ferramenta de pesquisa do Google e seus produtos não são os seus clientes, os clientes reais do Google são seus anunciantes. A plataforma tornou-se um intermediário entre usuários e anunciantes. Nas palavras do economista David Evans (2014, p.07) “há dois conjuntos de clientes que, de fato, necessitam uns dos outros, usuários do Google não precisam de publicidade, mas os anunciantes precisam de usuários”.

Evans ressalta que “essencialmente, o Google faz sua receita somente do lado do anunciante de suas operações. Mas existe o fato de que o "mercado" do lado do usuário é baseado na entrega de sua privacidade pessoal em troca de acesso aos serviços online do Google” referindo-se a este como um "mercado de dois lados” como destrincha em artigo:

Na realidade, produtos como o Gmail ou Google ou Google Plus são mais do que sistemas de conteúdo para emitir publicidade, são ferramentas para extrair cada vez mais informações precisas sobre os usuários para permitir que os anunciantes mais eficazmente seu alvo anúncios para os usuários (David Evans, 2014, p.09).

Todavia, não é nenhuma novidade que a publicidade na internet é a que mais cresce se comparada com qualquer outro tipo, distinguindo-se dos demais meios de comunicação.

Uma forma rentável de se ganhar dinheiro é com o uso dos anúncios on-line. É o chamado custo que o anunciante paga, pelo seu anúncio, quando o usuário clica através das palavras chave inseridas por ele.

Nesse mercado, o Google, o Facebook e o Amazon ganham destaque. Segundo as pesquisas mais recentes, arrecadam 68,1% de todos os investimentos em anúncios on-line que foram superiores a 88 bilhões de dólares em 2017⁵ e 73 bilhões de dólares em 2018⁶.

⁵ **Google, Facebook dominate digital advertising; check how much of the \$88-billion market they control.** Financial Express. 13.ago.2018. Disponível em:<<https://www.financialexpress.com/industry/google-facebooks-dominate-digital-advertising-check-how-much-of-the-88-billion-market-they-control/1278874/>> Acesso em 18.ago.2019.

⁶ **Almost 70% of digital ad spending going to Google, Facebook, Amazon, says analyst firm.** Marketing Land. STERLING, Greg, 2019. Disponível em:<<https://marketingland.com/almost-70-of-digital-ad-spending-going-to-google-facebook-amazon-says-analyst-firm-262565>> Acesso em 18.ago.2019.

Natalia Klishina (2011), especialista em conteúdo digital, afirma que o site de pesquisa Bing possui o custo por clique de $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{5}$ a menos que o Google, embora Bing tenha quase metade dos usuários nos Estados Unidos. Esse site gera menos 20% das receitas do setor e isso significa que, mesmo se um anunciante pagar por um termo de busca no Google e Bing, Bing acabaria gerando apenas $\frac{1}{4}$ da receita que o Google recebeu da mesma campanha do anunciante, utilizando as mesmas palavras-chave.

No raciocínio de Oren Bracha e Frank Pasquale⁷ (2008), o Bing com receita menor precisa cobrir os mesmos custos fixos que o Google para a manutenção de uma plataforma de busca competitiva, o que já ilustra quão grande é a barreira à entrada de concorrentes existentes que por si só enfraquece as forças de mercado e torna o monopólio difícil de diminuir.

Para que o Google mantenha sua plataforma de busca on-line, deve possuir grandes investimentos fixos com servidores, redes de dados e escritórios. Segundo pesquisa Data Center Knowledge (2017), o Google é o mecanismo de pesquisa mais usado no mundo, com uma participação de mercado global que se mantém estável em cerca de 90% desde que o *Google Search* foi lançado em 1997. Globalmente, possui 1,5 bilhão de usuários de mecanismos de pesquisa e mais de 1 bilhão de usuários do Gmail.

A pesquisa ainda aponta que os data centers do Google processam uma média de 40 milhões de pesquisas por segundo, resultando em 3,5 bilhões de pesquisas por dia e 1,2 trilhão de pesquisas por ano. Em 2017, os executivos da empresa revelaram que se gastou quase US\$ 30 bilhões em data centers nos três anos anteriores. Estima-se que, em 2016, o Google tivesse aproximadamente 2,5 milhões de servidores espalhados em data centers pelo mundo.

⁷ Bracha e Pasquale também têm enfatizado esses custos fixos como uma barreira à entrada. "Não é claro se os motores de busca estão sob a estrita definição de um monopólio natural, mas eles apresentam características muito semelhantes. Os motores de pesquisa têm custos fixos muito elevados e um número relativamente baixo custo marginal." BRACHA, Oren; PASQUALE, Frank. ***Federal Search Commission - Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search***. Cornell Law Review. Ed.1149, vol.93. 2008. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol93/iss6/11>>. Acesso em 14.ago.2019.

Essas estimativas demonstram que qualquer concorrente teria que investir um percentual significativo dos recursos para ser competitiva. Assim, não é uma estratégia economicamente viável para um concorrente entrar nesse mercado, já que não conseguirá atingir a taxa de custo por clique do Google (maior fator de arrecadação de receita da plataforma).

Com isso, a alta taxa de custo por clique somado aos custos fixos elevados criam a principal barreira à entrada para possíveis concorrentes, fortalecendo seu império no mercado digital de pesquisas on-line.

Nathan Newman (2013) ressalta que:

O Google coleta dados de todos os que usam seu mecanismo de pesquisa. Ele também coleta dados sobre o que eles estão interessados em escrever em suas contas do Gmail, o que assistem no YouTube, onde estão localizados usando dados do Google Maps, toda uma série de outros dados do uso dos telefones Android do Google e informações do usuário fornecidas de toda a web de serviços online do Google. O perfil integrado de usuários oferecidos aos anunciantes que desejam segmentar seus arremessos oferece ao Google uma vantagem inatacável”.

O domínio do Google e do Facebook no mercado de publicidade e pesquisas on-line também foi apontado no Relatório Final da *Australian Competition & Consumer Commission*, publicado em julho de 2019.

O referido relatório reitera a informação de que Google e Facebook operam plataformas de vários lados. Por um lado, eles oferecem serviços aos consumidores por um preço monetário zero, de modo a obter a atenção e os dados dos consumidores que eles monetizam. Por outro lado, eles vendem oportunidades de publicidade para anunciantes. A publicidade é a fonte da maior parte da receita obtida pelas duas principais plataformas digitais da Austrália (*Digital Platforms Inquiry Final Report*, p.58).

Dessa forma, a teoria de Robert Bork e Darren Tucker torna-se frágil, pois defende que qualquer empresa pode competir na mesma escala das grandes plataformas digitais. Visto que o acesso aos dados pessoais dos usuários é muito barato e disponível, é necessário um baixo investimento para a entrada nos mercados mais competitivos.

O investimento em algoritmos alimentados pelos dados e o “aprender fazendo” não são suficientes para que uma empresa possa competir com as grandes plataformas. Essa corrente ignora o fato da grande barreira para se obter um volume de dados semelhante para efetivamente entrar no mercado como um concorrente.

Uma empresa poderia comprar exatamente os mesmos servidores de computador que o Google e os cientistas mais inteligentes, mas enfrentariam a barreira da falta de uma grande rede de usuários para poder fornecer a segmentação comportamental de anúncios que os anunciantes desejam. (Newman, 2014, p.30)

A concorrência no setor de busca na Internet é vigorosa. Os mecanismos de pesquisa são disciplinados pela concorrência entre si, pelos anunciantes que procuram os meios mais eficazes de alcançar consumidores relevantes e, mais importante, pelas pessoas interessadas em bons resultados de pesquisa e não no mecanismo que os gera. A disciplina competitiva talvez seja o meio mais eficaz diante da ineficácia da lei.

Em que pese a dificuldade dos governos em regulamentar o direito antitruste digital em âmbito nacional e internacional, é fato que as grandes plataformas dominam os seus mercados específicos sem nenhum espaço para competição à altura. Com isso, os efeitos de rede acabam por reforçar o monopólio das plataformas digitais que investem milhões em tecnologia para garantir o topo do mercado. Esse é o principal problema dos efeitos de rede, pois nenhum competidor conseguirá arcar com custos fixos semelhantes aos consolidados monopolistas.

Assim, o concorrente enfrentará o problema de uma menor valorização de mercado, com uma menor base de usuários e elevados custos fixos para tentar interagir com as plataformas dominantes. Há vantagens estruturais que garantem o controle de dados do usuário, controlam esses dados e aumentam continuamente o conhecimento sobre os usuários e anunciantes, obtendo o máximo de vantagem no “mercado de dois lados”.

Essa preocupação não é recente, pois, em 2011, o senado dos Estados Unidos notificou o Google para que prestasse esclarecimentos sobre seu poder

de monopólio e abusos de poder pela sua posição dominante. Além disso, esclareceu que são os anunciantes que geram lucros para a empresa e que os produtos da Google são gratuitos para que possam atrair mais consumidores, tornando a plataforma mais atraente aos anunciantes⁸.

O senador debatia que o modelo de negócios do Google é semelhante aos anunciantes de programa de TV e mencionou o discurso de Jonathan Rosenberg, vice-presidente de gerenciamento de marketing e marketing do Google à época, que explicou já em 2008:

O Google é realmente baseado nisso. Os usuários vão aonde as informações estão para que as pessoas tragam mais informações para nós. Os anunciantes vão para onde os usuários estão, por isso temos mais anunciantes. Temos mais usuários porque temos mais anunciantes porque podemos comprar distribuição em sites que entendem que nosso mecanismo de pesquisa gera receita melhor. Portanto, mais usuários, mais informações, mais informações, mais usuários, mais anunciantes, mais usuários, é uma coisa bonita, ensaboar, enxaguar, repetir, é isso que eu faço para viver. Então esse é o motor que não pode ser parado.

A ideia de que as grandes plataformas digitais se destacaram apenas porque são mais eficientes através do desenvolvimento de tecnologia e inovação não condiz com a prática agressiva de expansão para novos mercados (como Analytics, E-mail, Maps), nem com as inúmeras violações de privacidade do usuário para a coleta de maior volume de dados de usuário para reafirmar seu monopólio como plataforma de pesquisa e publicidade.

Com isso, as plataformas ganham mais espaço em mercados conexos através de sistemas operacionais, e-mail e expansão dos bancos de dados

⁸ Nas perguntas, o senador Blumenthal observou: “Por 100 anos, a lei antitruste federal e a lei da concorrência existem para proteger os consumidores dos possíveis efeitos negativos do poder de mercado altamente concentrado. Quanto maior a empresa, maior o risco de ela abusar de sua posição de monopólio para reprimir a inovação e aumentar os preços”. E que: “O Google é claramente o fornecedor dominante de serviços de pesquisa na web em todo o mundo. Nos Estados Unidos, 65% ou mais de todas as pesquisas gerais na Internet são realizadas no Google. Na Europa, o Google possui 94% desse mercado. A explosão de smartphones forneceu um novo mercado de buscas - e, nesse espaço, o Google processa 97% de todas as buscas”. BLUMENTHAL, Richard. ***Blumenthal Continues to Press Google on Market Power and Competition Policy***. Senate of United States. Disponível em: <https://www.blumenthal.senate.gov/newsroom/press/release/blumenthal-continues-to-press-google-on-market-power-and-competition-policy->. Acesso em 10.set.2019.

nesses mercados, como é o caso das grandes plataformas já citadas neste trabalho.

É possível concluir, então, que o mercado por si só não é suficientemente capaz de resolver o problema da esmagadora dominância das grandes plataformas digitais. Visto que as sucessivas violações à privacidade do consumidor para a recolha de dados faz parte da sua estratégia de poder, bem como as frequentes aquisições e fusões empresariais (que trazem mais informações acerca dos usuários), ainda não existe um sistema eficiente que controle esse tipo de concentração de poder sobre os dados do usuário.

O grande desafio é neutralizar os efeitos de rede relacionados à velocidade do jogador dominante que assume o controle de um setor antes da regulamentação anterior no mercado. Para tanto, a regulamentação dos mercados digitais é necessária, sem que se considerem as críticas dos teóricos da Escola de Chicago (defensores de um mercado liberal com o propósito estimular a inovação). É explícito que a inovação existe de forma muito mais latente em mercados dominantes de modo a consolidar esse monopólio.

O ideal do mercado da tecnologia seria manter-se em um ambiente aberto para a inovação. Todavia, o cenário consolidado é de concentração, no qual parece ser impossível deslocar o monopolista do topo do poder, acarretando desafios práticos pelos tribunais em diversos países que não conseguem regular de forma eficiente a concentração digital dos chamados operadores históricos.

Outro fato que ocorre, segundo os pesquisadores Michael Mandel e Diana G. Carew (2011), é que as pequenas empresas iniciantes estão cada vez mais olhando para aquisição por empresas dominantes existentes como a forma preferida de "*cash out*" em vez de permanecerem isoladas da concorrência no mercado. Eles argumentam que a redução da rentabilidade das pequenas empresas é atribuída ao jogador dominar os concorrentes inferiores, o que significa que os novos concorrentes fazem melhor em vender a tecnologia

desenvolvida para uma empresa do que tentar sobreviver como uma empresa independente⁹.

James Moore (2005), um ex-membro sênior da Harvard Law School, advertiu sobre ecossistemas de inovação:

Casos antitruste que não reconhecem esse nível organização correm o risco de ignorar e possivelmente prejudicar importantes colaborações, e bens públicos promotores da inovação. Em outros casos, também correm o risco de serem usados por oponentes de um ecossistema de negócios específico para minar a eficácia de uma comunidade inovadora, tornando assim, os tribunais, ferramentas inconscientes de estreitos interesses competitivos e prejudicar inadvertidamente avanços os coletivos que podem beneficiar toda a sociedade. (MOORE, James, 2005, p.04).

Em vez de apenas observar o efeito causado nos consumidores, as autoridades reguladoras antitruste devem procurar nas implicações para toda a economia e em um âmbito global, buscando as consequências a longo prazo das aquisições e fusões.

Tim Wu observa que:

“Quando uma empresa dominante compra um desafiante nascente, os alarmes devem tocar. No entanto, tanto os reguladores americanos quanto os europeus se viram incapazes de encontrar algo errado com a aquisição [do Instagram pelo Facebook]” (Wu, 2018, p.122).

Michael Mandel e Diana G. Carew defendem também que as autoridades antitruste não devem desprezar as aquisições de tecnologia com

⁹ Para Michael Mandel e Diana G. Carew , as empresas de tecnologia que adquiriram outras empresas de sucesso incluem Microsoft, Google, Apple, Facebook, Oracle e Cisco. Na última década, temos visto o poder das aquisições e o resultado inovação na forma de “ecossistemas” de inovação - plataformas nas quais produtos e serviços podem ser estabelecidas. Por exemplo, a Apple construiu o ecossistema de seu iPhone e iPad com um pequeno número de aquisições, incluindo a compra de 2005 da Fingerworks. Esta por sua vez, uma pequena startup especializada em operações por gestos dispositivos, uma tecnologia que parece ter sido incorporado no iPhone e no iPad. Google criou novos ecossistemas em torno da compra Keyhole (uma aquisição de 2004 que se transformou em Google Earth), Android (uma aquisição em 2005 que se transformou em um importante sistema operacional para telefones celulares) e no YouTube (uma aquisição de 2006 que fornece uma plataforma de compartilhamento de informações no mundo todo). MANDEL, Michael; CAREW, Diana. ***Innovation by Acquisition: New Dynamics of High-Tech Competition***. Progressive Policy Institute. 2011. Disponível em: <https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2011/11/11.2011-Mandel_Carew-Innovation_by_Acquisition-New_Dynamics_of_Hightech_Competition.pdf> Acesso em 05.09.2019.

grande potencial econômico, mesmo que o benefício para os consumidores não possa ser quantificado antecipadamente.

É veemente necessária a intervenção dos reguladores em mercados de tecnologia antes que se tornem cada vez mais monopolizados. Isso deve ocorrer sem a preocupação com a regulação estatal, visto que a concentração do poder é totalmente suscetível de trazer prejuízos à inovação, pois afasta possíveis desafios de um mercado. Abrir o mercado de tecnologia concedendo aos novos a oportunidade proporcional de competição trará mais segurança quanto a privacidade dos usuários, bem como atenderá seus interesses econômicos de forma prudente.

2.4. Big Data (“Dados”)

Com a evolução das tecnologias da informação e inovação em todas as áreas da sociedade, grandes quantidades de informações têm sido geradas. Elas crescem em alta velocidade, dia após dia, favorecendo o aumento do volume total de dados digitais que existem no mundo.

A capacidade de utilizar várias fontes de dados — desde os pessoais até as industriais, das fontes sobre estilos de vida às fontes comportamentais - oferece conhecimento granular sobre a caminhada de compras do cliente; algo impensável até recentemente. Hoje, dados e métricas (índices) oferecem informações cruciais em tempo quase real sobre as necessidades e comportamentos dos clientes que dirigem as decisões de marketing e vendas. (SCHWAB, 2016, p.28)

Os dados dos usuários são a matéria-prima básica ao aprendizado das máquinas e à inteligência artificial quando combinados aos algoritmos sofisticados e ao poder computacional dos conglomerados tecnológicos concentrados (PINTO, 2018, p. 18).

Os dados coletados podem se tornar obsoletos rapidamente caso não sejam analisados em tempo real. Um estudo publicado pela revista Science Daily (2013) verificou que 90% dos dados no mundo foram criados entre 2011 e 2013 e que os dados não estruturados se tornam inúteis em 90 dias. Dada a

velocidade com que deve ser disponibilizada, após esse período, tornam-se dados históricos que servem para análise de tendências.

De acordo com a Seagate, uma das maiores empresas desenvolvedoras de tecnologia do mundo, em estudo publicado em novembro de 2018, temos 33 zettabytes (ZB) de dados armazenados com previsão para 175 zettabytes (ZB) até 2025. Segundo a empresa:

Hoje, mais de 5 bilhões de consumidores interagem com dados todos os dias. Até 2025, esse número será 6 bilhões, ou 75% da população mundial. Em 2025, cada pessoa conectada terá pelo menos uma interação com dados a cada 18 segundos. Muitas dessas interações ocorrerão graças aos bilhões de dispositivos IoT conectados em todo o mundo, que deverão criar mais de 90 ZB de dados em 2025.

Assim, uma melhor análise permite compreender que o *big data* não é apenas o volume massivo dos dados gerados. Ele deve ser estruturado, possuir quantidade, valor, variedade e deve ser confiável.

Tantas informações acumuladas suscitaram uma série de acontecimentos, como o desenvolvimento de redes sociais ou o smartphone conectado à internet que transforma cada usuário em um produtor de informações. Esses dados armazenados geram um grande valor e interesse, que revela o que está acontecendo em diferentes setores da sociedade em cada momento.

As informações armazenadas são utilizadas por empresas para alcançar melhores níveis de produtividade em diferentes áreas como: marketing pessoal, pesquisas de mercado, relacionamento com os clientes e na criação de novos modelos de negócio.

Os algoritmos são adequadamente configurados para entender o negócio: previsões, expectativas, exceções e todos os tipos de informação que devem ser gerenciados de maneira cada vez mais quantitativa, precisa e científica.

Sobre esse assunto, já não é novidade que as empresas operadoras de cartões de crédito negociam dados internacionalmente para a publicidade digital. Em 2013, Mastercard e Amex afirmaram que se tratava de um banco de dados amplo, removendo as informações pessoais e vendendo as informações

agregadas de bilhões de usuários, transformando, assim, os dados das transações em um fluxo de receita milionário. Igualmente ocorre com as grandes plataformas digitais.¹⁰

É espantoso, mas os dados são um recurso inesgotável. Quanto mais se tem, mais se recebe. Com a intensidade maior de informações, mais as empresas conseguem traçar perfis de usuários e possíveis mercados. Da mesma forma, os dados em grande volume podem identificar rivais em potencial para que se tome as medidas necessárias. Essa corrente é defendida por Maurice Strucke, em sua obra *Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust*, publicada em 2015.

Na visão de Geoffrey Manne e Catarine Tucker, os dados podem ser coletados e usados por diferentes partes sem causar conflito de interesses. Eles defendem que os dados são acessíveis e não são valiosos e alegam que o diferencial é o serviço oferecido, pois algumas empresas são melhores no desenvolvimento de novas ofertas do que outras, e com isso, naturalmente, destacam-se no mercado.

Seguindo a mesma corrente, Darren Tucker (2014, p.17) defende que o volume de dados não é o fator chave que determina o sucesso de uma empresa, mas sim um conjunto de ações, como: investimento em engenharia, interface atraente, velocidade, facilidade de uso, qualidade de conteúdo, marketing, distribuição e serviços complementares.

No que lhe concerne, Andres Lerner (2014, p.12) adota um posicionamento semelhante ao afirmar que esse conjunto de ações é bastante relevante para a consolidação de uma plataforma on-line. Todavia, ele ressalta que o armazenamento de dados pode ser um contributo útil para fornecer serviços de alta qualidade. Ele alega sobre como os dados do usuário melhoram a capacidade dos provedores ao sugerir “pesquisas relacionadas” ou

¹⁰ Na época, a empresa afirmou que disponibiliza seus dados em uma plataforma de dados que inclui outros parceiros em trocas de anúncios digitais para segmentação. E enfatizou que os dados são anonimizados e fornecidos de forma agregada. "É realmente mais um banco de dados amplo", disse Susan Grossman, chefe do grupo de soluções de mídia da MasterCard Advisors Information Services. KAVE Kate. **MASTERCARD, AMEX QUIETLY FEED DATA TO ADVERTISERS**. 2013. Disponível em: <<https://adage.com/article/dataworks/mastercard-amex-feed-data-marketers/240800>>. Acesso em: 10. junho.2019.

recomendações de produtos específicos em que o usuário pode estar interessado.

Apesar dos esforços para firmar o posicionamento de que não há problemas na concentração de dados nos mercados digitais, é claro que uma nova plataforma digital alcança padrões semelhantes à necessidade de grandes aportes financeiros para consolidar uma estrutura minimamente compatível as *Big Techs* já estabelecidas em suas posições dominantes.

Newman (2013) faz uma crítica ao fato de que os usuários entreguem todos os seus dados pessoais na internet e continua:

O que poderia ser melhor do que gratuito, pensam a maioria dos usuários, ao aceitar o acordo oferecido? É um pouco parecido como os clientes do banco poderiam ter se sentido, sendo informados de que o banco manteria seu dinheiro seguro de graça, apenas depois descobrindo que o banco estava ganhando toneladas de dinheiro emprestando esse dinheiro a outras pessoas. As ferramentas gratuitas do Google nas quais os usuários colocam suas informações privadas são como os bancos de cofres oferecidos para armazenar seu dinheiro: não é um serviço, mas um cofre que permite que os bancos e o Google revendam o que os usuários depositam lá. Os clientes bancários agora esperam o pagamento real na forma de juros pelo dinheiro depositado nos bancos, mas a maioria dos clientes do Google nem reconhece que suas informações privadas têm um valor econômico. (NEWMAN, 2013)

É indiscutível que o crescimento exponencial da economia digital permitiu o surgimento de modelos de negócios baseados na coleta e processamento de *big data*. O seu uso ocorre pelas empresas para o desenvolvimento de produtos, processos e formas de organização. Além disso, tem o potencial de gerar ganhos substanciais de eficiência e produtividade, por exemplo, melhorando a tomada de decisões e permitindo melhor segmentação de consumidores.

Em torno da problemática da coleta de dados, algumas soluções são propostas pelos estudiosos, como maior transparência quanto ao valor de dados do usuário, limitação da coleta de dados e o compartilhamento forçado de dados entre os competidores.

2.4.1. Os dados no cerne da tecnologia

Embora já esteja em curso há quase meio século, o ritmo da mudança acelerou com a implantação de tecnologia digital, proliferação de smartphones que permitem uma conexão jamais vista e a geração de grandes volumes de dados de todos os tipos. O mundo está diante de uma transição para uma sociedade digital.

Muitos comparam essa transformação digital com as transformações industriais que foram movidas pela tecnologia. Para Schwab, o mundo está diante do início da quarta revolução industrial e elenca três razões pelas quais defende sua convicção:

- Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.
- Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.
- Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade. (SCHWAB, Klaus. 2016, p.09)

A era digital, embora já tenha se iniciado há mais de cinco décadas, teve seu desenvolvimento bastante acelerado nos últimos dez anos. A conversão de dados analógicos em digitais pode ser utilizada de várias maneiras e em diversos mercados, manipulando e transformando qualquer forma de dados digitais através de softwares.

A era digital trata do acesso e uso de dados, refinando produtos e experiências, promovendo um mundo de ajustes e refinamentos contínuos, garantindo, ao mesmo tempo, que a dimensão humana da interação continue a ser o cerne do processo. (SCHWAB, 2016, p.28)

Os dados estão no cerne da transformação digital. Não é mais novidade que o armazenamento e gerenciamento de dados seja realizado em grande volume e velocidade, nem que com a gestão dos algoritmos tornaram-se mais úteis e valiosos. Esse fenômeno tem sido descrito como *big data*.

Nesse ambiente altamente conectado, algoritmos não só criam valor a partir de dados, como também os dados melhoram os algoritmos, levando a *machine learning* (aprendizado de máquina) e o desenvolvimento da inteligência artificial (OECD, 2019, p.07).

No que lhe concerne, a União Europeia há cerca de cinco anos vem desenvolvendo um projeto que busca integrar o mercado digital em toda a Europa, tendo em vista a percepção do rápido crescimento da economia digital baseada em dados.

Definiu ainda que a *big data* se refere às grandes quantidades de dados produzidos muito rapidamente, por um grande número de fontes distintas. Os dados podem ser criados por pessoas ou gerados por máquinas, como sensores que coletam informações climáticas, imagens de satélite, fotos e vídeos digitais, registros de transações de compra, sinais de GPS etc. Eles abrangem muitos setores, da saúde aos transportes e energia.

Ainda no mesmo texto, a Comissão Europeia (2018) afirmou que:

A geração de valor nos diferentes estágios da cadeia de valor dos dados estará no centro da futura economia do conhecimento. O bom uso dos dados também pode trazer oportunidades para setores mais tradicionais, como transporte, saúde ou manufatura. A análise e o processamento aprimorados de dados, especialmente big data, possibilitarão:

- Transformar as indústrias de serviços da Europa, gerando uma ampla gama de produtos e serviços inovadores de informação;
- Aumentar a produtividade de todos os setores da economia por meio da melhoria da inteligência comercial;
- Enfrentar melhor muitos dos desafios que nossas sociedades enfrentam;
- Melhorar a pesquisa e acelerar a inovação;
- Alcançar reduções de custo através de serviços mais personalizados;
- Aumentar a eficiência no setor público.

Atualmente, o número de empresas com grande capacidade de coleta e processamento de dados é vasta, incluindo os varejistas on-line, supermercados, redes de publicidade on-line, motores de busca, sites de redes sociais, provedores de serviços de internet, instituições financeiras, corretores de dados etc. Existe uma grande tendência mundial de que todas as organizações de todos os tamanhos — pequenas empresas, grandes empresas, empresários, além das repartições governamentais — sejam ávidos usuários de

big data. Como resultado, é possível notar utilizações inovadoras de *big data* por pequenas empresas que têm o potencial de introduzir novos mercados, como se pode perceber com o crescente número de *startups*.

Os dados se tornaram um recurso e um ativo a ser negociado, sustentando o comércio de outros bens e serviços. A OECD já publicou inúmeros estudos sobre dados, tecnologia e economia digital, alertando para a emergência de explorar o potencial da economia orientada por dados. Além do mais, estimulando a inovação e produtividade aderindo aos objetivos, tais como a política de proteção da privacidade e dos direitos de propriedade intelectual e garantia de segurança (OECD, 2019, p.07).

2.4.2. A importância competitiva de *Big Data*

Práticas anticoncorrenciais são alvos de debates por algumas comissões que investigam as plataformas e suas condutas de mercado. Manipulações que diminuem a concorrência ou qualidade dos serviços são alguns exemplos de condutas investigadas.

Maurice Strucke (2015) explica como o *big data* tem o potencial de transformar empresas identificando cinco temas sobre o assunto:

1. As empresas estão adotando cada vez mais modelos de negócios que dependem de dados pessoais como chave para o sucesso. Modelos de negócios orientados por dados podem envolver mercados de dois lados: as empresas oferecem aos consumidores serviços gratuitos com o objetivo de adquirir dados pessoais valiosos para ajudar os anunciantes a melhor orientá-las com anúncios comportamentais;

2. Como os quatro “V”s de volume de dados, velocidade, variedade e valor, as empresas garantem estratégias orientadas por dados para obter e sustentar uma vantagem competitiva. Empresas oferecem produtos e serviços para colher dados que de outra forma não estariam disponíveis publicamente, uma vez que o valor dos dados pode vir de sua variedade. Além disso, o valor de dados pode aumentar através de fusão de dados, que "ocorre quando os

dados de diferentes fontes são postos em contato, e surgem novos factos" através de fusão de dados, as empresas podem identificar e melhorar os seus perfis de indivíduos; controlar melhor suas atividades preferências e vulnerabilidades; orientar melhor publicidade comportamental. Mesmo para dados publicamente disponíveis, a velocidade pode ser crítica, ou seja, a obtenção e análise de dados em tempo real ou quase *real-time* para superar os rivais. Consequentemente, as empresas se esforçarão para adquirir uma "vantagem" de dados sobre seus rivais;

3. A batalha dos dados vai se espalhar para aquisições. Dado que o valor dos dados depende do seu volume, variedade e rapidez com que são coletados e analisados, as empresas vão cada vez mais se concentrar em oportunidades para adquirir uma vantagem através de fusões. De acordo com uma estimativa, big-dados relacionados às fusões dobrou entre 2008 e 2013;

4. Como o *data-driven* aumenta as fusões, as empresas partem para a concentração e se levantam com a barreira da eficiência orientada a dados;

5. As empresas, para manter a sua vantagem competitiva, arriscam em estratégias orientadas por dados. Algumas empresas de tecnologia, para manter a sua posição dominante, possuem fortes incentivos para:

(i) Limitar o seu acesso aos dados dos concorrentes, (ii) Evitar que outras pessoas compartilhem os dados, e (iii) se opõem a portabilidade de dados, políticas que ameaçam a sua vantagem competitiva relacionada com dados. Empresas vão elaborar estratégias anticoncorrenciais para impedir que os rivais tenham acesso aos dados (como através de disposições de exclusividade com fornecedores de terceiros), bem como para impedir a entrada de rivais para adquirir dados semelhantes, tornando mais difícil para os consumidores a adoção de outras tecnologias ou plataformas.

Adquirir o tamanho necessário para se beneficiar economicamente dos efeitos relacionados a *big data* pode levar a posições de monopólio e abuso de poder de mercado, potencializadas pelas aquisições e fusões das plataformas menores.

As barreiras e brigas entre as empresas de tecnologia pela maior quantidade possível de dados é acirrada, de modo que investem grandes

quantias e esforços para adquirir e analisar os dados, com o propósito de manter sua vantagem competitiva. Ao que parece, esses grandes monopólios digitais se aproveitam dos dados que possuem para monitorar quaisquer ameaças competitivas antes que se tornem concorrentes.

Um risco é que a economia de grandes volumes de dados, como a OCDE (2015, p.10) destacou “favorece a concentração do mercado e a posição dominante. Mercados orientados por dados podem levar a um ‘vencedor leva tudo’ resultado onde a concentração é um resultado provável de sucesso no mercado”.

O *Big Data* não é um vilão, mas sim uma excelente ferramenta com alto valor social e econômico, principalmente quando utilizado com uma finalidade específica. Todavia, a política de concorrência precisa desempenhar um papel essencial para garantir que os cidadãos usufruam dos benefícios de uma economia orientada a dados e em minimizar os riscos.

2.4.3. Uber, um estudo de caso sobre a ascensão da plataforma

Um exemplo tradicional sobre o poder de uma plataforma é a Uber. De acordo com o site Techcrunch (2014), a empresa iniciou seus trabalhos em 2008. Anos mais tarde, em 2010, a Uber foi testada em Nova Iorque e lançada em São Francisco, assim, rapidamente se espalhou por outras cidades nos Estados Unidos e já começava a se expandir para outros países. Em 2015, a Uber era 41% de todos os transportes de carros pagos nos Estados Unidos. Em 2017, se expandiu para 737 cidades em 84 países.

Seu crescimento exponencial e dominante no mercado aconteceu pela falta de regulamentação, diferentemente dos táxis tradicionais. Enquanto a Uber pode facilmente aplicar descontos e aumentar os preços em horários de pico, os táxis estão vinculados à “tabela” de preços.

Essa nova perspectiva conseguiu operar em um mercado existente a partir de um novo segmento, visto ser uma empresa de tecnologia que não é regulamentada como uma empresa de transporte em muitos países do mundo.

A empresa possui algoritmos para precificar e prever aproximadamente o tempo de viagem que pode ser aplicado em qualquer lugar. Todos os clientes da Uber têm telefones que podem baixar aplicativos e detalhes do cartão de crédito com o qual podem pagar. Além disso, os telefones dos seus condutores têm software de navegação.

Conforme a empresa expande o número de motoristas que tem em um mercado, o tempo que um carro leva para chegar a um cliente encurta. Isso atrai mais passageiros e gera mais motoristas. Ao passo que seu negócio cresce, os motoristas também têm menos tempo de inatividade, o que significa que a empresa pode baixar os preços e atrair mais usuários.

Esse choque com a nova realidade fez com que a plataforma dominasse o mercado de transporte particular de pessoas, praticando preços predatórios. Além disso, o excesso de regulação aplicável aos táxis atraía cada vez mais os usuários para a plataforma

Evgeny Morozov (2016), pesquisador russo de tecnologia, defende que a Uber não é um monopólio. Ele baseia a sua afirmação no fato de que a plataforma beneficia usuários e motoristas, estimulando a concorrência. Além disso, Morozov alega que o monopólio era realizado pelos táxis que foram fortemente regulados com o intuito de suprimir a concorrência. Entretanto, nesse novo cenário de declínio da indústria dos táxis, eles foram forçados a melhorar seus serviços.

Nathan Newman (2015), advogado e pesquisador americano de tecnologia, entende que a tecnologia da Uber pretende dominar a indústria de táxis de acordo com a vantagem da forte regulamentação de táxis nos Estados Unidos. Ele afirma que a plataforma é apoiada por uma série de agentes econômicos que se utilizará desse poder para controlar as instituições políticas locais, bem como utilizará dados para expandir seus negócios com vistas aos seus interesses, tornando-se, assim, uma ameaça à democracia local.

A discussão, que é acerca da regulamentação e equiparação ou não do serviço prestado pelas plataformas de transporte particular de passageiros em comparação aos táxis, possui inúmeras teorias e é alvo de centenas de processos judiciais. Normalmente, alega-se que a Uber criou um mercado injusto

e ocasionou grande queda no faturamento dos táxis, causando prejuízos à concorrência. Outro argumento também utilizado é o de que operam sem as devidas licenças.

Por todo o mundo e em diversas cidades, a Uber foi motivo de discussão, sendo inclusive pauta de centenas de trabalhos acadêmicos. A maneira como as diferentes jurisdições responderam a esse novo desafio foram temas de notícias e pesquisas.

Um exemplo de país que se destacou nesse sentido foi a Irlanda, visto que, em 2000, ressaltou Sean Barrett (2008), o Supremo Tribunal desregulamentou os serviços de táxis por uma decisão, emitindo três sentenças contra a indenização para os detentores de medalhões de táxi após a desregulamentação do setor e a desvalorização desses medalhões no mercado secundário¹¹.

O modelo da empresa Uber simboliza o poder de ruptura dessas plataformas tecnológicas. Essas empresas de plataforma rapidamente se multiplicam, oferecendo novos serviços que vão desde a lavagem de roupas até compras; de tarefas domésticas até estacionamento; de casas para estada ao compartilhamento de transporte de longa distância (SCHWAB, 2016, p.16).

De fato, a desregulamentação dos preços gera uma concorrência justa e tem o condão de verdadeiramente permitir o melhor serviço e a escolha pela opção mais benéfica ao usuário. Acertada foi a decisão da Corte Irlandesa, quando na maior parte das jurisdições, essas respostas foram de natureza regulatória.

¹¹ Como mencionado pelo autor, uma proposta ministerial para aumentar o número de táxis apenas adicionando veículos às licenças de táxi existentes foi contestada na Suprema Corte por motoristas de carros de aluguel privados. Esse desafio legal foi bem-sucedido e a entrada no setor de táxis foi desregulamentada pelo Supremo Tribunal e não apenas restrita àquelas com licenças de táxi existentes. BARRETT, Sean D. "**Regulatory Capture, Property Rights and Taxi Deregulation: A Case Study**". 2003 Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0270.2003.00441.x>>. Acesso em: 18.abr.2019.

2.4.4. Os dados se tornaram um produto de mercado?

Quando se fala em fusões ou aquisições entre sociedades, também se fala sobre o acesso às informações pessoais coletadas dos usuários. Isso é considerado um ativo intangível que não é comercializado ou disponibilizado para terceiros.

Todavia, surge um questionamento acerca dos dados pessoais coletados pelas empresas para uso interno em pesquisas, dada a proporção atingida com as coletas, os dados podem ser um produto de mercado?

Embora algumas organizações, como a americana FTC (Federal Trade Commission) e a Comissão Europeia, julguem inúmeros casos de antitruste quando o assunto é relacionado ao “mercado de dados”, não existe uma definição legal ou técnica. Há alguns anos, fusões e aquisições de multinacionais são alvos de discussões comerciais e concorrenciais, sendo cada vez mais o volume de dados pessoais dos usuários parte do pacote das transações.

Em 2013, houve julgamento de um caso em que a agência americana desconsiderou a *big data* se tratar de um mercado de dados. Entretanto, apenas quando os dados são usados internamente pela empresa, com o propósito de audiência e não de serem vendidos para terceiros¹².

No que lhe concerne, a Comissão Europeia, em 2014, ao analisar a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, também deixou de analisar os dados pessoais dos usuários como um mercado. Tendo em vista que as sociedades não estariam vendendo os dados coletados a terceiros, pontuou como referentes a empresas de comunicação e publicidade, que não fornecem dados ou serviço de análise de dados. Logo, tendo em conta que a posição combinada das partes

¹² No caso da empresa Nielsen (principal fornecedor de serviços de medição de audiência de televisão nos Estados Unidos) a aquisição da Arbitron (empresa de pesquisa e medição de mídia), a FTC definiu que a aquisição da forma proposta prejudicaria a concorrência nacional, propondo acordo para que a Nielsen ceda e/ou licencie sua tecnologia e dados demográficos, isenta de *royalties* a um adquirente aprovado pela Comissão, por um período não inferior a oito anos, permitindo-o desenvolver e fornecer uma plataforma semelhante com serviço de medição de audiência. **Analysis of Agreement Containing Consent Order to Aid Public Comment 2, Nielsen Holdings N.V. & Arbitron, Inc.**, FTC File No. 131-0058. Sept. 20, 2013. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/09/130920nielsenarbitronanalysis.pdf>> Acesso em: 28.agosto.2019.

seria atenuada em um mercado tradicional, incluindo os serviços de comunicações eletrônicas, a Comissão avaliará os efeitos da operação na parte mais estreita do produto relevante para consumidores de serviços de comunicações, que é o mercado de comunicação do consumidor apps para smartphones¹³.

Assim, é possível afirmar que tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, somente quando os dados são vendidos a clientes é que poderiam ser potencialmente definidos como um mercado relevante. Todavia, ainda entendem que as informações pessoais não são nem um produto, tampouco um mercado passível de concorrência.

Dessa forma, embora haja muitos precedentes para a definição de um mercado de dados, não existe em nenhum país uma fundamentação legal que traga a sua definição como mercado de dados que as empresas criam e utilizam comercialmente¹⁴.

Em contrapartida, os dados podem constituir um mercado relevante se vendido aos clientes, como a gravação de dados, dados de marketing ou dados financeiros.

Dados coletados por Jeffrey Desjardins (2019) demonstram que os gigantes tecnológicos, como Amazon, Apple, Facebook, Microsoft e Alphabet, possuem seus negócios totalmente voltados ao consumidor. Com bilhões de usuários em suas plataformas, essas empresas aproveitam os dados do usuário para aumentar sua participação no mercado.

¹³ *"In the light of the above, taking into account that the Parties' combined position would be attenuated in a market including traditional electronic communications services, the Commission will assess the effects of the Transaction in the narrowest relevant product market for consumer communications services, that is the market for consumer communications apps for smartphones". Case No 7217 - Facebook/ WhatsApp. European Commission.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf> Acesso em: 28.agosto.2019.

¹⁴ Acerca dos mencionados precedentes podemos citar os seguintes casos:

Thomson/Reuters – Case COMP/M.4726:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4726_20080219_20600_en.pdf

Oracle/Sun - Case COMP/M.5529:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5529_20100121_20682_en.pdf

Telefonica UK/Vodafone UK - Case COMP/M.6314:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf

IBM Italia/Ubis - Case COMP/M.6921:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6921_304_2.pdf

De acordo com um trabalho acerca da quantidade de novos dados gerados por minuto nas várias plataformas digitais existentes, divulgado em julho de 2019, Desjardins concluiu que americanos usam 4.416.720 GB de dados da Internet e que existem 188.000.000 e-mails enviados. Em plataformas específicas, foram obtidos os seguintes dados por minuto: *giphy* serve 4.800.000 gifs; usuários do Instagram postam 277.777 *stories*; usuários do YouTube assistem a 4.500.000 vídeos; usuários do Uber fazem 9.772 viagens; o Google realiza 4.497.420 pesquisas¹⁵.

Os elementos citados acima são difíceis de compreender, devido à quantidade de informações geradas por bilhões de pessoas diariamente. Todavia, Simon Kemp, em relatório recente pela *We Are Social*, revela que o crescimento digital global progride, alcançando 46% da população mundial, sendo esses usuários de mídia social com apuração em julho de 2019¹⁶.

A OCDE (2019) reconhece a existência do grande valor dos dados. Todavia, ainda não foi possível criar uma metodologia para medi-los, pois existem muitas variáveis no contexto. A maior dificuldade enfrentada é em virtude do fluxo de dados transfronteiriços que gera atividade social e econômica. Algumas estimativas em 2016, acerca dos fluxos de dados transfronteiriços, alegam que foi movimentado em torno de 2,8 trilhões de dólares ou 3,5% do PIB mundial.

Ainda em resposta a esse grande desafio, em 2017, a OCDE (2019a) criou um Grupo Consultivo Informal para a mensuração do PIB em uma economia digitalizada. Isso foi feito com o propósito de desenvolver novas classificações e ferramentas de contabilidade melhor equipadas para descrever essa realidade digital e fornecer métricas que descrevem a dimensão da

¹⁵ Desjardins afirma que o futuro será cada vez mais orientado por dados trazendo algumas estatísticas adicionais acerca do volume de dados gerados no mundo por dia, vejamos: 500 milhões de tweets são enviados; 294 bilhões de e-mails são enviados; 4 petabytes de dados são criados no Facebook; 65 bilhões de mensagens são enviadas no WhatsApp; São feitos 5 bilhões de pesquisas, estimando que até 2025, 463 exabytes de dados serão criados todos os dias em todo o mundo - o equivalente a 212.765.957 DVDs por dia. DESJARDINS, Jeffrey. **How Much Data Is Generated Each Day**. Visual Capitalist (2019). Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/how-much-data-is-generated-each-day>> Acesso em: 18.ago.2019.

transformação digital. Notou-se, pois, que até hoje “a aquisição de dados sem uma operação monetária é tratada como ‘livre’”. No entanto, a monetização desses fluxos existe de fato.

Há muitos estudos sobre a criação de uma metodologia para a avaliação de dados e seu valor de mercado. Entretanto, contextualizar suas medidas exige um longo e árduo trabalho de pesquisa no desenvolvimento de classificações e formas de análise, armazenagem e utilização ou monetização.

A questão é complexa. Por exemplo, os dados dos usuários são coletados em plataformas de mídia social on-line gratuitamente, logo, não geram operações financeiras no país onde o usuário é baseado. No entanto, uma vez que os dados são transferidos e agregados com milhões de outros dados de todo o mundo, torna-se a base para a análise de dados e, assim, para a criação de valor (OCDE 2019a).

O custo de captação, armazenamento e análise de dados é praticamente zero. As grandes empresas geram enormes volumes de dados e acabaram criando subprodutos das atividades principais com isso. Segundo o site Techcrunch (2015), a *Big Data* é amplamente disponível para compra e seu valor é bastante acessível, sendo possível sua aquisição através de corretoras. Informações gerais sobre um indivíduo (idade, sexo, localidade) custam apenas US\$ 0,0007, sendo que dados pessoais de um consumidor que relatou algum nível de interesse para uma viagem ou produto financeiro costumam ser mais caros. Por exemplo, para obter uma lista contendo os nomes de pessoas que sofrem de uma doença em particular é necessário gastar cerca de US\$ 0,30 por nome.

Nesse sentido, a OCDE está trabalhando atualmente em uma “taxonomia” que visa agrupar os dados em categorias definidas por suas características, como propriedade, exclusividade, privacidade, comercialização, origem, integridade e confiabilidade, independentemente se os dados foram coletados de forma ativa ou passiva.

Com essas estimativas, aduz a OCDE (2019a) que será possível avaliar os preços de mercado, modelos de negócios e cadeias de valor de dados, valor

dos dados resultantes de fusões ou aquisições de empresas, custos de captura, processamento, manutenção, análise de dados etc.

2.4.5. O acesso à grande quantidade de dados é uma barreira à entrada?

De acordo com a definição do CADE (2016, p.27), barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos.

Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros em tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido.

Isso possibilita às empresas instaladas a manutenção dos preços em patamares mais elevados e dificultam a entrada de novos participantes com capacidade produtiva, diminuindo a concorrência efetiva.

Alguns autores, como Nathan Newman, estudam como as plataformas digitais exercem poder de influência na sociedade e nos mercados considerados tecnológicos. Newman afirma que o *big data* é um requisito essencial para a oferta de serviços on-line, e argumenta que uma grande quantidade de informação é necessária para vender publicidade e melhorar os serviços.

As grandes plataformas, coletoras de dados e denominadas “rivais históricos”, possuem uma posição privilegiada. Os menores não possuem a mesma quantidade de acesso ou tipo de dados para entrar no mercado e competir eficazmente, acarretando uma enorme desvantagem no acesso a dados. Há, porém, quem questione que a referida desvantagem na coleta de dados não é justificativa para as plataformas iniciantes ou menores.

Darren S. Tucker (2014) assevera que nenhum dado usuário é necessário para oferecer os serviços on-line. Ele alega que a desvantagem não

é significativa em comparação às grandes empresas, considerando que os dados relevantes são amplamente baratos e disponíveis no mercado e que os ganhos grandes e rápidos podem ser desfrutados pelos inovadores.

A teoria defende que tem havido solícita intervenção antitruste para resolver problemas relacionados aos grandes volumes de dados, pois se tornaram uma significativa barreira à entrada no mercado, levando a consolidação das chamadas *Big Techs*. Ao contrário disso, Tucker defende que os mercados digitais são notáveis por suas baixas barreiras à entrada e normalmente não requerem grandes volumes de dados de entrada. Afirma também que as empresas somente se utilizam dos grandes volumes de dados para melhoria de seus serviços com informações geradas internamente, não se tratando, portanto, de produto ou serviço a ser vendido (Darren Tucker, 2014, p.02).

Afirma ainda que o fato de as grandes empresas de tecnologia deterem uma quantidade massiva de dados não significa que os novos operadores devam ter a mesma quantidade ou tipo para entrar e competir eficazmente. Para ele, o diferencial está na perspicácia para os negócios, ou seja, no quão bem as empresas irão analisar as informações obtidas, e isso não é anticoncorrencial, mas faz parte da concorrência em si.

Todavia, é uma corrente difícil de se assentar. Em suas pesquisas, Tucker (2014, p.13) alega que as grandes empresas de tecnologia atuais já foram pequenas *startups* desconhecidas. Ele afirma que elas se destacaram e se consolidaram em seus mercados específicos e que os participantes podem também adquirir dados relevantes de terceiros.

A grande vantagem competitiva das plataformas digitais está nos dados coletados dos usuários. Segundo Andres V. Lerner (2014), vice-presidente executivo Compass Lexecon e estudioso em questões antitruste, empresas realizam a coleta com o propósito de melhoria dos serviços oferecidos aos usuários e rentabilização desses serviços de forma eficaz através de publicidade direcionada, levando a valiosos serviços oferecidos aos utilizadores por preços baixos e muitas vezes de graça. Ele continua:

Como resultado, a coleta de dados do usuário pelos provedores on-line é uma parte importante do processo concorrencial e gera grandes

benefícios para os consumidores. Devido a essas vantagens competitivas, praticamente todos os provedores on-line coletar dados de usuários (rastreamento de atividade do usuário em seus próprios sites, "corretores de dados", e várias outras fontes) a fim de melhorar e rentabilizar os seus serviços. (Andres V. Lerner, 2014, p.04).

Andres Lerner afirma que a coleta de dados é tão valiosa que traz benefícios em larga escala, causando a fortificação das plataformas digitais dominantes e levando a exclusão de rivais. Lerner (2014, p. 05) admite que nenhuma empresa controla todos os dados ou uma quantidade significativa de dados pessoais. Em contraste com as teorias econômicas sobre a exclusão de rivais através do controle de um contributo essencial, as plataformas on-line não têm, de fato, a exclusividade sobre os dados do usuário.

Da mesma forma, Gene Kimmelman, especialista em concorrência, aduz que empresas, como Facebook, Google ou Amazon, possuem características de jogadores dominantes, realizando grandes investimentos para manter sua posição. Ele declara:

Hoje, essas plataformas são caracterizadas por efeitos de rede: os consumidores preferem estar onde todos os outros estão se reunindo e os vendedores preferem vender onde todos os outros estão se reunindo. Eles são caracterizados por fortes economias de escala e de escopo, devido aos baixos custos marginais e ao aumento dos lucros baseados, entre outros, no controle dos dados. (KIMMELMAN, Gene, 2019)

O fato é que a realidade revela um cenário bastante complexo e diferente do que quer acreditar Tucker ou Bork, em que as *Big Techs* trabalham arduamente para não perder o domínio exercido onde se consolidam. Vai muito além de dominarem grande fatia de mercado no conceito de monopólio, mas com ações ilegais envolvem invasões de privacidade do usuário ou fusões e aquisições empresariais.

Além disso, o retorno positivo dos consumidores é tão grande que parece tornar-se um incentivo à violação das leis, com o propósito de permanecer à frente de seus concorrentes.

O cenário mostra que há grandes barreiras à entrada. Os grandes jogadores possuem grande vantagem de custo em sua escala de operações e

de dados, sendo que uma base semelhante de outro concorrente não consegue superá-la. A capacidade das plataformas em coletar grandes quantidades de dados permite todos os tipos de publicidade direcionada, criando cada vez mais vantagens às plataformas dominantes.

CAPÍTULO 3 – A REGULAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

3.1. Personalidade e dados pessoais

Embora não seja o cerne deste trabalho adentrar na discussão sobre os direitos de personalidade e suas espécies, é importante destacar os objetos que são juridicamente tutelados e carecem de tal proteção. Nesse caso, a proteção de dados pessoais diante das novas tecnologias.

A função dos direitos da personalidade é promover e assegurar o valor-fonte do ordenamento jurídico, ou seja, a pessoa humana que se encontra respaldada por um sistema ou uma cláusula geral de proteção. Essa orientação é energizada pela concepção de um direito privado despatrimonializado ou repersonalizado. (BIONI, 2019, p. 99)

Personalidade significa “características ou o conjunto de características que distingue uma pessoa” da outra. Com base nessa abordagem semântica, os direitos da personalidade seriam os caracteres incorpóreos e corpóreos que conformam a projeção da pessoa humana. Nome, honra, integridade física e psíquica seriam apenas alguns dentre uma série de outros atributos que dão forma a esse prolongamento. (BIONI, 2019, p. 99)

Trata-se da ciência jurídica que protege o indivíduo das agressões que afetam sua individualidade, com elementos agregados ao ordenamento jurídico que individualizam o sujeito perante a sociedade.

Dessa forma, os dados armazenados relacionados a uma pessoa acabam por representá-la na sociedade, portanto, devem estar inseridos entre os seus direitos da personalidade. Isso é necessário por conta da sociedade ser

orientada e movimentada a partir desses dados identificadores e individualizadores do cidadão.

Danilo Doneda (2006, p.157) defende que:

Mesmo que a pessoa em questão não seja a 'autora' da informação, no sentido de sua concepção, ela é titular legítima dos seus elementos. Seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que pudesse ser de outra forma. Quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um direito da personalidade.

A partir desse entendimento, é possível compreender que os dados pessoais não se relacionam somente com a privacidade, sendo parte também dos direitos da personalidade, tratando-se de uma ampliação normativa. Segundo Bruno Bioni:

Seria incoerente pensar a proteção de dados pessoais somente sob as lentes do direito à privacidade. Explicando que, o eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. (Bioni, 2019, p.100)

Sem dúvidas, a tecnologia operou especificamente na intensificação dos fluxos de informação e, conseqüentemente, nas suas fontes e destinatários. Gradualmente, foram desenvolvidas tecnologias que facilitassem a coleta, armazenamento e processamento dos dados a custos mais baixos e com uma gama de possibilidades de utilização.

Assim, as mudanças na proteção da privacidade consolidaram os direitos de personalidade em seus mais recentes desenvolvimentos. Esses "novos direitos", relacionados aos fenômenos tecnológicos, tornaram-se bastante amplos e difíceis de serem reduzidos conceitualmente em um termo.

Nota-se, portanto, a multiplicação dos direitos subjetivos relativos aos aspectos da personalidade, como inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, bem como a necessidade de proteção a essa nova categoria. A evolução no tratamento da privacidade dos dados pelo ordenamento jurídico enquadrou como um direito fundamental em consonância com boa parte da experiência doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Essa preocupação advinda dos problemas relacionados à privacidade e ao desenvolvimento tecnológico não é recente. Danilo Doneda (2003, p.118) afirma:

(...) a disciplina de proteção de dados pessoais desenvolveu-se a partir da aplicação de determinadas concepções do direito a privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão “proteção de dados” não reflete fielmente seu amago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo – não são os dados que são protegidos, porém a pessoa à qual tais dados se referem.

Embora os bancos de dados mantenham os dados pessoais sob algum grau de zelo e confiabilidade, tomando precauções legais para impedir sua má utilização ou disseminação, Marcel Leonardi afirma que:

Assim, os grandes problemas envolvendo a proteção de dados pessoas continuam sendo o excesso de informações e os equívocos decorrentes, utilização de dados para propósitos distintos aos inicialmente autorizados, acesso facilitado a dados pessoais sensíveis, até mesmo por meios ilegais, entre outros. (Leonardi, 2015, p. 517)

De fato, maioria das empresas utiliza a coleta de informações, seja por rede social ou sites, para investigar preferências ou direcionar conteúdo. Elas relacionam o endereço de IP ao usuário, buscando aperfeiçoar sua experiência de navegação.

Renata Mota Maciel (2018, p.261) afirma que os problemas legislativos são antigos, necessitando do aprimoramento da forma de organização das informações. Esse aprimoramento pode acontecer através de bancos de dados eletrônicos que demandam novas soluções, todas voltadas à inexorável proteção dos dados pessoais.

Ocorre que tais indagações jurídicas estão sendo feitas por todo o mundo, pois se tratam de questões contemporâneas que interferem diariamente na vida da sociedade, merecendo uma forma ampla e coerente de proteção.

Uma das diretivas europeias relativas ao tratamento de dados pessoais, especificamente a de número 2002/58 de 2002, estabelece que:

“A presente diretiva visa assegurar o respeito dos direitos fundamentais e a observância dos princípios reconhecidos, em especial, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Visa, em especial,

assegurar o pleno respeito pelos direitos consignados nos artigos 7.o e 8.o da citada carta”.

Esse desdobramento é expresso na forma com que o tema foi tratado na elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (ANO), cujo artigo 7º trata do tradicional direito ao “respeito pela vida familiar e privada”; enquanto seu artigo 8º é dedicado especificamente à “proteção dos dados pessoais”¹⁷.

Dessa leitura, é possível extrair que a Carta reconhece a complexidade da proteção aos dados, ressaltando a sua fundamentação que é a dignidade do ser humano.

As leis de proteção e dados pessoais devem abarcar todo e qualquer processamento de dados que sujeite um indivíduo ou uma coletividade a uma decisão automatizada. Isso deve ocorrer sem importar que revele ou não uma pessoa, desde que impacte a sua vida, e assim, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Diante desse caráter personalíssimo dos dados pessoais e pelo fato de exercerem relação direta à dignidade da pessoa humana é justo que a proteção de dados pessoais receba um patamar elevado de zelo na tutela dos direitos fundamentais.

¹⁷ O artigo contém três itens que assim dispõem:

"1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

Cabe ainda, a título de ilustração, a menção às primeiras enunciações da privacidade em cartas internacionais de direitos humanos. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada a 2 de maio de 1948, estabelece em seu artigo 5º. que: "Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar"; por sua vez, Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pouco depois, em 10 de dezembro de 1948, dispõe sobre a privacidade em seu artigo 12º., nos termos que: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Desse modo, quanto maior for o alcance normativo, mais abrangente será a atividade de processamento de dados, ainda que não sejam especificamente os pessoais.

Bruno Bioni (2019, p.114) observa que essa é a racionalidade da LGPD ao prever que dados anonimizados podem ser considerados como dados pessoais, caso sejam utilizados para a formação de perfis comportamentais (art. 12, § 2º). O foco está, portanto, nas consequências que a atividade de tratamento de dados pode ter sobre um sujeito.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental, sendo possível afirmar que a proteção de dados no Brasil, hoje, alcançou uma dimensão de inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da dignidade humana nos termos da Constituição.

Dessa forma, considerando a premissa de que hoje os dados pessoais alcançaram um patamar de proteção ao nível de direito fundamental, será necessário passar por uma breve análise das legislações brasileira, europeia e americana sobre o assunto principal: a proteção dos dados pessoais.

3.2. Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é bastante comparada à GDPR europeia por se assemelhar em forma e conteúdo ao regulamento, claramente inspirado por ela. Até a edição dessa lei em 2018, o Brasil não dispunha de uma regulamentação geral sobre o tema. Existiam algumas leis setoriais, como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet ou a Lei de Acesso à Informação, que não carregavam a segurança jurídica necessária no que tange ao tratamento dos dados pessoais.

Historicamente, a primeira proposta de legislação versando sobre atividades realizadas na internet foi realizada no ano de 1999, mas não foi sancionada. Em 2011, uma nova proposição de lei para a regulamentação de

dados e segurança da rede mundial de computadores foi apresentada sob a PL nº 2160/11 que tramitou vagarosamente.

No ano de 2012, foi sancionada a Lei Federal nº 12.737/2012 que alterou o Código Penal Brasileiro, inserindo artigos que punem o cometimento de crimes cibernéticos.

Em 2013, após a sensação de insegurança mundial causada pelo vazamento de informações sigilosas de Edward Snowden, culminou a aprovação da PL 2160/11 convertido na Lei Federal nº 12.965/14, conhecido como “Marco Civil da Internet”.

Seguindo o contexto das grandes revoluções tecnológicas que impactam o cenário legislativo, em agosto de 2018, o Brasil sancionou a Lei Federal nº 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados. Essa lei alterou as demais legislações e consolidou a proteção de dados no Brasil, que sofreu influência do GDPR.

A LGPD impacta todos os setores da economia, trazendo modificações para o âmbito privado e público. Impacta também extraterritorialmente, quando especifica que todas as operações de coleta e/ou tratamento dos dados pessoais realizados no Brasil visem a oferta de bens ou serviços em nosso território ou que tenha por objeto dados de brasileiros que estarão sujeitos à lei, conforme artigo 3º.

Uma vez que os dados pessoais são um meio de representação da pessoa na sociedade, qualquer tratamento de dados pode afetar a sua personalidade, portanto, tem o potencial de violar seus direitos fundamentais. Essa é a razão pela qual o amparo jurídico dos dados pessoais nos moldes da LGPD se realiza de maneira horizontal, aplicando-se a todos os setores econômicos e também ao setor público (MENDES, Laura Schertel, 2019, p. 02).

A lei se aplica também à captação e ao tratamento de dados por meios que não sejam digitais, ou seja, realizados por cadastros físicos nas empresas independentemente de seu segmento.

A LGPD, Lei 13.709/18, tem como objetivo estabelecer parâmetros mais seguros e confiáveis para o processamento de dados, além de garantir maior

transparência e privacidade aos indivíduos e possui dez princípios em seu artigo 6º: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização.

Ainda através da Medida Provisória nº 869 e da Lei 13.853/2019, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade foram criados, instituindo sua composição, competências e formas de receitas. Todavia, ainda se discute a sua implementação.

Assim como na Europa com a GDPR, a LGPD estabelece sanções rigorosas como a multa de até 2% do faturamento da empresa, limitada a 50 milhões de reais por infração, advertência, multa diária ou a exclusão dos dados.

Corroborando com a lei, as empresas também estão revisando seus “Termos e Condições de Uso” e “Políticas de Privacidade” para estabelecer alinhamento aos novos parâmetros jurídicos, com o intuito de facilitar o entendimento dos usuários que irão ceder seus dados pessoais. Tal consentimento deve ser livre e consciente.

Em linhas gerais, aos titulares é reconhecido o direito de obtenção de informações sobre o tratamento e uso dos seus dados pelo controlador, a qualquer tempo e por meio de requisição (caput, Artigo 18), cujo pedido será feito diretamente ao agente de tratamento e sem custo ao requerente (§ 5º, Artigo 19). O referido artigo garante inúmeros direitos ao titular dos dados, como o acesso, a alteração, a anonimização, ou até o bloqueio ou exclusão de dados excessivos, ou em desconformidade com a lei.

Nesse sentido, de acordo com a Federal Trade Commission – FTC, o mercado de dados sofre de uma falta de transparência.

A maioria dos consumidores não têm ideia de quanta informação está a ser recolhida sobre eles, vendida, e utilizada para fazer um lucro. Uma maneira que as plataformas digitais tem de explorar o seu poder de mercado está exigindo que os consumidores concordem com os termos e condições que não são claros, mas são difíceis de compreender, e estão em constante mudança. (STIGLER COMMITTEE FINAL REPORT, 2019, p. 53)

O vetor da LGPD é a dignidade da pessoa humana, já destacada em seu artigo 1º, e possui uma série de princípios que necessitam da atuação fundamental da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para a sua concretização. Nesse sentido, é relevante destacar que a ANPD está em formação e será vinculada ao Governo Federal, com autonomia dada por lei. A ANPD exercerá o papel de orientar, fiscalizar e regular a lei, formando um elo entre a sociedade, o governo e as empresas.

O capítulo de segurança da informação é um pilar fundamental da LGPD e traz pelo menos três inovações importantes para o ordenamento jurídico brasileiro quanto às obrigações dos agentes de tratamento. Em primeiro lugar, a lei exige que eles adotem medidas que garantam a integridade, a confidencialidade e a disponibilidade dos dados sob tratamento. Em segundo lugar, em caso de incidente de segurança, como o vazamento de dados, o controlador é obrigado a comunicar a autoridade de proteção de dados, que pode determinar a adoção de medidas de mitigação ou a ampla divulgação para a sociedade. Em terceiro lugar, há uma obrigação que se enquadra no conceito de *Privacy by Design*, já que tais medidas deverão ser observadas desde a fase de concepção até a execução do produto ou serviço. (MENDES, Laura Schertel, 2019, p. 04-05).

Existe um rol amplo de bases legais para o tratamento da proteção de dados pessoais nas hipóteses previstas pela LGPD. Esse rol autoriza o tratamento dos dados indo além do consentimento que era a única base legal nas leis setoriais.

Com a LGPD, são adicionadas outras nove bases legais. Faz-se um destaque para o legítimo interesse, que pode ser tomado como base por organizações em situações que não é possível obter consentimento, seja porque não há ponto de contato com o titular do dado, seja porque não seria recomendável buscar tal autorização. Isso poderia ocorrer, por exemplo, em atividades para a prevenção de fraude bancária.

A nova lei foi sancionada pouco tempo após a GDPR, e como já mencionado, assemelha-se em muito com a lei europeia. Algumas semelhanças são: a aplicação extraterritorial a qualquer empresa ou organização que

processe os dados pessoais de pessoas no Brasil; o rol de direitos dos titulares dos dados (LGPD art. 18 e GDPR arts.12 a 21).

Por outro lado, os regulamentos citados possuem algumas diferenças. Por exemplo, embora ambos exijam a presença de um DPO (*Data Protection Officer*), a lei brasileira é mais rigorosa quando em seu artigo 41 estabelece que toda organização deve nomear um oficial encarregado do processamento de dados; enquanto na Europa há seis bases legais que autorizam o processamento de dados, no Brasil há dez possibilidades para escolher; ainda se nota uma diferença em relação ao prazo para relatar uma violação de dados que é de 72 horas na GDPR, mas não está definido na LGPD.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais constituiu um avanço à construção de um sistema de proteção de dados pessoais, algo fundamental para o fortalecimento da confiança do usuário e para o incentivo à inovação constante desses serviços. Contudo, é igualmente primordial a consolidação da tutela constitucional dos dados pessoais no ordenamento brasileiro.

A citada lei de Proteção de Dados pessoais entrará em vigor 24 meses após a sua publicação, que devido à pandemia do Covid-19, possui alguns projetos de prorrogação. Até o momento não há nova data de vigência publicada.

3.3. General Data Protection Regulation – GDPR

O direito à privacidade faz parte da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, que declara: "Todo mundo tem o direito de respeitar sua vida privada e familiar, seu lar e sua correspondência"¹⁸. A partir disso, a União Europeia procurou garantir a proteção desse direito por meio de legislações.

¹⁸ No original: European Convention on Human Rights, ARTICLE 8 - Right to respect for private and family life.
1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

Na década de 60, a União Europeia desenvolvia estudos acerca da privacidade e proteção de dados, editando junto à OCDE, em 1980, a denominada Convenção 108, com o título “Convenção para a proteção de indivíduos no que diz respeito ao processamento automático de dados pessoais”¹⁹. Essa convenção se encontra em vigor até agora, passando por algumas modernizações.

Em 1995, foi editada a Diretiva 46 do Parlamento Europeu “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”. Buscou assegurar o progresso económico e social através de ações comuns para eliminar as barreiras que dividem a Europa, promovendo a melhoria constante das condições de vida dos seus povos, preservando e consolidando a paz e a liberdade e promovendo a democracia com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e leis dos Estados-membros, bem como na Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

A Diretiva 95/46 definiu os dados pessoais como:

Qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

No ano de 2002, foi publicada a Diretiva 2002/58 que versa sobre o “tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas”. E insere em seu artigo 1º:

¹⁹ O Sumário da Convenção 108 esclarece: Esta Convenção é o primeiro instrumento internacional vinculativo que protege o indivíduo contra abusos que podem acompanhar a coleta e o processamento de dados pessoais e que busca regular ao mesmo tempo o fluxo transfronteiriço de dados pessoais.

Além de fornecer garantias em relação à coleta e processamento de dados pessoais, ele proíbe o processamento de dados "confidenciais" sobre a raça, política, saúde, religião, vida sexual, antecedentes criminais de uma pessoa, etc. salvaguardas legais. A Convenção também consagra o direito do indivíduo de saber que as informações são armazenadas nele e, se necessário, de as corrigir.

A restrição dos direitos estabelecidos na Convenção só é possível quando interesses imperiosos (por exemplo, segurança do Estado, defesa etc.) estão em jogo.

A Convenção também impõe algumas restrições aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais para os Estados onde a regulamentação legal não oferece proteção equivalente.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>

A presente diretiva harmoniza as disposições dos Estados-Membros necessárias para garantir um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações electrónicas na Comunidade.

Em 2009, a Diretiva 136 acrescentou algumas regras à diretiva 2002/22 e 2002/58 estabelecendo ordens específicas a serviços de comunicação em rede, que destacou o consentimento expresso para o armazenamento das informações pessoais.

Trabalhos de cooperação eram constantemente publicados no sentido de acompanhar as evoluções tecnológicas e a importância da privacidade e proteção dos dados pessoais, dado o aumento de sua utilização acompanhado da necessidade de regulamentação e supervisão efetiva em relação a esse intercâmbio de informações nas redes de internet.

Após a publicação das diretivas, foi elaborado e editado, em abril de 2016, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (*Global Data Protection Regulation*), entrando em vigor plenamente em maio de 2018 para todos os países do bloco europeu.

Em síntese, o GDPR apresenta regras ainda mais abrangentes sobre a proteção de dados, com destaque para dispositivos que garantem a proteção aos usuários de internet e asseguram aos titulares maior controle sobre seus dados. Nessa esteira, são impostas obrigações aos órgãos nacionais de proteção de dados, assim como as instituições que atuam com o processamento de dados pessoais (DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel, 2018, p. 263).

Segundo a GDPR, a definição de dados pessoais são:

[...] quaisquer informações relacionadas a um indivíduo que pode ser direta ou indiretamente identificado. Nomes e endereços de e-mail são obviamente dados pessoais. Informações de localização, etnia, gênero, dados biométricos, crenças religiosas, cookies da web e opiniões políticas também podem ser dados pessoais. Os dados pseudônimos também podem se enquadrar na definição se for relativamente fácil identificar alguém a partir dele.

E possui sete princípios gerais de proteção e responsabilidade descritos no artigo 5 do capítulo 2:

- Legalidade, justiça e transparência - O processamento deve ser legal, justo e transparente para o titular dos dados.
- Limitação de finalidade - Você deve processar dados para fins legítimos especificados explicitamente para o titular dos dados ao coletá-los.
- Minimização de dados - você deve coletar e processar apenas quantos dados forem absolutamente necessários para os fins especificados.
- Precisão - você deve manter os dados pessoais precisos e atualizados.
- Limitação de armazenamento - Você só pode armazenar dados de identificação pessoal pelo tempo necessário para a finalidade especificada.
- Integridade e confidencialidade - O processamento deve ser realizado de forma a garantir segurança, integridade e confidencialidade adequadas (por exemplo, usando criptografia).
- Responsabilidade - O controlador de dados é responsável por demonstrar a conformidade do GDPR com todos esses princípios. (General Data Protection Regulation, 2016).

Além disso, de forma objetiva, a GDPR tem como principais pontos: a segurança dos dados através de medidas técnicas apropriadas a serem adotadas pelas empresas; o consentimento inequívoco e específico do titular dos dados para processá-lo e armazená-lo; o titular dos dados tem direito de ser informado, de ter acesso, à retificação, de apagar, de restringir o processamento, à portabilidade de dados, e a tomada de decisão e perfil automatizadas; estabelece uma autoridade supervisora para proteção dos direitos e o estabelecimento de notificações, multas e sanções aplicáveis.

3.4. Leis americanas sobre a proteção de dados

Os Estados Unidos possuem um modelo de proteção de dados regulado pelo setor privado, não existindo lei específica de âmbito nacional ou estadual. São os estados que realizam a regulação por setores, como médico, bancário, seguros e assim por diante. Não existe um conjunto sistematizado de leis de proteção à privacidade como na Europa.

Danilo Doneda (2006, p.271) explica que:

Não é possível reconhecer, no direito norte-americano, uma unidade no *right to privacy*. Apesar da demanda pela proteção da privacidade ter surgido naturalmente e organicamente como um aspecto evolutivo natural do ordenamento, esta terminologia foi utilizada para diversas funções, algumas delas bastante diferentes entre si, a ponto de ter se tornado muito difícil reunir todas as suas manifestações em torno de um centro nuclear.

Embora não tenha uma lei federal como a GDPR, existem algumas leis verticais que tratam da privacidade voltada à proteção do consumidor.

Em 1974, o congresso americano aprovou a *US Privacy Act*, que é a lei de privacidade dos dados dos cidadãos mantidos pelo governo dado o avanço do cruzamento de dados dos computadores a época.

Em 1996, foi aprovada a Lei de Portabilidade e Responsabilidade do Seguro de Saúde, era uma legislação histórica para regulamentar o seguro de saúde. É uma lei muito complexa, mas inclui seções de privacidade e segurança de dados.

No final dos anos 90, foi aprovada a Lei *Gramm-Leach-Bliley* (GLBA), lei do setor bancário e financeiro, que teve importantes requisitos de privacidade e segurança de dados. Suas proteções de informações pessoais representaram uma grande melhoria em relação às leis anteriores de dados financeiros de consumidores, protegendo informações pessoais não públicas de estarem publicamente disponíveis.

Com o avanço da Internet, nos anos 2000, a Lei de Proteção à Privacidade Online das Crianças, conhecida pela sigla COPPA, deu um primeiro passo na regulamentação de informações pessoais coletadas de menores de idade. A lei proíbe especificamente as empresas on-line de solicitar informações de crianças de até 12 anos, a menos que haja consentimento verificável dos pais.

Sendo a europeia o primeiro e mais repercutido regramento de privacidade e proteção de dados, e considerando que os Estados Unidos não possuem uma norma federal acerca do assunto, não é possível realizar uma comparação justa entre eles.

No entanto, em 2019, na Califórnia, foi publicada a Lei de Privacidade dos Consumidores da Califórnia, intitulada *California Consumer Privacy Act* (CCPA), inspirada pela GDPR europeia. Ela é tida como a lei de privacidade mais abrangente dos Estados Unidos até agora, entrando em vigor dia 01 de janeiro de 2020.

A intenção da legislação foi estabelecer o direito à privacidade como inalienável e fundamental à capacidade dos indivíduos de controlar o uso e venda de suas informações pessoais.

Na mesma seção 2, item i, da AB 375 de 2018, que originou a CCPA, garante os seguintes direitos:

- (1) O direito dos californianos de saber quais informações pessoais estão sendo coletadas sobre eles;
- (2) O direito dos californianos de saber se suas informações pessoais são vendidas ou divulgadas e para quem;
- (3) O direito dos californianos de dizer não à venda de informações pessoais;
- (4) O direito dos californianos de acessar suas informações pessoais;
- (5) O direito dos californianos de igual serviço e preço, mesmo que exerçam seus direitos de privacidade.

Por sua vez, a CCPA, Lei SB 1121 de 2018, seção 1798, confere a proteção das informações pessoais de forma bastante ampla, sejam elas direta ou indiretamente ligadas ao consumidor, ou propriedade em particular. Logo, não se aplica a informação disponível publicamente aos dados anonimizados ou dados agregados de consumidores (aqueles que têm a identidade individual removida ou não ligados a algum consumidor).

Referida lei garante aos consumidores da Califórnia o direito de saber se os dados pessoais estão sendo coletados; o direito de requerer uma cópia da informação específica que uma empresa detém sobre eles; o direito de saber se seus dados pessoais são vendidos ou revelados e para quem; bem como o direito de se opor à venda de seus dados pessoais ou que sejam apagados e o direito de não ser discriminado.

Outra inovação marcante do CCPA é sua ampla definição de informações pessoais: “as informações que identificam, se relacionam com,

descrevem, são capazes de serem associadas a, ou poderiam estar razoavelmente ligadas, direta ou indiretamente, a um consumidor ou família em particular”, conforme seção 1798.140, item o, 01.

Igualmente a GDPR ou a LGPD, a CCPA, em sua seção 1798.155, estabelece multas e penalidades às empresas pelo não cumprimento das determinações. A lei pode ensejar a aplicação de multas de até 2,5 mil dólares por violação ou de até 7,5 mil dólares por violação intencional, se qualquer violação não for remediada em até 30 dias após o recebimento da notificação pela empresa infratora.

As grandes empresas de tecnologia, em seu lobby denominado *Internet Association*²⁰, manifestaram-se discordando da legislação californiana, considerada por elas a mais rigorosa da América do Norte.

Até a conclusão deste trabalho foi possível apurar que apenas três estados americanos possuem leis em vigor nesse sentido, mais especificamente, Califórnia (2018), Nevada (2019) e Maine (2019), e acompanhadas por outros estados possuem projetos de lei em tramitação²¹.

²⁰ A *Internet Association* (IA) é um grupo americano com sede em Washington, DC, que representa empresas de internet. Foi fundada em 2012 por várias empresas, incluindo Google, Amazon, eBay e Facebook, e é liderada pelo presidente e CEO Michael Beckerman. A IA pressiona o Congresso, os tribunais, governos estrangeiros, agências federais e estaduais e governos estaduais e locais sobre uma série de questões regulatórias. O grupo também publica pesquisas econômicas sobre a economia da Internet. Os membros do grupo incluíram empresas como Airbnb, Dropbox, Etsy, Expedia, LinkedIn, Microsoft, Netflix e PayPal. A *Internet Association* possui escritórios em Washington, DC; Albany, Nova Iorque; Chicago, Illinois; Seattle, Washington; Sacramento, Califórnia; e Londres, Reino Unido.

²¹ Abaixo algumas propostas de leis encaminhadas aos órgãos competentes que encontram-se em trâmite: **Lei de Privacidade de Dados de Massachusetts**, S 120, aceito pelo Senado em janeiro de 2019 e encaminhado para análise para a o Comitê Conjunto de Defesa do Consumidor e Licenciamento Profissional foi recebido em setembro de 2019, relatado favoravelmente em fevereiro de 2020 e devolvido ao comitê de regras do Senado, aguardando a aprovação final. <https://malegislature.gov/Bills/191/SD341>.

Lei de Privacidade de Nova York, S 5642, foi proposta em maio de 2019, aprovada pelo comitê e atualmente, aguarda pela aprovação no senado para ser assinada pelo governador e então promulgada. <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/s5642>.

Lei de Proteção à Privacidade do Consumidor do Havaí, SB 418, ainda está em fase de aprovação inicial, tendo sido aprovado em primeira leitura em janeiro de 2019. https://www.capitol.hawaii.gov/Archives/measure_indiv_Archives.aspx?billtype=SB&billnumber=418&year=2019.

Lei de Proteção ao Consumidor Online de Maryland, SB 613, igualmente ao Havaí, ainda está em fase de aprovação inicial, tendo sido aprovado em primeira leitura em abril de 2019 e aguardando relatório do comitê para leitura. <http://mgaleg.maryland.gov/mgawebsite/legislation/details/sb0613?ys=2019rs>.

Como mencionado, poucos estados americanos possuem suas próprias leis de proteção à privacidade dos dados dos usuários, mas todos possuem regras básicas que exigem uma segurança razoável dos dados a notificação contra a sua violação.

A Califórnia, sendo o primeiro estado americano a regulamentar de forma ampla e objetiva a matéria sobre a privacidade e proteção de dados, foi seguida pelos demais estados e partiram desse modelo para regulamentar o assunto.

No âmbito federal, desde 2018 existe um projeto de lei que recebeu o nome de *Consumer Data Protection Act* (Lei de Proteção de Dados do Consumidor), que não estabelecerá princípios e regras sobre coleta e uso de informações pessoais, mas cuida de ampliar os poderes da Federal Trade Commission (FTC), possibilitando a esse órgão servir como regulador de assuntos ligados à privacidade, a qual já possui poderes para aplicar multas por violação à privacidade dos consumidores.

Um dos principais aspectos da Lei de Proteção de Dados do Consumidor é estabelecer uma total transparência, de modo que todos saibam como os dados do consumidor são coletados, usados e compartilhados. O projeto de lei também inclui as seguintes propostas:

- Estabelecer padrões mínimos de privacidade e segurança cibernética.
- Emitir multas pesadas (até 4% da receita anual) na primeira infração para empresas e penalidades criminais de 10 a 20 anos para os executivos seniores.
- Conceder aos consumidores mais direitos sobre privacidade de dados, incluindo uma maneira de revisar quais informações pessoais uma empresa possui sobre eles, saber com quem elas foram compartilhadas ou vendidas e contestar imprecisões.
- Exigir que as empresas avaliem os algoritmos que processam os dados do consumidor para examinar seu impacto na precisão, justiça, preconceito, discriminação, privacidade e segurança.

Lei de Proteção à Privacidade de Dakota do Norte, a Câmara dos Deputados recebeu o projeto de lei, emitindo um parecer em fevereiro de 2019 de que avaliaria e entregaria suas conclusões até 2020. <https://www.legis.nd.gov/assembly/66-2019/bill-actions/ba1485.html>.

Lei de Proteção de Dados do Consumidor de Washington, SB 5376, passou por leituras e audiência pública em 2019, e em janeiro de 2020 foi reintroduzida no comitê de regras do Senado para terceira leitura. <https://app.leg.wa.gov/bills/summary?BillNumber=5376&Initiative=false&Year=2019>.

Os Estados Unidos são conhecidos por serem uma potência econômica e tecnológica, pioneiros em diversos aspectos. Todavia, em relação à proteção dos dados dos usuários, não possuem uma legislação unificada de âmbito federal, mas apenas poucas regulamentações estaduais e fragmentadas por setores. Portanto, não é possível uma equiparação com a consolidada legislação europeia, que se tornou parâmetro para os demais países basearem suas legislações locais.

A comparação entre os modelos europeu e estadunidense não permite afirmar a eficiência de um ou de outro modelo, porque as estruturas de regulação em sentido amplo dependem do histórico, da tradição e no nível de maturidade dos debates nos países envolvidos. (DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel, 2018, p. 266).

Nesse contexto de tamanho desenvolvimento tecnológico com a variedade de fontes de captação dos dados pessoais dos usuários de internet, é essencial a edição de uma lei federal e específica que trate acerca da privacidade dos dados pessoais dos usuários americanos que estão pouco protegidos e carecem de uma ampla e forte regulamentação.

3.5. Quem fiscaliza a lei?

Com tantas leis distintas em tantos países, quem é responsável pela fiscalização e aplicação da lei?

Em seguida, serão abordadas as organizações responsáveis pela aplicação dos regulamentos no âmbito federal nos Estados Unidos e no bloco europeu, esclarecendo que o Brasil, por possuir legislação mais recente, não tem ainda estabelecida a sua Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que deverá ser fundada ainda no ano de 2020.

3.5.1. Federal Trade Commission - FTC

A *Federal Trade Commission* (FTC) é a principal entidade dos Estados Unidos que atua na proteção do consumidor nos seus mais variados aspectos. Inclusive, em março de 2015, foi criado o Instituto de Tecnologia, com o intuito de canalizar esforços na proteção ao consumidor em face de práticas enganosas e injustas envolvendo novas tecnologias.

Desenvolvendo trabalhos específicos em regulação de privacidade e segurança de dados dos consumidores, através de pesquisa e investigação concebidas para investigar as questões pertinentes à utilização dos dados pelas empresas de tecnologia.

Em março de 2019, a FTC divulgou um novo relatório anual com resultados dos trabalhos de privacidade e segurança de dados de janeiro até dezembro de 2018. O relatório traz informações sobre acordos e penalidades impostos, trabalhos realizados junto às empresas e desenvolvimento de recomendações de políticas relativas à proteção ao consumidor, privacidade e segurança de dados.

Dentre as empresas citadas no relatório anual, a mais conhecida internacionalmente foi a Uber. Ela foi o destaque, pois desde 2016 é investigada por sua má conduta e violação das regras de segurança de dados e privacidade. Agora está sujeita a requisitos adicionais, como forma de controle pelo acesso não autorizado de informação ao consumidor.

O acesso aos dados pessoais dos consumidores é tratado tão rigorosamente que Maureen K. Ohlhausen (2018), presidente da FTC, declarou que a Uber, depois de enganar os consumidores sobre suas práticas de privacidade e segurança, agravou a conduta ao não informar acerca da outra violação em 2016, quando a entidade investigava a quebra de dados de 2014.

O acordo propôs que a empresa divulgasse os incidentes que envolvam os usuários, bem como enviasse, periodicamente, os relatórios das auditorias sobre os programas de privacidade.

É relevante mencionar que, no início de 2019, foi iniciada uma nova e grande investigação pela FTC em conjunto com o Departamento de Justiça dos

Estados Unidos às empresas Google, Facebook, Amazon e Apple. Essa investigação abordou questões sobre concorrência e poder de mercado. As atenções estão voltadas às plataformas, pois, segundo o presidente Jerry Nadler, “Dada a crescente maré de concentração e consolidação em nossa economia, é vital que investiguemos o atual estado da concorrência nos mercados digitais e a saúde das leis antitruste.”²²

O comitê analisará questões concorrenciais e de concentração de mercado diante da nova economia orientada pela tecnologia, passando pela revisão das regras antitruste. Todavia, a investigação e possíveis mudanças regulatórias, nesse sentido, podem levar anos.

3.5.2. European Commission - EC

A Comissão Europeia é que dedica esforços para promoção da livre concorrência, segurança dos dados e proteção da privacidade do consumidor²³. A regulação e aplicação da lei europeia de proteção de dados estão a cargo desse órgão.

Atenta às mudanças na economia digital, a União Europeia lançou, em 2014, um projeto chamado “Mercado Único Digital”²⁴. O projeto teve como propósito garantir aos cidadãos europeus a livre circulação de serviços e capitais e onde os indivíduos e as empresas podem acessar e participar de atividades

²²Na mesma declaração, David N. Cicilline, presidente do Subcomitê Antitruste, também ressaltou: “Após quatro décadas de fraca fiscalização antitruste e hostilidade judicial a casos antitruste, é vital que o Congresso intervenha para determinar se as leis existentes são adequadas para combater a conduta abusiva dos porteiros de plataformas ou se precisamos de nova legislação”. **House Judiciary Committee Launches Bipartisan Investigation into Competition in Digital Markets**. 03.jun.19. Disponível em: <<https://judiciary.house.gov/news/press-releases/house-judiciary-committee-launches-bipartisan-investigation-competition-digital>> Acesso em: 18.ago.2019.

²³ Na comissão europeia de concorrência para a gestão de 2014-2019 Margrethe Vestager foi nomeada para viabilizar políticas antitruste, cartéis e fusões. **Reforçar os trabalhos com relação a autorização para o uso de dados pessoais, privacidade dos usuários, tornando os mercados mais competitivos**. VESTAGER, Margrethe. *Competition*. European Commission. 2014. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/>> Acesso em: 19.abr.2019.

²⁴ A Comissão Europeia incluiu o Mercado Único Digital como uma de suas dez prioridades políticas, possuindo como pilares: Acesso, Meio Ambiente e Economia e Sociedade. Veja mais informações em: European Commission. **Shaping the Digital Single Market**. 04.jul.2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market>> Acesso em: 20.ago.2019.

on-line sem problemas. Tudo isso feito em condições de concorrência leal e com alto nível de consumo e pessoal, proteção de dados, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência.

Referida Comissão, inclinada a uma integração digital, constatou a necessidade de derrubar barreiras regulamentares com o intuito de criar um único livro de regras em toda a União Europeia. Os estudos apontam que essas medidas podem contribuir com € 415 bilhões por ano para o crescimento econômico, aumentando o emprego, a concorrência, o investimento e a inovação na União Europeia.

Os estudos ainda concluíram que o mercado europeu de produtos e serviços digitais movimentou 54,4 bilhões de euros em 2015 e 59,5 bilhões de euros em 2016. De acordo com o cenário de alto crescimento, o valor do mercado de dados da União Europeia chegará a 106,8 bilhões de euros até 2020, com uma taxa de crescimento anual composta de 15,7% desde 2016²⁵.

Jean-Claude Juncker, presidente da Comissão Europeia de 2014 até 2019, declarou:

Acredito que devemos aproveitar melhor as grandes oportunidades oferecidas pelas tecnologias digitais, que não conhecem fronteiras. Para isso, precisaremos ter a coragem de quebrar os silos nacionais na regulamentação das telecomunicações, nos direitos autorais, na legislação de proteção dos dados, no gerenciamento de ondas de rádio e na aplicação do direito de concorrência. Desta forma, podemos garantir que os consumidores possam acessar serviços, músicas, filmes e eventos esportivos em seus dispositivos eletrônicos, onde quer que estejam na Europa. (Juncker, Jean Claude, 2019)

De fato, como um grande bloco econômico, a União Europeia busca há alguns anos monitorar o mercado de dados, tendo inúmeras publicações com

²⁵ Na publicação geral dos resultados, o valor geral da economia de dados cresceu de 247 bilhões de euros em 2013 para quase 300 bilhões em 2016. De acordo com as estimativas da ferramenta de monitoramento do mercado de dados, o valor da economia de dados em 2016 valia quase 2% do PIB europeu. Até 2020, a economia de dados da UE deve aumentar para 739 bilhões de euros, com um impacto geral de 4% na economia do bloco em um cenário de alto crescimento, caracterizado por um papel mais forte na inovação digital e por investimentos globais em tecnologia mais altos. European Commission. ***Final results of the European Data Market study measuring the size and trends of the EU data economy***. 02.mai.17. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-results-european-data-market-study-measuring-size-and-trends-eu-data-economy>> Acesso em: 20.08.2019.

fatos, números, conclusões econômicas e políticas dentro deste novo cenário digital, executando ações em prol da integração digital econômica.

Em relação às investigações antitruste pelas plataformas digitais, em 2014, a Comissão Europeia aprovou a aquisição da WhatsApp pelo Facebook, por concluir que a combinação de dados não afeta a concorrência no mercado de publicidade on-line e que mesmo após a fusão haveria disputa suficiente no mercado.

O vice-presidente da Comissão responsável pela política de concorrência, Joaquin Almunia, declarou:

Os aplicativos de comunicação do consumidor mantêm os cidadãos europeus conectados e estão se tornando cada vez mais populares. Embora o Facebook Messenger e o WhatsApp sejam dois dos aplicativos mais populares, a maioria das pessoas usa mais de um aplicativo de comunicação. Revimos cuidadosamente esta proposta de aquisição e chegamos à conclusão de que não iria dificultar a concorrência neste mercado dinâmico e em crescimento. Os consumidores continuarão a ter uma ampla variedade de aplicativos de comunicações ao consumidor. (ALMUNIA, Joaquin, 2014).

A comissão defendeu que o mercado de aplicativos de comunicações para os consumidores está em rápido crescimento e possui ciclos curtos de inovação. Além disso, alegou que uma nova plataforma digital pode surgir e reformular as posições de mercado e que o usuário pode facilmente migrar de um para o outro.

Todavia, importante considerar os riscos de monopólio, pois a concentração de dados em uma única plataforma digital como o Facebook coloca em risco a concorrência no mercado de publicidade on-line e privacidade.

Diante disso, a Comissão é mundialmente conhecida por aplicar multas milionárias às plataformas digitais, face ao desrespeito às regras antitruste estabelecidas na GDPR.

Atualmente, os trabalhos estão concentrados na transparência das políticas de privacidade das plataformas em relação ao armazenamento e uso de dados pessoais dos usuários, realizando conferências anuais dedicadas à privacidade de dados na Europa e no mundo. A nona edição, realizada em março de 2019, apresentou alguns resultados positivos dez meses após a vigência da

General Data Protection Regulation (GDPR), o regulamento europeu acerca da proteção de dados.

Nessa conferência, Vera Jourová, membro da Comissão Europeia, elogiou o acordo realizado com o Facebook acerca dos novos termos que detalham quais serviços a plataforma vende a terceiros. Os serviços são baseados no uso dos dados de seus usuários, como os consumidores podem fechar suas contas e sob quais motivos as contas podem ser desabilitadas. Jourová completou:

Hoje o Facebook finalmente demonstra compromisso com a transparência e linguagem direta em seus termos de uso. Uma empresa que deseja restaurar a confiança dos consumidores após o escândalo Facebook/Cambridge Analytics não deve se esconder atrás de jargões legais e complicados sobre como está ganhando bilhões em dados pessoais. Agora os usuários entenderão claramente que seus dados são usados pela rede social para vender anúncios direcionados. (JOUROVÁ, Vera, 2019)

A GDPR é uma legislação bastante abrangente e protecionista. Foi criticada pelos Estados Unidos por sua rigidez, mas elogiada por diversos países, como o Brasil, que inclusive a utilizou como base para a criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em 2018.

A Comissão contempla o fato que até o primeiro ano de vigência da lei não ocorreram incidentes relacionados ao vazamento de dados pessoais, diferentemente do que já ocorreu nos Estados Unidos, conhecido por regular menos essa matéria.

O oposto ocorre em relação aos Estados Unidos, visto que especialistas e estudiosos apontam para a urgente necessidade de uma nova lei de concorrência, pois a que têm já está ultrapassada. Afirmam ainda que instituir novas regras de privacidade é insuficiente, devendo regulamentar as fusões das empresas de tecnologia, o compartilhamento de dados e ainda que definam e regulem os diferentes modelos de negócios que sustentam os gigantes da tecnologia moderando o poder de algumas empresas grandes empresas de tecnologia.

Por todo o mundo é possível observar a formulação de legislações bastante espelhadas no regulamento europeu, aplicando regras com

características muito semelhantes, como uma lei de privacidade abrangente com um conjunto básico de direitos e aplicada por uma autoridade independente.

Países como Chile, Japão, Brasil, Índia, Argentina, Indonésia, Tunísia e Quênia são algumas das jurisdições que baseadas no regulamento europeu realizaram adaptações internas e redigiram legislações próprias. Esse espelhamento nas regras demonstra uma convergência positiva que facilitará o fluxo de dados seguros pelo mundo.

A União Europeia demonstra a importância de proteger a privacidade, tanto para os indivíduos quanto para a sociedade, revendo periodicamente as questões relativas às políticas de privacidade das plataformas, fraudes, comércio, publicidade on-line e outros. Nesse período, também foram aplicadas algumas multas milionárias, como a gigante Google pela não conformidade às regras, assunto que dois anos de vigência, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) tem sido bem recebida pelas plataformas, com relatos de que foi uma oportunidade reorganizar os sistemas de armazenamento de dados e aumentar sua segurança de forma responsável. No mesmo sentido, ajuda a desenvolver relacionamentos mais confiáveis com seus clientes, oferecendo serviços inovadores e em conformidade com a privacidade.

O fundador do Facebook, Mark Zuckerberg²⁶, declarou a necessidade de uma nova regulamentação de privacidade nos Estados Unidos que seja abrangente e adote o GDPR da União Europeia como uma estrutura comum. Notadamente, a regulamentação europeia é um marco que estabelece condutas e sanções para as plataformas digitais, tornando-se referência mundial na criação e aplicação de regras, sendo atualmente utilizada como suporte para alguns países.

²⁶ O CEO, Zuckerberg ainda complementa sobre a formulação da regulamentação americana: Deve proteger o seu direito de escolher como sua informação é usada - enquanto permite que as empresas usem informações para fins de segurança e para fornecer serviços; Não deve exigir que os dados sejam armazenados localmente, o que os tornaria mais vulneráveis a acessos indevidos; e deve estabelecer uma maneira de responsabilizar empresas como o Facebook, impondo sanções quando cometermos erros. ZUCKERBERG, Mark. ***The Internet needs new rules. Let's start in these four areas***. The Washington Post. 2019. Disponível em: < https://www.washingtonpost.com/opinions/mark-zuckerberg-the-internet-needs-new-rules-lets-start-in-these-four-areas/2019/03/29/9e6f0504-521a-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html?utm_term=.b32f8d8b8f8e > Acesso em: 25.mai.2019.

Interessante destacar que ambas as organizações se preocupam com a limitação da escolha do consumidor pelo abuso do poder de mercado das plataformas. Os algoritmos podem afastar o consumidor da concorrência pelo simples fato de utilizar uma única plataforma²⁷, mesmo havendo concorrentes equivalentes para determinado produto ou serviço. Qualquer forma de limitar a escolha do consumidor deve ser barrada, e para tal, as leis antitruste devem estar atentas às formas de operação das plataformas.

Embora os mercados digitais percorram a internet em todo o mundo, ainda não existe um regramento que possua uma estrutura global comum. Desse modo, ainda é necessário que as empresas realizem suas adaptações de acordo com a norma local. A discussão em torno das condutas das plataformas requer a aplicação de padrões globalmente uniformes, que conseqüentemente trará maiores garantias e proteções aos usuários, bem como permitirão a entrada de novas plataformas.

3.6. Multas por não conformidade

Atualmente, os negócios digitais são altamente competitivos. A melhor maneira de evitar os prejuízos financeiros com as multas milionárias é entender as regulamentações de cada país, para então desenvolver o ecossistema da empresa em políticas e práticas de negócios, de forma que sejam compatíveis com a legislação.

Nos últimos dois anos, inúmeros exemplos de plataformas digitais enfrentaram sérios problemas regulatórios nas mais distintas áreas. Seja na área de saúde, em que o CEO, Conrad Parker foi forçado a renunciar seu cargo da *Zenefits* e depois multado em cerca de 500 mil dólares por fazer declarações e

²⁷ Em março de 2019 a União Europeia multou a Google em R\$ 6,4 bilhões por violação de leis antitruste no mercado de publicidade on-line. Segundo a comissária Margrethe Vestager, a empresa praticou abuso ilegal de sua posição dominante na intermediação de anúncios em serviços de buscas, impondo restrições contratuais anticompetitivas em sites de terceiros. O Globo. União Europeia multa Google em R\$ 6,4 bi por impedir competição em publicidade. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/uniao-europeia-multa-google-em-64-bi-por-impedir-competicacao-em-publicidade-23536004>> Acesso em: 19.abr.2019.

omissões enganosas aos investidores; na área de registro de valores mobiliários, em que as empresas iniciantes de criptomoeda *Airfox* e *Paragon* foram multadas em 250 mil dólares por captar ativos para desenvolvimento de plataformas sem registrar devidamente os valores na comissão de valores mobiliários; na área de mídia social e privacidade, em que o *TikTok* foi multado em 5,7 milhões de dólares por violar a COPPA (Lei de Proteção à Privacidade Online para Crianças) por coletar informações de usuários com menos de treze anos sem o consentimento dos pais, ou no contexto antitruste, em que o gigante de tecnologia Google enfrenta bilhões em multas da EU, tendo a última sido aplicada em fevereiro desse ano²⁸.

Apesar da ausência de regulamentação federal acerca da privacidade dos dados, os Estados Unidos conseguem fiscalizar as empresas de tecnologia através da Federal Trade Commission (FTC), que proíbe as empresas em relação ao envolvimento com “atos ou práticas injustas ou enganosas” e sob essas primícias possui autonomia para notificar e aplicar sanções quando recebe denúncias de empresas de tecnologia que transmitem informações falsas ou enganosas sobre a privacidade dos dados do consumidor, como quando o Facebook informou aos usuários que não venderia seus dados.

De acordo com a Michael Hill (2020), da revista InfoSecurity, a União Europeia, em quase dois anos de vigência da GDPR, possui uma estimativa de ter gerado cerca de 114 milhões de euros em multas, sendo emitidas em torno de 160 mil notificações de violação de dados em toda a Europa.

Até o momento, a maior penalidade aplicada foi à empresa Google, com uma multa de 50 milhões de euros por infrações às leis relacionadas à transparência e à falta de consentimento válido e não à violação de dados. Embora o valor pareça muito alto, ele corresponde a aproximadamente 4% de sua receita anual (limite estabelecido pela lei), mas não pode ser comparado a enorme quantidade de dados capturados que se transformam em bilhões de dólares a cada ano.

²⁸ MCKENZIE, Daniel. **Startup Law A to Z: Regulatory Compliance**. 2019. Disponível em: <https://techcrunch.com/2019/04/04/startup-law-a-to-z-regulatory-compliance/>. Acesso em 20.dez.2019.

Nos Estados Unidos, Natasha Singer (2019) noticiou que a Google também recebeu outra multa em setembro de 2019, no valor de 170 milhões de dólares. O motivo foi o fato de não proteger a privacidade das crianças no Youtube, coletando dados de forma ilegal para direcionar anúncios.

Ainda em junho de 2019, a empresa recorreu de uma multa de 1,7 bilhões de euros por comportamentos anticompetitivos no mercado de publicidade on-line. Em 2020, a Google tenta se defender na corte antitruste das acusações de concorrência desleal de multas que chegam a 2,4 bilhões de euros.

Não é difícil encontrar notícias acerca de notificações e aplicações de multa pela não conformidade com a lei, principalmente a lei europeia, que possui penalidades rigorosas para as empresas.

As empresas transnacionais, por sua vez, embora concordem com a regulamentação, apresentam algumas dificuldades técnicas de adequação. Isso acarreta falhas ou vazamentos no processamento dos dados e até na captação ilegal dos dados dos usuários, o que parece ser uma transição bastante complexa que levará um período para ser implementada mundialmente.

CAPÍTULO 4 – O PODER ECONÔMICO, AS PLATAFORMAS DIGITAIS E OS DADOS PESSOAIS

4.1. O valor da análise de dados para as empresas

O valor de uma empresa, por muito tempo, pode ser auferido por meio da propriedade privada, sobretudo, imóveis, máquinas e outros bens tangíveis. Não deixava se dar um prolongamento da visão encontrada pelo menos até o século XIX, quando a prevalência a clássica dicotomia entre bens móveis e imóveis como a mais relevante classificação dos bens, a refletir, em um primeiro momento, o poder político do detentor propriedade móvel (solo rural), até que o desenvolvimento dos sistemas capitalista e de crédito reverteram essa ordem e transformaram a propriedade móvel sobre moedas, metais preciosos e papeis

em importantes instrumentos para o desenvolvimento da revolução industrial (COMPARATO, 1990, p.28-30).

A partir de então, a vida social passa a ser mais ativa no consumo de bens e serviços, e a acumulação do conhecimento tecnológico começa a ser apropriado e desenvolvido pelas empresas.

A próxima transformação, não há dúvida, para além da estreita ligação entre riqueza econômica e conhecimento tecnológico, reconheceu que as invenções técnicas constituíam elemento indispensável da atividade empresarial e, para estimular seu desenvolvimento, concederam-se aos autores dessas invenções um direito de propriedade temporário, sob forma de patentes (COMPARATO, 2014a, p.95).

Já a década de 60, inicia-se a chamada revolução digital ou do computador “impulsionada pelo desenvolvimento de semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)” (SCHWAB, 2016, p16).

Ao longo dos anos, a revolução causada pela criação do computador e da Internet foi se tornando mais barata e veloz, ao ponto de que quase toda a população mundial tem acesso.

A velocidade na inovação trouxe novos modelos de negócios. Esses modelos envolvem os benefícios da desintermediação de serviços aos consumidores, em uma ponta e na outra, as empresas com suas estratégias de publicidade para atrair cada vez mais usuários.

Pois bem, o que o direito capitalista fez, nos tempos modernos, foi exatamente transformar a propriedade sobre coisas em poder sobre as pessoas. Assim, por exemplo, o poder de controle empresarial sobre os trabalhadores e sobre o próprio destino da empresa, em função da qual vivem os trabalhadores, fornecedores e clientes, é fundado na propriedade do capital. Da mesma forma, o poder indireto sobre os consumidores ou o mercado em geral é, todo ele, fundado na propriedade do capital. (COMPARATO, 2014a, p. 99)

E acertadamente o definiu em suas palavras, pois, atualmente, é essa a conjuntura vivenciada pela sociedade quando se utilizam das plataformas digitais e cedem seus dados para coleta, uso e tratamento de dados, reforçando e aumentando o poder econômicos dessas empresas.

A análise que as empresas utilizam envolve o uso de técnicas avançadas nos dados obtidos de diferentes fontes e tamanhos. O *big data*, como dito anteriormente, para alcançar seu objetivo pleno necessita fundamentalmente possuir alta variedade, volume e velocidade.

Na realidade da era digital em que o mundo vive, as novas empresas de tecnologia oferecem bens de informação, sem que tenham custos de armazenamento ou logístico. Nesse sentido, Klaus Schwab expressa que:

A Inteligência Artificial fez progressos impressionantes, impulsionada pelo aumento exponencial da capacidade de processamento e pela disponibilidade de grandes quantidades de dados, desde softwares usados para descobrir novos medicamentos até algoritmos que preveem nossos interesses culturais. Muitos desses algoritmos aprendem a partir das “migalhas” de dados que deixamos no mundo digital. Isso resulta em novos tipos de “aprendizagem automática” e detecção automatizada que possibilitam robôs “inteligentes” e computadores a se auto programar e encontrar as melhores soluções a partir de princípios iniciais. (SCHWAB, 2016, p.12)

Amit Verma (2018) corrobora o fato que volume de dados é proveniente de várias redes on-line, páginas da web, dispositivos de áudio e vídeo, mídias sociais, e muitas outras fontes. Sua análise envolve técnicas qualitativas e quantitativas para melhorar a produtividade e os lucros dos negócios. Sendo que após extraídos são preparados e combinados para fornecer a análise de maneira ampla, multiforme e eficiente.

Um recente estudo publicado pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*, centro de estudos de economia da Escola de Chicago, relata que:

As empresas de tecnologia afirmam que eles executam *machine learning on big data* e que isso lhes dá uma vantagem competitiva sobre os rivais e lhes permite adequar melhor os seus serviços aos seus consumidores. (STIGLER COMMITTEE FINAL REPORT, 2019, p.44)

Tal vantagem competitiva significa que a mencionada adequação dos serviços aos consumidores nada mais é do que a publicidade direcionada e a divulgação de anúncios focados nos produtos relacionados à busca. Todavia, a correspondência de publicidade personalizada ao cliente potencial parece ajudar tanto o produtor e consumidor do anúncio.

Na indústria do entretenimento digital não é diferente, existe uma concorrência acirrada pelo público. Agora, os videogames competem contra filmes, TV e outras formas de entretenimento digital.

É o caso de empresas como a Netflix, fundada em 1997, como empresa de serviço de entrega de DVD pelo correio. Em 2007, nos Estados Unidos, começou a sua expansão com o *streaming*. Sua primeira série de sucesso foi em 2013, com o lançamento do *House of Cards*. Atualmente, mais de 190 países têm acesso à sua plataforma. No ano de 2018, foi avaliada em US\$ 164 bilhões com crescimento de mais de 70%.

Como toda grande plataforma digital, a Netflix introduziu um modelo baseado em análise de dados e com isso garantiu o sucesso permanente na escolha do público. A empresa usa esses dados para criar um algoritmo de recomendação em que os usuários confiam, porque normalmente é assertivo nas demandas que prevê.

Assim, utilizando-se dos dados obtidos através das contas dos usuários, garante seu sucesso absoluto como plataforma de *streaming* em total contraste com a indústria tradicional de cinema. Isso explica o êxito de suas produções. Suas séries não são movidas por grandes inspirações, mas a análise de dados indica o que dará certo.

No caso do Fortnite, muito mais do que um jogo, tornou-se um fórum social. É uma fonte de entretenimento e um fenômeno cultural que alcança todas as faixas etárias, realizando competições ao vivo e atraindo multidões de usuários à plataforma.

O jogo se tornou uma plataforma de *streaming* de videogame em julho de 2017, e devido à popularidade, é considerado um fenômeno. Ele acumula muitas horas de visualização de seus usuários e 68,8% relataram que realizam compras dentro no jogo. Outro dado interessante colhido em outubro de 2018 é

que metade dos adolescentes usam a plataforma para manter contato com seus amigos²⁹. É nítido que a plataforma vem contribuindo para a transformação do entretenimento digital e vem competindo com as grandes plataformas digitais que conhecemos.

A concorrência no mercado de entretenimento está, portanto, tornando-se mais complexa e multifacetada, com grandes empresas se ramificando em mercados vizinhos para competir em uma escala mais ampla. Nesse sentido, temos ainda a Netflix que hospeda uma grande biblioteca de conteúdo, original e licenciado, e muito embora esteja atualmente liderando no mercado de serviços de *streaming*, quer manter sua vantagem com novos serviços de *streaming* e outras formas de entretenimento digital.

Em meados de 2010, o cientista-chefe do Google, Peter Norvig, declarou que “Não temos algoritmos melhores do que ninguém; só temos mais dados”³⁰.

Scott Cleland (2011), especialista em concorrência na internet e tecnologia, aduz que:

O Google foi o primeiro a descobrir que todos os dados da Internet podem ser capturados, armazenados e analisados. Sendo que o segredo do poder de mercado sem precedentes do Google é que o Google está disposto e capaz de infringir em massa os dados privados de outras pessoas sem a permissão dos proprietários mais do que qualquer outra empresa.

Em um caso da Corte Americana, no ano de 2009, a Divisão Antitruste afirmou que o Google obtém a vantagem imbatível, ao ser o primeiro a agregar o máximo de dados de todas as formas, por todos os meios necessários e, em seguida, excluir os concorrentes desse banco de dados quase por completo³¹.

²⁹ A amostra foi coletada entre os dias 8 a 17 de outubro de 2018 e totalizou o número de 19.063 adultos, incluindo 2.111 pais com crianças entre 9 e 17 anos e 1.348 adolescentes entre 13 e 17 anos de idade. Para o detalhamento da pesquisa, ver: **Fortnite Frenzy**. Disponível em: <<https://www.common sense media.org/fortnite-frenzy-key-findings>> Acesso em: 24.maio.2019.

³⁰ Veja a menção em: **Google's "Infringnovation" Secrets**. Forbes. 03.out.2011. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringnovation-secrets/#231724ba30a6>> Acesso em: 15.08.2019.

³¹ Veja a decisão completa em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/488171/download>. Case 1:05-cv-08136-DC. 18.set.2009. United States District Court Southern District Of New York. Acesso em: 20.08.2019.

O Relatório Final da *Australian Competition & Consumer Commission*, publicado em julho de 2019, no mesmo sentido destacou que:

Além da quantidade de tempo gasto nas plataformas, a amplitude e a profundidade dos dados do usuário coletados por cada Google e Facebook oferecem fortes vantagens competitivas. Os múltiplos pontos de contato que o Google e o Facebook têm com seus usuários permitem coletar dados do usuário, melhorar seus serviços, atrair mais usuários e anunciantes, criando assim um ciclo de feedback. Nenhuma outra empresa chega perto do nível de rastreamento realizado pelo Google e pelo Facebook. (Australian Competition & Consumer Commission Final Report, 2019, p.58).

Como já relatado neste trabalho, embora o custo para o usuário seja zero para navegar nas plataformas, o consumidor paga mediante a transferência de seus dados. Um documento recente demonstra como o Facebook tornou-se muito mais agressivo na recolha de dados após enfrentar menos concorrência que o MySpace³².

Baseados no sucesso da correta análise de dados, essas plataformas digitais têm mudado a forma e o estilo de vida da sociedade global, atraindo os consumidores para formas cada vez mais sobrepostas de mídia digital, como serviços de *streaming*, mídia social ou até jogos de videogames.

4.2. Novos mercados, velhas práticas

Os efeitos da quarta revolução industrial causaram mudanças nos modelos políticos, econômicos e sociais existentes. A ruptura ocasionada pela

³² “Hoje, a capacidade do Facebook de causar danos tanto a consumidores quanto a editores de notícias baseia-se fortemente, embora não exclusivamente, em uma única prática na qual o Facebook se envolve: a vigilância. O Facebook não apenas rastreia os usuários enquanto eles estão no site; também os segue depois que eles saem do próprio Facebook. Essa capacidade singular de vigiar clientes - em milhões de empresas independentes e às vezes competitivas - é a fonte das margens de lucro extraordinariamente altas do Facebook em publicidade digital, bem como sua capacidade de infligir danos aos participantes do mercado. O Facebook não conseguiu se safar disso quando enfrentou uma concorrência real” SRINIVASAN, Dina. *"The Antitrust Case Against Facebook"*, *Berkeley Business Law Journal* 16, no. 01, 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3247362> Acesso em: 15.out.2019.

tecnologia nos negócios criou novas maneiras de servir às necessidades efetivas e provocou um abalo nas cadeias de valor existentes

Todos esses diferentes impactos exigem que as empresas repensem seus modelos de funcionamento. Nesse sentido, o desafio do planejamento estratégico ocorre pela necessidade de as empresas operarem com maior velocidade e agilidade (SCHWAB, 2016, p.30).

Embora os mercados dominados por tecnologia sejam relativamente novos, as práticas de concentração para acumulação de capital não são tão novas assim.

Do ponto de vista lógico, vale a advertência de Stiglitz de comprovação empírica. Sendo o desenvolvimento tecnológico um processo, os monopolistas têm a tendência a iniciar o desenvolvimento de uma nova tecnologia e levá-la só até o ponto em que são capazes de fazer os concorrentes. A partir daí, os monopolistas ou simplesmente descontinuam, ou arrefecem o desenvolvimento tecnológico (COMPARATO, 2014, p. 52).

A História adverte que todo poder livre de peias degenera, naturalmente, em pura força a serviço do seu titular. Compete, pois, ao Estado intervir no jogo econômico para evitar a degradação da função social das empresas. Nesse sentido, compete também “desestimular as atividades produtoras de bens e serviços menos importantes, ou mesmo nocivos à saúde ou ao bem-estar públicos, ainda que tais empresas sejam altamente rentáveis ou lucrativas” (COMPARATO, 2014, p.616-617).

O Relatório Final do Stigler Center (2019, p.07-08) confirma as especulações de que os mercados que operam nas plataformas digitais apresentam características de mercados monopolizados. Essas características são: i) forte efeitos de rede (quanto mais pessoas usam um produto, mais esse produto torna-se atraente para outros utilizadores), II) fortes economias de escala e de escopo (o custo de produção de mais ou de expansão em outros setores diminui com o tamanho da empresa), iii) custo marginal próximo de zero (o custo de manutenção de outro consumidor é perto de zero), (iv) alto e crescente retorno para o uso de dados (quanto mais dados a empresa controla,

melhor é o seu produto) e v) baixos custos de distribuição que permitem um alcance global.

O que leva a concluir que um novo participante, provavelmente, será incapaz de superar as barreiras à entrada representada por economias de escala e controle de dados.

É importante destacar que estudos mais recentes demonstram que é impossível identificar qualquer relação positiva entre monopólio e inovação tecnológica. Os resultados dos estudos econométricos são bastante incertos, não identificando qualquer tendência a favor do monopólio em detrimento da concorrência (COMPARATO, 2014, p. 52).

Os monopólios tendem a se proteger e proteger seus investimentos e fatias no mercado. A prática demonstra e a lógica indica que o investimento do monopólio em tecnologia (ainda que, como apontado, seja apenas defensivo) tende a ser maior que o do potencial entrante, tanto porque o monopolista tem uma posição de mercado a proteger, quanto porque tem mais poder (COMPARATO, 2014, p. 52).

É necessário, portanto, que os líderes globais — especialmente aqueles que defendem a igualdade e a justiça social — tomem consciência dos perigos que a rápida mercantilização digital representa para as pessoas vulneráveis em todo o mundo e seu impacto sobre a democracia e a dignidade. Como o acadêmico Dan Schiller adverte:

Para a maioria dos povos do mundo, se o crescimento lucrativo do capital pode ser renovado, e por quem, é muito menos importante do que as consequências da mercantilização digital para o emprego, a exploração e a desigualdade; pela perspectiva do autogoverno democrático; para o ambiente devastado; e para o caráter e a qualidade dos serviços culturais necessários para sustentar vidas significativas. Os choques da mercantilização digital estão escrevendo um novo capítulo na longa história do violento deslocamento do capitalismo. Isso faz com que a discussão de estratégias para alternativas sociais seja essencial, de fato, urgente. (PINTO, 2018, p.24)

Dessa forma, a plataforma digital utiliza os conhecimentos tecnológicos muitas vezes privilegiados em detrimento de outras, para atrair consumidores

através da manipulação de suas preferências. Combinada com seu poder de mercado, extraem o maior lucro possível.

4.3. A concentração do poder econômico nos mercados de tecnologia e seus reflexos na concorrência

Com base nos aspectos destacados anteriormente, é possível afirmar que a economia mundial está interconectada entre os mais diversos setores, por conta das parcerias que resultam em benefícios recíprocos.

Na década passada, os movimentos de fusões e aquisições que alertavam os economistas eram sobre as transnacionais atuantes no mercado na busca de expansão territorial e aumento de lucros. Os números nessas operações ainda são extraordinários e representam grande fatia do PIB dos países.

Todavia, o que se pode observar, nos últimos anos, é um movimento de sucessivas aquisições em um rápido processo de monopolização em âmbito global de empresas na busca do domínio do mercado digital.

Bagnoli (2008, p.153) afirma que autorregulação do mercado pela “mão invisível” da concorrência, regida pela lei da oferta e procura, como defendeu Adam Smith, representa o ideal da matéria antitruste. Contudo, a história já nos mostrou que a economia não consegue atuar sem a disciplina do Estado.

O poder econômico pode falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da “mão invisível” de Adam Smith: o preço. Em uma situação normal, o preço deve ser a representação da escassez relativa de um produto. No entanto, em uma situação de monopólio, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real escassez do produto. É decorrência do poder do agente econômico, que sendo responsável por grande parte da produção, pode reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços e, conseqüentemente, o chamado “lucro monopolista” (Salomão Filho, 2007, p.61).

As maiores ocorrências do poder econômico são relativas às barreiras de entrada, pois diz respeito à capacidade de obtenção de lucros pelo detentor da posição dominante sem que novos competidores vislumbrem sua entrada nesse mercado.

Para Marshall e Stucke (2018, p.02), os monopólios são reconhecidos como inevitáveis pelos governos que fecham os olhos aos abusos cometidos pelas empresas em posição dominante e denominam como tecnocracia.

Estudiosos da área jurídica e econômica estão cada vez mais constatando que o poder de mercado tem um problema. As evidências apontam para menos concorrência, uma maior concentração, maior poder de mercado e uma alargamento entre a riqueza e a desigualdade de renda.

Conforme as pessoas em todo o mundo obtêm acesso à tecnologia mais sofisticada em âmbito pessoal, uma nova geração de desenvolvedores e criadores de conteúdo está surgindo. A próxima geração de tecnologias, produzidas fora dos gigantes da tecnologia, pode trazer as soluções para tudo isso, desde que sejam projetadas, desenvolvidas e distribuídas considerando um conjunto diferente de valores, comportamentos sociais e dinâmicas. Tal poder criativo pode ser bloqueado, se não for detido o atual rumo da arquitetura tecnológica que restringe a criatividade em vez de possibilitá-la e que incentiva o consumo e centraliza o poder (PINTO, 2018, p. 22).

Práticas anticoncorrenciais, ilegais e restritivas do livre comércio devem ser combatidas, devendo a atividade econômica cumprir a sua função social, sem interferir negativamente no desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, a finalidade da defesa da concorrência é garantir o bom funcionamento do mercado. Bagnoli (2008, p.163) defende que o funcionamento do mercado, tutelado por uma eficaz legislação da defesa da concorrência, impõe um limite à possibilidade de os agentes adquirirem poder econômico através de comportamentos e práticas restritivas, em vez da eficiência e de suas capacidades superiores.

O direito concorrencial pode atuar de forma repressiva no controle de condutas, como a formação de cartéis. Essa é considerada a mais grave infração antitruste, porque não gera nenhum benefício em prol da sociedade, e ainda que

gerasse, jamais superaria os prejuízos causados, sendo considerados uma restrição pura à concorrência.

Os cartéis, denominados *hardcore*, são definidos pela *ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)* no trabalho *Hard Core Cartels* (2000) por prejudicarem os clientes aumentando os preços e restringindo a oferta. Tornam, assim, os bens e serviços completamente indisponíveis para alguns compradores e desnecessariamente caros para outros.

Em 1998, a *OECD* recomendou que os países membros participem dos programas de cooperação para detectar e impedir que as empresas formem cartéis, aderindo à multa e sanção que podem chegar até a pena de prisão dos empresários para reprimir esse tipo de conduta.

O método antitruste opera, em regra, em dois níveis: (a) análise de poder de mercado, dividida em: definição do mercado relevante e cálculo de participações de mercado, análise de barreiras à entrada, e rivalidade; e (b) eficiências.

Muito se discute se o método antitruste pode lidar com concentrações ou condutas ocorridas na nova economia. A maior crítica, em relação à análise tradicional do direito antitruste aplicado a mercados de alta tecnologia, refere-se a uma suposta estaticidade dos instrumentos de análise face à dinamicidade desse mercado³³.

O direito concorrencial pode atuar de forma preventiva no controle das estruturas, pois com a repressão aos cartéis, os agentes econômicos buscariam

³³ “A moderna teoria e prática antitruste - a “empresa antitruste” - tem suas raízes em uma época em que a produção nacional era fortemente dependente de recursos naturais e bens manufaturados. As economias eram agrárias e industriais. E, sem surpresa, os alvos tradicionais da imposição antitruste competiam nas linhas de comércio comoditizadas: petróleo, aço, alumínio, tabaco e similares. Para fins de análises econômicas e antitruste, esse tipo de mercado é relativamente simples de navegar. Os produtos relevantes são amplamente homogêneos - um alqueire de milho, um pé de cano ou uma libra de cimento é geralmente um substituto quase perfeito para outro. A produção geralmente está sujeita a economias de escala substanciais, um recurso que tende a aumentar a concentração do mercado e a gerar um número gerenciável de grandes concorrentes estabelecidos em um determinado mercado. As barreiras à entrada geralmente consistem principalmente de tempo e capital. E as empresas competem principalmente pela definição de preços ou níveis de produção, e não pela inovação de produtos.” NEWMAN, 2014, p.41-42

outras formas de viabilizarem seus ganhos, visto que, como já mencionado, a mera detenção de poder de mercado não seria, em si, ilícita. Assim, o controle das concentrações como forma preventiva da regulação do poder econômico deve fazer parte das políticas anticoncorrenciais.

O fracasso em desenvolver uma abordagem global dos cartéis e monopólios mundiais é outro exemplo de como a globalização econômica é mais rápida do que a globalização política (STIGLITZ, 2017, p. 323).

No Brasil, para a Lei Antitruste (Lei 12.529/11), a posição dominante é presumida sempre que ora uma empresa, ora um grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, ou quando controlar mais de 20% do mercado relevante.

Todavia, a referida legislação não pune a posição dominante em si. O teor do artigo 36 parágrafo 1º empresa que “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

Segundo interpretação de Paula Forgioni (2015, p.263), apenas o abuso da posição dominante é vedado e não o uso. Ele defende que outra interpretação seria inconstitucional, tendo em vista o disposto no artigo 170 da Constituição Federal. Assim, a vantagem competitiva do agente econômico adquirida pela maior eficiência não pode ser punida — essa linha se adéqua à tese de Robert Bork. Ele defendia que a vantagem adquirida por mérito de eficiência da empresa não pode ser passível de punição.

Punições são frequentemente noticiadas na internet e alguns países estão impondo multas pesadas às empresas envolvidas em cartéis. No Brasil, há recentes casos em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)³⁴ multou em R\$ 3,1 bilhões um grupo de seis empresas do setor de

³⁴ “CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. Tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>> acesso em: 16.abr.2019.

cimento, além de associações executivos em 2014. O caso foi o maior valor aplicado dentro de um processo de cartel no país. No ano de 2018, o CADE também condenou seis associações e seis pessoas físicas por formação de cartel no mercado de serviços de táxi, com multas de R\$ 160 mil às empresas e R\$ 16 mil para cada pessoa física.

Na Europa, a Comissão Europeia multou, em março de 2019, as empresas Autoliv e TRW em € 368 milhões por acordo de cartel, e uma terceira empresa, a Takata, não foi multada por revelar os cartéis à Comissão. As duas empresas participaram de dois cartéis para o fornecimento de cintos de segurança, *airbags* e volantes para fabricantes de carros europeus.

A possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação aos outros agentes é a decorrência da posição dominante que exerce o detentor do poder. Normalmente, as empresas nessa posição concentram-se no poder de aumentar seus preços.

Todavia, é possível afirmar que o direito antitruste é pautado na repressão ao abuso da posição dominante e das concentrações entre agentes econômicos, reprimidos por sua capacidade de obterem vantagens por sua posição privilegiada no mercado. “A justificativa apresentada para o tratamento diferenciado relativamente às concentrações econômicas é que só com relação a estas últimas pode-se presumir a existência de eficiências.”³⁵

Formas alternativas de propriedade pública e compartilhada para plataformas ajudarão a criar uma economia mais democrática, transcendendo a lógica dos sistemas de redes orientados pelo mercado, por rentistas e privatizados. Diversas vezes, isso leva a decisões baseadas em visões de curto prazo, na extração de lucro e na apropriação de recursos comuns para ganhos privados. É necessária uma abordagem de longo prazo para tecnologia, economia e política, na qual recursos e bens públicos são de propriedade, gerenciados e distribuídos para o bem coletivo. Essa tarefa diz respeito à construção da democracia do século XXI. (PINTO, 2018, p.23)

³⁵Em sentido similar, cf. KAISER, Hanno., op. cit., p. 7: “*From a welfare economics standpoint, cartels are usually worse than monopolies, because one huge firm (monopoly) is more likely to realize efficiencies of scale than two large firms that merely agree not to compete (cartel). The potential for creating efficiencies is the key rationale for the ‘merger privilege’ that is, the reason for the more lenient treatment of mergers, even though the result of a horizontal merger is the elimination of a competitor*”. SALOMÃO FILHO, 2007, p.266.

De um lado, a vantagem competitiva é incentivada mediante a aplicação das leis do livre mercado e livre concorrência, mas de outro lado, não existem critérios estritamente definidos para determinar as práticas lícitas que podem causar prejuízos aos demais participantes.

A inovação constante também desempenha um papel fundamental na resistência e derrota do domínio tecnológico. Pensar além do mercado é algo que as nações desenvolvidas já estão fazendo.

4.3.1. Os dados e as práticas antitruste

Empresas de todos os setores estão cada vez mais utilizando as informações coletadas sobre as interações do cliente, com o propósito de melhorar suas operações. Isso é especialmente verdadeiro no ambiente digital, em que os dados do usuário são facilmente coletados e a tecnologia da informação avança rapidamente.

Como amplamente difundido, toda plataforma digital com poder de mercado utiliza o *big data* em seu modelo de negócio, visto a enorme quantidade de informações que podem ser coletadas. Esse é o ponto que mais preocupa as políticas antitruste.

Cada vez mais, a atenção das autoridades globais se volta ao armazenamento e vazamentos de informações pessoais dos usuários de plataformas digitais. Rotineiramente, há notícias sobre o vazamento de dados e pesquisas realizadas. Nesse sentido, sempre demonstram a posição desfavorecida do consumidor com a circulação de suas informações pessoais pelas redes.

Nos Estados Unidos, a proteção ao consumidor é realizada pela *Federal Trade Commission (FTC)*, que cuida de todos os aspectos relativos ao comércio de produtos e serviços focados na proteção ao consumidor. A FTC possui um instituto específico de tratar sobre assuntos relativos à tecnologia, segurança e privacidade de dados dos consumidores, como também questões relativas às práticas anticoncorrenciais.

Jessica Rich (2015), secretária de Defesa do Consumidor Americana, declarou que as principais preocupações antitruste envolvem o controle de dados por um pequeno número de empresas concentradas e a falta de transparência sobre seu armazenamento e utilização.

Há muitos debates sobre a relação dos dados e a competitividade das empresas digitais. Contudo, os inúmeros estudos levam a uma única conclusão: os dados mantidos por uma plataforma, especialmente a que possui grande participação de mercado, pode ser usada para limitar a concorrência e prejudicar os consumidores. Além do mais, mesmo que os concorrentes menores possam armazenar bancos de dados, teriam menos benefícios, tendo em vista os bilhões de dados armazenados pelas *big tech* que as ajudam a encontrar os melhores resultados.

A Comissão Europeia, em 2014, aprovou a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, por concluir que não são concorrentes próximos e que os consumidores continuariam a ter uma ampla variedade de aplicativos alternativos de comunicação.

A Comissão, em última análise, permitiu a fusão, alegando a existência de inúmeros concorrentes que possuem suas próprias bases de dados do usuário. Entretanto, o inquérito reconheceu o perigo analisando que haveriam problemas com a concentração de dados e que poderiam prejudicar a concorrência no mercado de publicidade.

A comissária sobre assuntos de concorrência da União Europeia, Margrethe Vestager (2016), explicou acerca dos desafios no uso de dados com a devida proteção à privacidade. Destrichou também que o problema da concorrência não é possuir uma grande quantidade de dados, e sim, o poder de impedir que outras empresas concorram. O problema surge se esses dados forem realmente únicos e não puderem ser duplicados por mais ninguém. Ela declarou:

É verdade que não devemos suspeitar de todas as empresas que possuem um valioso conjunto de dados. Mas precisamos manter um olhar atento sobre se as empresas controlam dados exclusivos, que ninguém mais pode obter, e podem usá-las para impedir que seus rivais saiam do mercado. Isso pode significar, por exemplo, dados coletados por meio de monopólio (VESTAGER, Margrethe, 2016).

A OCDE (2019a) recentemente concordou com a noção de "mercados orientados por dados pode levar a um 'vencedor leva tudo' resultado onde a concentração é um resultado provável de sucesso no mercado".

O poder que há nas "mãos" dos detentores de dados é difícil de ser calculado. Voltando ao exemplo da Uber, a plataforma armazena enorme quantidade de dados, incluindo informações pessoais, sobre o tráfego e tempos de viagem. Os cálculos de algoritmos e estudos realizados pela empresa fez com que fossem lançadas plataformas como a *Uber Eats*³⁶, a *Uber Movement*³⁷ e a *Uber Freight*³⁸.

O fato é justamente esse: todos estão envolvidos com a tecnologia da informação em algum nível, desde o consumidor individual até as grandes indústrias. É praticamente nula a possibilidade de não utilizar algum tipo de tecnologia digital em seu benefício. As plataformas digitais não só disputam o consumidor, mas também a inovação tecnológica, a logística e os serviços de *streaming*.

Os gigantes da tecnologia buscam incessantemente a expansão para novos mercados que ofereçam vantagens competitivas. Dessa forma, investem

³⁶ Segundo informação da Forbes, a Uber Eats, em seu último relatório financeiro, anunciou expectativa de entregar US\$ 10 bilhões em alimentos no mundo todo este ano (2019). A Uber tem um corte de 30% nas vendas, além de uma taxa de entrega, para gerar pelo menos US \$ 1 bilhão em faturamento da Eats este ano. D'ONFRO, Jillian. **Uber's Latest Financials Reveal Slowing Growth**. Forbes. 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jilliandonfro/2019/02/15/ubers-latest-financials-reveal-slowing-growth/#bb22059609ac>>. Acesso em: 19.abr.2019.

³⁷ A Uber Movement é uma plataforma que concentra os dados anônimos de mais de dois bilhões de viajantes para auxiliar no planejamento urbano, e investir em soluções futuras para tornar as cidades mais eficientes. Os dados são organizados de forma geográfica em torno de zonas de análise de tráfego. Essas informações devem facilitar a integração das novas informações no planejamento urbano existente e no gerenciamento de tráfego. UBER. **Let's find smarter ways forward**. Uber. Disponível em: <<https://movement.uber.com>> Acesso em: 19.abr.2019.

³⁸ A Uber Freight conecta empresas de caminhões de qualquer tamanho com cargas para transportar, oferecendo preços iniciais aos motoristas, pagamento rápido e a capacidade de reservar uma carga com o toque de um botão. Disponibiliza oportunidades para transportadoras, fornecendo acesso a uma vasta rede de transportadoras confiáveis, bem como visibilidade em tempo real do status de seus fretes. UBER. **Uber Freight launches in Europe**. Uber. Disponível em: <<https://www.uber.com/newsroom/uber-freight-launches-in-europe/>> Acesso em: 19.abr.2019.

milhões de dólares em pesquisas de mercado e tecnologia da inovação. Fazem isso visando novas possibilidades através da criação, das parcerias ou como é frequentemente visto, pela aquisição de outras empresas. Ou seja, as empresas aproveitam o poder de mercado para competir em outros mercados e crescer o mais rapidamente possível.

Mais uma vez, a Uber é um excelente exemplo. Além das plataformas desenvolvidas (*Eats, Moviment, Freight*), a empresa adquiriu, por US\$ 680 milhões, em agosto de 2016, a Otto, uma startup autônoma de caminhões e transportes, acreditando poder aplicar a sua tecnologia exclusiva para transformar os veículos em autônomos. No final do ano de 2016, a Uber lançou a *Uber AI Labs*, seu laboratório dedicado às pesquisas em inteligência artificial, fruto da aquisição da *Geometric AI*. Em março de 2019, adquiriu a *Careem*, plataforma de transporte de passageiros que opera no Oriente Médio, por US\$ 3,1 bilhões, no intuito de expandir a variedade dos serviços oferecidos e atender mais consumidores.

Os progressos são tão significativos no desenvolvimento de tecnologia que, em abril de 2019, mais um grande aporte financeiro foi recebido. Dessa vez, pelas empresas Toyota, *DENSO* (fornecedora automotiva global) e o *SoftBank Vision Fund*, que juntas investiram mais de US\$ 1 bilhão no grupo de pesquisas de tecnologias da Uber, com o propósito de acelerar o desenvolvimento e a comercialização de serviços automatizados de compartilhamento de viagens.

Essas conexões (em busca de desenvolvimento de tecnologias da informação) e aquisições de plataformas (na procura pela ampliação da atuação) demonstram que as grandes empresas digitais não possuem barreiras de atuação, todavia, possuem grande relevância em um mercado específico como Facebook, Google e Apple.

A tendência tecnológica à concentração e às altas barreiras à entrada são latentes, e isso pode levar a formação de monopólios tão fortalecidos de modo que seria irreversível.

O questionamento feito é: as novas empresas poderão competir nesses mercados ou apenas as plataformas dominantes? O fato é que existe uma grande capacidade para as plataformas tecnológicas expandirem, baseadas no

poder econômico e nos dados obtidos para alavancarem seu poder em mercados adjacentes.

Os cientistas políticos distinguem várias fontes de poder: i) dinheiro; ii) poder de mídia; iii) capacidade de mobilizar eleitores; iv) complexidade que protege da votação pública; v) a capacidade de projetar seu interesse como um interesse nacional essencial. Como se percebe, as plataformas digitais são únicas, porque são capazes de concentrar todas essas cinco fontes em suas “mãos”.

Outro caso interessante e detalhadamente estudado é o Google. Segundo Nathan Newman (2013), a plataforma se tornou consolidada devido ao seu controle monopolista dos dados do usuário. Com esses dados, a empresa pôde oferecer aos clientes maior probabilidade de comprar o produto de um anunciante e, o mais importante, ajudar a vender esses produtos pelo preço mais alto que o usuário estiver disposto a pagar. Dessa forma, como o anunciante prefere clientes segmentados, é formado o ciclo de barreiras à entrada que somente uma intervenção antitruste resolverá.

Do ponto de vista antitruste, é certo que o Google não alcançou seu controle sobre os dados do usuário através da inovação apenas, por mais que inicialmente tenha ocorrido dessa forma. A plataforma já foi alvo de inúmeras investigações em vários países, tendo invadido conexões Wi-Fi para controlar a localização dos usuários³⁹ ou por abusar da posição dominante e impedir anúncios dos concorrentes⁴⁰, além das inúmeras violações de privacidade dos usuários⁴¹.

Aparentemente, o que se demonstra é que o seu comportamento não é para competir, mas sim controlar os mercados e reforçar seu monopólio de

³⁹ DUFFY, Clairy. **Google agrees to pay \$13 million in Street View privacy case.** CNN Business. 2019. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2019/07/22/tech/google-street-view-privacy-lawsuit-settlement/>> Acesso em: 15.ago.2019.

⁴⁰ G1. **União Europeia multa Google em 1,49 bilhão de euros por impedir anúncios de concorrentes.** Globo.com. 20.mar.19. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/03/20/uniao-europeia-multa-google-em-149-bilhao-de-euros-por-antitruste.ghtml>> Acesso em: 15.ago.2019.

⁴¹ SATARIANO, Adan. **Google Is Fined \$57 Million Under Europe's Data Privacy Law.** The New York Times. 21.jan.19. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/01/21/technology/google-europe-gdpr-fine.html>> Acesso em: 15.ago.2019.

publicidade em pesquisa. Segundo Newman (2013), isso distorce a economia on-line, aumentando as taxas de publicidade com os custos repassados aos consumidores. A disposição do Google de renunciar a receita imediata no fornecimento de produtos gratuitos aos usuários on-line para coletar seus dados, pode parecer benigna. Entretanto, destrói a inovação em potencial provedor de serviços rivais em setores que acabam com nenhum modelo econômico viável, além da versão controlada por publicidade do Google.

Os dados armazenados e analisados são capazes de manipular a sociedade, alterando a autonomia do usuário na tomada de decisão diante da sua vulnerabilidade. Isso acaba por afetar bilhões de pessoas e ocorre sem que haja uma responsabilidade civil a ser aplicada.

Regulamentar as plataformas orientadas por dados é extremamente complexo e inadiável, pois a capacidade de gerar um grande impacto dentro do contexto tecnológico é muito alta. É necessário, então, dar maior atenção à elaboração de normas e recomendações acerca da utilização dos dados pessoais, estimulando a melhor utilização dos dados e proteção da privacidade, bem como fomentando a competitividade através da inovação em busca da excelência (e não predatória), limitando seu poder de mercado em parâmetros pré-estabelecidos em uma estrutura globalmente harmonizada.

Por tudo o que foi exposto nesse tópico, é possível identificar a problemática envolvendo o consumidor, a concorrência e o poder de mercado das plataformas digitais. A realidade do poder de mercado exercido pelas plataformas digitais merece todo enfoque das leis antitruste, devendo considerar que seus atributos tecnológicos permitem rápidas modificações, bem como cada mercado apresenta propriedades peculiares, e os reguladores, por sua vez, exigem uma gama de análises regulamentares.

Especificamente ao Brasil, respostas eficazes devem ser dadas aos mercados digitais, e para tanto, deve haver uma melhor integração entre as abordagens tradicionais de direito antitruste e outras áreas que abarquem o mercado digital. A Lei 13.709/2018 — Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD, dispõe sobre a proteção de dados pessoais, utilizando como base a regulamentação europeia (GRPD), considerada a mais bem elaborada do

mundo, com um escopo abrangente o suficiente para ser aplicada em diversas condutas praticadas pelas plataformas digitais.

É necessária a existência de padrões mínimos para a análise concorrencial do mercado no ambiente digital. A combinação de fatores políticos e econômicos reforçam seu alcance global, criando uma tendência sem precedentes para a monopolização. Isso ocorre por se tratar de um mercado que tende para a concentração, com concorrência acirrada entre as grandes plataformas que estabelecem elevadas barreiras à entrada.

A compreensão do poder do mercado digital é o que trará as mudanças a serem aplicadas. Entretanto, deve ser aplicada com a devida adequação à abordagem jurídica tradicional, como introduzindo os novos instrumentos jurídicos do direito da concorrência, a proteção da privacidade e outras estratégias regulatórias em consonância ao Direito Antitruste 4.0.

4.3.2. Problemas antitruste na concorrência digital

Diante da ruptura com a tecnologia até então conhecida, o mundo passa por uma profunda transformação que irá mudar a forma com que todas as coisas funcionam. Todavia, há alguns perigos e riscos que precisam ser orientados e previstos pelo sistema normativo, que de forma ágil e responsável, deve permitir o progresso das inovações e garantir a estabilidade e proteção da sociedade.

As plataformas digitais enfrentam inúmeros processos por práticas antitruste, por exemplo, a fixação de preços e conluio entre os seus fornecedores, e o esquema de preços predatórios abaixo do mercado.

Nesse contexto, é indispensável que os reguladores entendam muito bem o que estão regulamentando, para que formas de adaptação a esse novo e veloz ambiente digital sejam encontradas. O maior desafio da regulamentação nessa área é ser essencialmente mais ágil do que a velocidade das inovações, criando normas que garantam a competitividade, a equidade, a propriedade intelectual inclusiva, a segurança, a confiabilidade e a justiça.

Schwab (2016, p.36) afirma:

Os países e as regiões que conseguirem estabelecer as melhores normas internacionais para o futuro em relação às principais categorias e campos da nova economia digital (comunicações 5G, o uso de drones comerciais, a internet das coisas, a saúde digital, manufaturas avançadas e assim por diante) colherão grandes benefícios econômicos e financeiros.

Lina Khan⁴², jurista norte-americana, argumentou que as atuais interpretações da lei antitruste dos EUA, que visa regular a concorrência e coibir práticas monopolísticas, são totalmente inadequadas à arquitetura da economia moderna. Ela afirma também, veementemente, que as grandes plataformas, como Amazon ou Google, utilizam preços predatórios para dominação de vários setores, sufocando a concorrência e as escolhas.

Robert Bork, jurista e estudioso americano renomado, falecido em 2012 com mais de quarenta anos de carreira e o seu famoso livro *The Antitrust Paradox*⁴³, defendia que se os monopólios estão reduzindo os preços para os consumidores, o mercado deve estar funcionando de maneira eficaz. Ele afirmava, em sua teoria, que as medidas antitruste americanas eram destinadas apenas a proteger o bem-estar do consumidor, portanto, nenhuma ação poderia ser tomada, a menos que houvesse evidência de prejuízo ao consumidor, ou seja, que uma empresa dominante estivesse aumentando os preços.

Essa teoria foi adotada durante muitos anos pela Suprema Corte Americana, levando a uma aplicação equivocada que deixava de analisar outras premissas econômicas. Segundo Tim Wu, isso fez com que, nos últimos vinte anos, não houvesse grandes casos nos Estados Unidos visando um monopolista com o objetivo de rompimento (Wu, 2018, p.110).

⁴² Lina Khan tem 30 anos e é bolsista da Columbia Law School. Ela pesquisa e escreve sobre direito antitruste e política de concorrência, mais especificamente em como as novas tecnologias e modelos de negócios estão desafiando as suposições doutrinárias atuais e em como a modificação da estrutura institucional da aplicação da lei antitruste pode permitir que regras substantivas acompanhem o ritmo das realidades do mercado. Sua obra "*Amazon's Antitrust Paradox*" recebeu o Prêmio Antitruste de 2018 por "Melhor Artigo de Conduta Acadêmica Unilateral", o Prêmio Israel H. Peres da Escola de Direito de Yale e o Prêmio Michael Egger do Yale Law Journal. **Columbia Law School**. Disponível em: < <https://www.law.columbia.edu/faculty/lina-khan> >. Acesso em 01.set.2019.

⁴³ A obra pode ser consultada em: BORK, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. 13º volume. U. L. Review. Nº403. 1979. Disponível em: < <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol13/iss2/7> >. Acesso em 01.set.2019.

Estudiosos contemporâneos americanos entendem e defendem a ideia de que a lei antitruste americana não está pronta para lidar com os gigantes tecnológicos, que são as plataformas que conquistaram o público e tornaram-se essenciais para a economia e o comércio no século XXI.

Kahn defende que a atual estrutura antitruste americana está focada no “bem-estar do consumidor”. Ela é medida através de efeitos de curto prazo no preço e na produção, falhando em capturar a arquitetura do poder de mercado do século XXI e observando o processo competitivo que envolve a estrutura do negócio e seu papel nos mercados. Segundo Kahn (2017):

A aplicação dessa ideia envolve, por exemplo, avaliar se a estrutura de uma empresa cria certos conflitos de interesses anticoncorrenciais; se pode alavancar as vantagens do mercado em diferentes linhas de negócios; e se a estrutura do mercado incentiva e permite conduta predatória.

Todas as gigantes tecnológicas dominadoras de um mercado específico, como a Uber, Airbnb, Google, Facebook e Amazon, trazem inquietação em relação à concorrência e ao poder de mercado, pois são conhecidas pela utilização da tecnologia para extrair dados e informações sobre os usuários, de maneira que prejudica os consumidores e restringe escolhas.

O Relatório Final da *Australian Competition & Consumer Commission* — ACCC (2019, p.529) considera que há pelo menos duas maneiras pelas quais o Google poderia usar seu poder de mercado na pesquisa geral e em que o Facebook poderia usar seu poder de mercado nas mídias sociais para excluir a concorrência em mercados relacionados: alavancando seus grandes bancos de dados e o envolvimento dos usuários para expandir para mercados vizinhos; usando seu mecanismo de pesquisa ou algoritmos de classificação em mídias sociais para restringir a quantidade de referências tráfego para um fornecedor de serviços especializados, ou redirecionar o tráfego para seus próprios serviços concorrentes.

As plataformas globais têm acesso a uma grande quantidade de dados que podem ser processados quase em tempo real. Isso facilita melhorias nos serviços que eles oferecem (incluindo os serviços especializados) e nas

publicidades segmentadas. Fornece também uma poderosa vantagem competitiva às plataformas digitais em relação a outros fornecedores.

A maioria das pesquisas e estudos realizados conduzem ao entendimento de que as plataformas digitais têm o poder de impedir a concorrência dos fornecedores de serviços especializados, alavancando suas grandes bases de usuários e capacidade de direcionar serviços⁴⁴.

A ACCC, no relatório *Digital Platforms Inquiry* (2019, p. 530), observa que existe um potencial para o Google e o Facebook manipularem seus algoritmos e alterarem a exibição do conteúdo na página de resultados do mecanismo de pesquisa ou no feed de notícias (conforme relevância) para afetar o tráfego para sites. Por exemplo, um site de comparação de compras é um tipo de serviço que geralmente depende do tráfego de serviços gerais de pesquisa para alcançar os consumidores.

A título de exemplo, em 2017, a Comissão Europeia (CE) descobriu que o Google utilizou seu poder de mercado na pesquisa geral de serviços no mercado de serviços de comparação de compras, proporcionando uma concorrência desleal. No comunicado à imprensa, a Comissão Europeia afirmou que “continua examinando o comportamento do Google nos resultados de pesquisa de outros serviços de pesquisa especializados do Google”⁴⁵.

⁴⁴ Nesse sentido, temos por exemplo, a REA Group: Os dados aos quais as plataformas globais têm acesso, juntamente com sua capacidade de processá-lo quase em tempo real, fornece uma poderosa vantagem competitiva que não pode ser facilmente replicado por plataformas mais especializadas ou novos potenciais participantes. Ele permite que as plataformas globais desenvolvam "tempo real" detalhado e preciso perfis de seus usuários para melhorar continuamente os serviços que oferecem e melhorar publicidade segmentada. REA Group. **Submission to ACCC Digital Platforms Inquiry**. 20.abr.2018. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/system/files/REA%20Group%20Ltd%20%28April%202018%29.pdf>> Acesso em: 14.ago.2019.

⁴⁵ No caso, a Comissão Europeia multou o Google em 2,42 bilhões de euros por violar as regras antitruste da União Europeia. O Google abusou de seu domínio de mercado como um mecanismo de pesquisa, dando uma vantagem ilegal a outro produto do Google, seu serviço de comparação de compras. Segundo a Comissão Europeia as práticas do Google representam um abuso de sua posição dominante na pesquisa geral na Internet, sufocando a concorrência nos mercados de comparação de compras. De acordo com a GDPR o domínio do mercado não é, portanto, ilegal sob as regras antitruste da UE. No entanto, as empresas dominantes têm uma responsabilidade especial de não abusar de sua poderosa posição no mercado restringindo a concorrência, seja no mercado em que são dominantes ou em mercados separados. European Commission. **Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service**. 27.jun.2017. Disponível em: <https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm> Acesso em 14.ago.2019.

Scott Cleland (2011), especialista em concorrência na internet e tecnologia, ressalta que a “violação de propriedade” monopolista do Google quebra as regras do jogo (direitos de propriedade e representação justa dos usuários) para obter uma vantagem anticompetitiva, pois ninguém pode ganhar um jogo em que um concorrente trapaceia regularmente enquanto outros competem de acordo com as regras. O modelo de “violação de inovação” do Google contrasta fortemente com o modelo de inovação competitivo praticado pelas regras competitivas do jogo, incluindo o respeito aos direitos de propriedade (patentes, direitos autorais, marcas comerciais, segredos comerciais) e nenhuma prática de privacidade enganosa.

Para começar a abordar as desigualdades digitais globais e abraçar um futuro que coloca a autonomia digital e a dignidade humana em seu núcleo, a inovação social deve ser incentivada e institucionalizada no âmbito da comunidade e do cidadão, para garantir sua adaptabilidade e permanência. As comunidades autônomas e linguísticas devem ser encorajadas a desenvolver a sua própria tecnologia e seu conteúdo digital, e a preservar e exportar as suas culturas para o ambiente digital. As políticas públicas devem ser promulgadas para garantir que a adoção de novas tecnologias em larga escala não crie mais desigualdade, exclusão ou imposição de valores e práticas que sejam alheias às comunidades destinatárias. Em vez disso, as políticas públicas podem ser uma oportunidade para resgatar e desenvolver mais conhecimento local. Enraizadas na cultura local, descentralizadas e com a lógica da produção digital aberta: essas são as características das políticas que vencem o colonialismo digital (PINTO, 2018, p.24).

É possível concluir que as plataformas digitais, através dos dados dos usuários coletados, convertem as informações em formas de monetização, que por muitas vezes são obtidas de forma ilegal. Entende-se também que as referidas plataformas são exemplos de empresas que utilizam o seu poder tecnológico para realizar uma melhor análise de dados, visando a criação de mercados multifacetados para o alcance rápido da posição dominante em outro mercado tecnológico.

4.3.3. Os desafios regulatórios da tecnologia

A chamada Era Digital trouxe novos produtos e serviços advindos do progresso tecnológico, como o fenômeno da economia do compartilhamento (*sharing economy*)⁴⁶, carros sem motoristas⁴⁷ e a integração do homem com a tecnologia⁴⁸.

O ritmo das mudanças é acelerado, não existindo previsibilidade nos negócios. Essa dinamicidade do mercado não escapa ao Direito, que deve responder às mudanças sociais e tecnológicas.

Diante disso, a tecnologia faz surgir novos direitos, como o direito fundamental à internet, e principalmente, o direito à privacidade e proteção dos dados, sem deixar de mencionar o grande desafio da regulação econômica.

Em todo o tempo, novos produtos e serviços que desafiam o Direito são criados. Podemos citar, por exemplo, os riscos à saúde oferecidos por organismos geneticamente modificados, os novos medicamentos ou até voltar ao mencionado carro autônomo. Como lidar com situações em que há falta de informações para fundamentar a tomada de uma decisão? Deve-se banir ou

⁴⁶ A *sharing economy* é um modelo de economia que usa a internet para aproximar indivíduos a realizarem trocas de bens subutilizados. Os exemplos são infindáveis: Uber e Lyft como aplicativo de caronas; Blablacar, de compartilhamento de carro; Elance-oDesk e TaskRabbit para a contratação de trabalho de freelancers; Blue Apron e Munchery em refeições; Airbnb na locação de imóveis. MILLER, Stephen. **First Principles for regulating the sharing economy**. Harvard Journal on Legislation, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2568016>. Acesso em: 10.out.2019.

⁴⁶ “A ascensão da economia compartilhada foi rápida e transformadora. Isso mudou a maneira como os americanos se deslocam, fazem compras, férias e empréstimos. Ele também interrompeu indústrias de longa data, de táxis a hotéis, e confundiu os formuladores de políticas sem saber como ou mesmo regular esses novos mercados.”

KOOPMAN, Waldmeir; MITCHELL Christopher; THIERER, Adam. **The sharing economy: issues facing platforms, participants, and regulations**. Mercatus Center. Public Interest Comment, 2015. Disponível em: <<http://mercatus.org/sites/default/files/Koopman-Sharing-Economy-FTC-filing.pdf>> Acesso em: 10.out.2019, p.03.

⁴⁷ WALDMEIR, Patti. **General Motors reveals images of car without driver controls**. Financial Times. 12.jan.2018. Disponível em:< <https://www.ft.com/content/7a5c2ac8-f72d-11e7-88f7-5465a6ce1a00> > Acesso em: 12.out.2019.

⁴⁸ EMBA, Christine. **Will technology allow us to transcend the human condition?** Washington Post. 16.mai.2016. Disponível em: < <https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2016/05/16/will-technology-allow-us-to-transcend-the-human-condition/> > Acesso em: 12.out.2019.

permiti-los? Não é o objetivo do presente trabalho responder a essas questões, mas elas auxiliam na demonstração dos desafios colocados.

Algumas vezes, a tecnologia ainda traz uma nova forma de interação para serviços tradicionais, como o embate regulatório em torno dos serviços de transporte individual de passageiros ou de locação de propriedades por temporada, que são serviços tecnológicos peculiares.

Olhando para o futuro, as distinções entre países de alto e baixo custo ou entre mercados maduros e emergentes serão menos importantes. Em vez disso, a principal questão será saber se a economia pode inovar (SCHWAB, 2016, p.36).

Schwab (2016, p.36) afirma que os países promovedores de suas próprias normas e regras para oferecer vantagens aos produtores nacionais, impedindo a entrada de concorrentes estrangeiros e reduzindo os royalties pagos pelas empresas nacionais às tecnologias estrangeiras, correm o risco de ficarem isolados das normas internacionais e se tornarem os retardatários da nova economia digital.

Como questionou Stiglitz, o “novo” coloca no centro do debate a própria premissa da regulação econômica: por que ela é necessária? por que mercados, por si mesmos, não são suficientes?⁴⁹

São questões que impactam a sociedade e a economia, questionando a atividade reguladora. Nesse novo contexto, não se pode utilizar respostas velhas para novos problemas sob pena de não ser eficiente.

Em um mundo que as funções públicas essenciais, a comunicação social e as informações pessoais migram para plataformas digitais, os governos — em colaboração com a sociedade civil e empresarial — precisam criar regras, pesos e contrapesos para manter a justiça, a competitividade, a equidade, a propriedade intelectual inclusiva, a segurança e a confiabilidade (SCHWAB, 2016, p.34).

⁴⁹ STIGLITZ, Joseph. **Government Failure vs. Market Failure: principles of regulation**. Columbia University Academic Commons, 2008. Disponível em: <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac%3A126997>. Acesso em: 12 out. 2019.

É possível perceber, portanto, que a dinamicidade da tecnologia não consegue, em grande medida, ser acompanhada pela burocracia regulatória. Os marcos regulatórios a partir dos avanços tecnológicos não se amarram às instituições estáticas do Direito.

Nesse sentido, a aplicação distorcida ou ultrapassada da regulação pode prejudicar os consumidores, a concorrência, a propriedade intelectual e a economia.

CONCLUSÕES

Na sociedade da informação, aquele que detém as melhores informações, conseqüentemente, detém o poder. A tecnologia digital não possui fronteiras, logo, bens e serviços podem ser produzidos de qualquer parte do mundo. Isso gera a chamada economia sob demanda, ou compartilhada, que proporciona discussões globais em matéria de cobrança de impostos e transparência dos sistemas de pagamentos digitais. Desse modo, os governos podem conseguir rastrear a origem e o destino das transações.

São muitas as questões a serem internacionalmente reguladas. Uma regulamentação eficiente acerca da economia digital deve abordar setores como: comunicações 5G, o uso de drones comerciais, a internet das coisas, a saúde digital, armazenamento, uso de dados pessoais e assim por diante.

A complexidade e amplitude na formulação da legislação nacional ou internacional desempenham um relevante papel na formação do funcionamento em que as empresas digitais operam. Isso faz com que ocorram conflitos de interesses entre os países.

A estrutura de mercado digital possui uma escala econômica extremamente robusta em virtude do baixo custo e alto retorno dos dados coletados dos seus usuários. Além disso, o processo competitivo das plataformas digitais é fechado, porque os muitos mercados existentes apresentam grandes barreiras à entrada, facilitando a perpetuação do exercício do poder pela empresa dominante que não encontra um agente no mesmo nível para superá-lo.

Atualmente, o poder das plataformas tecnológicas está na quantidade de dados que se consegue coletar. Quanto maior for a plataforma, maior será a quantidade de informações coletadas gratuitamente de seus usuários. Após as informações serem analisadas em bancos de dados, tornam-se valiosas, porque permitem a publicidade direcionada aos consumidores.

Geralmente, os dados são coletados gratuitamente quando os usuários, ao utilizarem uma plataforma gratuita, concordam com os termos e condições para utilização. Isso faz com que as empresas ganhem cada vez mais poder de mercado, aumentando seus lucros com a venda das informações e com os anúncios pagos.

Algumas práticas das plataformas tecnológicas são consideradas anticoncorrenciais, como a redução da possibilidade de entrada de algum concorrente ou a fixação de um preço digital através da plataforma. Tais ações resultam em danos ao investimento e à inovação, visto que as aplicações serão mais cautelosas se as barreiras à entrada de uma nova *startup* forem muito grandes. Por outro lado, a redução das barreiras gera um incentivo muito maior para inovar.

É possível afirmar que as plataformas tecnológicas apresentam desafios específicos para a aplicação de leis antitruste, sendo necessário estabelecer a real definição de mercado digital, examinando as suas condutas anticoncorrenciais, modalidades de receita, captura e transmissão de dados pessoais etc. Assim, baseados nos desafios regulatórios, poderão ser criadas as regras específicas para um mercado tão amplo como o digital.

Sobre as regras de questões digitais existentes na Europa e no Brasil, é bastante provável que elas protejam o usuário de internet da obtenção ilícita de seus dados pessoais durante a navegação. Todavia, quando os assuntos dizem respeito à concorrência, ao poder de mercado, ao direito de propriedade ou ao monopólio, a discussão torna-se mais complexa. Isso ocorre devido à falta de limites ou barreiras transfronteiriças, pelo alcance global das empresas e por conta da ultrapassada legislação.

As vertentes e problemáticas trazidas pela coleta e uso de dados pessoais, como abordamos neste trabalho, são inúmeras. A concentração de poder das plataformas on-line é um problema que os reguladores ainda não

possuem solução, pois o pensamento antitruste convencional já não se aplica em todos os seus conceitos e a dinamicidade desse mercado é grande.

Na realidade, como foi exposto, o tema é amplo e complexo. As políticas públicas não conseguem dar as respostas necessárias para tratar todas as questões suscitadas que versem ao menos sobre a atualização das leis antitruste existentes no mercado adquirido pelas *Big-Techs*. Torna-se premente, então, uma regulamentação que oriente a utilização do volume de dados pelas empresas, e que também proteja a concorrência.

BIBLIOGRAFIA

ALMUNIA, Joaquin. **Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook**. European Commission. 03.out.2014. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm> Acesso em: 19.abr.2019.

Australian Competition & Consumer Commission. **Digital Platforms Inquiry Final Report**. Jun.2019. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>> Acesso em: 20.ago.2019.

BARRETT, Sean D. **Regulatory Capture, Property Rights and Taxi Deregulation: A Case Study**. 2003. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0270.2003.00441.x>>. Acesso em: 18.abr.2019.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 3ªEd. São Paulo: Atlas, 2008.

BENACHIO, Marcelo. **A ordem jurídica do mercado na economia globalizada**. Direito Empresarial: Estruturas e Regulação. São Paulo: universidade Nove de Julho, Uninove, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRACHA, Oren. Pasquale, Frank. **Federal Search Commission - Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search**. Volume 93. Cornell Law Review. 1149, 2008. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol93/iss6/11>>. Acesso em 14.ago.2019.

BRUNA, Sérgio Varella. **Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. 1ª Edição, São Paulo: Editora RT, 1997.

BORK, Robert H. **Antitrust and Google**. Hudson Institute. 06.abr.2012. Disponível em: <<https://www.hudson.org/research/8861-antitrust-and-google>> Acesso em: 30.abr.2019.

CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/@@download/file/Guia%20para%20An%C3%A1lise%20de%20Atos%20de%20Concentra%C3%A7%C3%A3o%20Horizontal%20julho-2016.pdf> Acesso em: 15.ago.2019.

CADE. **Perguntas gerais sobre a defesa da concorrência**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia>. Acesso em: 15.dez.2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

CHICAGO BOOTH. **Stigler Committee on Digital Platforms Final Report**. 16.set.2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>> Acesso em: 25.set.2019.

CLELAND, Scott. **Google's "Infringnovation" Secrets**. Forbes. 03.out.2011. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringnovation-secrets/#231724ba30a6>> Acesso em: 15.08.2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Transferência Empresarial de Tecnologia para Países Subdesenvolvidos: Um caso típico de inadequação dos meios aos fins**. 1985. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66956/69566>> Acesso em: 15.out.2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **O capitalismo pós-industrial**. 2013. Revista Estudos do Século XX. Nº 13.

COMPARATO, Fábio Konder, FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos**. 2ª ed. rev. e aum. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2014a.

CROOK, Jordan. **A Brief History of Uber**. TechCrunch. 14.ago.2014. Disponível em: <<https://techcrunch.com/gallery/a-brief-history-of-uber/>> Acesso em: 18.abr.2019.

DARREN S. TUCKER AND HILL B. WELLFORD. **Big Mistakes Regarding Big Data**. The Antitrust Source. (2014). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044> Acesso em: 28.ago.2019.

DATA CENTER KNOWLEDGE. **Google Data Center FAQ**. 17.mar.2017<<https://www.datacenterknowledge.com/archives/2017/03/16/google-data-center-faq>>. Acesso em: 01.set.2019.

DESJARDINS, Jeffrey. **How tech giants make billions**. Visual Capitalist. 29.mar.2019. Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/how-tech-giants-make-billions/>>. Acesso em: 15.ago.2019.

DESJARDINS, Jeffrey. **Why Big Data Keeps Getting Bigger**. Visual Capitalist (2019). Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/big-data-keeps-getting-bigger/>> Acesso em: 18.ago.2019.

DEZEM, Renata Mota Maciel; BENACCHIO, Marcelo. **A LGPD sob a perspectiva da regulação do poder econômico**. 2019. No prelo.

DEZEM, Renata Mota Maciel; DE LUCCA, Newton. **A Proteção dos Dados Pessoais no Brasil a Partir da Lei nº 13.709/2018: Avanço ou Retrocesso?** Direito empresarial: estruturas e regulação: volume 2. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. **Um código para a proteção de dados pessoais na Itália**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 4, nº16, out/dez, 2003.

EUROPEAN COMMISSION. **Big Data**. 2018. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/big-data>> Acesso em: 20.ago.2019.

EVANS, David. **The Antitrust Economics of Two-Sided Markets**. 2014. Working Paper. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022> Acesso em: 30.abr.2019

FEDERICO J Diez; Daniel Leigh; Suchanan Tambunlertchai. **Global Market Power and its Macroeconomic Implications**. FMI. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2018/06/15/Global-Market-Power-and-its-Macroeconomic-Implications-45975>> Acesso em 11.jun.2019.

FORBES. **The World's Most Valuable Brands**. Forbes. 20.mai.2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>> Acesso em: 18.ago.2019.

GLIKMAN, Pauline, GLADY Nicolas. **What's The Value Of Your Data?** Techcrunch. 2015. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2015/10/13/whats-the-value-of-your-data/>> Acesso em: 28.ago.2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

IGI GLOBAL. **What is Digital Platform**. 2019. Disponível em: <<https://www.igi-global.com/dictionary/looking-beyond-now-in-publishing/55829>> Acesso em: 18.out.2019.

HILL, Michael. **€114m in Fines Imposed by Euro Authorities Under GDPR**. 2020. Infosecurity Magazine. Disponível em: <https://www.infosecurity-magazine.com/news/114m-fines-imposed-under-gdpr/>. Acesso em 02.fev.2020.

JOUROVÁ, Vera. **Facebook changes its terms and clarify its use of data for consumers following discussions with the European Commission and consumer authorities**. European Commission. 09.abr.2019. Disponível em:

<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2048_en.htm> Acesso em: 19.abr.2019.

KAHN, Lina. **Amazons Antitrust Paradox**. Yale Law Journal. Jan.2017. Volume 126. Disponível em: < <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox> > Acesso em: 19.ago.2019.

KEMP, Simon. **Global Social Media Users Pass 3,5 billion**. We Are Social (2019). Disponível em: < <https://wearesocial.com/blog/2019/07/global-social-media-users-pass-3-5-billion> > Acesso em: 28.ago.2019.

KIMMELMAN, Gene. **The Right Way to Regulate Digital Platforms**. Public Knowledge. 19.set.2019. Disponível em: <<https://www.publicknowledge.org/blog/the-right-way-to-regulate-digital-platforms/>> Acesso em: 23.set.2019.

KLISHINA, Natalia. **PPC Search: Google AdWords vs Microsoft AdCenter (Bing)**. CallFire. 07.jan.2011. Disponível em:<<http://www.callfire.com/blog/2011/01/07/ppc-search-google-adwords-vs-microsoft-adcenter-bing/>>. Acesso em 14.ago.2019.

LEONARDI, Marcel. **Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Direito e Internet III. Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LERNER. Andres V. **The Role of Big Data in Online Platform Competition**. Antitrust Writing Awards 2015. Disponível em: < <http://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/big.pdf> >. Acesso em 07.0set.2019.

LOECKER, Jan De e EECKHOUT, Jan. **Global Market Power**, NBER. Working Paper. 2018. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w24768> > Acesso em 11.jun.2019.

MANDEL Michael e Diana G. Carew. **Innovation by Aquisiton: New Dynamics of High-Tech Competition**. Progressive Policy Institute. Novembro de 2011. Disponível em: < https://www.progressivepolicy.org/wp-content/uploads/2011/11/11.2011-Mandel_Carew-Innovation_by_Acquisition-New_Dynamics_of_Hightech_Competition.pdf > Acesso em 05.set.2019.

MENDES, Laura Schertel. **Proteção de Dados Pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação**. Revista Panorama Setorial da Internet, nº 02.jun.2019.

MOROZOV, Evgeny. **Uber Is Not (and will never be) a Monopoly**. Forbes. 15.jun.2016. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jaredmeyer/2016/02/15/uber-guardian-not-monopoly-ridesharing/#60b0c6ef7932> > Acesso em: 18.abr.2019.

MOORE, James Frederick. **Business ecosystems and the view of the firm**. The Antitrust Bulletin of Harvard Law School. Março de 2005. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/265217727_Business_ecosystems_and_the_view_of_the_firm> Acesso em 05.set.2019.

MORTON, Fiona Scott. ***Antitrust Alone Is Not Enough to Combat the Problems Associated With Digital Platforms***. Pro Market. 17.mai.19. Disponível em: <<https://promarket.org/antitrust-alone-is-not-enough-to-combat-the-problems-associated-with-digital-platforms/>> Acesso em: 21.agosto.2019.

NEWMAN, Nathan. ***Taking on Google's Monopoly Means Regulating Its Control of User Data***. Huffpost. 24.set.2013. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/taking-on-googles-monopol_b_3980799> Acesso em: 05.set.2019.

NEWMAN, Nathan. ***Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data***. 14.agosto.2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2309547>. Acesso em 14.agosto.2019.

NEWMAN, Nathan. Uber: ***When Big Data Threatens Local Democracy***. DataJustice. 17.jul.2015. Disponível em: <<http://www.datajustice.org/blog/uber-when-big-data-threatens-local-democracy>> Acesso em: 18.abr.2019.

NIEDERLE, Paulo André; Guilherme Radomsky, Francisco Waterloo. ***Introdução às teorias do desenvolvimento***. UFRGS. Porto Alegre. Editora UFRGS:2016.

NUNES, António José Avelãs. ***NEO-LIBERALISMO GLOBALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO***. Boletim de Ciências Económicas XLV (Lisboa), 2002.

OCDE. ***Recommendation of the Hardcore Cartels***. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/2752129.pdf>> Acesso em: 16.abr.2019.

OECD. ***Data-driven Innovation for Growth and Well-being***. 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/PolicyNote-DDI.pdf>>. Acesso em: 26. maio.2019.

OECD. ***Vectors of Digital Transformation***. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/5ade2bba-en>>. Acesso em: 30.maio.2019.

OECD. ***Digital Economy Outlook 2015***. 2015 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264232440-en>> Acesso em: 30. maio.2019.

OCDE (2019). ***Data in the Digital Age***. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/data-in-the-digital-age.pdf>>. Acesso em: 10.out.2019.

OCDE. ***Measuring the Digital Transformation***. (2019a). Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/measurement-roadmap.pdf>>. Acesso em: 10.out.2019.

OHLHAUSEN Maureen K. **Uber Agrees to Expanded Settlement with FTC Related to Privacy, Security Claims.** Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/04/uber-agrees-expanded-settlement-ftc-related-privacy-security>> Acesso em: 18.abr.2019.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa; BENACHIO, Marcelo. **Globalização e Estado: Considerações sobre a Humanização do Direito Econômico.** Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1802/pdf>. Acesso em 20.dez.2019.

PINTO, Renata Ávila. **Soberania Digital ou Colonialismo Digital?** Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed. 27, 2018. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2018/07/sur-27-portugues-renata-avila-pinto.pdf>> Acesso em 15.out.2019

RICH, Jessica. **BCP's Office of Technology Research and Investigation: The Next Generation in Consumer Protection,** FEDERAL TRADE COMM'N. 23.mar.2015. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2015/03/bcps-office-technologyresearch-investigation-next>>. Acesso em 19.abr.2019.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito: uma introdução.** Coimbra: Almedina, 2007.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial. As estruturas.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico estruturalista do direito comercial.** 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHUMPETER, J. **Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung.** 8ª ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1993.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism, and Democracy.** Nova Iorque: Start Publishing (edição Kidle), 2012.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2016.

SINGER, Natasha. **Google Is Fined \$170 Million for Violating Children's Privacy on YouTube.** The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/09/04/technology/google-youtube-fine-ftc.html>. Acesso em 02.fev.2020.

SINTEF. **Big Data, for Better or Worse: 90% of World's Data Generated over Last Two Years.** ScienceDaily. 2013. Disponível em: <<https://www.sciencedaily.com/releases/2013/05/130522085217.htm/>> Acesso em: 28.ago.2019.

STIGLITZ, Joseph E. **Information and the Change in the Paradigm in Economics**. Jun.02. Edição 92. THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW.

STUCKE Maurice E.; Grunes Allen. **Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust**. Antitrust CPI Chronicle, vol. 276, 2015, p. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2612562>>. Acesso em: 26. maio.2019.

TUCKER, Darren. Hill, S. B. Wellford. **Big Mistakes Regarding Big Data**. Antitrust Source American Bar Association. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044> Acesso em 05.set.2019.

VESTAGER, Margrethe. **Making data work for us**. European Commission. 09.set.2016. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en> Acesso em: 19.abr.2019.

VERMA, Amit. **Why is Big Data Analytics So Important?**. Whizlabs. 19.mar.2018. Disponível em: <<https://www.whizlabs.com/blog/big-data-analytics-importance/>> Acesso em: 15.out.2019.