

A COLETA DE DADOS PESSOAIS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: diálogo das possíveis consequências para os direitos humanos e o ecossistema empresarial.

PERSONAL DATA COLLECTION AND VIOLATION OF HUMAN RIGHTS: dialogue on possible consequences for human rights and the business ecosystem.

Irene Portela¹

Lara Helena Luiza Zambão²

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr³

RESUMO

A relação negocial evoluiu e atualmente desenvolve-se no meio digital, sendo baseada no tratamento e utilização de dados pessoais. Esse novo modelo de negócio é pautado na coleta e análise de dados pessoais, tornando evidente seu poder econômico no mercado. Nota-se que as redes sociais utilizam os dados para atingir uma posição dominante, ameaçando o direito à privacidade, e sobretudo, os direitos humanos. Desta forma, o objetivo deste trabalho é analisar a extensão do poder econômico dos dados, analisando se ocorre, de fato, violação à privacidade através das redes sociais e como a coleta afeta o ecossistema empresarial. Para isso optou-se por uma metodologia dedutiva bibliográfica, pois utilizou-se doutrinas e artigos acadêmicos coletados de banco de dados revistas científicas sobre o uso de dados pessoais pelas redes sociais ou empresas privadas. Conclui-se que os dados são coletados de maneira irregular, causando uma falha na proteção individual e privada de cada usuário, além disso, há indícios de condutas anticompetitivas, como a incidência de *oligopólios*, criação de barreiras no mercado e abuso de posição dominante. A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira visa coibir a coleta de dados pessoais, a fim de proteger os usuários, porém, ainda não possui força prática para enfrentar as condutas antitruste dessas empresas, o que poderá acarretar, possivelmente, em abusos no desenvolvimento da cidadania empresarial.

1Doutora em Direito Constitucional pelo departamento de Direito Público e Teoria do Estado, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Administração Pública, pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Direito da Comunicação, pelo Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Diretora do Departamento da Escola Superior de Gestão do IPCA; Diretora do Centro de Investigação Jurídica Aplicada no IPCA. Provedora dos Estudantes do IPCA.

2 Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2020). Atua na Promotoria de Falência, Recuperação Judicial e Fazenda Cível do Paraná. E-mail: lara_zambao@hotmail.com.

3 Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba/Unicuritiba. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016). Advogada Proprietária e Diretora do Escritório Séllos Knoerr – Sociedade de Advogados.

PALAVRAS-CHAVE: dados pessoais; poder de mercado; antitruste; cidadania empresarial.

ABSTRACT

The business relationship has evolved and today is developed in the digital environment, being based on the treatment and use of personal data. This new business model is based on the collection and analysis of personal data, making it evident that they have acquired economic power in the market. This management reflects in the legal sphere, mainly in Competition Law, which needs to adopt positions to retract this abusive use. It is noted that, mainly, social networks use data to achieve a dominant position and abuse their market power, in this way, the objective of this work is to analyze the extent of the economic power of data, and how anticompetitive effects affect the market. business ecosystem and violate human rights. For this, a bibliographic deductive methodology was chosen, as it used competition law doctrines, and academic articles collected from databases of scientific journals on the use of personal data by social networks or private companies. It is concluded that, in fact, there are indications of anti-competitive conduct, such as the incidence of oligopolies, creation of barriers in the market, abuse of dominant position. The Brazilian General Data Protection Law does not have practical force to face the antitrust conduct of these companies, which could possibly lead to abuses in the development of corporate citizenship.

KEYWORDS: personal data; competition; market power; antitrust; corporate citizenship.

INTRODUÇÃO

A difusão da internet, coadunada com o célere desenvolvimento da tecnologia, acarretou uma mudança de paradigma na sociedade, que transformou o ecossistema empresarial, tendo em vista a valorização dos dados de seus clientes.

Com o potencial do dado, ele passou a ter valor econômico, político e cultural, e sua monetização tornou-se relevante em um contexto corporativo, de forma que os empresários tendem a desenvolver um planejamento estratégico para obter benefícios econômicos, e em oposição, as pequenas empresas não possuem os mesmos acessos e aportes financeiros.

Essa prática demonstra uma conduta abusiva, pois com a captura de dados pessoais, gera-se um ambiente de concorrência desleal, que é vedada pela Constituição Federal do Brasil.

Essa concorrência, gera, por consequência, a violação da privacidade do usuário, uma vez que as empresas invadem a esfera privada, a fim de capturar os dados para competir no âmbito empresarial de forma desleal.

Assim, é necessário que o tema seja trazido à tona pela comunidade acadêmica, para que se construa um estudo sólido sob a ótica dos Direitos Humanos e da cidadania empresarial.

Desta forma, o presente estudo pretende analisar o alcance do poder econômico dos dados pessoais, e averiguar como sua coleta pode violar os direitos humanos, e prejudicar o ecossistema empresarial.

Por motivos didáticos a pesquisa foi dividida em três capítulos, primeiramente se apresenta o que é a economia de dados e a existência proteção legislativa que lhes foi concedida.

Ato contínuo, passa-se a expor sobre as Plataformas Digitais e os identificadores de Concorrência, partindo da premissa do que seria o poder e abuso econômico. Por fim, e no terceiro capítulo, destaca-se os indícios de condutas anticompetitiva e violação aos direitos humanos.

Utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, considerando que a problemática deste trabalho é a investigação de um objeto recente, com poucos estudos, e desta forma, espera-se suscitar a problemática, a fim de constituir hipóteses a serem aprofundadas futuramente.

1. ESTADO DA ARTE

Realizou-se um levantamento dos trabalhos já publicados sobre a temática de interesse na base de dados do “Google Acadêmico”, plataforma “EBSCO” e em revistas científicas, partindo da problemática sobre como as violações de dados pessoais podem ser um problema na realidade brasileira, violando direitos mínimos ora conquistados pela sociedade.

Os descritores utilizados foram: “*Antitruste; LGPD; Facebook; dados, concorrência, direitos humanos e privacidade*”.

O período considerado para este levantamento foi de 2010 até 2022, uma vez que as redes sociais começaram a ser utilizadas massivamente no âmbito nacional a partir de 2011.

Destaca-se que o tema é pertinente com a proposta do evento, que visa constituir um diálogo entre os conteúdos do Direito Empresarial sob viés da ética e cidadania, e

encaixa-se nos problemas vivenciados pela sociedade atual, cumprindo com a função da pesquisa científica.

2.APRESENTAÇÃO DOS DADOS

2.1.A economia de dados e a proteção legislativa brasileira e europeia

Por meio da evolução da mecanização da indústria e uma da nova visão empresarial, acompanhada do desenvolvimento cíclico da história, nota-se a passagem de outra fase da Revolução Industrial, que atinge seu ápice no século XXI com a passagem da tecnologia eletrônica mecânica e analógica para a eletrônica digital.

Uma das consequências da mencionada Revolução Digital foi a alteração da econômica tradicional para a economia movida a dados, cujo modelo orienta-se pela captura de milhares de dados em um rápido processamento, possibilitando a técnicas de previsões e reconhecimento de padrões. (FRAZÃO et al., 2020, p. 59).

Os dados utilizados pelas empresas são da categoria de dado pessoal, que se define por: “informação relativa a uma pessoa viva, identificada ou identificável” e “o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2019). Ainda, pode-se citar como alguns tipos de dados pessoais:

Conteúdo gerado pelo usuário, incluindo blogs e comentários, fotos e vídeos, etc.; Dados de atividades ou comportamentais, incluindo o que as pessoas procuram e procuram na Internet, o que as pessoas compram online, quanto e como pagam, etc.; Dados sociais, incluindo contatos e amigos em sites de redes sociais; Dados de localização, incluindo endereços residenciais, GPS e geolocalização (por exemplo, de telefones celulares), endereço IP, etc. Dados demográficos, incluindo idade, sexo, raça, renda, preferências sexuais, filiação política, etc. Identificação de dados de natureza oficial, incluindo nome, informações financeiras e números de contas, informações de saúde, números nacionais de saúde ou previdência social, registros policiais, etc. (OECD, 2013, página virtual)

Portanto, a utilização de dados é essencial para que se possa estabelecer uma rede de comércio ou relações na era moderna.

É um elemento inevitável para a eficácia e autonomia na Sociedade da Informação, e é por isso que as empresas buscam a coleta, armazenamento e transmissão deles, além disso, instigam que os usuários entreguem inúmeros dados pessoais em troca do acesso e uso de serviços oferecidos na internet.

Após a obtenção de dados as empresas convertem em valor, pelo que chamam de monetização do dado, a propósito:

As informações sobre as preferências e as preocupações do usuário são armazenadas no disco rígido do computador através dos cookies de conexão ou de navegação. Eles são pequenas sequências de códigos, armazenados à medida que as visitas são feitas pelos internautas em sítios eletrônicos variados da Internet. Posteriormente essas informações são ativadas quando o usuário navega: os cookies fornecem detalhes dessas visitas aos parceiros de agências de publicidade especializadas, responsáveis pela gestão desses dados coletados. As agências celebram contratos com os sítios eletrônicos para essa finalidade. Em seguida, as agências analisam e adaptam de forma extremamente rápida (em centésimos de segundo) a publicidade destinada especialmente à pessoa visada. Assim, um comerciante ou prestador de serviço (ou, mais precisamente, a agência que administra sua conta de publicidade) torna-se capaz de fornecer (ou deveria sê-lo), em um tempo muito curto, uma lista específica de produtos e serviços relacionados com as visitas anteriores e os interesses dos internautas, de forma direcionada. Na prática, como evidenciam os números anteriormente mencionados, os dados pessoais são assim monetizados, cedidos, revendidos, transferidos e terceirizados dentro e fora da União Europeia, enquanto novos atores – dataminers, databrokers, analistas, especialistas em algoritmos, etc. – tornam-se centrais na economia global. (MODESTO, 2018, p. 63-64).

Reforçando estes argumentos, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico realizou um relatório com intuito de levantar metodologias para medir e estimar o valor monetário dos dados pessoais, cujo resultado demonstrou que os dados podem transformar-se em valor com: “a capitalização de registros de dados ou o lucro líquido por registro, os preços de comercialização dos dados nos diversos mercados, os custos da violação de dados e os preços dos dados praticados no mercado ilegal” (OECD, 2013, p. 19) (Tradução Livre)⁴

Essa regra age de maneira proporcional pois, ao passo que a iniciativa privada colhe dados, aumenta-se o seu poder no mercado, e por isso, as empresas os utilizam de forma mais frequente, por vezes abusando de seu poder político-econômico, e assim, torna-se necessário que o legislador promova a proteção deles.

Diversos países da Europa elencam a tutela autônoma dos dados pessoais como um direito fundamental, entendimento adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em relação à legislação, o movimento teve início na União Europeia, sendo oficialmente normatizada com o General Data Protection Regulation, que vigora desde o mês de maio de 2018, sendo que a mesma, em um curto período, causou uma enorme mudança de paradigmas no tratamento das bases de dados de clientes. Isto também acarretou um efeito domino em demais países, visto que deveriam ter uma legislação semelhante para manter relações comerciais com a EU.

4 Observable measurable proxies of value of personal data include i) market cap/revenues/net income per data record ii) market prices for data iii) cost of a data breach; and iv) data prices in illegal markets.

No Brasil o Marco Normativo de proteção de dados, limitava-se à Constituição Federal (Art. 5º X e XII), o Código de Defesa do Consumidor (Art. 43), Lei do Cadastro Positivo (Art., 3º), Lei de Acesso à Informação (Art. 4º, 31) e o Marco Civil da internet (Art. 3º, 7º), até a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A LGPD regula o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A estrutura da lei é semelhante com o Código de Defesa do Consumidor, e até mesmo ao Marco Civil da Internet, com princípios fundamentais embasando o direito, cabendo ressaltar o Art. 2º da referida lei, em que se aplica como fundamentos da proteção de dados a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Mostra-se importante a menção que a legislação nacional fez à livre concorrência, visto que a legislação concorrencial e a proteção de dados pessoais possuem objetivos convergentes, que se encontram na promoção do bem-estar do indivíduo, conforme passará a ser demonstrado no próximo capítulo.

2.2. Plataformas Digitais e Identificadores de Concorrência

A concorrência surge com a definição do liberalismo, momento em que se abre espaço para acumulação de capital da iniciativa privada, fundada em princípios como da livre iniciativa e da livre concorrência, que foram estabelecidos na Constituição Federal e posteriormente reiterados na promulgação da Lei n. 8.884/94, que reprime e previne abusos de domínios econômicos através de sua intervenção, também nesse sentido José Afonso da Silva considera que:

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, por que importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica(...) Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste (2005, p. 786).

Ressalta-se que quando há um equilíbrio de mercado no número de compradores e vendedores, de maneira que não há influência no preço nem pelo comprador nem pelo vendedor, tem-se uma concorrência perfeita.

De outro lado, quando os produtores estão em número reduzido ou sozinhos há um desequilíbrio, pelo que se chama de concorrência imperfeita. No cenário de concorrência imperfeita o agente pode influenciar nos preços, pois possui poder de mercado, e isso não é um ato ilícito na legislação brasileira, a própria lei 12.529/11 nos termos do art. 36 § 1º, alude que a conquista de mercado é um processo natural, que advém da maior eficiência do agente econômico em relação aos demais competidores.

Diferentemente do abuso do poder econômico, em que:

é objeto de punição, conforme se depreende do §4º do art. 173, em proteção à livre concorrência (art. 170, IV da CF), pelo qual se assegura o bem-estar da sociedade, sobretudo, desta enquanto consumidores. Assim sendo, para que tenhamos mercado competitivos que gerem este bem-estar, é necessário assegurar-se a livre concorrência, ou seja, a liberdade na entrada e na saída do mercado (BORGES et al, 2017, pág. 353)

Os abusos podem assumir a forma de preços predatórios, até práticas que dificultem a entrada de novos competidores, a exemplo:

firmas dominantes são capazes de implementar condutas que não dizem respeito diretamente a preços, mas que podem restringir a capacidade competitiva de rivais e/ou impedir a entrada de novos competidores. É o caso de condutas verticais com potencial exclusionário (e.g., acordos de exclusividade e venda casada). nesses casos, a depender das circunstâncias, a conduta pode dificultar artificialmente o acesso de competidores a canais de distribuição e a consumi- dores finais. (PEREIRA NETO, 2016 p. 139)

E nesses casos é preciso que se estabeleça um sistema de defesa da concorrência, com sanções para condutas consideradas anticompetitivas, bem como autorizações para operações de concentrações econômicas.

Assim, para possibilitar essa intervenção do Estado no domínio econômico, cria-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Lei n. 4.137/62, sendo uma autoridade independente com intuito de impedir operações que resultem em restrições à concorrência e abusem do poder econômico por empresas que atuem exclusivamente no mercado.

Inclusive, o CADE já demonstrou preocupação com o uso de dados na economia digital, e em 2019, divulgou o relatório denominado de: "BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice", informando que:

No Brasil, o CADE tem monitorado as tentativas das firmas estabelecidas de usar seus poder de mercado para evitar que novas empresas entrem no mercado. Um dos aspectos do economia digital que o CADE tem se preocupado é a possibilidade de um domínio plataforma alavancando sua base de usuários para evitar que concorrentes em potencial entrem o mercado. Em casos como esses, o CADE considera que a concentração de dados faria com

que mais difícil para os participantes substituir um titular, pois os novos jogadores teriam dificuldade em reunir uma massa crítica grande o suficiente para entrar no mercado (CADE, 2018, p. 18) (Tradução Livre)⁵

A situação descrita é comum quando os provedores de serviços online exploram dados de forma abusiva, de acordo com Escritório Federal de Cartéis da Alemanha essa prática nas redes sociais ocorre, pois:

A conduta abusiva que preocupa o FCO é a prática de coleta de dados do Facebook. Até agora, o FCO investigou o processamento e a transferência de dados gerados por subsidiárias do Facebook (por exemplo, WhatsApp e Instagram) e terceiros (por exemplo, sites de notícias). A razão para focar em terceiros é que o Facebook está coletando dados de usuários de sites de terceiros quando esses sites implementam um 'botão de curtir' ou uma interface de 'Login do Facebook' do Facebook, mesmo se o usuário não estiver usando esses serviços ou tiver objeções ativas à web rastreamento. No final das contas, isso permite que o Facebook colete os dados de seus usuários sem o seu conhecimento e mesmo contra sua vontade explícita. (VOLMAR et al, 2018, página virtual) (Tradução Livre)⁶

Esse é um dos exemplos de efeitos da exploração de dados que se alastra globalmente, desta forma, tem-se que a concorrência entre as empresas e a tutela autônoma dos dados pessoais estão interligadas, e podem prejudicar a privacidade individual de cada usuário.

3. Indícios de condutas anticompetitiva e violação aos Direitos Humanos

Como visto, a mudança de ativos financeiros, trouxe adaptações às estruturas de base comercial das plataformas digitais, fazendo com que grandes empresas como *Google, Microsoft, Amazon e Facebook*, utilizem os dados como *commodities*, substituindo o método tradicional de matéria prima.

Essas empresas não cobram qualquer valor de registro de seus usuários, no entanto, após cadastrados, utilizam a coleta, processamento e utilização dos dados

5 In Brazil, CADE has been monitoring attempts by incumbent firms to use their market power to prevent new companies to enter the market. One of the aspects of the digital economy that CADE has been concerned with is the possibility of a dominant platform leveraging its user base in order to prevent potential competitors from entering the market. In cases like these, CADE considers that data concentration would make it harder for entrants to displace an incumbent, as new players would have difficulty gathering a large enough critical mass to enter the Market.

6 The abusive conduct that is a cause for concern for the FCO is Facebook's practice of data collection. So far, the FCO has investigated the processing and the transfer of data generated by Facebooks' subsidiaries (e.g. WhatsApp and Instagram) and third parties (e.g. news websites). The reason for focusing on third parties is that Facebook is collecting user data from third party websites when these websites implement a Facebook 'Like Button' or a 'Facebook Login' interface even if the user is not using these services or has actively objected to web tracking. In the end, this enables Facebook to collect its users' data without their knowledge and even against their explicit will.

personais de seus usuários, e deste modo, transformam o dado em um lucro volumoso, realizam isso coletando através dos *cookies*, ou captando sem o consentimento do portador.

Apesar das redes sociais coletarem os dados pessoais através das atividades e informações fornecidas no perfil do usuário, existe uma política de dados há medidas protetivas e garantias de privacidade a seus consumidores.

No entanto, a realidade demonstra um cenário diferente, visto que as empresas ultrapassam seus limites pré-estabelecidos, agredindo a privacidade do consumidor ao usufruir de dados sem o seu consentimento.

Além de capturar dados sem autorização, é possível que as redes sociais possam fornecê-los a parceiros comerciais para que assim divulgam publicidades direcionadas aos perfis recebidos.

Isto porque os parceiros comerciais remuneram as empresas coletoras dos dados, estas terminam por cobrar pouco ou nenhum dinheiro do usuário final por seus produtos ou serviços, já que o usuário na realidade as remunera com os seus dados pessoais.

Empresas que possuem grandes sistemas de *Big Data* e *Business Intelligence* saem na frente no mercado, pois mapearam o perfil dos consumidores de seus produtos e serviços conhecem melhor seu público-alvo. Tudo isso devido à imensa coleta e estudo dos dados pessoais. (CARVALHO, 2020, página virtual)

É por isso que esse cenário não se exclui das políticas antitruste, pois, apesar de serem descritas como gratuitas, ainda que os serviços tenham preço zero, há custos ocultos para os usuários em consequência de sua utilização dos serviços do Facebook. (HOOFNAGLE, et al. 2015)

Em relação à concorrência, o próprio Facebook já foi acusado de condutas anticoncorrenciais, que teriam resultado em um monopólio de redes sociais, após adquirir outras redes sociais como Instagram e WhatsApp, a rede mencionada deixou os consumidores com poucas opções de rede sociais, e priva os anunciantes dos benefícios das concorrências.

Ressalta-se que os anúncios direcionados são anúncios exibidos com base no comportamento, preferências e pesquisas dos usuários, através dos dados colhidos no serviço da rede social e por meio de *cookies*, Julia Krein, explica que:

Redes sociais são estruturadas de forma a conectar usuários a anunciantes, sendo que os usuários representam o gargalo competitivo para o seu crescimento. Isso faz com que a plataforma arbitre preço zero ao acesso dos usuários, como forma de incentivar sua adesão, ao mesmo tempo que utiliza

os dados pessoais fornecidos pelos usuários como forma de aumentar a relevância dos anúncios exibidos, e assim aumentar o valor que esses anúncios representam para os anunciantes. Isso significa que o uso de dados pessoais tem consequências econômicas sobre a dinâmica de concorrência entre plataformas digitais. Esse valor econômico evidencia a possibilidade de que os dados pessoais sejam utilizados de forma a distorcer a concorrência, caso a empresa que adote a prática tenha poder de mercado. (2018, p. 205)

Essas atitudes são notadas mundialmente, como em 2018 quando Mark Zuckerberg autorizou o compartilhamento de dados pessoais de seus usuários com grandes empresas como *Microsoft*, *Amazon* e *Netflix*, abusando de sua posição dominante no mercado.

Cabe lembrar a venda de dados à empresa britânica *Cambridge Analytica*, que de forma indireta, manipulou as eleições presidenciais norte americanas através da utilização dos perfis dos eleitores no Facebook sem o consentimento destes.

Em 2020, a empresa ganhou destaque, na União Europeia, após o surgimento de diversas denúncias de empresas rivais e políticos que afirmaram que a rede social fez uso do acesso a dados sensíveis dos usuários para eliminar adversários no mercado.

Acusado de atitudes de concorrência desleal, a Comissão Federal do Comércio nos Estados Unidos, investigaram o domínio de um pequeno número de plataformas digitais (*Facebook*, *Amazon*, *Apple* e *Google*) e a adequação das leis e aplicação antitruste existentes. Em audiência, realizada em Washington, no dia 29 de julho de 2020, o democrata David Cicilline expos a realidade norte americana em frente a práticas antitrustes:

O democrata David Cicilline, presidente da subcomissão antitruste da Câmara dos Deputados, onde a audiência é realizada, apelou para as essências americanas, mas, no seu caso, para defender a necessidade de limitar o poder das grandes tecnologias. “Nossos pais fundadores não se curvaram a um rei”, lembrou ele em seu discurso inicial, com mais de uma hora de atraso. “Nem devemos nos curvar aos imperadores da economia digital” (EL PAIS, 2020, página virtual)

Em âmbito nacional, o CADE já se manifestou sobre os mercados digitais, e equiparou o serviço das redes sociais com os serviços online, além disso, o próprio CADE informa como os dados podem corroborar para uma prática anticoncorrencial:

bases de dados pessoais podem ser entendidas como importantes vantagens competitivas detidas pelas empresas que já atuam em mercados digitais, mesmo levando em consideração que os dados são não-rivais, ou seja, o fato de um agente ter acesso a eles não diminui a quantidade disponível para que outros agentes também os acessem. Ainda que os dados de um único usuário tenham esse caráter de não rivalidade, o valor para a plataforma não somente nos dados de um único usuário, mas sim no grande volume de dados de usuários individuais que foram transferidos a ela. Assim, caso um grande

número de usuários opte por utilizar apenas uma plataforma, que não comercialize suas bases de dados, o acesso por concorrentes a esse insumo (ou seja, a esse conjunto de dados de diversos usuários) pode ser dificultado (KREIN, op cit., p. 214)

Nessa esteira, a professora Ana Frazao, identifica outro ponto que atinge a concorrência, é o fenômeno que denominou de “*data-opólios*” (data-opolies), destaca que eles não exercem seu poder com a cobrança de preços mais altos dos consumidores, mas com distorções para além do valor pecuniário, afetando a privacidade e a autonomia.

Nesse sentido, assevera que “Isso porque os dados pessoais e a atenção despendida consistem em verdadeiros custos nos quais incorrem os usuários em contrapartida aos produtos e serviços ofertados “*gratuitamente*””. (FRAZÃO et al., 2020, p. 62)

Como consequência desses “*data-opólios*”, tem-se que o poder de mercado de uma rede social como o Facebook, não viola apenas a intimidade e privacidade do indivíduo, mas como a Professora informa, viola a própria democracia, e a capacidade individual de fazer escolhas, tendo em vista as técnicas comuns, coadunadas com o avanço da neurociência, promovendo a manipulação de pensamentos.

Portanto, de todo o exposto, conclui-se que as grandes corporações, como as *Big Five*⁷ e demais empresas expressivas exercem um poder de mercado expressivo, violando as legislações antitrustes internacionais, bem como, direitos humanos básicos como decisão autônoma dos dados e privacidade.

A Lei Geral de Proteção de Danos é omissa quanto a utilização de dados pessoais por servidores *online*, porém, pode-se utilizar por analogia o texto que limita o livre tratamento e utilização de informações, positivado no Artigo 7º, que dispõe que o tratamento só poderá ser realizado mediante o consentimento do usuário, devendo ser realizado de forma específica e destacada, no entanto, a uma anomia quanto a monetização de dados.

A esse respeito, o artigo 7º, § 5º, da LGPD expressamente prevê que o controlador “que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento”.

A legislação prevê a proteção, porém, não resolve o abuso ao mercado, intensificando a concorrência desleal que é um abuso a cidadania empresarial, e

7 Designação das gigantes da Web, Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft, que são cinco grandes empresas dos EUA, nascidas nos últimos anos do século XX ou início do século XXI.

consequentemente aumenta a invasão à privacidade de cada usuário, violando a tutela da vida privada prevista no art. XII da Declaração Universal⁸.

Conclui-se, portanto, que a concorrência desleal está intrinsicamente ligada com a captura de dados e invasão da esfera privada, de forma que a pauta da privacidade como autodeterminação deve constar nas políticas internas das grandes empresas gerando assim um protocolo de acordo com a cidadania empresarial.

CONCLUSÃO

É inquestionável que as operações realizadas pelas grandes empresas devem ser submetidas a uma análise de especialistas na política antitruste, uma vez que utilizam os dados pessoais de seus usuários, e com isso, abusam de seu poder de mercado.

Como exposto no presente trabalho o papel da análise antitruste é posto em prova, e as autoridades vem sendo desafiadas em relação à aplicação dos métodos e parâmetros usuais nos casos que envolvem plataformas digitais.

A captura de dados irregular e os resultados da invasão à esfera privada potencializam o poder econômico dessas empresas, ao passo, que ocorre diversas violações a legislação nacional e internacional.

A Constituição Federal indica como um de seus princípios norteadores a livre concorrência, e tutela a vida privada, bem como deixa claro que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Art. 170, IV, CF). A própria LGPD, trata sobre a concorrência no Art. 2º, VI aludindo que a proteção de dados tem como fundamento à livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Apesar de existir esta estrutura legislativa sólida, é necessário que a sociedade se atente aos desafios da proteção do direito à privacidade coadunada com o avanço tecnológico.

A cidadania empresarial deve prevalecer, coibindo que as vantagens econômicas e o lucro obtidos por meio do enfraquecimento dos direitos da personalidade coexistam paralelamente.

8 Art. XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

REFERÊNCIA

BORGES, Alexandre Walmott et al. A Violação À Ordem Econômica Na Constituição De 1988 E À Lei Antitruste No Exercício Disfuncional Da Ação Na Defesa Da Propriedade Intelectual. *Revista Juridica*, v. 2, n. 47, p. 335-362, jul. 2017. P. 353

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*.

Comissão Européia. *O que são dados pessoais?* Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt#resposta> Acesso em 05 de nov de 2020.

CADE. *CONCORRENCIA EM MERCADOS DIGITAIS: Uma Revisão dos Relatórios Especializados*. Documento de Trabalho n. 005/2020. P. 126. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>> Acesso em: 20 de nov de 2020.

CADE. *BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice. I Report by the competition authorities*. p. 18. Disponível em: <<http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-releases-report-on-digital-economy-during-the-vi-brics-competition-conference>> Acesso em: 05 de dez de 2020.

CARVALHO, C. *Concorrência no mercado digital: A importância dos Dados Pessoais*. Scharlack. Disponível em: <<https://www.scharlack.com.br/post/concorr%C3%Aancia-no-mercado-digital>> Acesso em: 02 de dez de 2020.

El PAIS. *Congresso dos EUA examina as tecnológicas: “Não devemos nos curvar aos imperadores digitais”*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/tecnologia/2020-07-29/congresso-dos-eua-examina-as-tecnologicas-nao-devemos-nos-curvar-aos-imperadores-digitais.html>> Acesso em: 16 de set de 2020.

FRAZÃO, A.; MENDONÇA, I.. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. *Direito Público*, v. 17, n. 93, jul. 2020. p. 62

HOOFNAGLE; S. A; GOOD, N; WAMBACH, D. J.; AYENSON, M. D. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. New York University Law and Economics Working Papers, n° 403, 2015.

KREIN, Julia. Novos Trustes Na Era Digital: Efeitos Anticompetitivos Do Uso De Dados Pessoais Pelo Facebook. *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 6, n° 1. Maio 2018. p. 205 e 214

MODESTO, J. A. Breves considerações acerca da monetização de dados pessoais na economia informacional à luz da lei geral de proteção de dados pessoais. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias* . v. 6, n. 1, p. 37-58, Jan/Jun. 2020. P. 63 e 64

OECD. "*Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*". *Digital Economy Papers*, N. 220, Publishing, Paris. 2013. p19

Pereira Neto, C. M. S. *Direito concorrencial: Direito econômico*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 139

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 786

Volmar M. N., Helmdach K. O. *Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation*, *European Competition Journal*, 2018. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/action/showCitFormats?doi=10.1080%2F17441056.2018.1538033>> Acesso em: 10 de nov de 2020.