

BIG DATA: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DAS PRÁTICAS ABUSIVAS NO ACESSO E USO DE DADOS MASSIFICADOS NA ECONOMIA DE PLATAFORMA

BIG DATA: AN ASSESSMENT OF MASS DATA ACCESS AND USE FROM A MARKET-POWER ABUSE PERSPECTIVE –IN THE PLATFORM ECONOMY

Vanessa Jiménez Serranía

Professora da Universitat Oberta de Catalunya. Doutora em Direito pela Universidad de Salamanca.
Mestre em Direito pela Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.
E-mail: vjimenezse@uoc.edu

Juliana Abrusio

Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata revalidado pela Universidade de São Paulo (USP).
E-mail: juliana.abrusio@mackenzie.br

Recebido em: 23/09/2020

Aprovado em: 03/05/2021

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar, por meio da pesquisa descritiva e bibliográfica, os desdobramentos jurídicos a partir de práticas abusivas na utilização de uma enorme quantidade de dados pelas empresas que oferecem serviços de intermediação on line, dentro da denominada ‘economia de plataforma’, em cujo setor estão inseridos agentes econômicos caracterizados por manterem plataformas digitais utilizadas como parceiras de outras empresas, em mercados conhecidos como bilaterais ou multilaterais.

No mercado do big data a utilização de dados para apoiar a tomada de decisões se tornou, atualmente, de grande importância no desenvolvimento empresarial. Muitas empresas passaram a oferecer serviços on line, inclusive gratuitos, com o objetivo de coletar dados a fim de formar uma massa com significativo valor econômico.

Ocorre que diante desse novo paradigma do big data encontram-se potenciais ineficiências em relação à concorrência lícita no mercado, tanto em relação as condições de acesso aos dados, como também quanto ao uso empregado. Em que pese a União Europeia ter uma regulação avançada sobre o assunto, constata-se, em cotejo, que no Brasil não existe nenhuma legislação específica sobre a matéria, embora seja possível encontrar na casuística jurídica brasileira casos envolvendo abuso de posição dominante na economia de plataforma e do big data.

Levando em consideração a importância econômica da matéria prima dos dados para o atual mercado, verifica-se que existem discussões em julgados do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), bem como diferentes posicionamento na doutrina nacional e estrangeira, sobre a aplicação da doutrina das essential facilities, em favor do livre acesso a dados, no âmbito da economia de plataforma.

Quanto às condições de abuso no que tange ao uso dos dados, constata-se que por meio do

emprego de algoritmos associados ao big data, empresas que ofertam bens ou serviços on line podem abusar de sua posição, por meio da discriminação de preços (geopricing) ou da restrição da venda (geoblocking), ambos tendo por base a diferenciação da localidade do consumidor, sendo que tais geodiscriminações podem consistir em violação legais sob a óptica tanto da proteção dos dados pessoais, do direito do consumidor, bem como das regras concorrenciais de mercado.

Palavras-chave: *Big data*, Livre fluxo de dados, Antitruste, Doutrina das ‘*Essential Facilities*’, *Geopricing e Geoblocking*.

ABSTRACT: This paper intends to analyze, through descriptive and bibliographic research, the legal consequences of abusive practices in the use of a huge amount of data by companies that offer online intermediation services, within the so-called 'platform economy', whose sector includes economic agents characterized by maintaining digital platforms used as partners by other companies, in markets known as bilateral or multilateral.

Since the paradigm of big data, the use of data to support decision making has become of great importance in business development. Many companies have started to offer online services, even free of charge, aiming to collect data in order to form a mass of significant economic value.

However, in face of this new panorama, there are potential inefficiencies in relation to legal competition in the market, both in relation to the conditions of access to data, and in relation to the use of this data. Although the European Union has an advanced regulation on the subject, in Brazil there is no specific legislation on the subject, although it is possible to find in the Brazilian legal cases involving abuse of dominant position in the platform and big data economy.

Taking into consideration the economic importance of the raw material of data for the current market, it can be seen that there are discussions in CADE's judgments, as well as different positions in the national and foreign doctrine, about the application of the doctrine of essential facilities, in favor of free access to data, in the scope of the platform economy.

As for the abuse conditions regarding the use of data employed by the platforms, it is noted that through the use of algorithms associated with big data, companies that offer goods or services online may abuse their position, through price discrimination (geopricing) or restriction of the sale (geoblocking), both based on the differentiation of the consumer's location and such geodiscriminations may consist of violation under the viewpoint of protection of personal data, consumer rights, as well as the market competition rules.

Keywords: Big Data, Data free flow, Antitrust, Essential facilities Doctrine, *Geopricing and Geoblocking*.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O paradigma do big data e a economia de plataforma. 2 Regulação na união europeia e a casuística jurídica brasileira. 3 Limitação de acesso a dados na economia das plataformas e a doutrina das essential facilities. 4 Abuso no uso de dados e a prática de geodiscriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O *big data* reflete mais um paradigma do que uma tecnologia em si mesma, consistindo, portanto, em uma nova maneira de pensar sobre o conhecimento através de dados e um arcabouço para apoiar a tomada de decisões, racionalizando a ação e orientando a prática, sendo atualmente de grande importância no desenvolvimento da atividade empresarial. Por meio da análise de dados (*data analysis*) é possível determinar a existência de correlações, tendências de mercado, reações

do consumidor e padrões de comportamento, influenciando significativamente os negócios da atualidade.

A formação dos negócios conhecidos como “*freemium*”, consistentes em serviços de acesso livre e gratuito, por meio dos quais as empresas obtêm uma enorme quantidade de dados - que vão além de dados pessoais - e que buscam informações que tenham significativo valor econômico para determinadas aplicações, aponta para a importância do *big data* na competição entre os sujeitos econômicos desse novo mercado de dados. Algumas empresas de internet passaram a ocupar grande peso no mercado, tornando-se grandes plataformas intermediárias *on line*, contribuindo para a formação do que se denomina como ‘economia da plataforma’, caracterizada pela centralização das ofertas dos agente econômicos participantes dentro de uma determinada plataforma, que consubstanciam mercados virtuais, padronizados e ordenados com funcionamento ininterrupto, permitindo comparações e escolhas imediatas.

Essas plataformas utilizam dados tanto no desenvolvimento de suas próprias estratégias quanto em produtos a partir dos quais podem obter uma significativa rentabilidade. Tais plataformas, ademais, se tornam intermediárias de diversos grupos de usuários, ocorrendo - devido a sua própria estrutura - efeitos de rede e economias de escala que geram uma tendência para posições dominantes ou mesmo de monopólios, podendo, ainda, implicar na existência de barreiras de entradas e de potenciais abusos de posição dominante.

Após a exposição desse panorama, é possível vislumbrar duas situações distintas de potenciais práticas de concorrência ilícita no mercado, são elas: as condições de *acesso* aos dados, e o *uso* empregado a partir desses dados. Para tanto, o presente artigo, antes de adentrar na análise das duas situações apontadas, analisará a regulação atualmente aplicada na União Europeia quanto à circulação de dados não pessoais e à prática de *data mining*, bem como quanto aos potenciais conflitos na economia das plataformas *on line*, por condutas unilaterais injustas e prejudiciais. Em cotejo com o cenário jurídico brasileiro, em razão de não existir regulação semelhante, serão apresentados os casos julgados pelo órgão CADE sobre o assunto.

Na sequência, então, o artigo se voltará à primeira situação descrita para potenciais práticas de concorrência ilícita no mercado, isto é, quanto ao *acesso* aos dados. Nessa vereda, o artigo se volta à análise da aplicação da doutrina das *essential facilities* como forma de legitimar o livre acesso aos dados na economia de plataforma, apontando para a posição não unânime da doutrina, bem como qual o posicionamento do CADE em seus julgados em relação a essa matéria.

Por fim, o artigo se ocupará da segunda situação apontada, qual seja, o abuso no *uso* dos dados, pela aplicação da tecnologia da inteligência artificial, por meio do uso de algoritmos, que podem gerar possíveis assimetrias de informação, capazes de acarretar abuso de exploração, especialmente em plataformas com alto poder de mercado, a exemplo de aumento de preços para níveis superiores aos que ocorreriam se não utilizassem tais ferramentas. Passa-se, assim, a adentrar no campo da prática de geodiscriminação, de cujo gênero são espécies o *geopricing* e o *geoblocking*, sendo essa caracterizada pela prática de restringir a venda *on line* com base na localidade do consumidor, e aquela primeira espécie referida caracterizada pela prática por meio da qual o fornecedor *on line* de um produto ou serviço oferece preços diferentes levando em consideração a origem geográfica do consumidor. Em ambos os casos, porém, torna-se claro que para a conduta ser considerada ilícita, não pode existir um legítimo motivo para a discriminação, a exemplo de questões logísticas que elevem os preços ou mesmo impeçam o envio de um produto ou o adequado desempenho de um serviço para determinada localidade geográfica, situações em que a ilegalidade estaria afastada pela existência de motivo razoável.

Ainda no campo da geodiscriminação, será analisada a casuística jurídica brasileira relacionada à empresa Decolar.com, no processo administrativo de órgão de defesa do consumidor, bem como em processo judicial, apresentando, em cotejo, a regulação europeia de 2018 sobre bloqueio geográfico e outras formas de discriminação, e como essa prática pode configurar, para

além de violação aos direitos consumeristas e aos direitos dos titulares de dados pessoais, também em prática anticoncorrencial.

1 O PARADIGMA DO *BIG DATA* E A ECONOMIA DE PLATAFORMA

Em 06 de maio de 2017, o jornal ‘The Economist’ publicou matéria intitulada ‘*The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*’¹ referindo-se à expressão atribuída ao matemático inglês Clive Humby (‘*data is the oil*’), proferida em 2013. Apesar das diferenças entre os recursos², fato é que dados nunca tiveram tanto valor.

Há alguns anos vivenciamos uma mudança de paradigma quanto ao deslocamento do sistema baseado na manufatura de bens materiais para sistemas de produção centralizados na circulação e troca de informações (GUERRA FILHO, 2014). Estamos inseridos na chamada Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016), cujo motor da mudança é precisamente os "dados", que alteram a natureza dos negócios, dos mercados e da sociedade (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013). No século 20, o valor mudou de infraestruturas físicas, como terrenos e fábricas, para intangíveis, como marcas e propriedade intelectual. Estes agora se expandem para dados, o que está se tornando um importante ativo corporativo, um fator econômico vital e a base de novos modelos econômicos.

Há cerca de duas décadas atrás, era notícia que o Walmart estava usando a análise preditiva para antecipar as necessidades de estoque em face de eventos climáticos severos futuros. Atualmente, campanhas de varejo (gerenciamento de estoques), publicidade (mecanismos de recomendação on-line), seguros (melhor estratificação de risco), financeiro (estratégia de investimento, detecção de fraudes), imobiliária, de entretenimento e política, rotineiramente adquirem, integram e analisam grandes quantidades de dados para melhorar seu desempenho (KOONIN e HOLLAND, 2014).

Os "dados" devem ser entendidos, neste contexto, como a "informação disposta adequadamente para seu tratamento por um computador"³. Estamos, portanto, em uma realidade que vai além dos dados pessoais,⁴ ou seja, estamos tratando de quantidades de grandes informações que são geradas em um volume massivo diariamente,⁵ podendo esses dados estarem estruturados ou não. As informações extraídas a partir destes dados geram às empresas e instituições que as utilizam ferramentas extremamente úteis, tanto econômicas quanto científicas. Ou seja, o *big data* possibilita a geração de valor para as empresas e é fundamental para o desenvolvimento da inovação tecnológica.

O termo *big data* foi cunhado pela área de *marketing* para descrever grandes e diversos conjuntos de informações que estão crescendo a uma taxa cada vez maior devido ao próprio desenvolvimento da sociedade da informação e das interações empresariais e pessoais. O termo descreve o grande volume de dados – estruturados e não estruturados – e está relacionado tanto aos avanços na mineração de dados (*data mining*), quanto ao surpreendente aumento do poder computacional e à capacidade de armazenamento de

¹ THE ECONOMIST. The world’s most valuable resource is no longer oil, but data. Publicado Em: 06 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 15 set. 2020.

² Vide comparativo entre dados digitais e petróleo desenvolvido em HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data*. Desafíos también para el Derecho. Tradução de Eduardo Knorr Argote. Aranzadi: Navarra, 2018, p. 53 e ss.

³ Vide Dicionário da Academia Real Española. Disponível em: <<https://dle.rae.es/dato>>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁴ Vale lembrar que o artigo 4º do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais - Regulamento (UE) 2016/679 - comumente designado, no Brasil, pela sigla em inglês GDPR (General Data Protection Regulation), no nº 1 define como dados pessoais a “informação relativa a uma pessoa física identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa física que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa física”. No Brasil, segundo o art. 5º, incisos I e II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018, dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” e dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

⁵ Vide art. 3.1 do Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Novembro de 2018 sobre um quadro de livre circulação de dados não pessoais na União Europeia. Note, porém, que não existe texto normativo semelhante no Brasil.

dados, que possibilitam análises e correlações mais sofisticadas. O termo *big data* começou a ser utilizado, timidamente, no início dos anos 90, e seu emprego aumentou exponencialmente com o passar dos últimos anos sendo que passou a ser considerado como estratégico para o desenvolvimento de um negócio nos dias atuais.

Ao olhar para as últimas duas décadas, verifica-se que houve uma intensificação das fontes geradoras e de captação de dados. Rápidos avanços foram vistos em sensores, em tecnologias de banco de dados, em mecanismos de busca, na mineração de dados (*data mining*), no aprendizado de máquina (*machine learning*), e em estatística. Estas tecnologias que sustentam o *big data* permitem que as organizações adquiram, transmitam, armazenem e analisem todos os tipos de dados em maior volume e velocidade.

A massa de dados do *big data* geralmente é composta de múltiplas fontes e advém em vários formatos. É possível reunir grande volume de dados a partir de comentários compartilhados publicamente em redes sociais e sites, por meio de questionários, compras de produtos e/ou registros eletrônicos, por exemplo. Ademais, a ascensão de dispositivos inteligentes, bem como a Internet das Coisas - IoT (*Internet of Things*) permitem que os dados sejam coletados em um amplo espectro de situações e circunstâncias.

Considerava-se, classicamente, que o *big data* se caracterizava pelo o que foi chamado de 3 Vs: **volume** (quantidade) de dados, **velocidade** (rapidez) em que é coletado e a **variedade** da informação, isto é, o *big data* envolve tanto dados estruturados, com dados semiestruturados e principalmente não estruturados, como dados de áudio, imagem, arquivos de vídeo, atualizações de mídia social e outros formatos de texto, arquivos de log, dados de cliques, dados de máquinas e sensores, etc.

No entanto, posteriormente, passou-se a considerar um salto para 10 Vs, são eles: volume, velocidade e variedade, além de **veracidade**: diz respeito à confiabilidade da fonte de dados e sobre a metodologia utilizada na coleta dos dados, com vista a ter dados suficientes para testar diferentes hipóteses, contendo vastas amostras para construção de modelos de validação; **validade**: guarda relação com a qualidade de dados e governança em coletas massivas de dados com natureza diversa e heterogênea, ou seja, refere-se à precisão e correção dos dados para o uso pretendido; **variabilidade**: os dados são dinâmicos e capazes de evoluírem no tempo e espaço, de acordo com as diferentes fontes de dados; **vulnerabilidade**: diz respeito à segurança dos dados e aos riscos de violação à privacidade; **visualização**: indica a dificuldade de obter corretas apreensões para a correta tomada de decisão a partir da massa de dados existente; **volatilidade**: necessário estabelecer regras para a disponibilidade dos dados em relação ao seu processo de armazenamento e recuperação; **valor**: relacionado ao valor do negócio e o potencial do *big data* para transformar seus resultados. O elemento *valor* é considerado o mais importante de todos uma vez que as demais características não fazem sentido se não houver valor comercial relevante para os dados (BORNE, 2014).

As análises realizadas em *big data* vasculham montanhas de dados para identificar ou prever fatos sobre determinados indivíduos e usá-los em decisões relacionadas a diversos aspectos, que variam desde publicidade direcionada até indicação de tratamento médico (WATERMAN e BRUENING 2014). Fica evidente como *big data* aporta informações de grande importância no desenvolvimento da atividade empresarial, vez que é utilizado em tomadas de decisão futuras. A análise desses dados (*data analysis*) permite determinar a existência de correlações, tendências de mercado, reações do consumidor, padrões de comportamento, de modo que esses resultados são utilizados na tomada de decisões empresariais desde a estratégia de recursos humanos até estratégias de produção e marketing de produtos (ABRUSIO, 2020). O *big data*, ademais, é essencial para o desenvolvimento de novos modelos de negócios, como *Fintechs*, *Insurtechs* e tecnologias como inteligência artificial.⁶ É interessante notar que nesses casos, produz-se uma retroalimentação já que essas novas tecnologias, por sua vez, representam as principais fontes de dados não pessoais, como resultado, por exemplo, de sua implantação em processos de produção industrial automatizada.⁷

⁶ Vide OCDE, *Data-Driven Innovation: Big data for Growth and Well-Being*, OCDE Publishing, 2019, especialmente, pp. 131 a 176 e 299 a 330.

⁷ O regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Novembro de 2018 sobre um quadro para a livre circulação de dados não pessoais na União Europeia inclui certos exemplos específicos de dados não pessoais coletados nesta área: "conjuntos de dados agregados e anonimizados utilizados para análise de dados em larga escala, dados sobre agricultura de precisão que podem ajudar a controlar e otimizar o uso de pesticidas e água, ou dados sobre as necessidades de manutenção de máquinas industriais" (Considerando 9).

Com efeito, pode-se afirmar que a expressão *big data* reflete mais um paradigma do que uma determinada tecnologia, método ou prática. Nesse sentido, *big data*, enquanto paradigma, é uma maneira de pensar sobre o conhecimento através de dados e um arcabouço para apoiar a tomada de decisões, racionalizando a ação e orientando a prática (BAROCAS e NISSENBAUM, 2014), tendo o dado como "matéria-prima" de grande interesse para a indústria e para a economia. Disso decorre que certos comportamentos devam ser levados em conta pela transcendência que possuem tanto a nível da própria cadeia de valor (mudança de modelos de negócios) como de seus efeitos no mercado.

Acrescente-se que esses dados são considerados tão valiosos que geraram sistemas denominados "*freemium*", serviços de acesso livre e gratuito, por meio dos quais as empresas adquirem uma enorme quantidade de dados (insistimos, que vão além de dados pessoais) que buscam informações que tenham significativo valor econômico para determinadas aplicações. Empresas como Facebook, Amazon, Apple, Google e Microsoft tornaram-se líderes da análise de dados, caracterizando-se por serem fontes de dados diretas devido aos seus investimentos na infraestrutura de dados (BURRI, 2019, pp. 247-248). No entanto, essas empresas, embora pioneiras e as que possuem maior peso no mercado, não são as únicas a realizar essa atividade, sendo a coleta de dados, geralmente ligadas aos modelos "*freemium*", uma prática comum nos modelos de entrada (plataformas) do mercado digital.

Vê-se, portanto, que esse paradigma está indissociavelmente ligado à denominada *economia de plataforma*, ou seja, à atividade das plataformas digitais, que as utilizarão tanto no desenvolvimento de suas próprias estratégias quanto em produtos a partir dos quais podem obter uma rentabilidade significativa. E é por meio da análise das massas de dados que as plataformas digitais vão aperfeiçoando seus algoritmos para oferecer uma melhor experiência ao usuário e aumentar suas conversões de vendas. A *economia de plataforma* caracteriza-se pela centralização das ofertas dos agentes econômicos participantes dentro de uma determinada plataforma, que consubstanciam mercados virtuais, padronizados e ordenados, com funcionamento ininterrupto, permitindo comparações e escolhas imediatas (TRINDADE, 2020). Essas plataformas digitais serão caracterizadas, ainda, por serem os intermediários entre diversos grupos de usuários ou clientes da plataforma (o que tem sido chamado de mercados bilaterais ou multilaterais), ocorrendo, devido à sua própria estrutura, efeitos de rede e economias de escala, que geram uma tendência para posições dominantes ou mesmo de monopólios (NUCCIO e GUERZONI, 2019). Isso aliado ao fato de que os mercados digitais são caracterizados por altas taxas de investimento e inovação que levam ao rápido progresso tecnológico no setor. Assim, podendo implicar na existência de barreiras de entradas importantes e de potenciais abusos de posição dominante; ou, sem chegar a esse ponto, a coordenação entre as próprias plataformas para impedir a entrada de novos operadores ou impor suas condições ao acesso a esses valiosos dados que eles coletaram.

Levando-se em conta todo exposto até aqui, podemos vislumbrar os dois lados da moeda em que teremos que estudar as potenciais ineficiências em relação à concorrência lícita no mercado: por um lado, as condições de acesso aos dados e, por outro lado, os usos empregados a esses dados.

2 REGULAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA E A CASUÍSTICA JURÍDICA BRASILEIRA

O *acesso* a dados é fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica e de pesquisa. Essa necessidade foi entendida pelo legislador europeu, que adotou uma série de medidas legislativas para garantir um acesso mais amplo aos dados e pode ser levantada do ponto de vista da análise econômica da lei, podendo, ademais, servir de exemplo e inspiração aos estudos jurídicos no cenário do mercado brasileiro.

Nos últimos anos, foram promulgadas, na União Europeia, medidas visando incentivar o acesso aos dados. Em primeiro lugar, pode ser citado o Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Novembro de 2018. Este regulamento visa criar um ambiente para a livre circulação de dados não pessoais na União Europeia, de forma clara e segura. O enfoque é baseado em princípios que facilitem a cooperação dos Estados-Membros, assim como a autorregulação⁸. O objetivo do Regulamento em referência, é garantir a livre circulação na União de dados que não tenham caráter pessoal, mediante o estabelecimento de regras relativas aos requisitos de localização dos dados, à disponibilidade dos dados para as autoridades competentes e à portabilidade dos dados para os usuários profissionais. Esse Regulamento

⁸ Vide Considerando 11, Regulamento (UE) 2018/1807.

aplica-se ao tratamento, na União Europeia, de dados eletrônicos que não tenham natureza pessoal, que seja prestado como serviço a residentes ou com estabelecimento na União Europeia, ou realizados por pessoa física ou jurídica que resida ou tenha estabelecimento na União Europeia para suas próprias necessidades.⁹

O legislador europeu compreendeu, claramente, que o setor das tecnologias da informação e das comunicações deixou de ser um setor específico, passando a ser a base de todos os sistemas econômicos e de todas as sociedades modernas e inovadoras, de modo que os dados eletrônicos compõem o elemento central desses sistemas e, dessa forma, repise-se, podem gerar muito valor quando analisados ou combinados com serviços e produtos¹⁰. Por outro lado, o rápido desenvolvimento da economia dos dados e das tecnologias emergentes (tais como a inteligência artificial, à Internet das Coisas, e a tecnologia do 5G) suscitam novos problemas jurídicos em torno das questões do propriamente dito aos dados, bem como da sua reutilização, e ainda sobre sua ética e responsabilidade¹¹.

No plano europeu, juntamente com o Regulamento supramencionado, pode também ser referida a Diretiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Abril de 2019, sobre direitos autorais e direitos relacionados ao mercado único digital, que tratou o tema de *data mining*¹². Os artigos 3º e 4º da citada Diretiva impõem limitação aos direitos de autor quando a prática de mineração ocorrer por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo patrimônio cultural, para fins de investigação científica. Ainda que ambos os artigos retro mencionados contemplem a atividade de mineração de textos e dados sob um mesmo pressuposto, qual seja, o acesso lícito ou legítimo, as condições concretas nas quais se configura a exceção para cada uma dessas premissas é muito diferente devido a duas condições, por um lado, o conjunto de características subjetivas do agente que exerce a atividade de mineração e, por outro, a finalidade para a qual a atividade de mineração de texto e dados é realizada.¹³ Embora essas exceções permitam o acesso, sob determinadas condições, aos dados para a realização da atividade de mineração, elas têm sido consideradas de aplicação limitada por grande parte da doutrina que já se inclinou sobre esses artigos (HILTY e RICHTER, 2017; GEIGER, FROSIO, e BULAYENKO, 2018; GEIGER, FROSIO, e BULAYENKO, 2020; MARGONI e KRETSCHMER, 2018) podendo ser modulada tanto contratualmente quanto tecnicamente, o que pode ter consequências negativas no desenvolvimento de certas inovações, especialmente no campo da inteligência artificial.

Sobre a economia de plataforma, pode ser citado, ainda, no plano europeu, o Regulamento (EU) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019, que regula potenciais conflitos na economia das plataformas *on line*, por condutas unilaterais injustas e prejudiciais. Para tanto, o regulamento promove em seu texto regras visando à equidade e transparência para usuários comerciais de serviços de plataformas de intermediação *on line*. Segundo preâmbulo desse Regulamento, os serviços de intermediação *on line* devem ser considerados como facilitadores chave do empreendedorismo e de novos modelos de negócio, do comércio e da inovação, que podem também melhorar o bem-estar dos consumidores e são cada vez mais utilizados tanto pelo setor público, como pelo setor privado, sendo que os referidos serviços de intermediação oferecem acesso a novos mercados e oportunidades comerciais, bem como proporcionam aos consumidores um leque maior de escolha de bens e serviços. Contudo, no mesmo preâmbulo é reconhecido que tais serviços também suscitam problemas que precisam ser resolvidos com vista a garantir maior segurança jurídica¹⁴.

Não à toa, o Considerando n. 2 do referido Regulamento assevera que os serviços das plataformas *on line* podem ser cruciais para o sucesso comercial das empresas que utilizam de seus serviços para alcançar os consumidores, mas é também essencial que tais empresas possam confiar nos serviços de intermediação *on line* com os quais estabelecem relações comerciais, sendo que essa condição é importante porque a crescente intermediação das transações das plataformas *on line*, fomentada por significativos efeitos indiretos da rede *data-driven*, ou seja, baseada em dados, conduz a um aumento da dependência por parte

⁹ Art. 2º Regulamento (UE) 2018/1807.

¹⁰ Vide Considerando 1, Regulamento (UE) 2018/1807.

¹¹ Vide Considerando 1, Regulamento (UE) 2018/1807.

¹² A definição de *data mining* é encontrada no art. 2, n.2 da Diretiva em referência: “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros”.

¹³ Cfr. arts. 3 e 4 da Diretiva. Para uma análise das características específicas da configuração desta exceção consulte JIMENEZ SERRANIA, V. Datos, minería e innovación: quo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, nº. 1, 2020, pp. 253-255.

¹⁴ Vide Considerando 1, Regulamento (UE) 2019/1150.

das empresas parceiras que utilizam a plataforma, em especial as micro, as pequenas e as médias empresas, a fim de alcançarem os consumidores. E devido a essa crescente dependência, os prestadores desse tipo de serviços dispõem de um poder de negociação superior, que lhes permite agir de uma forma unilateral, que pode vir a ser injusta e prejudicial aos interesses legítimos dos parceiros comerciais que utilizam de tais plataformas e, indiretamente, também prejudiciais aos consumidores¹⁵.

Ao dirigir o olhar ao direito brasileiro, verifica-se que não existe, até o presente momento, legislação similar aos citados Regulamentos e Diretiva da União Europeia. Em que pese, porém, não existir regulação nesse sentido no Brasil, é possível constatar que algumas demandas relacionadas à discussão de *big data* na economia das plataformas, por práticas anticompetitivas, já foram tratadas pela casuística jurídica, quando levadas ao órgão público competente para dirimir conflitos dessa natureza. Nesse caminho, apesar de ainda serem poucos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) enfrentou alguns casos envolvendo condutas unilaterais e a alegação de ocorrência de abuso de posição dominante na economia digital.

Os casos foram julgados pelo Tribunal do CADE em 2019. Foram três casos julgados nos meses de junho e julho do citado ano. Vale observar que não se pretende fazer aqui uma análise crítica das decisões, mas tão somente mencioná-las como forma de identificar os pontos de maior relevância que as referidas decisões trouxeram ao assunto e qual foi a posição do órgão antitruste brasileiro, mormente porque, conforme já dito, ainda não existe uma regulação específica no Brasil.

O primeiro caso¹⁶ julgado pelo CADE teve início com representação formulada pela empresa Microsoft Corporation, responsável tanto pelo serviço de buscas na internet *Bing*, como pelo serviço de busca patrocinada *Bing Ads*, sob a alegação de prática de infração à ordem econômica por parte do Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., responsáveis pelo serviço de buscas na Internet *Google Search* e pela plataforma de busca patrocinada *Google AdWords*. Segundo a Microsoft, o Google estaria restringindo a capacidade dos anunciantes, no AdWords, de usar as plataformas de busca patrocinada de concorrentes, ao impedir a portabilidade cruzada de dados entre plataformas e a otimização de campanhas por meio do documento ‘Termos e Condições da API do AdWords’, resultando em abuso da posição dominante do AdWords no mercado de busca patrocinada, em razão do Google dificultar a veiculação de anúncios em outros sites. O Google afirmou que, embora tivesse determinado alguns limites sobre as formas em que terceiros podem usar a API¹⁷ do AdWords, esses limites não teriam qualquer impacto anticoncorrencial, pois os anunciantes poderiam facilmente exportar suas campanhas, sendo que as limitações dos ‘Termos e Condições da API’ protegeriam a marca Google AdWords e assegurariam os incentivos para continuar inovando neste mercado. A Microsoft e o Google, porém, acabaram por realizar um acordo.

Em que pese as partes terem informado o CADE sobre o acordado realizado diretamente entre as empresas, o órgão entendeu por seguir com as investigações em atenção à natureza de ordem pública das normas concorrenciais, tendo sido retificado o polo ativo para retirar a Microsoft e nele incluir o CADE *ex officio*. Porém, ao final do processo administrativo, o Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia entendeu pelo arquivamento do feito, em razão da não tipificação de condutas contra a ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

O ponto, contudo, a ser destacado nesse caso foi ter sido a primeira ocasião que o CADE analisou as dimensões dos mercados *digitais* multissetoriais, também conceituado como multidimensional, ou ainda conhecido como plataforma de dois lados, pelo fato de que a plataforma Google seria uma ferramenta que facilita interações entre dois ou mais grupos de usuários.

O segundo caso¹⁸ cuida de processo administrativo iniciado contra o Google Inc. e o Google Brasil Internet Ltda, em 2011, para investigar a conduta desse provedor alavancar o seu comparador de preços (*Google Shopping*) utilizando a página de resultados de busca orgânica do Google, em desfavor de concorrentes, como o Buscapé e Bondfaro. Essas últimas empresas citadas foram as responsáveis por pedir a abertura do procedimento, alegando que os resultados da busca orgânica do provedor Google colocavam o *Google Shopping* em posição privilegiada. Em apertada maioria de votos, os Conselheiros do Tribunal do CADE determinaram o arquivamento do processo administrativo.

¹⁵ Vide Considerando 2, Regulamento (UE) 2019/1150.

¹⁷ Do inglês, a sigla é a abreviação de *Application Programming Interface*.

¹⁸ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (CADE).

A maior contribuição desse caso, sem adentrar no mérito da decisão, dá-se em razão do CADE ter analisado como funcionam as plataformas de dois lados, ou múltiplos lados, tal qual o serviço de buscas oferecidos pelo Google, bem como por terem os Conselheiros se inclinado na análise das práticas de *scraping* e *crawling*, típicas do *big data*. E, por fim, foi reconhecido ser claro o poder de mercado do Google, em especial no mercado *upstream* de buscas gerais, sendo que suas ações podem configurar conduta anticoncorrencial, capazes de efetivamente afetarem o funcionamento do mercado (não obstante o CADE tenha determinado o arquivamento).

O terceiro caso¹⁹ que faz parte da tríade de julgados sobre economia de plataforma proferidos em 2019 pelo CADE, cuida de processo administrativo instaurado pela empresa Buscapé contra o Google, por prática indevida de raspagem (*scraping*) pelo Google. Segundo o Buscapé, o Google estaria se apropriando de conteúdo de sites de comparação de preços de terceiros para reutilização no seu próprio site de comparação de preços. Ao final, o feito também foi arquivado. Porém, sem adentrar no mérito, é relevante destacar desse caso o reconhecimento do CADE da teoria da ‘alavancagem’ desenvolvida em relatório publicado pela Comissão Europeia, intitulado “*Competition Policy for the Digital Era*”²⁰, cuja teoria reconhece que a prática pode se dar de diferentes maneiras, incluindo a forma *ofensiva* para gerar mais lucros, ou a *defensiva* quando se trata de impedir a entrada no mercado central por um mercado adjacente, frequentemente um nicho.

De modo geral, os casos aqui apresentados apontam para um importante marco no âmbito do órgão brasileiro antitruste, no sentido de ter se posicionado sobre conceitos afetos ao *big data*, bem como por ter analisado acusações de abuso de posição dominante e outras infrações anticompetitivas na economia digital no Brasil.

3 LIMITAÇÃO DE ACESSO A DADOS NA ECONOMIA DAS PLATAFORMAS E A DOUTRINA DAS ESSENTIAL FACILITIES

A questão do *acesso* aos dados também pode ser tratada a partir da perspectiva da análise econômica do direito (GERADIN e KUSCHEWSKY, 2013). Levando-se em consideração a sua importância econômica, eles podem se tornar um recurso essencial no caso de limitar o potencial acesso aos mesmos, por exemplo, por meio da possível restrição contratual ao acesso.

Tenha-se em mente que se está a discorrer sobre dados ou informações que podem estar contidos em documentos protegidos por direitos autorais, bem como de outros tipos de dados e documentos que podem ser de propriedade ou titularidade de uma determinada empresa, ou seja, situações nas quais se produz uma exclusividade. Assim, pode-se considerar a aplicação da doutrina das *essential facilities*²¹ (estruturas essenciais) nos casos em que houver recusa em contratar ou mesmo uma contratação em termos que possam ser considerados abusivos (tarifas excessivas, injustas ou discriminatórias). É pertinente lembrar que a doutrina das *essential facilities* se aplica em casos específicos nos quais existem uma série de elementos que podem ser resumidos da seguinte maneira: em primeiro lugar quanto à capacidade da empresa titular do recurso indispensável para restringir a competência em um mercado decrescente devido a recusa, a ausência de concorrência devido à falta de acesso ao recurso no mercado para o qual é exigido como insumo, os efeitos negativos no bem-estar do consumidor e a ausência de uma justificação objetiva.

Um exemplo que poderia ser considerado elucidativo ao assunto é o caso europeu *Magill*²². Importante lembrar que, nesta ocasião, foi abordada a recusa por parte de redes de televisão em conceder licenças a uma revista sobre as listas de seus programas (ou seja, as grades de programas a serem transmitidas, a emissora, o dia e o horário, e o título dos programas). Esta revista teve como objetivo agrupar essas informações, de forma exaustiva, e oferecê-la de modo sistematizado e acompanhada de comentários e imagens obtidos de outras fontes em um guia sobre todas as redes de televisão. Neste caso, foi determinado

¹⁹ Processo administrativo nº 08700.009082/2013-03 (CADE).

²⁰ EUROPEAN COMMISSION. Report on *Competition Policy for the Digital Era* (2019). Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 16 abril.2021.

²¹ A doutrina das *essential facilities*, que tem sua origem nos Estados Unidos da América, determina que proprietários de recursos essenciais são obrigados a negociá-los (“obrigação de fornecer”) com seus concorrentes.

²² Este caso foi tratado pela Comissão Europeia na Decisão IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE*; DO 1989, L 78, p. 43. Esta decisão decorreu de recurso do Tribunal de Justiça (*Sentencia* de 6 de abril de 1995, assuntos acumulados C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra ‘Comisión de las Comunidades Europeas’*, ECLI:EU:C:1995:98).

o abuso da posição dominante dessas cadeias de televisão considerando que essa recusa na aquisição prejudicou os interesses dos consumidores, eliminando um novo produto do mercado e, assim, dificultando e obstaculizando a concorrência efetiva no mercado secundário. Além disso, neste caso, " *las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, (...), puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía*"²³.

No entanto, ao aplicar essa doutrina ao cenário do *big data* encontraremos certas dificuldades em demonstrar o cumprimento de todos os requisitos mencionados para a sua aplicação. Refere-se, em específico, por um lado, à prova do caráter indispensável dos dados em questão a ponto de causar uma restrição da concorrência; e, por outro lado, o fato de não haver justificativa objetiva para essa recusa, especialmente no caso de dados protegidos pelo segredo industrial.²⁴ Questiona-se se haveria a possibilidade de dados coletados por plataformas *on line* poderem se enquadrar na hipótese da doutrina das *essential facilities* sob as leis de concorrência²⁵, com vista a servir como uma importante ferramenta de abertura do mercado a novos agentes. Parte dos julgados das autoridades antitruste dos países membros da União Europeia, porém, não tem aplicado referida doutrina para o mercado de plataformas digitais (GRAEF, 2019). Não obstante, existe corrente - tanto europeia como brasileira - que defende a aplicação da doutrina das *essential facilities* como parte da proposta de uma política para criar deveres de permitir acesso aberto aos dados (ABRAHAMSON, 2015) bem como por entender que as plataformas digitais tem desempenhado um papel de utilidades públicas (BAGNOLI, 2020).

Em 22 de Abril de 2020, Andreas Mundt, Diretor da autoridade alemã antitruste, levantou a possibilidade de usar a doutrina das *essential facilities* na Alemanha para obrigar as plataformas digitais a compartilhar dados com concorrentes com vista a reduzir as barreiras à entrada no mercado (HANNAH e WENZLER, 2020). Portanto, as discussões a respeito do assunto ainda estão longes de terem uma posição pacífica, sendo certo que a aplicação da doutrina das *essential facilities*, no contexto da economia digital, e especificamente no que diz respeito às plataformas *online*, é considerada um dos principais desafios da política de concorrência na atualidade.

Vale ainda observar que nos casos julgados pelo CADE expostos no item anterior, especificamente no segundo caso²⁶, que envolveu a alegação de abuso da posição dominante por parte do Google por alavancar o seu comparador de preços (*Google Shopping*) utilizando a página de resultados de busca orgânica do Google, foi reconhecido por um dos Conselheiros que a página do Google é uma infraestrutura essencial, entretanto, que o teste para verificar a ocorrência da potencialidade lesiva atribuída à prática não necessita dessa constatação, sendo que tal análise é prescindível, haja vista que a alavancagem decorre da posição dominante, e a "consequente possibilidade de fechamento do mercado não decorre da vedação do acesso à essencialidade da infraestrutura, mas da vedação ao alcance da massa crítica de usuários e

²³ *Sentencia* do Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, C-241/91 P e C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra 'Comisión de las Comunidades Europeas', ECLI:EU:C:1995:98, párr. 56.

²⁴ Conforme sublinhado no documento elaborado pelo Max Planck, sobre o acesso aos dados, nesses casos, o solicitante do acesso deve demonstrar que os dados/informações em questão são essenciais para o surgimento de um novo produto ou serviço, e que não há outra maneira de criá-los ou obtê-los, não há outra forma. Além disso, o TJUE reconheceu que poderia haver uma justificativa objetiva para a negação do acesso. No entanto, os critérios e o escopo dos requisitos específicos em questão permanecem incertos. Além disso, deve-se notar que essas decisões foram emitidas sobre o pressuposto da proteção da propriedade intelectual para o assunto em questão; ainda não foi esclarecido se e como essas conclusões podem ser aplicadas a situações em que se trata de dados brutos não protegidos. Nesse sentido, pode-se supor que, no contexto de uma economia dinâmica e baseada em dados, a obrigação de conceder acesso sob a lei da concorrência só poderia ser aplicada em circunstâncias excepcionais. Vide DREXL, J., HILTY, R. et al. Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2833165>>. Acesso em: 20 Jul. 2020, p.9.

²⁵ Vide PRELIMINARY OPINION OF THE EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Mar.2014, par 40 e 66-68. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (CADE).

anunciantes para os comparadores de preço”²⁷. O Conselheiro Relator do caso, por sua vez, concluiu categoricamente que a prática de *Product Listing Ads* (PLA) não seria uma *essential facility*.

O CADE ao afastar da discussão a caracterização das plataformas como *essential facilities* sinaliza sua tendência de julgar casos envolvendo economias de plataformas voltando-se a outros ângulos de análise, tal qual o poder que tais plataformas digitais detêm e são capazes de exercer tanto em seus mercados principais como também nos adjacentes, sem considerar a essencialidade de sua estrutura.

Voltando ao plano europeu, importante registrar que o Google também foi alvo de investigação, desde 2010, na União Europeia, por alegação de que o *Google Shopping* seria favorecido e privilegiado na busca orgânica em detrimento e prejuízo de rivais. Em 27 de junho de 2017 foi reconhecido pela Corte Geral da União Europeia a prática de abuso de posição dominante por parte do Google envolvendo o *Google Shopping*, com a aplicação de multa de 2.4 bilhões de euros contra o Google. Interessante notar que a conclusão da decisão de existir abuso da posição dominante não exigira que o Google fosse, necessariamente, dominante no mercado afetado, ou seja, nos serviços de comparação de preços. Foi considerado suficiente, do ponto de vista legal, que o Google é dominante em um determinado mercado (serviços de busca geral) e alavanca sua posição inegavelmente dominante em "um mercado vizinho, mas separado" (serviços de comparação de preços), distorcendo assim a concorrência.

4 ABUSO NO USO DE DADOS E A PRÁTICA DE GEODISCRIMINAÇÃO

O outro “lado da moeda” é o próprio *uso* que se faz, a partir da massa de *big data* pelas empresas, especialmente no caso das plataformas. Assim, constata-se que as técnicas comerciais foram desenvolvidas a partir das informações obtidas da análise da massa do *big data*, como o “profiling” (perfil) dos clientes, a “customização” ou “personalização” na oferta de produtos assim como a discriminação de preços, entre clientes situados em diferentes localidades geográficas.

No estudo desse assunto é fundamental levar em conta que esse tipo de operação se realiza por meio de inteligência artificial através de algoritmos inseridos em determinada plataforma. Esses algoritmos, não obstante sejam a princípio neutros, podem proporcionar, como de fato proporcionam, para as empresas, poderosos mecanismos automatizados para monitorar preços, aplicar políticas específicas, enviar sinais de mercado ou otimizar benefícios com técnicas de *deep learning*²⁸. Em outras palavras, os algoritmos podem permitir às empresas que abusem de sua posição (OECD, 2017).

Especialmente importantes nesta área são os algoritmos que permitem a discriminação de preços mediante o uso da massa de *big data*. Esses algoritmos possibilitam determinar um preço adaptado às necessidades, possibilidades e preferências do consumidor e estão no centro de uma interessante controvérsia derivada de seu caráter ambivalente. Por um lado, esses algoritmos podem ser defendidos como eficientes e até mesmo benéficos à concorrência, porém, por outro lado, são entendidos como ferramentas que facilitam o abuso de posição dominante e até mesmo de potenciais acordos entre as empresas.

Em relação ao primeiro aspecto, esses algoritmos são colocados como instrumentos para intensificar a concorrência e proporcionar uma experiência de compra mais personalizada, a partir da qual muitos consumidores podem se beneficiar, seja sob uma perspectiva individual ou coletiva (COMBE, 2019).

Por outro aspecto, também podem causar importantes assimetrias de informação, gerando, especialmente em plataformas com alto poder de mercado, a possibilidade de abuso de exploração aumentando os preços para níveis superiores aos que ocorreriam se não utilizassem tais ferramentas (TOWNLEY, MORRISON e YEUNG, 2017).

O *geoprincing* é a prática por meio da qual o fornecedor *on line* de um produto ou serviço oferece preços diferentes levando em consideração a origem geográfica do consumidor. O *geoblocking*, por sua vez, consiste na prática de restringir a venda *on line* com base na localidade do consumidor. Ambas as espécies estão enquadradas no gênero denominado geodiscriminação (*geo* do grego significa terra, localidade). Por meio de linguagem de programação computacional, da mineração de dados (*data mining*) e da utilização de

²⁷ CADE. Processo Administrativo 08012.010483/2011-94. Voto Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira.

²⁸ *Deep learning* é um tipo de *machine learning* que treina computadores para realizar tarefas como seres humanos, o que inclui reconhecimento de fala, identificação de imagem e previsões, por meio de várias arquiteturas tais como redes neurais. Para aprofundar o assunto vide GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de Inteligência Artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência Artificial e Direito. São Paulo: RT, 2019 p. 85 e ss.

algoritmos específicos capazes de interpretar os dados coletados dos usuários na internet, é possível identificar a localização do consumidor e discriminar, sem motivo justificado, o valor do bem ou serviço disponibilizado na internet.

É importante sempre examinar a existência de possíveis razões econômicas legítimas que justifiquem a diferenciação ou negativa de oferta, como por exemplo motivos relacionados à questões logísticas que elevem os preços ou mesmo impeçam o envio de um produto ou o adequado desempenho de um serviço para determinada localidade geográfica. Nesses casos, eventuais diferenciações ou negativa de oferta serão tidas como razoáveis pois encontram uma justificativa jurídico-econômica plausível. Para os casos, porém, em que não houver motivo razoável estar-se-á diante de prática abusiva por parte do fornecedor, ainda que seja forçoso reconhecer que, puramente sob o olhar econômico, há racionalidade em cobrar mais dos consumidores que estão dispostos a pagar mais (FRAZÃO, 2018).

Além disso, acrescente-se que, muitas vezes, além de não existir motivo razoável para discriminação, a coleta de dados dos usuários que permitem a prática da diferenciação do *geopricing* pode ocorrer sem a devida base legal autorizadora, conforme disposto no artigo 7º da Lei 13.709/2018, no que implicaria, outrossim, violação ao direito de proteção de dados dos titulares. Vale lembrar que a lei mencionada, Lei Geral de Proteção de Dados, estabelece que a disciplina de proteção de dados pessoais tem dentre seus fundamentos a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, objetivando proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Na Europa, foi editado o Regulamento (UE) 2018/302 sobre o Bloqueio Geográfico (*Geoblocking*) e outras formas de discriminação, cujo texto tem como objetivo proporcionar mais oportunidades aos consumidores e às empresas no mercado interno da União Europeia. O citado regulamento aborda, em especial, o problema com que se defrontam alguns consumidores devido à impossibilidade de adquirirem bens e serviços de um fornecedor localizado em um determinado Estado-Membro diferente do seu, em razão da sua nacionalidade, do seu local de residência ou do seu local de estabelecimento.

O regulamento em referência pode ser visto no contexto do pacote global de medidas relativas ao comércio eletrônico apresentado pela Comissão. Em 25 de maio de 2016, a Comissão apresentou medidas destinadas a estimular o potencial do comércio eletrônico transfronteiriço na Europa, como condição prévia para o pleno funcionamento do mercado único digital. Este pacote teve como objetivo principal eliminar os obstáculos à atividade transfronteiriça *on line*, elevar a capacidade dos europeus em utilizarem eficazmente o comércio eletrônico, bem como definir um quadro global para o comércio eletrônico centrado em três objetivos principais, são eles: i) garantir um melhor acesso aos bens e serviços oferecidos pela internet em toda a Europa; ii) aumentar a confiança dos consumidores e conferir maior segurança às empresas; e iii) reduzir os custos de transação e os encargos administrativos suportados pelas empresas no âmbito do comércio transfronteiriço *on line*²⁹.

No Brasil inexistente regulação específica sobre geodiscriminação. Há, porém, discussão na casuística jurídica em sede de órgão de defesa do consumidor, bem como perante o Poder Judiciário. Em sede administrativa, em 18 de junho de 2018, a empresa Decolar foi multada em R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), em razão de violação aos direitos do consumidor (artigos nº 4º, caput, incisos I e III; 6º, incisos II, III e IV, e 39, incisos II, IX e X do Código de Defesa do Consumidor), em razão de práticas de *geopricing*, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria Nacional de Relações de Consumo do Ministério da Justiça³⁰. O procedimento foi instaurado por representação apresentada pela empresa concorrente Booking, segundo a qual consumidores situados em São Paulo eram ofertados com valores de hospedagem até 29% superiores àqueles ofertados no mesmo momento para consumidores situados em Buenos Aires. A empresa Booking também demonstrou que vinha recebendo emails de hotéis solicitando uma prática de preços mais altos em relação aos consumidores brasileiros, a exemplo da Decolar. Ainda, a empresa Booking demonstrou existir diferenças de preços de mais de 80% para consumidores brasileiros em comparação com estrangeiros, bem como falta de vagas para

²⁹ COMISSÃO-EUROPEIA. Perguntas e Respostas sobre o Regulamento Bloqueio Geográfico no Contexto do Comércio Eletrônico. União Europeia, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=55386>. Acesso em: 19 abril. 2021.

³⁰ Processo Administrativo nº nº 08012.002116/2016-21. Despacho nº 299/2018. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (DPDC). Ministério da Justiça/Secretaria Nacional do Consumidor (MJ/SENACON).

brasileiros, com recusas frequentes e injustificadas. Em outras palavras, a empresa Decolar.com estaria oferecendo reservas a preços distintos, de acordo com a localização do consumidor, identificado através do IP (*Internet Protocol*) –*geopricing*–, e também ocultando a disponibilidade de acomodações a consumidores brasileiros, em favor de consumidores estrangeiros –*geoblocking*.

As práticas de *geopricing* e *geoblocking* que deram ensejo à condenação da Decolar no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), apontam para um dos principais medos por parte dos usuários das plataformas digitais, ou seja, a discriminação de consumidores a partir de dados pessoais. Vale lembrar que a Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece, em seu artigo 2º que a disciplina da proteção de dados pessoais tem dentre seus fundamentos a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, objetivando proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ademais, consta como um dos princípios da citada lei, a vedação de discriminação ilícita ou abusiva a partir do tratamento dos dados pessoais (artigo 6º, IX).

No relatório que acompanha a decisão condenatória, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) considerou que ao precificar, ou permitir que se precifique o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do consumidor, a fornecedora viola as práticas legais do mercado, de modo que nada justifica a ocorrência de preços diferentes com relação a serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições³¹.

Importante notar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) embora não tenha regras específicas para o *geopricing* ou para o *geoblocking*, contém cláusulas gerais e regras abrangentes que abrigam o combate a tais práticas abusivas, tal qual o direito do consumidor de informação adequada, o direito à igualdade nas contratações, o Direito à proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como direito à proteção contra práticas abusivas (art. 6º do CDC)³². A tutela do Direito do consumidor, por meio do Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e de interesse social, portanto, é um dos meios de intervenção do Estado, em exceção ao paradigma do direito privado da autonomia da vontade, para frear a conduta de discriminação dos fornecedores *on line*, com vista a equalizar a relação consumidor- fornecedor em um mercado cada vez mais dominado pelos algoritmos.

Ainda sobre o caso Decolar.com, em âmbito judicial, foi ajuizada ação civil pública contra a empresa, movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, pela suposta prática de *geodiscriminação*. O processo tramita em segredo de justiça quanto à perícia sobre os algoritmos adotados pela empresa, bem como sobre sua base de dados, em razão da propriedade intelectual envolvida nesses elementos³³.

Observe-se que o caso também poderia ser analisado pela legislação antitruste, desde que comprovados a posição dominante da plataforma Decolar, bem como os efeitos anticompetitivos irrazoáveis, pela prática de infração a ordem econômica por discriminação comportamental abusiva de adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, sem motivo justificado³⁴. O direito antitruste, portanto, também serve de freio advindo da intervenção estatal contra a denominada discriminação comportamental, possibilitada pelo *big data* associado ao emprego de algoritmos que operam o *data mining* sobre os dados pessoais dos consumidores *on line* (TOWNLEY, MORRISON e YEUNG, 2019).

Tenha-se presente que a Lei nº 12.529/2011 (Defesa da Concorrência) prevê como condutas aptas a caracterizar uma infração contra a ordem econômica a discriminação abusiva de adquirentes de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços (art. 36, § 3º, inciso X), bem como a recusa de venda de bens ou serviços dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes

³¹ DPDC/Senacon, PA nº 08012.002116/2016-21, j. 15/06/2018, Nota Técnica nº 92/2018/CSA-SENAcon/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENAcon/MJ.

³² Acrescente-se, ainda, o Decreto nº 7.962/2013, que dispõe sobre o comércio eletrônico, e o que demonstra a preocupação do legislador em relação aos consumidores *on line*, em que pese esse diploma não se referir à discriminação tratada nesse artigo.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. Mandado de Segurança nº 61.306-RJ (2019/0199274-6). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4 de dezembro de 2019.

³⁴ Vale ter em mente que dos princípios da atividade econômica, insculpidos na Constituição Federal de 1988, da livre iniciativa (art. 170, caput), da função social da propriedade (art.170, inciso III), da livre concorrência (art. 170, inciso IV), da defesa do consumidor (art. 170, inciso V), bem como a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º), decorrem dois microsistemas jurídicos distintos, mas complementares: o da defesa do consumidor e o da defesa da concorrência.

comerciais (art. 36, § 3º, inciso X). Ademais, os efeitos anticompetitivos das práticas de geodiscriminação, nas suas espécies *geopricing* e *geoblocking*, atingem não apenas a exploração dos consumidores, mas também podem causar a exclusão de concorrentes e o aumento de barreiras à entrada (GUIMARÃES, 2019). Assim, não há dúvidas que as práticas abusivas em comento podem configurar ilícitos concorrenciais.

CONCLUSÃO

É indiscutível a importância do paradigma do *big data* na atualidade, bem como a necessidade de uma melhor e mais ampla compreensão de suas implicações que resultem na formulação de regulação de determinados aspectos mais problemáticos em torno da temática.

Embora a análise realizada neste texto seja sucinta, devido a sua necessária brevidade, é suficiente para compreender e apontar os dois principais aspectos nos quais é necessária uma maior e melhor intervenção por parte do legislador e das autoridades competentes. Primeiramente, é necessário o desenvolvimento de uma regulamentação brasileira sobre o acesso aos dados, levando-se à efeito medidas que possibilitem o real acesso aos mesmos, especialmente em casos de inovação técnica. Em segundo lugar, é preciso repensar, como já se está fazendo desde a concepção da OCDE³⁵ e da União Europeia³⁶, as plataformas como instrumentos poderosos de mercado, conforme exposto nesse artigo. Ressalte-se que as regulações europeias referidas no presente artigo podem servir de inspiração e parâmetro para a iniciativa brasileira de criar regras para esse mercado.

Finalmente, tanto em relação às medidas legislativas que venham a ser adotadas quanto no que tange às atuais e futuras decisões das autoridades competentes, deve existir uma ponderação de forma integradora e realista sobre a existência de determinadas justificativas objetivas para certas que, *a priori*, poderiam ser classificadas como anticoncorrenciais (por exemplo, o uso de algoritmos para discriminação de preços).

Este é o caso de práticas como a geodiscriminação, a qual por meio do uso de algoritmos, do tipo *deplearning*, emprega diferenciações nos preços e restrições de vendas, de bens e serviços, de acordo com a localização do consumidor. Existe uma opacidade ao consumidor, em clara violação às normas consumeristas, que trazem significativos prejuízos ao mercado *on line*. Tais práticas também alcançam a proteção de dados pessoais, visto que a vedação de discriminação para fins ilícitos e abusivos, a partir do tratamento dos dados pessoais, consiste um dos princípios orientadores dessa disciplina. E, por fim, também podem configurar ilícitos concorrenciais, por infração contra ordem econômica, sob à égide da Lei nº 12.529/2011, desde que comprovados a posição dominante do agente econômico e os efeitos anticompetitivos irrazoáveis.

REFERÊNCIAS

ABRAHAMSON, Zachary. Essential Data. *IN: The Yale Law Journal*, vol. 124, n. 3, 2015, pp. 576-881. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/comment/essential-data>>. Acesso em: 04 Abr. 2021.

ABRUSIO, Juliana. *Proteção de Dados na Cultura do Algoritmo*. D'Placido: São Paulo, 2020.

³⁵ OCDE, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em 20 Set. 2020.

³⁶ Consulta pública sobre a Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante iniciada em 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1187>. Acesso em: 22 julho 2020.

BAGNOLI, Vicente. Digital Platforms as Public Utilities. *IN: International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 17 set. 2020. Disponível em: <<https://europepmc.org/article/med/32958964>>. Acesso em 18 abr. 2021.

BAROCAS, Solon; NISSENBAUM, Helen. Big data's end run around anonymity and consent. In: (Coords.) LANE, Julia; STODDEN, Victoria; BENDER, Stefan; NISSENBAUM, Helen. *Privacy, big data, and public good: frameworks for engagement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014

BORNE, Kirk. *Knowledge is power*. Publicado em: 11 abr. 2014. Disponível em: <<https://mapr.com/blog/top-10-big-data-challenges-serious-look-10-big-data-vs/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRUC, Edouard. Data as na essential facility in European law: how to define the “target” market and divert the data pipeline? *IN: European Competition Journal*, vol.15, 2019, pp. 177-224. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17441056.2019.1644576?journalCode=recj20>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

BURRI, Mira. Understanding the Implications of *Big data* and *Big data* Analytics for Competition Law: An Attempt for a Primer”, *New Developments in Competition Law and Economics*, (coord.) Mathis, K. y Tor, Springer, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/326208067_Understanding_the_Implications_of_Big_Data_and_Big_Data_Analytics_for_Competition_Law_An_Attempt_for_a_Primer>. Acesso em: 5 set. 2020.

COMBE, E. Towards personalised pricing in the digital era? *IN: Fondation pour l’innovation politique*, 2019. Disponível em: <<https://www.fondapol.org/en/study/towards-personalised-pricing-in-the-digital-era/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Consulta pública sobre a Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante iniciada em 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1187>. Acesso em: 22 jul. 2020.

DICIONÁRIO da Academia Real Española. Disponível em: <<https://dle.rae.es/dato>>. Acesso em: 15 set. 2020.

DPDC/Senacon, PA nº 08012.002116/2016-21, j. 15/06/2018, Nota Técnica nº 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ.

DREXL, J., HILTY, R. et al. Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper* n.. 16-10. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2833165>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Report on *Competition Policy for the Digital Era* (2019). Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 16 abr. 2021.

FRAZÃO, Ana. *Geoprincing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores*. IN: Jota, 15 agosto 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geoprincing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018> >. Acesso em: 16 abr. 2021.

GEIGER, Ch., FROSIO, G. y BULAYENKO, O. Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU, *Propriedad intelectual y mercado único digital europeo*, (dir.) C.Saiz García, R. Evangelio Llorca (dir.) Tirant Lo Blanch, 2020.

_____. *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big data?*, *IIC* 49, 814–844, 2018.

GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*. IN: SSRN Working Paper. Fev, 2013, p. 13-15. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088 >. Acesso em: 02 abr. 2021.

GRAEF, Inge. *Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy*, abril 2019. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/332401208_Rethinking_the_essential_facilitiesDoctrine_for_the_EU_digital_economy >. Acesso em: 03 abr. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Immunological theory of law*. Alemanha, Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2014.

GUIMARÃES, Marcelo Cesar. Geoblocking and Geoprincing. An analysis in the light of Mike Feintucks's public interest theory. IN: *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, vol. 11(2), 2019, pp. 87-107

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de Inteligência Artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: RT, 2019.

HANNAH, Lesley; WENZLER, Claus. The Google Shopping Decision and Whether Digital Platforms Can Constitute Essential Facilities, 20 maio 2020. Disponível em: < https://www.hausfeld.com/news-press/the-google-shopping-decision-and-whether-digital-platforms-can-constitute-essential-facilities#_ftn3 >. Acesso em: 16 abr. 2020.

HILTY, R.; RICHTER, H. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining), *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper* No. 17-02. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2900110> >. Acesso em: 22 ago. 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data*. Desafíos también para el Derecho. Tradução de Eduardo Knorr Argote. Aranzadi: Navarra, 2018.

JIMENEZ SERRANIA, V. Datos, minería e innovación: quo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, nº. 1, 2020.

KOONIN, Steven E.; HOLLAND, Michael J. The value of big data for urban science. IN: LANE, Julia; STODDEN, Victoria; BENDER, Stefan; NISSENBAUM, Helen (Coords.) *Privacy, big data, and public good: frameworks for engagement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

MARGONI, Th. y KRETSCHMER, M. (2018), *The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs*. Disponível em: <<https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data*. La revolución de los datos masivos. Tradução de Antonio Iriarte. Madri: Turner, 2013.

NUCCIO, M., Y GUERZONI, M. *Big data: Hell or heaven? Digital platforms and market power in the data-driven economy*, *Competition & Change*, 23, 2019.

OECD, *Data-Driven Innovation: Big data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, 2019. Disponível em < <https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>>. Acesso em: 20 set. 2020.

OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017. Disponível em: <www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

PRELIMINARY OPINION OF THE EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Mar.2014, par 40 e 66-68. Disponível em: < https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf >. Acesso em: 03 abr. 2021.

SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. Mandado de Segurança nº 61.306-RJ (2019/0199274-6). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4 de dezembro de 2019.

THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Publicado Em: 06 maio 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TOWNLEY, CH., MORRISON, E. y YEUNG, K., “*Big data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law*”, King's College London Law School Research Paper No. 2017-38, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3048688>>. Acesso em: 20 set. 2020.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Economia de Plataforma* (ou Tendência à Bursatilização dos Mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em Relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por Meio da Redução Severa dos Custos de Transação. IN: *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB), ano 6 (2020), nº 4, pp. 1977-2013.

WATERMAN, K. Krasnow; BRUENING Paula J. *Big data* analytics: risks and responsibilities. *International Data Privacy Law*, v.4, 2.ed. maio 2014, p.89-95.