



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**O abuso de posição dominante e a proteção de dados pessoais em  
mercados digitais: uma análise das barreiras à entrada**

**MONIQUE OLIVEIRA AIRES**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**O abuso de posição dominante e a proteção de dados pessoais em  
mercados digitais: uma análise das barreiras à entrada**

**MONIQUE OLIVEIRA AIRES**

Orientadora: Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

*“Who controls the past controls the future.  
Who controls the present controls the past.”  
George Orwell, 1984*

## **AGRADECIMENTOS**

Não percorri os caminhos que me levaram ao fim deste mestrado sozinha e aos que participaram desta trajetória ao meu lado devo todos os meus agradecimentos.

Agradeço aos meus pais, Patricia e Wesley, por toda dedicação e amor, por servirem de modelo de caráter e por serem a minha grande inspiração. Agradeço, ainda, pelo apoio irrestrito para que eu pudesse alcançar todos os meus objetivos.

Aos meus irmãos, Wesley Júnior e Rodrigo, por todo amor e amizade e por, como sempre, estarem ao meu lado.

Agradeço a vida compartilhada e por todos passos que nós cinco demos juntos.

Ao Hélder, por todo amor e companheirismo, que foi fundamental na construção deste trabalho, cujos conselhos, correções e auxílios tanto me ajudaram.

Um agradecimento à Professora Sofia Pais por ter aceite orientar esta dissertação e pelos seus ensinamentos.

**RESUMO** | Numa economia global cada vez mais digital os dados pessoais tornam-se mais relevantes e, em consequência, geram mais problemas jurídicos a serem solucionados. Nesse contexto, a presente dissertação tem como escopo analisar a problemática que envolve os abusos de posição dominante e a proteção de dados pessoais através da análise da existência das barreiras à entrada em mercados digitais.

Estudamos as principais barreiras à entrada apontadas pela doutrina, bem como o compartilhamento de dados enquanto uma possível solução para os entraves criados pela posse e tratamento de dados pessoais por empresas dominantes nos mercados digitais.

Pelo que sugerimos uma revisão do paradigma do direito concorrencial, mediante a inserção dos dados pessoais como elemento-chave para a verificação da existência das barreiras à entrada.

**PALAVRAS-CHAVE** | abuso de posição dominante; dados pessoais; mercados digitais; barreiras à entrada.

**ABSTRACT** | In an increasingly digital global economy, personal data becomes more relevant each day, and, as a result more legal problems arise, eager for solution. In such context, the aim of the present dissertation lies on the analysis of problematics involving the abuse of dominant position and the protection of personal data through the analysis of the existence of barriers to entry into digital markets.

For that, we studied the main barriers to entry advocated by the doctrine, as well as the data sharing as a possible solution for the difficulties created by personal data possession and processing by dominant companies in the digital markets.

We then suggest a revision to the dogma of competition law, through the insertion of personal data as a key element for the checking of barriers to entry existence.

**KEYWORDS** | abuse of dominant position; personal data; digital markets; barriers to entry.

## ÍNDICE

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	7
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. <i>BIG DATA</i>, MERCADOS DIGITAIS E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS</b> .....	10
<b>1.1 <i>BIG DATA</i></b> .....	10
<b>1.2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA</b> .....	12
<b>1.3 MERCADOS DIGITAIS: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO</b> .....	15
<b>2. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E AS BARREIRAS À ENTRADA NA UNIÃO EUROPEIA</b> .....	19
<b>2.1 ENQUADRAMENTO LEGAL E ASPETOS MAIS RELEVANTES</b> .....	19
2.1.1 MERCADO RELEVANTE .....	19
2.2.2 POSIÇÃO DOMINANTE .....	21
2.2.3 ABUSO .....	23
<b>2.2 AS BARREIRAS À ENTRADA</b> .....	24
<b>3. A PROBLEMÁTICA DAS BARREIRAS À ENTRADA NOS MERCADOS DIGITAIS</b> .....	27
<b>3.1 EXCLUSIVIDADE DE DADOS</b> .....	27
<b>3.2 ECONOMIAS DE ESCALA E DE ESCOPO</b> .....	31
<b>3.3 EFEITOS DE REDE</b> .....	33
<b>3.4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS</b> .....	36
<b>4. COMPARTILHAMENTO DE DADOS: UMA SOLUÇÃO PLAUSÍVEL?</b> .....	42
<b>CONCLUSÕES</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48
<b>OBRAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS</b> .....	48
<b>DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA E ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS</b> .....	52
<b>LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS OFICIAIS</b> .....	53

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	–	Acórdão
Acs.	–	Acórdãos
Cf.	–	Conferir
Cfr.	–	Confrontar
EEE	–	Espaço Económico Europeu
Ed	–	Edição
e. g	–	Por exemplo
i.e.	–	Isto é
n.º	–	Número
p.	–	Página
pp.	–	Páginas
Proc.	–	Processo
RGPD	–	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
ss.	–	Seguintes
SSNIP	–	Small but significant and non-transitory increase in price
TFUE	–	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	–	União Europeia
v.	–	Ver

## INTRODUÇÃO

Diante do desenvolvimento dos mercados digitais e das mudanças tecnológicas transformamos a maneira como comunicamos, compramos, hospedamos e deslocamos. É neste cenário que também partilhamos informações pessoais indispensáveis para o desenvolvimento das plataformas digitais e, sendo assim, a preocupação com a proteção de dados pessoais ganha cada vez mais pertinência.

A problemática que envolve o compartilhamento de dados pessoais e os serviços digitais tem vindo a ser analisada das mais diferentes perspetivas, seja pela criação da Lei de Serviços Digitais que está a ser elaborada pelo Parlamento Europeu<sup>1</sup>, seja pelo Departamento de Justiça americano que anunciou um processo histórico contra o *Google* pelo seu monopólio em serviços de busca e publicidade online<sup>2</sup>.

A questão está a ser analisada até mesmo pelas próprias plataformas digitais, como é o caso do documentário “O Dilema das Redes Sociais” que discute a questão das redes sociais e que foi lançado pela *Netflix* em setembro de 2020.<sup>3</sup>

É neste contexto que a presente dissertação tem como objetivo analisar a relevância do *Big Data*, proteção de dados e Direito da Concorrência e nomeadamente, a questão da criação de barreiras à entrada aos concorrentes através da violação da proteção de dados e o abuso de posição dominante nos mercados digitais.

No entanto, conforme analisaremos *infra*, há autores que defendem que não existe correlação entre tais matérias. Por um lado, a ideia de que o direito da proteção de dados e o direito da concorrência enquanto áreas jurídicas autónomas visam tutelar interesses jurídicos díspares, por outro lado a aplicação da lei da proteção de dados e não as regras da concorrência nos casos que tratam de privacidade e dados pessoais.

A relação entre tais áreas será então, nesta perspetiva, um problema jurídico a ser solucionado.

Com a presente investigação pretende-se analisar a relevância jurídica dos dados pessoais enquanto valor económico no âmbito da economia digital, bem como clarificar

---

<sup>1</sup> Acerca da Lei de Serviços Digitais, v. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.

<sup>2</sup> No dia 20 de outubro de 2020, o Departamento de Justiça, junto com onze estados, entrou com uma ação civil contra o *Google* devido ao monopólio, disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-announcement-civil-antitrust-lawsuit-filed-against-google>.

<sup>3</sup> O documentário está disponível em <https://www.netflix.com/pt/title/81254224>.

em que medida os dados pessoais podem configurar-se como uma barreira à entrada de novos concorrentes e um elemento de verificação para o abuso de posição dominante.

No entanto, é importante esclarecer desde logo que a questão jurídica que envolve dados pessoais e direito da concorrência é complexa e exige uma investigação de elementos caracterizadores do próprio abuso de posição dominante, como é o caso do mercado relevante e da definição de barreiras à entrada.

Para o efeito, o resultado da pesquisa está organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo intitulado “*Big data*, mercados digitais e proteção de dados pessoais”, analisaremos os aspetos mais relevantes sobre estes temas.

No segundo capítulo intitulado “O abuso de posição dominante e as barreiras à entrada na União Europeia”, analisaremos o abuso de posição dominante à luz do artigo 102.º do TFUE e estudaremos os conceitos doutrinários e jurisprudenciais das barreiras à entrada.

No terceiro capítulo intitulado “A problemática das barreiras à entrada nos mercados digitais” estudaremos as principais barreiras à entrada apontadas pela Doutrina, nomeadamente, a exclusividade de dados, as economias de escala e de escopo, os efeitos de rede e a proteção de dados.

Por fim, no capítulo quatro examinaremos a questão do compartilhamento de dados enquanto possível solução para a diminuição das barreiras à entrada nos mercados digitais.

## 1. *BIG DATA*, MERCADOS DIGITAIS E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em primeira linha, cumpre destacar que é inegável o desenvolvimento da economia digital e da presença cada vez mais intensa de plataformas digitais, aplicações e redes sociais nos nossos dias. Diariamente produzimos imensos dados relacionados a localização, interesses, preferências de compras e amizade.

Neste cenário, os mercados digitais desenvolveram-se de tal forma em que os dados assumem especial relevância e, em consequência, os dados pessoais e o seu reconhecido valor económico produzem efeitos na chamada economia digital ou ainda na economia do *Big Data*.

Assim, comecemos por analisar, ainda que sucintamente, o conceito de *big data*, os mercados digitais e a estreita relação com a proteção de dados pessoais.

### 1.1 *BIG DATA*

O *big data* não possui uma definição única, ao contrário, a sua definição varia de acordo com o contexto em que é analisado, seja jurídico, económico ou social.

Com efeito, conforme assinalam De Mauro, *et al* (De Mauro, Greco, & Grimaldi, 2014, p. 9) “o *big data* representa os ativos de informação caracterizados por um alto volume, velocidade e variedade que exigem tecnologia e métodos analíticos específicos para sua transformação em valor.”<sup>4</sup>

A Comissão Europeia (Jourová, 2018, p. 1) define o *big data* como grandes quantidades de dados produzidos por várias fontes que podem ser relacionados, *e.g.*, com pessoas, clima, locais, vídeos e fotos. Já os dados pessoais são os que se referem à um indivíduo e também se inserem no *big data*.

Posto isto, o *big data*, pode ser definido como uma coleção de grandes quantidades de dados, produzidos rapidamente com base em várias fontes e vários formatos com o escopo de se transformarem em valor para as plataformas que os possuem.

Em consequência, o *big data* é caracterizado comumente por meio dos “4 V’s”: volume, velocidade, variedade e valor.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Todas as traduções realizadas são de nossa autoria e responsabilidade.

<sup>5</sup> Cf., (Stucke & Grunes, 2016, p. 37).

O volume refere-se a grande quantidade de dados que são produzidos diariamente. De acordo com Stucke *et al.* (Stucke & Grunes, 2016, p. 44), o crescimento na coleta de dados decorre da redução de custos de coleta, armazenamento, processamento e análise dos dados.

Para além disso, com o aumento da utilização da internet banda larga, o acesso a smartphones, *e-commerces* e redes sociais provocou o fornecimento de dados pelos próprios utilizadores que ao acederem às diversas plataformas divulgam cada vez mais informações pessoais.<sup>6</sup>

A velocidade relaciona-se com o dinamismo existente no *big data*, posto que os dados mudam constantemente e sempre são acrescentados novos dados. Por sua vez, a variedade é decorrente da imensa quantidade de tipos de dados existentes, em diversos formatos e em diversas fontes.

Por fim, o valor. A definição de valor neste contexto é árdua, uma vez que o valor depende dos objetivos e finalidades da utilização dos dados. Além de estar relacionada com os outros “V’s”<sup>7</sup>. Isto porque o valor decorre da velocidade em que se consegue coletar, analisar e utilizar os dados, do volume, bem como da variedade de dados que ao serem analisados e relacionados geram valor.<sup>8</sup>

Há autores que defendem a existência de 5 V’s: volume, velocidade, variedade, valor e veracidade. Neste sentido, (Burri, 2019, p. 37) “A veracidade dos dados se refere ao grau em que os dados são exatos, precisos e confiáveis”.

Logo, o valor dos dados está intrinsecamente relacionado com o processo de análise dos dados, o chamado *big data analytics*, posto que através da análise dos dados é possível identificar quais são os padrões, preferências, tendências e as mais diversas informações que poderão ser utilizadas pelas empresas inseridas nos mercados digitais, porque, por exemplo, os dados *per se* não são capazes de influenciar tomada de decisões, sendo necessário que passem por uma análise e para que sejam capazes de gerar valor para as plataformas que o utilizam.

É importante destacar que, embora, o volume de dados produzidos seja elevado, a sua variedade também é, de modo que os concorrentes – provavelmente – não conseguem

---

<sup>6</sup> Para Katz (KATZ, 2019, p. 4) o big data é formado por conjuntos de dados - que são grandes devido a uma combinação de amplitude, profundidade e frequência de coleta - sobre os seus usuários que são fundamentais para os modelos de negócio desenvolvidos a partir desses dados.

<sup>7</sup> Cf., (Stucke & Grunes, 2016, p. 44).

<sup>8</sup> Cf., (Stucke & Grunes, 2016, p. 45).

obter o mesmo tipo de dados, neste sentido Rubinfeld e Gal (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 373) defendem que, se uma empresa tiver acesso exclusivo a dados exclusivos, isso pode ser difícil de recriar sem incorrer em custos irrecuperáveis substanciais.

Diante de tal contexto, parece-nos, então, necessário determinar o que são os mercados digitais e a importância da proteção de dados pessoais nestes mercados. Todavia, e como veremos *infra*, os mercados digitais devem estar sob o enfoque do direito da concorrência, bem como a proteção dos interesses dos usuários no que se refere a proteção de dados pessoais consagrada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

## 1.2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA

É importante destacar que no âmbito da análise dos mercados digitais e da economia baseada no *big data* trataremos apenas dos dados pessoais porquanto, o volume e a velocidade em que os dados são produzidos é alta, pelo que é fundamental identificar o que são dados pessoais.

Para tanto, utilizaremos a definição adotada no RGPD que no seu artigo 4.º define os dados pessoais da seguinte forma:

*Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular 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 eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.*

O RGPD adota um conceito amplo de dados pessoais, posto que considera como dados pessoais as informações que permitem associá-las a determinada pessoa, não apenas ao seu nome, mas também a outras informações e características relevantes que a permita reconhecer.

Neste sentido, a identificação das pessoas é o que torna o dado relevante no âmbito do RGPD, inclusive porque intenção do legislador fica clara no considerando n.º 26 ao determinar que dados “pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável”.

Os dados que tenham sido objeto do processo de pseudonimização, caso ainda sejam associados a uma pessoa – sejam identificáveis – permanecem sujeitos ao RGPD, enquanto dados anónimos não estão protegidos pelo RGPD.<sup>9</sup>

Em suma, um dos principais objetivos do Regulamento é assegurar que os dados sejam anonimizados, isto é, tornem impossível a identificação do sujeito, embora, na prática seja difícil assegurar integralmente a anonimização<sup>10</sup>, posto que o próprio legislador se refere a uma probabilidade razoável – não refere-se a impossibilidade absoluta – de identificar os sujeitos e para tanto leva em consideração “todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica”.<sup>11</sup>

Neste particular, Purtova (Purtova, 2018, p. 41) destaca que a evolução tecnológica tem vindo a desenvolver-se com base num sistema de informações e de análise de dados que propicia que tudo possua informações, e em consequência, qualquer informação tem relação com uma pessoa a propósito ou por efeito. Sendo assim, o RGPD corre o risco de se tornar a “lei de tudo”, garantindo a mais alta proteção legal em todas as circunstâncias.

No âmbito concorrencial, a relevância da proteção de dados pessoais decorre do facto de que as plataformas digitais empregam as informações dos seus utilizadores como *input*, como, por exemplo, um mecanismo para identificar os padrões de compras e os interesses dos consumidores. Porém, as informações não são anónimas, uma vez que são os próprios utilizadores que as disponibilizam.

De igual forma, por meio da utilização dos dados pessoais as plataformas digitais conseguem obter informações precisas dos consumidores e assim conseguem criar produtos adequados aos interesses, bem como conseguem promover a inovação, bem-estar e desenvolver estratégias adequadas a determinados grupos de utilizadores e identificar os padrões de comportamento.

Assim, parece-nos que o real entrave à utilização dos dados pessoais pelas plataformas digitais consiste no facto de que a vantagem concorrencial é limitada às grandes empresas existentes nos mercados digitais, pois a identificação dos utilizadores ocorre de modo em que os próprios usuários se identificam, seja por meio da criação de

---

<sup>9</sup> Cf. (Finck & Pallas, 2020, p. 34) afirmam “Se os dados puderem ser associados a uma pessoa física com probabilidade razoável, eles se qualificam como dados pessoais e se enquadram no escopo de aplicação do RGPD. Se a despersonalização foi suficientemente forte para (...) não são abrangidos pelo RGPD.”

<sup>10</sup> V. (Finck & Pallas, 2020, p. 10).

<sup>11</sup> V. considerando n.º 26 do RGPD.

contas, seja pela da aceitação de *cookies*, por exemplo. Para além disso, conforme veremos *infra*, os efeitos de rede promovem o aumento no número de usuários criando um aumento nos dados que as plataformas possuem.

Sendo assim, embora o RGPD seja um avanço é necessário empregar mais esforços para que exista uma maior proteção aos dados pessoais dos utilizadores, partindo também de uma visão concorrencial na defesa da concorrência e dos consumidores e não só da proteção de dados pessoais.

Conforme afirmam Peukert *et al.*, (Peurket, Bechtol, Batikas, & Kretschemer, 2020, p. 26) com a implementação do RGPD as empresas tecnológicas acabaram por concentrar ainda mais o mercado, como no caso do *Google*, que devido à necessidade de consentimento dos utilizadores para sites em grande escala e o facto de que a maior parte dos utilizadores da internet em algum momento utilizam um produto *Google*, a plataforma obteve o consentimento para uma grande quantidade de produtos *Google* e não apenas ao produto que o usuário estava a aceder aquando do consentimento.<sup>12</sup>

Tal situação demonstra que a relação entre o direito da concorrência e da proteção de dados é cada vez mais intensa, sobretudo levando em consideração que há cada vez mais informação disponível, mas a informação está restrita a poucos concorrentes no mercado. Desta feita, no nosso entendimento, as vantagens competitivas estão limitadas as empresas dominantes nos mercados digitais.

Nesta sequência, entendemos, que estamos diante de um novo paradigma no âmbito concorrencial porque diante do contexto de uma economia digital com muitos serviços gratuitos e a utilização de dados pessoais como *input*, muitos conceitos e objetivos do direito da concorrência podem ser questionados.<sup>13</sup>

Em suma, estamos certos que não há como alterar o rumo da economia digital, nem interromper os avanços tecnológicos, pelo que, como veremos, deve-se regular a utilização dos dados pessoais, na medida em que se afigura necessário buscar soluções para alcançar o equilíbrio e proporcionalidade entre a proteção de dados pessoais e da vantagem competitiva obtida através destes dados.

---

<sup>12</sup> Observam (Geradin, Katsifi, & Karanikioti, 2020, p. 6) que o *Google* acabou por utilizar o RGPD como ferramenta estratégica para fortalecer o seu controlo no mercado tecnológico da publicidade.

<sup>13</sup> Veja-se, entre nós, as conclusões de (Pais, 2018, p. 142 e 143).

### 1.3 MERCADOS DIGITAIS: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Os mercados digitais possuem características específicas e que muitas vezes não são encontradas nos mercados tradicionais, sendo caracterizados por serem mercados inovadores, rápidos e disruptivos, que utilizam o *big data* como mecanismo de desenvolvimento dos negócios.<sup>14</sup>

Esses mercados são, prioritariamente, desenvolvidos em mercados multilaterais ou plataformas multilaterais, isto é, mercados nos quais são identificados dois ou mais participantes que interagem entre si através das plataformas, de modo que as vantagens obtidas dependem de quem participa.

As plataformas multilaterais promovem o encontro de interesses de dois lados, como no caso da plataforma do *Booking.com* que promove o encontro entre hotéis e hóspedes, no caso do *Uber* em que há o encontro entre o utilizador que necessita de transporte e o motorista, bem como dos sites *Ebay*, *Ali Express* e *Amazon* em que na mesma plataforma existem os vendedores e compradores.<sup>15</sup> As redes sociais também são plataformas multilaterais, como no caso do *Facebook* em que há o encontro entre os utilizadores e anunciantes.

Na decisão *Google/DoubleClick*<sup>16</sup>, a CE considerou que uma rede de publicidade é uma plataforma de dois lados em que um lado são os sites que pretendem hospedar os anúncios e de outro, anunciantes que desejam veicular os anúncios e assim a plataforma permite um “único ponto de compra”<sup>17</sup>.

Neste panorama, facilmente se constata que uma das principais vantagens dos mercados multilaterais é a possibilidade de proporcionar o encontro entre as partes. Num mercado multilateral resta claro que as plataformas conseguem obter informações detalhadas sobre os utilizadores, porque tais plataformas vendem aos participantes de um dos lados o acesso aos outros participantes.

---

<sup>14</sup> Cf. (Kadar, 2015, p. 6). O Autor ainda observa que “muitos mercados digitais são caracterizados pela presença de um intermediário que fornece e opera uma “plataforma digital.”

<sup>15</sup> *Vide*, nesta perspetiva, o Relatório da Comissão Europeia “Política de Concorrência para a Era Digital” (Crémer, Montjoye, & Schweitzer, 2019, p. 21).

<sup>16</sup> Decisão da comissão de 11 de março de 2008, proc. COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*.

<sup>17</sup> Sobre esta decisão os autores (Filistrucchi, Geradin, Damme, & Affeldt, 2014, p. 309) destacam que a Comissão não levou em consideração que a aquisição da *Double-Click* permitiria que o *Google* adquirisse informações sobre dados de usuários que poderiam ser usados para melhorar o direcionamento da publicidade também em seus próprios sites.

Logo, quanto mais participantes com as características necessárias para o modelo de negócio de um dos lados mais vantagens possuem, pelo que os participantes acabam por ser, de facto, um *input* nestes mercados.<sup>18</sup>

Para além disso, os mercados multilaterais têm como característica os efeitos de rede diretos e indiretos. Passemos a explicar: os efeitos diretos decorrem do facto de que quanto mais usuários utilizam a mesma plataforma mais valiosa ela se torna, como é o caso das redes sociais em que quanto mais utilizadores inscritos nas plataformas, mais utilizadores são atraídos.

De igual modo, quanto mais utilizadores inscritos, mais anunciantes também têm interesse na plataforma. Por sua vez, os efeitos indiretos ocorrem nos casos em que o incremento no volume de um tipo usuários promove o aumento de outro tipo de usuários.

Por outro lado, também se verifica como uma característica das plataformas digitais o *positive feedback loop*, no qual o número de *feedbacks* positivos proporciona o aumento no número de usuários e, portanto, reforça a popularidade no mercado digital.

Pfeiffer (Pfeiffer, 2019, p. 60) destaca que os efeitos de rede tendem a fomentar mercados concentrados, porque as plataformas beneficiam de um grande número de usuários, tornando muito mais difícil a competição para concorrentes com pequeno número de usuários. Nesse contexto, as autoridades *antitrust* devem dedicar atenção especial a mercados com essas características, principalmente na análise de fusões e condutas envolvendo empresas dominantes.

Por outro lado, os preços também se verificam como uma característica relevante nos mercados digitais, porquanto em diversas situações não há custos por parte dos utilizadores, mas os gastos existentes para plataforma são compensados pela outra parte – aquela que está interessada em conectar-se com os utilizadores da plataforma.

Sobre este assunto, Weber (Weber, 2019, p. 227) destaca que a gratuidade da utilização da maior parte das plataformas digitais é um grande desafio legal porque os modelos convencionais das leis *antitrust* são, via de regra, baseados em elementos de mercado sensíveis ao preço, pelo que a gratuidade nos mercados on-line deve levar a uma reconsideração dos parâmetros regulatórios. No entanto, tal questão não deve ser sobrestimada, porque outros meios de pagamento são utilizados, especialmente, os dados.

---

<sup>18</sup> V., neste sentido (Evans, 2016, p. 9).

Os incentivos de mercado para os provedores coletarem e processarem dados pessoais são altos porque os dados representam um valor para monetização em vários contextos, isto é, coletando dados pessoais, os ganhos podem ser internalizados<sup>19</sup>.

Note-se ainda que, de um modo geral, os serviços são oferecidos de forma gratuita e os dados fornecidos também gratuitamente pelo próprio utilizador para as referidas plataformas. De tal modo, a manipulação deste mercado está quando a colheita de dados é feita nas entrelinhas. De facto, a regra é que os usuários das plataformas digitais partem do pressuposto que estão a usufruir de um serviço gratuito, sem ter a percepção de que o valor pago para a utilização desses serviços são os seus dados pessoais.<sup>20</sup>

Porém, a comercialização, a vantagem competitiva e a posição dominante que muitas vezes tais plataformas obtêm decorrem da utilização desses dados e por essa razão, podemos então verificar a existência de um mercado e de uma economia de dados que se desenvolve nos mercados digitais, posto que já existem diversas organizações a utilizar os dados pessoais como mecanismo de captação de clientes e, inclusive, negócios que se desenvolvem através da comercialização de dados pessoais.

Ora, é inegável que as plataformas digitais, como *Facebook*, *Google* e *Amazon*<sup>21</sup> – chamadas *big tech* – são grandes empresas no âmbito dos mercados digitais e que utilizam os dados pessoais dos usuários.

No entanto, parece-nos evidente que a economia de dados se baseia num mercado – ainda – desconhecido por muitos, integrado por grandes e poucas empresas que dominam a maior parte dos dados coletados, bem como produz impactos em diversos ramos jurídicos, pese embora, não tenha uma regulamentação específica e a este propósito, torna-se pertinente discutir a atual ordem jurídica em torno da problemática da relação entre o direito da proteção de dados e o direito da concorrência.

Uma das principais questões que se coloca decorre do facto de que estas empresas têm como modelo de negócios a utilização dos dados pessoais os preços aos utilizadores

---

<sup>19</sup> Neste sentido se pronuncia (Weber, 2019, p. 227).

<sup>20</sup> Sobre este assunto, (Economides & Lianos, 2019, p. 4) elucidam que a exploração de dados pessoais pode resultar de coerção económica, com base em dependência de recursos ou login do usuário, este último sem outra escolha, a fim de desfrutar de um serviço específico fornecido pelo controlador de dados acaba por compartilhar seus dados pessoais.

<sup>21</sup> No relatório elaborado pela (PwC, 2020) relativamente às maiores empresas globais a *Microsoft Corp* ocupa a 2.<sup>a</sup> posição, *Apple Inc* a 3.<sup>a</sup> posição, *Amazon.com inc* a 4.<sup>a</sup> posição, *Alphabet Inc-A (Google)* a 5.<sup>a</sup> posição, *Alibaba Grp-Adr* a 6.<sup>a</sup> posição e o *Facebook Inc-a* ocupa a 7.<sup>a</sup> posição, para além de diversas outras empresas de tecnologia e serviços ao consumidor que constam no ranking e também se desenvolvem em mercados digitais.

é zero, pelo que da perspectiva concorrencial o preço pago pelo utilizador não pode ser o foco da análise e dessa forma, as empresas detentoras de grandes quantidades de dados podem ter vantagens competitivas no mercado, já que podem criar barreiras à entrada de novos concorrentes que não conseguem obter, processar ou comprar o mesmo volume de dados e outrossim não conseguem examinar o comportamento dos utilizadores e desenvolver estratégias comerciais competitivas.

Sobre este assunto, Pecman *et al.* (Pecman, Johnson, & Reirsler, 2020, p. 1) destacam que nessa perspectiva, em que os dados são o mecanismo de criação de valor, estes podem constituir uma barreira à entrada se a sua criação, aquisição ou manutenção é cara e de difícil acesso aos outros concorrentes.

É evidente que uma empresa que possui mais informações consegue desenvolver produtos mais adequados aos objetivos e interesses dos utilizadores, bem como a publicidade direcionada, portanto, as empresas que coletam e analisam dados não promovem o compartilhamento, posto que, na maior parte dos casos os negócios desenvolvem-se com base na economia de aquisição e monetização de dados pessoais.<sup>22</sup>

Em face do exposto, analisaremos a questão do abuso de posição dominante e as barreiras à entrada no contexto europeu.

---

<sup>22</sup> Cf. (Burri, 2019, p. 257).

## 2. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E AS BARREIRAS À ENTRADA NA UNIÃO EUROPEIA

Analisaremos neste capítulo os aspetos mais relevantes do abuso de posição dominante para o escopo desta dissertação e as barreiras à entrada enquanto elemento de verificação do abuso de posição dominante à luz do direito comunitário.

### 2.1 ENQUADRAMENTO LEGAL E ASPETOS MAIS RELEVANTES

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que as barreiras à entrada encontram relevância jurídica no âmbito do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), uma vez que este artigo tem como objetivo a proteção da concorrência no mercado como meio de aumentar o bem-estar do consumidor e garantir uma afetação eficiente de recursos e sendo assim, proíbe o abuso de posição dominante<sup>23</sup>, pelo que analisaremos brevemente as questões mais relevantes.

Para a aplicação do artigo 102.º é necessário que o comportamento tenha sido praticado por, pelo menos, uma (i) *empresa*, que esteja numa (ii) *posição dominante num mercado relevante* e que tenha cometido o (iii) *abuso* desta posição dominante de tal forma que (iv) *afete o comércio* entre os estados-membros da União Europeia.

#### 2.1.1 MERCADO RELEVANTE

O conceito de mercado relevante<sup>24</sup> foi delineado através da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da Comunicação da Comissão<sup>25</sup>, que determinam uma análise do mercado relevante a partir de uma perspetiva geográfica e do produto.

---

<sup>23</sup> Para um aprofundamento da jurisprudência europeia, *vide*, os seguintes acórdãos: *United Brands*, *Continental Can*, *France Telecom*, *Akzo*, *British Airways*, *Hoffman-La Roche* e *Intel* e ainda as decisões da Comissão: *Google Android*, *Google Search*, *Gazprom* e *Qualcomm*.

<sup>24</sup> Cf. Acórdão *Continental Can* de 21/02/ 1973, proc. 6/72, p. 124, parágrafo 32 e acórdão *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.

<sup>25</sup> Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

Na perspetiva geográfica, o mercado relevante circunscreve uma área em que as condições de concorrência são homogéneas e existe uma diferenciação de outras áreas geográficas próximas, nas quais as perspetivas concorrenciais são dissemelhantes<sup>26</sup>.

Para aferir o mercado relevante relativamente ao produto o teste adotado pelas autoridades europeias é o teste SSNIP (*Small significant, non-transitory increase price*)<sup>27</sup>, no qual fazem uma análise a partir do aumento dos preços na ordem dos 5% a 10% para verificar o comportamento e a possibilidade de substituição dos produtos, bem como investigam se é um mercado autónomo.<sup>28</sup>

É evidente que nos casos dos mercados digitais a caracterização do mercado relevante através do teste SSNIP encontra ressalvas, uma vez que existem dois grupos de utilizadores e o aumento do preço para determinado grupo pode levar consequências diretas ao outro grupo<sup>29</sup>.

Os mercados digitais também são caracterizados por serem mercados de preço zero e isto prejudica a adequação do teste, ainda que consideremos que os utilizadores “paguem” indiretamente com os dados. A título exemplificativo, no caso *Google Shopping*, a Comissão afastou desde o princípio a aplicação do teste SSNIP pelo facto de o *Google* oferecer os serviços gratuitamente<sup>30</sup>.

No entanto, a definição do mercado relevante é alvo de discussões doutrinárias, e portanto, existem autores que defendem a indispensabilidade da definição de mercado relevante, como é o caso de Moura e Silva (Silva, 2008, p. 583) que aponta “a definição do mercado apresenta-se como uma questão prévia (e determinante) à determinação do carácter abusivo da conduta em causa”.

Porém, os mercados digitais são uma realidade distinta, pelo que seguimos Crémer *et al* (Crémer *et al.*, 2019, p. 46) quando defendem que se deve dar menos ênfase na definição do mercado relevante e mais importância às teorias do dano e a identificação

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, parágrafo 8.

<sup>27</sup> *Ibidem*, parágrafo 15.

<sup>28</sup> Neste particular, Sofia Pais (PAIS, 2011, p. 453), destaca que há um risco na caracterização do mercado relevante através do referido teste em mercados onde se verificam efeitos de rede, pois, há uma corrida pelas novas tecnologias o que ocasiona que a empresa vencedora fique com todo o mercado (*the winner takes-all-game*).

<sup>29</sup> Sobre este assunto *v.* Filistrucchi (Filistrucchi, 2018, pp. 45 - 49). Uma das soluções apontada é o desenvolvimento de um teste baseado não qualidade e não nos preços: teste SSNIQ (*Small significant, non-transitory increase quality*).

<sup>30</sup> Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, p. 54, parágrafo 245.

de condutas anti competitivas.

No mesmo sentido, Robertson (Robertson, 2020a, p. 8) afirma que nos mercados digitais a definição de mercado se deve concentrar no seu segundo papel principal: o de caracterizar o mercado, de modo a fornecer o contexto necessário para compreender os mercados em questão e desenvolver uma teoria coerente de danos nesses mercados.

Em suma, entendemos que a definição do mercado relevante é necessária para o artigo 102.º, no entanto, é indispensável a modernização e adaptação dos mecanismos de aplicação desse artigo aos casos dos mercados digitais.

### 2.2.2 POSIÇÃO DOMINANTE

Por seu turno, a posição dominante encontra-se definida no acórdão *United Brands*<sup>31</sup>, o qual define que uma empresa está em posição dominante sempre que usufrui de um poder de mercado que lhe permite impedir a manutenção da concorrência efetiva neste mercado. Mas não só, o poder de mercado igualmente pode decorrer do poder de reduzir a produção, de aumentar preços em montante superiores aos concorrenciais, bem como do poder de exclusão de concorrentes.<sup>32</sup>

Ocorre, porém, que para demonstrar a existência de posição dominante na União Europeia a jurisprudência e a Comunicação que trata sobre empresas em posição dominante<sup>33</sup>, estabeleceram três indícios de verificação: as quotas de mercado das empresas, o poder dos compradores e as barreiras à entrada.

No que se refere à quota de mercado, o montante encontra-se previsto no Acórdão *Akzo*<sup>34</sup>, no qual se presume que uma empresa que disponha de uma quota de mercado de 50% ou mais ocupa uma posição dominante, *i.e.*, a quota de mercado utilizada, em regra para determinar a posição dominante está na ordem de, no mínimo, 50% do mercado<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Acórdão *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76, p. 91, parágrafo 65.

<sup>32</sup> Sobre este assunto, v. Sofia Pais (Pais, 2011, p. 459 e 460).

<sup>33</sup> Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º] do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

<sup>34</sup> Cf. Ac. *Akzo* de 3 de julho de 1991, proc. 62/86, p. 15, parágrafo 60.

<sup>35</sup> No entanto, este valor não é absoluto. Neste sentido, v. Ac. *British Airways*, de 17 de dezembro de 2003, proc. T-219/99, p. 57, parágrafo 224, a *British Airways* apresentava quotas de mercado de 39,7%.

No âmbito dos mercados digitais, verifica-se a existência de quotas de mercados elevadas detidas pelas grandes empresas e nesses casos torna-se difícil afastar a presunção da posição dominante.<sup>36</sup>

O outro indício que se emprega para certificar a posição dominante é o poder dos compradores, ou seja, a capacidade dos compradores em mudarem para produtos substitutos.

Por fim, o último indício para examinar a posição dominante refere-se à verificação da possibilidade de novas empresas integrarem o mercado, ou seja, se existem barreiras à entrada no mercado. Todavia, considerando o objetivo deste trabalho, interessa-nos analisar pormenorizadamente o assunto, o que faremos a seguir.

Portanto, é neste panorama que parece soçobrar um dos maiores problemas existentes nos mercados digitais: os parâmetros adotados para a verificação da posição dominante ainda não estão claros.

A discussão coloca-se, em nosso entender, na estrita medida em que há imensa dificuldade na aplicação dos indícios de verificação – quotas de mercado das empresas, o poder dos compradores e as barreiras à entrada – aos casos de empresas existentes nos mercados digitais que tratam dados pessoais. A título exemplificativo, no caso das barreiras, conforme veremos no capítulo a seguir, há uma panóplia de barreiras à entrada possíveis, mas que ainda carecem de análise e verificação no sentido se são de facto obstáculos à entrada de novos concorrentes e geram prejuízos aos consumidores nos mercados digitais.

Nestas circunstâncias, compreender a posição dominante e determinar o que são as barreiras à entrada é fundamental, tanto do ponto de vista dos consumidores, quanto da perspectiva das empresas, uma vez que em nossos dias a evolução destes mercados é notória e como vimos os conceitos já existentes não conseguem satisfazer as necessidades. Contudo, tal questão torna-se mais importante devido ao facto de que os mercados de plataformas tendem a ser muito concentrados e até podem chegar ao monopólio, impedindo, portanto, que as empresas já estabelecidas continuem a inovar e que os termos e condições oferecidos aos utilizadores sejam justos.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Por exemplo, a *Google* possuía mais de 90 % de quota de mercado na maioria dos Estados-Membros do EEE, cf. decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, p. 60, parágrafo 280 e as quotas de mercado da *Microsoft* eram superiores a 90%, cf. ac. *Microsoft Corp.* de 17 de setembro de 2007, proc. T-201/04, parágrafo 387.

<sup>37</sup> Neste sentido, Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 40).

### 2.2.3 ABUSO

O artigo 102.º do TFUE permite a caracterização de vários tipos de abusos, como, por exemplo, vendas ligadas, cláusula de subordinação, preços predatórios, descontos de fidelidade e recusa de fornecimento, porém, embora o artigo 102.º elenque diversos abusos que podem ser cometidos, a enumeração é exemplificativa e o desenvolvimento económico e social pode levar à criação de novos tipos de abusos que não se encontram previsto, mas que ainda assim podem estar sujeitos à sua aplicação.

Sobre este assunto, Viktoria Robertson (Robertson, 2020b, p. 18) destaca que no contexto europeu a prática de coleta de dados por empresas dominantes pode estar a expulsar concorrentes menores que não têm a mesma capacidade de impor termos de privacidade tão abrangentes aos seus usuários, de modo que nos termos do artigo 102.º do TFUE, pode ser necessário reconhecer a possibilidade de um abuso referente à recolha excessiva de dados.

Os abusos nos mercados de dados levantam questões que perpassam sobre a privacidade, segurança e o próprio controlo dos utilizadores sobre como, quando e por quem os dados estão a ser utilizados, bem como diante de um abuso por uma plataforma com imensos dados, os danos também são colossais.

No mesmo sentido, Marco Gambaro (Gambaro, 2019, p. 114) refere que uma posição dominante obtida através do controlo de dados pessoais pode facilitar alguns possíveis abusos: discriminação de preços em primeiro grau, publicidade personalizada e degradação da qualidade do serviço. Todavia, também é essencial ter em conta na avaliação desses possíveis comportamentos as vantagens de eficiência e melhorias dos produtos obtidas com o uso dos dados.

É importante notar que o desenvolvimento de mercados baseados em dados promove a possibilidade de novos abusos, nem sempre pautados em preços, isto porque os dados estão intrinsecamente relacionados com a privacidade dos utilizadores, mas também com grandes domínios por parte das plataformas que, como veremos, são capazes de bloquear novos concorrentes.

## 2.2 AS BARREIRAS À ENTRADA

Cumpre-nos agora desenvolver o conceito de barreiras à entrada enquanto um dos indícios utilizados para caracterizar a posição dominante no contexto europeu. No entanto, convém sublinhar, que existem diversos conceitos de barreiras à entrada, pelo que centraremos a nossa atenção nas teses clássicas e nas definições encontradas nos documentos oficiais da Comissão Europeia e na jurisprudência.

Em primeiro lugar, Bain (Bain, 1956, p. 3) defendia que as barreiras à entrada são todas as dificuldades estabelecidas no mercado que impossibilitam a entrada de novas empresas e que ocasionam o aumento dos lucros das empresas já estabelecidas. Com efeito, este conceito é amplo e abrange as mais diversas situações em que há dificuldade de entrada. Note-se que, Bain estabelecia alguns fatores que podem impedir a entrada de novos concorrentes, *e.g.*, economias de escala, diferenciação do produto e ainda as vantagens de custo absolutas.

Por outro lado, na noção dada por Stigler (Stigler, 1968, p. 67), ligado à Escola de Chicago, as barreiras à entrada são, um custo que deve ser suportado por uma empresa que busca entrar numa indústria, mas que não é suportado por empresas já existentes. Nesta teoria os obstáculos jurídicos e legais são as principais barreiras à entrada, como, por exemplo, as patentes e as taxas alfandegárias. Observe-se ainda que para Stigler a existência de outros concorrentes já existentes não é ser uma barreira à entrada e, portanto, é um conceito mais restrito.

Cabe salientar que, como resulta do exame da Comunicação da Comissão Europeia relativa a aplicação do artigo 102.º do TFUE<sup>38</sup> e da jurisprudência dos Tribunais<sup>39</sup>, no contexto europeu adota-se o conceito amplo de barreiras à entrada para verificação da existência de posição dominante e, embora, o conceito não promova a segurança jurídica, assegura o acompanhamento caso a caso de situações que obstam a entrada de novos concorrentes no mercado.

---

<sup>38</sup> Referimo-nos à Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º] do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

<sup>39</sup> A este propósito, vide Ac. *Hilti* de 12 de dezembro de 1991, proc. T-30/89, parágrafo 19, Ac. *Hoffman-La Roche* de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76, parágrafo 48, p. 236 e Ac. *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76, parágrafo 91, p. 20.

Na comunicação supracitada, a Comissão destaca que a concorrência é um processo dinâmico e não pode se circunscrever ao mercado já existente, pelo que se torna imprescindível verificar a possibilidade da entrada de novos concorrentes, posto que isto pode impossibilitar posturas anti concorrenciais por empresas dominantes, como, por exemplo, nas conjunturas de aumentos de preços em situações que esteja em voga a entrada de um novo concorrente. Note-se que em todo o caso, é primordial que a entrada de novos concorrentes seja atempada o suficiente para impedir o abuso da posição dominante, caso contrário verificar-se-ão barreiras à entrada.

Além do mais, conforme se examina e elucida na referida Comunicação, as barreiras à entrada podem ser jurídicas, vantagens específicas da empresa em posição dominante (como ocorre no caso das economias de escala), acesso privilegiado a meios de produção ou a recursos naturais essenciais, bem como tecnologias importantes.

Da mesma forma, as barreiras podem ser custos ou entraves gerados por conta de efeitos de rede, assim como altos custos suportados pela empresa dominante, a celebração de contratos a longo prazo que promovem o encerramento do mercado e, por fim, as quotas de mercado persistentemente elevadas podem ser indicativas da presença de barreiras à entrada e à expansão.

O facto é que, como resulta da investigação das barreiras à entrada aqui levada a cabo, não existe uma definição limitada – nem é, tampouco, possível circunscrever claramente uma aceção de barreiras à entrada, o que pode motivar incertezas jurídicas, mas, no entanto, permite que a análise seja feita a cada caso concreto e não limita a atuação das Autoridades da Concorrência.

No contexto europeu, segundo Crémer e et al (Crémer et al., 2019, p. 71) uma preocupação que se constata é a de que diante da natureza inovadora e por vezes até desconhecida do mundo digital, torna-se difícil estimar exatamente quais os efeitos das práticas das empresas dominantes nos mercados digitais no bem-estar dos utilizadores. No entanto, reconhece-se que diante da grande concentração do mercado e da existência de barreiras à entrada, pode considerar-se que não há uma concorrência pelo mérito.

Em qualquer caso, as barreiras à entrada assumem protagonismo na análise dos efeitos anti concorrenciais das condutas das empresas dominantes, porque em mercados em que existem poucas barreiras à entrada presume-se que não há poder de mercado, ao revés, quando existem barreiras a competição torna-se mais limitada, pelo que podem

suscitar prejuízos ao bem-estar dos consumidores.

Note-se ainda que as dificuldades concorrenciais encontradas no âmbito do setor tecnológico são diferentes dos outros setores, posto que este apresenta características particulares que não se verificam em outros setores. Isto ocorre devido ao facto de empresas do setor tecnológico terem modelos de negócios que logram e se beneficiam das vantagens do *big data* e sendo assim, as divergências nos dados mantidos por estas empresas – seja no volume, na variedade ou na velocidade – podem criar barreiras à entrada que são difíceis para plataformas não dominantes e impedem a competição.<sup>40</sup>

Neste sentido, seguimos Santesteban e Longpre (Santesteban & Longpre, 2020, p. 17) quando afirmam que o objetivo da política de concorrência deve ser garantir que os participantes não enfrentem barreiras substanciais à entrada e à inovação geradas pela falta de acesso aos dados e, como resultado, que o cenário competitivo permaneça aberto e desinibido para todas as empresas.

Apesar disso e conforme o que se apresentará *infra*, existem argumentos no sentido de que a utilização do *big data* por empresas atuantes nos mercados digitais não é suficientemente capaz de impor barreiras à entrada devido à sua vastidão.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> A este propósito, cfr. (Nicholas, 2020, pp. 8 - 16).

<sup>41</sup> Cf. Balto e Lane (Balto & Lane, 2016, p. 2 e 12) “os dados pessoais não são como moeda, porque os dados pessoais não têm um valor consistente e são inesgotáveis.”

### 3. A PROBLEMÁTICA DAS BARREIRAS À ENTRADA NOS MERCADOS DIGITAIS

O debate quanto à existência, as implicações e a relevância das barreiras à entrada no direito concorrencial tem assumido destaque entre a doutrina, na medida em que existem divergências que se centram na existência de baixas ou altas barreiras à entrada nos mercados digitais.

Assim, debruçar-nos-emos, *infra*, sobre as principais barreiras à entrada apontadas pela doutrina, nomeadamente, a exclusividade de dados, economias de escala, efeitos de rede e, por fim, a proteção de dados pessoais.

#### 3.1 EXCLUSIVIDADE DE DADOS

No que se refere à exclusividade de dados, o debate circunscreve-se, sobretudo, relativamente à afirmação de que os dados possuem natureza não rival e não exclusiva, ou seja, uma empresa pode coletar dados sem excluir outros concorrentes da coleta dos mesmos dados. Sendo assim, coloca-se a questão de saber se os dados são únicos o suficiente para criar barreiras de entrada e tirar os concorrentes do mercado.<sup>42</sup>

De acordo com Tichem e Tuinstra, (Tichem & Tuinstra, 2018, p. 52), para proporcionar uma vantagem competitiva duradoura para a coleta de dados, os dados em questão devem ser não replicáveis. Na generalidade dos casos, entretanto, os dados pessoais do usuário podem ser facilmente replicados (coletados ou comprados de terceiros) por uma empresa rival devido à sua natureza não rival.

Entendemos, porém, que ainda que a maior parte dos dados possam ser replicados, a possibilidade de o serem, de facto, não é tão simples, isto porque embora as plataformas não limitem que o utilizadores forneçam os dados a outros concorrentes, consideramos que há uma imensa dificuldade em que sejam partilhados igualmente - seja no que se refere ao local, ao momento e ao tipo de dado - com outras plataformas. Neste aspeto, concordamos com Rubinfeld e Gal (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351) quando afirmam que existem dados que não podem ser replicados facilmente, como no caso de reações em redes sociais, de modo que a criação de pontos de acesso exclusivo pode ser o objetivo principal do coletor de dados ou ainda ser um benefício colateral.

---

<sup>42</sup> Cf. (Davilla, 2017, p. 373).

Ao se averiguar a exclusividade dos dados, verificamos também a questão imediatismo existente nos mercados digitais, como, por exemplo, um utilizador que fez uma busca sobre determinado produto e passa a receber a publicidade direcionada, justamente porque a empresa possui dados exclusivos dos utilizadores que a permitem fornecer uma publicidade mais útil, sendo assim, não podemos desconsiderar que o valor dos dados pode sofrer influências relativamente ao momento em que foram coletados.<sup>43</sup>

Certo é que, conforme analisamos no primeiro capítulo, há uma grande quantidade de dados pessoais disponíveis, posto que a maior parte da população produz imensos dados diariamente e estes dados ficam em posse de determinadas empresas que os utilizam como *input*, contudo, os dados não são os mesmos e nem são encontrados no mesmo volume e de igual forma por todas as empresas.

Antes de mais, sublinhe-se que, a possibilidade de replicar concretamente alguns dados parece ser difícil para empresas que não competem com plataformas digitais em seus mercados convencionais (por exemplo, motores de busca), mas que competem diretamente com eles em outros mercados contíguos (por exemplo, publicidade).<sup>44</sup>

No entanto, parte notável da Doutrina<sup>45</sup> parte da premissa de que os dados são ubíquos, baratos e fáceis de coletar<sup>46</sup>. A acrescentar a isto veja-se que Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 6) argumentam que se um provedor tem um dado, outro provedor não está impedido de coletar o mesmo dado. Concluem ainda que os provedores on-line estabelecidos não têm exclusividade de facto sobre os dados do usuário, uma vez que não existem cláusulas de exclusividade em termos de serviço com usuários e não há estruturas que obriguem os usuários de compartilhar seus dados com apenas uma plataforma.

Parece que este argumento não será o ideal e somos em crer que um entendimento deste tipo põe em causa o facto de que existem empresas que utilizam os dados pessoais como insumo nos seus modelos de negócio. Considerar que outras empresas no mercado podem coletar os dados pessoais ignora o facto de que existem empresas dominantes que estão em posse de vários dados pessoais dos diversos utilizadores que os utilizam para

---

<sup>43</sup> Neste sentido os autores (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351) apontam como exemplo os dados relativos à mapas aéreos antes de desastres naturais.

<sup>44</sup> V. (Lucchini, Moscianese, Angelis, & Benedetto, 2018, p. 4).

<sup>45</sup> V. (Sokol & Comerford, 2017) e (D. Tucker & Wellford, 2014).

<sup>46</sup> Cf. análise pertinente de (Stucke & Grunes, 2016, p. 8) em “Mito 6: os dados têm pouca ou nenhuma importância competitiva, visto que os dados são ubíquos, de baixo custo e amplamente disponíveis.”

criação de valor económico e, mais, ignora o facto de que as empresas praticam preços zero para recolher dados, bem como adotam medidas que impedem o compartilhamento.

Ora, de igual jeito, em mercados onde existem empresas dominantes não se ignora o facto de que outras empresas também podem vender o mesmo produto, a questão que se coloca é a de que em que medida os consumidores substituem os produtos da empresa dominante, ou como sucede nos mercados digitais, de que forma os usuários também compartilham, *e.g.*, os mesmos dados, reações, localização e pesquisa de produtos com outros provedores.

Mas além disso, ainda subsiste a questão da barreira temporal que se relaciona com o momento em que os dados começaram a ser coletados<sup>47</sup>, tal situação se observa principalmente com os dados primários coletados por uma empresa que desenvolve seus próprios produtos e que voluntariamente não seriam acessíveis a outras companhias e, portanto, não seriam nem concorrentes nem ubíquos. Sobre este assunto, Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 13) argumentam que tal questão não é relevante, uma vez que ainda que uma empresa esteja em atividade há mais tempo e tenha uma grande quantidade de dados armazenados, a falta de paridade de ativos nunca foi uma base suficiente para definir uma barreira à entrada até o momento.

Ora, por tudo o que já foi dito, não podemos concordar que a posse dos dados pessoais não interfere na entrada de novos concorrentes, isto porque ainda que não seja pela posse dos dados *per se*, mas pelo tratamento de dados exclusivos (não disponíveis a todos concorrentes) as grandes empresas conseguem desenvolver melhores algoritmos que as tornam mais relevantes e mais utilizadas.

É importante observar, então, a questão do valor dos dados nos mercados digitais, que conforme analisamos no primeiro capítulo, depende da utilização e da importância que é dada por cada empresa. Há que reconhecer que os dados coletados anteriormente podem ter mais valor, mas o contrário também acontece, pois, os dados são mais sensíveis ao fator temporal e podem não ter valor para outros concorrentes.

Deste modo, a definição do valor dos dados depende do contexto em que está a ser utilizado, pelo que não podemos ignorar que os dados pessoais armazenados ao longo de determinado período podem ter efeitos na entrada de novos concorrentes, posto que os

---

<sup>47</sup> A autora Miriam Buiten (Buiten, 2019, p. 274) ainda destaca que outra questão importante é quanto tempo seria necessário para alcançar o mesmo nível de dados de um grande operador histórico.

dados, como já vimos, podem influenciar a tomada de decisões e o direcionamento da escolha dos utilizadores.

Cumpramos observar que ao partir da premissa que os dados estão amplamente disponíveis ignoramos situações em que as plataformas digitais restringem o acesso a dados de difícil acesso ou que sejam impossíveis de serem replicados, como reações em publicações de redes sociais, mesmo que os utilizadores compartilhem voluntariamente os dados, determinados dados não vão ser disponibilizados pelos utilizadores, uma vez que estes – em regra – não identifiquem valor nestes dados, pese embora as plataformas digitais retenham as informações pessoais dos utilizadores<sup>48</sup>, consideramos que caso não houvesse valor não haveria motivos para as plataformas buscarem manter a exclusividade dos dados.

Neste cenário, considerar que os dados não são capazes de gerar poder de mercado relativamente aos outros concorrentes parece-nos ingénuo diante das situações em que as plataformas impedem o compartilhamento das informações, porquanto embora dados básicos, de facto, não possuam natureza não rival, os usuários também disponibilizam dados específicos nas plataformas dominantes que podem não ser reproduzidos em outras plataformas, nem de imediato, nem a longo prazo. Caso assim não fosse, as plataformas não investiriam no armazenamento e na análise de dados pessoais, bem como os compartilhariam com todas as outras empresas, todavia, isto não é o que sucede.

Conforme já analisamos, o dado *per se* não é o único interesse, mas sim a análise dos dados em conjunto como mecanismo de criação de valor, isto é, enquanto mecanismo para a análise comportamental e insumo para o desenvolvimento de algoritmos que fomentam e persuadem a escolha dos utilizadores<sup>49</sup>, porém isso não retira a importância dos dados, posto que obviamente sem os dados puros não é possível analisá-los.

Destarte concordamos com Stucke e Grunes (Stucke & Grunes, 2016, p. 44 e 45) quando afirmam que os algoritmos aprendem com os dados que os humanos produzem, conseqüentemente, ao possuir mais dados, existem mais possibilidades para

---

<sup>48</sup> Sobre este assunto, Graef (Graef, 2015, p. 479) afirma que “plataformas online tentam proteger os dados dos concorrentes. (...) Ao se envolver em tais ações, esses provedores visam reservar dados para si próprios e impedir que os concorrentes façam uso de suas fontes de dados.”

<sup>49</sup> Conforme observa a Comissão Europeia na Decisão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, parágrafo 287, p. 63 “Quanto maior o número de consultas que um serviço de busca geral recebe, mais rápido ele é capaz de detetar uma mudança nos padrões de comportamento do usuário e atualizar e melhorar sua relevância.”

experimental, bem como os algoritmos podem aprender mais. Para além disso, destacam que “as empresas incorrem em custos significativos para coletar e armazenar dados precisamente porque os dados são excludentes. Na verdade, ser o primeiro a acessar e processar os dados pode render uma vantagem competitiva significativa.”

Em suma, consideramos que dados pessoais possuem características exclusivas que impõe vantagens competitivas<sup>50</sup> que não podem ser desconsideradas sob o argumento da ubiquidade, dos baixos custos e da alta disponibilidade.

Do ponto de vista das empresas detentoras dos dados, das novas empresas que pretendem entrar no mercado e ainda dos usuários que fornecem os dados, o valor depende do contexto e da necessidade e sendo assim, consideramos que a aceção de uma barreira à entrada decorrente da exclusividade dos dados, embora como vimos não seja unânime na doutrina, encontra guarida no facto de que os dados pessoais são um recurso essencial para várias companhias, pelo que, conseqüentemente, a posse dos dados por poucas empresas impede o acesso ao mercado por outros concorrentes.

### **3.2 ECONOMIAS DE ESCALA E DE ESCOPO**

As economias de escala e de escopo enquanto barreiras à entrada nos mercados digitais traduzem-se na conjugação de diversos fatores, como, por exemplo, os custos fixos para a instalação de mecanismos para coleta e tratamento de dados ou ainda a união de dados de empresas diferentes para produzir um produto<sup>51</sup>.

De acordo com Burri (Burri, 2019, p. 257), no âmbito das economias de escala a situação que se verifica é que os custos para configuração das ferramentas utilizadas para coletar, armazenar e analisar os dados são fixos, por outro lado os custos marginais são baixos, pelo que a consequência direta, seria, portanto, a criação de uma economia de escala<sup>52</sup>, que eventualmente gera barreiras à entrada de novos concorrentes.

---

<sup>50</sup> No documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*, p. 5 concluiu-se que “os dados são relevantes tanto para o design do produto quanto para a possibilidade de monetizar o serviço. Se outras empresas não tiverem acesso a recursos de dados comparáveis, isso pode ser uma barreira adicional para a entrada no mercado”.

<sup>51</sup> Sobre este assunto, Ducci (Ducci, 2020, p. 22) afirma que “Os dados estão particularmente associados a níveis crescentes de concentração de mercado porque a cadeia de valor dos dados, da coleta ao armazenamento e à análise, é caracterizada por importantes economias de escala e escopo.”

<sup>52</sup> V. (Graef, 2015, p. 483).

Sobre este assunto, torna-se necessário pontuar a questão dos monopólios criados em economias de escala, isto porque em economias de escala as empresas dominantes podem cobrar preços supra competitivos que impedem a entrada de novos concorrentes, uma vez que a taxa de retorno dos investimentos para coletar os dados para os rivais pode ser elevada de tal forma que não sejam suficientes para suprir os custos totais.

No entanto, considerar que as economias de escala como barreiras à entrada e consequentemente regulá-las, sobretudo, no que concerne ao preço, nos leva a outros problemas, posto que tal como afirma Ducci (Ducci, 2020, p. 128) a “regulação de preços (...) seria problemática devido à várias questões de medição, cálculo do risco envolvido em se tornar um monopolista natural, a natureza global de muitas plataformas digitais e a rapidez das mudanças tecnológicas”. A esta situação acresce-se ainda o facto de muitas plataformas digitais praticarem os preços zero.

É neste cenário, portanto, que se destacam as empresas com elevado poder e alta concentração, pois a grande concentração e desenvolvimento das economias de escala ensejam a evolução da plataforma, ocasionando barreiras à entrada que dificultam o ingresso de novos concorrentes<sup>53</sup>. Isto decorre do facto que os grandes números de usuários das plataformas acabam por ocasionar a diminuição dos custos.

Debruçando-nos sobre as economias de escopo, podemos verificar que os algoritmos assumem um papel relevante, uma vez que ensejam o aumento do valor dos dados, devido à possibilidade de analisar uma imensidão de dados e em consequência, as empresas conseguem aperfeiçoar os produtos e desenvolver tantos outros, como no caso das várias facetas do *Google - Search, Adsense e Gmail*.

Sobre este assunto, Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 12) indicam que as economias de escala no âmbito dos mercados digitais tendem a ser mais fortes que nas empresas tradicionais e tal situação decorre da dependência de três ativos específicos, designadamente, software, relacionamento com o consumidor e os dados do usuário.

Em suma, diante de tais situações, entendemos que as economias de escala e de escopo nos mercados digitais de facto podem gerar barreiras à entrada, pois tendem a se verificar em empresas dominantes, que conseguem afastar os potenciais concorrentes, mas que entretanto, também promove benefícios aos consumidores, como ocorre no caso da integração entre plataformas.

---

<sup>53</sup> Vide (Capobianco & Nyeso, 2018).

### 3.3 EFEITOS DE REDE

Os efeitos de rede, conforme analisamos anteriormente, referem-se à noção de quanto mais usuários determinada plataforma possui, mais usuários são atraídos e mais poder de mercado detém, sendo que no âmbito da nossa análise ainda se coloca a questão do incremento no volume de dados pessoais obtidos<sup>54</sup>.

Na análise dos efeitos de rede enquanto barreira à entrada, a mudança entre o *MySpace* e o *Facebook* como rede social mais utilizada nos Estados Unidos tornou-se um lugar-comum para parte notável da Doutrina<sup>55</sup>, sob o argumento de que os efeitos de rede não são barreiras altas o suficiente para promover o encarceramento do mercado, posto que uma rede social dominante foi substituída por outra rede. Não se trata aqui de se analisar os motivos da mudança de uma plataforma por outra, o que nos parece necessário é ter em conta que o facto de ter ocorrido uma mudança não exclui a existência e os impactos dos efeitos de rede na entrada de novos concorrentes.

Não concordamos com Evans e Schmalensee (Evans & Schmalensee, 2017, p. 39) quando afirmam que:

*A falha empírica na análise dos efeitos de rede decorrem do facto de se que se concentra em empresas de sucesso em um ponto no tempo, observa que eles se beneficiaram dos efeitos de rede e conclui que eles ganharam tudo e não serão deslocados. Esses fatos, mesmo se verdadeiros, não mostram que os efeitos de rede são a fonte de seu sucesso ou fornecem um fosso ao redor deles. O vencedor poderia ser muito mais eficiente ou inovador do que outras empresas.*<sup>56</sup>

Não perfilhamos deste entendimento, porquanto, embora seja evidente que em determinado momento seja possível a substituição da plataforma dominante, entendemos que os efeitos de rede principalmente em mercados baseados em dados proporcionam um aumento do poder de mercado pelo facto de possuir mais usuários, mais dados pessoais e conseguirem produzir melhores algoritmos.

---

<sup>54</sup> Cf. (Stucke & Grunes, 2016, p. 163) indicam como exemplos dos efeitos de rede o caso do sistema operacional Microsoft, no qual quanto mais utilizadores, mais será investido no desenvolvimento de produtos compatíveis com essa plataforma, que, por sua vez reforça a popularidade dessa plataforma com os usuários.

<sup>55</sup> V. (C. Tucker, 2019, p. 2), (Sokol & Comerford, 2017, p. 13) e (Evans & Schmalensee, 2017, p. 36).

<sup>56</sup> Sobre este assunto (Mayer-Schönberger, 2020, p. 125) destaca que com o tempo essa dinâmica paralisaria os mercados se não houvesse uma poderosa força contrária – a inovação – que permitisse que novos concorrentes competissem com sucesso com grandes concorrentes. Entendemos, no entanto, que deve haver capacidade para inovar e em mercados com altas barreiras a dificuldade de novos concorrentes competirem no mercado e acederem aos mesmos recursos ou recursos semelhantes, leia-se, dados, enseja em impeditivos a inovação.

Nesse aspeto, entendemos que os efeitos de rede podem ser impeditivos a substituição por parte dos utilizadores, ainda que não seja um impeditivo absoluto, é uma característica desses mercados e que pode ensejar no baixo poder dos consumidores em substituírem os produtos.

Logo, julgamos que a posse de mais dados acarreta em mais dificuldades na deslocação dos usuários e isto não se deve exclusivamente a eficiência ou ao poder de inovação, decorre conjuntamente do desenvolvimento de melhores algoritmos e produtos por meio de um acesso aos dados que se encontram restritos a empresas dominantes.<sup>57</sup>

Evidentemente, os efeitos de rede também geram consequências positivas, como, por exemplo, a redução dos custos ou ainda a melhoria dos serviços oferecidos pelas plataformas. No entanto, também podem levar a criação de barreiras à entrada e a concentração de mercado promovendo a diminuição da concorrência.

Sobre este assunto, a Comissão Europeia analisou a questão dos efeitos de rede no Caso *Facebook/WhatsApp*<sup>58</sup> e concluiu que os efeitos de rede estavam presentes no caso, uma vez que os entrevistados afirmaram que a utilização das aplicações aumentam caso seja maior o número de amigos e parentes que a utilizam, todavia, ainda assim, a Comissão entendeu que os efeitos de redes só assumem protagonismo no cenário concorrencial se dificultarem a expansão no número de clientes dos concorrentes, o que não sucedia no caso em apreço. No entanto, considerou que os aplicativos de comunicação são um setor em rápida evolução, em que os custos de mudança dos clientes e as barreiras à entrada são baixas e sendo assim, nesse aspeto a concentração não apresentava obstáculos.

O principal argumento decorreu do *multi-homing*<sup>59</sup>, posto que os utilizadores das aplicações podem aceder a diversas aplicações de conversas, não utilizando apenas uma e tal situação mitigaria os resultados negativos que pudessem decorrer dos efeitos de rede.

Todavia, conforme Stucke e Grunes ressaltam (Stucke & Grunes, 2016, p. 168) “a tirania da maioria dita as opções de privacidade da minoria”, assim, ainda que os

---

<sup>57</sup> Sobre a questão dos efeitos de rede e assistentes pessoais, Ezrachi e Stucke (Ezrachi & Stucke, 2019, p. 233) apontam que “À medida que nosso assistente acumula informações ao longo do tempo, os custos de troca se tornam mais altos. (...) Os novos participantes terão dificuldade em corresponder à escala de dados mantida pelas superplataformas e nos convencer a mudar.”

<sup>58</sup> Decisão da comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, parágrafos 127 a 140.

<sup>59</sup> O multi-homing é caracterizado pela utilização de diferentes plataformas.

utilizadores possam, de facto, instalar diversas aplicações, isto não afasta a necessidade de utilizar a plataforma que os amigos ou familiares já utilizam e neste cenário, por exemplo, por muito que estejam preocupados com questões de privacidade se pretendem comunicar-se devem ceder e utilizar o *Messenger* ou *WhatsApp*.

Concorda-se com esta posição, uma vez que não podemos ignorar que os efeitos de rede influenciam as escolhas dos utilizadores<sup>60</sup> e podem reforçar as posições dominantes de mercados de dados, ainda que seja necessário analisar caso a caso, portanto, os efeitos devem estar sob o enfoque de uma análise concorrencial, defendemos também que ao serem criadas barreiras à entrada através dos dados e os efeitos de rede, criam-se estruturas que dificultam a mudança dos utilizadores para um concorrente e o facto de existir a possibilidade de mudanças de plataformas dominantes não afasta os impactos que os abusos do domínio podem gerar.

Ao partir da premissa que os dados não constituem barreiras à entrada e não merecem atenção do direito da concorrência corre-se o risco de preocupar-se somente quando os efeitos deletérios já se fizerem presentes.

Neste seguimento, Ezrachi e Stucke (Ezrachi & Stucke, 2019, p. 238) analisam que um controle por parte do direito concorrencial de facto apresenta o risco de inibir a inovação, o investimento e a competição real, no entanto, é importante ter em conta também que a ausência de regulação pode levar a dinâmicas excludentes e efeitos anti competitivos. Isto porque as estratégias de exclusão e exploração podem afetar a privacidade, bem-estar e democracia. No entanto, destacam que o nível ideal de intervenção é difícil de determinar, posto que para estabelecer o domínio, o poder de mercado terá que ser sustentado ao longo do tempo, de tal forma, é possível que os efeitos de rede e os custos de troca possam contribuir para o surgimento de tal poder.

Em suma, entendemos que os efeitos de rede nos mercados de dados podem aumentar as barreiras à entrada, assim como podem reforçar o poder de mercado das grandes plataformas, impedindo, portanto, a entrada de novos concorrentes.

De tal forma, consideramos que há uma consolidação do poder em poucas empresas, ainda que existam outras empresas também eficientes, mas sem a possibilidade de obter dados pessoais suficientes. Todavia, na análise dos efeitos de rede enquanto uma

---

<sup>60</sup> V. (Stucke & Grunes, 2016, p. 197). Os autores referem que com os efeitos de rede “os usuários passam mais tempo na plataforma e a empresa - além de coletar mais dados - tem mais oportunidades de direcionar os usuários a anúncios comportamentais em toda a mídia e em sua expansão enquanto plataforma.”

barreira à entrada é indispensável proceder a uma investigação casuística de cada caso, sob pena de travar a inovação e desenvolvimento de novas tecnologias.

### 3.4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Conforme já se analisou, a proteção de dados pessoais encontra-se regulada pelo RGPD, que deverá assumir um papel de elevada importância no âmbito dos mercados digitais.

Neste contexto, embora o Regulamento, não tenha um escopo jus concorrencial, pode ser considerado uma barreira legal à entrada de novos concorrentes.<sup>61</sup>

Antes de mais, julgamos necessário esclarecer que o RGPD estabeleceu diversas restrições às empresas que coletam, armazenam e compartilham de dados. Com efeito, devido à necessidade de cumprir as novas normas, os custos para armazenar, coletar e analisar os dados pessoais aumentaram, assim como os riscos inerentes à posse e ao tratamento de dados pessoais<sup>62</sup>. Julgamos que tal situação promove o aumento das barreiras à entrada de novos competidores, uma vez que as imposições legais do Regulamento afetam diretamente as escolhas e o *modus operandi* das empresas já estabelecidas.

Deste modo, como reforçam Gal e Aviv (Gal & Aviv, 2020, p. 27), da perspetiva do utilizador, grandes empresas podem assumir a preferência os usuários. Por sua vez, isso criará obstáculos para que pequenas ou novas empresas coletem dados e ampliará ainda mais os dados de grandes controladores de dados pessoais. Embora o RGPD tente limitar essa dinâmica, desenvolvendo a confiança de que todos os participantes do mercado processarão dados pessoais de modo a proteger a privacidade, até agora, a confiança não aumentou no período pós-RGPD. Os autores notam, contudo, que os usuários também podem desejar limitar o número de empresas as quais fornecem o consentimento, mantendo assim as empresas com as quais já consentiram em coletar

---

<sup>61</sup> Sobre barreiras e a proteção de dados no contexto do *Big Data*, v. (Rubinfeld & Gal, 2017) e (Chirita, 2020, p. 161 e 162).

<sup>62</sup> Diante de uma presença cada vez mais intensa de empresas globais na UE, no âmbito de aplicação das coimas pelo RGPD, o critério adotado não é o volume de negócios no espaço europeu e sim até 4 % do volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, cf. artigo n.º 83 do RGPD.

dados, ou ainda como no já citado caso do *Google* em que o consentimento abrange diversos produtos, fortalecendo ainda mais o *status* dos grandes operadores históricos.

Além disso, não podemos olvidar a importância dos dados pessoais no desenvolvimento e inovações nos mercados digitais baseados na utilização de dados pessoais, enquanto que o RGPD e outras normas de proteção de privacidade estabelecem obrigações às empresas que tratam de dados pessoais, impondo, portanto, limitações.

Ora, como já enunciamos, todo esse contexto cria barreiras e aumenta os custos e as responsabilidades para operações que envolvem dados pessoais, seja por intensificar as restrições à coleta, ao compartilhamento de dados, à interoperabilidade, ao acesso a dados pessoais obtidos anteriormente por outras empresas, seja por exigir o consentimento por parte dos usuários.<sup>63</sup>

Não obstante, e em face de tudo o que foi dito até aqui, não podemos deixar de ressaltar que, embora o Regulamento tenha como escopo central o direito à proteção dos dados pessoais, os seus impactos reverberam em todo os setores que envolvem o *big data* e a economia de dados, inclusive, a concorrência. Na verdade, considerando que o RGPD enuncia que tem como objetivos “controlar a utilização que é feita dos dados pessoais” e que o “tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas”<sup>64</sup> é inegável que as normas influenciam a utilização dos dados pessoais por empresas e afetam os modelos de negócio dos *players* nos mercados digitais.

A título exemplificativo, num estudo realizado por Johnson, Shriver e Goldberg (Johnson, Shriver, & Goldberg, 2020, p. 23) baseado na análise de 27.000 sites, concluiu-se que, após a implementação do RGPD na União Europeia, houve um aumento de 19,3% relativamente a interações que provavelmente envolvem dados pessoais, enquanto que nas interações que possivelmente não envolvem dados pessoais o acréscimo foi de apenas 5,6%, porém os dados pessoais online, ficaram mais concentrados nas mãos dos maiores fornecedores – uma consequência não intencional do RGPD.

Como notam os autores, a problemática centra-se, portanto, na medida em que estes maiores fornecedores geram valor a partir de dados pessoais, logo, a concentração de dados pode fortalecer ainda mais a posição de mercado de grandes empresas, uma vez

---

<sup>63</sup> Veja-se a título exemplificativo a proibição do uso de cookies de rastreamento sem consentimento na UE, apontam (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 361) que isto é uma barreira legal à coleta de dados, que tem como objetivo proteger o autonomia e privacidade dos usuários, permitindo-lhes estabelecer alguns limites ao uso do dados coletados.

<sup>64</sup> Considerandos n.º 7 e n.º 4 do RGPD, respetivamente.

que diminuiram o número de sites parceiros e, mais, a concentração do mercado aumentou 17%, particularmente para o *Google* e o *Facebook*,<sup>65</sup> no curto prazo após a implementação do Regulamento, ou seja, a implementação do Regulamento promoveu a redução das participações de pequenos fornecedores de tecnologia da web.

Este é realmente o ponto-chave nos casos que envolvem proteção de dados e barreiras à entrada: por mais gratuita e espontânea que seja a disponibilização dos dados pessoais, eles quase invariavelmente têm um preço a ser pago *a posteriori*, isto porque as empresas detentoras dos dados pessoais obtêm lucro económico com os dados pessoais e assim, com a posse dos dados consolidam cada vez mais a sua posição dominante e intensificam a possibilidade de cometer abusos.<sup>66</sup>

Com efeito, é importante acautelar, neste ponto, que ao que tudo indica, a legislação de proteção de dados tem auxiliado a promover o aumento da concentração do poder pelas grandes empresas ao levantar barreiras ao compartilhamento de dados. No entanto, é preciso ter em conta que embora as leis de proteção de dados pessoais possam criar barreiras, sobretudo, para a coleta de dados, muitas vezes os obstáculos podem ser superados ao garantir o anonimato dos dados<sup>67</sup>, por tal razão é fundamental olhar para a questão sob diferentes perspetivas.

É, de igual modo, claro para nós que as soluções legais existentes – seja no contexto da proteção de dados pessoais ou do direito concorrencial – não estão a se mostrar suficientes para promover a regulação dos mercados digitais num contexto de exploração de dados pessoais e a sua estreita ligação com o direito da concorrência, embora não sejam todos os que vislumbram esta conexão.

Sobre esta temática, no contexto europeu, na decisão do caso *Facebook/WhatsApp*<sup>68</sup> a Comissão defendeu que a análise da concentração deveria pautar-se apenas na perspetiva do aumento da posição dominante do *Facebook* no âmbito do mercado de publicidade online e não no que se refere à proteção dos dados do usuário, uma vez que esta questão deveria ser analisada numa perspetiva da legislação da proteção de dados e não pelas regras de direito da concorrência. Nesta questão, a Comissão argumentou ainda

---

<sup>65</sup> V. as conclusões de (Johnson et al., 2020).

<sup>66</sup> V. (Chirita, 2018, p. 158), Ora, como faz notar a autora, se somente determinadas companhias controlarem os dados pessoais de que outras empresas necessitam para satisfazer os clientes e reduzir custos, isso poderia lhes dar poder para tirar seus rivais do mercado.

<sup>67</sup> Sobre este ponto, *vide* (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351)

<sup>68</sup> Decisão da comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 - *Facebook* / *WhatsApp*.

que a transação só suscitaria preocupações de concorrência se a concentração de dados sob o controle do Facebook permitisse fortalecer a sua posição na publicidade<sup>69</sup>.

Para fundamentar a decisão, a Comissão Europeia destacou que o multi-homing afasta a exclusividade no uso das aplicações, porque os utilizadores conseguem com facilidade utilizar outras plataformas e mais, como não são aplicações nativas dos sistemas operacionais não possuem a capacidade de tornar a mudança mais onerosa.

Não concordamos com a posição da Comissão, uma vez que a decisão defende que o direito da proteção de dados e o direito da concorrência enquanto ramos jurídicos autónomos visam tutelar interesses jurídicos díspares e, portanto, ao tratarmos de privacidade e dados pessoais devemos aplicar a lei da proteção de dados e não as regras da concorrência, não vislumbramos fundamentos para ignorar a correlação entre os dados pessoais e o direito concorrencial, uma vez que através dos dados pessoais as empresas exercem poder de mercado e reduzem a competitividade.

Tal argumento não afasta a necessidade de assegurar que a proteção de dados não implique em resultados perversos no âmbito concorrencial. Ora, como é evidente, não estamos perante uma decisão salomónica, não sendo necessário ignorar os dados pessoais por completo e desconsiderar a sua relevância no âmbito concorrencial, ignorando que, ainda que seja através dos dados pessoais, os efeitos de rede são capazes de excluir os concorrentes.

Estamos em crer e conforme explanado por Bagnoli (Bagnoli, 2019, p. 39), que tal raciocínio desconsidera que a concentração de dados pessoais em duas empresas pode afetar a concorrência, a transparência dos termos de uso e de privacidade e a motivação em investir em tecnologias que aumentam a privacidade.

Neste sentido entendemos que a presença de empresas dominantes com um elevado número de usuários e, conseqüentemente, com efeitos de rede cria barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, embora exista o multi-homing, isto não afasta a dominância e nem que os concorrentes encontram barreiras à entrada para que novas aplicações sejam utilizadas.

Em sentido contrário, pudemos observar na decisão do *Bundeskartellamt* no caso *Facebook*<sup>70</sup>, que além de examinar a posição dominante no mercado de redes sociais, os

---

<sup>69</sup> *Ibid*, parágrafos 164 e 187.

<sup>70</sup> Sobre este assunto, Kellezi (Kellezi, 2019, p. 343) destaca que a decisão evidencia a relevância da relação entre o direito da concorrência e a proteção de dados, pois, os dados são de extrema importância no setor

efeitos de rede, barreiras à entrada, a Autoridade da Concorrência também levou em conta questões de privacidade, posto que considerou que “processamento abrangente de dados pessoais pelo *Facebook* (...) viola os requisitos europeus de proteção de dados de acordo com o RGPD e está sujeito ao consentimento dos usuários de acordo com os requisitos de proteção de dados.” Mas não só, entendeu que os danos para os usuários consistem na escassez de controlo: eles não são mais capazes de controlar como seus dados pessoais são usados<sup>71</sup>.

Com isto, e aqui nos revemos na decisão da Autoridade da Concorrência Alemã, pois consideramos que violação da proteção de dados pode constituir uma violação no campo de ação do direito da concorrência e vice-versa. Passamos a explicar: numa economia de dados, os dados pessoais, enquanto bens jurídicos, não causam impactos apenas no que toca à proteção de dados, essa premissa só seria verdadeira se os dados pessoais não fossem um mecanismo de criação de valor e de barreiras à entrada, nem uma vantagem competitiva para as grandes empresas já existentes, tornando evidente o reconhecimento da correlação entre proteção de dados pessoais e direito da concorrência.

O *Bundeskartellamt* destacou ainda que a conduta do *Facebook* representa um abuso de exploração (termos comerciais exploratórios) que deve ser coibido, posto que empresas dominantes, além da responsabilidade especial, não devem adotar práticas exploratórias em prejuízo aos consumidores, sobretudo, se tais condutas prejudicarem também outros concorrentes que não tenham tantos dados.

No entanto, a decisão foi suspensa pelo Tribunal Federal de Recurso de Düsseldorf e em 23 de junho de 2020 o Supremo Tribunal Federal da Alemanha anulou a suspensão e validou a decisão da Autoridade da Concorrência, e dentre diversos argumentos destacou que a rede social não cobra custos aos utilizadores, mas é financiada pela publicidade online paga pelos anunciantes.

Porém, ressaltou que a problemática deve se centrar no facto de que os termos de uso são abusivos e não permitem a escolha livre dos usuários da rede social e para além disso, a falta de opção “não afeta apenas sua autonomia pessoal e a preservação de seu direito à autodeterminação informacional, que também é protegido pelo RGPD” e mais,

---

da economia digital, quer sejam utilizados para examinar a vantagem competitiva em dados, quer a dimensão da proteção de dados como parâmetro de concorrência efetiva.

<sup>71</sup> Documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*, p. 5 e 10.

os termos de uso, da forma como estão concebidos, servem para impedir a concorrência.<sup>72</sup>

Tendo isto em conta, é nossa opinião que diante das condutas das empresas dominantes em mercados de dados, com a finalidade de assegurar a segurança dos usuários e o processamento de dados de acordo com as normas do RGPD, isto porque a violação também prejudica os concorrentes e pode ser a questão principal no cometimento de abusos de posição dominante.

Em face de todo o exposto, entendemos que a proteção de dados pessoais assume lugar proeminente nos mercados digitais baseados em dados e constitui elemento indispensável também no âmbito do direito concorrencial. A sua importância é tal que entendemos que a concentração de dados pessoais decorrente da aplicação de normas do RGPD é elemento suficiente para a criação de barreiras à entrada. E, como também é verdade, como veremos, as soluções para esta problemática das barreiras às entradas não são simples, isto porque os dados pessoais devem, pois, ser encarados como expressão de valor económico e igualmente como corolário da privacidade.

---

<sup>72</sup> Processo KVR 69/19 - decisão de 23 de junho de 2020, caso *Facebook Ireland Limited*- Supremo Tribunal Federal da Alemanha.

#### 4. COMPARTILHAMENTO DE DADOS: UMA SOLUÇÃO PLAUSÍVEL?

Longe de se debruçar sobre todas as soluções apontadas pela Doutrina para a problemática da proteção de dados pessoais e direito da concorrência, este capítulo cinge-se a examinar uma particular opção, focando-se, pois, no compartilhamento de dados.

A questão do compartilhamento de dados surge como um mecanismo para reduzir o monopólio de dados pessoais e as barreiras à entrada. Com efeito, o compartilhamento de dados se traduz como um remédio baseado na teoria das infraestruturas essenciais.<sup>73</sup> Esta teoria<sup>74</sup> visa solucionar problemas de mercado em que se verificam a existência de empresas com quotas de mercados elevadas e com posse exclusiva de recursos essenciais que impedem uma competição efetiva.<sup>75</sup>

Observe-se que na teoria das infraestruturas essenciais no âmbito dos dados pessoais a primeira questão que se coloca é em que medida a empresa tem a obrigação de compartilhar os dados que coletou, armazenou e analisou com outros concorrentes. Isto porque para considerar que os dados pessoais são uma infraestrutura essencial é necessário partir do pressuposto que os dados são exclusivos e estão sob o controlo restrito das grandes plataformas e, conforme já analisamos, tal visão não é unânime.

Importa, porém, evidenciar que ao impor o compartilhamento de dados também põe-se em causa a liberdade das empresas, uma vez que nesta situação as grandes empresas vêm-se obrigadas a partilhar os seus insumos com outros concorrentes e, portanto, para aplicar a referida teoria mostra-se indispensável que o direito da concorrência considere que os dados pessoais devem ser tutelados não somente pelas normas específicas de proteção de dados, mas também pelas normas concorrenciais como forma de promover o bem estar dos consumidores e a concorrência efetiva.

Ora, parece-nos que tal entendimento é o caminho natural na evolução e

---

<sup>73</sup> Veja-se que Francesco Ducci (Ducci, 2020, p. 348) constatou que o compartilhamento de dados como instrumento de aplicação da teoria das infraestruturas essenciais foi citada em diversos relatórios governamentais como mecanismo para questões que envolvem big data e direito da concorrência, nomeadamente, *Competition Bureau of Canada, Big Data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada, Draft for Public Consultation (2017)*, *Autorite de la Concurrence and the Bundeskartellamt, Competition Law and Data (2016)* e *European Commission, Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy, Working Document (2017)*.

<sup>74</sup> V., *inter alia*, Acórdãos *Magill*, *Bronner*, *Deutsche Telekom* e *Microsoft*.

<sup>75</sup> Para mais desenvolvimentos acerca da teoria das infraestruturas essenciais, v. (Pais, 2011, pp. 519 -597) e sobre a indispensabilidade das infraestruturas v. (Dunne, 2020).

desenvolvimento das políticas na União Europeia, como se verifica, inclusive, com a Lei dos Serviços Digitais, que está a ser desenvolvida pelo Parlamento Europeu em conjunto com a Comissão Europeia, cujos impactos certamente verificar-se-ão no âmbito concorrencial.

No entanto, como ressaltam os autores, Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 18), de uma perspectiva *antitrust*, a obrigatoriedade de partilha de dados pode limitar a coleta e uso de *Big Data* ou forçar grandes empresas a compartilhar com rivais, fatores estes que são suscetíveis de prejudicar a concorrência e inovação nos mercados digitais. Parece-nos que este argumento não será o ideal, uma vez que para a doutrina que defende que os dados são não rivais e não exclusivos, como é o caso de Sokol e Comerford, conforme vimos *supra*, este argumento se esvazia de razão. Ora, se os dados são não rivais e não exclusivos, conseqüentemente, estão disponíveis para todos os concorrentes no mercado, logo, não há razões para opor-se o compartilhamento.

Por outro lado, para Ducci (Ducci, 2020, p. 151), a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, baseada no compartilhamento de dados, parece ter pertinência plausível em setores digitais que são estruturalmente muito concentrados. No entanto, ressalta também que a partilha de dados apresenta obstáculos, nomeadamente, acerca dos direitos de propriedade, da inovação e das formas de explorar a tecnologia utilizada pelas plataformas dominantes.

Por estas razões, em nosso entender, a análise dos dados e a forma como são armazenados também são fatores que se apresentam como objeções ao compartilhamento de dados, posto que a tecnologia utilizada por cada plataforma pode ser, em si mesma, fundamento para não ser possível o tratamento dos dados.<sup>76</sup> Parece-nos então que ao partilhar dados pessoais dos utilizadores as plataformas que os detêm ficam muito mais sujeitas à análise do cumprimento das normas por parte dos seus concorrentes e, em consequência, mais expostos a denúncias, inclusive, de competidores não tão eficientes.

Ainda a este respeito, como salientam Condorelli e Padilla, (Condorelli & Padilla, 2020, p. 4) tais obstáculos podem promover benefícios aos consumidores, seja por meio de um desincentivo à coleta e processamento de dados pessoais, como também podem fomentar a concorrência em muitas plataformas através da utilização de dados por outras empresas e não somente pelas dominantes.

---

<sup>76</sup> Esta é uma preocupação que se verifica no RGPD, em seu considerando n.º 68.

Em todo caso, entendemos que o compartilhamento de dados pode ser uma solução plausível ao analisar-se através de um enfoque concorrencial, ignorando os aspetos que se referem à proteção de dados pessoais, porquanto, os dados, hodiernamente, estão concentrados nas grandes plataformas e pese embora, a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais seja, de facto, difícil é compensadora para a consecução dos interesses públicos tutelados pelo direito da concorrência.

No entanto, há que examinar a uma questão mais delicada, a saber, o compartilhamento de dados pessoais e a privacidade.

A questão se coloca diante da dimensão da utilização dos dados pessoais e em que medida os utilizadores podem consentir sem ter controlo sobre quais serão as companhias a ter acesso aos dados. Cumpre-nos, ainda, ressaltar que, no tocante à proteção de dados pessoais, as tendências atuais<sup>77</sup> perpassam pelo consentimento do titular dos dados pessoais, justamente para assegurar que os titulares dos dados possam limitar o acesso aos dados pessoais enquanto bens jurídicos a serem protegidos.

Deste modo, como reforçam, Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 18), a problemática acerca da privacidade exigiria que os dados fossem compartilhados com empresas rivais, mesmo que os consumidores não tenham consentido para que seus dados fossem usados dessa maneira.

Seguimos este argumento, uma vez que desse modo, deixaria de existir aquilo que, o RGPD visou assegurar: manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito.<sup>78</sup>

Resta, pois, saber se e em que medida os benefícios do compartilhamento de dados pessoais com o escopo de promover a concorrência efetiva e promoção do bem-estar dos consumidores superam os riscos do extravasamento da utilização dos dados pessoais pelas mais diversas plataformas e não tão somente, ao menos em teoria, à plataforma dominante a qual o utilizador consentiu.

Sobre este assunto, Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 4) apontam como solução para aumentar a proteção de privacidade oferecida pela dominante a limitação da sua capacidade de combinar dados do usuário em suas plataformas,

---

<sup>77</sup> V. os artigos 6.º ao 9.º do RGPD.

<sup>78</sup> V. o Considerando n.º 32 do RGPD.

independentemente do consentimento do usuário. Ocorre, porém, que esta solução pode limitar a eficiência, obstando a criação de bancos de dados que podem ser explorados no interesse dos consumidores.

No entanto, tal solução não resolve a ausência do controle por parte dos titulares dos dados pessoais, uma vez mesmo com a limitação de combinação de dados, ainda assim persiste a questão de não ter controle sobre por quem e como os dados são tratados.

Então concluímos que os benefícios não superam os riscos, isto porque cremos ser de suma importância que os utilizadores tenham controle acerca do emprego dos dados pessoais, ora, conforme já analisamos, os usuários das plataformas digitais dominantes acabam por as aderir por diversos motivos, seja pelos efeitos de rede, seja pela concentração de mercado e sendo assim, não podemos ignorar que ainda que as questões de privacidade possam ser tidas em conta, os usuários não têm controle e não percebem que o preço pago pela utilização das plataformas são os dados pessoais.

Não podemos olvidar, portanto, que difundir ainda mais os dados pessoais através das plataformas dominantes e não através do consentimento livre e consciente do utilizador põe em causa todo o escopo e evolução das normas que tutelam os dados pessoais e cujo tratamento deverá ser concebido para servir as pessoas<sup>79</sup> e não as empresas.

Nesta conjuntura, concordamos com a solução defendida por (Ducci, 2020, p. 155) que sugere que tais questões devem se desenvolver através de uma “estrutura entre a política de concorrência e novas formas de intervenção regulatória, por meio de uma combinação de regras *ex post* e *ex ante* que podem mitigar as limitações institucionais do padrão de aplicação da política de concorrência”, pois recorde-se que tanto a análise da posição dominante, quanto à verificação das barreiras à entrada são feitas após a constatação de possíveis abusos, ainda que seja notória a posição dominante das grandes plataformas digitais. Assim, e em consequência do exposto, consideramos que o compartilhamento de dados não é a melhor solução para impedir os efeitos nocivos das barreiras à entrada nos mercados de dados.

---

<sup>79</sup> Cf. o considerando n.º 4 do RGPD.

## CONCLUSÕES

Aqui chegados, relembremos os aspetos que consideramos mais relevantes que tratamos ao longo da presente dissertação, isto porque nos propomos a uma análise jurídica especificamente acerca das barreiras à entrada nos mercados digitais: mormente os dados pessoais enquanto barreira.

Em suma, parece-nos que é indispensável ressaltar que a existência de barreiras à entrada serve como elemento de verificação de abusos de posição dominante que podem decorrer por causa da concentração de dados pessoais por empresas dominantes, consideramos ainda que tal situação promove a criação de barreiras à entrada devido à exclusividade de dados, da existência de economias de escala e de escopo, dos efeitos de rede e da proteção de dados pessoais.

Da nossa parte, consideramos que a forma de coleta, do tratamento e de armazenamento dos dados pessoais pelas empresas dominantes promove a exclusividade de dados, posto que devido a dominância os dados são fornecidos espontaneamente pelos utilizadores e tal situação não ocorre relativamente aos novos concorrentes, que se deparam com a necessidade de obter e tratar dados para melhorar os seus produtos. Ainda que o titular dos dados pessoais tenha posse dos dados e possa, de facto, partilhar com outras plataformas, não é o que sucede, a dominância das empresas é tão intensa ao ponto de poder suprimir o partilhamento de dados com outros concorrentes.

Entendemos que a Doutrina que defende que as barreiras à entrada são baixas nos mercados de dados deve ser afastada, já que, pelo contrário, por tudo o que foi aqui exposto, consideramos que as barreiras à entrada existentes nestes mercados são altas e suficientemente capazes de causar prejuízos tanto aos concorrentes, quanto aos consumidores. A concorrência deverá ser acautelada em mercados em que uma empresa dominante possui elevados dados pessoais, já que através dos dados desenvolve melhores algoritmos, consegue restringir a publicidade e influenciar as escolhas dos utilizadores.

Acresce-se ainda o facto de os efeitos de rede promoverem o reforço da posição dominante, pois através destes efeitos os utilizadores corroboram com a maior coleta e tratamento de dados na estreita medida em que mais pessoas utilizam as plataformas e fornecem mais insumos às empresas dominantes.

No entanto, os mecanismos de análise *antitrust* utilizados hodiernamente pelo direito da concorrência não se figuram adequados aos mercados digitais, como é o caso da aplicação do teste SSNIP, nem uma análise feita *a posteriori*. É fulcral uma atuação *ex ante*, como forma de impedir que empresas dominantes no mercado europeu impeçam a entrada de rivais menores e limitem a inovação e concorrência.

Ora, por tudo quanto ficou dito devemos considerar que a privacidade também deve ser tida em conta nas análises concorrenciais, mas defendemos a necessidade de aplicação de critérios proporcionais e, sobretudo, antes do cometimento de abusos, uma vez que os dados pessoais enquanto bem jurídicos a serem tutelados – também pelo direito da concorrência – merecem uma atenção *a priori*, e não tão somente após a violação.

No que se refere ao compartilhamento de dados não o consideramos uma solução possível, pois embora proporcionasse um acesso mais igualitário aos dados pessoais entre os concorrentes, não promove o controlo e nem a segurança jurídica da privacidade e proteção dos dados pessoais dos utilizadores, uma vez que os utilizadores, de facto, não possuem a dimensão de como as análises dos dados pessoais são feitas, nem as finalidades, nem as interferências que causam nas suas próprias condutas.

Portanto, torna-se fundamental mudar o paradigma do direito concorrencial e não limitar a análise dos dados pessoais ao direito à proteção de dados, posto que, assim, permite-se que os mercados digitais funcionem corretamente, seguindo os seus objetivos de bem estar, bom funcionamento do mercado interno, melhores produtos e melhores preços, isto porque, conforme a análise aqui levada a cabo, a posse e o tratamento de dados pessoais por empresas dominantes nos mercados digitais é capaz de influenciar as tomadas de decisão, as escolhas dos utilizadores, direcionar publicidade e, conseqüentemente, falsear a concorrência e tais questões devem ser solucionadas pelo direito da concorrência, não através do direito da proteção de dados.

Em suma, ainda não há solução jurídica para o problema aqui analisado, embora já exista jurisprudência que trate do assunto, entendemos, no entanto, ser indispensável desenvolver mecanismos para integrar a proteção de dados pessoais ao escopo do direito da concorrência com vistas à prossecução dos múltiplos objetivos que caracterizam o direito europeu da concorrência, posto que estamos numa economia baseada em dados que se desenvolve rapidamente e sem precedentes na história.

## REFERÊNCIAS

### OBRAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

- Bagnoli, V. (2019). Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, 3(1). doi:<https://doi.org/10.7559/mclawreview.2019.314>
- Bain, J. S. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Balto, D., & Lane, M. (2016). Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data. *disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753249>*, consultado em 05 de agosto de 2020.
- Buiten, M. (2019). Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law. In T. A. Mathis K. (Ed.), *New Developments in Competition Law and Economics. Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship* (Vol. 7): Springer.
- Burri, M. (2019). Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law: An Attempt for a Primer *Klaus Mathis and Avishalom Tor (eds), New Developments in Competition Law and Economics*.
- Capobianco, A., & Nyeso, A. (2018). Challenges for Competition Law Enforcement and Policy in the Digital Economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(1).
- Chirita, A. D. (2018). The Rise of Big Data and the Loss of Privacy. In C. G. B. Bakhoum M., Mackenrodt MO., Surblytė-Namavičienė G (Ed.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (Vol. 28). Berlin: Springer.
- Chirita, A. D. (2020). Data-driven mergers under EU competition law. In H. s. i. c. a. f. law (Ed.), *The future of commercial law : ways forward for change and reform*. Oxford: Hart Publishing.
- Condorelli, D., & Padilla, J. (2020). Harnessing Platform Envelopment in the Digital World. *Journal of Competition Law & Economics*, 16(2), 143–187. doi:<https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>
-

- Crémer, J., Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). Competition policy for the digital era: final report. *Luxembourg: Publications Office of the European Union*.
- Davilla, M. (2017). Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules  
. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(6).
- De Mauro, A., Greco, M., & Grimaldi, M. (2014). What is Big Data? A Consensual Definition and a Review of Key Research Topics. *4th International Conference on Integrated Information*.
- Ducci, F. (2020). *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dunne, N. (2020). Dispensing with indispensability *Journal of Competition Law & Economics*, 16(1), 74-115. doi:<https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa004>
- Economides, N., & Lianos, I. (2019). Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective *CLES Research Paper Series 5/2019, NYU Stern School of Business, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474099>, consultado em 31 de julho de 2020*.
- Evans, D. S. (2016). Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research, Paper 753*(disponível em <https://ssrn.com/abstract=2746095>, consultado em 04 de julho de 2020).
- Evans, D. S., & Schmalensee, R. (2017). Debunking the ‘Network Effects’ Bogyman *Regulation*, 40(4).
- Ezrachi, A., & Stucke, M. (2019). Antitrust Enforcement and Market Power in the Digital Age: Is Your Digital Assistant Devious? . In D. G. I. Lianos (Ed.), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy* Cambridge:: Cambridge University Press.
- Filistrucchi, L. (2018). Market Definition in Multi-Sided Markets. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms. OECD*.
- Filistrucchi, L., Geradin, D., Damme, E. v., & Affeldt, P. (2014). Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law & Economics*, 10(2).

- Finck, M., & Pallas, F. (2020). They who must not be identified—distinguishing personal from non-personal data under the GDPR. *International Data Privacy Law, Volume 10*(disponível em <https://academic.oup.com/idpl/article/10/1/11/5802594>, consultado em 04 de setembro de 2020).
- Gal, M., & Aviv, O. (2020). The Competitive Effects of the GDPR. *Journal of Competition Law & Economics, 16*(3).
- Gambaro, M. (2019). Big Data Competition and Market Power. *Market and Competition Law Review II, Universidade Católica Editora, 2*.
- Geradin, D., Katsifi, D., & Karanikioti, T. (2020). GDPR Myopia: How a Well-Intended Regulation ended up Favoring Google in Ad Tech *TILEC Discussion Paper No. 2020-012*, disponível em [dx.doi.org/10.2139/ssrn.3598130](https://doi.org/10.2139/ssrn.3598130), consultado em 17 de agosto de 2020.
- Graef, I. (2015). Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review, 38*(5).
- Johnson, G., Shriver, S., & Goldberg, S. (2020). Privacy & Market Concentration: Intended & Unintended Consequences of the GDPR. disponível em <https://ssrn.com/abstract=3477686>, acesso em 10 de outubro de 2020.
- Jourová, V. (2018). *A reforma da UE sobre a proteção de dados e os megadados*. Retrieved from
- Kadar, M. (2015). European Union Competition Law in the Digital Era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, Journal of Competition Law*(disponível em <https://ssrn.com/abstract=2703062>, consultado em 03 de julho de 2020.).
- Kellezi, P. (2019). Data Protection and Competition Law: Non-Compliance as Abuse of Dominant Position *Sui-generis*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3503860>, consultado em 12 de agosto de 2020.
- Lucchini, S., Moscianese, J., Angelis, I. d., & Benedetto, F. D. (2018). Online Digital Services And Competition Law: Why Competition Authorities Should be More Concerned About Portability Rather than About Privacy. *Journal of European Competition Law & Practice, 9*(9).

- Mayer-Schönberger, V. (2020). Regulating the Feedback Effect. In K. Werbach (Ed.), *After the Digital Tornado: Networks, Algorithms, Humanity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nicholas, G. (2020). Taking It With You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Forthcoming(disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3550870>, consultado em 03 de setembro de 2020.).
- Pais, S. O. (2011). *Entre a Inovação e Concorrência : Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pais, S. O. (2018). Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da união. Breves reflexões. *Revista de Concorrência e Regulação*, 35.
- Pecman, J., Johnson, P., & Reirsler, J. (2020). Essential facilities fallacy: Big tech, winner-take-all markets, and anticompetitive effects. *Competition Policy International*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/02/AC-February-II.pdf>, consultado em 02 de setembro de 2020.
- Peurket, C., Bechtol, S., Batikas, M., & Kretschmer, T. (2020). European Privacy Law and Global Markets for Data Disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3560392>, consultado em 29 de setembro de 2020.
- Pfeiffer, R. A. C. (2019). Digital Economy, Big Data and Competition Law. *Market and Competition Law Review*, III, n. 1(Universidade Católica Editora).
- Purtova, N. (2018). The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, 10:1.
- PwC. (2020). *Global Top 100 companies by market capitalisation*. Retrieved from
- Robertson, V. H. S. E. (2020a). Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. *Competition Policy International*. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3631002>
- Robertson, V. H. S. E. (2020b). Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data. *Common Market Law Review*(Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3408971>, consultado em 19 de junho de 2020.).

- Rubinfeld, D., & Gal, M. (2017). Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, 339 disponível em <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizlrev339.pdf>, consultado em 12 de agosto de 2020.
- Santesteban, C., & Longpre, S. (2020). How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. *The Antitrust Bulletin (forthcoming)*. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3556232>
- Silva, M. M. (2008). *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.
- Sokol, D., & Comerford, R. (2017). Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data? . In R. B. D. Sokol (Ed.), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stigler, G. J. (1968). *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago Press.
- Stucke, M., & Grunes, A. (2016). Big data and competition policy. *Oxford University Press*.
- Tichem, J., & Tuinstra, A. (2018). Market Power of Online Streaming Video Platforms: Recent Insights. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(1).
- Tucker, C. (2019). Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility. *Review of Industrial Organization*, 54.
- Tucker, D., & Wellford, H. B. (2014). Big Mistakes Regarding Big Data. *Antitrust Source, American Bar Association*.
- Weber, R. H. (2019). Disruptive Technologies and Competition Law. . *New Developments in Competition Law and Economics. Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Springer*, 7.

#### **DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA E ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS**

- Acórdão Akzo de 3 de julho de 1991, proc. 62/86.
- Acórdão British Airways, de 17 de dezembro de 2003, Processo T-219/99.
- Acórdão Hilti de 12 de dezembro de 1991, proc. T-30/89.
- Acórdão Michelin II de 30 de Setembro de 2003, proc. T-203/01.
- Acórdão Microsoft Corp. de 17 de setembro de 2007 proc. T 201/04.
- Acórdão Continental Can de 21/02/ 1973, proc. 6/72.

Acórdão Hoffman-La Roche de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76.

Acórdão United Brands de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.

Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 - Google Search (Shopping).

Decisão da comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 - *Facebook / WhatsApp*.

Decisão do *Bundeskartellamt* de 06 de fevereiro de 2019, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*.

Documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*

Processo KVR 69/19 - decisão de 23 de junho de 2020, caso Facebook Ireland Limited- Supremo Tribunal Federal da Alemanha.

#### **LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS OFICIAIS**

Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º] do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

Comunicação da Comissão — relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia — versão consolidada (2012/C 326/01).