

Big data e concorrência

Principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 1)

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Embora a importância crescente dos dados tenha repercussões sobre praticamente todas as searas jurídicas, não há dúvidas de que o Direito da Concorrência é uma das mais afetadas, já que, no contexto da chamada *data driven economy*, são os dados e a utilização deles os verdadeiros vetores da atividade econômica e das condições concorrenciais.

Não é exagerada a afirmação de Alec Ross¹ de que as escolhas sobre como vamos gerenciar e administrar os dados serão tão importantes quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a era agrícola ou da indústria durante a era industrial. Assim, é fundamental que o Direito da Concorrência, assim como todas as demais áreas, possa estar devidamente preparado para enfrentar os desafios que se anunciam.

É diante desse cenário que o presente artigo pretende tratar de algumas das repercussões essenciais do *big data* sobre a análise concorrencial. Para isso, procurar-se-á tratar, nesta oportunidade, de cinco elementos que podem ser vistos como pontos de partida das reflexões: dados, algoritmos, plataformas, privacidade e captura intelectual.

Começemos com os dados. Para entender a importância do *big data* para a concorrência, é importante entendermos que os dados se diferenciam da informação e do conhecimento. Colocada a questão de forma bastante simplificada, os dados podem ser considerados como matérias-primas da informação e a informação pode ser considerada importante matéria-prima do conhecimento, visto este como o resultado de uma reflexão mais consistente – e preferencialmente suscetível de aplicação – a respeito de informações sobre determinada área ou assunto.

¹ ROSS, Alec. *The industries of the future*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2016.

Tal diferenciação é importante porque os dados importam, do ponto de vista econômico, na medida em que podem ser convertidos em informações necessárias ou úteis para a atividade econômica. Os dados precisam, portanto, ser processados e trabalhados para que possam gerar valor. Se tal constatação não afasta a importância em si dos dados isolados ou “crus”, tem o importante papel de realçar o fato de que de nada adianta o acesso a dados sem a possibilidade efetiva e eficiente de transformá-los em informação.

Daí a progressiva importância que se dá ao *big analytics*, ou seja, a possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, padrões e associações que possam ser consideradas informações e conhecimento. Para tal objetivo, é grande a importância dos algoritmos e das máquinas responsáveis por tal processamento. Não é sem razão que dois dos famosos “4 Vs”², que são os critérios de avaliação do *big data* – velocidade, variedade, volume e valor –, referem-se claramente ao *big analytics*: a velocidade e o valor. Com efeito, de nada adianta ter grande e diversificado volume de dados se não é possível transformá-los rapidamente em informação útil, sem o que não se pode gerar valor.

Isso não quer dizer, repita-se, que os dados sejam irrelevantes, tal como sustenta o Google, que não perde a oportunidade de reiterar que o importante é a sua receita – os seus algoritmos – e não propriamente os ingredientes nela utilizados – os dados³. Na verdade, colocar a questão em termos de dicotomia acaba levando a falsas conclusões, já que, assim como não há como se fazer uma boa receita sem bons ingredientes, de nada adianta ter bons ingredientes sem saber o que fazer com eles ou sem ter condições de atribuir-lhes uma destinação útil, rápida e eficaz.

Daí por que, para efeitos concorrenciais, não resolve a questão o fato de que os dados possam ser baratos e de fácil obtenção, até mesmo em razão da sua ubiquidade, ou seja, da possibilidade de que sejam utilizados por várias pessoas ao mesmo tempo. Ainda que tal premissa fosse verdadeira, do ponto de vista concorrencial, o que realmente importa é como os dados acessados por diferentes

² HASHEM, Ibrahim et al. The rise of “big data” on cloud computing: review and open research issues. *Information systems*. v. 47, pp. 98-115, 2015.

³ Nesse sentido, ver entrevista do Economista-Chefe do Google Hal Varian: ALAM, Asif. Entrevista com o Economista Chefe do Google, suas grandes apostas, sucesso e parceria. *Thomson Reuters*. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/entrevista-com-o-economista-chefe-do-google-suas-grandes-apostas-sucessos-e-parcerias.html>>.

agentes econômicos podem ser utilizados e como podem ser convertidos em poder econômico.

Logo, os dados, por um lado, e a capacidade de processá-los para convertê-los em informações úteis, por outro, são os dois lados de uma mesma moeda, guardando entre si uma relação dinâmica de interdependência, em que um só faz sentido diante do outro, já que a geração de valor depende do acesso simultâneo aos dois recursos.

Conseqüentemente, uma primeira conclusão que se pode daí extrair é que tanto os dados como a sua capacidade de processamento não podem ser isolados na análise concorrencial. Esse ponto é importante porque muito se tem falado sobre os dados como uma *essential facility*⁴. Entretanto, de nada adianta ter acesso aos dados se não há condições de transformá-los, de forma competitiva, em informações úteis.

Isso certamente causa e causará diversos problemas concorrenciais. Em primeiro lugar, porque mesmo o acesso a dados não é algo simples. Por se tratarem de bens imateriais, o raciocínio a ser empregado, na hipótese de se considerá-los como *essential facilities*, não pode ser o mesmo que o utilizado em questões que dizem respeito a infraestruturas físicas. Com efeito, o que significa acesso a dados? Estamos falando de que tipos de dados? De que forma deveriam ser disponibilizados (agregados ou não, organizados ou não)? Considerando o caráter dinâmico da coleta dos dados, o acesso a eles pressupõe ou exige atualizações periódicas? Com que periodicidade e de que maneira?

Veja-se que tais aspectos são fundamentais para que se possa garantir eventual direito de acesso, inclusive para o fim de monitoramento pelas autoridades antitruste. Entretanto, já se viu que o mero acesso a dados pode não resolver o problema concorrencial, quando os agentes econômicos detêm diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em termos de qualidade, como em termos de velocidade.

A depender do desnível entre os agentes econômicos, a capacidade de acesso e de processamento de dados pode se transformar em verdadeira barreira

⁴ De acordo com a jurisprudência norte-americana, a doutrina da *essential facility* diz respeito às situações nas quais um monopolista que controle infraestrutura essencial a outros concorrentes deve fornecer, caso isto seja possível, acesso sob condições razoáveis, sendo exemplo clássico o das ferrovias. Ver: LIPSKY, Abbott; SIDAK, J. Gregory. *Essential facilities*. *Stanford law review*. v. 51, pp. 1188-1248, 1998-1999.

de acesso ou permanência em determinados mercados, a justificar a intervenção da autoridade antitruste.

Mesmo o cenário em que, para facilitar o acesso ou permanência de pequenas empresas em mercados fortemente dependentes de processamento de dados, fosse possível a terceirização do *big data* e do *big analytics*, seria extremamente complicado do ponto de vista concorrencial. Se poderia assegurar algum grau de rivalidade às pequenas empresas, concentraria nas empresas terceirizadas um enorme poder de influência não apenas sobre as tomadoras, mas sobre o mercado como um todo, aumentando consideravelmente as possibilidades de condutas anticoncorrenciais, incluindo cartel *hub and spoke*, em que a terceirizada assumiria o papel de *hub*⁵.

Se a questão decorrente dos dados e dos algoritmos já é delicada, torna-se ainda mais ao se acrescentar à análise o terceiro aspecto: as plataformas de dois lados, que são os modelos de negócios adotados por vários dos principais coletores e processadores de dados, de que são exemplos Facebook e Google. Tais modelos de negócio apresentam diversas características⁶, como os efeitos de rede, que os levam a ser monopólios virtuais.

A presença de tais plataformas apresenta um duplo efeito no plano concorrencial: impossibilitam ou tornam extremamente difícil a concorrência no mercado de dados e processamento e fomentam uma crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços.

Assim, nas atuais circunstâncias, não há como se analisar os dados sem a análise dos algoritmos e das plataformas que coletam os dados e os transformam em informações a partir dos seus algoritmos. Essa interação entre os três aspectos não passou despercebida para Ezrachi e Stucke⁷, ao afirmarem que o surgimento de algoritmos, big data e superplataformas irá acabar com a concorrência, tal como nós a conhecemos hoje.

⁵ Nesse sentido: EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. Cartéis *hub and spoke* consistem em condutas colusivas nas quais o cartel não é operado diretamente por todos os seus integrantes, mas se realiza por intermédio de um organismo central (*hub*) que organiza a estratégia a ser implementada no âmbito de outras empresas *upstream* ou *downstream* mediante restrições verticais. Ver: ORBACH, Barak. *Hub-and-spoke conspiracies*. *The antitrust source*. Abr. 2016.

⁶ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. *Jota*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>>

⁷ EZRACHI; STUCKE, Op. cit., p. 233.

Aos três fatores já mencionados, ainda falta acrescentar a questão da privacidade. Com efeito, a coleta de dados coloca a privacidade sob um triplo risco: (i) a coleta em si de dados, o que já seria preocupante; (ii) a utilização dos dados para a construção de informações a respeito dos usuários; e (iii) a utilização dessas informações contra os próprios usuários.

Apenas para se ter uma dimensão do risco mencionado, em recente entrevista, o professor Martin Hilbert⁸, considerado um dos gurus do big data, afirma que, com 150 likes, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que o seu companheiro e que, com 250 likes, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela própria.

Todo esse conhecimento ainda pode ser utilizado para, associado ao poder da comunicação, hoje também embasado nos estudos da biologia, neurociência e psicologia, para manipular as pessoas, bem como tentar modificar suas crenças e opiniões⁹.

Se é certo que a questão da privacidade pode e deve ser endereçada também por outras áreas jurídicas que não apenas o Direito da Concorrência – como o Direito do Consumidor e o próprio Direito Civil, no que diz respeito aos direitos da personalidade –, é igualmente certo que não pode ser afastada do foco de preocupações do primeiro.

Afinal, a grande questão aqui é identificar em que medida a utilização de dados pessoais dos usuários, decorrente ou não de violações aos seus direitos de personalidade – já que pode haver casos em que a coleta de dados seja lícita –, se converte em poder econômico. Dessa maneira, não se trata de ampliar, de forma indesejável, o objeto do Direito da Concorrência ou de flexibilizar excessivamente as suas finalidades, mas tão somente de entender o quanto o manejo dos dados pode ser uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico.

Por fim, resta falar do quinto aspecto, que é o da captura intelectual, que corresponde a todos os esforços empreendidos por agentes como o Google para, por meio de diversos instrumentos, tais como o lobby e a utilização do poder da

⁸ LISSARDY, Gerardo. 'Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída', afirma guru do 'big data'. *BBC*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>>.

⁹ FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/premissas-para-a-reflexao-sobre-a-regulacao-da-tecnologia-16112017>>.

comunicação, alterar as percepções do governo e dos usuários quanto ao serviços, subestimando ou diluindo as preocupações concorrenciais.

Sobre o Google, Ezrachi e Stucke¹⁰ apontam que a empresa, desde o início das investigações pelo FTC em 2013, doou a George Mason 762.000 dólares, o que possibilitou que o centro produzisse numerosos estudos dando suporte à sua posição de que não havia cometido violações à legislação antitruste. Entre 2009 e 2015, pelo menos 66 estudos publicados por mais de 45 acadêmicos foram patrocinados direta ou indiretamente pelo Google.

São inúmeras as estratégias que podem ser utilizadas nesse processo, tais como o reforço das crenças neoclássicas de mercados auto-corrigíveis, bem como a insistência no fato de que a intervenção estatal causa mais mal do que bem. Procura-se, com isso, disseminar dúvidas e inseguranças, a fim de criar um ambiente hostil para as autoridades antitruste, que passam a ter que suportar um imenso ônus argumentativo para justificar uma intervenção em casos assim.

Como a estratégia envolve igualmente o convencimento da opinião pública, é justificável o receio dos autores¹¹ de que é difícil saber se as autoridades antitruste poderão resistir à captura intelectual habilidosamente propagada por tais gigantes a partir da mídia, do lobby, do poder político e dos financiamentos.

Todos esses esforços acabam criando o que Stucke e Grunes¹² chamam de mitos contra a intervenção antitruste nesses mercados, os quais serão mais bem examinados no próximo artigo desta série.

Por ora, importa destacar tão somente que uma abordagem consistente das repercussões concorrenciais do *big data* depende de uma prévia reflexão sobre os cinco pontos de partida mencionados no presente artigo – dados, algoritmos, plataformas, privacidade e captura intelectual –, que, individualmente e em conjunto, são capazes de oferecer importantes coordenadas para a análise concorrencial.

Artigo publicado no portal Jota em 29 de novembro de 2017.

Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017>

¹⁰ EZRACHI; STUCKE, Op. cit., p. 246.

¹¹ EZRACHI; STUCKE, Op. cit., p. 246.

¹² STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.