

PORTABILIDADE DE DADOS COMO UM REMÉDIO ANTITRUSTE

Daniela Copetti Cravo

Resumo: A nova realidade digital, caracterizada por um mercado orientado a dados, além de ser um desafio à proteção da privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, desperta a preocupação antitruste, nomeadamente pela existência de monopólios digitais e de efeitos de rede. A fim de se evitar um *under-enforcement*, ao lado de novos paradigmas para a delimitação do mercado e fatores na análise concorrencial, surge a necessidade da aplicação de remédios antitruste mais efetivos e adequados. Dentre esses, merece destaque a portabilidade de dados, a qual é o objeto do presente trabalho.

Palavras-Chave: Portabilidade de Dados, Remédios Antitruste, Mercado Digital, Direito de Escolha, Proteção de Dados Pessoais.

Keywords: Data portability, Antitrust Remedies, Digital Market, Right of Choice, Protection of Personal Data.

1. Introdução

A realidade digital provocou inúmeras transformações na sociedade e na economia. Não há como deixar de observar os novos modelos de negócios que vêm sendo desenvolvidos no mercado, os quais passam a ser orientados por meio da utilização de dados (*data-driven*).

Se por um lado o uso dos dados pode ser justificado para fins de uma melhor experiência e satisfação dos usuários dos serviços digitais; por outro, esse uso desperta preocupação, uma vez que a coleta e o processamento indevidos podem vulnerar não só a privacidade dos indivíduos, como também impedir o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Assim, legítima se torna a edição de normas de proteção de dados pessoais, que visam a controlar e impor limites à coleta e processamento de dados. Ocorre que uma economia pautada nos dados não reclama apenas proteção em termos de privacidade e proteção da personalidade.

Se os dados pessoais se tornaram um insumo, os quais inclusive foram avaliados em 300 bilhões de Euros, com projeção de triplicar em 2020¹, é inegável que haverá por parte dos agentes econômicos uma busca agressiva a esse insumo. Tal disputa, além de ser suscetível de violar as normas de proteção de dados pessoais, preocupa as autoridades da concorrência, as quais precisam se reinventar: no lugar de preços predatórios, há serviços gratuitos; o fator preço perde relevância e ganha enfoque a preocupação com dados e algoritmos².

Nesse contexto, dois cenários chamam a atenção em termos concorrenciais: (i) a busca pela posição dominante, que é alcançada pelo maior acesso a dados por meio de operação societárias ou condutas anticoncorrenciais e (ii) o abuso de posição dominante por aquelas empresas que, pelo expressivo acesso a dados, privilegiam seus serviços complementares, praticam venda casada ou recusa de contratar.

Como se o modelo de negócios atual não apresentasse desafios suficientes, adiciona-se que o mercado digital é caracterizado por grandes monopólios. Tal estrutura decorre de um mercado caracterizado por efeitos de rede, que estimula uma competição à luz do paradigma do grande vencedor (*the winner takes it all*).

Diante de tais circunstâncias pergunta-se: como garantir que esses monopólios sejam contestáveis, a fim de se prevenir abusos de posição dominante e violações reiteradas à privacidade? Qual o melhor remédio a ser adotado? Devemos priorizar uma regulação estatal ou priorizar mecanismos de escolha dos consumidores?

As possíveis soluções a tal dilema podem ser mais ou menos interventivas, perpassando diferentes escolas antitruste (Harvard, Chicago, Pós-Chicago...). Dentre as mais radicais estão as seguintes: a não aprovação

¹ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em 26 de dez. de 2018.

² CONWAY, Carol Elizabeth. Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados. In: CARVALHO, Vinicius, Marques: *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 257.

de operações societárias (atos de concentração) quando essas implicarem na eliminação da concorrência³ ou a cisão compulsória da empresa.

No entanto, tendo em vista os problemas que um remédio estático pode gerar em mercados tecnológicos, é o momento de se pensar em novas soluções que promovam a concorrência, na busca de uma tutela mais efetiva. Tais soluções inclusive devem dizer respeito a uma atuação estatal por diferentes frentes interdisciplinares, uma vez que qualquer política autônoma e estanque, além de vir a ser ineficaz, pode até ser prejudicial ao estado de coisas buscado.

Eis, então, que surge a portabilidade de dados⁴. Essa, inicialmente relacionada como uma ferramenta de proteção de dados, tem, na sua essência, o potencial de fomentar a concorrência, reduzindo os custos de troca e, por conseguinte, o efeito *lock-in* dos consumidores. Analisar como a portabilidade de dados pode, pois, ser um remédio antitruste é justamente a proposta do presente artigo.

2. Mercado Digital

Os dados são a principal energia do mercado digital, que é pautado em um ciclo que se retroalimenta: quanto mais dados uma empresa possui, mais dados ela irá coletar em novas ações. Quanto mais dados, mais informações e, por conseguinte, melhores serviços serão prestados. Com melhores serviços, haverá mais usuários, os quais, por sua vez, garantirão mais dados.

Por causa disso, agentes econômicos acabam empreendendo as mais diferentes técnicas para ter acesso a esse insumo, como a disponibilização de serviços digitais gratuitos⁵ e o desenvolvimento de várias

³ Artigo 88, §5º, da Lei 12.529/2011.

⁴ Essa está na ordem do dia, já que recentemente Facebook anunciou um White Paper sobre a implementação da portabilidade de dados. Disponível em: <<https://newsroom.fb.com/news/2019/09/privacy-and-data-portability/>>. Acesso em 13 de set. de 2019.

⁵ Verifica-se que, nesse modelo, a maioria dos serviços online são *two-sided* (de dois lados). Com isso, no intuito de atrair usuários, os fornecedores oferecem seus serviços (de busca ou de conteúdo) de forma gratuita — *free side*. Para gerar receitas necessárias para financiar esses serviços, os

ferramentas para coleta, armazenamento e consulta eficientes dos dados, dentre essas o *big data*, que possibilitou significativamente o desenvolvimento do mercado digital ⁶.

No mesmo passo, muitas políticas de privacidade são atualizadas, a fim de que haja o mais amplo consentimento possível do usuário quanto à coleta dos seus dados. Em combinação, há o uso de mecanismos de processamento de dados que possibilitam a extração de informações valiosas e estratégicas aos agentes econômicos, como a mineração de dados e a criação de perfis.

À luz de estudos de direito da concorrência⁷, verifica-se que empresas que sofreram significativos *turnovers* no mercado possuem como modelo de negócios o uso de dados, geralmente dados pessoais, que são obtidos por meio do grande número de usuários no setor de suas atividades. Os maiores exemplos disso são Google Search e Facebook⁸.

Com efeito, é possível que haja a prática de atos anticoncorrenciais para aquisição de posição dominante, o que garantirá um maior acesso a dados, bem como o abuso de eventual posição já detida no mercado, que

fornecedores realizam atividades de publicidade online, que é o *paying side*. Os dados pessoais são imprescindíveis nas duas pontas, ou seja, nos dois lados. Esses permitem que os serviços online forneçam um serviço de relevância e qualidade que atenda às expectativas dos usuários. Além disso, os dados são fundamentais para os serviços de busca, já que quando um usuário utiliza certa ferramenta de busca ele quer encontrar a resposta que mais satisfaça seus anseios: se alguém procura um serviço, ele não deseja apenas qualquer prestador, mas sim, por exemplo, aquele que esteja mais perto de sua localização. GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088>. Acesso em 25 de dez. de 2018.

⁶ OCDE. *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*. Disponível em: <www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data*. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>>. Acesso em 7 de jul. de 2018.

⁸ *Ibidem*.

poderá ocorrer por meio da alavancagem de serviços complementares⁹ ou pela criação de dificuldades ao desenvolvimento de serviços concorrentes, substitutos ou complementares¹⁰.

Adiciona-se a isso o fato de que a competição no mercado digital pauta-se no tudo ou nada: ou o agente passa a ter uma fatia enorme de mercado, como a de 90%, ou ele é insignificante. Trata-se do paradigma do grande vencedor: *the winner takes it all*.

⁹ A respeito, cita-se o caso da Comissão Europeia sobre o Google Shopping: EUROPEAN COMMISSION. *39740 Google Search (Shopping)*. Disponível em:

<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740>. Acesso em 10 de set. de 2019. No caso, a Comissão visualizou evidentes indícios de uma tentativa de alavancagem do Google Shopping, o qual é sistematicamente posicionado e proeminentemente exibido na página de resultados do Google Search. Diferentemente dos concorrentes, o Google Shopping (i) não segue o sistema de ranqueamento orgânico, (ii) fica acima dos resultados patrocinados e dos orgânicos, e (iii) recebe um plus a mais, o apelo visual por meio de fotografias, que não está disponível a negociações.

No Brasil, caso semelhante foi arquivado pelo CADE. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n.º08700.009083/2013-03. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/>>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

¹⁰ Um caso envolvendo abuso dominante e a temática dos dados é o do Google AdWords, ao qual se atribui a imposição de restrições contratuais aos desenvolvedores de softwares, impedindo a oferta de ferramentas que possibilitem transferência contínua de campanhas publicitárias de busca nas plataformas dominantes do Google AdWords e outras plataformas de publicidade de pesquisa. Por meio de tal prática, anunciantes são impedidos de exportar dados para outras plataformas do Google ou de seus concorrentes. Em decorrência disso, a FTC investigou a conduta do Google, o qual se comprometeu a estimular a portabilidade de dados entre diferentes plataformas de busca, permitindo que os anunciantes produzam publicidades "*one-size-fits-all*". FTC. *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*. Disponível: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>. Acesso em 10 de set. de 2019. No Brasil, o Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19 foi arquivado no presente ano. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.005694/2013-19*. Disponível em <<http://sei.cade.gov.br/>>. Acesso em 10 de set. de 2019.

A razão para esse tipo de competição decorre dos efeitos de rede¹¹, em que um serviço só tem valor porque tem muitos usuários; e só há muitos usuários, porque o serviço tem valor. Depois que um determinado agente se logra vencedor naquele mercado, a atração dos novos clientes acaba sendo automática, pois a cada nova adesão, mais valor o serviço adquire.

Já para um entrante, tudo fica mais complicado, e há a ocorrência do “problema do ovo e da galinha”: sem valor no mercado, não há usuários e, sem usuários, não há acréscimo de valor. Diante de tais condições, os agentes empreendem estratégias agressivas, especialmente no que toca à coleta de dados, pois sabem que a competição é no padrão tudo ou nada.

Com efeito, quando uma empresa se torna a grande vencedora, ela não terá mais estímulos para desenvolver melhores produtos ou serviços. A partir disso, ela tem total independência para adotar posturas abusivas e violadoras dos direitos dos usuários, inclusive com relação ao direito à privacidade. O consumidor, nesse cenário, mesmo descontente com o serviço prestado, não terá como migrar para outro fornecedor em decorrência do efeito *lock-in* (efeito de aprisionamento).

Destarte, a utilização de dados do mercado digital deixa de ser uma preocupação estritamente relacionada à privacidade e à proteção de dados e passa a despertar a preocupação do direito da concorrência. Grande dificuldade é, no entanto, visualizar qual seria a melhor forma de tornar o mercado digital mais contestável.

¹¹ Esses efeitos guardam relação com a (i) compatibilidade entre usuários, para que eles possam interagir, comerciar entre si ou usar os mesmos complementos, o que cria uma economia de escopo entre diferentes usuários, ou (ii) a situação na qual o aumento do consumo de um produto ou serviço gera o aumento do valor desse, o que atrai novos e futuros usuários, que se sentirão mais atraídos pelo negócio. FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. *Op. cit.*, p. 1971. CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível

em:<<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 19 de jan. de 2018, p. 15. ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

3. A Privacidade na Análise Antitruste

A aparição do direito antitruste teve como fato gerador o surgimento, nos Estados Unidos da América, dos *trusts* e dos grandes conglomerados em matéria de aço, transporte e eletricidade. O símbolo da época era John D. Rockefeller, da Standard Oil Trust, retratado na imprensa popular como um polvo ameaçador, com tentáculos alongados em volta do território norte-americano¹². Tudo isso desembocou na política dos *trustbusters*¹³ e no *Shermann Act* de 1890, legislação que inspirou inúmeras normas no mundo todo.

Parece que a história se repete: agora, no mercado digital. A economia atual é embasada em grandes vencedores, sendo caracterizada por agentes que possuem em média 80 a 90% do mercado¹⁴. Junto com as grandes empresas, surgem sérias preocupações concorrenciais, uma vez que o poder dessas de impactar o mercado é muito maior que o das empresas de pequeno ou médio porte em um mercado pulverizado.

Essa preocupação foi visualizada, por exemplo, quando da aquisição da Whole Foods pela Amazon¹⁵, que demonstrou a possibilidade de uma única empresa digital dominar vários setores da economia. Apesar de as preocupações serem as mesmas: concentração de poder de mercado e abusos; o modelo de negócios é diferente.

Houve, indubitavelmente, uma transformação da economia, assim como da sociedade. Se antes havia preços predatórios, hoje há serviços

¹² RUDOLPH, J. R. Peritz. *Competition Policy in America - 1888-1992*. New York: Oxford University Press. 1996, p.9.

¹³ ROGERS, C. Paul. A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States. *National Law School of India Review*, vol. 24, No. 2, p. 13, 2013.

¹⁴ ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016, p.3.

¹⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of Federal Trade Commission's Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>>. Acesso em 24 de jan. de 2018.

gratuitos. Ou seja, a competição não diz mais respeito a preços, e sim a dados e a algoritmos¹⁶.

No ambiente dos mercados digitais, o aumento e a manutenção do poder de mercado são alcançados por meio do volume massivo de dados coletados dos usuários dos serviços *online*, sem que haja um respeito ou cuidado com a privacidade. Exceção a essa regra são os serviços relacionados a tratamento médico, finanças e bancos, segurança e turismo de luxo, que são negócios que competem em nível de proteção à privacidade, uma vez que eventual falha quanto ao tema pode gerar danos à reputação das empresas e afetar seu poder de mercado (*market power*)¹⁷.

Ocorre que, além de a regra ser a inexistência de competição entre serviços de qualidade em nível de proteção de dados, os consumidores não são vocacionados a escolher serviços que adotam políticas mais zelosas de privacidade, fazendo com que a regra do mercado digital seja uma corrida ao fim do poço (*race to the bottom*) em matéria de proteção à privacidade¹⁸.

Destarte, o descumprimento das normas de proteção de dados e o uso de métodos anticompetitivos para aquisição desses elementos tornaram-se um sintoma claro de poder de mercado¹⁹. Se os consumidores não adotam um comportamento que estimule o apego à privacidade, os agentes econômicos não terão incentivos para implementar medidas que zelem por esses fins. Pelo contrário, não observar normas de proteção à privacidade potencialmente rende vantagens competitivas.

Nesse ponto, reside uma interação entre privacidade, concorrência e consumidor. Uma boa efetividade ou garantia (*enforcement*) das normas de proteção de dados pode garantir uma maior concorrência no mercado digital, estimulando melhores práticas, produtos e serviços, e evitando um ambiente de guerra para angariar dados dos usuários.

Da mesma forma, a recíproca também é verdadeira: se o mercado é extremamente competitivo, dinâmico e inovador, as empresas terão de se esforçar para apresentar melhores propostas aos consumidores. Com efeito, a concorrência promoveria a privacidade, uma vez que esse passaria a ser um elemento de competitividade.

¹⁶ CONWAY, Carol Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Op. Cit.*, p. 33.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

Infelizmente, os órgãos reguladores envolvidos na temática em apreço ainda não perceberam essa necessária intersecção e como ela deve ser direcionada. Exemplo disso foram 2 (dois) casos de parceria comercial analisados pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o primeiro entre grupo Oi e Phorm, e o segundo, Telefônica e Phorm, para fins de propaganda *online*.

Nesses dois casos, entendeu o Cade que a questão da privacidade é preocupante, apesar de não integrar a sua missão institucional²⁰. No exterior, caso parecido foi analisado quando da aquisição pelo Google da empresa DoubleClick.

Essa operação restou aprovada pela FTC (*Federal Trade Commission*)²¹ em 2007, e pela Comissão Europeia, em 2008²². Com relação a essa última aprovação, sustentava-se que a Comissão deixou de considerar pontos importantes, tais como os efeitos da operação societária trazidas aos usuários da empresa adquirida, cujos dados seriam processados pelas duas empresas, muito embora o seu consentimento não as tivesse englobado. Também não teriam sido sopesadas as consequências ao bem-estar de mais de milhares de consumidores²³.

Por outro lado, no caso envolvendo a empresa ReverseAuction.com Inc.²⁴, que se registrou como um usuário do eBay para coletar as informações dos demais usuários, como email e *o feedback ratings*,

²⁰ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 60-67.

²¹ FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>>. Acesso em 25 de dez. de 2017.

²² EUROPEAN COMMISSION. *Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-426_en.htm>. Acesso em 25 de dez. de 2017.

²³ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Op. Cit.*, p. 33.

²⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Online Auction Site Settles FTC Privacy Charges*. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/01/online-auction-site-settles-ftc-privacy-charges>>. Acesso em 15 de jan. de 2018.

a FTC expressou seu comprometimento na proteção da privacidade *online* dos consumidores, afirmando que irá agir rapidamente contra aqueles que violarem políticas de proteção de dados. Para a FTC, a privacidade seria um elemento importante na tomada de decisão pelos consumidores norte-americanos.

Outro recente precedente, que mostra uma mudança da análise antitruste é o caso do Facebook e da autoridade da concorrência alemã²⁵. Segundo Caio Henrique Wisniewski²⁶, “em 06 de fevereiro de 2019, a autoridade antitruste alemã, Bundeskartellamt, proibiu a política de processamento de dados imposta pelo Facebook aos seus usuários, ordenando o encerramento da conduta”. Assim, a empresa só poderá coletar dados fora de seu próprio website caso haja consentimento específico para tanto.

Tal decisão, apesar de seu caráter de vanguarda, não ficou isenta de críticas e até mesmo de reforma²⁷. O que se destaca das críticas é que a mera vantagem competitiva por meio de um maior acesso a dados (*data advantage*) não configura por si só um ilícito antitruste.

De fato, a *data advantage* não pode caracterizar, por si só, uma infração concorrencial, até mesmo para se evitar a sanção de condutas que são pró-competitivas e estimulam a inovação. No entanto, as autoridades da concorrência precisam estar mais atentas a possíveis domínios de mercado por meio de atos de concentração (a exemplo da aquisição do Whatsapp pelo

²⁵ BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different source*. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

²⁶ WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Violação de Dados Pessoais Pode Ser um Desafio Antitruste?* Disponível em: <<http://pincade.cade.gov.br/images/Caio-Henrique---Artigo.pdf>>. Acesso em 10 de set. de 2019.

²⁷ OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF BESCHLUSS. *VI-Kart 1/19 (V)*. Disponível em: <http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf>. Acesso em 10 de set. de 2019.

Facebook) ²⁸ ou de condutas anticompetitivas como recusa de contratar ou venda casada, que configuram abuso de posição dominante em matéria de dados²⁹, a fim de se evitar um *under-enforcement*³⁰, ponto que deve ser elogiado no protagonismo do Bundeskartellamt.

²⁸ Como observa Caio Henrique Wisniewski: a aquisição do Whatsapp pela Facebook, Inc., (...) operação de \$19 bilhões de dólares americanos não atendeu aos critérios de notificação da maioria dos países no mundo, incluindo o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, devido ao baixo faturamento do Whatsapp. WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Op. Cit.*.

²⁹ Nos Estados Unidos da América, Aysem Diker Vanberg e Mehmet Ünver²⁹ relatam dois casos envolvendo o acesso e a extração de dados. O primeiro é o caso *Facebook v. Power Ventures Inc.* A Power Ventures desejava extrair dados dos usuários das redes sociais e disponibilizá-los na sua própria plataforma. Como medida preventiva, o Facebook processou a *Power Ventures Inc.* por violação dos seus termos de serviço. Em resposta, a *Power Ventures Inc.* apresentou uma reconvenção, alegando condutas exclusionárias por parte do Facebook, que, ao negar o acesso aos dados, estaria impedindo o seu exercício no mercado. Tal tese não foi aceita pela Corte, a qual entendeu que o Facebook possuía "direito de gerenciar o acesso e o uso de seu site". O segundo caso, por sua vez, foi o *PeopleBrowsr v. Twitte*, que versou sobre o pedido da PeopleBrowsr ao Twitter para que esse lhe concedesse o acesso aos seus dados, a fim de que pudesse criar serviços analíticos. Com a negativa pelo Twitter, a PeopleBrowsr ajuizou uma ação alegando a ocorrência de práticas anticoncorrenciais. Tal alegação ensejou a concessão de medida cautelar, a fim de que a PeopleBrows tivesse acesso aos dados. Apesar disso, o caso restou encerrado por meio de um acordo. Com isso, infelizmente, não se obteve um precedente quanto à ilegalidade ou não da conduta do Twitter, à luz da lei de concorrência. DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Northern District of California. *PeopleBrowsr v. Twitter*. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Northern District of California. *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.* Julgado em 11 de maio de 2009.

³⁰ A autoridade antitruste pode se deparar com algumas dificuldades no seu controle prévio ou repressivo. Por exemplo, o mercado relevante de um fornecedor de serviços gratuitos na Internet não pode ser simploriamente

4. Portabilidade de Dados

Se a privacidade, aqui desdobrada nos dados, inoportunamente, virou um insumo, precisa-se regular essa situação também pela ótica do mercado, sem deixar é claro de observar a sua essência de direito fundamental, razão pela qual a autoridade antitruste pode e deve buscar que haja uma maior competitividade no acesso e no uso dos dados.

Não se olvida que as autoridades antitruste tenham enfrentado, até o momento, dificuldades de bem endereçar questões tecnológicas³¹, como se vê na própria complexidade de delimitação de mercado e na resistência do reconhecimento da existência de um mercado de “dados”³². Uma proposta

calculado apenas com base no volume de dados acumulados em transações normais. Carol Conway pondera que o dinamismo dos e-mercados, fortemente orientados pela inovação coloca em xeque o reconhecimento da dominação de mercado feito pela teoria antitruste clássica. Assim, será necessária a utilização de outras análises complementares, tendo em vista que a estrutura de mercado pode se alterar constante e rapidamente. (CONWAY, Carol Elizabeth. *Op. Cit.*, p. 255-268, 2015.) Dessa maneira, é preciso criar técnicas de delimitação do mercado material que levam em conta até mesmo a convergência tecnológica, a qual é capaz de transformar produtos antes complementares em substitutos, a exemplo de dispositivos manuais que podem competir diretamente com notebooks e computadores *desktop*, o que não era imaginável dez anos atrás. Já com relação à delimitação do mercado geográfico, esse pode inexistir para alguns serviços no mercado digital, como é o caso de um mecanismo de busca, email ou compartilhamento de documentos, os quais não são confinados a uma área particular ou a um país e, sim, homoganeamente disponíveis no mercado global online.

³¹ Na verdade, segundo narra Ana de Oliveira Frazão, as análises concorrenciais acabam dando pouca atenção à questão da tecnologia, justamente pelas dificuldades inerentes à mensuração do fator inovação. FRAZÃO, Ana de Oliveira. *A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo*. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 198, 2015.

³² Essa dificuldade de delimitar o mercado persistiria mesmo se adotado o precedente do caso Bronner, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que foi suficiente a existência de um mercado potencial ou hipotético. GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Op. Cit.*. UNIÃO

de análise concorrencial, tanto nos atos de concentração, quanto nas condutas, poderia levar em consideração os seguintes fatores: (i) o impacto da concentração considerando um mercado de “dados”; (ii) se o ato ou a conduta gera domínio de mercado e a tendência de diminuir a qualidade do produto, inclusive no que toca às políticas de privacidade³³; (iii) se os dados adquiridos ajudam a empresa a ganhar ou manter poder de mercado; (iv) se a concentração aumenta barreiras e dificulta a entrada de novos agentes; (v) se há abuso de posição dominante por meio da recusa do compartilhamento de dados³⁴.

Caso seja vislumbrada a potencialidade ou o efetivo prejuízo ao mercado, seja na análise do ato de concentração, seja no controle repressivo, deve-se evitar aplicação de remédios drásticos e bastante interventivos, como a não aprovação de atos de concentração ou a separação/cisão da empresa. Tal afirmação é a ainda mais sensível quando está em análise mercados tecnológicos, em constante transformação, a fim de se evitar: (i) custos maiores aos consumidores, a exemplo do ocorrido com a Microsoft na União Europeia, e (ii) a inocuidade da medida, uma vez que as empresas condenadas podem já ter faturado o suficiente com determinada prática anticompetitiva.

EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*. Julgado em 26 de nov. de 1998.

³³ WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Op. Cit.*.

³⁴ Segundo Aysem Diker Vanberg e Mehmet Ünver, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos casos *Magil*, *IMS Health* e *Microsoft*, concluiu que a fim de conceder acesso obrigatório aos dados, o requerente precisa provar que os dados são essenciais para a oferta de um novo produto e que não há outra maneira de obtê-los ou de desenvolver o produto ou serviço sem o acesso. É possível, em casos em que há a recusa do compartilhamento ou a criação de dificuldades, a aplicação da teoria da *Essential Facilities* em matéria de dados. DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*. Julgado em 6 de abr. de 1995. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*. Julgado em 29 de abr. de 2004. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Microsoft v. Commission*. Julgado em 2007.

A dúvida, no entanto, é escolher qual remédio aplicar. Um remédio antitruste que emerge nessa nova realidade digital é a determinação do compartilhamento das bases de dados a um concorrente específico ou a vários desses, por meio da portabilidade³⁵. Esse instituto além de servir como uma tutela específica aplicada pelo Cade ou pelo poder judiciário, também pode ser exercitado individualmente, quando um usuário manifesta seu direito de encerrar a tomada do serviço e transferir todos os dados fornecidos e armazenados a outra plataforma ou aplicação.

As duas formas de implementação da portabilidade de dados devem ser incentivadas. A primeira forma, como uma tutela específica, deve ser utilizada com parcimônia e somente com relação às informações indispensáveis à finalidade buscada³⁶, qual seja, a promoção da concorrência, à luz do princípio da minimização.

A Autoridade Europeia de Proteção de Dados³⁷ sugere, a fim de evitar uma possível violação à proteção de dados pessoais, que os órgãos de defesa da concorrência, sempre que possível, oportunizem que os consumidores voluntariamente implementem a portabilidade, facultando que esses extraíam seus dados e portem-nos a outros serviços.

Essa faculdade individual que pode ser consagrada pelas autoridades concorrenciais é inclusive a segunda forma de implementação da portabilidade de dados, conforme mencionado anteriormente. Trata-se de um direito previsto nas leis de proteção de dados³⁸ e que possui uma dupla

³⁵ Destaca-se que, em outras searas, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) já aplicou a portabilidade como um remédio concorrencial. A título de exemplo, cita-se a aprovação do ato de concentração referente à aquisição do HSBC pelo Bradesco, julgado em junho de 2016 pelo Tribunal do CADE.

³⁶European Data Protection Regulation. *Op. Cit.*, p. 32.

³⁷*Ibidem*.

³⁸ A título de exemplo, cita-se o artigo 18, inciso V, da 13.709/2018 (lei brasileira de proteção de dados). Nesse inciso, consta que a portabilidade será realizada mediante requisição expressa do titular (§3º do artigo 18) e operará por meio da transferência dos dados de um fornecedor a outro. No âmbito europeu, temos o artigo 20 do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD). Esse artigo dispõe que “o titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o

essência: além de permitir autodeterminação informacional, é um mecanismo de fomento e promoção da concorrência.

A portabilidade de dados, “*goes to the heart of competition policy*”³⁹ e tem um impacto significativo ao impedir o *consumer lock-in* e os *switching costs*, permitindo a concorrência em mercados caracterizados pelos efeitos de rede⁴⁰.

Caso não exista o direito à portabilidade, os usuários, se desejarem trocar de fornecedor, precisarão incorrer em custos adicionais para coletar e disponibilizar mais uma vez os dados necessários para a execução de uma determinada atividade. Em certas situações, além do grande lapso temporal necessário para tanto, poderá haver perda de dados quando esses forem irrepetíveis ou irrecuperáveis.

Tais custos são conhecidos como custos de troca, os quais, ao tornarem muito custosa a troca de fornecedor, geram o efeito de aprisionamento⁴¹. Esse efeito tem o condão de deixar uma firma dominante bastante confortável no mercado, diante da criação de

responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir. (...)Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n. 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.

³⁹ GRAEF, Inge. *Data portability at the crossroads of data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante dellla Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p.2.

⁴⁰ A interação desses efeitos com os custos de troca é um tema central na nova economia integrada por indústrias da tecnologia informativa, situação a qual é atribuída a denominação de *network lock-in*, ou *path-dependence*. FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. *Op. cit.*, p. 1971. YOSIFON, David. *Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. Seattle University Law Review*, vol. 35:1429, p. 1456, 2012.

⁴¹ Um ponto específico do mercado digital é que os consumidores, frequentemente, desejam usar várias plataformas ao mesmo tempo (*multihoming*), o que gera mais uma necessidade de se viabilizar a redução dos custos de troca. ENGELS, Bárbara. *Op. cit.*

barreiras à entrada e de dificuldades àqueles agentes que já estão no mercado.

Por outro lado, se existir o direito à portabilidade, haverá estímulo à entrada de novos agentes e ao desenvolvimento de novos produtos ou serviços. Os consumidores poderão exercer seu direito de escolha e experimentar novas opções que mais atendam aos seus anseios, o que poderá reduzir as externalidades negativas dos efeitos de rede.

Assim, a portabilidade não só é desejada como é uma necessidade da atualidade. Essa, além de ser vista como um remédio antitruste inovador, que evita medidas estruturais interventivas em empresas dominantes que impeçam o desenvolvimento de concorrentes, deve ser estimulada por meio do direito de escolha dos indivíduos, que estarão de forma difusa promovendo a concorrência.

5. Considerações Finais

A prioridade atualmente é garantir que a concorrência no mercado digital funcione efetivamente, já que um mercado altamente concentrado põe em xeque até mesmo a própria democracia. A fim de se evitar o risco de um *under-enforcement*, é possível vislumbrar que os dados, em certos casos, podem ser entendidos como uma estrutura essencial para a entrada e o desenvolvimento de produtos e serviços digitais.

Destarte, urge que haja uma maior sensibilidade na análise antitruste frente a fatores que vão muito além do preço, como é o caso dos dados e a violação à proteção desses (a exemplo da coleta sem consentimento ou do uso para fins diversos do que o autorizado). Se a privacidade, aqui desdobrada nos dados, virou um insumo essencial, a autoridade antitruste pode e deve buscar que haja uma maior competitividade no acesso e no uso desses.

Ao lado dessa nova abordagem concorrencial, é preciso propor alternativas aos remédios antitruste clássicos, para evitar efeitos colaterais desnecessários a uma intervenção, por vezes, necessária. Se em um determinado caso concreto for verificado que o compartilhamento das bases de dados é a única forma de se viabilizar uma concorrência, seja porque não é possível acessar os dados, seja porque não é possível replicá-los, esse deve

ser imposto pela autoridade da concorrência, sem prejuízo da adoção de medidas de proteção à privacidade nesse compartilhamento (como, por exemplo, a anonimização dos dados).

No entanto, ao lado da atuação antitruste, é interessante o fomento da concorrência de forma difusa, pelo exercício do direito de escolha dos consumidores através da portabilidade de dados. Tal exercício irá complementar eventual intervenção concorrencial, garantindo a liberdade individual e o desenvolvimento de uma sólida interconexão entre diferentes serviços digitais, fomentando assim um sistema *user-centred*.

O direito individual à portabilidade de dados, ainda, tem o condão de complementar ou suplementar a política da concorrência, quando essa seja incompleta ou inexistente. Considerando a dificuldade que as autoridades antitruste têm enfrentado, até o momento, de bem endereçar questões tecnológicas, como se vê na própria complexidade de delimitação de mercado, bem como na necessidade da configuração de um abuso que prejudique a estrutura do mercado para fins de repressão, incentivar outras formas de promoção da concorrência é sempre uma boa escolha, ainda que ela venha embutida em leis de proteção de dados.

6. Referências

ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Disponível em: <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawan-ddatafinal.pdf>>. Acesso em 7 de jul. de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º08700.009083/2013-03*. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>> . Acesso em 28 de jan. de 2019.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.005694/2013-19*. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>>. Acesso em 10 de set. de 2019.

BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different source*. Disponível em:

<[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Press
mitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publi
cationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Press%20mitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6)>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível

em: <[http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&r
ep=rep1&type=pdf](http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf)>. Acesso em 19 de jan. de 2018.

CONWAY, Carol Elizabeth. Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 255-268, 2015.

DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Northern District of California. *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.* Julgado em 11 de maio de 2009.

_____. District Court for the Northern District of California. *PeopleBrowsr v. Twitter*.

EUROPEAN COMMISSION. *39740 Google Search (Shopping)*. Disponível em:

<[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc
_code=1_39740](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740)>. Acesso em 10 de set. de 2019.

_____. *Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google*. Disponível em:

<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-426_en.htm>. Acesso em 25 de dez. de 2017.

EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em:

<[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-
26_competition_law_big_data_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf)>. Acesso em 26 de dez. de 2018.

FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG,

Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization*, Volume 3, North-Holland: Elsevier, p. 1968-2072, 2007.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>>. Acesso em 25 de dez. de 2017.

_____. *Online Auction Site Settles FTC Privacy Charges*. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/01/online-auction-site-settles-ftc-privacy-charges>>. Acesso em 15 de jan. de 2018.

_____. Statement of Federal Trade Commission's Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency's Review of Amazon.com, Inc.'s Acquisition of Whole Foods Market Inc. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>>. Acesso em 24 de jan. de 2018.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 181-200, 2015.

GERADIN, Damien ; KUSCHEWSKY, Monika, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088>. Acesso em 25 de dez. de 2017.

GRAEF, Inge. *Data portability at the crossroads of data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante dellla Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016.

HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 19 de jan. de 2018.

MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014.

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF BESCHLUSS. *VI-Kart 1/19 (V)*. Disponível em: <http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-_V_.pdf>. Acesso em 10 de set. de 2019.

OCDE. *Data-driven Innovation for Growth and Well-being*. Disponível em: <www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>. Acesso em: 9 de set. de 2019.

ROGERS, C. Paul. A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States. *National Law School of India Review*, vol. 24, No. 2, p. 10-31, 2013.

RUDOLPH, J.R. Peritz. *Competition Policy in America - 1888-1992*. New York: Oxford University Press. 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*. Julgado em 29 de abr. de 2004.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Microsoft v. Commission*. Julgado em 2007.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*. Julgado em 26 de nov. de 1998.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*. Julgado em 6 de abr. de 1995.

YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, vol. 35:1429, p. 1430-1467, 2012.

WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Violação de Dados Pessoais Pode Ser um Desafio Antitruste?* Disponível em: <<http://pincade.cade.gov.br/images/Caio-Henrique---Artigo.pdf>>. Acesso em 10 de set. de 2019.