

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PORTABILIDADE DE DADOS

COMPETITION LAW AND THE DATA PORTABILITY

Vicente Bagnoli

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Graduação, Mestrado e Doutorado). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência - GEDC-Mack. Chefe do Núcleo de Direito Político e Econômico. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Pesquisador Visitante no Instituto Max Planck de Inovação e Concorrência - Munique (Pos Doc). Mestre em Direito Político e Econômico e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor Regional para o Brasil e Membro da Ascola - Academic Society for Competition Law. Presidente do Comitê Jurídico e Membro da Diretoria da Câmara Italiana de Comércio de São Paulo - Italcam. Pesquisador do Observatório de Aplicação do Direito da Concorrência da Universidade Católica Portuguesa - Porto. Consultor temporário do Banco Mundial e da Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Consultor não governamental da International Competition Network - ICN. Participou a convite do Cade das Conferências Anuais da International Competition Network - ICN realizadas respectivamente em Moscou, Zurique, Istambul, Haia, Rio de Janeiro, Varsóvia, Marrakesh, Sydney, Cingapura, Porto, Nova Deli, Cartagena das Índias, Los Angeles (virtual) e Budapeste (virtual), e dos ICN Unilateral Conduct Workshops realizados em Bruxelas, Roma e Stellenbosch e do ICN Advocacy Workshop realizado em Roma. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0820-3868> E-mail: vicente.bagnoli@mackenzie.br

Chiara Battaglia Tonin

Mestre em Direito Político e Econômico, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduada em Direito dos Contratos pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2019). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Coordenadora do Comitê de Direito Digital da Alumni Direito Mackenzie. Nomeada pelo diretório Leaders League (2022). Advogada Plena em Tecnologia e Proteção de Dados do Machado Meyer Advogados. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-5555-3719> E-mail: chiarabt@gmail.com

Marcelo Fonseca Santos

Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela FGV/SP. Advogado na área de Direito Digital e Tecnologia. Vice-Presidente da Associação Nacional das Advogadas e Advogados de Direito Digital ANADD. Diretor da International Association of Artificial Intelligence I2AI. Conselheiro do Instituto Nacional de Estudos de Criptoativos - Inecripto. Pesquisador da IBCHAIN - The Blockchain Authority. Pesquisador do Gitec/FGV. Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/SP Lapa. Professor da Legale - Pós-Graduação de Lei Geral de Proteção de Dados. Professor de Direito Tributário das Faculdades Integradas Campos Salles. Membro das Comissões de Tecnologia e Inovação, de Compliance e de Privacidade, Proteção de Dados e Inteligência Artificial da OAB/SP. Membro da Comissão de Direito Digital da OAB/SP - Butantã. Membro da Comissão de Compliance e Direito Digital da OAB/SP - São Bernardo do Campo. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-3391-6766> E-mail: marcelo.fs20@outlook.com

Resumo: O artigo busca demonstrar a importância da portabilidade de dados pessoais como cumprimento do direito fundamental à proteção de dados e sua relação com o direito da concorrência, ressaltando a relevância do acesso a dados na concorrência entre plataformas digitais. A proteção de dados como marco legal que visa não somente o indivíduo, mas também a proteção da livre-iniciativa e concorrência para oferta de bens e serviços na economia digital, por meio das plataformas digitais que tratam e utilizam dados pessoais como ativos imprescindíveis para atingimento de seus objetivos sociais e mercadológicos. Procurou-se, com a pesquisa, demonstrar como o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência tem analisado a portabilidade como fator de possíveis abusos de poder dominante e concentração de mercado, atuando para manter o mercado em equilíbrio para melhor aproveitamento econômico na sociedade da informação.

Palavras-chave: Proteção de dados. Portabilidade de dados. Economia de dados. Consumidor. Plataformas digitais. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Direito da concorrência. Abuso de poder dominante. Concentração concorrencial.

Abstract: The article seeks to demonstrate the importance of portability of personal data as a fulfillment of the fundamental right to data protection. Data protection as a legal framework that aims not only at the individual, but also at protecting free enterprise and competition for the supply of goods and services in the digital economy, through digital platforms that process and use personal data as an essential asset for achieving its social and marketing objectives. The research sought to demonstrate how the Administrative Council for the Defense of Competition has analyzed portability as a factor for possible abuses of dominant power and market concentration, acting to keep the market in balance for better economic use in the information society.

Keywords: Data protection. Data portability. Data economy. Consumer. Digital platforms. Administrative Council for Economic Defense – CADE. Competition law. Abuse of dominant power. Competitive concentration.

Sumário: Introdução – 1 Portabilidade de dados pessoais – 2 Plataformas digitais – 3 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o uso dos dados – 4 O caso Bing x Adwords e a necessidade da portabilidade de dados – 5 O caso Bradesco *versus* Guia Bolso – 6 A relação entre portabilidade e poder dominante no direito concorrencial – Conclusão – Referências

Introdução

A análise de comportamento, perfil e preferências do consumidor para concepção, oferta e divulgação de bens e serviços é providência válida e largamente utilizada no mercado convencional. Entretanto, o advento do mercado digital viabilizou a coleta massiva de dados com consequente “valor econômico”, dada a viabilização de análises mais assertivas e, com isso, obtenção de vantagens competitivas (BAGNOLI; ABRUSIO; MORAIS; GUTINIEKI, 2021).

Assim, o reconhecimento do valor dos dados pelo mercado viabilizou o desenvolvimento de uma economia de plataforma, potencializando os efeitos e aplicações do chamado *data analytics*, bem como seus impactos – benéficos e maléficos – aos usuários. Em posse de um significativo volume de dados, a customização das plataformas é potencializada, assim como seus efeitos de rede positivos; o

usuário percebe, portanto, vantagens pela fidelização. Contudo, há que se avaliar se tais vantagens não mascaram, na verdade, altos custos de troca, que se sobrepoem às melhores condições ofertadas pela concorrência, aprisionando o usuário.

Nesse sentido, o presente artigo busca avaliar o direito de portabilidade no contexto concorrencial, diretamente em respeito à autodeterminação informativa, e indiretamente para que outros agentes de mercado possam oferecer produtos e serviços com a mesma assertividade (pois a assertividade só é conseguida por meio de análises de dados pessoais conjugadas com informações personalizadas de comportamento, ou seja, atos e condutas da vida privada do consumidor) por outras empresas do setor informacional.

Forma-se o mercado do *big data*, cuja análise requer a avaliação de aspectos concorrenciais e de seus impactos em proteção de dados pessoais, procurando facilitar a vida dos consumidores usuários, fomentando a concorrência e o comportamento dos agentes do mercado digital e de inovação.

Nesse sentido, os dados estão no centro do debate sobre competição e privacidade de forma explícita desde 2008 (PONCE; PIKER, 2020), e a regulação dos fluxos de dados surge como uma possível providência no contexto da infraestrutura da internet (PONCE; PIKER, 2020).

Naturalmente, as discussões sobre a regulação do tema perpassam a análise e adoção de providências para harmonização dos impactos concorrenciais relativos ao *big data* e ao direito à privacidade. Nesse sentido, a portabilidade de dados passa a ser avaliada sob a ótica concorrencial, tendo em vista sua previsão expressa como um direito do titular na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

Como será demonstrado adiante, verifica-se que a portabilidade pode servir não apenas à proteção de dados, mas também à defesa da livre concorrência; empodera-se o titular sob a ótica do direito à privacidade, por meio da autodeterminação informativa com relação ao tratamento de seus dados pessoais, mas também na seara concorrencial, ao facilitar o acesso e uso de plataformas, serviços e aplicabilidades (interoperabilidade) digitais concorrentes.

Assim, busca-se averiguar e pesquisar como a portabilidade fomenta a livre concorrência ao desonerar o usuário em caso de substituição de produtos e serviços. Para tanto, iniciamos a presente análise a partir do cotejo dos desdobramentos jurídicos do advento e consolidação das plataformas digitais, analisando a proteção conferida aos dados pessoais e os mecanismos previstos em lei passíveis de uso como fator concorrencial.

O presente artigo pretende demonstrar como o direito concorrencial visa proteger a livre-iniciativa, a concorrência leal dos agentes de mercado, oportunidades para todos e, também, a inovação com proteção dos direitos fundamentais, a proteção de dados e consumidor na economia movida a dados.

1 Portabilidade de dados pessoais

Com o escopo de expor o tema, decidiram-se apresentar alguns conceitos para melhor compreensão, como o de portabilidade de dados pessoais, definido na doutrina como parte do direito fundamental à proteção de dados (conforme Emenda Constitucional nº 115, de 10.2.2022), uma vez que o fluxo de informações na sociedade da informação e na economia movida a dados e informações assim se fez necessário. O direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil se deu posteriormente à edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709 de 2018).

A portabilidade é norma jurídica enunciada na Lei nº 13.709, de 14.8.2018, disposta no art. 18, V, sendo anteriormente tratada por setor, independentemente, e agora como parte integrante do marco regulatório geral, cujo desafio agora é definir o regramento complementar sobre critérios temporais, espaciais, processo de interoperabilidade e aplicação.

A portabilidade de dados, entendida como a possibilidade do titular de transferir seus dados entre diferentes controladores ou obter uma cópia para armazenamento e uso, surge como ferramenta de empoderamento, conforme nos ensina Daniela Copetti Cravo, comentando o art. 18, V, da Lei Geral de Proteção de Dados (MARTINS, 2022). A afirmação que:

Economistas de todas as épocas enalteceram os métodos da concorrência nos mercados onde ela pode ser exercida. No entanto, raramente a concorrência é perfeita, os mercados têm falhas e o poder de mercado – isto é, a capacidade de as empresas fixarem seus preços além de seus custos ou oferecer serviços de má qualidade – deve ser contido. (TIROLE, 2020).

Justamente por isso pesquisou-se como a portabilidade de dados pode fazer com que a economia que utiliza os dados pessoais como forma motriz pode ter falhas e rupturas quando agentes concentram em suas bases informações pessoais que podem fixar preços além dos custos, concentrar poder, marginalizar o consumidor que fica sem opção de concorrência e, ainda, sufocar potenciais concorrentes pela manutenção desses dados sem possibilidade de compartilhamento, uma vez que a portabilidade não possa interoperar tais dados.

A relação entre portabilidade e incentivo concorrencial não é nova, pois temos tal possibilidade no setor de telecomunicações desde 2009, estimulando a concorrência neste segmento, como posteriormente também aconteceu com instituições financeiras, tornando tais mercados mais atrativos ao consumidor e também proporcionando maior perspectiva junto aos agentes de mercado, que tiveram mais condições de competir.

A defesa do consumidor é um direito também previsto no art. 5º, inc. XXXII, como direito fundamental, portanto, alinhado e em conexão com o direito à proteção de dados na sociedade da informação e economia movida a dados.

A portabilidade de dados encontra amparo na Lei Geral de Proteção de Dados acima citada, que “remete a possibilidade de transmissão de dados pessoais de um controlador para outro” (PONCE, 2020). O direito de portabilidade está naturalmente vinculado ao princípio da autodeterminação informativa, pois parte da autonomia da vontade do titular de dados – pessoa natural identificada ou identificável – que atua peticionando tal transferência de informações de teor privado.

De modo geral, empresas cujos negócios se fundamentam em informações, como as plataformas e outras, possuem extensas bases de dados pessoais para comercialização e consecução de seus modelos de negócios, posto que o acesso e a globalização proporcionados pela internet (ainda mais no período pandêmico) expandiram exponencialmente as oportunidades de consumo.

Este consumo, por sua vez, exigiu o cadastramento de informações pessoais (muitas vezes até mesmo em desconformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados e outras normas) para estabelecimento de relações jurídicas contratuais, como nos segmentos que envolvem logística e pagamento.

Ademais, temos ainda informações coletadas continuamente, nem sempre mediante consentimento claro e inequívoco do titular, posto que obtidas por meio de *cookies*, sensores dos aparelhos eletrônicos, cadastramento em aplicativos com opção de permissão (nem sempre acompanhada de uma explicação de como, quando, por que ou para onde são enviadas e transferidas determinadas informações).

Assim, tem-se que a taxonomia dos dados pessoais comporta diferentes formas de coleta, que podem ser classificadas como: (i) fornecida; (ii) observada; (iii) derivada e (iv) inferida (PONCE, 2020).

Com efeito, dados pessoais são coletados, tratados e armazenados – a todo instante (governados sob os auspícios de um agente econômico que se relaciona juridicamente com o titular de dados), alimentando um extenso estoque de informações pessoais para que empresas digitais possam continuar ofertando seus produtos e serviços pelos mais variados meios.

Referidas informações pessoais são passíveis de peticionamento para transferência para outras empresas, por meio da chamada portabilidade, a qual pode ser empregada para afastamento de infrações concorrenciais, como abuso de poder dominante. Assim, justifica-se a presente análise, uma vez que os dados pessoais devem ser controlados, gerenciados, reutilizados e transferidos à ordem do titular.

Nesse sentido, o direito de portabilidade figura entre os direitos diretamente vinculados ao princípio da autodeterminação informativa, porque demandam

manifestação de vontade do indivíduo em determinar como, quando e de que maneira seus dados pessoais podem – e devem – ser compartilhados e/ou transferidos (na medida em que cabe ao controlador atender à determinação expressa do titular).

O espírito da lei com relação à previsão do direito de portabilidade é evitar o aprisionamento do indivíduo, que tem seus dados em poder de uma instituição. Inviabilizar a portabilidade, no campo da proteção de dados pessoais, afasta do consumidor, por exemplo, o poder consciente de manifestar sua vontade no sentido de migrar para um concorrente de certa empresa digital, por não entender que esta possibilidade existe, para evitar o ônus do preenchimento manual de novos cadastros ou pelo temor de perder dados pessoais – cujo valor é inestimável.

Assim:

um consumidor que usa o serviço de uma plataforma digital pode não querer se mudar para outra concorrente devido ao risco de perder dados pessoais. Tal efeito pode ser agravado com a adoção de políticas pelas plataformas que visam inibir a mobilidade de dados, impossibilitando a interoperabilidade entre os concorrentes e, consequentemente, inibindo a portabilidade de dados, gerando o efeito lock-in. (PINHEIRO, 2020)

Observou-se que “a ausência de uma política de portabilidade de dados pode ser uma estratégia das plataformas digitais para impedir que os usuários transfiram seus dados para um serviço concorrente, com a consequente migração de sua clientela” (PINHEIRO, 2020), e mais, percebe-se que é importante a exposição do tema aos usuários, consumidores das empresas digitais/plataformas, para que todos os indivíduos cujos dados estejam sendo tratados e armazenados possam dar efetividade ao direito de portabilidade, tornando-o efetivo.

A portabilidade de dados legalmente:

[...] prevê a possibilidade do titular solicitar a transmissão de seus dados de maneira compreensível diretamente de um responsável pelo tratamento para outro. Defende-se que tal direito possuiria efeitos concorrenciais, uma vez que ele daria espaço para uma maior facilidade de migração entre prestadores de serviços. (NOVAIS; MOURÃO, 2020)

As empresas do mercado digital (plataformas e outras):

podem, assim, personalizar publicidades a partir de seus dados pessoais e emoções para atingir os indivíduos em momento críticos e

corretos, compatíveis com o maior preço de reserva e com o discurso emocional. Dessa forma, haveria um aumento no consumo geral e redução do excedente do consumidor. (QUINELATO, 2022)

Essa forma de manipular dados pessoais (perfil de consumo e demais atividades ligadas a outros dados para perfilamento constituem poder econômico, uma vez que as empresas que possuem tais bases informacionais têm maior conhecimento de um indivíduo do que ele mesmo, constituindo uma espécie de poder) pode ser usada para aumentar a concentração de poder, viabilizando assim abusos concorrenciais e destruindo oportunidades de concorrentes ofertarem seus produtos e serviços, bem como de o consumidor ter sua liberdade de escolha concorrencial prejudicada.

Tais situações serão mais bem explicadas adiante, com a exemplificação dos casos de abuso concorrencial com uso de dados, uma vez que o usuário é fidelizado pelo uso dos seus próprios dados pessoais cumulados com dados da sua vida privada, como exemplo, tráfego físico (localização), bairro onde reside ou tem domicílio, visualização e acesso a *sítes* ou aplicativos de teor consumerista, aparelho que utiliza.

A portabilidade de dados constitui um direito do titular (Lei nº 13.709/2018, art. 18, V: “portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial [...]”), e sua importância para a concorrência nos negócios digitais é evidente. Afinal, os dados são utilizados de diversas formas, sendo os principais componentes do *big data* e insumos fundamentais dos sistemas de inteligência artificial

A portabilidade é uma forma de desconstruir essa condição de aprisionamento e supremacia do agente de mercado. O titular, ao exercer seu direito de portar dados, poderá contribuir com a restrição desse poder, democratizando o mercado e o tornando mais competitivo e igualitário.

A portabilidade, portanto, é uma das formas de execução – de fato – do princípio da autodeterminação informativa, cujo teor semântico é carregado de empoderamento e controle por aquele que determina, estabelece condição, informa como requer que seus dados sejam tratados, armazenados e protegidos, sem reserva de mercado por diminutos concorrentes, evitando assim possíveis abusos.

Esses são mercados, portanto, cujos ativos em dados pessoais compõem um valor inestimável que pode ser usado para diversas formas de monetização, cuja manipulação no tratamento para oferta de produtos poderá gerar questionamentos de ordem concorrencial.

2 Plataformas digitais

Os dados são o elemento diferencial para que as plataformas possam manter a oferta de produtos e serviços aos clientes, de modo que as informações pessoais e da vida privada proporcionem o poder de mercado necessário para que determinado agente possa diferenciar-se de outro, bem como reter o cliente em sua base informacional, tornando o cidadão identificável um refém.

Os dados – quando não podem ser portados –, na economia digital, podem ficar sob os (des)mandos de um único agente que, de posse desse importante insumo, fará com que o titular e/ou consumidor se torne um mero conjunto de informações que alimenta seus sistemas de inteligência artificial, potencializando a atuação dominante de determinadas empresas em seus respectivos setores, ou, ainda, em todo o mundo (como no caso das plataformas digitais denominadas *bigtechs*).

Pesquisou-se o que são, e como atuam, as plataformas digitais, tendo em vista que a economia de plataforma se caracteriza pela existência e consolidação de empresas cujo modelo de negócio consiste na intermediação de usuários em mercados bilaterais ou multilaterais que se desdobram em efeitos de rede e economias de escala (SERRANIA; ABRUSIO, 2021). Plataformas digitais não são similares, portanto, às empresas de *marketplace*, cujo modelo de negócio pretende comercializar produtos (e às vezes serviços) de terceiros.

As plataformas digitais modelam uma economia de oferta de bens e serviços em um mesmo ambiente digital, por meio de uma empresa detentora de outras empresas, e cujas atividades se complementam (ou não), mas que têm uma ligação que viabiliza maior escalabilidade por meio de um único sítio eletrônico e/ou aplicativo, e que modificam a cada dia a forma como pessoas físicas e jurídicas realizam negócios em todo o mundo. Tais plataformas, por sua vez, utilizam sistemas de inteligência artificial, cuja base de dados pessoais e corporativos em grande escala forma uma rede informacional de proporções gigantescas e usos variados.

Saliente-se que o refinamento das análises dos dados e informações relacionadas com direito de personalidade, como exemplo, tráfego de condução física de um veículo e compra recorrente de determinado produto, denomina-se perfilamento ou *profiling*, constituído pelo reconhecimento de padrões que possibilitam prever e até mesmo modular comportamento de consumo.

O perfilamento tem como objetivo aprimorar a jornada do consumidor – mas compõe seus dados pessoais, pois estão vinculados com meios de pagamento, instituições financeiras, logística e demais padrões que são armazenados em um determinado cadastro de dados pessoais, e que pertencem ao titular de dados pessoais, indivíduo identificado ou identificável pelo cruzamento e tratamento desses mesmos dados.

Os dados pessoais captados, tratados e armazenados (o que se convencionou chamar de governança de dados, pois trata-se de gerir e governar a respeito dos dados de determinado usuário) conferem ao agente econômico a possibilidade de inferir produtos e serviços que estejam alinhados com sua *persona*, ou seja, como dito acima, os locais que frequenta, aparelhos que utiliza, bairro onde reside e localidades por onde trafega, bem como outros dados de sua vida privada, que – conjuntamente com informações prestadas espontaneamente (como no caso dos dados cadastrais ou nos dados para emissão de documentos fiscais) – ficam em poder das plataformas.

O *big data*:

resulta da confluência de três avanços tecnológicos, de origem diferente, mas que se reforçam entre si. Designadamente, decorre da *Computação em Nuvem*, a qual passou a possibilitar o armazenamento de volumes crescentes de dados, com disponibilidade permanente e uma fiabilidade assegurada pela redundância, tudo isso com custos cada vez menores. A que se juntaram às *comunicações* de banda *muito larga*, em fibra óptica e ponto a ponto, com velocidades de acesso tais que deixaram de ser necessário manter centros de dados próprios, também com custos decrescentes. A ambas, acresceram algoritmos de análise assentes em *Inteligência Artificial*, mais do que em força computacional, ainda que distribuída, pelo menos na pendência da computação quântica, os quais vieram a acrescentar a viabilidade de gerir pacotes cada vez maiores de dados, em tempo real. Finalmente, a proliferação de sensores interligados, a que se tem dado o nome de *Internet das Coisas*, ou de *Tudo*, conduziu ao multiplicar da informação disponível, a qual respeita sempre e em definitiva aos cidadãos-consumidores (MASSENO, 2021)

Referidos dados compõem as bases dos sistemas de inteligência artificial e são o principal fomento para que as plataformas possam vender produtos e serviços com maior frequência e eficiência, otimizando recursos e direcionando as ofertas de modo customizado.

O foco dos negócios privados (e porque não dizer das empresas públicas) na obtenção de lucros é reconhecido e lícito; contudo, não significa dizer que o consumidor possa ser mantido refém da economia de mercado e ter o exercício de seus direitos fundamentais limitados. Não há que se falar em vedação ao relacionamento com determinada empresa ou negócio ou, até mesmo, como no caso do presente artigo, de portar informações relativas à sua vida privada e dados pessoais (autodeterminação informativa) para outras empresas com as quais pretenda relacionar-se juridicamente.

A escalabilidade desse modelo de negócio é alta, e o fluxo de negócios e informações envolvendo plataformas digitais cresce a cada instante. Exponencialmente, os dados pessoais e informações disponibilizados e armazenados nas plataformas digitais tornaram-se um ativo significativo.

A economia de plataforma é movida a dados, principalmente pessoais, cuja importância tornam os mercados digitais um excelente objeto de estudo e pesquisa, ainda mais em direito da concorrência, nos quais podemos averiguar possíveis abusos de poder dominante e/ou concentração de poder em determinado setor de bens e/ou serviços, prejudicando a dinâmica concorrencial, o que fere a garantia de proteção da liberdade econômica (livre-iniciativa e concorrência).

As plataformas digitais inteligentes:

Plataformas Digitais – ou plataformas inteligentes, como os autores preferem chamá-las nesse livro – são vistas cada vez mais como novas formas divergentes, talvez revolucionárias, de organizar as atividades comerciais. [...] dados são valiosos por várias razões. Eles instruem a IA a se tornar mais inteligente, melhorando a precisão de seus modelos de previsão. (OJANPERÄ, 2022)

Assim, buscando-se reflexões sobre esse modelo de negócio, e até mesmo outros modelos de economia compartilhada, propõe-se a reflexão da proteção ao consumidor, do titular de dados e da concorrência, como fenômeno jurídico.

A sociedade da informação torna os dados pessoais e informações personalizadas cada vez mais valiosos, e justamente por isso a pesquisa sobre portabilidade e interoperabilidade dos dados se torna tão importante. Afinal, se vivemos cada vez mais conectados, consumindo produtos e serviços por meio de conexões digitais, o direito da concorrência (e sua natureza jurídico-antropológica), do ponto de vista regulatório para os atos e comportamentos praticados pelos agentes de mercado, deve ser constantemente discutido e analisado.

Plataformas digitais possuem relevância cada vez maior na economia, porque têm, além dos dados pessoais, um modelo de negócio pautado na oferta de produtos e serviços de empresas que dependem do canal de intermediação de negócios (*business to consumer*) ou até mesmo porque ofertam tais bens de empresas a ela vinculadas (subsidiárias ou empresas pertencentes ao grupo econômico).

Leciona Bagnoli (2020) que:

A ascensão das plataformas digitais e a relevância que elas têm na estrutura do mercado resultaram em um novo significado que vai além de meros “facilitadores” ou “intermediários”, tornando-se uma facilidade essencial atual, que poderia definir o papel das plataformas digitais como serviços públicos.

Tal análise comprova o poder que as plataformas digitais possuem, e cujos dados pessoais dos consumidores as tornam cada vez maiores e mais poderosas, até mesmo alguns governos, e este modelo de negócio poderá, sob certas circunstâncias, concentrar poder e dominar mercados em um formato que prejudica consumidores e concorrentes pela dominância.

Esse empoderamento das plataformas coloca toda sociedade em risco de diminuição concorrencial, e a possibilidade de portar os dados pessoais para um concorrente é uma das formas de inverter a hipossuficiência do consumidor-usuário, titular de dados, de compartilhar e determinar como suas informações poderão influir nos custos, no mercado e na economia.

Com efeito, deve-se considerar:

o poder de mercado que as megaplataformas possuem ao redor do mundo, a análise de alguns temas regulatórios e concorrenciais é essencial para entender se, e em caso afirmativo, como os reguladores e autoridades concorrenciais devem intervir nas plataformas digitais. Esses tópicos incluem definição de mercado, poder de mercado, avaliação vertical, avaliação de efeitos anticompetitivos, se a inovação foi sufocada e dados como entrada para plataformas. (BAGNOLI, 2020)

O Regulamento da União Europeia (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14.9.2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais), em seu Considerando 3, assim expõe:

Surgiu um número limitado de grandes empresas que prestam serviços essenciais de plataforma e que dispõem de um considerável poder económico que pode torná-las elegíveis para serem designadas como controladores de acesso nos termos do presente regulamento. Habitualmente, possuem a capacidade de estabelecer uma ligação entre muitos utilizadores profissionais e muitos utilizadores finais por meio dos seus serviços, o que, por sua vez, lhes permite potencializar as suas vantagens, como o acesso a um grande volume de dados, de um domínio de atividade para outro. Algumas dessas empresas exercem controle sobre inteiros ecossistemas de plataformas no âmbito da economia digital, sendo estruturalmente muito difícil para os participantes no mercado, sejam eles existentes ou novos, desafiar ou disputar a posição daqueles, independentemente do nível de inovação ou eficiência que esses participantes no mercado possam ter. A disputabilidade é reduzida, em especial pela existência de barreiras muito significativas à entrada ou saída, nomeadamente

custos de investimento elevados, que não podem ser recuperados, ou, pelo menos, não facilmente, em caso de saída e a ausência de insumos fundamentais na economia digital, ou um acesso reduzido aos mesmos, como os dados. Por conseguinte, aumenta a probabilidade de os mercados subjacentes não funcionarem corretamente, ou deixarem de funcionar corretamente a breve trecho.

Ou seja, do conteúdo da norma da Europa, vemos como a dinâmica das plataformas digitais se utiliza de dados pessoais em uma dimensão quantitativa enorme. Assim, o direito da concorrência tem papel fundamental na proteção individual de consumidores e de concorrentes que poderão ser extirpados pela concentração de informações e dados pessoais sem compartilhamento, cujas vantagens dos detentores de bases de dados gigantes poderão resultar em abuso de poder dominante.¹

3 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o uso dos dados

A defesa da concorrência é a tutela autônoma que procura regular os atos de agentes de determinado mercado econômico, no presente caso, o mercado de plataformas digitais que utilizam dados como parte fundamental e ativo primordial dos agentes digitais, que compõem a denominada economia baseada em dados (corporativos e pessoais).

A atividade e o comportamento de um agente de mercado, ou seja, a conduta de participantes de determinado setor econômico ante as regras concorrenciais (SALOMÃO FILHO, 2021), são objeto de processos regulatórios e administrativos que têm como escopo coibir abusos, formação de exclusividade para dominar preços, prejudicar eventuais concorrentes etc., sob o amparo do art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica fundamentada nos pilares

¹ Nesse sentido, o Considerando 10n da norma europeia demonstra como o direito da concorrência exerce esse papel em favor do interesse público, quando assim enuncia: “Ao mesmo tempo, uma vez que o presente regulamento visa completar a execução do direito da concorrência, deverá aplicar-se sem prejuízo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, às correspondentes regras nacionais em matéria de concorrência e a outras regras nacionais em matéria de concorrência relativas a práticas unilaterais, que assentem numa análise individualizada do comportamento e das posições de mercado, nomeadamente os seus efeitos reais ou potenciais e o alcance preciso do comportamento proibido, e que prevejam a possibilidade de as empresas apresentarem argumentos objetivos em termos de eficiência que justifiquem o comportamento em causa, e às regras nacionais relativas ao controlo das concentrações de empresas. No entanto, importa que a aplicação dessas regras não afete as obrigações impostas aos controladores de acesso por força do presente regulamento nem a sua aplicação uniforme e efetiva no mercado interno”.

da livre-iniciativa, livre concorrência e proteção ao consumidor, que no caso deste artigo converte-se no titular de dados pessoais, e como a portabilidade de suas informações governadas (dados pessoais comuns, dados sensíveis e informações privadas de comportamento e conduta) por uma empresa digital pode resultar em atos anticoncorrenciais, pois estão diretamente vinculados aos direitos do consumidor ante o fornecedor de produtos e serviços (DONEDA; SCHERTEL; CUEVA, 2020).

Pesquisou-se como o órgão que regula e fiscaliza a concorrência tem analisado o uso dos dados pessoais em detrimento aos interesses do consumidor/ usuário, e como o comportamento das plataformas e empresas digitais podem ocasionar abuso de poder dominante ao inviabilizar a portabilidade dos dados pessoais para outras empresas concorrentes no mercado.

A valoração dos dados pessoais em mercados emergentes da internet é objeto de averiguação por parte dos órgãos concorrenciais (MAGGIOLINO, 2017). Por essa razão, buscaram-se analisar as decisões já proferidas pelo Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica para compreensão da importância dos dados pessoais enquanto ativos para plataformas digitais e como podem ser objeto de manipulações capazes de prejudicar a concorrência, comprometendo o mercado diretamente, e a economia como um todo.

O órgão brasileiro de defesa da concorrência, Cade, no mesmo sentido, evidenciou seu interesse pela proteção dos dados pessoais por meio de estudos e pesquisas, eventos, ações institucionais e até mesmo assinatura de convênio com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), bem como processos administrativos de 2020 e 2021 sobre o tema. A título exemplificativo, a política de privacidade do aplicativo de mensagens WhatsApp, adotada em 2021, demandou ação conjunta do Cade e da ANPD, em que as autoridades apontaram que o documento e as práticas de tratamento de dados descritas pelo aplicativo poderiam ocasionar violações aos direitos dos titulares de dados pessoais (SECAF; MENDONÇA; ZANATTA, 2022).

Os desafios da nova e exponencial economia digital não podem ficar à margem do olhar do Cade, pois, além do crescimento vertiginoso das compras *on-line*, existem desafios ocultos pelas cortinas das páginas eletrônicas da internet e, também, dos aplicativos, os quais são utilizados diuturnamente por milhões de pessoas que sequer imaginam como seus dados pessoais podem ser indevidamente tratados.

Tem-se, portanto, a concentração de atividades, manipulação de mercados, estrangulamento de concorrentes, condicionamento de condutas, tudo a partir do uso dos dados pessoais.

Para além da explicação e transparência, os titulares têm o direito de transferir seus dados para concorrentes e usufruir de produtos e serviços em um ambiente saudável, que privilegie a jornada na esfera digital.

Conforme ensina Vicente Bagnoli (2022, p. 480-481): “o devido processo na efetividade da legislação de defesa da concorrência é algo que transcende as fronteiras nacionais e se faz presente nos debates internacionais”.

Não é sem razão que o direito da concorrência também ultrapassa as fronteiras digitais, colocando essa pesquisa sobre a portabilidade dos dados e direito concorrencial no pertencimento dessa transcendência.

Bagnoli (2022, p. 358) cita ainda que: “A defesa da concorrência deve garantir a liberdade de competição entre os agentes econômicos objetivando assegurar as condições de produção e de consumo próprias de um regime de economia de mercado” (BAGNOLI, 2022, p. 481).

Vivencia-se a era do *big data*, ou seja, grandes quantidades de dados (corporativos e pessoais) que movimentam a economia digital. O conjunto desses dados compõe, como já dito, bases que alimentam *softwares* e sistemas de inteligência artificial, além de análises preditivas que são feitas por essas aplicações de forma integrada e por analistas humanos que, a todo instante, estudam melhores formas de desenhar os negócios (*design thinking*).

A interoperabilidade dos sistemas de *software* e de inteligência artificial, com aprendizado de máquina (*machine learning*, *deep learning*) e *big data* utilizados pelas plataformas digitais, tem como um de seus pilares para funcionalidade os dados pessoais captados por meio de cadastramentos e termos de uso, compondo uma estratégia de negócio que pode gerar abusos contra os titulares de dados, consumidores, como também para a concorrência, dado o controle absoluto de tais informações de apenas um (ou poucos) agente(s) de mercado.

Essas estratégias têm

a capacidade de coletar, processar e analisar um grande volume e uma vasta variedade de dados em espaço de tempo suficiente para obtenção de informações que conferem ao seu detentor capacidade para estabelecer estratégias empresariais e, em algumas situações, caracterizando-se uma facilidade essencial, um poder de mercado e até mesmo uma posição dominante para unilateralmente interferir no funcionamento do mercado. (BAGNOLI, 2022, p. 513)

Essa interferência pode ser ocasionada pela impossibilidade de o usuário e consumidor optar por utilizar os agentes de mercado de determinado produto, avaliando atendimento, preço, logística, e outros critérios, pois, ao ser impedido de portar seus dados, não poderá efetuar tais avaliações e aquisições, tornando-se um prisioneiro de determinado agente, que consequentemente utilizar-se-á desse aprisionamento em detrimento do mercado, mas não só, em detrimento do próprio indivíduo.

Os consumidores valorizam o acesso a bens e serviços de alta qualidade, que atendem às suas necessidades e interesses específicos, enquanto produtores valorizam o acesso a consumidores interessados em suas ofertas e dispostos a pagar um bom preço por elas. Plataformas bem administradas constroem e mantêm sistemas de curadoria que conectam os consumidores certos aos produtores certos de maneira rápida e fácil (PARKER, [s.d.], p. 126), pelo menos essa é a ideia e concepção, mas a prática nem sempre reflete o imaginário ideal, e justamente por isso o direito econômico e da concorrência, por meio de sua natureza jurídica, fontes, institutos e instituições, atuam.

O Estado atua em diferentes frentes, uma vez que a utilização massiva e disseminada dos dados na economia digital requer a atuação estatal (CRAVO, 2022, p. 122). O abuso de poder dominante no mercado de dados é objeto específico deste artigo, que tem como objetivo analisar, sob a ótica do direito da concorrência e da proteção de dados, processos administrativos julgados pelo Cade.

A Lei Geral de Proteção de Dados prevê sanções para o descumprimento do marco regulatório, mas é necessária a convergência de atividades entre Autoridade Nacional de Proteção de Dados (órgão regulador da proteção dos dados pessoais e privados dos indivíduos identificados ou identificáveis – cidadãos, consumidores, usuários das plataformas) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para que se averigüe condutas antijurídicas subsidiadas por um agente econômico, cujo uso dos dados fundamenta condutas anticoncorrenciais.

A oferta de bens e serviços pela internet suscita inúmeras possibilidades de abuso em matéria concorrencial. Nesse sentido, vale ressaltar que o Cade já enfrentou discussões relativas ao uso de algoritmos relacionados à geolocalização do usuário com o intuito de discriminar preços e restringir a venda.

O Cade investigou, conjuntamente com o Senacon, a partir de 2016, preços discriminatórios praticados por um agente do mercado que – por meio de localização do indivíduo (dado pessoal e de privacidade), denominado *geopricing*, negava ofertas de vagas (também por meio da geolocalização, conhecido por *geoblocking*), por exemplo.

Referida conduta limita e condiciona a precificação (no caso personalizada), prejudicando o mercado e a livre-iniciativa. E, mais, referida conduta, quando adotada por um agente de mercado com atuação e publicidade constantes, coloca-o em posição dominante ante seus concorrentes, com grande influência na determinação de preços e ofertas, ocasionando (também com o *geoblocking*) discriminação e, portanto, aumentando a desigualdade e ferindo direitos fundamentais dos consumidores e usuários.

Nesse caso, o poder exercido pela empresa responsável pelas ofertas de viagens e passagens aéreas demonstra que:

[...] existem empresas que se tornam muito bem sucedidas em determinado mercado... Ao lado do critério quantitativo, a posição dominante também pode ser identificada por meio do critério qualitativo, que é o *market power*. Esse significa a possibilidade de o agente alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. (CRAVO, 2022, p. 333)

O Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94:

iniciado contra o Google Inc. e o Google Brasil Internet Ltda, em 2011, teve como objetivo investigar a conduta desse provedor para alavancar o seu comparador de preços (Google Shopping) utilizando a página de resultados de busca orgânica do Google, em desfavor de concorrentes, como o Buscapé e Bondfaro. Essas últimas empresas citadas foram as responsáveis por pedir a abertura do procedimento, alegando que os resultados da busca orgânica do provedor Google colocavam o Google Shopping em posição privilegiada. (SERRANÍA; ABRUSIO, 2021, p. 387)

No caso, ficou reconhecido o poder de mercado do Google, que afetou o funcionamento do mercado, comentando conduta anticoncorrencial por manter as buscas dos indivíduos de forma direcionada, afetando todo mercado, mesmo com a determinação de arquivamento.

Já o Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 teve como objeto o ato de concentração relativo ao contrato de compra e venda de ações e outras avenças celebrado entre o Banco Itaú e os acionistas da XP Investimentos. O contrato dizia respeito ao comprometimento do banco a realizar aporte de capital e aquisição de participação da *holding* do Grupo XP.

Pois bem, o mercado bancário brasileiro é de conhecido domínio e concentração de mercado. A averiguação da Superintendência-Geral do CADE deu-se pela rápida expansão digital por meio da plataforma digital da XP Investimentos.

Foram propostos acordos junto ao Cade para mitigar eventuais infrações de ordem concorrencial. Todavia, o voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira - relator do ato de concentração pesquisado, verificou que a verticalidade da transação tinha possíveis implicações em hipótese: (i) ao distribuir produtos na plataforma, o Banco Itaú poderia incrementar nas operações riscos de discriminação ou recusa de fornecimento de seus produtos em plataformas concorrentes; e, ainda, (ii) riscos de direcionamento pelo Banco Itaú para a plataforma digital da XP ao verificar um possível movimento de desbancarização, obtendo vantagem sobre os concorrentes por analisar isso antecipadamente.

Desse modo:

Apesar de todas as dificuldades para a apontada mensuração da importância dos dados apontada, pode-se traçar alguns parâmetros, por exemplo, para a definição do alcance da ingerência do Itaú sobre os dados dos usuários da XP, sobretudo diante das limitações constantes dos Acordos celebrados com o CADE e o Banco Central. Importa notar que tais definições não triviais, já que a detenção de dados inevitavelmente traz consigo vantagens concorrenciais. (BAGNOLI; CRISTOFARO, 2019, p. 43)

Veja-se, no caso analisado, o relator do Cade, de forma indireta, acabou analisando a possibilidade de uso dos dados que poderiam constituir vantagem, ou abuso de poder dominante por ter uma base de dados pessoais sem informações da vida privada de usuários em detrimento de seus concorrentes que não têm acesso a tais informações.

A economia movida a dados é significativa, e a concepção de que uma empresa digital pode chamar a atenção – como agente de mercado – de indivíduos por ter em sua base de dados privilégios que concorrentes não possuem, colocam esse agente de mercado em situação de vantagem competitiva em detrimento concorrencial. Em resumo, a economia fundamentada em dados pessoais e características de indivíduos proporciona às empresas exponenciais condições de dominar o mercado, rompendo com estruturas tradicionais e concorrentes sem oportunidade de ofertar produtos.

Ilustra-se, assim, como o acesso a dados é valioso para as empresas, inclusive de infraestrutura de telecomunicações e internet, e seus impactos de ordem concorrencial, para além dos desdobramentos em proteção de dados pessoais.

4 O caso Bing x Adwords e a necessidade da portabilidade de dados

Verifica-se, portanto, que a portabilidade consiste em medida capaz de viabilizar a autodeterminação informativa e estimular a livre concorrência. Entretanto, há que se avaliar sua abrangência, forma e pertinência enquanto remédio concorrencial; nessa esteira, é paradigmático o posicionamento do Cade no Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (Cade), para imposição de sanções por infrações à ordem econômica praticadas pelo Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (“Google”).

Referido processo foi instaurado após representação da Microsoft Corporation (“Microsoft”), cujo objeto era a imposição de restrições contratuais pelo Google para limitação da portabilidade de dados (os dados ora referenciados são os parâmetros das campanhas inseridos nas plataformas de busca patrocinadas para sua configuração) provenientes de suas ferramentas de busca patrocinada (conjuntamente denominadas “AdWords”), que caracterizariam abuso de sua posição dominante neste mercado e prática das infrações do art. 36, IV e §3º, III e IV, da Lei nº 12.529/11.

O interesse da Microsoft no caso em questão se justifica pela disponibilização de plataforma concorrente ao AdWords no mercado de busca patrocinada, o chamado Bing Ads. E, embora a Microsoft tenha firmado acordo com o Google no curso do processo administrativo, a investigação seguiu por parte do Cade.

Vale ressaltar que ambas as empresas disponibilizam *softwares* próprios para uso e gestão das campanhas em suas respectivas ferramentas de busca patrocinada. Ademais, ambas viabilizam o acesso às ferramentas por meio de *softwares* de terceiros via API (*application programming interface* – as chamadas APIs são conectores que viabilizam a integração técnica de diferentes sistemas, *softwares* e aplicativos).

Aspecto fundamental desta análise, portanto, é que a existência de mecanismos para portabilidade é incontroversa; os questionamentos versam, a bem da verdade, sobre a sua execução e alcance. Isso porque, a despeito da possível integração com o Bing Ads e a disponibilização de APIs, o Google restringiria contratualmente o chamado *multihoming*, caracterizado pelo “uso simultâneo de diferentes plataformas de busca patrocinada por parte de anunciantes”.

A Microsoft sustentou que a limitação dificulta a atividade econômica de concorrentes no mercado de busca patrocinada, em razão dos custos artificiais criados pelo Google a partir das limitações contratuais ao *multihoming*. Nesse sentido, dada a restrição à sincronização de campanhas em múltiplas plataformas, o anunciante deveria empreender tempo e recursos para configurar novamente suas campanhas em outras plataformas, na medida em que não poderia replicar, de modo automatizado, os parâmetros previamente inseridos no AdWords. Assim, não haveria incentivo suficiente ao anunciante para se utilizar de outras ferramentas além do AdWords.

Entretanto, a partir da apuração conduzida pelo Cade, verificou-se que, a despeito das alegações iniciais da Microsoft, não foram constatadas evidências de que as restrições contratuais impactaram negativamente a escolha dos usuários. De acordo com o Cade, a opção por uma plataforma em detrimento da outra decorre do “retorno percebido que, em muitos casos, parece não compensar, muito por conta da posição detida pelo Google e do retorno proporcionado pela sua plataforma”.

Trata-se, portanto, da chamada economia de rede; “quanto maior o volume de usuários na plataforma, maior é a atratividade dela”. No caso em apreço, vale ressaltar que o Google responde por mais de 90% do mercado brasileiro de busca, de modo que “os efeitos de rede indiretos proporcionados para o lado dos anunciantes são enormes, proporcionais a essa participação”. Por outro lado, naturalmente, o custo-benefício relativo a anúncios em plataformas distintas é inversamente proporcional, como conclui o Cade. “Em outras palavras: para um anunciante, o custo-benefício de se operar com várias plataformas é baixo, já que utilizando apenas o Google, há uma capacidade de atingimento de quase a totalidade do público-alvo”.

5 O caso Bradesco versus Guia Bolso

O processo administrativo deste capítulo trata da atitude da instituição financeira de bloquear acesso aos dados pessoais de correntistas por meio de procedimento técnico informacional que consistia em exigir dupla autenticação para acesso de informações pessoais, que são de propriedade do titular de dados, mas às quais o Banco Bradesco dificultou acesso para o aplicativo Guia Bolso.

O Guia Bolso é um aplicativo de finanças pessoais, ou seja, uma *financial* tecnologia (*fintech*), cuja proposta de solução é ajudar o usuário do aplicativo, consumidor (modelo de negócio *Business to Consumer* – B2C), por meio de sua conta corrente junto a uma instituição financeira, a ter gestão interativa e facilitada.

Lê-se do processo administrativo que a instituição financeira tentou argumentar que não havia objeto passível de análise pelo órgão de defesa econômica e concorrencial, posto tratar de um tema atinente a questões de segurança cibernética para acesso aos dados pessoais dos correntistas, que tinham como fator principal relações jurídicas privadas entre as partes.

Todavia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) verificou que a questão poderia gerar efeitos não somente para as partes do processo, mas trazer consequências e efeitos além dos estritamente averiguados, que poderiam impactar no mercado e na relação com os consumidores.

Dessa maneira, o Cade utilizou em sua análise: “O consequencialismo do pragmatismo jurídico vincula-se do ponto de vista ético ao utilitarismo, que justifica as ações como corretas à medida em que elas conduzem à maximização do bem-estar” (RAMOS NETO, 2022, p. 44).

O processo restou arquivado porque a questão técnica de segurança da informação entre as partes não dizia respeito à impossibilidade de portar dados, tampouco demonstrou abuso de poder dominante da instituição financeira, mas

apenas e tão somente questões que poderiam gerar fraudes ou problemas aos consumidores, e que eventuais alinhamentos técnicos informacionais podem ser objeto de relação não vinculada a direito da concorrência.

Diferentemente dos demais casos aqui trazidos, cujos impactos mercadológicos e consumeristas – principalmente – ficaram demonstrados, como concentração, prejuízo aos concorrentes e principalmente a geração de mal-estar aos consumidores de serviços ofertados por plataformas e empresas da economia movida a dados.

E é nesse mesmo sentido que buscou-se analisar como a portabilidade de dados pode auxiliar a concorrência entre as plataformas digitais, uma vez que buscou-se fortalecer o lado positivo relacionado às consequências positivas – éticas – de bem-estar dos titulares de dados (consumidores) quando estes podem compartilhar seus dados pessoais com outros concorrentes livremente, com impactos e efeitos potenciais e/ou reais em determinado mercado, o que comprova a competência do Cade.

6 A relação entre portabilidade e poder dominante no direito concorrencial

O compartilhamento das bases de dados a partir da portabilidade solicitada pelo titular confere segurança ao sistema jurídico de proteção de dados, e também de proteção concorrencial. Tem-se, portanto, que a portabilidade pode ser uma das únicas formas de assegurar a concorrência e a entrada de novos agentes no mercado.

É preciso equilibrar a relação entre os titulares de dados e os agentes de mercado digital que se beneficiam com o tratamento dos dados – pessoais e obtidos por meios de permissões de uso de sensores de aplicativos e aparelhos eletrônicos.

Frise-se que, para a caracterização do abuso de poder dominante, é necessária a demonstração, por meios legais e com provas lícitas, do abuso como conduta que promove a distância ou exclusão de concorrentes ou atos discriminatórios e atentatórios a direitos do titular de dados, ou seja, usuários e consumidores da economia digital.

A doutrina tem afirmado que *essential facilities*, cuja abordagem é da função social da propriedade sob a ótica empresarial, exigem o conhecimento de técnicas para estímulo e proteção da concorrência, bem como identificação de possíveis práticas de abuso do poder econômico. No caso presente, os dados não pertencem às empresas que, no cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados na posição de controlador, cadastram, conduzem o tratamento, armazenam, utilizam e protegem os dados pessoais conforme políticas de privacidade e segurança da informação, bem como termos de uso, adotados e informados aos titulares.

A questão que aqui se estuda, portanto, é como o direito concorrencial pode equilibrar a defesa do mercado, pela concorrência, e manter a eficiência - no caso,

da economia movida a dados, atendendo ao interesse público e aos ditames da ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa (*caput*, do art. 170, da Constituição Federal).

O objetivo primaz é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social – lembrando que a proteção de dados é direito fundamental, conforme nossa Constituição Federal (o inc. LXXIX ao art. 5º, CF, dispondo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)”).

Calixto Salomão Filho (2003) adverte que não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado; o relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabiliza sem o acesso ou fornecimento do essencial.

No Brasil, a doutrina recebe uma importância fundamental. Isso porque a maior parte da estrutura econômica brasileira deriva da influência do poder econômico no mercado, seja do Estado ou dos grandes grupos econômicos privados. Os conflitos envolvendo a natureza jurídica das *essential facilities* foram tratados no tópico seguinte, sendo possível constatar a existência de duas grandes correntes sobre o tema. A primeira corrente trata o instituto como servidão administrativa, enquanto a segunda corrente o insere nos estudos relativos aos contratos. A assimetria de informações entre os *players* e os órgãos reguladores foi destacada como o maior entrave à aplicação da *essential facilities doctrine*, na medida em que a distribuição desigual de informações tem efeitos diretos no mercado, influenciando os valores atribuídos a um bem, ou ainda dele excluindo mercadorias ou pessoas (ARAÚJO, 2019, p. 120-133).

No caso desta pesquisa, buscou-se demonstrar como ocorre o abuso de poder dominante ou o ato de concentração de um *player* da chamada economia de dados, ou seja, agente do mercado digital, como plataformas e aplicativos (sendo que estão praticamente vinculados e utilizando-se de dados pessoais).

Conclusão

O direito de portabilidade, como parte da formatação de mercados digitais e economia de dados, reforçando os valores democráticos e o papel das políticas antitruste e de exclusividade em determinado mercado digital, deve ser cumprido, e fortalecido, para que tenhamos mais concorrência, evitando o denominado abuso de poder dominante por empresas que concentram dados pessoais e informações da vida privada de titulares de dados para consecução de suas estratégias de negócios e finalidades.

A relevância da portabilidade no contexto de promoção concorrencial e cumprimento dos direitos de personalidade, privacidade e proteção de dados é sem dúvida relevante para o direito concorrencial.

Principalmente levando-se em consideração a oferta de provimento (e velocidade) de internet, com mais utilização de aparelhos, a oferta de produtos e serviços por meios eletrônicos, tornando o espaço digital cada vez mais utilizado pelos consumidores, que sem saber têm, além de seus dados cadastrais, outros dados pessoais capturados, tratados, armazenados, gerando análises e inserção em sistemas de *software* e inteligência artificial, com aprendizado de máquina, por agentes de mercado que detêm tecnologia e conhecimento para modular o consumo, e possibilitando modular também o mercado concorrencial.

A portabilidade de dados possui extrema relevância para agentes do mercado digital, em especial plataformas digitais que concentram grandes quantidades de dados pessoais e informações de privacidade. Quando não disponibilizam informações transparentes em suas políticas e termos de uso sobre a possibilidade de o usuário consumidor transferir suas informações por meio do exercício de portabilidade (em respeito ao princípio da autodeterminação informativa), podem ser viabilizadas condutas que refletem o aprisionamento e o tratamento de dados apenas para proveito interno daquele agente, ferindo o mercado e a economia por meio de condutas que configuram abuso de poder dominante.

As plataformas digitais necessitam informar em seus termos de uso e contratos eletrônicos que o titular de dados tem direito de transparência e, principalmente, autodeterminação informativa para saber como, quando e de que modo seus dados e informações privados obtidos por outros meios compõem seu cadastro, dando-lhe meios de tomar decisões sobre portabilidade de seus dados e perfisamentos para que concorrentes possam ofertar produtos e serviços nas mesmas condições de oferta, em respeito à livre concorrência, iniciativa e liberdade econômica, nos termos dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

A aplicação da doutrina da *essential facilities* deve ser considerada, posto que a execução dos contratos (políticas, termos de uso, contratos digitais) e a aplicação das normas de direito, como a Lei Geral de Proteção de Dados, devem subsidiar a distribuição e compartilhamento dos dados pessoais em atenção ao direito de portabilidade.

Referências

ARAÚJO, Maria Izabel Gomes Sant'Anna de. Breve análise sobre a *essential facilities* doctrine. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXIII, n. 77, p. 120-133, jan./jun. 2019.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial, o poder econômico e seus limites jurídicos*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08012.010483/2011-94*. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOb0rdAAAnkZ36Rru6H33qbFO51_fjuVWb1uid6m5S5BxJ8gFyW8xprjnuylPdYbaX3VDhhG3SAAtGWLJPlqjsEDX. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.009082/2013-03*. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOI8kxN79DPkgUMxNfslBDAJPIYhUJazwjX1MK8cUXgcwbral5sxXztb_XNkYnl_JGU6UUm6wcCG301tv_7Oioe. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.005694/2013-19*. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOjVcxXF039y0xT1r5IHepn_cqEz_hfJuyNggQLJH7PW_4L8x8ICpnHklfUmHo3sgaAgmHsZxb1H0a3NPE3_Hvs. Acesso em: 20 jun. 2023.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados – Interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Lei Geral de proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) – A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

EUR-LEX. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais). *European United Law*, 12 out. 2022a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32022R1925>. Acesso em: 9 jun. 2023.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

MAGGIOLINO, Mariateresa. *Personalized Prices in European Competition Law*. 12 jun. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984840. Acesso em: 31 maio 2023.

MARTINS, Guilherme Magalhães e outros. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. Indaiatuba: Foco, 2022.

MASSENO, Manuel David. Como a União Europeia procura proteger os cidadãos-consumidores em tempos de Big Data. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

MORAIS, Flávia Pereira de; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: análise da portabilidade de dados pessoais e seus reflexos concorrenciais. In: BAGNOLI, Vicente; ABRUSIO, Juliana (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e sua intersecção entre a proteção de dados pessoais, proteção dos consumidores e proteção da concorrência, com comentários acerca da pandemia da Covid-19*. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2021.

MPF; SENACON; CADE; ANPD; 2021 *apud* SECAF, Helena; MENDONÇA, Julia F.; ZANATTA, Rafael A. F. *Dados, mercados digitais e concorrência*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2022.

NOVAIS, Leandro; MOURÃO, Carlos. A proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking. *RDC*, v. 8, n. 2, p. 31-53, dez. 2020.

OJANPERÄ, Tero e Vuori. *Estratégia de plataforma*. Tradução de Luis Reyes Gil. [s.l.]: Autêntica Editora, 2022.

PARKER, Geoffrey G.; ALSTYNE, Marshall W. Van; CHOUDARY, Sangeet Paul. *Plataforma - A revolução da estratégia*. Tradução de Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. Rio de Janeiro: Alta Books, [s.d.].

PICKER, Randal C. Competition and Privacy in Web 2.0 and Cloud. *NULR Online*, n. 125, 28 jun. 2008 *apud* PONCE, Paula Pedigoni. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. *RDC*, n. 1, p. 134-176, jun. 2020.

PINHEIRO, Guilherme Pereira; LEMOS, Amanda Nunes Lopes E.; SOUTO, Gabriel Araújo. O direito à portabilidade de dados pessoais e as consequências de sua (não) implementação para o direito concorrencial. *RDP*, Brasília, v. 17, n. 95, set./out. 2020.

QUINELATO, Pietra Daneluzzi. *Preços personalizados à luz da Lei Geral de Proteção de Dados: viabilidade econômica e juridicidade*. Indaiatuba: Foco, 2022.

RAMOS NETO, Plínio Valente. *Consequencialismo jurídico - Fundamentos e limites*. Curitiba: CRV, 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica, princípios e fundamentos jurídicos*. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SERRANÍA, Vanessa Jiménez; ABRUSIO, Juliana. Big data e a competição baseada em dados. *Revista de Direito Brasileira*, v. 28, n. 11, p. 387, 1º jul. 2021.

TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Tradução de André Telles, Renato Gomes e Alípio Ferreira Cantisani. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BAGNOLI, Vicente; TONIN, Chiara Battaglia; SANTOS, Marcelo Fonseca. Direito, concorrência e portabilidade de dados. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 285-308, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.011.

Recebido em: 30.10.2023

Aprovado em: 02.12.2023