

O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais e as Consequências de Sua (Não) Implementação para o Direito Concorrencial

Personal Data Portability and the Consequences of Its (Non) Implementation for Competition Law

GUILHERME PEREIRA PINHEIRO¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, Distrito Federal, Brasil.

AMANDA NUNES LOPES ESPÍNEIRA LEMOS²

Universidade de Brasília, Distrito Federal, Brasil.

GABRIEL ARAÚJO SOUTO³

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, Distrito Federal, Brasil.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo compreender a portabilidade de dados pessoais, sob a perspectiva da infraestrutura e do mercado das plataformas digitais. A partir de um estudo de caso Microsoft Bing v. Google Adwords apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sobre o tema, em uma análise qualitativa, apresentam-se as perspectivas para implementação da portabilidade na esfera digital. Discute-se, ainda, os efeitos que essa implementação possui para o direito concorrencial quando o usuário tem a liberdade de portar os seus dados de uma plataforma para outra concorrente.

PALAVRAS-CHAVE: Portabilidade de dados pessoais; plataformas digitais; *lock-in*; custos de troca; política de concorrência.

ABSTRACT: This paper aims to understand personal data portability, from the perspective of the digital platform infrastructure and market. From a case study Microsoft Bing v. Google Adwords analyzed by the Brazilian Administrative Council of Economic Defense (Cade) on the subject, in a qualitative analysis, we present the perspectives for the implementation of portability in the digital sphere. It also presents the effects that this implementation entails for competitive law, when the user is free to port his data from one platform to another competitor.

KEYWORDS: Personal data portability; digital platforms; *lock-in*; switching costs; competition policy.

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-8675-4430>>.

2 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-7114-4613>>.

3 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-5301-3700>>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A definição de portabilidade de dados e sua importância na esfera concorrencial; 2 O caso Bing x Adwords e a necessidade da portabilidade de dados; 3 A relação das plataformas digitais com a portabilidade de dados; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A portabilidade de dados pessoais é direito emergente da ascensão de plataformas digitais que, por meio da mudança contínua de usuários⁴, tem a necessidade, imposta pelo consumidor, de transferir os seus dados para outras plataformas. Para evitar o seu declínio, então, as plataformas possibilitam essa utilidade agregada por cada serviço oferecido. Através da disputa empresarial para a captação do usuário, surge o embate concorrencial, a inovação e a permutação de serviços pelos consumidores, tornando-se intrínseca para o exercício dessas atividades a possibilidade de o usuário transferir seus próprios dados. Em negócios movidos a dados pessoais, há um incentivo para a grandes plataformas, que incorrem em custos para coletar, armazenar e analisar tais dados, em impedir que concorrentes tenham acesso a eles, dificultando políticas de portabilidade que poderiam ameaçar a vantagem competitiva de que desfrutam (Stucke; Grunes, 2015, p. 3).

Apesar dos grandes desafios que envolvem o tema, notam-se recentes medidas legislativas que buscam mitigar a sua escassez e fortalecer a adoção da mobilidade de dados pelas plataformas digitais. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), marco regulatório da União Europeia sobre proteção de dados pessoais, dispõe em seu art. 20 sobre o direito à portabilidade de dados aos seus cidadãos⁵, mas não apenas estes. O Regulamento também se aplica a todos os demais que estiverem no território europeu, mesmo que transitoriamente, como dispõe o art. 3º do RGPD⁶. Esse

4 Ao longo deste artigo utilizaremos o termo “usuário” ao invés de “titular” de dados pessoais, tendo a relação entre estes e as plataformas digitais. De qualquer modo, quase sempre o usuário será o titular de dados pessoais no contexto aqui tratado.

5 “Art. 20. 1. *The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided, where: (a) the processing is based on consent pursuant to point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2) or on a contract pursuant to point (b) of Article 6(1); and (b) the processing is carried out by automated means. 2. In exercising his or her right to data portability pursuant to paragraph 1, the data subject shall have the right to have the personal data transmitted directly from one controller to another, where technically feasible. 3. The exercise of the right referred to in paragraph 1 of this Article shall be without prejudice to Article 17. That right shall not apply to processing necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller. 4. The right referred to in paragraph 1 shall not adversely affect the rights and freedoms of others.”*

6 “Art. 3. 1. *This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place*

direito assegura o controle dos dados, que estão sob tutela das plataformas, aos próprios usuários⁷, permitindo que eles transfiram mais facilmente seus dados para plataformas concorrentes e fortalecendo a titularidade e propriedade dos dados pessoais⁸. Tal perspectiva também é refletida na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, que trata sobre o mesmo tema no seu art. 18, V⁹, ao normatizar que o usuário tem direito a obter da plataforma a portabilidade dos seus dados pessoais.

O objetivo desta pesquisa é compreender os reflexos da portabilidade de dados e a sua garantia no direito à concorrência. A metodologia adotada é qualitativa, a partir de revisão bibliográfica sobre a portabilidade de dados para o direito da concorrência, bem como de estudo do caso *Microsoft Bing v. Google Adwords*, analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sobre o tema.

Assim, o artigo foi dividido em três seções. A primeira apresenta o conceito de portabilidade de dados e as suas repercussões no direito concorrencial. A segunda parte discorre sobre o estudo de caso *Microsoft Bing v. Google Adwords*, analisado pelo Cade. Finalmente, a seção três analisa o modelo das plataformas digitais e como elas impactam diretamente o exercício da portabilidade de dados.

1 A DEFINIÇÃO DE PORTABILIDADE DE DADOS E SUA IMPORTÂNCIA NA ESFERA CONCORRENCIAL

A portabilidade de dados é a possibilidade da transferência de dados pessoais para diferentes plataformas digitais (Engels, 2016, p. 2). Essa possibilidade visa proteger os dados dos usuários contra a incompatibilidade de transferência entre múltiplas plataformas, ou seja, permitindo a interoperabilidade entre serviços distintos (Sykes, 2018, p. 1). Assim, a portabilidade de dados permite, por exemplo, que um usuário do *Instagram* transfira os

in the Union or not. 2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law."

7 Cf. Considerando nº 68 do Regulamento nº 2016/679.

8 O art. 29 da Data Protection Working Party (2017, p. 4), em *guidelines* sobre o assunto, afirma que o direito à portabilidade dos dados visa facilitar aos usuários a remoção, transferência ou cópia de dados pessoais de um ambiente tecnológico para outro.

9 "Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] 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; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) [...]"

seus dados pessoais, como fotos e vídeos, diretamente para um concorrente, como o *Pinterest*, não havendo barreiras de compatibilidade e preservando a integridade dos dados pessoais do seu titular.

No RGPD, embora não haja obrigação de interoperabilidade entre diversas plataformas (controladores)¹⁰, elas são estimuladas a desenvolver formatos interoperáveis entre suas plataformas e a de terceiros. Caso não haja interoperabilidade, o usuário tem o direito de receber seus dados de forma estruturada e em formato acessível, a fim de entregá-lo a outra plataforma que deles possa fazer uso¹¹.

Em um ambiente competitivo perfeito, os consumidores podem mudar de um provedor de serviços para outro levando seus próprios dados, fortalecendo a concorrência e evitando o bloqueio do consumidor e os custos de troca (Shapiro; Varian, 1999, p. 11). Nesse sentido, tem-se que

o tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento deste, somente para citar algumas hipóteses reais. Daí resulta ser necessária a instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados – que, no fundo, são expressão direta de sua própria personalidade. Por este motivo, a proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental. (Doneda, 2011, p. 92)

Sem a portabilidade de dados, que integra o campo da proteção de dados, um consumidor que usa o *Facebook*, por exemplo, pode não querer migrar para o concorrente *Google Plus* devido ao risco de perder dados pessoais com valores inestimáveis, por se tratar de informações pessoais e subjetivas. Isto é, 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, conseqüentemente, inibindo

10 Ao longo do texto, tratamos as plataformas digitais como controladores, para fins da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei nº 13.709/2018. Usamos aqui o termo no sentido empregado pelo art. 5º, VI, da LGPD.

11 Cf. art. 20 do Regulamento nº 2016/679.

a portabilidade de dados, gerando o efeito *lock-in*¹². Esse tipo de *lock-in* pode ser visto como a criação de um mercado mais frágil, pois está aberto a atos exclusivos de *players* dominantes (Diker Vanberg; Ünver, 2017, p. 5). Assim, o uso da portabilidade de dados pode forçar as empresas com uma posição dominante a competirem na qualidade de seus serviços e não com o uso de um sistema de *lock-in* (Van Alst *et al.*, 2016, p. 1).

Ainda, esse desequilíbrio concorrencial é agravado quando se tem plataformas digitais multilaterais, ou seja, serviços que devem conciliar dois ou mais clientes que interagem entre si, gerando a interdependência entre eles. Pela perspectiva empresarial, a plataforma precisa estar em uma constante busca pelo equilíbrio ótimo entre os seus usuários, servindo como uma infraestrutura que permite a conexão e a troca de serviços entre eles. Já, pela perspectiva do usuário, a possibilidade de escolha de conciliação com outros serviços por meio do *multihoming*¹³ eleva a necessidade de uma infraestrutura que permita a portabilidade de dados. Nesse sentido, observa-se a intenção regulatória da LGPD:

A proteção de dados não tem por objetivo inviabilizar a coleta de dados para conhecimento do público-alvo e aprimoramento das atividades empresariais. Todo empresário tem legítimo interesse de conhecer quem são seus consumidores, empregados e candidatos a emprego. Entretanto, a LGPD esclarece que os dados coletados para essa finalidade legítima pertencem às pessoas físicas às quais os dados se referem e precisam ser tratados e coletados em respeito a essa relação de pertencimento. (Frazão; Oliva; Abílio, 2019, p. 696)

Portanto, a adoção no meio digital da possibilidade de um usuário portar os seus próprios dados beneficia tanto a concorrência quanto o consumidor de determinado serviço, situação bem conhecida de outros mercados, como o da telefonia móvel¹⁴. Por um lado, essa prática possibilita o surgimento e a permanência de novas empresas no mercado de plataformas

12 Shapiro e Varian (1999, p. 12-13) explicam que o efeito *lock-in* ocorre quando o consumidor, dependente da infraestrutura ou de um serviço específico de uma empresa, não consegue mudar para um concorrente sem custos substanciais ou perdas materiais. Nesse sentido, a ausência da portabilidade de dados tem o potencial de produzir esse efeito ao consumidor, já que este pode não conseguir transferir seus dados para outra plataforma, fazendo com que o usuário permaneça utilizando o serviço.

13 Segundo Rochet e Tirole (2003, p. 5), *multihoming* são redes de dois lados onde parte dos usuários finais em um ou mais lados conectam-se com outras plataformas. Assim, o usuário que pratica o *multihoming* pode se beneficiar de dois ou mais serviços de plataformas semelhantes ou complementares, aproveitando da utilidade que cada uma pode oferecer.

14 As vantagens para o usuário são bastante conhecidas em mercados como os de telefonia móvel. Cf.: BUEHLER, S.; HAUCAP, J. Mobile Number Portability. *Journal of Industry, Competition and Trade*, v. 4, Issue 3, p. 223-228, 2004.

digitais, já que a migração dos usuários para novos serviços acontece de forma menos dispendiosa, além de potencialmente enfraquecer monopólios e o uso do poder de mercado. Ademais, a adoção ampla da portabilidade de dados na esfera digital pode limitar a prática de sobrepreços¹⁵, já que o usuário insatisfeito com o atual serviço prestado por uma plataforma pode migrar facilmente de serviço portando os seus dados.

A falta da mobilidade de dados pode ser um obstáculo para as novas empresas em fase de arranque, que podem ser obrigadas a oferecer taxas com descontos elevados, a fim de compensar os consumidores pela dificuldade ou despesa da mudança na política de portabilidade de dados dos seus usuários¹⁶. Por exemplo, o usuário do *Google Maps* não conseguir portar o histórico das suas principais rotas já realizadas para aplicativos de transporte privado, como o *Uber*, faz com que essas empresas elevem os custos de mapeamento de rotas, encarecendo o resultado do produto final ao consumidor.

Ainda, 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. Ao inibir a portabilidade, as plataformas digitais criam os custos de mudança (Graef, 2013, p. 5), já que o usuário reavalia a utilidade da transição entre serviços, ponderando entre os benefícios do novo serviço e a íntegra manutenção dos seus dados na plataforma atual.

Devido aos custos de troca, os usuários podem ficar bloqueados em um determinado serviço. Assim, o grau de *lock-in* do usuário é determinado pelos custos de mudança (Graef, 2013, p. 6). Se esses forem altos, os provedores poderão criar um alto grau de dependência do usuário (Shapiro; Varian, 1999, p. 104), restringindo a portabilidade de dados como uma maneira de vincular os usuários aos seus serviços (Zanfir, 2012, p. 152). Assim, quanto maior for o grau de *lock-in* do usuário, maior serão os custos de troca do usuário na mudança para uma nova plataforma digital.

Fala-se, nesse sentido, de política regulatória no tema da portabilidade a partir da proteção de dados pessoais (regulação *ex ante*) ou da polí-

15 Segundo Evans (2003, p. 345), os cálculos de lucro baseados em alocações de custos fixos de plataformas digitais são necessariamente arbitrários.

16 Vale notar que alguns autores entendem que o direito à portabilidade universal nem sempre é oportuno, visto que, no âmbito da legislação europeia, é obrigatório também para pequenas empresas e mesmo para mercados sem barreiras de entrada ou onde não há concentração econômica. Cf.: SWIRE, P.; LAGOS, Y. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 355-402, 2013.

tica da concorrência (regulação *ex post*). À luz dessa posição, concorda-se que a

característica marcante do modelo europeu de proteção de dados é a exigência de que o controlador só possa tratar dados se tiver amparado em uma base legal, o que pode ser compreendido como uma racionalidade ex-ante de proteção de dados. [...] Há grande semelhança quando se compara os direitos europeu e brasileiro sob esse ponto de vista. Afinal, a grande motivação que a LGPD operou no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida exatamente na instituição de um modelo ex-ante de proteção de dados. [...] Esse modelo está amparado em três características centrais: i) um conceito amplo de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e a necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses. (Bioni; Schertel, 2019, p. 810-811)

A negativa da portabilidade sob essa última ótica pode ser vista, inclusive, como uma violação à ordem econômica. Nesse sentido, compartilha-se da ideia que

[...] ao lado da defesa da concorrência, deve haver regulação, ou seja, é necessário que exista tanto regulação *ex post*, quanto *ex ante*. Primeiro porque a concorrência só irá tutelar questões que envolvam abuso e, ainda assim, em situações excepcionais em que evidenciada a inviabilidade total da concorrência, como mostraram os precedentes judiciais até o momento. Segundo, pela dificuldade de as autoridades antitruste, até o momento, de bem endereçar questões tecnológicas, como se vê na própria complexidade de delimitação de mercado. Terceiro, porque os dados tutelados na concorrência podem ser distintos dos da regulação, a qual pode abranger apenas os dados pessoais. Quarto, pois uma regulação *ex post* pode não ser suficiente e sequer efetiva no sentido de identificar os custos decorrentes da eliminação da concorrência. Quinto, porque na concorrência a portabilidade pode ser concedida a um fornecedor específico ou a vários fornecedores, enquanto que na regulação a portabilidade é exercida pela pessoa física, titular dos dados. (Cravo, 2018, p. 173)

Desse modo, a portabilidade de dados surge como um mecanismo para reduzir esses efeitos anticompetitivos e permitir que novas empresas atuem no mercado das plataformas digitais em prol do usuário.

2 O CASO BING X ADWORDS E A NECESSIDADE DA PORTABILIDADE DE DADOS

Em novembro de 2010, a Comissão Europeia (CE) abriu investigação em razão das alegações de que o *Google* teria abusado de sua posição do-

minante no mercado publicitário digital (Comissão Europeia, 2010, p. 1), mais especificamente na imposição de restrições contratuais aos desenvolvedores de *software*, impedindo-os de oferecer ferramentas que permitissem a transferência dos dados de campanhas publicitárias do *Google Adwords* para outras plataformas digitais de publicidade, como o *Bing Ads* da *Microsoft*.

Para resolver quaisquer preocupações concorrenciais em relação à portabilidade de dados, o *Google* propôs perante a CE que cessaria quaisquer obrigações escritas ou não escritas em seus Termos e Condições (T&C) da API¹⁷ do *Google AdWords*, que impedissem os anunciantes de transferir e gerenciar campanhas de publicidade do *AdWords* para outros serviços de busca e de propaganda concorrentes (Diker Vanberg; Ünver, 2017, p. 13), desfecho semelhante ao proposto pela mesma companhia ao *Federal Trade Commission* (FTC) (Federal Trade Commission, 2013, p. 1).

Já, em 28 de julho de 2013, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) iniciou um Processo Administrativo (PA) sob a representação da *Microsoft Corporation* contra o *Google Brasil* e o *Google Inc.*, a qual expõe o suposto exercício de *lock-in* ao usuário realizado pela plataforma *Google Adwords* em relação ao concorrente *Bing Ads*¹⁸.

A requerente, *Microsoft Corporation*, alegou que o *Google* “impede a portabilidade cruzada de dados entre plataformas e a otimização de campanhas por meio do documento de T&C da API do *Google AdWords*”. Segundo a *Microsoft*, o *Google* proíbe seus usuários de transferir seus próprios dados do *Google AdWords* diretamente para outras plataformas de busca patrocinada e da comparação da performance de suas campanhas publicitárias entre as plataformas. Além disso, segundo a requerente, o *Google* impede o desenvolvimento de *softwares* com funcionalidades de portabilidade e comparação de dados entre plataformas.

Segundo a requerente, o fato de todos os anunciantes do *Google* assinarem o documento de T&C dificulta a execução das campanhas publicitárias estabelecidas previamente no *Google* nas demais plataformas de

17 *Application Programming Interface* (API) é um conjunto particular de regras e especificações que programas de *software* podem seguir para se comunicar entre si. A API serve como uma interface entre diferentes programas de *software* e facilita sua interação, semelhante à forma como a interface do usuário facilita a interação entre humanos e computadores.

18 Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2018.

busca patrocinada. De acordo com a *Microsoft*, tal fato contribuía para que os clientes apenas realizassem campanhas publicitárias na plataforma do *Google*, resultando na exclusão dos concorrentes.

Ainda, a *Microsoft* argumentou que os anunciantes teriam que gerenciar manualmente múltiplas campanhas por palavras-chaves quase que constantemente para operar com eficiência suas campanhas e realizar o *multihoming*. Tal abordagem, segundo a requerente, afeta diretamente as pequenas e médias empresas, que não possuem capacidade manual de gerenciar a operação, resultando na manutenção das campanhas no *Google AdWords*, no enfraquecimento e no bloqueio ao uso da plataforma *Bing Ads*.

Por sua vez, a requerida *Google* alegou que não havia nenhuma evidência de que o T&C da API do *AdWords* impede os seus usuários de anunciar no *Bing* ou em plataformas rivais. Segundo o *Google*, as respostas aos ofícios que a Superintendência-Geral (SG) enviou aos anunciantes do *Google* e do *Bing* confirmam que esses não só podem anunciar como, de fato, anunciam no *Bing*, sendo mencionado pelos seus usuários que o motivo para não divulgarem no *Bing* foi o fraco desempenho de seus anúncios.

O *Google* expressou ainda que a *Microsoft* foi incapaz de provar que os anunciantes interessados em anunciar no *Bing* não encontraram *softwares* que permitissem o *multihoming* de suas campanhas. Segundo a requerida, as ferramentas desenvolvidas por terceiros licenciados da API do *AdWords*, tais como *Kenshoo Ltd.* e *Marin Software*, já permitem aos anunciantes a transferência, a sincronização e a otimização de campanhas entre diversas plataformas concorrentes.

A Superintendência-Geral (SG) do Cade, juntamente com o Ministério Público Federal, e a Procuradoria Federal Especializada, junto ao Cade, recomendaram o arquivamento do PA ao Tribunal da autarquia pelo entendimento de que há a ausência da potencialidade de efeitos negativos decorrentes das cláusulas de API do *Google* no Brasil, já que a maior parte das cláusulas questionadas dos T&C não pareciam ser capazes de inibir o *multihoming*. Tal fato foi corroborado pela consulta realizada pela SG a agências de publicidade que, por sua vez, não apontou grandes dificuldades da parte delas em realizar campanhas em múltiplas plataformas.

Assim, a SG constatou que há a possibilidade de anunciar tanto no *Google AdWords* quanto no *Bing Ads* sem que se recorra a programas que usam a API de qualquer uma dessas plataformas, não obstruindo, assim, a

portabilidade de dados. Por meio desse caso, fica clara a importância atribuída pelas agências antitruste à portabilidade de dados como forma de evitar a problemática de *lock-in* do consumidor em mercados concentrados. Dessa forma, em 19 de junho de 2019, o processo foi arquivado pelo Tribunal do Cade, o qual entendeu que nenhum dispositivo contratual impediu ou permanece impedindo o *multihoming* de usuários da plataforma.

Por fim, observa-se que o atual estabelecimento de políticas de portabilidade de dados, tanto pelo *Google Adwords* (Google, 2018, p. 1) quanto pelo *Bing Ads* (Microsoft, 2018, p. 1), é extremamente benéfico para usuários que realizam o *multihoming*, já que esses poderão transferir os seus dados sem um bloqueio de infraestrutura e se aproveitarão da competição entre plataformas. Já, para as plataformas digitais, com a vinda de novos usuários e a segurança dada à sua presente base de clientes, poderão minimizar o custo de manutenção e o risco de perda de dados alheios, além de poder desenvolver e aprimorar os seus serviços com dados e informações pessoais já coletados, fazendo com que haja o crescimento do nicho de mercado como um todo.

3 A RELAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS COM A PORTABILIDADE DE DADOS

As plataformas digitais são infraestruturas que conectam diferentes usuários no ciberespaço, isto é, são ambientes que servem como “ponte” para o aumento na utilidade dos indivíduos que as acessam. Efeitos de rede¹⁹ possibilitam um crescimento exponencial das plataformas, levando-as a posições dominantes rapidamente. Apesar disso, é fato que autoridades antitruste ainda hesitam em intervir, em razão do argumento de que ainda são mercados jovens e em compasso de mudança acelerada (Werbach, 2018, p. 926).

Tais plataformas buscam constantemente maximizar a quantidade de indivíduos conectados à sua infraestrutura e transferir a comunicação de serviços do meio físico para o meio virtual, formando uma nova interação dentro de um mercado ou o revolucionando. Um exemplo é o serviço de *streaming Netflix*, que, ao impulsionar o mercado de distribuição de séries e

19 É o chamado efeito de rede, em que o acréscimo de cada usuário acaba agregando o valor da rede e resultando em benefício econômico para todos aqueles que estão a ela conectados. Em mercados com tendência de efeito de rede, há forte inclinação ao *tipping*, que ocorre quando uma empresa se distancia dos rivais em popularidade e ganha tração depois de conseguir se posicionar melhor no cenário competitivo inicial. Cf. SHAPIRO, C.; KATZ, M. Systems Competition and Network Effects. *Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 106-107, 1994.

filmes, buscou transferir o aluguel desses produtos para o meio digital, com o uso e a contratação do serviço feitos de forma *on-line*, deixando a logística de custo e a oferta de serviços da rival *Blockbuster* praticamente obsoleta (Rabelo, 2018, p. 1).

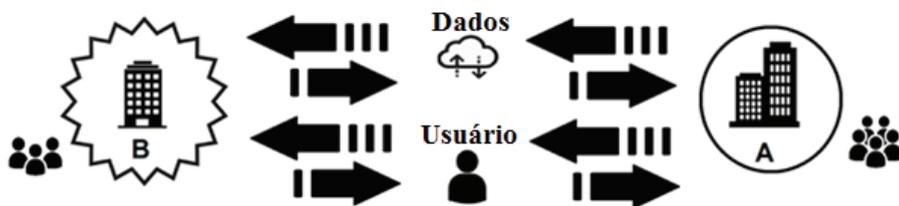
A plataforma digital pode ser dividida em unilateral ou multilateral (Evans, 2003, p. 336). No mercado unilateral, as plataformas digitais possuem usuários dependentes apenas dos serviços que elas ofertam. Já, no mercado multilateral, os usuários são interdependentes e dependentes dos serviços oferecidos pelas plataformas digitais. O serviço de *e-mail Outlook* lida apenas com usuários que dependem estritamente do produto que essa plataforma oferece, enquanto os usuários do *Youtube* possuem uma relação de interdependência, já que há diferentes tipos de usuários na mesma plataforma, como os criadores de conteúdo, os anunciantes e os espectadores que interagem entre si, gerando valor para a plataforma e afetando consequentemente o seu lucro.

Ainda, as plataformas digitais multilaterais, por meio da busca por conciliar dois ou mais interesses dentro do seu próprio ambiente, criam políticas e modelos de negócios para angariar diversos tipos de usuários que podem possuir interesses complementares para expandir o seu ganho próprio. Assim, os usuários são interdependentes, de tal forma que a discriminação de preço para um usuário A afeta a quantidade deste tipo de usuário e o custo no serviço para o usuário B, concluindo-se que as variáveis de custo e demanda são diretamente afetadas pelas interações entre os diferentes grupos de usuários neste tipo de plataforma (Evans, 2003, p. 338).

O embate concorrencial da portabilidade de dados dentro das plataformas digitais pode ser observado na análise comparativa *ex post* das plataformas digitais pertencentes ao mesmo nicho de mercado. Suponha que haja duas plataformas virtuais que concorrem no mesmo mercado: a plataforma A e a plataforma B. A plataforma A é a operadora consolidada no mercado e a plataforma B tenta entrar no mercado ou ganhar participação, oferecendo um serviço melhor ou mais atraente ao usuário do que o da plataforma A.

Com a entrada da plataforma B no mercado e o oferecimento de um produto melhor que a plataforma A, que possui a opção de o usuário portar seus dados, o número de usuários da plataforma B aumentará, enquanto o número de usuários da plataforma A diminuirá, já que, por meio da portabilidade de dados, os usuários podem mudar facilmente para uma nova plataforma (Engels, 2016, p. 6).

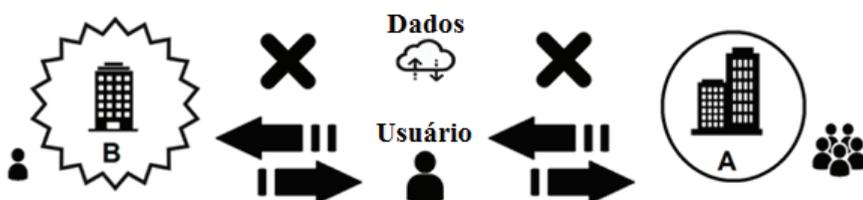
FIGURA 1 – EMBATE ENTRE AS PLATAFORMAS A E B CONSIDERANDO A PORTABILIDADE DE DADOS



Fonte: Elaboração própria.

Se a portabilidade de dados não for garantida, a plataforma A pode impedir que a plataforma B entre no mercado ou obtenha uma participação de mercado maior, inibindo, assim, a inovação e a concorrência, já que os usuários podem alternar entre as plataformas a custos de troca elevados e com dificuldade se não puderem transferir os seus dados (Engels, 2016, p. 6-7). A exclusão se dá por incentivos de aumentar os custos dos concorrentes, o que pode ocorrer em condutas como recusa de venda de dados, contratos exclusivos de transferência, ou, no caso em estudo, por imposição de limites à portabilidade, como o armazenamento em formatos proprietários, o que dificulta a interoperabilidade (Katz, 2019, p. 698).

FIGURA 2 – EMBATE ENTRE AS PLATAFORMAS A E B COM A AUSÊNCIA DA PORTABILIDADE DE DADOS



Fonte: Elaboração própria.

Nesse sentido, as plataformas digitais consolidadas geralmente têm que lidar também com outro desafio: o *multihoming*²⁰. Quando uma nova plataforma digital surge no mercado, o usuário da plataforma consolidada ou um novo usuário que percebe a possibilidade de maximização dos seus benefícios pode migrar totalmente para a nova plataforma, o que é chama-

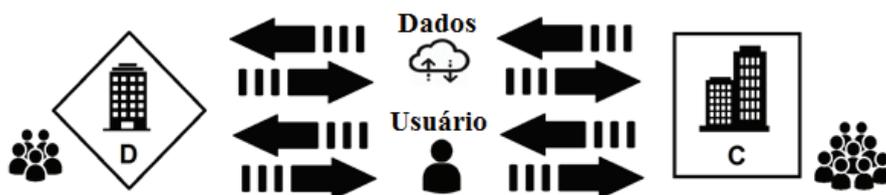
20 *Multihoming*, originalmente um conceito de redes de comunicação, foi adaptado por Rochet e Tirole (2003, p. 5), definindo-o como a prática de um usuário de maximizar a utilidade dos serviços que cada plataforma pode oferecer, e, com o objetivo de fazer isso acontecer, este utiliza duas ou mais plataformas concorrentes.

do de *single-homing*, ou usar ambas as plataformas, o que é caracterizado como o *multihoming* (Park *et al.*, 2017, p. 3). Em ambos os casos, para essas possibilidades serem concretas ao usuário, não deverá existir o *lock-in* do consumidor e a portabilidade de dados deve ser praticada por ambas as plataformas.

Em um segundo caso, considerando o *multihoming*, suponha que duas plataformas nomeadas C e D ofereçam serviços complementares em um mesmo nicho de mercado. A plataforma C é considerada como a plataforma principal, já a plataforma D ganha participação no mercado, oferecendo um serviço que é complementar ao serviço da plataforma C.

No âmbito da portabilidade de dados, se o número de usuários da plataforma D aumentar, é provável que o número de usuários da plataforma C também aumente, já que é mais atraente ao usuário usar o serviço da plataforma C em combinação com o serviço da plataforma D (Engels, 2016, p. 7-8).

FIGURA 3 — EMBATE ENTRE AS PLATAFORMAS C E D CONSIDERANDO A PORTABILIDADE DE DADOS



Fonte: Elaboração própria.

Os usuários podem facilmente transferir dados entre as duas plataformas, uma vez que os custos de troca provavelmente serão baixos devido à portabilidade de dados, a menos que fatores de mercado e de infraestrutura gerem novos custos de mudança. Além disso, pode haver uma quantidade significativa de novos usuários que entram no mercado, resultando no mútuo benefício das plataformas, já que essas poderão compartilhar novos usuários e, conseqüentemente, aumentar o seu lucro.

Assim, a portabilidade de dados se configura como um fator-chave para o surgimento de novos negócios e o crescimento de negócios já estabelecidos. Tal constatação se torna ainda mais importante quando os usuários praticam o *multihoming*, agregando valor ao serviço da plataforma. Portanto, a atração, a manutenção e o compartilhamento de usuários permitem

que as plataformas digitais criem reciprocamente um ecossistema com a possibilidade de portar os dados que as beneficiam diretamente, fortalecendo a constante inovação e o ambiente concorrencial com a finalidade do benefício ao usuário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As grandes plataformas com altas quotas de mercado já começam a introduzir em sua infraestrutura a portabilidade de dados, como a adição da ferramenta de *download* de dados desenvolvida pelo *Instagram* (Constine, 2018, p. 1), em grande parte devido ao *enforcement* de marcos regulatórios de proteção aos dados pessoais, como o RGD, no contexto europeu, e a LGPD, embora ainda não em vigor, no cenário brasileiro, que abordam o direito à portabilidade de dados. No entanto, as pequenas e médias plataformas podem encontrar maior dificuldade em implementar tais mudanças, seja pela ausência de conhecimento tecnológico²¹ ou pelo custo adicional de implementação da nova ferramenta de portabilidade de dados (Swire; Lagos, 2013, p. 355-402).

Contudo, pequenas e médias plataformas que utilizam serviços terceirizados de armazenamento de dados, como o IBM Cloud (Fork, 2017, p. 1), buscando um menor custo e uma maior segurança de seus clientes, poderão contar com a facilidade e o *know-how* de serviços de bancos de dados consolidados. Dessa forma, elas poderão evitar gastos com a implementação de nova infraestrutura e o armazenamento direto de dados alheios. Assim, as plataformas pequenas e médias poderão utilizar as APIs disponibilizadas pelas empresas terceirizadas de armazenamento de dados, podendo guardar os dados dos seus clientes em serviços de armazenamento na nuvem, como no caso Microsoft Bing v. Google Adwords visto antes.

Já para que a portabilidade de dados seja efetiva em uma relação entre duas ou mais plataformas digitais, é necessária a priorização da interoperabilidade de serviços²², isto é, para que o dado de um cliente possa ser transferido de uma plataforma A para a plataforma B, ambas as plataformas

21 O relatório anual da *International Association of Privacy Professionals* (IAPP) de 2017 indica que os profissionais de privacidade de dados classificam a portabilidade de dados como a obrigação de *compliance* mais difícil de ser cumprida no marco regulatório de proteção de dados europeu, o GDPR. Cf. IAPP-EY. Annual Privacy Governance Report 2017, The International Association of Privacy Professionals, 2017. Disponível em: <https://iapp.org/media/pdf/resource_center/IAPP-EY-Governance-Report-2017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

22 Segundo Evans (2003, p. 374), as plataformas podem se beneficiar quando há uma tecnologia ou um protocolo padrão que lhes permite usar produtos de vários fornecedores.

deverão acordar em qual formato enviarão e receberão os dados. Portanto, é de suma importância o estabelecimento de padrões de interoperabilidade derivados de consenso entre as plataformas, o que pode ser estabelecido por meio de associações ou de órgãos reguladores internacionais, como a *International Telecommunications Union (ITU)*²³.

Cabe ainda destacar o papel das Autoridades de Proteção de Dados (ANPD) na definição de parâmetros de interoperabilidade das empresas, a fim de garantir o direito à portabilidade. Na LGPD, o seu art. 40²⁴ trata dessa responsabilidade da futura ANPD brasileira visando à necessidade e à transparência dos dados, o que de certa maneira repercute também na garantia de um direito concorrencial equilibrado.

Por fim, a prevenção ao bloqueio da portabilidade de dados como forma de *advocacy* às empresas e a sanção em caso de ilícito concorrencial se tornam medidas imprescindíveis às autoridades antitruste na defesa do consumidor, já que as plataformas digitais poderão aumentar o custo do uso de sua plataforma aos usuários arbitrariamente frente às novas exigências e, conseqüentemente, causar um sobrepreço final ao usuário.

REFERÊNCIAS

ARTICLE 29. Article 29 Data Protection Working Party Guidelines on the Right to Data Portability. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233>. Acesso em: 23 set. 2019.

BIONI, B.; SCHERTEL, L. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 15 jul 2018.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

23 *International Telecommunications Union (ITU)* é a agência especializada das Nações Unidas para as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), estabelecendo normas técnicas e diretrizes para a interoperabilidade de serviços e produtos de comunicação.

24 “Art. 40. A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência.”

BUEHLER, S.; HAUCAP, J. et al. Mobile Number Portability. *Journal of Industry, Competition and Trade*, v. 4, Issue 3, p. 223-228, 2004.

COATES, K. *Competition Law and Regulation of Technology Markets*. Oxford University Press, 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. General Data Protection Regulation, 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google, IP/10/1624, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CONSTINE, J. Instagram launches “Data Download” tool to let you leave. *TechCrunch*, 2018. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2018/04/24/instagram-export/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

CRAVO, Daniela Copetti. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação *ex ante* e *ex post*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

DONEDA, D. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DIKER VANBERG, A.; ÜNVER, M. B. The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? *European Journal of Law and Technology*, v. 8, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/546/726>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ENGELS, B. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2). DOI: 10.14763/2016.2.408, 2016. Disponível em: <<https://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

EVANS, D. S. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. *Yale Journal on Regulation*, v. 20, Iss. 2, article 4, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol20/iss2/4>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. 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, 2013. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D.; ABILIO, V. S. Compliance de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FORK, M. Introducing a Fast, Simple Way to Transport Data to the IBM Cloud. *IBM Blog*, 2017. Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/think/2017/09/ibm-cloud-mdm/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

GOOGLE. Fazer o *download* dos seus dados, 2018. Disponível em: <<https://support.google.com/accounts/answer/3024190>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

GRAEF, I. et al. Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective. *The Journal of the Higher School of Economics*, Annual Review, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2416537>>. Acesso em: 22 maio 2018.

IAPP-EY. Annual Privacy Governance Report 2017, The International Association of Privacy Professionals, 2017. Disponível em: <https://iapp.org/media/pdf/resource_center/IAPP-EY-Governance-Report-2017.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

KATZ, Michael. Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, Issue 4, p. 695-716, 2019.

MICROSOFT. Import campaigns from Google Ads to Bing Ads, 2018. Disponível em: <<https://advertise.bingads.microsoft.com/en-us/get-started/small-business/import-google-ads-to-bing-ads>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

PARK, K. et al. Multi-Homing and Platform Strategies: Historical Evidence from the U.S. Newspaper Industry. Harvard Business School Technology & Operations Mgt. *Unit Working Paper*, n. 18-032, 2017. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/18-032_4eb19781-7eb0-4da8-b345-9cb5294e8d1e.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PORTER, M. E.; MILLAR, V. E. How Information Gives You Competitive Advantage. *Harvard Business Review*, 63, n. 4, 1985. Disponível em: <<https://hbr.org/1985/07/how-information-gives-you-competitive-advantage>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

RABELO, A. De Blockbuster a Netflix: é preciso inovar para sobreviver. *Rockcontent*, 2018. Disponível em: <<https://inteligencia.rockcontent.com/blockbuster-e-netflix/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

ROCHET, J.; TIROLE, J. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, 2003.

SHAPIRO, C.; VARIAN, H. R. Information Rules, A strategic guide to the network economy, Boston, MA, 1999. Disponível em: <http://solitine.com/document/download/solitine_information_rules.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____; KATZ, M. Systems Competition and Network Effects. *Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, p. 93-115, 1994.

STUCKE M.; GRUNES, A. No Mistake About It: The Important of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee College of Law: Research Paper Studies*, n. 269, 2015.

SYKES, N. Frictionless Data: Why Ease and Portability Are More Important Than Ever. *Dataconomy*, 2018. Disponível em: <<http://dataconomy.com/2018/04/frictionless-data-why-ease-and-portability-are-more-important-than-ever/>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SWIRE, P.; LAGOS, Y. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 355-402, 2013.

VAN ALST et al. When data protection mingles with competition law and the right to data portability, 2016. Disponível em: <<http://spiegeler.com/data-protection-mingles-competition-law-right-data-portability/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

WERBACH, K. The Song Remains the Same: What Cyberlaw Might Teach the Next Internet Economy. *Florida Law Review*, v. 69, Issue 3, p. 887-957, 2018.

ZANFIR, G. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, 149, p. 152, 2012.

Sobre os autores e a autora:

Guilherme Pereira Pinheiro | *E-mail:* guilherme.pinheiro@idp.edu.br

Pós-Doutor em Direito e Democracia pela Universidade de Coimbra (*Ius Gentium Conimbrigae*). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade de Columbia, Nova York (LL.M). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado Profissional e da Graduação em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado.

Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos | *E-mail:* amandaespineira@gmail.com

Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada. Pesquisadora Colaboradora da Fiocruz Brasília. Junior Fellowship do Centro de Estudos Latino Americano de Telecomunicações (Cet.La). Facilitadora Youth Brasil 2019 do CGI.br. Pesquisadora do Getel e do Lapin/UnB.

Gabriel Araújo Souto | *E-mail:* gasouto@outlook.com

Diretor Acadêmico do Laboratório de Pesquisa em Políticas Públicas e Internet (LAPIN/UnB). Estudante visitante do LLM de Global Antitrust Law & Economics da Antonin Scalia Law School of George Mason University. Acadêmico de Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Data de submissão: 27 de setembro de 2019.

Data do aceite: 13 de abril de 2020.