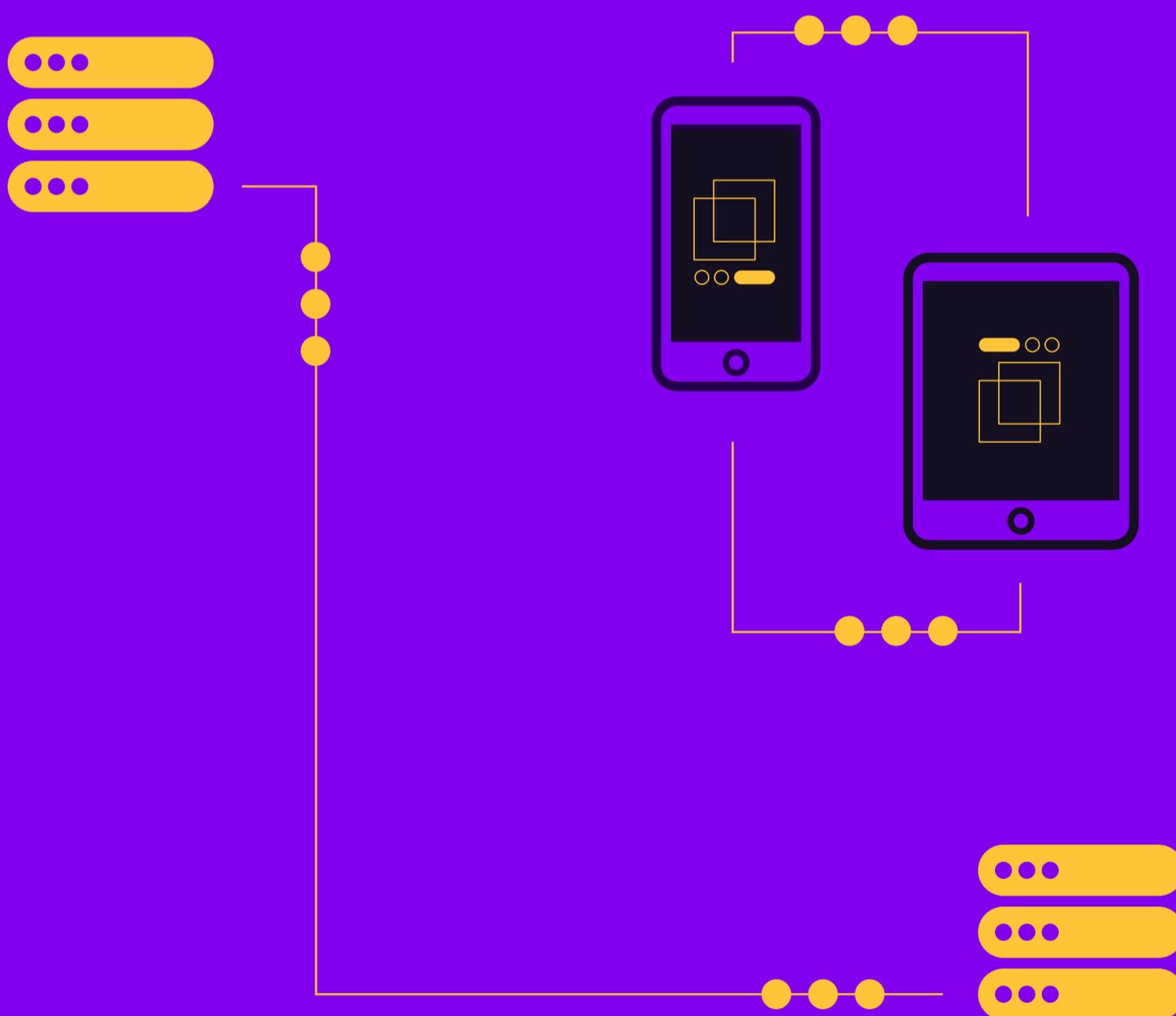


Relatório Técnico:

# Portabilidade de Dados e Concorrência

Paula Ponce



## SUMÁRIO

---

<b>1</b>	<b>1. CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS: A PORTABILIDADE NA INTERFACE</b>
1	1.1. O SURGIMENTO DA PORTABILIDADE DE DADOS
2	1.2. PORTABILIDADE DE DADOS E CONCORRÊNCIA
<b>4</b>	<b>2. O IMPACTO EFETIVO DA PORTABILIDADE DE DADOS PARA A CONCORRÊNCIA</b>
4	2.1. LIMITAÇÕES DO DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS
6	2.2. PORTABILIDADE DE DADOS NA EUROPA
<b>7</b>	<b>3. A PORTABILIDADE DE DADOS PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS</b>
8	3.1. PORTABILIDADE NA REGULAÇÃO SETORIAL
10	3.2. PORTABILIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA
<b>12</b>	<b>CONCLUSÃO</b>
<b>14</b>	<b>NOTAS</b>

## 1. CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS: A PORTABILIDADE NA INTERFACE

Não muito tempo atrás, nos anos 2000, trocar de operadora de telefonia era um processo custoso para os indivíduos. Imagine só, ao trocar de provedor, o consumidor podia perder seu número de telefone e tinha que enviar a todos seus contatos o novo número. Em 2007, a portabilidade numérica foi regulada no Brasil, e já no primeiro ano em vigência, foram registrados mais de 3 milhões de pedidos de portabilidade.<sup>1</sup> A medida gerou um “boom” no mercado impulsionando a concorrência no setor ao garantir aos consumidores o direito à troca facilitada. Agora imagine essa possibilidade em um mundo de dados. O direito à portabilidade de dados pessoais nasce com grande potencial para alterar completamente a dinâmica de mercados digitais, como o de mídias sociais e de Internet das Coisas. Este relatório tem como objetivo explorar como a portabilidade empodera o consumidor e promove a concorrência.

Nos últimos anos, presenciamos o crescimento do debate sobre a concorrência em mercados digitais em paralelo ao movimento de renovação da regulação da proteção de dados pessoais que seguiu a entrada em vigor do regulamento europeu “General Data Protection Regulation” (GDPR). Desses dois fluxos, chegou-se a uma confluência: cada vez mais é possível pensar em questões que se encontram na interface entre a proteção de dados pessoais e a defesa da concorrência.

Esse encontro não é mera coincidência. Já há algum tempo reconhece-se a existência de uma “economia movida a dados”, em que plataformas digitais diversas apoiam-se em dados como um insumo.<sup>2</sup> Nesse sentido, ainda que discordem sobre como e em que medida, estudiosos vêm reconhecendo que o tratamento de dados por agentes privados é relevante, para além de uma perspectiva individual do direito à proteção de dados pessoais, também de uma perspectiva competitiva.<sup>3</sup> Trata-se, portanto, de um mesmo insumo cuja posse pode gerar implicações para os dois campos regulatórios.

A portabilidade de dados é um dos temas que está nessa interface - em conjunto com outros debates, por exemplo, sobre a incorporação de parâmetros da proteção de dados pessoais à defesa da concorrência. Ao longo deste relatório, iremos revisitar os fundamentos iniciais da portabilidade de dados pessoais (seção 1.1) e por que ela importa para a defesa da concorrência (seção 1.2). Em seguida, buscaremos compreender o impacto efetivo da portabilidade de dados para a concorrência (seção 2) - explorando algumas limitações da regulação de proteção de dados pessoais para atingir os objetivos de promoção da concorrência (seção 2.1) e o histórico de implementação desse direito no GPDR (seção 2.2). Por fim, trataremos da portabilidade para além da proteção de dados pessoais (seção 3), analisando como normas regulatórias (seção 3.1) ou o antitruste podem estabelecer obrigações de acesso a dados para enfrentar desafios postos (seção 3.2).

### 1.1. O SURGIMENTO DA PORTABILIDADE DE DADOS

A portabilidade de dados remete à possibilidade de transmissão de dados pessoais de um agente para outro. Trata-se de um direito do titular de dados que surgiu em 2012 com a reforma da regulação europeia de proteção de dados pessoais, quando foi concebido como extensão da autodeterminação informativa, isto é, direito de manter controle de forma contínua sobre seus próprios dados. Tal como os direitos à exclusão,

ao acesso e à retificação, a portabilidade seria mais uma forma de empoderar o titular de dados pessoais a exercer efetivo controle sobre como seus dados são tratados. Com este direito, o sujeito poderia escolher e trocar, sem embaraços, de agente responsável pelo tratamento de seus dados.<sup>4</sup>

A nível global, o GDPR representa o primeiro grande esforço de posituação do direito à portabilidade de dados de forma transversal.<sup>5</sup> O principal fundamento do direito à portabilidade no GDPR é exatamente a autodeterminação informativa, conforme indicado pelo Considerando nº 68 da norma que enuncia a criação do direito à portabilidade de dados e guia sua interpretação.<sup>6</sup> No mesmo sentido, pode-se destacar as diretrizes relacionadas ao direito à portabilidade emitidas pelo grupo de trabalho Artigo 29 (WP29). Nesta oportunidade, o WP29 afirmou expressamente a autodeterminação informativa enquanto fundamento central do direito à portabilidade de dados do GDPR, já reconhecendo as potenciais implicações concorrenciais desse direito:

Enquanto o direito à portabilidade de dados pessoais também pode aumentar a competição entre serviços (ao facilitar as trocas), o GDPR está regulando dados pessoais e não a concorrência. Em particular, o artigo 20 não limita os dados portáveis para aqueles necessários ou úteis para a troca de serviços.<sup>7</sup>

Entretanto, acadêmicos e atores relevantes logo passaram a apontar as potenciais implicações concorrenciais do direito à portabilidade de dados pessoais, reconhecendo que se trata de direito na interface entre a defesa da concorrência, proteção do consumidor e proteção de dados pessoais.<sup>8</sup>

## 1.2. PORTABILIDADE DE DADOS E CONCORRÊNCIA

Para compreender por que a portabilidade de dados importa para a defesa da concorrência, vale refletir o papel dos dados na economia digital. De uma perspectiva concorrencial, os últimos anos foram marcados por debates sobre como dados devem ser encarados. Alguns chegam a argumentar que a posse de dados está diretamente relacionada à detenção de poder de mercado<sup>9</sup> por agentes e, por isso, deveria ser vista como uma vantagem competitiva de grandes firmas de tecnologia.<sup>10</sup> Outros, por sua vez, questionavam essa afirmação, argumentando que conjuntos de dados são replicáveis, que dados são bens não rivais, amplamente disponíveis para potenciais novos concorrentes e que só geram valor na medida em que são associados à capacidade de processamento de agentes econômicos.<sup>11</sup>

Com a evolução do debate, chegou-se uma posição de meio que reconhece que dados importam na economia digital - ainda que o grau de importância varie a depender do mercado analisado, do tipo de dado e como ele é utilizado em cada caso.<sup>12</sup> Por exemplo, para os modelos de negócio que envolvem publicidade digital, a utilização de dados possibilita a personalização de serviços e ofertas que é essencial.<sup>13</sup> Vale indicar, nesse ponto, que quando se fala em *big data* como insumo para plataformas, esta pode envolver dados pessoais e não pessoais.

A relevância de dados como insumo é aliada a mais outras características dos mercados digitais: a existência de efeitos de rede e de economias de escala e escopo. Os efeitos de rede corresponde à ideia de que a conveniência de utilizar uma tecnologia ou serviço aumenta à medida que aumenta o número de usuários que a adota<sup>14</sup> – por

exemplo, só faz sentido utilizar uma rede social que outros amigos também usam. Por sua vez, as economias de escala ocorrem quando a produção de um bem é feita a partir de um preço fixo e os custos adicionais para distribuição e venda para outros usuários é muito baixo ou quase zero. Por exemplo, a atualização do aplicativo Google teria praticamente o mesmo preço seja para atender a mil usuários ou para atender 100 milhões de usuários que utilizam a plataforma. Nesse sentido, diferentemente de mercados tradicionais em que para atender um usuário adicional, seria necessário incorrer em novos custos de produção e distribuição, em mercados digitais esses custos não aumentam proporcionalmente.<sup>15</sup> Por fim, as economias de escopo ocorrem quando agentes podem expandir suas atividades em novas áreas - por exemplo, a partir do uso da marca, *expertise* técnica e dados de preferência consumidores, plataformas digitais são aptas a expandir sua atuação para outras áreas do ecossistema digital.<sup>16</sup>

A confluência dessas quatro características possibilita, por sua vez, os chamados *feedback loops*. Quanto mais informações sobre preferências e comportamento do consumidor detivessem, mais as empresas poderiam melhorar a qualidade de seu produto e serviços, atraindo cada vez mais usuários e criando um ciclo vicioso (*user feedback loops*). Paralelamente, ao atrair mais usuários, plataformas contam com o aumento de verbas publicitárias do outro lado do mercado (*monetisation feedback loops*), gerando, ainda, maior investimento em qualidade dos serviços, o que, por sua vez, implicaria na atração de mais usuários e mais dados.<sup>17</sup> Nesse sentido, fala-se em *data-driven network effects*: isto é, a ideia de que quanto mais usuários utilizam um serviço ou produto, mais atraente este se torna, especialmente em razão das economias escala e escopo relacionadas aos dados coletados.<sup>18</sup>

Essas características dos mercados digitais, como os efeitos de rede e as economias de escala e escopo, por sua vez, poderiam gerar um efeito de “aprisionamento do consumidor” (*lock in*), à medida que aumentariam os custos de troca dos usuários. Um exemplo ilustrativo é o caso do usuário de um serviço de *streaming* de música, que conta com *playlists* próprias e suas últimas músicas escutadas neste serviço.<sup>19</sup> O fato de “perder” estas informações poderia ser um considerável impeditivo para a sua mudança de serviço, aprisionando o usuário. O direito à portabilidade de dados, então, possibilitaria a esse usuário mover suas informações para um novo serviço, reduzindo os custos de troca e, portanto, facilitando-a - trata-se portanto de forma de combater *lock-ins* gerados por dados.

A redução dos custos de troca também se relaciona às possibilidades de entrada de novos concorrentes em determinado mercado;<sup>20</sup> quanto mais fácil for trocar de serviço, mais incentivos os usuários teriam para o fazer, passando a utilizar serviços de novas empresas e, conseqüentemente, mais incentivos estas teriam para inovar. Paralelamente, os serviços já estabelecidos no mercado teriam maiores incentivos para manterem a qualidade e competitividade de seus produtos – dada a facilidade e potencialidade de entrada e troca. Nesse sentido, a portabilidade de dados seria um instrumento apto a endereçar “aprisionamentos” gerados por dados e assim promover a concorrência em mercados digitais.

Como será aprofundado na seção 3, é uma unanimidade entre os estudos sobre concorrência em mercados digitais que obrigações de acesso a dados – incluindo regimes de portabilidade e de interoperabilidade – seriam instrumentos regulatórios centrais

para a garantia de ambientes digitais competitivos.<sup>21</sup> Para mencionar o exemplo mais recente, o Comitê Judiciário da Câmara dos Estados Unidos publicou recentemente investigação sobre a competição em mercados digitais, em que aponta a existência de amplo poder de mercado por plataformas digitais. A fim de indicar possíveis soluções legislativas aptas a restaurar a competição em mercados digitais, determinações de interoperabilidade e portabilidade de dados possuem um papel, em conjunto com uma aplicação vigorosa do direito antitruste.<sup>22</sup>

## 2. O IMPACTO EFETIVO DA PORTABILIDADE DE DADOS PARA A CONCORRÊNCIA

### 2.1. LIMITAÇÕES DO DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS

Por se tratar de direito desenvolvido a partir dos fundamentos da proteção de dados pessoais, alguns autores passaram a apontar uma série de limitações do direito à portabilidade conforme positivado no GDPR para o objetivo de promoção da concorrência.

Em primeiro lugar, em razão de seu próprio objeto, o direito à portabilidade não teria a preocupação de garantir os direitos de concorrentes a ter acesso ao dado portado – por exemplo, no GDPR a portabilidade gera, ao titular de dado pessoal, somente um direito de receber seus dados e transmiti-los sem a criação de obstáculos<sup>23</sup>. Na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 ou LGPD), por sua vez, a lei chega a prever que a portabilidade de dados se dará a outro fornecedor de serviço ou produto (Art. 18, V). Ainda que não esclareça se o titular de dados pessoais pode exigir a transferência direta de seus dados ou não, fato é que a lei brasileira prevê o envio de dados pessoais para outro fornecedor.<sup>24</sup>

Além disso, um outro ponto que foi levantado como potencial limitação do direito à portabilidade de dados para objetivos concorrenciais seria o escopo desse direito.<sup>25</sup> O art. 20 do GDPR prevê a portabilidade de dados fornecidos<sup>26</sup> pelo titular de dados pessoais - entretanto, o WP29 defende uma interpretação ampliada da expressão, que incluiria dados voluntariamente cedidos pelo indivíduo e observados pela plataforma.<sup>27</sup> Além disso, o regulamento europeu limita o exercício deste direito a apenas duas bases legais (contrato e consentimento) e prevê que não deve afetar os direitos de terceiros. No Brasil, por sua vez, a LGPD não chega a definir quais dados são portáveis, afirmando tão somente que o segredo de negócio deve ser resguardado (art. 18, inc. V) e que dados anonimizados não podem ser objeto de portabilidade (art. 18 § 7º). Seria possível, assim, concluir que dados pessoais inferidos ou derivados, isto é, gerados ou complementados em decorrência do tratamento de dados pessoais pelo controlador possivelmente não poderiam ser objeto do direito à portabilidade.<sup>28</sup>

Ao analisar essa limitação de escopo, alguns estudiosos argumentam que, enquanto o acesso somente a dados fornecidos limitaria sobremaneira o potencial decorrente do direito a portabilidade, a transmissão de dados observados e fornecidos seria suficiente para possibilitar o desenvolvimento de novos concorrentes.<sup>29</sup> De fato, parece central que novas plataformas possam utilizar dados brutos para treinar seus algoritmos – isto é, desenvolverem suas capacidades em termos de *data analytics* – mesmo antes de chegar a uma massa crítica de usuários. Nesse sentido, a portabilidade de dados pessoais possibilitaria novas firmas “furarem” os ciclos de *data-driven feedback loops*,

estimulando a inovação no nível de *analytics*, que, por sua vez, possibilitaria também a inovação a nível de serviços.<sup>30</sup>

Sabe-se de poucas análises empíricas sobre o efetivo potencial do direito à portabilidade de dados pessoais promover maior concorrência. Neste sentido, vale recuperar estudo realizado no âmbito do Engelberg Center on Innovation Law & Policy, da NYU School of Law, que exportou e anonimizou dados a partir da ferramenta Download Your Information do Facebook (“DYI” ferramenta que permite a portabilidade à medida que o usuário exporta seus dados de um serviço e faz o *upload* em outro) e as entregou para a comunidade de desenvolvedores de Nova Iorque.<sup>31</sup> Os autores, então, questionaram engenheiros de diversos níveis sobre como os últimos poderiam utilizar os dados obtidos para desenvolver novos produtos e funções. Segundo os pesquisadores, a partir das entrevistas, foi possível concluir que os entrevistados não conseguiriam recriar uma plataforma similar ao Facebook ou um concorrente direto, indicando, como justificativa, que os dados seriam muitas vezes descontextualizados e insuficientes para a criação de novas funcionalidades inovadoras.<sup>32</sup>

É possível argumentar que essa descontextualização dos dados indicada pelo estudo da NYU se relacionasse exatamente à limitação da portabilidade de dados pessoais em face de direitos de terceiros.<sup>33</sup> Por exemplo, o estudo afirma que, a partir da ferramenta DYI, os desenvolvedores teriam acesso à informação “Alan Aaronson comentou na foto de Brandi Barnacle”, mas não à foto de Brandi Barnacle. A questão acerca da limitação da portabilidade em face dos direitos de terceiros,<sup>34</sup> nesse sentido, mostra-se também como relevante ponto para a discussão da potencial efetividade do direito de uma perspectiva concorrencial.

Com efeito, essa limitação na verdade parece remontar a uma tensão que resta no centro da portabilidade de dados pessoais, enquanto ponto de interface entre a proteção de dados pessoais e a concorrência. Peter Swire comenta que se trata de dilema entre, de um lado, as pretensões do direito antitruste de abrir fluxos de dados, para promover inovação e concorrência, e, de outro, as razões para fechar fluxos de dados a partir da regulação da privacidade e cibersegurança, por exemplo, que buscariam garantir maior controle dos usuários sobre seus dados pessoais e combater acessos não autorizados.<sup>35</sup>

Por fim, uma outra crítica feita à possibilidade de o direito à portabilidade de dados atender aos objetivos do antitruste foi formulada pelo mesmo Peter Swire, em coautoria com Yianni e Lagos, no artigo “Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and privacy critique”. Um ponto levantado pelos autores é que a portabilidade seria aplicável independentemente do poder de mercado dos agentes envolvidos, criando custos e obrigações para numerosas empresas pequenas e médias, sem gerar um benefício correspondente à concorrência ou ao bem-estar do consumidor.<sup>36</sup>

Nesse sentido, a referida regra aplicada de forma transversal, isto é, igualmente para “empresas de garagem” e grandes monopolistas, poderia reduzir os incentivos para a inovação: seria, por exemplo, o caso de uma nova empresa com um plano de negócios baseado no não-compartilhamento de dados do consumidor. Escrevendo em 2012, os autores concluíam que o direito à portabilidade conforme proposto no GDPR, ainda

que, de alguma forma, se relacionasse à promoção da concorrência, não seria harmonizável com o método de análise tradicional do direito antitruste, que necessariamente consideraria o poder de mercado dos agentes e possibilidades de dano antes de criar qualquer obrigação de portabilidade.<sup>37</sup>

De fato, a criação de custos de *compliance* para agentes de mercado de todos os portes tem sido apontada como um ponto de atenção para a interpretação e aplicação do direito à portabilidade dos titulares de dados pessoais.<sup>38</sup> Por exemplo, um estudo recente afirma que o custo de implementação do direito à portabilidade de forma transversal para todas as organizações dos Estados Unidos equivaleria cerca de 510 milhões de dólares anualmente – somando os custos de autenticação e de processamento.<sup>39</sup> Não por outra razão, alguns discutem a adoção de regulação assimétrica para agentes menores e entrantes, possibilidade efetivamente mencionada pela LGPD ao prever potencial regulamentação diferenciada para “microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação” (Art. 55-J, XVIII).

Assim, é possível concluir que, embora o direito à portabilidade – em algum nível – tenha a autodeterminação informativa e a promoção da concorrência como fundamentos comuns, da forma como criado na regulação de proteção de dados pessoais, ele chega a esbarrar na defesa da concorrência em alguns pontos, sendo possível identificar relevantes limitações em sua aplicação com vistas à promoção da concorrência. Pode-se, então, pensar em remédios regulatórios e concorrenciais alternativos e independentes que também poderiam endereçar as questões de *lock-in* e promover a concorrência e inovação em mercados relacionados a dados – conforme será apresentado na seção 3. De todo modo, pode-se concluir que se trata, efetivamente, de um espaço de interface entre esses dois campos, incluindo, ainda, a proteção do consumidor.<sup>40</sup>

## 2.2. PORTABILIDADE DE DADOS NA EUROPA

Como se trata da primeira experiência internacional de positivação transversal do direito à portabilidade de dados pessoais, vale analisar brevemente de que forma esse direito foi implementado desde a entrada em vigor do GDPR em maio de 2018. Logo que o GDPR foi aprovado, alguns autores já apontavam que as potenciais implicações concorrenciais do direito à portabilidade dependeriam da forma como o direito seria interpretado e aplicado.<sup>41</sup>

Com o aniversário de dois anos do GDPR, diferentes órgãos buscaram olhar criticamente para a aplicação da norma. Pesquisa de opinião conduzida pela European Union Agency for Fundamental Rights concluiu que, enquanto 69% dos respondentes já havia ouvido falar do GDPR, somente 51% sabia de norma que possibilitava o acesso aos dados pessoais relativos a si mantidos por empresas privadas (com 60% para dados mantidos por administradores públicos).<sup>42</sup>

A Comissão Europeia, por sua vez, preparou relatório de avaliação e revisão da aplicação do GDPR a ser entregue ao Parlamento Europeu e ao Conselho da União Europeia. Apesar do tom otimista do relatório, o direito à portabilidade de dados pessoais é apontado como um que não atingiu seu potencial completo. A realização desse potencial, por sua vez, é indicada como uma das prioridades da Comissão, uma vez que com o aumento no uso da Internet das Coisas a possibilidade de troca facilitada entre fornecedores

seria extremamente relevante. O diagnóstico da Comissão é que a falta de padronização colocaria desafios para a disponibilização de dados em formato *machine-readable*. A solução, nesse sentido, poderia estar associada ao design de ferramentas apropriadas, formato padronizado e interfaces (API) – incluindo, por exemplo, plataformas de gestão de consentimento, ou mesmo a obrigação de criação de interfaces técnicas e de formatos que permitiriam a portabilidade de dados em tempo real.<sup>43</sup>

Esse diagnóstico parece ressoar no relatório do Centro sobre Regulação na Europa (CERRE) “Making Data Portability More Effective for the Digital Economy”. Segundo este relatório, dois anos após a entrada em vigor da norma, ainda existia pouca evidência que o direito à portabilidade de dados pessoais seja amplamente utilizado.<sup>44</sup> Para os autores, poucos provedores aceitam dados portados por usuários, de modo que existiriam poucas oportunidades para os titulares exercerem esses direitos. Para os autores a razão central para este diagnóstico seriam desafios relacionados à padronização e a ausência de APIs aptas a acessar os dados de forma conveniente e ágil.<sup>45</sup>

Além de referidas questões de padronização, os autores entendem que é possível garantir que o direito à portabilidade seja mais efetivo de diferentes formas. Inclusive, os autores entendem que seria necessária maior segurança jurídica na interpretação desse direito - como, por exemplo, sobre a questão se a portabilidade de dados pessoais aplica-se a dados fornecidos e observados ou somente a dados fornecidos.<sup>46</sup> Antes da entrada em vigor do GDPR, WP29 já havia preparado diretrizes para a interpretação do direito à portabilidade – buscando endereçar alguns dos pontos de incerteza legal em torno do art. 20 da norma europeia, inclusive este mencionado. Ocorre que as orientações do WP29 não são obrigatórias, de modo que é possível que muitos dos temas tratados ali não sejam incorporados nas práticas de agentes de tratamento de dados pessoais ou nas decisões de juízes europeus.<sup>47</sup>

### 3. A PORTABILIDADE DE DADOS PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A livre concorrência é um dos princípios constitucionais da ordem econômica. Nesse sentido, a promoção da concorrência é usualmente um dos objetivos de regimes de regulação. E, de forma semelhante, a regulação e a legislação de defesa da concorrência devem ser entendidas enquanto mecanismos de intervenção na esfera econômica. Existem, entretanto, diferenças relevantes entre os instrumentos utilizados pela regulação e pelo antitruste. Para isso, é comum referir-se à regulação como medida *ex ante* – isto é, prospectiva, por meio do estabelecimento de regras e parâmetros. A legislação de defesa da concorrência, por sua vez, tem um caráter *ex post*, à medida que se trata de resposta reativa a casos específicos.<sup>48</sup>

A portabilidade de dados pessoais, em conjunto com outras propostas sobre acesso a dados, pode ser discutida nessas duas dimensões: regulatória e antitruste. Da perspectiva regulatória *ex ante* – obrigações de garantia de acesso a dados podem se dar de forma de forma transversal (ou horizontal) ou setorial, independentemente de qualquer violação à lei. Nesse sentido, enquanto a portabilidade de dados pessoais conforme prevista na LGPD e GDPR consiste em exemplo de regulação *ex ante* transversal, aplicada a agentes de todos os setores da economia que realizam o tratamento de dados pessoais; a portabilidade numérica, possibilidade de trocar de empresa de telefonia mantendo o mesmo número, é um exemplo de regulação *ex ante* setorial.<sup>49</sup>

É possível discutir, ainda, a portabilidade e outras obrigações de acesso a dados como um remédio concorrencial.<sup>50</sup> Isto é, como intervenção pontual e residual decorrente de procedimento *ex post* conduzido pela autoridade antitruste, responsável por aplicar a legislação de defesa da concorrência. Nesse sentido, uma vez apurado ato capaz de afetar a livre concorrência, é possível que se determine uma obrigação de garantir acesso a dados. De modo geral, vislumbra-se duas oportunidades em que autoridades concorrenciais poderiam se valer da portabilidade: por oportunidade do controle de estruturas, na discussão de remédios; e no controle de condutas, no qual determinada negativa de acesso a dados poderia ser considerada anticompetitiva e a portabilidade poderia representar solução para sustar os efeitos de prática considerada ilícita.

Nessas duas esferas, regulatória e concorrencial, vale diferenciar entre dois instrumentos de compartilhamento de dados que, embora se aproximem, não se confundem: a portabilidade de dados e a interoperabilidade. A portabilidade de dados remete a possibilidade de usuário individual transferir dados de uma plataforma para outra. Por sua vez, a interoperabilidade refere-se à capacidade de sistemas interoperarem, isto é, trabalharem de forma conjunta.<sup>51</sup> O relatório da União Europeia sobre concorrência em mercados digitais distingue três tipos de interoperabilidade: interoperabilidade de protocolo, interoperabilidade de dados e interoperabilidade completa de protocolo.<sup>52</sup>

Nessa seção, com o objetivo de explorar como a portabilidade de dados pode ser vista além da regulação de proteção de dados pessoais, iremos revisitar essas duas outras possíveis abordagens de garantia de acesso a dados: a regulação setorial (3.1.) e a defesa da concorrência (3.2.).

### 3.1. PORTABILIDADE NA REGULAÇÃO SETORIAL

Enquanto a portabilidade de dados na LGPD é determinação regulatória *ex ante* e transversal de disponibilização de dados pessoais, é possível pensar em outras intervenções setoriais com o objetivo central de redução de custo de troca entre provedores. Embora recentemente, esse instrumento ganhou a atenção por se tratar de forma de garantir maior mobilidade de dados na economia digital, a verdade é que não se trata de instrumento regulatório novo. No Brasil, pode-se falar de pelo menos três setores com iniciativas de portabilidade: telefonia, saúde suplementar e financeiro.

No setor de telefonia, a portabilidade consiste na possibilidade de usuários manterem o mesmo número de telefone mesmo que mudem de operadora, endereço ou de plano (na mesma operadora). Sem esse direito, os consumidores poderiam ser obrigados a abandonar seu número de telefone para mudar de operadoras. A portabilidade é válida para telefonia móvel e fixa, sendo estabelecida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em 2007, por meio da Resolução nº 460/2007. Normas semelhantes haviam sido implementadas nos Estados Unidos e Europa em 2003 e 2002.<sup>53</sup> No Brasil, considerando os números entre os anos de 2009 e 2019, ocorrem em média 5,1 milhões de portabilidades numéricas ao ano.<sup>54</sup>

Para o setor de saúde suplementar, esse direito consiste na “possibilidade de contratar um plano de saúde, da mesma operadora ou de uma operadora diferente, sem necessidade de cumprir novos períodos de carência ou de cobertura parcial temporária exigíveis e já cumpridos no plano de origem.”<sup>55</sup> A portabilidade de carências encontra previsão na Resolução nº 186/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

e foi elaborada com o objetivo de permitir a redução dos custos de troca para consumidores e estimular a concorrência no setor de saúde suplementar.<sup>56</sup> Vale destacar que a portabilidade no setor de saúde suplementar não necessariamente envolve uma transmissão de dados entre diferentes provedores, mas sim tratativas separadas nas quais o consumidor encerra uma relação e prova perante a outra operadora de plano de saúde que é elegível para a portabilidade.<sup>57</sup>

Já quanto ao setor financeiro, a portabilidade se dá a partir de três eixos: portabilidade de salário, crédito e cadastro. A Resolução n. 3.402/2006 do Banco Central do Brasil (Bacen) obrigou as instituições financeiras a realizar a portabilidade do salário, cabendo ao funcionário escolher banco em que deseja receber seu salário sem custos adicionais para isso. Já a portabilidade de crédito consiste em possibilidade de o consumidor transferir gratuitamente operações de crédito para outras instituições financeiras, permitindo que negocie melhores condições de crédito (Resolução n. 4.292/2013 do Bacen). Por fim, a regulação do Bacen já prevê há algum tempo também a possibilidade de portabilidade de dados cadastrais – de modo que bancos devem transferir informações do cadastro do cliente caso este assim solicite (Resolução n. 2.835/2001 do Bacen).

Além dessas experiências já tradicionais de concessão relacionadas à portabilidade, o setor financeiro é também palco da principal experiência a nível de regulação de imposição de interoperabilidade: o *open banking*. No mundo, a Inglaterra assumiu a dianteira nesse processo, que se iniciou em 2016 após uma investigação conduzida pela autoridade concorrencial britânica que concluiu pela ausência de concorrência entre bancos de varejo.<sup>58</sup> Lá, a medida é tida como um sucesso e, até o fim de 2019, o sistema contava com 204 provedores cadastrados e foram quantificadas 1,25 bilhão comunicações com a API.<sup>59</sup> Além disso, calcula-se que, ao garantir maior concorrência ao setor, o *open banking* teria um impacto de 27,8 bilhões de libras no PIB.<sup>60</sup>

No Brasil, a implementação do *open banking* foi anunciada em abril de 2019 e foi regulamentada em maio de 2020, com a Resolução Conjunta nº 1 entre o Bacen e o Conselho Monetário Nacional. Conforme delimitado na proposta, o *open banking* é o compartilhamento padronizado de dados diversos de operações bancárias e serviços (notadamente, de iniciação de transação de pagamento e encaminhamento de proposta de operação de crédito) por meio da abertura e integração de sistema. O objetivo da medida é incentivar a inovação, promover a concorrência e aumentar a eficiência (art. 3º). Recorrendo à chamada “autorregulação assistida”, o Bacen coloca aos particulares a decisão de padrões tecnológicos e procedimentos operacionais de desenho da interface (API) e a padronização do leiaute de dados e serviços (art. 44). O prazo para a implementação completa do *open banking* é 25 de outubro de 2021 (art. 55).

Neste sentido, regulações setoriais *ex ante* possuem relevante papel em garantir maior mobilidade de dados na economia digital. Regulações de acesso a dados focadas em setores específicos têm a vantagem de permitir a presença de um regulador que reúna diferentes agentes para superar obstáculos de falta de coordenação entre os agentes econômicos e especificidades técnicas envolvidas em medidas de portabilidade e interoperabilidade.<sup>61</sup> O regulador, ainda, pode monitorar e eventualmente fazer adaptações necessárias na política - sendo facilitada por focar em determinados tipos e escopos de dado,<sup>62</sup> podendo também endereçar eventuais preocupações associadas

à privacidade. Estudando os casos brasileiros de portabilidade com a pesquisadora Anna Binotto, chegamos à conclusão que esses instrumentos foram pensados enquanto direitos dos consumidores que permitiriam a redução dos custos de troca, e, no limite, promoveriam maior concorrência nos setores estudados.<sup>63</sup>

### 3.2. PORTABILIDADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em paralelo a possibilidades setoriais, o antitruste é – bem como a regulação de proteção de dados pessoais – remédio e intervenção aplicável de forma transversal aos setores econômicos. É possível pensar em duas oportunidades em que a defesa da concorrência poderia adotar remédios de acesso a dados: na análise de estruturas (atos de concentração) e condutas – como resposta à conduta de abuso de posição dominante.

O controle de atos de concentração é um dos eixos de atuação da autoridade concorrencial (no caso brasileiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Cade). Trata-se de análise sobre os potenciais efeitos e preocupações concorrenciais de operações entre agentes econômicos, tais como fusões, incorporações, aquisições e outros negócios jurídicos, previamente à sua consolidação. Na análise de atos de concentração, o Cade pode aprovar a operação sem qualquer restrição, reprovar a operação ou estabelecer condições/restrições para mitigar eventuais efeitos nocivos do ato de concentração nos mercados afetados pela operação, os chamados “remédios” (art. 61 da Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2012). Os remédios, ou restrições, podem envolver qualquer ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (art. 61, § 2º, VI), desde medidas chamadas “estruturais”, consistentes, sobretudo, na alienação de ativos ou desfazimento de relações societárias, até a imposição de determinadas obrigações comportamentais. Nesse sentido, é possível que a autoridade da concorrência imponha remédios de acesso a dados em atos de concentração em que entenda que a combinação das bases de dados detidos pela empresa possa colocar riscos à livre concorrência.<sup>64</sup>

No debate internacional, discute-se a imposição de obrigações de acesso a dados para concorrentes em termos conhecidamente denominados “FRAND” (*fair, reasonable, non-discriminatory*), isto é, justos, razoáveis e não discriminatórios.<sup>65</sup> No caso brasileiro, o debate é similar, ainda que não se dê nesses termos. Por exemplo, vale recuperar o caso de *joint venture* criada entre os principais bancos do Brasil para estruturar *bureau de crédito*, cujo principal *input* era exatamente informações provenientes de bancos. Em face dessa integração vertical, o Acordo em Ato de Concentração (ACC) negociado com as partes, que estabeleceu obrigação de fornecimento em condições isonômicas e não discriminatórias com *bureaus de crédito* e bancos (consulentes) e concorrentes que desejassem acessar as informações de insumo e de consulta.<sup>66</sup>

Comentando o caso brasileiro, Daniela Cravo destaca que, em oportunidades passadas, o Cade buscou garantir que o direito à portabilidade já previsto na regulação setorial fosse mais efetivo.<sup>67</sup> Conforme relembra a autora, na análise da compra do HSBC pelo Bradesco, o Cade determinou que o adquirente contasse com informações mais claras e transparentes sobre a possibilidade de portabilidade de crédito e salário, bem como estimulasse clientes do banco HSBC a portar seus fundos para bancos não oligopolistas e, ainda, que melhorasse seus índices de reclamações no Bacen sobre

portabilidade. Mais recentemente, compromisso similar foi firmado na análise do ato de concentração de aquisição de cotas da XP Investimentos pelo Banco Itaú – no qual a parte comprometeu-se a facilitar e não cobrar multa em razão de portabilidade de custódia de investimentos.<sup>68</sup> Trata-se de exemplo no qual regulação pró-competitiva e defesa da concorrência atuam de forma conjunta.

O segundo eixo de atuação da defesa da concorrência é a apuração de infrações à ordem econômica. De forma semelhante aos remédios adotados na análise de atos de concentração, a autoridade concorrencial pode impor como remédios qualquer ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica de determinada conduta anticompetitiva (art. 38, VII). Essa hipótese de estabelecimento de obrigação de acesso a dados já recebe tratamento consideravelmente mais detalhado da doutrina.<sup>69</sup> A Lei de Defesa da Concorrência traz em seu art. 36 as hipóteses de configuração de condutas anticompetitivas, as quais se configuram a partir da produção, ainda que potencial, dos efeitos indicados nos incisos do *caput*, dentre elas, o abuso de posição dominante.

Olhando para a Europa, alguns autores argumentam que tal restrição de acesso aos dados poderia ser considerada violação ao Artigo 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que tipifica o abuso de posição dominante, por meio da criação de dificuldades para competidores e recusa de acesso à bem essencial.<sup>70</sup> No Brasil, Daniela Cravo propõe como restrições à portabilidade de dados poderiam ser enquadradas enquanto potenciais condutas anticompetitivas, como a recusa de contratar (art. 36, § 3º, inc. XI) e a negativa de acesso a uma utilidade essencial, a partir da doutrina da *essential facilities*.<sup>71</sup> Por vezes essas teorias do dano são aplicadas de forma conjunta, ainda que não se confundam.

Os requisitos de configuração de conduta de recusa de contratar, conforme a jurisprudência do Cade são: o primeiro deles é que se trate de agente com posição dominante, isto é, que detenha poder de mercado; o segundo que o insumo tratado seja relevante o bastante para afetar as condições do concorrente de competir naquele determinado mercado; o terceiro, por fim, é que não exista justificativa objetiva razoável. Sem o objetivo de adentrar em detalhe as discussões sobre esses requisitos,<sup>72</sup> vale destacar que existe considerável discussão sobre revisitação crítica da doutrina do *essential facilities* como requisito para a conduta de recusa de acesso a insumo, uma vez que ela possui requisitos estritos de configuração, dificilmente aplicáveis às operações de tratamento de dados.<sup>73</sup>

Dos casos já analisados pelo Cade, vale destacar investigação de conduta anticompetitiva praticada pelo Banco do Bradesco em desfavor do Guiabolso. Segundo a *fintech*, o banco teria adotado segunda senha aleatória, gerada por *token*, para acesso a informações no *internet banking*, o que colocaria dificuldades para o desenvolvimento do Guiabolso e de outras *fintechs*, limitando o acesso a fonte de insumo essencial ao funcionamento (no caso, informações bancárias). Ao longo da instrução do caso, o Bradesco argumentou que a medida se justificava em nome da segurança dos usuários, enquanto o Guiabolso apresentou dados de queda de volume de usuários do Bradesco após a implementação do *token*. O caso foi encerrado por meio de Termo de Compromisso de Cessação, que embora não represente assunção de culpa do Bradesco, estabeleceu a possibilidade de os clientes do Bradesco compartilharem, em seu interesse e com

a menor imposição possível de exigências que prejudiquem a experiência do usuário, seus dados bancários com o GuiaBolso. Vale ressaltar, todavia, as considerações da Superintendência do Cade em manifestação durante a instrução do caso:

“Em analogia ao caso dos bureaus de crédito, que pressupôs que as informações de cada banco são essenciais, para o caso de plataformas de informações bancárias e marketplaces de fornecimento de crédito pessoal, também deve-se procurar garantir que não haja discriminação no acesso a informações bancárias. Sem as informações dos usuários que possuem contas-correntes no Bradesco, a plataforma GuiaBolso perde atratividade pela ótica das instituições financeiras que fornecem crédito. Como consequência da menor presença de instituições financeiras, menos usuários ficam interessados em se conectar ao GuiaBolso. Em resumo, sem as informações de titulares de contas-correntes de bancos importantes, o GuiaBolso pode ter seu modelo inviabilizado pelo ciclo vicioso descrito acima.”<sup>74</sup>

Nesse sentido, enquanto remédio, seria possível estabelecer regimes de obrigação de acesso a dados para firmas com posição dominante. Vale, brevemente, traçar algumas considerações do relatório da União Europeia sobre mercados digitais sobre obrigações de acesso a dados no antitruste em comparação com a portabilidade na proteção de dados pessoais e as regulações setoriais. Um primeiro ponto, é que, em comparação com a LGPD, por exemplo, o antitruste pode estabelecer obrigações de compartilhamento de dados pessoais e não pessoais. No caso de compartilhamento de dados pessoais no antitruste, por sua vez, é necessário que esse compartilhamento tenha base legal – por exemplo, o consentimento, sob pena de violar a privacidade do indivíduo.<sup>75</sup>

Comparando possíveis obrigações firmadas via antitruste ou regulação, setorial, é válido considerar qual dado deve ser portátil – uma vez que como a atuação da autoridade antitruste é mais pontual, seria interessante que esses remédios de acesso fossem resguardados para hipóteses de pedidos factíveis e padronizados. Para casos mais complexos em que adaptações técnicas são requeridas, por exemplo, no caso em que se requer acesso contínuo a determinado dado, a regulação setorial pode ser mais apta.<sup>76</sup>

## 4. CONCLUSÃO

Espera-se que o presente relatório tenha apresentado de que forma a portabilidade de dados pessoais encontra-se na interface entre a regulação de dados pessoais e a defesa da concorrência. Ainda que tenha o potencial de promover a concorrência, ao reduzir os custos de troca de consumidores, é possível vislumbrar limitações desse direito conforme positivado pela LGPD para promover a concorrência em mercados digitais – à exemplo de dificuldades identificadas no GDPR.

Na segunda seção, buscou-se demonstrar como a portabilidade de dados pode ser vista a partir da perspectiva da regulação pró-competitiva e da defesa da concorrência, em conjunto com outras obrigações de acesso a dados como a interoperabilidade. Nesse

sentido, intervenções via regulação de setores específicos ou remédios concorrenciais apresentam perspectivas complementares para enfrentar preocupações associadas à concentração de dados na economia digital. De maneira prospectiva, vislumbra-se um crescimento do foco em debates sobre interoperabilidade e em como este possibilita o *multi-homing*, ao permitir mecanismo de acesso contínuo a dados.<sup>77</sup>

## NOTAS

1. ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Portabilidade Numérica. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/dados/control-de-qualidade/portabilidade>>. Acesso em: 31 ago. 2020.
2. OCDE - WORKING PARTY ON SECURITY AND PRIVACY IN THE DIGITAL ECONOMY. Summary of the OECD Privacy in the Digital Economy - Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking, 2014; MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity, 2011. Disponível em: <[https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI\\_big\\_data\\_exec\\_summary.ashx](https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.ashx)>.
3. Em se tratando de tema amplamente estudado, pode-se citar diversos estudos que buscam compreender os impactos da economia digital na defesa da concorrência. Sob pena de se tornar repetitivo, foram citados somente alguns trabalhos precursores e relevantes nesse sentido, mas é possível enumerar diversos outros que se dedicam ao tema e realizam diagnósticos semelhantes: DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019; MORTON, NIERENBERG, BOUVIER; et al, 2019; CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, SCHWEITZER; et al., 2019; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE & BUNDESKARTELLAMT, 2016.
4. ZANFIR, G. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. International Data Privacy Law, v. 2, n. 3, p. 149–162, 1 ago. 2012.
5. Vale destacar que o GDPR não é a primeira norma a nível europeu a regular o tratamento de dados pessoais, sendo precedido pela Diretiva de Proteção de Dados Pessoais de 1995 (95/46/EC), que já contava com seção destinada aos direitos dos titulares de dados pessoais. Dentre as diversas alterações da norma, as quais não cabe aqui apresentar, alguns desses direitos foram expandidos e novos foram criados – dentre os últimos, a portabilidade de dados. Para uma análise de diferentes iniciativas internacionais de positivação deste direito, ver: PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE. Discussio Paper on Data Portability, 25 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.pdpc.gov.sg/-/media/Files/PDPC/PDF-Files/Resource-for-Organisation/Data-Portability/PDPC-CCCS-Data-Portability-Discussion-Paper---250219.pdf>>. Acesso em: 10 de out de 2020.
6. Para destacar o início do Considerando 68: “Para reforçar o controlo sobre os seus próprios dados, sempre que o tratamento de dados pessoais for automatizado, o titular dos dados deverá ser autorizado a receber os dados pessoais que lhe digam respeito, que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento num formato estruturado, de uso corrente, de leitura automática e interoperável, e a transmiti-los a outro responsável.”
7. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on the right to “data portability”. Brussels: 2016, p. 4. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=611233](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233)>.
8. ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. International Data Privacy Law, v. 2, n. 3, p. 151, 2012; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Bruxelas, European Data Protection Supervisor, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; HEIKE Schweitzer. Competition policy for the digital era. Bruxelas: European Commission, 2019.
9. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data, 2016. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html?nn=3591568>>.
10. STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. Big data and competition policy. First edition ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, p. 45.
11. SOKOL, D. D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and Regulating Big Data. 4 set. 2016, pp. 1135-1140.
12. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike; et al. Competition policy for the digital era. 2019,

- pp. 74-75. Disponível em: <[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019.
13. DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. London: 2019, p. 115. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>. Acesso em: 9 out. 2019.
14. CRÉMER, J. et al. Competition policy for the digital era. 2019, p. 2. Disponível em: <[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019.
15. MORTON, F. S. et al. Report: Committee for the Study of Digital Platforms-Market Structure and Antitrust Subcommittee. George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business, 2019, pp. 36-37.
16. DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. London: 2019, p. 32. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>. Acesso em: 9 out. 2019.
17. OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. 2016, p. 10. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2020; STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Big data and competition policy. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, pp. 175-176.
18. OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. 2016, p. 10. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2020; STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Big data and competition policy. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, pp. 7.
19. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2016, p. 5.
20. OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. 2016, p. 27. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2020.
21. Para compilação sobre relatórios e estudos recentes sobre o tema da concorrência em mercados digitais, ver: LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em Mercados Digitais: uma Revisão dos Relatórios Especializados. 2020. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalho5\\_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalho5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf)>.
22. NADLER, Jerrold; CICILLINE, David N; BOND, Slade; et al. Investigation of Concentration in Digital Markets. 2020. Disponível em: <[https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2020.
23. GERADIN, D.; KUSCHEWSKY, M. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. SSRN Electronic Journal, 12 fev. 2013.
24. FRAZÃO, A. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. Revista do Advogado, v. 144, p. 42, nov. 2019; PONCE, P. P. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 154, 17 jun. 2020.
25. VANBERG, A. D.; 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, 4 mar. 2017, p. 3.
26. Para discussões sobre portabilidade de dados, é útil recorrer a tipologias sobre dados pessoais. Segundo a tipologia do Fórum Econômico Mundial, dados pessoais podem ser divididos em: dados voluntários, isto é, criados e explicitamente compartilhados por indivíduos; dados observados – ou seja, capturados por agentes de tratamento a partir das atividades de indivíduos online; e dados inferidos, informações sobre indivíduos baseadas na análise de informações voluntárias ou observadas. WORLD ECONOMIC FORUM. Personal Data: The Emergence of a New Asset Class. 2011, p. 7. Disponível em: <[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset)>

[Report\\_2011.pdf](#)>. De forma semelhante, a OCDE propõe uma tipologia que chama os dados voluntários de dados fornecidos e divide os dados inferidos em duas categorias: dados derivados e dados inferidos. Enquanto dados derivados são dados gerados a partir de outros dados, a partir de meios mecânicos e sem raciocínio probabilístico; os dados inferidos são produto de processos de análises probabilísticas. OCDE - WORKING PARTY ON SECURITY AND PRIVACY IN THE DIGITAL ECONOMY. Summary of the OECD Privacy in the Digital Economy - Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking. 2014, p. 5. Disponível em: <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dsti/iccp/reg\(2014\)3&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dsti/iccp/reg(2014)3&doclanguage=en)>.

27. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on the right to “data portability”. Brussels: 2016, p. 9. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=611233](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233)>.

28. PONCE, Paula Pedigoni. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 155, 2020.

29. JAN KRÄMER; PIERRE SENELLART; ALEXANDRE DE STREEL. Making data portability more effective for the digital economy. 2020, p. 53. Disponível em: <<https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effective-digital-economy/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

30. Ibid., p. 63.

31. NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors? 2019. Disponível em: <<https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/Data%20Portability%20and%20Platform%20Competition%20-%20Is%20User%20Data%20Exported%20From%20Facebook%20Actually%20Useful%20to%20Competitors.pdf>>.

32. Ibid., p. 14.

33. Nesse sentido, o pesquisador Gabriel Nicholas – responsável pelo estudo da NYU School of Law, expandiu o argumento ali descrito para concluir que a portabilidade de dados pessoais pensada a partir de uma

perspectiva individual não é apta a garantir a superação dos efeitos de rede associados a plataformas digitais. Nesse sentido, o autor propõe que seja pensado um regime de portabilidade coletiva, por exemplo que seja apto a minar os efeitos de rede usualmente associados com a possibilidade de troca de um fornecedor. Seria o caso, por exemplo, de um grupo de amigos que opta por migrar de rede social de forma conjunta. NICHOLAS, Gabriel. Taking It With You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3550870>>. Acesso em: 10 out. 2020.

34. EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy. 2019, p. 14. Disponível em: <<https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/data-portability-privacy-white-paper.pdf>>.

35. Esse ponto foi tratado na apresentação de Peter Swire no evento organizado pelo Federal Trade Commission sobre portabilidade (Data to Go), em 24 de setembro de 2020. Data To Go: An FTC Workshop on Data Portability. 2020. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/video/data-go-ftc-workshop-data-portability>>. Acesso em: 10 out. 2020. O tema é tratado em maior detalhe em seu novo artigo sobre portabilidade: SWIRE, Peter. The Portability and Other Required Transfers Impact Assessment: Assessing Competition, Privacy, Cybersecurity, and Other Considerations. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3689171>>. Acesso em: 10 out. 2020.

36. SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique Special Feature: Cyberlaw: Essay. Maryland Law Review, n. 2, p. 352, 2012.

. Ibid., pp. 338-339.

38. OCDE - WORKING PARTY ON SECURITY AND PRIVACY IN THE DIGITAL ECONOMY. Summary of the OECD Privacy in the Digital Economy - Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking. 2014, p. 43. Disponível em: <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dsti/iccp/reg\(2014\)3&doclanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dsti/iccp/reg(2014)3&doclanguage=en)>; PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF

SINGAPORE. Discussion paper on Data Portability. 2019, p. 17. Disponível em: <<https://www.pdpc.gov.sg/-/media/Files/PDPC/PDF-Files/Resource-for-Organisation/Data-Portability/PDPC-CCCS-Data-Portability-Discussion-Paper---250219.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

.MCQUINN, Alan; CASTRO, Daniel. The Costs of an Unnecessarily Stringent Federal Data Privacy Law. Information Technology and Innovation Foundation, 2019. Disponível em: <<https://itif.org/publications/2019/08/05/costs-unnecessarily-stringent-federal-data-privacy-law>>. Acesso em: 10 out. 2020.

40. Vale, neste sentido, apresentar a iniciativa da autoridade de proteção de dados da Singapura. Esta, promoveu estudo para avaliar as vantagens e desafios associados à introdução de uma “exigência de promoção de portabilidade de dados” (data portability requirement). O estudo, então, concluiu que se trata de área de sobreposição entre a proteção de dados pessoais e política de defesa da concorrência, de modo que ambas as perspectivas deveriam ser levadas em consideração na sua implementação (PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE, 2019, pp. 3-4). Nesse sentido, o objetivo da portabilidade de dados não seria somente o de empoderar o titular de dados pessoais, mas também o de possibilitar maiores fluxos de dados – facilitando o acesso a dados e inovação nos usos de dados, possibilitando novos modelos de negócio e diminuindo as barreiras de entrada onde o dado é um ativo importante para que os concorrentes ofereçam produtos competitivos (PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE, 2019, p. 5).

41. BAPAT, Anita. The new right to data portability. Privacy and Data Protection, v. 13, n. 3, 2013, p. 4; ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. International Data Privacy Law, v. 2, n. 3, 2012, p. 153.

42. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. Your rights matter: data protection and privacy : fundamental rights survey. 2020, p. 12. Disponível em: <[https://op.europa.eu/publication/manifestation-identifier/PUB\\_TK0220383ENN](https://op.europa.eu/publication/manifestation-identifier/PUB_TK0220383ENN)>. Acesso em: 11 out. 2020.

43. EUROPEAN COMMISSION. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL: Data protection as a pillar of citizens’ empowerment and the EU’s approach to the digital transition - two years of application of the General Data Protection Regulation. 2020, pp. 8-9. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1\\_en\\_act\\_part1\\_v6\\_1.pdf?utm\\_source=POLITICO\\_EU&utm\\_campaign=10cd56c923-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2020\\_06\\_24\\_10\\_35&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_10959edeb5-10cd56c923-190537071](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1_en_act_part1_v6_1.pdf?utm_source=POLITICO_EU&utm_campaign=10cd56c923-EMAIL_CAMPAIGN_2020_06_24_10_35&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-10cd56c923-190537071)>. Acesso em: 11 out. 2020.

44. KRÄMER, Jan; SENELLART, Pierre; STREEL, Alexandre de. Making data portability more effective for the digital economy. 2020, p. 76. Disponível em: <<https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effective-digital-economy/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

45. Ibid., p. 86.

46. Ibid., p. 86.

47. Ibid., p. 20.

48. VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.). The Oxford Handbook of Regulation. [s.l.]: Oxford University Press, 2010, p. 16–38. Disponível em: <<http://oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199560219.001.0001/oxfordhb-9780199560219-e-2>>. Acesso em: 11 out. 2020.

49. KRÄMER, Jan; SENELLART, Pierre; STREEL, Alexandre de. Making data portability more effective for the digital economy. 2020, p. 18. Disponível em: <<https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effective-digital-economy/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

50. CRAVO, Daniela Copetti. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 96.

51. Na definição da ISO/IEC 2382-1:1993: “A interoperabilidade é a capacidade de comunicar, executar programas ou transferir dados entre várias unidades funcionais de uma maneira que requer que o usuário tenha pouco ou nenhum conhecimento das características únicas dessas unidades”.

52. A interoperabilidade de protocolo é a capacidade de dois serviços ou produtos trabalharem de forma conjunta, e que serviços complementares possam ser fornecidos. A interoperabilidade de protocolo pode ser realizada por serviços complementares com relação a um mesmo sistema operacional ou entre diferentes serviços complementares. A interoperabilidade de dados, por sua vez, é semelhante à portabilidade de dados, mas ela permite o acesso em tempo real, de forma padronizada, por exemplo, a partir do acesso a dados por meio de API. A interoperabilidade de dados sempre pressupõe alguma interoperabilidade de protocolo – como o caso de um serviço A que oferece uma API utilizada pelo serviço B. Por fim, a completa interoperabilidade de protocolo é aquela que possibilita que dois ou mais serviços substitutos possam interoperar – com a interconexão entre diferentes redes de telecomunicação sendo o principal exemplo. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike; et al. Competition policy for the digital era. 2019, pp. 83-85. Disponível em: <[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019.

53. SWIRE, Peter. The Portability and Other Required Transfers Impact Assessment: Assessing Competition, Privacy, Cybersecurity, and Other Considerations. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020, p. 37. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3689171>>. Acesso em: 10 out. 2020.

54. Números da Portabilidade. ABR Telecom. Disponível em: <<https://www.abrtelecom.com.br/numeros-portabilidade/total-geral>>. Acesso em: 11 out. 2020.

55. Trocar de plano de saúde sem cumprir carência. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras-sp-630100786/contratacao-e-troca-de-plano/trocar-de-plano-de-saude-sem-cumprir-carencia>>. Acesso em: 11 out. 2020.

56. ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Exposição de Motivos para a publicação da Resolução Normativa sobre mobilidade com portabilidade de carências. 2008. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas\\_publicas/cp\\_29\\_exposicao\\_de\\_motivos.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/consultas_publicas/cp_29_exposicao_de_motivos.pdf)>.

57. BINOTTO, A.; PONCE, P. P. Data Portability: lessons from other sectoral experiences. In: II Rio International Workshop on Advances in Competition Policy Analysis. 2019. Disponível em: <[https://15336660-a-342-4872-b93a-7a6bbb30cc08.filesusr.com/ugd/74b215\\_82a24a6fb9164d46babf-dc3272f78461.pdf](https://15336660-a-342-4872-b93a-7a6bbb30cc08.filesusr.com/ugd/74b215_82a24a6fb9164d46babf-dc3272f78461.pdf)>.

58. DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. London: 2019, p. 69. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>. Acesso em: 9 out. 2019.

59. Open Banking 2019 Review. Disponível em: <<https://www.openbanking.org.uk/open-banking-2019-review/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

60. CTRL-SHIFT. Data Mobility: The personal data portability growth opportunity for the UK economy, 2018. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/755219/Data\\_Mobility\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/755219/Data_Mobility_report.pdf)>.

. Vale destacar que o relatório de defesa da concorrência afirma do Stigler Cener afirma que o sistema de pontuação de crédito do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414 de 2011) opera como interoperabilidade estabelecida em lei a medida que garante o compartilhamento de dados. MORTON, F. S. et al. Report: Committee for the Study of Digital Platforms-Market Structure and Antitrust Subcommittee. 2019, p. 16. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FE-F7A81E1F95C1DDC5225E&hash=2D23583F-F8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>>.

62. DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. London: 2019, p. 5; p. 71. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>. Acesso em: 9 out. 2019.

63. BINOTTO, A.; PONCE, P. P. Data Portability: lessons from other sectoral experiences. In: II RIO INTERNATIONAL WORKSHOP ON ADVANCES IN COMPETITION POLICY ANALYSIS. 2019, p. 19. Disponível em: <<https://>>

[15336660-a342-4872-b93a-7a6bbb30cc08.filesusr.com/ugd/74b215\\_82a24a6fb-9164d46babfdc3272f78461.pdf](https://filesusr.com/ugd/74b215_82a24a6fb-9164d46babfdc3272f78461.pdf)>.

64. A depender dos serviços e mercado, por sua vez, obrigações de interoperabilidade entre produtos podem ser utilizadas no contexto de atos de concentração. Por exemplo, na análise de ato de concentração entre a Qualcomm, empresa fabricante de chips, e NXP, empresa fabricante de semicondutores, a Comissão Europeia determinou que os produtos da NXP possuísem o mesmo nível de interoperabilidade entre aquisições entre si e com outros competidores. Mergers: Qualcomm's takeover of NXP conditionally approved. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_347)>. Acesso em: 12 out. 2020.

65. OCDE. Consumer Data Rights and Competition - Background note by the Secretariat, 10 jun. 2020, p. 39.

66. BRASIL, CADE. Ato de Concentração no 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A., 16 nov. 2016.

67. CRAVO, D. C. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, p. 61.

68. Vale destacar que a portabilidade de custódia é prevista pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 542/2013, no art. 10.

69. Para citar oportunidades em que recebeu tratamento detalhado: YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. Faculty Scholarship at Penn Law, 2012. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/422](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/422)>; GRAEF, Inge; VERSCHAKELLEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review, 2013. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/281092445\\_Putting\\_the\\_right\\_to\\_data\\_portability\\_into\\_a\\_competition\\_law\\_perspective](https://www.researchgate.net/publication/281092445_Putting_the_right_to_data_portability_into_a_competition_law_perspective)>; CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike; et al. Competition policy for the digital era. 2019. Disponível em: <[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019.

<[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019.

70. VANBERG, A. D.; 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, 4 mar. 2017, p. 7; GERADIN, D.; KUSCHEWSKY, M. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. SSRN Electronic Journal, 12 fev. 2013, p. 8; p. 14.

71. CRAVO, D. C. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, p. 104.

72. Para análise mais detalhada, ver: PONCE, P. P. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, p. 134–176, 17 jun. 2020.

73. CRÉMER, J. et al. Competition policy for the digital era. 2019, p. 98. Disponível em: <[http://publications.europa.eu/publication/manifestation\\_identifier/PUB\\_KD0419345ENN](http://publications.europa.eu/publication/manifestation_identifier/PUB_KD0419345ENN)>. Acesso em: 9 out. 2019; GUGGENBERGER, Nikolas. Essential Platforms. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3703361>>. Acesso em: 12 out. 2020.

74. BRASIL, CADE. Processo administrativo nº 08700.004201/2018-38. Representante: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC Representado: Banco Bradesco S.A. Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE., 30 abr. 2019.

75. Ibid., p. 107.

76. Ibid., p. 107.

77. MORTON, Fiona Scott; KADES, Michael. Interoperability as a competition remedy for digital networks. Disponível em: <<https://equitablegrowth.org/working-papers/interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks/>>. Acesso em: 12 out. 2020.



Acesse nossas redes



[itsrio.org](http://itsrio.org)