

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS:
NECESSIDADE DE REGULAÇÃO *EX ANTE* E *EX POST***

DANIELA COPETTI CRAVO

Porto Alegre

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS:
NECESSIDADE DE REGULAÇÃO *EX ANTE* E *EX POST***

DANIELA COPETTI CRAVO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora em Direito, na Linha de Pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica”, ênfase II: “Consumidor e Concorrência”.

Orientador: Professor Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre
2018

CIP - Catalogação na Publicação

Cravo , Daniela Copetti
DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS: NECESSIDADE DE
REGULAÇÃO EX ANTE E EX POST / Daniela Copetti
Cravo . -- 2018.
201 f.
Orientador: Augusto Jaeger Junior.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Portabilidade de Dados . I. Jaeger Junior,
Augusto, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO**DANIELA COPETTI CRAVO**

_____ de _____ de 2018

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Orientador

Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Prof. Dr. Bruno Miragem

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Prof. Dr. Fabiano Menke

Profa. Dra. Andressa Schneider

RESUMO

A disputa agressiva no mercado pelo acesso a dados torna imperiosa uma atualização da proteção à privacidade e aos dados pessoais, como também reclama a aplicação de outros institutos, tais quais os de defesa da concorrência e do consumidor. Uma proposta que abarca essas diferentes áreas de proteção é a instituição do direito à portabilidade de dados.

Esse direito – além de empoderar os indivíduos e permitir que esses exerçam sua autodeterminação informacional – é um mecanismo de fomento e promoção da concorrência e de exercício do direito de escolha pelo consumidor. Por meio desse, os *switching costs* e o efeito *lock-in* tendem a ser diminuídos, o que permite uma mobilidade dos consumidores e uma redução das barreiras no mercado.

Assim, a portabilidade não só é desejada como é uma necessidade da atualidade. Dúvidas existem, no entanto, quanto à forma de implementação da portabilidade, isto é, se essa deveria ser abarcada em uma política regulatória de proteção de dados (regulação *ex ante*) ou na política da concorrência (regulação *ex post*), caso em que uma negativa de portabilidade poderia ser visualizada como uma infração à ordem econômica.

O problema de pesquisa dessa Tese, portanto, é o responder a tais dúvidas, partindo da seguinte questão: como deverá ser endereçada no Brasil a portabilidade de dados? Já os problemas específicos são os seguintes: (i) a portabilidade poderia ser endereçada apenas pela defesa da concorrência? (ii) Em caso negativo, é necessária uma regulação geral? (iii) Sendo necessária uma regulação geral, ainda assim haverá a aplicação das normas da concorrência? (iv) Existirá, ademais, a necessidade de garantir o direito da portabilidade por meio da defesa do consumidor?

Para tanto, a Tese utilizou o método dedutivo de abordagem e foi dividida em duas grandes partes. Como fonte de pesquisa, a Tese consultou materiais bibliográficos, jurisprudência e legislações, nacionais e estrangeiras (nomeadamente da União Europeia e dos Estados Unidos da América).

Como resposta ao problema de pesquisa, a Tese concluiu que a portabilidade de dados deve ser abarcada em uma regulação *ex post*, isto é, pelo direito da concorrência, mas também precisa estar inserida em uma regulação geral de proteção de dados, a exemplo da experiência atual da União Europeia com o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu. Sem prejuízo dessa regulação geral, defende-se a portabilidade de dados como um direito do consumidor e sugere-se, para a plena concretização desse direito, um acréscimo legislativo ao Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Portabilidade de Dados, Direito da Concorrência, Defesa do Consumidor, Proteção de Dados Pessoais

RÉSUMÉ

La bataille acharnée sur l'accès aux données appelle non seulement de mettre à jour la protection de la vie privée et des données personnelles, mais également à la mise en action d'autres modalités de protection, tels que ceux pour la concurrence et la protection des consommateurs. L'établissement du droit à la portabilité des données est une autre modalité couvrant ces différents domaines de protection.

Le droit à la portabilité des données en plus de l'émancipation des individus, leur permet d'exercer l'autodétermination de l'information, est un type de mécanisme pour favoriser et promouvoir la concurrence et l'exercice du droit de choix par le consommateur. Au moyen de ceci, les coûts de transfert et l'effet *lock-in* tendent à être réduits, ce qui permet la mobilité des consommateurs et la réduction des obstacles sur le marché.

Ainsi, aujourd'hui la portabilité de données n'est pas un simple souhait mais une nécessité. Il existe cependant des doutes quant à sa mise en œuvre, à savoir si cela devrait être couvert par une politique réglementaire en matière de protection des données (réglementation *ex ante*) ou de concurrence (réglementation *ex post*), auquel cas un refus de portabilité pourrait être considéré comme un comportement anticoncurrentiel.

Répondre à de tels doutes est précisément la proposition de cette thèse, qui pose la question de recherche suivante : comment la portabilité des données devrait-elle être abordée au Brésil? Les questions spécifiques de recherche sont les suivantes: (i) la portabilité ne pourrait-elle être traitée que par la défense de la concurrence? (ii) Dans la négative, une réglementation générale est-elle nécessaire? (iii) En cas de nécessité d'une réglementation générale, les règles de concurrence doivent-elles être écartées? (iv) Est-il toujours nécessaire d'assurer la portabilité par la protection des consommateurs?

Pour ce faire, la thèse a utilisé la méthode d'approche déductive et a été divisée en deux parties principales. En tant que source de recherche, la thèse a utilisé des matériaux bibliographiques, la jurisprudence et la législation nationale et étrangère (en particulier de l'Union Européenne et des États-Unis d'Amérique).

En réponse au problème de la recherche, la thèse a conclu que la portabilité des données devrait être couverte par la réglementation *ex post*, c'est-à-dire par le droit de la concurrence, mais doit également être intégrée dans une réglementation générale sur la protection des données, à l'instar de l'expérience actuelle de l'Union Européenne avec le Règlement Général sur la Protection des Données. Sans préjudice de cette réglementation générale, la portabilité des données est défendue comme un droit du consommateur et suggéré, pour la pleine réalisation de ce droit, un ajout législatif au Code de Protection des Consommateurs.

Mots-clés: Droit à la Portabilité, Droit de la Concurrence, Protection des Consommateurs, Protection des Données Personnelles

ABSTRACT

The aggressiveness of the market in the dispute over data access makes it imperative to update the rules of privacy protection and to safeguard personal data. It also calls for the application of other protective institutes, such as the competition law and the consumer protection law. One proposal which covers these different areas of protection is the establishment of the right to data portability.

This right is a mechanism for promoting competition and exercising the right of choice by the consumer, which, in addition to empowering individuals, allows them to exercise their informational self-determination. Through this, the switching costs and the lock-in effects tend to be reduced, which allows the consumer mobility and a reduction of barriers within the market.

Thus, portability is not only desired as it is a necessity today. However, there are doubts as to the way in which portability is implemented, ie whether it should be covered by a regulatory policy on data protection (*ex ante* regulation) or competition policy (*ex post* regulation), in which case a portability could be viewed as an infringement of the economic order.

Answering those doubts are precisely the proposal of this Thesis, which has the following research problem: how should data portability be addressed in Brazil? The specific problems are: (i) could portability be addressed only by competition law? (ii) If not, is a general regulation necessary? (iii) If this is required, competition rules will still apply? (iv) There is a need to ensure portability also by consumer legislation?

Therefore, the Thesis used the deductive method of approach and was divided into two major parts. As a research source, the Thesis used bibliographical materials, case law and national and foreign legislation (in particular of the European Union and of the United States of America).

In response to the research problem, the Thesis concluded that data portability should be covered by *ex post* regulation, in other words, by competition law, but also needs to be embedded in a general data protection regulation, such as the current experience of the European Union with the European Data Protection General Regulation. Without prejudice to this general regulation, data portability is defended as a consumer right and it is suggested, for the full realization of this right, a legislative amendment to the Consumer Protection Code.

Keywords: Data portability, Antitrust Law, Consumer Protection, Protection of Personal Data

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Intersecção entre Proteção de Dados, Concorrência e Proteção do Consumidor.....	68
Quadro 1 - Direito de Portabilidade	151

LISTA DE SIGLAS

ACC	Acordo em Controle de Concentrações
ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AEPD	Agência de Proteção de Dados Espanhola
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANC	Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
AOL	American Online
ARPA	Advanced Research Project Agency
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CPF/SRF	Cadastro de Pessoa Física da Receita Federal do Brasil
ECOWAS	Economic Community of West African States
FTC	Federal Trade Commission
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
JACUDI	Japan Computer Usage Development Institute
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OFT	Office of Fair Trading
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
RGP	Regulamento Geral de Portabilidade
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TICs	Tecnologias da Informação e Comunicação
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UIT	União Internacional de Telecomunicações

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. FUNDAMENTOS DO DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS	15
A. MERCADO DIGITAL E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS.....	16
A.1 Mudanças e Desafios do Mercado Digital	17
A.2 Proteção dos Dados Pessoais	28
B. INTERFACE ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA, DO CONSUMIDOR E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	57
B.1 Privacidade e Bem-Estar do Consumidor	58
B.2 Limitações ao Direito de Escolha	75
II. DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS	94
A. PORTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	95
A.1 Aspectos Gerais	96
A.2 Abuso de Posição Dominante no Mercado de Dados	115
B. PORTABILIDADE POR MEIO DA REGULAÇÃO	133
B.1 Regulação Geral de Proteção de Dados	134
B.2 Proteção do Consumidor	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

A sociedade pós-industrial apresenta como ponto distintivo o fator eletrônico. Não é simplesmente o seu modo de produzir, mas especialmente o seu modo de comercializar, de consumir e de se comunicar.

Com isso, presencia-se uma revolução de caráter mundial, gerada pelas tecnologias da informação e da comunicação, que é tão importante quanto às revoluções precedentes. Como característica diferencial, a presente revolução baseia-se na informação, que nada mais é que a expressão do conhecimento humano.

Como nenhuma revolução surge desprovida de causalidade, a força motriz da sociedade da informação pode ser identificada na extraordinária expansão das redes de telecomunicações e, em especial, da Internet, como veículo de transmissão e intercâmbio de todo o tipo informação. Essa virou tão essencial à sociedade, à democracia e ao mercado, que pode ser considerada como algo ubíquo, isto é, inerente e natural à nossa realidade.

Nessa senda, destacam-se os novos modelos de negócios que vêm sendo desenvolvidos no mercado. Esses passam a ser baseados e orientados por meio da utilização de dados, os quais, por sua vez, consagram-se na economia como um importante insumo, dotado de expressivo valor econômico.

Assim, os agentes econômicos acabam empreendendo as mais diferentes técnicas para ter acesso a esse insumo, como a disponibilização de serviços digitais gratuitos, cuja contrapartida é feita pelos usuários por meio do fornecimento de seus dados pessoais, e o desenvolvimento de várias ferramentas para coleta, armazenamento e consulta eficientes dos dados. No mesmo passo, muitas políticas de privacidade são atualizadas, a fim de que haja o mais amplo consentimento possível do usuário quanto à coleta dos seus dados.

Em combinação, há o uso de mecanismos de processamento de dados que possibilitam a extração de informações valiosas e estratégicas aos agentes econômicos, como a mineração de dados e a criação de perfis. Ocorre que mais do que gerar benefícios aos consumidores, tais instrumentos podem acentuar a sua vulnerabilidade, possibilitando discriminação e violação à privacidade.

Destarte, a proteção à privacidade e aos dados pessoais estão na agenda do dia,

seja porque os dados são a energia principal da economia atual, seja porque não há uma tendência dos usuários de escolherem serviços que invistam em privacidade. Na verdade, sequer há conhecimento por parte da população dos riscos envolvendo o fornecimento dos seus dados, bem como das precauções que deveriam ser tomadas nessa seara.

Por tais razões, fundamentos não faltam para justificar uma proteção específica aos dados pessoais, como desdobramento do direito da personalidade, a qual ainda inexistente no Brasil em termos de lei unitária e geral. A União Europeia, verificando essa necessidade, ao contrário do Brasil, já possui uma nova legislação, que é o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGDP), cuja aplicação iniciará no presente ano de 2018.

A par disso, uma economia pautada nos dados não reclama apenas proteção em termos de privacidade. Se os dados pessoais se tornaram um insumo, poderá haver uma disputa agressiva entre os agentes para inviabilizar o acesso dos seus concorrentes a esses, bem como para coletá-los da forma mais extensa possível.

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

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

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

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

Portanto, há a necessidade de criação ou implementação de mecanismos que previnam ou impeçam tais situações, prejudiciais não só ao mercado e aos agentes econômicos e consumidores, mas a toda sociedade, tendo em vista o caráter difuso da livre concorrência. Uma proposta para resolver esse problema é a instituição do direito à portabilidade de dados.

Esse direito – além de empoderar os indivíduos (privilegiando sistemas centrados nos usuários) e permitir que esses exerçam sua autoderminação informacional – é um mecanismo de fomento e promoção da concorrência. Por meio desse, os consumidores e usuários em geral podem solicitar os seus dados em um formato eletrônico e, com o porte desses, migrar para outro serviço que mais lhe agrade, seja em termos de preço, qualidade ou privacidade. O direito de portabilidade também pode envolver o dever de transferência direta de dados entre os fornecedores.

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

Tais custos são conhecidos como custos de troca, os quais, ao tornarem muito custosa a troca de fornecedor, geram o efeito de aprisionamento. Esse efeito tem o condão de deixar uma firma dominante bastante confortável no mercado, diante da criação de barreias à entrada e de dificuldades àqueles agentes que já estão no mercado.

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

Assim, a portabilidade não só é desejada como é uma necessidade da atualidade. Dúvidas existem, no entanto, quanto à forma de implementação da portabilidade, isto, é, se essa deveria ser abarcada em uma política regulatória de proteção de dados, com a criação de um direito subjetivo aos indivíduos, ou na política da concorrência, caso em que uma negativa de acesso a dados ou de compartilhamento desses poderia ser visualizada como uma infração à ordem econômica e a portabilidade como um remédio antitruste a ser aplicado como uma tutela de fazer na decisão da autoridade da concorrência.

O problema de pesquisa dessa Tese, portanto, é o responder a tais dúvidas,

partindo da seguinte questão: como deverá ser endereçada no Brasil a portabilidade de dados? Já os problemas específicos são os seguintes: (i) a portabilidade poderia ser endereçada apenas pela defesa da concorrência? (ii) Em caso negativo, é necessária uma regulação geral? (iii) Sendo necessária uma regulação geral, ainda assim haverá a aplicação das normas da concorrência? (iv) Existirá, ademais, a necessidade de garantir o direito da portabilidade por meio da defesa do consumidor?

Para responder a tal problema, essa Tese utilizará o método dedutivo e, como fonte de pesquisa, consultará materiais bibliográficos, jurisprudência e legislações, nacionais e estrangeiras (nomeadamente da União Europeia e dos Estados Unidos da América). Além disso, a Tese será dividida em duas grandes partes.

A primeira analisará o panorama atual da utilização de dados pelos agentes econômicos, a disciplina da proteção de dados no Brasil e na União Europeia e os fundamentos, em termos de promoção da concorrência e do direito de escolha do consumidor, para a existência do direito à portabilidade.

Justificada a necessidade de um direito à portabilidade de dados, a Tese abordará, na sua segunda parte, os modelos de regulação possíveis para essa, que abrangem a regulação *ex post* (defesa da concorrência) e a *ex ante* (em termos de regulação geral de proteção de dados e específica de defesa do consumidor, em que a portabilidade seria um direito subjetivo do indivíduo, no primeiro caso, ou do consumidor, no segundo).

I. FUNDAMENTOS DO DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS

Vivencia-se um contexto de grandes mudanças econômicas e sociais, pautadas em um modelo de negócios digitais que utiliza os dados como insumo principal. Em decorrência disso, emerge a necessidade de regular a coleta e o processamento dos dados e coibir a utilização desses de forma arbitrária, não consentida e discriminatória, essencialmente no que toca aos dados pessoais.

A não formulação e implementação de salvaguardas quanto ao uso dos dados pode gerar várias consequências que violam os direitos de personalidade dos indivíduos e colocam em xeque a livre concorrência e o equilíbrio do mercado. Com isso, há uma perda de bem-estar social e uma redução da inovação e do desenvolvimento.

Uma forma de evitar e tangenciar tal situação é criar mecanismos que empoderem os indivíduos, permitindo que esses façam a sua livre escolha no mercado, sinalizando aos fornecedores quais são os seus anseios e preferências, inclusive em termos de privacidade. Esses mecanismos só serão bem sucedidos, todavia, se tiverem o condão de reduzir os custos de troca e, pois, eliminar o efeito de aprisionamento. Uma proposta para tanto é a portabilidade de dados.

Dessa forma, o objetivo da Parte I dessa Tese é analisar os fundamentos da portabilidade de dados, os quais dizem respeito não só a questões de proteção de dados pessoais, mas também à tutela do consumidor e da concorrência. Nesse sentido, será verificado como a portabilidade pode reduzir os custos de troca e reduzir ou eliminar o efeito de aprisionamento.

A. MERCADO DIGITAL E PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Na Parte I, A, desta Tese, serão analisadas as mudanças enfrentadas na atualidade por causa da revolução digital. Essa nova realidade traz consigo complexos desafios à ciência jurídica, nomeadamente em questões que colocam em vulnerabilidade o indivíduo.

Exemplo disso é a proteção da privacidade, que recebe contornos adicionais, e passa a ser relacionada a outros desdobramentos, ampliando o espectro de proteção, que não mais deve ser limitado a uma interpretação restritiva do direito fundamental à inviolabilidade da vida privada e da intimidade e ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Com efeito, há uma reinvenção do conceito de privacidade que passa a abarcar a proteção de dados e o controle do indivíduo sobre suas informações, razão pela qual é possível falar em uma autodeterminação informativa como consectário do direito de personalidade.

Para bem atender a essas novas necessidades em termos de proteção da privacidade, legislações específicas sobre proteção de dados foram surgindo nas mais diferentes jurisdições. O maior exemplo é a União Europeia, que recentemente substituiu sua antiga Directiva 95/46/EC pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD), que terá aplicação a partir de 25 de maio de 2018.

O propósito, pois, da Parte I,A, da Tese, é fazer uma digressão quanto às novas realidades geradas no âmbito do mercado digital e discorrer sobre a emergência de legislações específicas sobre a proteção de dados, abordando o RGPD e as propostas legislativas para o Brasil, dentre outras especificidades.

A.1 Mudanças e Desafios do Mercado Digital

Relata-se a ocorrência de uma revolução pós-industrial, cujas características principais são o aumento da riqueza de maneira autônoma ao aumento da produção industrial e a superação do número de empregos na indústria pelo número de emprego nos serviços¹.

Diz-se que as mudanças em curso são tão importantes quanto àquelas vivenciadas na Revolução Industrial, quando houve a transição para os negócios industriais². Mas, o que realmente diferencia essas revoluções é o fator eletrônico e a informatização.

Destarte, o ponto fulcral do que vivenciamos hoje não é simplesmente o modo de produzir, mas também o modo de comercializar, de consumir e de se comunicar. Além disso, não se pode esquecer da internacionalização vivenciada que só ocorreu quando a riqueza se desmaterializou. Se o mercado é a mão invisível que rege a vida econômica, a riqueza desmaterializada – em paralelo – representa sua expressão sublime³.

Essa revolução tem como fato gerador a tecnologia e a extraordinária expansão das redes de telecomunicações, nomeadamente da Internet, como veículo de transmissão e intercâmbio de todo o tipo informação⁴. Como abordou o Informe de Bangemann⁵, o cerne da revolução é a informação, a qual é, em si mesma, a expressão do conhecimento

¹ GALGANO, Francesco. *La Globalización en El Espejo del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 13.

² ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016.

³ GALGANO, Francesco. *La Globalización en El Espejo del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 23.

⁴ PASTOR SEMPERE, Maria del Carmen. *Dinero Electrónico*. Madrid: Nueva Imprenta, 2003, p. 22.

⁵ O Informe de Bangemann é um documento elaborado a pedido do Conselho Europeu por um grupo de personalidades sobre infraestrutura no âmbito da informação. Nesse informe, expressa-se a ocorrência de uma revolução de caráter mundial, gerada pelas tecnologias da informação e da comunicação, definida como “uma nova revolução industrial tão importante e profunda como suas antecessoras. É uma revolução baseada na informação, a qual é, em si mesma a expressão do conhecimento humano”. COMISSÃO EUROPEIA. *Bangemann Report: Europe and the Global Information Society*. Disponível em: < http://cordis.europa.eu/news/rcn/2730_en.html>. Acesso em 12 de abril de 2017.

humano”⁶.

O valor econômico da informação, destaca-se, foi desenvolvido primeiramente no Plano para a Sociedade da Informação elaborado pelo *Japan Computer Usage Development Institute* (JACUDI), momento em que o termo “Sociedade da Informação” foi introduzido⁷.

Nessa economia, os modelos de negócios se pautam nas informações, de maneira que essa não é valorada pelo grau de conhecimento que provê, mas como um bem negociável no mercado. A informação é objeto da comercialização, cujo âmbito de abrangência envolve desde dados até conhecimentos, música e literatura.

Com efeito, a descentralização da informação é uma consequência dessa nova era, sendo uma importante janela de oportunidade para os cidadãos, as empresas, a administração pública, etc. Essa consequência, associada às demais características acima expostas, alcançam, de uma forma mais ou menos direta, praticamente todas as esferas de desenvolvimento das pessoas⁸, o que suscita a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade e à liberdade⁹.

Além de alcançar todas as esferas, não há como negar que as novas tecnologias da comunicação e da informação tomaram espaço central da nossa vida cotidiana. Há uma onipresença ou ubiquidade dos meios informáticos (*ubiquitous computing*), especialmente por causa dos *smartphones*, da web semântica e do *cloud computing*¹⁰.

Como mencionado, a Internet é uma das grandes responsáveis por esse novo panorama. Manuel Castells¹¹ afirma que a criação e o desenvolvimento da Internet representam uma aventura humana extraordinária, provando como a cooperação e a liberdade de informação podem gerar inovação.

Pois bem, as origens da Internet podem ser encontradas na ARPANET, uma rede

⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Bangemann Report: Europe and the Global Information Society*. Disponível em: < http://cordis.europa.eu/ne_ws/rcn/2730_en.html>. Acesso em 12 de abril de 2017.

⁷ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El Contrato Via Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 102.

⁸ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El Contrato Via Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 29.

⁹ LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p. 9.

¹⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Marco Jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 37, 2016.

¹¹ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 13.

de computadores montada pela Advanced Research Project Agency (ARPA)¹² em setembro de 1969¹³, que surgiu como uma proposta de projeto de interconexão entre *hosts* por meio da troca de pacotes¹⁴. O passo seguinte desse projeto foi conectar a ARPANET com outras redes de computadores, o que resultou na introdução do conceito da rede de redes¹⁵.

Na década de 80, a ARPANET transforma-se na ARPA-INTERNET, dissociando-se do contexto militar¹⁶. A partir disso, e já na década de 90, com a tecnologia de redes de computadores no domínio público e as telecomunicações plenamente desreguladas, houve a privatização da Internet, o que permitiu o rápido crescimento dessa como uma rede global de redes de computadores¹⁷.

Percebe-se, pois, que a Internet não foi desenhada inicialmente para transações comerciais ou para o comércio eletrônico. Os objetivos primordiais da Internet eram facilitar a circulação de informação científica e simplificar a interconexão de redes e equipamentos diversos, deixando de lado a segurança, num primeiro momento¹⁸.

A Internet, assim, pode ser definida como uma rede de computadores na qual existem dezenas de redes conectadas, desde redes locais que dão serviço a uma organização conectando seus computadores situados em um ou vários edifícios, passando para a agrupação dessas em redes maiores, de alcance regional ou nacional, e chegando por interconexão dessas últimas às grandes redes que interconectam todo o mundo.

Destaca-se que a Internet não é apenas um meio de comunicação. Sendo fruto da combinação da tecnologia da informática com a das telecomunicações, ela é uma plataforma na qual se pode realizar uma infinidade de aplicações, permitindo a integração de várias tecnologias conjugadas, como rádio, TV, vídeo (streaming), DVD e

¹² A ARPA era uma agência criada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América com a missão de mobilizar recursos de pesquisa, particularmente do mundo universitário, com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar. CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 13.

¹³ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 12.

¹⁴ OPPLIGER, Rolf. *Internet and Intranet Security*. Boston: Artech House, 2002, p.12.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 14.

¹⁶ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El Contrato Via Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 33.

¹⁷ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003, p. 15.

¹⁸ PASTOR SEMPERE, Maria del Carmen. *Dinero Electrónico*. Madrid: Nueva Imprenta, 2003, p. 23.

telefonia móvel¹⁹.

Sob o viés técnico, a Internet “representa o ápice de processo de interação e cooperação de vários sistemas tecnológicos, oriundos de distintas áreas do conhecimento”. Para facilitar a experiência do usuário, a informação circula entre as três camadas da internet, quais sejam, a física, que é a infraestrutura; a lógica, que representa os padrões e programas que traduzem informações; e a de conteúdo, que são as informações dotadas de significado para as pessoas²⁰.

Ressalte-se, que o sistema da Internet não é um serviço de telecomunicações, que nos termos da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997), artigo 60, §1º e §2º, é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação; mas sim um serviço de valor adicionado, o qual acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações, que, por sua vez, dá suporte ao de valor adicionado. Nos termos do artigo 61, *caput*, da LGT, essas novas utilidades podem ser concernentes ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações.

Diferentemente dos serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado não estão sujeitos à regulação estatal. Assim, não se faz necessário qualquer tipo de concessão ou autorização para o seu funcionamento. Há quem defenda que essa liberdade regulatória dos serviços de valor adicionado, nos quais está inserida a Internet, foi o que proporcionou o nascimento e desenvolvimento da tecnologia no final do século XX²¹.

Outra peculiaridade dessa realidade latente é a dinamicidade do mercado, de modo que o ciclo de novidades para desenvolvimentos tecnológicos pode ser medido não em dias, mas em minutos ou mesmo segundos²². Tudo muda muito rápido no mercado digital e especialmente na Internet. Um exemplo a ser citado, é a drástica mudança com que as informações jornalísticas circulam pelo mundo, reduzindo a importância do conteúdo jornalístico sob bases diárias, que migrou também, em muitos

¹⁹MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El Contrato Via Internet*. Barcelona: Bosch, 2005, p.32-33.

²⁰LUCERO, Everton. *Governança de Internet: Aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011, p 39.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 43, set./dez. 2015.

²² THIERER, Adam. The Case for Internet Optimism, Part 2: Saving the Net from its Supporters. In SZOKA, Berin; MARCUS, Adam. *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*. Washington DC: TechFreedom, 2010, p. 149.

mercados, para conteúdos digitais atualizados em sites ou blogs em tempo real.

Quando os mais importantes livros sobre direito informático estavam recém sendo lançados, quem dominava a Internet era a American Online (AOL), a qual hoje não representa qualquer ameaça²³. Na era digital do século XXI, a inovação é capaz de transformar da noite para o dia um enorme gorila ameaçador em pequeno filho chimpanzé²⁴.

Certo é que os serviços online possuem um grande peso na economia digital. E peculiarmente a maioria desses serviços é aparentemente gratuito. Na realidade, todavia, o pagamento se dá mediante o fornecimento de informações pessoais dos consumidores²⁵.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que o não pagamento direto pelos serviços na Internet, como é o caso de um provedor de pesquisa, não afasta a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com efeito, o ganho indireto do fornecedor, como é o caso do acesso a dados dos usuários, enquadra-se no conceito de remuneração²⁶⁻²⁷.

Trata-se da monetização dos dados, que hoje é vital para uma parcela bastante representativa de novos serviços e produtos. O consumidor passa a ser a fonte do ativo necessário a esse modelo de economia, em decorrência dos dados que pode fornecer²⁸.

Nesse ponto, é imperioso fazer uma distinção entre os termos “dado” e “informação”, que frequentemente são utilizados de maneira sobreposta e pode eventualmente acarretar uma inadequação terminológica. Apesar de ambos representarem o mesmo fato, cada um tem um peso particular²⁹.

²³ THIERER, Adam. The Case for Internet Optimism, Part 2: Saving the Net from its Supporters. In SZOKA, Berin; MARCUS, Adam. *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*. Washington DC: TechFreedom, 2010, p. 151.

²⁴ GREENSPAN, Alan. *A Era da Turbulência*. São Paulo: Campus, 2008, p. 480.

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

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.444.008. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25 de outubro de 2016.

²⁷ Claudia Lima Marques pondera que o CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade. Assim, consolidou-se no que concerne ao mundo virtual a remuneração indireta. MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 201.

²⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 10.

²⁹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 19.

O termo “dado” apresenta uma conotação mais primitiva e fragmentada, podendo ser considerado como uma potencial informação ou uma pré-informação³⁰, ou seja, simples fatos, figuras ou *bits* de informação. Em outras palavras, “dado” seriam os registros que podemos estabelecer com um dos atributos (nomes, endereços, medidas, valores monetários, datas, etc) de pessoas, empresas ou objetos³¹.

No ordenamento brasileiro há expressa definição de dado pessoal no artigo 14º do Decreto n.º 8.771/2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet, o qual assim dispõe: “dado pessoal é aquele relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive por números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.

Por outro lado, informação é o resultado de um procedimento que utilizou como substrato os dados, seja pelo processamento, pela interpretação, pela organização, pela estruturação ou pela apresentação, e, pois, apresenta o contexto dos dados. Com efeito, o dado, quando passa a ser informação, pode ser utilizado na tomada de decisões, muitas vezes por meios automatizados que possibilitam a sua rápida recuperação³².

Identifica-se quatro passos da cadeia de valor dos dados pessoais, que são os seguintes: 1º) coleta e acesso dos dados; 2º) armazenamento e agregação; 3º) análise e distribuição; e 4º) uso do conjunto de dados. Por meio dessa cadeia de valor, espera-se que uma multiplicidade de indivíduos, empresários, entidades públicas e organizações sem fins lucrativos visualizem e processem esses dados, incluindo entre esses os *data brokers*, que medeiam o comércio de informações pessoais entre controladores de dados e provedores de informática³³.

Nesse modelo, a maioria dos serviços online são *two-sided* (de dois lados). Com isso, no intuito de atrair usuários, os fornecedores oferecem seus serviços (de busca ou de conteúdo) de forma gratuita – *free side*. Para gerar receitas necessárias para financiar esses serviços, os fornecedores realizam atividades de publicidade online, que é o

³⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 19.

³¹ GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 41.

³² GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 41.

³³ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

*paying side*³⁴.

Os dados pessoais são imprescindíveis nas duas pontas, ou seja, nos dois lados. Esses permitem que os serviços online forneçam um serviço de relevância e qualidade que atenda às expectativas dos usuários. Além disso, os dados são fundamentais para os serviços de busca, já que quando um usuário utiliza certa ferramenta de busca ele quer encontrar a resposta que mais satisfaça seus anseios: se alguém procura um serviço, ele não deseja apenas qualquer prestador, mas sim, por exemplo, aquele que esteja mais perto de sua localização³⁵.

Eis que os dados pessoais se tornaram espécie de moeda corrente do mercado digital atual, sendo muitas vezes o principal meio de pagamento utilizado pelos consumidores em troca de serviços online. Como contrapartida, fornecedores utilizam-se de uma variedade de ferramentas para coletar os dados, com foco no indivíduo e não em grupos, para se obter a maior precisão possível³⁶.

Ademais, os agentes econômicos acabam empreendendo as mais diferentes técnicas para ter acesso a esse insumo, as quais, por vezes, ultrapassam o limite da licitude. Alguns exemplos recorrentes são os seguintes: atualização da política de privacidade do *WhatsApp* para compartilhamento dos dados com o grupo de empresas do *Facebook*, para fins de publicidade comportamental; novos termos do Uber, que pode coletar dados até mesmo quando seu aplicativo não está em uso; e política de privacidade do *Spotify*, em que o usuário deveria renunciar ao seu sigilo bancário³⁷.

Ao lado disso, as ferramentas de coleta dos dados são cada vez mais eficientes, já que esses podem ser ilimitadamente armazenados e consultados a qualquer momento, sem restrição de distância ou tempo³⁸. Um exemplo disso é a interligação de sistemas e

³⁴ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

³⁵ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

³⁶ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

³⁷ BIONI, Bruno. *Privacidade e Proteção de Dados Pessoais em 2017*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-em-2017-10012017>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

³⁸ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Iniciativas Legislativas sobre Proteção*

de bancos de dados.

Em combinação, há o uso de ferramentas que possibilitam o processamento de dados de uma pessoa a partir da combinação de fragmentos e de dados primitivos, gerando informações úteis e valiosas para a empresa, situação conhecida como o *Data Mining*³⁹. Adverte-se que há uma situação preocupante aqui, já que esses elementos informativos podem não receber o tratamento devido, por parecerem insignificantes num primeiro momento⁴⁰.

Ademais, o cidadão passa a ter reiteradamente os seus dados coletados e processados, nos seus mais diferentes papéis assumidos: como contribuinte, paciente, consumidor, beneficiário, etc. Portanto, uma das características definidoras da vida moderna é o surgimento de tecnologias que tornam a coleta e processamento de dados extraordinariamente eficientes⁴¹.

Com o apoio de tecnologias específicas, é possível traçar o perfil de cada um desses cidadãos, que poderão ser utilizados de maneira extremamente útil pelos agentes econômicos⁴². Trata-se da técnica de *profiling*, que é o processo de inferir⁴³ um conjunto de características (geralmente *behavioural* ou comportamental) sobre um indivíduo ou uma entidade e, na sequência, tratar essa pessoa à luz do perfil traçado com essas características.

A criação desses perfis também pode ser implementada por meio dos *cookies*, os quais permitem os fornecedores conhecer as rotas de navegação mais usuais dos usuários e verificar, por meio disso, as suas preferências de consumo. Na sequência, o controlador desses dados pode negociar com determinadas empresas a sua transmissão, que serão utilizados em campanhas publicitárias específicas, direcionadas ao

de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

³⁹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

⁴⁰ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

⁴¹ LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

⁴² MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Marco Jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 37, 2016.

⁴³ A inferência pode ser decorrente do estudo do comportamento do usuário e não demandam, por exemplo, que o usuário de uma rede social seja ativo e publique bastante conteúdo. A inferência pode decorrer de interações como os “likes” ou curtidas pelo *Facebook* a certos conteúdos, possíveis até de revelar eventuais preferências políticas ou religiosas.

consumidor cujo perfil restou definido⁴⁴.

Dessa maneira, o *profiling* possui duas facetas: a) geração do perfil, que consiste na análise dos dados pessoais em termos de padrões, sequências e relacionamentos, em ordem de se obter uma série de assunções sobre o perfil baseado em razões de probabilidade; e b) a aplicação do perfil como uma ajuda para uma pesquisa ou uma decisão sobre uma pessoa ou uma entidade⁴⁵.

Por vezes, esse processamento pode até servir como instrumento para a prática de abusos, como a discriminação entre consumidores. A título de exemplo, há relatos que consumidores teriam sido discriminados por sistemas de flutuação de preços em compras *online*, em que os usuários do sistema IOS da Apple recebiam ofertas mais caras do que os usuários do sistema Android. A situação poderá se agravar com o avanço da Internet das Coisas, permitindo uma catalogação completa dos indivíduos⁴⁶.

Percebe-se que a coleta e o processamento automatizados de dados passaram por muitos avanços, tanto do ponto de vista quantitativo (com relação ao grande volume dados), quanto do qualitativo, de maneira que cada fração de informação sobre uma pessoa possa ser cruzada, relacionada ou agregada com outras informações⁴⁷. Esse seria o diferencial que a informatização proporcionou ao tratamento de dados pessoais⁴⁸.

Nessa senda, um novo mercado repleto dos mais diferentes segmentos surge com o advento dos bancos de dados pessoais automatizados. Esses são um conjunto estruturado de informações de forma a proporcionar o máximo proveito possível de um conjunto de informações⁴⁹.

Ao lado da rentabilidade, que estimula a utilização dos dados, há outro fator preocupante: não há uma tendência dos usuários de escolherem serviços que invistam em privacidade. Com exceção daqueles serviços em que a privacidade é deveras essencial, como nos casos de serviços bancários ou médicos, os consumidores em geral

⁴⁴ VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 165 -167.

⁴⁵ BYGRAVE, Lee. Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling. *Computer Law & Security Report*, Volume 17, p. 18, 2001.

⁴⁶ BIONI, Bruno. Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.5.

⁴⁷ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

⁴⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 31.

⁴⁹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 19.

não têm a tendência de escolher serviços que apresentam políticas mais seguras de proteção de dados pessoais⁵⁰. Na verdade, sequer há conhecimento por parte da população dos riscos envolvendo o fornecimento dos seus dados, bem como das precauções que deveriam ser tomadas nessa seara.

Ademais, as novidades emergentes na sociedade digital como o *big data*, a Internet das Coisas e o armazenamento em nuvem representam grandes desafios à proteção da privacidade e dos dados pessoais. Especialmente no que toca ao *big data*, não podemos esquecer que apesar desse incluir dados agregados e anônimos, não há como garantir que toda a informação utilizada seja completa e irreversivelmente anonimizada⁵¹. Na realidade, sustenta-se que é raro que os dados obtidos de um usuário ativo sejam completos e irreversivelmente anônimos⁵².

Com esses mecanismos de coleta dos dados, as empresas rapidamente traçam perfis dos usuários dos serviços disponibilizados e a partir disso personalizam cada aspecto da experiência do consumidor. Uma principal diferença diz respeito à abordagem comercial: no lugar de esperar o consumidor ir até o *marketplace*, as empresas podem alcançar os consumidores desejados em qualquer momento e em qualquer lugar⁵³.

Como resultado, as empresas podem ter a vantagem de compreender as limitações cognitivas do consumidor e explorar suas fragilidades em um nível individual. Essas situações colocam os consumidores em uma situação de extrema vulnerabilidade, que pode não estar sendo abordada corretamente pelas normas até então existentes de defesa do consumidor e cuja importância os reguladores podem ser pressionados a ignorar, em decorrência de eventual *lobby*⁵⁴.

⁵⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

⁵¹ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

⁵² GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁵³ CALO, Ryan. Digital Market Manipulation. 82 *George Washington Law Review*. p. 995, 2014.

⁵⁴ CALO, Ryan. Digital Market Manipulation. 82 *George Washington Law Review*. p. 995, 2014.

Interessante ponderar que muitas vezes há uma violação da privacidade dos indivíduos nessa nova economia digital. Muitos institutos jurídicos foram concebidos à luz de uma outra época, com limites físicos que hoje inexistem, uma vez que foram rompidos pela econômica digital e pela Internet⁵⁵.

Destarte, a proteção à privacidade e aos dados pessoais estão na agenda do dia, seja porque os dados são a energia principal da economia atual, tendo sido avaliados em 300 bilhões de Euros, com projeção de triplicar em 2020⁵⁶, seja por causa dos escândalos recentes de espionagem pela Agência Nacional de Segurança Norte-Americana envolvendo líderes mundiais⁵⁷. Tais acontecimentos ensejaram a adoção pela Assembleia Geral da ONU da Resolução n.º 68/167⁵⁸, que expressou uma grande preocupação quanto ao impacto negativo da espionagem e da interceptação das comunicações nos direitos humanos.

Portanto, emerge a necessidade de regulação e proteção dos dados pessoais no mercado digital. Algumas jurisdições já contam com uma moderna regulação, outras estão debatendo a sua criação. Verificar o panorama atual da proteção dos dados pessoais é a proposta da Parte A.2 dessa Tese, a qual será vista em seguida.

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p.25.

⁵⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

⁵⁷ THE GUARDIAN. *The NSA Files*. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillance-world-leaders-calls>. Acesso em 20 de julho de 2015.

⁵⁸ UNITED NATIONS. *The Right to Privacy in the Digital Age*. Disponível em: www.ohchr.org/en/issues/digitalage/pages/digitalageIndex.aspx. Acesso em 6 de janeiro de 2018.

A.2 Proteção dos Dados Pessoais

Acima foram vistas algumas situações de risco aos indivíduos (e até mesmo a pessoas jurídicas) que decorrem da economia digital, justamente pela sua peculiaridade de ser orientada pela coleta e pelo processamento de dados. Ao ter tal sustentáculo, há um incentivo enorme para que os agentes econômicos lancem-se em uma batalha para acesso a dados, bem como para a prática de restrição de acesso a esse insumo por empresas que possuam muitos dados ou poder de mercado em detrimento de seus concorrentes.

Em decorrência disso, normas de proteção de dados servem para frear as condutas abusivas e não permitidas de acesso, processamento e cessão de dados, o que proporciona benefícios múltiplos: protegem-se os indivíduos nos seus direitos de personalidade e impedem-se condutas agressivas e anticompetitivas de coleta, processamento e cessão dos dados.

Pois bem, não se discute a necessidade de uma proteção dos dados pessoais, até mesmo reclama-se a existência dessa. No entanto, tendo em vista que a maior parte dos serviços que colocam em risco os indivíduos se desenvolve no âmbito da Internet, a questão se torna complexa e apresenta vários desdobramentos.

Fazendo uma digressão sobre as tentativas de regulação do *cyberspace*, sustentava-se que o primeiro modelo para esse era o de independência estatal e de liberdade. De fato, havia o clamor pela liberdade no espaço cibernético, mas esse não era uma questão de vontade dos Estados, mas sim algo de sua natureza inerente, já que o *cyberspace* é livre em essência.

Mas a simples liberdade pode resultar no seu extremo oposto, uma vez que a liberdade não surge da ausência de controle. Pelo contrário, faz-se necessária uma certa Constituição, sob pena de a mão invisível criar uma arquitetura que é o oposto da desejada⁵⁹.

Inicialmente sugeriu-se a regulação por meio da *lex informatica*, ou *code*. Tal proposta de regulação, no entanto, não foi e nem é apreciada por advogados e teóricos do direito, segundo alerta o Lawrence Lessig⁶⁰.

Além do modelo de regulação pelo *code*, que prega que a tecnologia deve ser

⁵⁹ LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

⁶⁰ LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

regulada pela tecnologia, são apresentadas as seguintes propostas regulatórias: o modelo de instituições transnacionais e organizações internacionais, que entende que o *cyberspace* é um “reino” autônomo fora do controle dos Estados, razão pela qual a Internet deveria ser governada por instituições transnacionais⁶¹; o do direito nacional, que parte da premissa que a Internet é uma matéria regulável pelos governos nacionais assim como o são as demais matérias; o de auto-regulação, que versa sobre a emergência intencional de condutas ou boas práticas, onde o próprio mercado impõe a si mesmo padrões de comportamento, e o modelo econômico caracterizado por descrever o fenômeno da Internet em termos econômicos como um mercado de produtos e serviços⁶².

Independentemente do método regulatório escolhido, importante é que haja uma regulação, pois ao contrário do que parece expressar a citação do Justice Holmes no sentido de ser o regulador um homem mau, o que se busca não é a ausência da regulação e sim alcançar a melhor forma de construir um sistema regulatório⁶³.

Nessa linha, entende-se que o mercado não irá regular valores sociais ou direitos relacionados à dignidade da pessoa humana⁶⁴. Destarte, a regulação da Internet servirá para proteger os valores que consideramos fundamentais⁶⁵.

Alguns desses valores são inegavelmente ligados à intimidade e à privacidade dos usuários da internet, mais especificamente aos dados pessoais desses. A regulação

⁶¹ Não se pode deixar de ressaltar, no entanto, que há duas correntes dissidentes nesse modelo: a primeira é aquela que, apesar de reconhecer o caráter transnacional da Internet, ainda defende o controle pelos Estados, tal como ocorre no âmbito da UIT (União Internacional de Telecomunicações) que é uma organização intergovernamental integrante do Sistema das Nações Unidas dedicada a temas relacionados às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Trata-se de uma organização com presença relevante de muitos Estados, sendo composta ao total por 193 países. LLOYD, Ian. *Information Technology Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. A segunda, por sua vez, propugna um modelo especial de instituições transnacionais, como é o caso da ICANN, que, desde de seus primórdios, foi pautada não como um clube privado, mas sim, como uma entidade com espírito público. Para ser condizente com isso, a ICANN adotou um modelo organizacional singular, isto é, *bottom up, consensus-driven e multistakeholders*. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 54, set./dez. 2015. Corroborando com essa proposta, no início de 2014, os Estados Unidos da América assumiram o compromisso de deixar o controle da ICANN fora dos domínios norteamericanos.

⁶² SOLUM, Lawrence. Models of Internet Governance. In: BYGRAVE, Lee; BING, John. *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, p. 59 2009.

⁶³ LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

⁶⁴ NADEL, Mark S. Computer Code vs. Legal Code: Setting the Rules in Cyberspace. *Federal Communications Law Journal*, Vol. 52, p. 822, May 2000.

⁶⁵ LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

desse tema é de extrema relevância, tendo em vista o paradigma atual visto e comentado anteriormente nesta Tese.

A esse respeito, cabe pontuar que a proteção dos dados pessoais iniciou como um desdobramento da tutela do direito à privacidade. A partir do momento em que a informação ganhou extrema relevância de uma forma geral, a temática da privacidade passou a orbitar em torno da matéria dos dados pessoais⁶⁶.

Assim, a proteção de dados diz respeito ao direito da personalidade, relacionando-se diretamente com os aspectos morais do indivíduo. O fundamento da privacidade e dos dados pessoais seria ontologicamente o mesmo, calcado na dignidade da pessoa humana, sendo que os dados nada mais são que a interpretação da própria privacidade, em termos de gestão da informação pessoal⁶⁷.

De grande dificuldade é, no entanto, definir propriamente privacidade, já que essa é bastante sensível às mudanças temporais e culturais. Inicialmente assumiu um conceito mais focado no direito a estar só (*right to be left alone*)⁶⁸⁻⁶⁹⁻⁷⁰. Atualmente a privacidade assume uma faceta pós-moderna focada na liberdade do indivíduo de gerenciar e escolher em quais circunstâncias e em qual extensão deseja se expor.

Nesse diapasão, não se pode deixar de mencionar algumas consolidações da jurisprudência alemã sobre a temática da privacidade, concebidas ao longo do século XX, em especial com a adoção da “Teoria das Esferas”⁷¹. Segundo Robert Alexy⁷², a

⁶⁶ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 25.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. Privacidade, Vida Privada e Intimidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Da Emergência de uma Revisão Conceitual e da Tutela de Dados Pessoais. *Âmbito Jurídico*, v. 52, p. 1, 2008.

⁶⁸ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, p. 193-201, 1890.

⁶⁹ Nessa mesma linha, Ruth Gavison pontua que privacidade envolve três elementos, quais sejam: sigilo, anonimato e solidão. GAVISON, Ruth. Privacy and the Limits of Law, 89 *Yale Law Journal*, p. 421, 1980.

⁷⁰ Já as limitações ao direito à privacidade, foram abordadas em artigo histórico de Warren e Brandeis⁷⁰, sendo exemplo dessas: 1) o direito à privacidade não está limitado se houver um interesse público e geral acerca na informação; 2) A lei provavelmente não concederá qualquer direito para a invasão de privacidade por meio de publicação oral na ausência de danos; 3) O direito à privacidade cessa após a publicação dos fatos pelo particular, ou com o consentimento dele. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, p. 193-201, 1890.

⁷¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à Princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf: 10 anos de vigência do Código Civil de 2002*. São Paulo: Saivara, p. 117, 2013.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 2002, p. 349.

teoria consiste na separação da intimidade em três esferas, as quais são postas em ordem decrescente de proteção. Essa teoria seria o resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa conjuntamente com outros princípios.

Dessa forma, tem-se a esfera mais interna, que representa o intangível e o mais íntimo absolutamente protegidos; a esfera privada ampla, em que o indivíduo escolhe restritamente com quem quer compartilhar certos aspectos de sua intimidade; e a esfera social, de caráter residual, em relação às demais esferas, englobando informações que o indivíduo deseja excluir do conhecimento de terceiros.

Wanderley de Paula Barreto⁷³ complementa que a Teoria das Esferas, no entanto, não teria ficado imune a críticas e contrapontos, especialmente por existir uma “privacidade na publicidade”, quando alguém quer se recolher em uma segregação especial, que não pode ser delimitada *ex ante*, mas apenas posteriormente pela jurisprudência, o que acabaria beneficiando eventual violador do direito. Como corrobora Otávio Rodrigues Junior, essa teoria, no cenário atual, teria sido abandonada, a exemplo do que ocorreu no caso envolvendo a Princesa Caroline de Mônaco⁷⁴.

Existem, ademais, discussões quanto à diferenciação entre intimidade, privacidade e vida privada. Para René Ariel Dotti⁷⁵, a intimidade estaria inserida na vida privada, como uma espécie dessa, possuindo, porém, uma abrangência mais limitada.

Danilo Doneda⁷⁶, por sua vez, sugere a utilização do termo privacidade, diante de sua maior amplitude e alcance. Para o mencionado autor, os termos vida privada e intimidade fariam menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da privacidade, cuja importância esteve atrelada a outro contexto e momento histórico.

Ressalte-se, por fim, como decorrente do próprio desenvolvimento e evolução humana, que há muitas questões emergindo quanto ao núcleo de proteção da privacidade, diante da própria Internet e dos serviços digitais. Há quem sustente que, nos tempos atuais, a privacidade teria se tornado uma nova concepção, ou, até mesmo,

⁷³BARRETO, Wanderley. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 135-159, 2010.

⁷⁴RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à Princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf: 10 anos de vigência do Código Civil de 2002*. São Paulo: Saivara, p. 118, 2013.

⁷⁵ DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito à Intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 66. Brasília, 1980.

⁷⁶DONEDA, Danilo. A tutela da privacidade no Código Civil de 2002. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. 1, p. 95, 2009.

para os mais descrentes, uma ilusão⁷⁷. Nesse diapasão, importante sopesar os valores da cultura pós-moderna, que refletem diretamente na própria ciência jurídica e nos seus instrumentos de tutela, como elucida Erik Jayme⁷⁸⁻⁷⁹, o que pode desembocar numa nova concepção da privacidade.

Pois bem, os dados pessoais são uma espécie herdeira da privacidade, que dão a esta uma atualização e contornos próprios⁸⁰. Mas apesar da disciplina dos dados pessoais ser um desdobramento do direito da privacidade, esses direitos não podem ser considerados como idênticos⁸¹.

A privacidade, em geral, protege o indivíduo contra uma intromissão no espaço privado, enquanto a proteção de dados regula o processamento de dados de um indivíduo, independentemente desses dados serem ou não considerados privados. A finalidade da proteção dos dados é evitar que eventual associação desses viole o direito da personalidade do indivíduo⁸².

Alude-se que a proteção de dados deve ocorrer ao longo das diferentes etapas que as envolvem: coleta, tratamento, armazenamento e cessão a terceiros. Além disso, essa proteção precisa focar nos dados pessoais independentemente do suporte em que

⁷⁷ MARTO, Cristina. *The Transformation of Intimacy and Privacy through Social Networking Sites*. Disponível em: http://media.leeds.ac.uk/files/2013/07/Miguel_The-Transformation-of-Intimacy-and-Privacy-through-Social-Networking-Sites.pdf. Acesso em 22 de julho de 2015.

⁷⁸ JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, p. 59-68, Março/2003.

⁷⁹ Nessa linha de raciocínio e consoante as lições de Erik Jayme, o cerne da intersecção entre a cultura pós-moderna e o Direito são os valores que esses têm em comum. Esses valores podem ser resumidos em: (i) primeiramente, o pluralismo, não apenas de formas, mas também de estilos, incluído aqui a autonomia no que diz respeito ao estilo de vida, dando-se reconhecimento ao Direito à Diferença. Como segundo valor, (ii) destacamos a comunicação e a inexistência de fronteiras. Erik Jayme relata que não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informação e imagens, mas também a vontade e o desejo de se comunicar. Já o terceiro valor (iii) caracteriza-se pela narração: “comunicar é também descrever, contar, narrar”. Por fim, o quarto valor (iv) representa o retorno dos sentimentos, o qual, consoante Erik Jayme, pode ser constatado em relação à identidade cultural, ao sentimento forte de defesa da sua própria identidade, da sua religião e de todas as outras expressões do individualismo. São esses quatro valores da cultura pós-moderna que acabam pondo em evidência a relação do Direito com a mesma. JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, p. 59-68, Março/2003.

⁸⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 25.

⁸¹ KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

⁸² KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

esses se encontrem. Ainda, a proteção deve abarcar tanto os registros de dados automatizados, quanto àqueles que não assim o são⁸³.

Nessa linha, o direito fundamental da proteção dos dados garante à pessoa um poder de controle sobre seus dados pessoais, sobre seu uso e seu destino, com o propósito de impedir sua circulação ilícita e lesiva à dignidade e ao direito afetado, protegendo, pois, a pessoa titular dos dados e não os dados em si⁸⁴. Claro que em casos excepcionais esse direito de controle dos seus dados pelos cidadãos pode ser limitado, como é o caso do cumprimento de obrigações legais pelos controladores de dados.

O ponto fulcral sobre a proteção de dados é o tratamento dispensado a esses. Tratamento pode ser entendido como toda a operação ou procedimento, ou seja, um meio complexo que conduz a um resultado. Esse procedimento é empreendido a fim de obter um reconhecimento de informações sobre pessoas. Após o reconhecimento, é permitido um trabalho em cima dessa informação, seja para benefício próprio, seja para sua cessão⁸⁵.

Em complemento a essa conceituação, o Decreto n.º 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet, traz uma descrição sobre o tratamento de dados. O artigo 14, inciso II, prevê o seguinte:

Tratamento de dados pessoais – toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Nas mais diferentes fontes jurídicas, sejam nacionais, sejam internacionais, é possível ver em algumas o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo em relação ao direito da privacidade e da intimidade. Em outras, aquela proteção segue como um tema intrínseco da privacidade e da intimidade⁸⁶, nem que seja, ao menos, em disposições genéricas acerca da inviolabilidade das comunicações,

⁸³ VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 364.

⁸⁴ VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 360.

⁸⁵ VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 364.

⁸⁶ KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

ou pela aplicação analógica de outros direitos intrinsecamente interligados⁸⁷.

Como um direito humano, é possível visualizar a proteção de dados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é uma resolução da Assembleia Geral da ONU de 1948, no seu artigo 12⁸⁸; e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, no artigo 17⁸⁹; como inserta (nos dois casos) na proteção da privacidade e da intimidade.

No âmbito de proteção regional dos direitos humanos, a proteção dos dados também está englobada pela proteção da privacidade e da intimidade. No caso europeu, cita-se o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁹⁰, que – na interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos – abarca a proteção de dados. De acordo com a mencionada Corte, o termo “vida privada” não deve ser interpretado restritivamente. Desse modo, dados pessoais recebem tal proteção e são definidos como qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável⁹¹.

A par dessas disposições sobre direitos humanos, é possível visualizar convenções internacionais que tratam de forma autônoma o direito à proteção de dados. É o caso da Convenção do Conselho da Europa sobre proteção dos indivíduos em matéria de processamento de dados pessoais e do *Supplementary Act on Data Protection* adotado pela *Economic Community of West African States (ECOWAS)*⁹².

Em território americano, constata-se um movimento da Organização dos Estados

⁸⁷ PRIVACY INTERNATIONAL E OPEN SOCIETY INSTITUTE. *Privacy and Human Rights*. Disponível em: <http://gile.org/privacy/survey/intro.html>. Acesso em 22 de julho de 2015.

⁸⁸ O artigo 12º assim prevê: “Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tal interferências ou ataques”.

⁸⁹ O artigo 17º dispõe que: 1. “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

⁹⁰ Assim determina o artigo 8º: 1. “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

⁹¹ KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR. *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 4, p. 223, 2013.

⁹² KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

Americanos (“OEA”) visando estabelecer normas detalhadas nessa área. Em 2012, foi lançada a Proposta de Declaração de Princípios para Privacidade e Proteção a Dados Pessoais na América, a qual apresenta 12 princípios fundamentais sobre o tema⁹³.

Ademais, cita-se a preocupação esboçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Escher vs Brasil”:

Hoje, a fluidez das informações coloca o direito à privacidade do indivíduo em maior risco, devido a novas ferramentas tecnológicas, como a internet, e seu uso cada vez maior. (...) o Estado deve aumentar seu compromisso em adaptar as formas tradicionais de proteção ao direito à privacidade para novos modelos⁹⁴.

No âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01) proclamou em 7 de dezembro de 2000 norma que trata expressamente da proteção de dados pessoais, no seu artigo 8º⁹⁵. O Tratado de Funcionamento da União Europeia também elenca disposições sobre a proteção de dados no seu artigo 16º⁹⁶.

Como desdobramento dessas duas previsões, houve a edição da Diretiva 95/46/EC sobre Proteção de Dados, aplicável também ao âmbito da Internet. Salienta-se que essa Diretiva constitui um marco histórico no trato da proteção dos dados, que tem como objetivos principais assegurar a promoção de direitos fundamentais da privacidade e da intimidade dos indivíduos e, em nível de integração regional, garantir a livre circulação de informações pessoais perante o mercado europeu.

Um dos casos mais paradigmáticos envolvendo a Diretiva foi o julgado pelo Tribunal de Justiça União Europeia (TJUE)⁹⁷, que versou sobre o direito ao

⁹³ARTIGO 19º. *Proteção de dados pessoais no Brasil - Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional*. São Paulo: Artigo 19, 2016, p. 8.

⁹⁴CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf. Acesso em 2 de abril de 2018.

⁹⁵ Artigo 8º. “Sobre a Protecção de dados pessoais: 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente”.

⁹⁶ KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

⁹⁷UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Julgado em 13 de maio de 2014.

esquecimento, envolvendo o Google, a Agência de Proteção de Dados Espanhola e o Senhor Mario Costeja González. Em apertada síntese, os fatos do caso são os seguintes: no ano de 1998, o jornal espanhol *La Vanguardia* publicou, nas suas edições impressas, anúncios sobre a penhora de bens a ser realizada pelo Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais para pagamento de débitos com a seguridade social, sendo que um desses bens dizia respeito às propriedades do Senhor Mario Costeja González. Essas versões foram posteriormente disponibilizadas na Internet.

Apesar de ter passado substancial tempo desde a veiculação de tais anúncios, bem como da venda definitiva da propriedade do Senhor Mario Costeja González, toda vez que se digitava o nome do Senhor Mario no Google, apareciam tais reportagens, que tinham sido digitalizadas. Ao solicitar que o jornal retirasse tal vinculação, o Senhor Mario foi informado que nada poderia ser feito a respeito por parte do jornal.

Então, o Senhor Mario procurou o Google Spain, que também não resolveu o problema, alegando que a indexação de seus dados teria sido feita pelo Google Inc., localizada nos Estados Unidos da América. Diante de tal impasse, o Senhor Mario procurou a Agência de Proteção de Dados Espanhola (AEPD), a qual ordenou ao Google Spain a retirada dos dados.

Em decorrência disso, o Google recorreu ao Judiciário espanhol, arguindo, entre outras questões, a não incidência nas atividades da Google Inc. aos ditames das normas europeias previstas na Directiva 95/46/EC, já que suas atividades não eram desenvolvidas no território do Estado-Membro. Em decorrência de envolver matéria de direito europeu, houve um reenvio prejudicial da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que entendeu que as atividades do Google Search nos Estados Unidos da América e no estabelecimento no Estado-Membro (Google Spain) estariam indissociavelmente ligadas, justificando a incidência das normas protetivas de dados elaboradas pela União Europeia sobre o caso⁹⁸.

Apesar dos frutos da Diretiva, sua implementação sofreu impasses no que tocou aos distintos tratamentos adotados no âmbito do direito interno dos Estados Membros⁹⁹.

⁹⁸ Apesar do TJUE ter afirmado a territorialidade na aplicação das normas de proteção de dados (muito embora ampliando o espectro dessa territorialidade), Alsenoy e Koekkoek defendem que essa jurisdição ampliada do caso em tela se revestiu de características próprias de uma extraterritorialidade, apoiada na teoria dos efeitos. ALSENOY, Brendan; KOEKKOEK, Marieke. *The Extra-Territorial Reach of the EU's 'Right to Be Forgotten'*. *ICRI Research Paper* 20, 2015.

⁹⁹ Diretiva é todo ato legislativo que fixa um objetivo geral, a respeito do qual os Estados-Membros da União Europeia deverão lançar esforços para alcançar. No entanto, há um espaço

¹⁰⁰. Além disso, a Diretiva sofria com os avanços da revolução tecnológica presenciada nos últimos tempos, o que comprometeu e pôs em risco a sua eficácia, já que quando da sua criação a chamada “era digital” estava dando seus primeiros passos¹⁰¹.

Por tais razões, houve a edição de um Regulamento (Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu) para a proteção de dados, apresentado pela Comissão Europeia ao Conselho em 2012 e publicado em 4 de maio de 2016. Sua aplicação iniciará em 25 de maio de 2018.

A mudança a ser instaurada por meio de um regulamento é bastante elogiável, até mesmo para combater a fragmentação. Nesse ponto, lembra-se que o regulamento tem uma força vinculativa bem maior que a diretiva, impondo a sua adoção inteiramente pelos Estados-Membros de forma imediata e simultânea. Já diretiva, após incidir sobre certo suporte fático, determina a aplicação das leis nacionais dos Estados-Membros¹⁰²⁻¹⁰³.

O Regulamento, ademais, possui um objetivo adicional, ao lado da proteção da intimidade dos indivíduos, que diz respeito à consolidação do Mercado Único Digital¹⁰⁴. Para o sucesso desse, é indispensável a existência de regras uniformes e a remoção das barreiras técnicas e legais¹⁰⁵.

O primeiro ponto de destaque do Regulamento é a extensão dada à proteção, que pode alcançar agentes que não têm presença na União Europeia, desde que os dados de um residente da União Europeia sejam processados em decorrência da oferta de um

de decisão a esses, que poderão escolher como e por quais meios poderão atingir esse objetivo. JAEGER JUNIOR, Augusto; CRAVO, Daniela Copetti. A Consagração dos Litígios Privados na União Europeia: Difundindo o Direito da Concorrência e Reparando as Vítimas Consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 96, p. 75-88, 2014. Adiciona-se que tal instrumento normativo é fruto das competências conferidas pelos Estados à (então) Comunidade no Tratado de Amsterdã, em 1997, que passaram a ser desenvolvidas pelos órgãos próprios desta (Parlamento, Conselho e Comissão). FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 2009.

¹⁰⁰ Apesar da proteção conferida, houve críticas à Diretiva, inclusive sendo descrita da seguinte forma: “*the elephant has laboured and given birth to a mouse*”, especialmente por causa dos problemas sofridos na implementação da Diretiva. LLOYD, Ian. *Information Technology Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹⁰¹ EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, p. 130, 2013.

¹⁰² EUROPEAN UNION. *EU Law*. Disponível em: < http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_en.htm>. Acesso em 23 de julho de 2015.

¹⁰³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 2009.

¹⁰⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Digital Single Market*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/digital-single-market>. Acesso em 4 de janeiro de 2018.

¹⁰⁵ WUBBEN, Martine; SCHERMER, Bart; TETERISSA, Deniece. *Legal aspects of the Digital Single Market Current framework, barriers and developments*. Amsterdã: Considerati, 2012.

produto ou serviço. A outra hipótese é quando o comportamento de um indivíduo na União Europeia seja monitorado¹⁰⁶, o que demonstra a possibilidade, nas duas hipóteses, de aplicação extraterritorial do Regulamento¹⁰⁷.

Ademais, o Regulamento aplica-se a todos os dados relativos a uma pessoa singular identificada ou identificável¹⁰⁸. Interessante é a disposição no Regulamento de que os dados pessoais que tenham sido pseudonimizados enquadram-se como dados de uma pessoa identificável, desde que seja possível atribuí-los a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares.

Quanto aos dados sensíveis, houve um alargamento do conceito em comparação à Diretiva, passando a incluir dados genéticos e biométricos¹⁰⁹. A título ilustrativo de como esses dados biométricos podem ser utilizados no mercado digital, cita-se o sistema “*touch ID*” inserido nos aparelhos celulares, computadores e *tablets* da empresa Apple.

Tal tecnologia permite que apenas os detentores das digitais cadastradas sejam aptos ao desbloqueio dos aparelhos que usam tal tecnologia embutida. Essa forma de desbloqueio substituiu o uso de códigos pelas digitais dos proprietários desses aparelhos, que conseguem inclusive adquirir livros e fazer compras através de aplicativos habilitados¹¹⁰.

As condições para obter o consentimento do uso tornaram-se mais estritas com o novo Regulamento. Com efeito, o indivíduo passou a ter o direito de revogar o seu consentimento a qualquer tempo, sendo que diferentes atividades de processamento precisam de consentimentos separados¹¹¹.

Adolescentes e crianças menores de 13 anos não poderão dar por si próprias consentimento para o processamento de seus dados pessoais em serviços online. Para adolescentes entre 13 e 15 a regra é exigir o consentimento dos pais, exceto se houver legislação do Estado-membro permitindo o consentimento próprio a partir dos 13 anos

¹⁰⁶ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.1.

¹⁰⁷ ZEITER, Anna. The New General Data Protection Regulation of the EU and its Impact on IT Companies in the U.S. *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2014.

¹⁰⁸ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.1.

¹⁰⁹ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.4.

¹¹⁰ Tal tecnologia, todavia, já vem sendo substituída pelo reconhecimento facial (*Face ID*) do detentor do aparelho.

¹¹¹ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.5.

de idade. Já adolescentes com 16 anos ou mais podem sozinhos prestar o consentimento que lhes for requerido¹¹².

Apesar das regras mais rigorosas sobre o tema do consentimento, há casos em que o consentimento não será necessário para justificar o processamento de dados pessoais, como por: necessidade contratual, observância a obrigações legais ou interesses legítimos¹¹³.

No que toca à transparência, organizações devem fornecer extensivas informações aos indivíduos sobre o processamento de seus dados pessoais. O Regulamento também introduz uma obrigação de notificação de violação de segurança às autoridades de supervisão e às respectivas vítimas do incidente¹¹⁴.

Além disso, o Regulamento introduz vários direitos como o direito ao esquecimento, portabilidade, objeção a certas atividades de processamento e a decisões tomadas por procedimentos automatizados. Essas seriam apenas algumas das modificações trazidas pelo Regulamento, que, infelizmente, não terão como ser abordadas no âmbito dessa Tese¹¹⁵.

Em última análise, o Regulamento garantirá um alto nível de proteção de dados ao buscar minimizar o risco de violação desses. Um dos mecanismos para atingir a eficácia desses objetivos é justamente a aplicação de multas deveras gravosas que podem ser de até 20 milhões de Euros ou até 4% do volume de negócios anual mundial (o que for maior)¹¹⁶.

No Brasil, a Constituição Federal (CF), no artigo 5º, inciso X, considera invioláveis a vida privada e a intimidade, bem como estabelece no artigo 5º, inciso XII, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, podendo nesse último caso ocorrer a quebra do sigilo, desde que haja ordem judicial para tanto, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal¹¹⁷.

¹¹² BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.5.

¹¹³ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.5.

¹¹⁴ BOARDMAN, Ruth; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017, p.5.

¹¹⁵ Sobre o tema, ver: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *European Data Protection*. Portsmouth: IAPP, 2017.

¹¹⁶ MARKO, Roland. GDPR: Data Protection Compliance in Austria and CEE. *CEE Legal Matters*, Year 4, Issue 3, p. 65-66, March 2017.

¹¹⁷ Não se pode olvidar, ademais, a instituição da ação de habeas data (art. 5º, inciso LXXII, da

Tal redação gerou inúmeras dúvidas quanto à possível existência de um direito absoluto à inviolabilidade das correspondências, das comunicações telegráficas e dos dados, tendo em vista que a única hipótese de quebra de sigilo, segundo o texto constitucional, seria para as comunicações telefônicas.

Como se sabe, não existe direito absoluto¹¹⁸, razão pela qual a inviolabilidade também não poderia assim o ser. Para o Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do precedente paradigma, o Recurso Extraordinário n.º 418.416, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 10 de maio de 2005¹¹⁹⁻¹²⁰, a quebra do sigilo se destina apenas à comunicação telefônica porque essa é a única hipótese que é instantânea, não deixando vestígios, razão pela qual se faz necessária a interceptação autorizada judicialmente. Já a comunicação de dados, a correspondência e a comunicação telegráfica deixam provas, vestígios, os quais podem ser objeto de busca e apreensão, por exemplo.

Assim, para o STF a proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador¹²¹. Se por um lado a decisão é correta no que toca a inexistência de uma inviolabilidade absoluta; por outro, verifica-se uma certa fragilidade quanto à proteção dos dados em si mesmos, que, na realidade atual, não poderiam ficar sem qualquer tipo de proteção específica.

Percebe-se, portanto, que o cenário jurídico brasileiro está muito distante de um modelo de proteção necessária. Esse cenário muitas vezes ainda é calcado em uma visão

Constituição Federal), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais. No entanto, cabe a ressalva necessária de que o *habeas data* não possui o condão de proteger os cidadãos e indivíduos em geral, já que esse instrumento direciona-se às condutas de entidades governamentais ou de caráter público, incluindo-se nessas últimas os bancos de dados referentes a consumidores, mesmo quando administrados por privados. Trata-se, nas palavras de Danilo Doneda, de uma tutela completamente anacrônica e ineficaz à realidade das comunicações e tratamentos de dados pessoais na Sociedade da Informação. DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 103, jul./dez. 2011.

¹¹⁸ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é virtualmente pacificado o entendimento de que, em princípio, inexistente direito absoluto, no sentido de uma total imunidade a qualquer espécie de restrição. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

¹¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 418.416. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, Julgado em 10 de maio de 2005.

¹²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n.º 124322, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado em 9 de dezembro de 2016.

¹²¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 418.416. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, Julgado em 10 de maio de 2005.

binária entre sigilo/abertura, público/privado, não refletindo a complexidade da matéria da informação¹²².

Portanto, a interpretação dada ao direito à intimidade e privacidade não condiz com a realidade latente e com a amplitude e importância que o tema dos dados pessoais apresenta atualmente. Como bem coloca Danilo Doneda, é importante reconhecer a íntima relação existente entre a privacidade e os dados¹²³.

Exatamente por esse motivo é que se fazem necessárias uma complementação e uma regulamentação infraconstitucional. Até o momento, não há no Brasil uma legislação de caráter geral sobre proteção de dados pessoais que atenda a função de proteger os indivíduos frente ao poder público e aos agentes privados.

Para sanar essa anomia jurídica, foram propostos alguns projetos de lei, que já estão em tramitação nas duas casas legislativas. Esses são os seguintes: no Senado Federal, o Projeto de Lei (PL) 330/2013; e na Câmara dos Deputados, o PL 5.276/2016 e o PL 4060/2012, sendo que, na opinião da organização não-governamental de direitos humanos “Artigo 19”, cada um oferece diferentes garantias ou riscos ao direito à privacidade e a outras liberdades fundamentais¹²⁴.

Segundo Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes¹²⁵, dentre essas propostas legislativas citadas, o PL 5.276/2016 seria o mais detalhado e minucioso. Esse Projeto de Lei é fruto de aproximadamente cinco anos de debate, e é decorrente de uma iniciativa do Poder Executivo.

O projeto foi elaborado por meio de duas consultas públicas, realizadas respectivamente nos anos de 2010 e 2015. Nessas oportunidades, foram recebidas mais de 2 mil contribuições dos mais diversos *stakeholders*, tais como, academia, sociedade civil, empresas e setor público¹²⁶.

Com efeito, pode-se dizer que se trata de um texto bastante amadurecido, inclusive compatível com legislações estrangeiras consideradas bastante avançadas, sem

¹²² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 106, jul./dez. 2011.

¹²³ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 106, jul./dez. 2011.

¹²⁴ ARTIGO 19. *Proteção de dados pessoais no Brasil - Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional*. São Paulo: Artigo 19, 2016, p. 3.

¹²⁵ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 45, agosto, 2017.

¹²⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Marco Jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 46, 2016.

deixar de observar e estar em harmonia com a proteção necessária da dignidade da pessoa¹²⁷.

Na verdade, pode-se dizer que o PL nº 5.276/2016 cumpre perfeitamente a missão de proteção às pessoas, vindo a servir, caso aprovado, como um marco normativo geral de proteção de dados pessoais, que terá aplicabilidade no âmbito privado e público. O ponto de partida e de chegada é sempre a pessoa, por meio da proteção à personalidade dessa, garantindo a privacidade, a liberdade e a igualdade¹²⁸.

Interessante verificar que o PL nº 5.276/2016 se propõe a ser, caso aprovado, uma lei geral e unitária. Com isso, se evitaria a ocorrência de guetos legislativos¹²⁹, com diferentes níveis de proteção num mesmo ordenamento.

Tal situação, além de gerar insegurança jurídica aos cidadãos e aos operadores do direito, poderia tornar as normas de proteção totalmente ineficazes, uma vez que é cediço e comum a transferência de dados entre os mais diferentes setores¹³⁰. Justamente em razão do caráter transversal da utilização de dados é que Bruno Bioni¹³¹ diz ser necessária uma infraestrutura regulatória geral¹³².

O PL nº 5.276/2016 adota uma parte geral principiológica. Nessa, são apresentados os seguintes princípios: livre acesso, finalidade, transparência, necessidade, qualidade, segurança e não discriminação.

Já é consolidada a importância dos princípios no ordenamento jurídico e seu caráter normativo, indo além da característica de simples vetores normativos. Esses são

¹²⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo. Marco Jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 46, 2016.

¹²⁸ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 46, agosto, 2017.

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In TEPEDINO, Gustavo (coord.): *Temas de direito civil*. 2.º ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 199-216, 2001.

¹³⁰ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 46, agosto, 2017.

¹³¹ BIONI, Bruno. *Privacidade e Proteção de Dados Pessoais em 2017*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-em-2017-10012017>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

¹³² Segundo Laura Mendes, as leis gerais de proteção de dados pessoais se firmaram como umas das formas mais eficazes de se proteger a privacidade nos países desenvolvidos, o que acabou influenciado a União Europeia, o Canadá e a Austrália. Fora dessa tendência, no entanto, restou os Estados Unidos da América, que possuem uma lei abrangente para o setor público e leis esparsas e setorializadas para o setor privado. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

de grande utilidade à normatização de mercados dinâmicos como o tecnológico e o digital, já que possuem uma estrutura normativa mais flexível, prescrevendo condutas de maneira mediata, vinculadas ao alcance de determinados fins¹³³.

O âmbito de aplicação desse projeto apresenta certas exceções, que são o uso para fins exclusivamente pessoais ou então para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, literários ou acadêmicos. É imperioso que haja esses tipos de exceções para que se possa proceder com atividades de interesse social e que poderiam restar prejudicadas caso submetidas a um regime excessivamente protetivo. Deve-se ressaltar, todavia, que tais exceções só podem ser aplicadas para o uso exclusivo de suas finalidades e não para outros fins.

Além disso, o Projeto enuncia em quais casos é legítimo o tratamento dos dados. Esses casos seriam aqueles em que há o legítimo interesse do responsável pelo tratamento ou em que os dados pessoais são necessários para a execução de um contrato.

O Projeto de Lei estabelece como um direito do cidadão a possibilidade de acessar, retificar, se opor, bloquear, cancelar ou se dissociar dos seus dados pessoais. Para monitorar o respeito a esses direitos, o Projeto prevê a existência de uma autoridade reguladora.

Adiciona-se que o Projeto traz conceitos importantes como o estampado pelo seu artigo 5º, inciso I, onde está previsto que dado pessoal é todo aquele relacionado à pessoa natural identificada ou identificável¹³⁴, incluindo nesses os números identificativos, os dados locacionais ou os identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa.

Aqui, percebe-se que o Projeto de Lei adota uma orientação expansionista ao colocar no conceito de dado pessoal uma característica de “identificável”. Por causa disso, Bruno Bioni¹³⁵ defende que o conceito abarcaria também os dados anônimos¹³⁶,

¹³³ A esse respeito, Humberto Ávila elucida que, no que toca à natureza do comportamento prescrito, os princípios são finalísticos, estando associados imediatamente a um estado ideal de coisas e mediamente a condutas. Já as regras prescrevem imediatamente condutas. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 95-101.

¹³⁴ Alexandre Veronese e Noemy Melo relatam que o debate sobre a natureza e o conceito de dados pessoais ainda não está encerrado, razão pela qual há a necessidade de precisar melhor o conceito exposto no artigo 5º, inciso I, do Projeto de Lei. VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei n.º 5.276/2016 em Contraste com o Novo Regulamento Europeu (2016/679 UE), *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 14, p. 71 – 99, Jan - Mar de 2018.

¹³⁵ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das*

já que há a possibilidade de reversão da qualidade de anonimato com a conseguinte identificação do indivíduo.

Um tema preocupante, quanto ao objeto de proteção, é que, para a prática de condutas abusivas, não é necessário saber a identidade da pessoa. Nesse sentido, é suficiente a atribuição de um identificador eletrônico. Uma vez conectado, já é possível moldar toda a sua navegação e formar um perfil completo das atividades do usuário¹³⁷.

Já no inciso III, do mesmo artigo 5º, está prevista a caracterização dos dados sensíveis. Conforme essa previsão, esses seriam os dados pessoais sobre origem racial ou étnica, religião, opinião política, filiação partidária, sindicatos ou participação em organizações religiosas, filosóficas ou políticas, vida sexual, saúde, dados genéticos e biométricos¹³⁸.

Esses conceitos estão em sintonia com a legislação internacional, no caso, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, que apresenta conceitos similares, no seu art. 4º, inc. 1¹³⁹. Também dispõe no mesmo sentido a legislação espanhola, como informa José Antonio Vega¹⁴⁰, a qual prevê que dado pessoal é qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável.

Assim, o Projeto de Lei busca ter um campo de aplicação o mais amplo possível. A ideia desse é buscar proteger qualquer dado vinculado a uma pessoa, ainda que esses não digam respeito a aspectos mais íntimos ou sensíveis¹⁴¹.

iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.5.

¹³⁶ Na opinião de Laura Schertel Mendes, “Após adquirirem a característica de anônimos, os dados não estão mais sujeitos à disciplina da proteção de dados pessoais, se tiverem sido tratados de modo a impossibilitar toda e qualquer identificação pessoal. Isso porque a tutela jurídica abrange apenas aqueles dados que se refiram à pessoa identificada ou identificável”. Tal autora faz uma ressalva salutar, no sentido que “a exclusão dos dados anônimos do sistema regulatória de proteção de dados deve ser vista com muita cautela. Afinal, sabe-se que a tecnologia é capaz de tornar identificáveis mesmo os dados anonimizados. Por isso, para propiciar a adequada proteção da personalidade do cidadão, entende-se que, persistindo qualquer possibilidade de reidentificação, faze-se mister a aplicação do regime de proteção de dados pessoais”. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57-58.

¹³⁷ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.5.

¹³⁸ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

¹³⁹ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

¹⁴⁰ VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 364.

¹⁴¹ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre

O Projeto de Lei, em consonância com a Diretiva Européia 95/46/CE e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu, reserva um tratamento especial aos dados sensíveis, considerando que o tratamento desses dados possa oferecer um risco maior à personalidade individual, inclusive servindo para práticas discriminatórias¹⁴².

Os mais diferentes ordenamentos apresentam listas exemplificativas de dados sensíveis, que, apesar de abarcarem exemplos diversos, trazem em seu cerne situações comuns que dizem respeito, em geral, aos dados referentes à raça, opção sexual, saúde e religião¹⁴³. Esse tipo de dados acaba recebendo uma tutela mais profunda, conforme se extrai do próprio Projeto de Lei nº 5.276/2016.

Cita-se, como exemplo, as seguintes previsões dedicadas especificamente aos dados sensíveis: (i) a validade do consentimento quanto à disposição dos dados pessoais deve observar requisitos mais exigentes, de modo que o consentimento deva ser expresso, livre e informado e realizado em documento apartado; (ii) os argumentos de que o processamento desses dados decorrem de interesses legítimos do responsável ou da própria execução de um contrato (art. 7º, inc. V) não legitimam o tratamento de dados sensíveis; e (iii) as autoridades reguladoras devem exercer um controle muito maior nessa temática¹⁴⁴.

O tratamento mais rigoroso dispensado aos dados sensíveis também pode ser aplicado a outros tipos de dados quando esses forem possíveis de passar por um processo especial de processamento que leve à discriminação. Essa situação é conhecida como tratamento sensível dos dados¹⁴⁵.

Salienta-se que a simples caracterização de um dado como sensível não é suficiente para impedir que haja o tratamento desses dados, já que isso obstaculizaria certas atividades lícitas em que o uso de tais dados é legítimo e necessário, como

Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

¹⁴²DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 48, agosto, 2017.

¹⁴³DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 48, agosto, 2017.

¹⁴⁴DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 49, agosto, 2017.

¹⁴⁵DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 49, agosto, 2017.

aquelas em que a própria razão de ser estaria comprometida caso não se pudesse obter informações deste gênero, a exemplo de organizações políticas ou religiosas. Destarte, é possível e até mesmo desejável, em certas circunstâncias, o tratamento dos dados sensíveis, desde que isso não proporcione uma utilização discriminatória¹⁴⁶.

Nessa linha, o Projeto elenca as hipóteses em que é admitido o tratamento de dados. Essas hipóteses, previstas no artigo 7º, são as seguintes: consentimento livre, informado e inequívoco; cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável; execução de políticas públicas pela administração pública; realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantido, sempre que possível, a anonimização dos dados; execução de contrato ou de procedimentos preliminares; exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou do terceiro; tutela da saúde com procedimento realizado pelos profissionais da saúde ou das entidades sanitárias; para atender aos interesses legítimos do responsável ou do terceiro, exceto no caso de prevalecerem interesses ou direitos ou liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for menor de idade.

Quanto a essa última hipótese, atendimento aos interesses legítimos do responsável ou do terceiro, é importante atentar para o sopesamento dos interesses no caso concreto. Assim, como apontam Danilo Doneda e Laura Mendes¹⁴⁷, essa hipótese não deve ser vista como uma válvula de escape.

Na verdade, apesar da hipótese denominada de interesses legítimos ser uma exceção ao consentimento do titular dos dados, essa deve ser utilizada apenas no contexto de uma relação ulterior, pré-estabelecida. Nesta, deverá, por oportuno, ter havido o devido consentimento¹⁴⁸.

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de utilização dos dados para avaliação dos indivíduos e, conseqüente, tomada de decisão, nos mais diferentes aspectos, como com relação à sua capacidade profissional, confiança ou crédito. O Projeto exige o atendimento de alguns requisitos para a validade da utilização das informações obtidas por meio do tratamento automatizado, como o direito de defesa do

¹⁴⁶ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p. 27.

¹⁴⁷ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 49, agosto, 2017.

¹⁴⁸ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.5.

titular e o de revisão, bem como o de influir e participar, ainda que minimamente, no processo de decisão tomado com base nos seus dados, uma vez que isso pode afetar de forma significativa a sua vida e a sua dignidade¹⁴⁹. Ademais, o responsável deverá fornecer todas as informações a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada, respeitados os segredos comercial e industrial (artigo 20, parágrafo único, do Projeto de Lei 5276/2016).

Proteção semelhante já existe na Lei 12.414/2011¹⁵⁰, que prevê em seu art. 5º, inciso VI, o direito do titular de “solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados”. Sobre o tema, não se pode deixar de fazer alusão à decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵¹ a respeito do *credit scoring*.

Na oportunidade, o STJ entendeu pela licitude do *credit scoring*, que é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito)¹⁵². A pontuação de um consumidor pode influenciar a decisão do credor de ampliar o crédito e os termos do crédito. Em geral, os consumidores com pontuações elevadas são mais propensos a obter crédito e com melhores termos (taxa de juros anual, período de carência, número de parcelas e outros).

Tendo em vista que o STJ considerou que o *credit scoring* é uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca

¹⁴⁹DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 49, agosto, 2017.

¹⁵⁰ Há discussões sobre possíveis mudanças à Lei n.º 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito (cadastro positivo) mais especificamente com relação ao seu artigo 4º, que exige autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado. As propostas giram em torno de incluir automaticamente todos os brasileiros inscritos no Cadastro de Pessoa Física da Receita Federal do Brasil – CPF/SRF. No final de 2016, essa discussão veio à tona por meio de uma possível edição de uma Medida Provisória, o que acabou não ocorrendo. Muitas críticas foram lançadas a essa possibilidade, a exemplo de Nota Pública do Ministério Público Federal. Atualmente, foi anunciado um projeto de Lei com o objetivo também de retirar a autorização prévia. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto permite adesão automática a cadastro positivo de consumidores*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/551541-PROJETO-PERMITTE-ADESAO-AUTOMATICA-A-CADASTRO-POSITIVO-DE-CONSUMIDORES.html>>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

¹⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n.º 1419697*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 12 de novembro de 2014.

¹⁵² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n.º 1419697*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 12 de novembro de 2014.

informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, e não um cadastro ou banco de dados, a ele não se aplica a exigência de obtenção de consentimento prévio e expresso do consumidor consultado (art. 4º da Lei n.º 12.414/2011).

Apesar de tais ressalvas, o *credit scoring* ainda assim precisa cumprir os demais deveres estabelecidos pelo CDC e pela lei do cadastro positivo, tais como o fornecimento aos consumidores esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados, bem como as informações pessoais levadas em conta pelas instituições de crédito.

Deve-se estar atento ao critério valorado na pontuação do crédito, pois há registros de um número crescente de empresas que extraem dados dos consumidores das redes sociais, como o Facebook, Instagram e LinkedIn. Uma dessas empresas atribui pontos de crédito com base em informações coletadas nos perfis de redes sociais dos usuários, levando em consideração os históricos de educação e emprego, número de seguidores e amigos¹⁵³. A subjetividade desses critérios não pode ser ignorada, embora esses estejam amparados por modelos matemáticos¹⁵⁴ que sugerem padrões objetivos de comportamento, já que não são claros e transparentes como deveriam, podendo ensejar graves danos aos consumidores, especialmente, quanto aos elementos de sua personalidade.

A inobservância dessa obrigação de zelo e esclarecimentos acerca das fontes dos dados configura abuso de direito, sem prejuízo de responsabilidade objetiva, até mesmo por danos morais. A responsabilidade também pode existir no caso de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados¹⁵⁵.

Salienta-se que o *credit scoring* é espécie de um gênero mais amplo de sistema de avaliação objetiva, ou simplesmente *scoring*. Nesse, há uma análise dos consumidores que têm maior chance de gerar ganhos econômicos ou financeiros para uma empresa. Uma vez definidos, esses podem ser alvos, por exemplo, de promoções e

¹⁵³ WEI, Yanhao; YILDIRIM, Pinar; VAN DEN BULTE, Christophe; DELLAROCAS, Chrysanthos. Credit Scoring with Social Network Data. *Marketing Science*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2475265>. Acesso em 26 de janeiro 2018.

¹⁵⁴ WEI, Yanhao; YILDIRIM, Pinar; VAN DEN BULTE, Christophe; DELLAROCAS, Chrysanthos. Credit Scoring with Social Network Data. *Marketing Science*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2475265>. Acesso em 26 de janeiro 2018.

¹⁵⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n.º 1419697*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 12 de novembro de 2014.

estratégias de fidelização de clientes¹⁵⁶.

Outro ponto relevante no que se refere aos dados é a questão da segurança e os danos provenientes da falta dessa, seja aos titulares dos dados pessoais, seja aos responsáveis pelo tratamento. Nessa seara, existem várias preocupações, como aquelas decorrentes de um acesso não autorizado a informações pessoais constantes em sistemas informatizados¹⁵⁷, bem como aquelas relacionadas a incidentes de segurança, que são capazes de causar dano ou risco relevante aos titulares de dados¹⁵⁸.

É fundamental que haja políticas a serem adotadas caso ocorram vazamentos de informações ou quebras de protocolos de segurança. Na formulação e implementação dessas políticas, deve haver a participação do órgão regulatório¹⁵⁹.

Alerta-se que a ocorrência de incidentes de segurança não é algo distante ou improvável. Recentemente, a empresa Uber anunciou que sofreu grande violação na sua segurança, o que resultou no furto de informações sobre 57 milhões de usuários e motoristas ao redor do mundo¹⁶⁰.

Ocorreu que a empresa, no lugar de anunciar o ocorrido e informar as autoridades competentes, decidiu pagar por um resgate dos dados, a fim de que esses fossem excluídos. Como consequência, reguladores das mais diferentes partes do mundo iniciaram investigações contra a empresa e ações coletivas já foram ajuizadas¹⁶¹. Com isso, percebe-se a necessidade de se regular não somente os procedimentos para evitar a ocorrência desses incidentes, mas principalmente os deveres e as medidas a serem adotadas pelos fornecedores quando um infortúnio desse gênero ocorrer.

Por fim, a transferência internacional de dados também representa outro ponto nevrálgico em matéria de proteção de dados. Como se sabe, os serviços inerentes à

¹⁵⁶ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112.

¹⁵⁷ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 50-51, agosto, 2017.

¹⁵⁸ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 50-51, agosto, 2017.

¹⁵⁹ ARTIGO 19. *Proteção de dados pessoais no Brasil - Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional*. São Paulo: Artigo 19, 2016, p.21.

¹⁶⁰ FINANCIAL TIMES. *The Uber data breach has implications for us all*. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/e2bf6caa-d2cb-11e7-a303-9060cb1e5f44>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

¹⁶¹ FINANCIAL TIMES. *The Uber data breach has implications for us all*. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/e2bf6caa-d2cb-11e7-a303-9060cb1e5f44>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

Sociedade da Informação são transfronteiriços e envolvem um trânsito extremamente volumoso de informações pessoais¹⁶².

Destarte, o Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, alinhado com a legislação da União Europeia sobre a disciplina, estabelece condições para legitimar a transferência internacional de dados, tais como a da adequação, de modo que os ordenamentos jurídicos dos países envolvidos na transferência devam ser compatíveis, buscando que esses tenham patamares adequados de proteção de dados¹⁶³.

Caso não haja essa adequação, o Projeto traz condições alternativas, tais como a autorização dada por órgão competente, o consentimento específico do titular, a cooperação internacional ou o reconhecimento de cláusulas corporativas globais em uma corporação. Tais condições alternativas fornecem a flexibilidade necessária para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas¹⁶⁴.

Apesar da existência do Projeto de Lei n.º 5.276/2016 e demais Projetos em trâmite, mencionados acima, até o momento não houve aprovação de qualquer texto final. Especula-se que o Brasil venha a ter uma lei geral de proteção de dados só no final de 2018 ou em 2019¹⁶⁵.

Em razão disso, não há como não reconhecer o atraso regulatório brasileiro, inclusive frente aos demais países da América Latina¹⁶⁶. Há também uma grande mora com relação à criação de uma autoridade regulatória¹⁶⁷, que implemente políticas

¹⁶²DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 51, agosto, 2017.

¹⁶³DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 51, agosto, 2017.

¹⁶⁴DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 51, agosto, 2017.

¹⁶⁵FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil deve ter lei de proteção de dados só no fim de 2018, dizem especialistas. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/12/1945134-brasil-deve-ter-lei-de-protecao-de-dados-so-no-fim-de-2018-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

¹⁶⁶Fabiano Menke complementa que “diferentemente de outros países, como a Alemanha, que teve a sua primeira lei em nível federal no ano de 1977, e a nossa vizinha Argentina, que já disciplina a matéria desde o ano 2000, o Brasil vem caminhando a passos muito lentos no sentido de implementar uma lei de proteção de dados”. MENKE, Fabiano. *Fundamentos da Proteção de Dados*. Disponível em: <http://itsa-brasil.com.br/hotsite/artigos/fundamentos-da-protecao-de-dados/>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

¹⁶⁷Alexandre Veronese e Noemy Melo destacam que o Projeto de Lei n.º 5.276/2016 não prevê detalhes sobre o futuro funcionamento do denominado órgão competente para proteção de dados, sendo necessária, portanto, uma ampliação da norma ou até mesmo outro projeto legislativo. VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei n.º 5.276/2016 em

essenciais, como as de educação à população¹⁶⁸.

Existem, no entanto, leis setoriais regulamentando temas que tocam esses tópicos explorados nas propostas legislativas brasileiras e nas legislações alienígenas. Diz-se, por isso, que seria até equivocada sustentar que não há no Brasil normas de proteção dos dados pessoais¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

Dentre essas¹⁷¹, ganha destaque o art. 43º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê certa regulação aos bancos de dados e cadastros referentes ao consumidor¹⁷². No entanto, essa proteção destina-se restritivamente a evitar abusos no tratamento de dados creditícios e não a outras searas de consumo¹⁷³.

Com efeito, até mesmo para ampliar essa proteção dos dados para além do mercado creditício, não podemos esquecer uma das propostas de modificação do Código de Defesa do Consumidor em trâmite no Congresso Nacional, que é o Projeto de Lei n.º 3.514/2015¹⁷⁴. Esse tem o condão de inserir no nosso campo jurídico a

Contraste com o Novo Regulamento Europeu (2016/679 UE), *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 14, p. 71 – 99, Jan - Mar de 2018.

¹⁶⁸ ZANATTA, Rafael. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 468, 2015.

¹⁶⁹ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015. p. 2.

¹⁷⁰ O acesso aos dados do cidadão também é uma preocupação atual da justiça eleitoral, já que pretensos candidatos a cargos públicos podem estar interessados na compra de dados para divulgação de campanhas, realização de pesquisas qualitativas e identificação do público-alvo. FOLHA DE SÃO PAULO. *WhatsApp entra no radar de pré-candidatos*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/whatsapp-entra-no-radar-de-pre-candidatos.shtml>>. Acesso em 4 de março de 2018.

¹⁷¹ Um interessante exemplo é a Lei 5.878/73 que criou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e impôs sigilo aos dados coletados, a fim de impedir que esses sejam utilizados para outros fins que não os puramente estatísticos (artigo 6º). Essa proteção foi recentemente reconhecida pelo STJ no Recurso Especial n.º 1353602. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1353602. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 7 de dezembro de 2017.

¹⁷² DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 103, jul./dez. 2011. Acesso em 4 de março de 2018.

¹⁷³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p.12.

¹⁷⁴ Esse Projeto, que trata sobre contratos internacionais de comércio e de consumo, tutelando – em especial – o consumidor que adquire bens e serviços na internet, é uma das duas propostas de modificação do Código de Defesa do Consumidor, ao lado do Projeto de Lei 3.515/2015, que dispõe sobre a prevenção e tratamento do superendividamento no Brasil. MARQUES, Claudia Lima; VIAL, Sophia Martini. *Código de Defesa do Consumidor precisa ser atualizado urgentemente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-11/garantias-consumo-codigo-defesa-consumidor-atualizado-urgentemente>. Acesso em 29 de dezembro de 2017.

regulamentação “do direito fundamental à proteção de dados e de registros pessoais, principalmente nos meios de comunicação à distância e eletrônicos (bancos de dados informatizados)”¹⁷⁵.

Ainda, não se pode esquecer de mencionar o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, que também pretendeu abordar a questão dos dados pessoais. Apesar de críticas feitas à nova disciplina da internet no Brasil, o Marco Civil da Internet pode ser considerado uma vitória aos que sempre combateram a falta de normas no espaço virtual¹⁷⁶.

O maior prestígio do Marco é ser fruto de um longo debate nacional, com a participação da sociedade e a realização de consultas públicas¹⁷⁷. Alerta-se, todavia, que o modelo nacional de regulação, como uma das possíveis propostas de governança da Internet, conforme visto anteriormente, é apenas uma das modalidades possíveis, e não necessariamente a melhor de todas¹⁷⁸.

O Marco é um modelo a ser possivelmente seguido por outros países, sendo conhecido mundialmente como a Constituição da Internet¹⁷⁹. Um dos pontos positivos do Marco foi o estabelecimento de princípios, direitos e deveres de maneira articulada com o valor da democracia, buscando integridade em um momento em que a Internet é marcada por uma fragmentação técnica e jurídica¹⁸⁰.

No que toca à temática dos dados pessoais, a entrada do Marco significa um avanço no reconhecimento da necessidade de proteção dos dados e dos registros

¹⁷⁵ KLEE, Antônia. A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei n. 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Direito & Justiça*, v. 41, p. 131, 2015.

¹⁷⁶ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – Uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, p. 25. 2015.

¹⁷⁷ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – Uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, p. 27. 2015.

¹⁷⁸ DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – Uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, p. 27. 2015.

¹⁷⁹ QUESADA, Adrian. *Proteccion de Datos en la Convergencia de las Telecomunicaciones*. 840 f. Tese (Licenciatura em Direito). Universidade de Costa Rica. Costa Rica, 2014.

¹⁸⁰ LEMOS, Ronaldo. Uma Breve História do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014)* – São Paulo: Quartier Latin, p. 79, 2015.

personais. Todavia, não se trata de uma lei específica sobre o tema¹⁸¹.

Desse modo, conquanto o Marco não traga de forma abrangente e estruturada a proteção de dados, ele faz alusão a alguns temas pertinentes. Nesse sentido, cita-se o artigo 3º, que traz, nos incisos II e III, os princípios da proteção da privacidade e dos dados na forma da lei.

Também estão previstos alguns direitos no artigo 7º relacionados à intimidade e à vida privada, bem como à inviolabilidade do sigilo do fluxo das comunicações e do armazenamento dessas, salvo por ordem judicial. Além disso, o fornecimento de dados pessoais e de registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet só poderá ocorrer mediante consentimento livre, expresso e informado, ou em outras hipóteses previstas em lei.

Ademais, destaca-se, que o consentimento sobre a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento dos dados pessoais só poderá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais, devendo todas as informações serem claras e completas. Os dados só poderão ser utilizados com uma finalidade que justifique a coleta, que não seja vedada pela legislação e que esteja especificada nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações da Internet. Por fim, o mencionado artigo 7º determina a exclusão definitiva dos dados pessoais a requerimento, ao término da relação, salvo quando a guarda de registros for obrigatória¹⁸².

O Decreto n.º 8.771/2016, que regulamenta o Marco Civil da Internet, traz disposições complementares quanto à temática, especialmente com relação à proteção dos registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas. O artigo 11º, em específico, trata da requisição de dados cadastrais. Já o art. 12º, determina que as autoridades da administração pública publiquem relatórios estatísticos de requisição de dados cadastrais, anualmente.

Na mesma senda, o Decreto, em sua seção seguinte, estabelece padrões de segurança e de sigilo dos registros, dados pessoais e comunicações privadas. O artigo 13º traz diversos deveres, como o controle estrito sobre o acesso aos dados, a previsão

¹⁸¹ KLEE, Antonia. A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei n. 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Direito & Justiça*, v. 41, p. 131, 2015.

¹⁸² Sobre a guarda obrigatória de registros, cita-se o artigo 13º do Marco Civil da Internet que prevê que cabe ao administrador de sistema autônomo, na provisão de conexão à Internet, manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 ano, nos termos do regulamento.

de mecanismo de autenticação de acesso aos registros, a criação de inventários detalhados de acesso, e o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados.

Ainda, o §2º do mencionado artigo estabelece que os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos tão logo atingida a finalidade de seu uso ou se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

O artigo 14º traz alguns conceitos importantes, como o de dado pessoal e o de tratamento desses dados, conforme anteriormente visto. Já o artigo 15º, estabelece que os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal. Por fim, o artigo 16º estipula que as informações sobre os padrões de segurança adotados pelos provedores de aplicação e provedores de conexão devam ser divulgadas de forma clara e acessível a qualquer interessado, preferencialmente por meio de seus sítios na Internet, respeitado o direito de confidencialidade quanto aos segredos empresariais.

Além do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor, leis vigentes que tratam sobre a proteção de dados, é possível fazer menção, por fim, às seguintes leis: Lei do Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) e a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), essa já mencionada anteriormente quando abordado o *credit scoring*. Assim, até o momento, há no Brasil uma verdadeira colcha de retalhos jurídica para a proteção dos dados pessoais.¹⁸³

Se os modelos de negócios baseiam-se em dados (*data-driven enterprises*), o que requer proteção em termos de direito da personalidade e da dignidade humana, conforme visto acima, e os dados representam não só a moeda corrente como também o principal insumo do mercado digital, empresas que possuem muitos dados podem representar perigos ao direito de escolha do consumidor à livre concorrência, quando essas abusem de sua posição dominante ou quando, para possuir posição dominante, adquiram dados (por meio de operações societárias ou infrações à ordem econômica) ou

¹⁸³ ZANATTA, Rafael. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 451, 2015.

impeçam a aquisição desses pelos outros concorrentes de maneira anticompetitiva¹⁸⁴.

Bastante pertinente é a reflexão de Fabiano Menke no sentido de que uma proteção de dados é um pressuposto funcional da economia de mercado, já que impede o uso de dados para manipulação do consumidor. Com elas, garante-se mais transparência e uma concorrência mais justa¹⁸⁵.

Portanto, há a necessidade de criação ou implementação de mecanismos que previnam ou impeçam tais situações, prejudiciais não só ao mercado e aos agentes econômicos e consumidores, mas a toda a sociedade¹⁸⁶, tendo em vista o caráter difuso da livre concorrência. Uma proposta para esse problema é a instituição do direito à portabilidade de dados¹⁸⁷, o qual será explorado na Parte B, a seguir.

Com isso, é possível concluir preliminarmente que os assuntos trazidos pelas Partes A.1 e A.2 permitiram que essa Tese, após percorrer conceitos introdutórios sobre a revolução digital, seus desafios e os reflexos dessa na proteção dos dados pessoais, visualizasse a necessidade de um instrumento para impedir o acesso e acumulação de dados de forma prejudicial ao mercado.

Destarte, pode-se resumir que a Parte A trouxe como contribuição às considerações finais da Tese, nesse momento ainda parciais, a confirmação de que há um dever objetivo do Estado de proteger os indivíduos frente a utilização indevida, intrusiva e demasiada de dados. Resta agora à Parte B ponderar e apresentar argumentos à afirmação de que essa proteção também precisa ser encarada à luz de um direito econômico e de bem-estar do consumidor, já que a utilização massiva e ilimitada dos dados também prejudica a livre concorrência, o mercado, e o consumidor. Há, como será visto na Parte B, uma intersecção e um compartilhamento de pontos comuns entre a

¹⁸⁴ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em: 25 de dezembro de 2017.

¹⁸⁵ MENKE, Fabiano. *Fundamentos da Proteção de Dados*. Disponível em: <http://itsa-brasil.com.br/hotsite/artigos/fundamentos-da-protecao-de-dados/>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

¹⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 16 n. 1. p. 174, 2009.

¹⁸⁷ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em: 25 de dezembro de 2017.

defesa do consumidor, da concorrência e a proteção dos dados pessoais, nomeadamente no que toca à portabilidade de dados.

B. INTERFACE ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA, DO CONSUMIDOR E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A utilização massiva e disseminada dos dados na economia digital requer uma atuação estatal por diferentes frentes, uma vez que qualquer política autônoma e estanque, além de vir a ser ineficaz, pode até ser prejudicial ao estado de coisas buscado. Nessa senda, visualiza-se que o tema da proteção de dados possui, em determinadas temáticas, uma interface com a proteção do consumidor e a defesa da concorrência. Tal interface ganha especialmente relevo quando se vislumbra a instituição de um direito à portabilidade.

Verificar os pontos de intersecção entre essas matérias é o propósito Parte B.1. Já a Parte B.2 irá cuidar especificamente das falhas de mercado geradas pelo *consumer lock-in* e pelos custos de troca, inclusive abordando como esses ocorrem peculiarmente no mercado digital. Após essa abordagem, será possível concluir como a portabilidade de dados pode combater tais falhas, o que justifica e funda a sua necessidade.

B.1 Privacidade e Bem-Estar do Consumidor

Como visto anteriormente, as leis de proteção de dados buscam – entre outros objetivos – empoderar¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ os indivíduos que cedem os seus dados pessoais em troca de serviços no mercado digital, que, na maioria das vezes, são prestados por empresas monopolistas ou quase monopolistas, que detém grande fatia de mercado. Para bem exemplificar, o Google possui mais de 91% de fatia de mercado na Europa; Androide representa 80% do mercado de celulares; Microsoft representa mais de 90% do mercado de *desktop operating systems*; Facebook tem 1.6 bilhões de pessoas na sua plataforma; e o Alibaba possui 80% de todas as transações de comércio eletrônico¹⁹⁰.

De nada adianta conceder vários direitos aos indivíduos sem dotá-los de mecanismos e ferramentas efetivas para que esses busquem serviços que respeitam os seus direitos ou que têm políticas que mais lhe agradam. É imperioso que se permita que o cidadão migre para serviços ou produtos que privilegiem a privacidade, o que pode fazer com que essa passe a ser um elemento de competitividade¹⁹¹.

Dessa maneira, surge o direito à portabilidade de dados, como um desdobramento da capacidade do cidadão de controlar seus dados pessoais¹⁹² e exercer seu direito de escolha¹⁹³, servindo também como um incentivo ao mercado para adoção de padrões desejados pela sociedade.

Destarte, não se pode negar, em essência, que a racionalidade do direito à portabilidade é servir de reforço para a implementação de direitos humanos relacionados à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Em larga escala, também permite que os indivíduos exercitem o seu direito à autodeterminação informacional¹⁹⁴⁻¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

¹⁸⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

¹⁸⁹ JANAL, Ruth. Data Portability. A Tale of Two Concepts, *JIPITEC* 59, p. 1, 2017.

¹⁹⁰ ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016, p.3.

¹⁹¹ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 56.

¹⁹² BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 56.

¹⁹³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

¹⁹⁴ ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection

Apesar das novas possibilidades que advêm da instituição da portabilidade de dados em todos os serviços digitais, certo é que o instituto não é novidade, seja no Brasil, seja também em várias outras partes do mundo. A exemplo, cita-se a portabilidade da telefonia móvel¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

Sobre essa, estudo da OECD relata que a introdução da portabilidade de números móveis teve o condão de reduzir os custos envolvidos na troca de operadoras pelos seus consumidores. No entanto, não houve uma remoção total dos ônus aos consumidores, a exemplo de um possível atraso entre a solicitação de portabilidade e quando ela é realmente implementada¹⁹⁹.

Por outro lado, foram observados vários benefícios indiretos aos consumidores, não relacionados diretamente com a troca de fornecedor pelos consumidores. Um exemplo disso são os descontos, ofertas e incentivos que passaram a ser oferecidos aos consumidores para evitar a mudança de operadoras. Além disso, programas de

reform. *International Data Privacy Law*, p. 4, 2012.

¹⁹⁵ Segundo Gabriela Zanfira, o conceito de autodeterminação informacional representa a substância da proteção de dados e foi adotado pela Corte Constitucional Alemã, em 1983, na sua famosa *Census decision*. A corte em Karlsruhe decidiu que quem não pudesse pesquisar com suficiente garantia a informação relativa a si mesmo, conhecida em certas áreas do seu entorno social, e quem não estava em condições de avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros em comunicação, poderia ser essencialmente obstruído em sua liberdade de fazer planos ou decisões com base em sua própria autodeterminação. Com esse entendimento, o Tribunal explicitamente destacou o direito à autodeterminação informacional, interpretando a noção mais ampla de direitos de personalidade. ZANFIRA, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, p. 4, 2012.

¹⁹⁶ Fabiano Menke complementa que a autodeterminação informativa confere ao indivíduo o poder de decisão quanto à divulgação ou utilização de seus dados pessoais. Essa se insere no direito à autoapresentação, que é uma das três categorias do direito geral da personalidade. Seu núcleo diz respeito à vedação do uso de informações sobre o indivíduo que sejam falsas, não autorizadas ou secretas. MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; COELHO, Alexandre. (Org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, p. 210-211, 2014.

¹⁹⁷ BIONI, Bruno. Xequê-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 56.

¹⁹⁸ HERT, Paul; PPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, p. 2, 2017.

¹⁹⁹ OECD. Enhancing Competition in Telecommunications: Protecting and Empowering Consumers. Disponível em: < <https://www.oecd.org/sti/consumer/40679279.pdf> >. Acesso em 21 de janeiro de 2018, p. 11.

fidelidade foram fortalecidos, novos aparelhos surgiram, bem como novos serviços²⁰⁰, o que resultou em um mercado mais dinâmico e competitivo.

Com relação ao Brasil, em 19 de março de 2007, foi aprovado o Regulamento Geral de Portabilidade – RGP, por meio da Resolução n.º 460 da ANATEL, cujo objetivo era estabelecer as condições para a implementação da Portabilidade de Código de Acesso pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Além da portabilidade na telefonia, já são encontradas ou estão sendo discutidas outras espécies do instituto, tal como a portabilidade no contexto de término de um contrato, nas comunicações de serviço de *roaming* e o acesso, pelos consumidores, aos serviços transfronteiriços²⁰¹. A portabilidade de crédito entre instituições financeiras é outro exemplo, podendo ser definida como a possibilidade de transferência de operações de crédito (empréstimos e financiamentos) e de arrendamento mercantil de uma instituição financeira para outra, por iniciativa do consumidor, pessoa natural ou jurídica, mediante liquidação antecipada da operação na instituição original.

Essa modalidade de portabilidade de crédito foi implementada no Brasil por meio da Resolução n.º 4.292, de 20 de dezembro de 2013²⁰². Sua funcionalidade se pela seguinte forma: o consumidor negociará as condições da nova operação com a instituição que concederá o novo crédito, a qual ficará responsável pela quitação da operação perante a instituição contratada.

Com isso, houve o aumento da competitividade entre instituições financeiras, tendo em vista o reforço dado ao poder de decisão dos consumidores. Esses poderão escolher dentre os agentes econômicos que praticam taxas de juros mais baixas ou oferecem outros atrativos advindos da nova negociação.

A portabilidade também pode ser adotada como um remédio concorrencial aplicado pelo CADE e por autoridades concorrenciais em geral. A título de exemplo, cita-se a aprovação do ato de concentração referente à aquisição do HSBC pelo Bradesco, julgado em junho de 2016 pelo Tribunal do CADE. Tal aprovação foi

²⁰⁰ OECD. Enhancing Competition in Telecommunications: Protecting and Empowering Consumers. Disponível em: < <https://www.oecd.org/sti/consumer/40679279.pdf> >. Acesso em 21 de janeiro de 2018, p. 27.

²⁰¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 4.

²⁰² BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução n.º 3.401, de 6 de setembro de 2006*. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4292_v1_O.pdf. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

condicionada à celebração de um Acordo em Controle de Concentrações – ACC, o qual, entre outros compromissos, determinava o estímulo e o incentivo da portabilidade de crédito pelo Bradesco²⁰³.

Com relação à portabilidade de dados, o debate sobre esse direito iniciou globalmente com o reconhecimento da necessidade dos usuários de serviços ou produtos digitais de migrar a sua lista de amigos e de contatos, endereços de e-mail e outros dados, que eles passaram horas adicionando, para outros serviços ou *websites*. A portabilidade de dados é, na sua origem, uma forma de difundir o compartilhamento da informação social²⁰⁴.

Ao permitir que o titular dos dados receba de volta os seus dados pessoais fornecidos a um controlador em um formato estruturado, comum e passível de leitura por outro sistema (legível por máquina), para então transmitir a outro controlador²⁰⁵ que esse desejo, o direito a portabilidade passou a ser considerado como uma nova ferramenta à luz da legislação de proteção de dados²⁰⁶. O tema da portabilidade de dados não se encerra nos nomes e endereços de e-mail, ganhando novos contornos e extensões, tendo em vista a intensa coleta das mais diferentes variedades de dados dos indivíduos, como visto na Parte A, acima.

O Grupo de Trabalho da União Europeia sustenta que o direito à portabilidade diz respeito a uma regulação de dados e não da concorrência, porquanto o novo Regulamento da União Europeia não limita o direito para aqueles que vão trocar de fornecedor²⁰⁷⁻²⁰⁸. Da mesma forma, Damien Geradin e Monika Kuschewsky²⁰⁹

²⁰³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n.º 08700.010790/2015-41*. Julgado em 8 de junho de 2016.

²⁰⁴ ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, p. 1, 2012.

²⁰⁵ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

²⁰⁶ GRAEF, Inge. *Data portability at the crossroads of data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p. 2.

²⁰⁷ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

²⁰⁸ Essa ênfase foi criticada por especialistas na área de proteção de dados, que defendem que a concorrência é um elemento do direito de portabilidade e deveria constar no trabalho desempenhado pelo grupo de trabalho. BOARDMAN, Ruth; MOLE, Ariane; MALDOFF, Gabe. *The Article 29 Working Party Issues Final Guidelines on the right to data portability*. Disponível em: < <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/article-29-working-party-issues-final-guidelines-on-the-right-to-data-portability>>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

²⁰⁹ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. *Competition Law and Personal Data*:

defendem que a portabilidade de dados é um direito na perspectiva individual, não estando relacionada ao direito de outros fornecedores ou concorrentes de acessarem os mesmos dados.

Concorda-se que a portabilidade de dados deve existir independente de ser utilizada para a troca entre fornecedores; no entanto, defende-se, com apoio em Peter Gola²¹⁰, que o instituto da portabilidade é mais próximo do direito do consumidor ou da concorrência. Dessa forma, a portabilidade tem implicações técnicas muito maiores²¹¹, o que não impede que essa seja enxergada como um reforço da proteção de dados, já que efetivamente, como será demonstrado na sequência, tem o condão de possibilitar o controle dos dados pelos indivíduos.

Nessa senda, não há como deixar de reconhecer que o livre trânsito dos dados pessoais estimula a concorrência²¹² e, portanto, possibilita o direito de escolha do consumidor, tutelando de forma inegável o bem-estar desses. Trata-se da tutela do consumidor manejada por meio do direito da concorrência²¹³, reforçando e dando aplicabilidade aos princípios da Ordem Econômica, nomeadamente ao princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CF) e da defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CF).

No escólio de Egon Bockmann Moreira²¹⁴, o princípio da livre concorrência prestigia a liberdade de ingresso, a de exercício e de gestão. Por meio disso, se busca atingir um resultado ideal quanto à distribuição de recursos na sociedade. Já o princípio da defesa do consumidor revela que “o ser humano há de ser considerado em sua integralidade e com valoração sobranceira nas relações econômicas”.

Destaca-se que o reconhecimento da proteção do consumidor como um dos

Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088>. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

²¹⁰ GOLA, Peter. *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/67*. Munich: C.H. Beck, 2018.

²¹¹ ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, p. 1, 2012.

²¹² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

²¹³ Nesse sentido, a Nota Conjunta da SENACON e do CADE afirma que “as políticas de concorrência e do consumidor compartilham o mesmo objetivo: o bem estar dos consumidores”. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Conjunta n.º 8/SENACON-CADE. *Análise sobre interface entre política de defesa do consumidor e defesa da concorrência*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-conjunta-no-08-senacon-e-cade.pdf>. Acesso em 6 de março de 2018.

²¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 45, p. 109 e 110, 2006.

objetivos do antitruste foi palco de discussão ao longo da evolução das teorias econômicas que contribuem para fundamentar o direito da concorrência. Desde a Escola de Harvard e a de Chicago, sempre houve a preocupação com o consumidor, muito embora de formas distintas.

A escola de Escola de Harvard surgiu na metade do século XX, preocupada com a estrutura do mercado, daí recebendo o nome de estruturalista. Como o próprio nome sugere, o mote da escola era o número de agentes atuantes no mercado e seu respectivo tamanho²¹⁵, razão pela qual se desenvolveu o paradigma Estrutura, Conduta e Desempenho (E - C - D).

Essa Escola do pensamento exerceu forte influência nos Estados Unidos da América até a década de 1970, e dava enfoque para a relação de causa e efeito entre condições de base (tecnologia, curva de custos, preferência dos consumidores, dentre outros), estrutura (barreiras de entradas, grau de concentração oferta e demanda, diferenciação produto), conduta (comportamento das empresas incluindo competição, precificação, publicidade, etc.) e desempenho do mercado (resultado, preço, qualidade e quantidade).

A aplicação dessa corrente do pensamento, nos idos de 1950 e 1960, resultou na introdução de uma série de normas contendo proibições *per se* de comportamentos negociais que raramente produziam efeitos anticompetitivos na prática. Além disso, forte intervenção estatal foi feita sobre práticas e estruturas empresariais, a qual desconsiderava qualquer argumento de eficiência²¹⁶.

Tendo em vista que essa Escola focava muito na defesa de pequenas empresas (*small is beautiful*)²¹⁷ e, portanto, nos concorrentes, a Escola de Harvard passou a ser alvo de uma série de críticas²¹⁸⁻²¹⁹. Em consequência, houve o surgimento da Escola de

²¹⁵ PIRANO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. p. 348, 2007.

²¹⁶ Nesse sentido, Robert Pitofsky menciona que, durante os anos 50 e 60, pequenas fusões que não poderiam ser vistas seriamente como um obstáculo ao mercado competitivo eram constantemente bloqueadas e abreviadas (com a tipificação de ilícito *per se*), apesar de raramente produzirem efeitos anticompetitivos ou contrários ao bem-estar do consumidor. Havia uma total desconsideração aos pleitos de eficiência. PITOFSKY, Robert, *Introduction: Setting the stage, How the Chicago school overshot the mark - The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford:Oxford University Press, 2008, p. 4-5.

²¹⁷ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 169.

²¹⁸ PFEIFFER, Roberto. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²¹⁹ Uma das críticas, a título ilustrativo, é a de que a intervenção da forma como proposta pela

Chicago²²⁰, a qual introduziu uma nova noção de concorrência, focada na eficiência produtiva e alocativa²²¹. Eis o fim da proteção *per se* às pequenas empresas e o início da busca pelos elementos de eficiência envolvidos no âmbito da concorrência.

O grande problema foi como garantir dentro dessa escola de pensamento a satisfação do consumidor, como bem alertou Guillermo Cuevas²²². Em decorrência disso, e na sequência histórica, surgiram movimentos pós-Chicago²²³, cuja principal característica foi alinhar a eficiência estudada pela Escola de Chicago à promoção de um ambiente de inovação e de livre escolha aos consumidores. Deixou-se de lado a visão fria do homem econômico racional e passou-se a prestigiar a atuação estatal, confiando ao Estado a tarefa de intervir quando diante de uma falha de mercado. Tudo isso com o apoio da análise econômica.

Assim, mesmo que dispensando um longo quadro descritivo do direito concorrencial, pode-se afirmar que o bem-estar do consumidor é um dos objetivos buscados pelo direito antitruste, muito embora o conteúdo desse sofra alterações ao longo das Escolas²²⁴, como visto acima. De qualquer forma, adota-se nessa Tese a corrente que busca a recentralização do direito da concorrência, como os estudos de Robert H. Lande²²⁵ que defendem que o direito da concorrência deveria ser pautado no direito de escolha do consumidor.

Robert H. Lande²²⁶ acredita que os Estados Unidos da América já estão engajados e incorporando essa nova tendência. Como exemplo, o autor cita o caso Microsoft, em que a escolha do consumidor deve se pautar no fator inovação, razão pela

Escola de Harvard pode até ser inconveniente, já que, mesmo em mercados com empresas de grande tamanho, pode haver dinâmica competitiva. WHISH, Richard. *Competition Law*. Londres: Butterworths, 2001, p.18.

²²⁰ As características básicas da Escola de Chicago são atribuíveis ao trabalho de Aaron Director na década de 1950. POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University Of Pennsylvania Law Review*. Vol. 127, p. 925, 1979.

²²¹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 182.

²²² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 45.

²²³ AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. *The Post-Chicago School*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/content/post-chicago-school>>. Acesso em 7 de junho de 2017.

²²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

²²⁵ LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

²²⁶ LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

qual a resolução do caso não focou apenas nos preços praticados pela Microsoft em relação ao seu sistema operacional ou navegador da web²²⁷.

Neil Averitt e Robert H. Lande²²⁸ propõem que uma decisão baseada no poder de escolha do consumidor deva se pautar nas seguintes premissas: “i) de haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e ii) que os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções”. Caberia, pois, ao direito da concorrência assegurar a competição no mercado, preocupando-se com as falhas externas desse ambiente, sob a ótica da oferta (*supply-side*). Com isso, preserva-se uma razoável gama de opções, sobre as quais o consumidor exercerá o seu poder de escolha²²⁹.

Nessa esteira, Robert H. Lande²³⁰ defende que o bem-estar do consumidor é muito melhor tutelado pelo modelo de escolha do que pela teoria dos preços ou da eficiência econômica. Como confirmação dessa premissa, o autor²³¹ arrola mercados em que os preços são regulados pelo Estado e ainda assim a competição é ponto fulcral, já que permite elevar o nível de qualidade dos produtos ou serviços oferecidos. Em casos como esses é que se percebe a falha da adoção da teoria dos preços, como ocorreu na teoria neoclássica (Escola de Chicago)²³².

Ademais, quanto ao direito de escolha, acrescenta-se a constatação de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio²³³, de que “uma sociedade que promove o princípio da livre concorrência está garantindo a liberdade de escolha individual: a competição descentraliza centros de tomada de decisões e, portanto, privilegia o direito de escolha de indivíduos”. Por outro lado, se o poder decisório reside em pequenos grupos econômicos ou políticos, a liberdade do indivíduo é reduzida ou até mesmo tolhida.

²²⁷ LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

²²⁸ LANDE, Robert H; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

²²⁹ LANDE, Robert H; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

²³⁰ LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

²³¹ LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

²³² Destaca-se que essa linha do direito de escolha do consumidor foi bem desenvolvida no Brasil pelo trabalho de Heloísa Carpena. CARPENA, Heloísa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

²³³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.27.

Todavia, a efetivação desse direito de escolha não deve ser traduzida em simples garantia do maior número de opções, mas, sim, implementada, na leitura de Ana Paula Martinez²³⁴, por um “equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor”.

Para a plena eficácia desse modelo, imperioso se torna a implementação simultânea e efetiva do direito do consumidor, que deverá atuar para garantir que “os consumidores possam efetivamente escolher dentre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações, como fraude ou retenção de informação material²³⁵”. Essa atuação seria direcionada às falhas internas do mercado.

Nesse embalo, é possível concluir que o direito do consumidor, ao atuar no lado da demanda, visa a permitir uma escolha livre, qualitativa e consciente do consumidor. Para que isso ocorra, o direito do consumidor se preocupa com a educação do consumidor, a informação, proteção econômica, saúde, segurança, integridade física e psicológica, acesso à justiça e proteção dos interesses coletivos²³⁶.

Com efeito, é necessária uma aplicação simultânea e recíproca desses dois ramos, que sofrem influxos recíprocos. E essa influência deve debelar, ainda que a tutela do consumidor e a da concorrência sejam desempenhadas por órgãos diferentes, como ocorre no Brasil²³⁷.

Por derradeiro, reafirma-se, com apoio em Augusto Jaeger Junior²³⁸, a

²³⁴ MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 73, 2004.

²³⁵ LANDE, Robert H; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*; São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

²³⁶ BOURGOIGNIE, Thierry. *Droits des Consommateurs et Marché Économique: Une Perspective Doctrinale*. Bruxelles: Story-Scientia, 1993, p. 52.

²³⁷ Hoje, em nível federal, tem-se a SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), órgão do Ministério da Justiça responsável pela defesa do consumidor e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia independente, responsável pela defesa da concorrência. Houve a tentativa de criação de uma agência única para essas duas temáticas, qual seja, a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), a qual não vingou. Após grandes discussões, consultas públicas e grupos de trabalho, optou-se por fortalecer o CADE e criar a SENACON. No entanto, cabe mencionar que antes de tal mudança e adoção pelo modelo SENACON e CADE, a defesa do consumidor e da concorrência eram abarcadas conjuntamente pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE), do Ministério da Justiça. A título de direito comparado, cabe dizer que o modelo seguido pela Austrália e pelo Reino Unido é de uma agência única, nesse sentido, cita-se, respectivamente, a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), e o OFT (Autoridade da Concorrência e do Consumidor do Reino Unido). ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 8 de junho de 2016.

²³⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência na União Europeia e no*

“necessária correlatividade, interdependência, indissociabilidade e indivisibilidade” da relação da concorrência com o tema do consumidor²³⁹. É nessa correlação que exsurge a importância do Diálogo das Fontes, da forma como foi concebido por Erik Jayme²⁴⁰ e aprimorado por Claudia Lima Marques²⁴¹.

Assim, pode-se dizer que os consumidores são sim um dos interesses tutelados, ao lado de outros valores constitucionais. Isso evidentemente não significa que a concorrência possa tornar desnecessária a defesa específica do consumidor.

Defender uma hipótese nesse sentido seria quase um exagero, nas palavras de Ricardo Lorenzetti²⁴², até porque o enfoque do direito do consumidor é no âmbito do direito privado, enquanto a concorrência é uma política de direito público²⁴³. Assim, os dois enfoques são complementares e atuam como vasos comunicantes, sem deixarem de observar as suas lógicas e razões inerentes e distintas²⁴⁴.

Destarte, não se há como negar que, primeiro, o bem-estar do consumidor é um dos objetivos buscados pela concorrência, e, segundo, que é necessária uma sinergia entre direito da concorrência e direito do consumidor, já que ambos sofrem e dependem dessas influências recíprocas. Pode-se afirmar que há entre eles um diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade²⁴⁵.

Explorada a intersecção entre consumidor e concorrência, agora se passa à análise dessas em relação à proteção de dados, como é bem demonstrada na figura

Mercosul. São Paulo: LTR, 2006, p. 172.

²³⁹ Nesse sentido, bem destaca Daniel Frimato de Almeida Glória: “não há sentido na concorrência se não houver a ótica do consumidor”. GLÓRIA, Daniel Frimato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003, p. 116.

²⁴⁰ JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, p. 59-68, Março/2003.

²⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

²⁴² LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p.222.

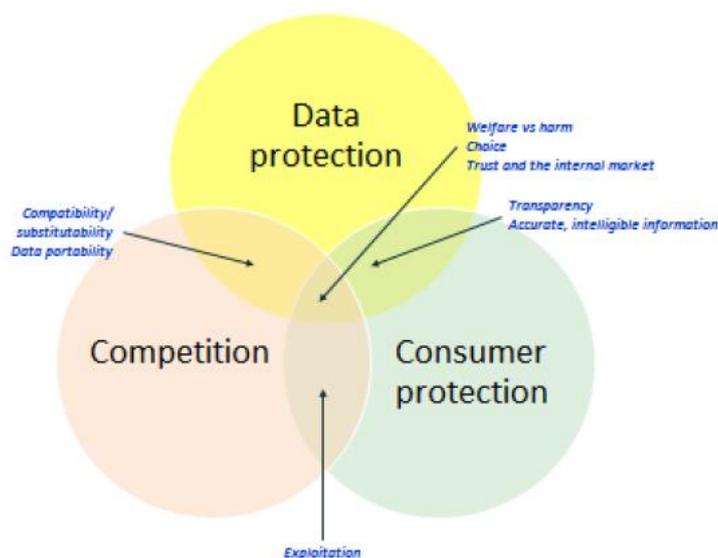
²⁴³ LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p. 222.

²⁴⁴ MELEDO-BRIAND, Daniele. A Consideração do Interesse do Consumidor e o Direito da Concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 39, jul./set. 2000.

²⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antônio Junqueira de; Tôres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas. Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 160, 2010.

abaixo²⁴⁶:

Figura 1 – Intersecção entre Proteção de Dados, Concorrência e Proteção do Consumidor.



Fonte: EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION

Explicando essa intersecção, pode-se observar que no ambiente dos mercados digitais o aumento e a manutenção do poder de mercado são alcançados por meio do volume massivo de dados coletados dos usuários dos serviços *online*, sem que haja um respeito ou cuidado com a privacidade. Exceção a essa regra, são os serviços relacionados a tratamento médico, finanças e bancos, segurança e turismo de luxo, que são negócios que competem em nível de proteção à privacidade, uma vez que eventual falha quanto ao tema pode gerar danos à reputação das empresas e afetar seu poder de mercado (*market power*)²⁴⁷.

Ocorre que, além de a regra ser a inexistência de competição entre serviços de

²⁴⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p.2.

²⁴⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 33.

qualidade em nível de proteção de dados, os consumidores não são vocacionados a escolher serviços que adotam políticas mais zelosas de privacidade, fazendo com que a regra do mercado digital seja uma corrida ao fim do poço (*race to the bottom*) em matéria de proteção à privacidade²⁴⁸.

Destarte, o descumprimento das normas de proteção de dados e o uso de métodos anticompetitivos para aquisição desses elementos tornaram-se um sintoma claro de poder de mercado²⁴⁹. Se os consumidores não adotam um comportamento que estimule o apego à privacidade, os agentes econômicos não possuem incentivos para implementar medidas que zelem por esses fins. Pelo contrário, não observar normas de proteção à privacidade potencialmente rende vantagens competitivas.

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

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

Infelizmente, os órgãos reguladores envolvidos na temática em apreço ainda não perceberam essa necessária intersecção e como ela deve ser direcionada. Exemplo disso foram 2 (dois) casos de parceria comercial analisados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o primeiro entre grupo Oi e Phorm²⁵⁰, e o segundo, Telefônica e Phorm²⁵¹, para fins de propaganda *online*.

Nesses dois casos, entendeu o CADE que a questão da privacidade é

²⁴⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 33.

²⁴⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 33.

²⁵⁰ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 60.

²⁵¹ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 60.

preocupante, apesar de não integrar a sua missão institucional²⁵². No entanto, discorda-se desse posicionamento, uma vez que os dados (especialmente os pessoais) foram convertidos, no mercado digital, em insumos, e por isso, podem ser submetidos à análise antitruste, conforme se investigará na Parte II, B, desta Tese.

No exterior, caso parecido foi analisado quando da aquisição pelo Google da empresa DoubleClick. Essa operação restou aprovada pela FTC (*Federal Trade Commission*, órgão de concorrência dos Estados Unidos da América)²⁵³ em 2007, e pela Comissão Europeia, em 2008²⁵⁴. Com relação a essa última aprovação, sustentava-se que a Comissão deixou de considerar pontos importantes, tais como os efeitos da operação societária trazidas aos usuários da empresa adquirida, cujos dados seriam processados pelas duas empresas, muito embora o seu consentimento não as tivesse englobado. Também não teriam sido sopesadas as consequências ao bem-estar de mais de milhares de consumidores²⁵⁵.

Por outro lado, no caso envolvendo a empresa ReverseAuction.com Inc.²⁵⁶, que se registrou como um usuário do eBay para coletar as informações dos demais usuários, como email e o *feedback ratings*, a FTC expressou seu comprometimento na proteção da privacidade *online* dos consumidores, afirmando que irá agir rapidamente contra aqueles que violarem políticas de proteção de dados. Para a FTC, a privacidade é um elemento importante na tomada de decisão pelos consumidores norte-americanos.

Um outro ponto de interação diz respeito à identificação, pelas autoridades da concorrência, da utilização dos dados em mercados distintos, uma vez que é da praxe antitruste delimitar e definir mercados relevantes. Seria o caso, por exemplo, de um fornecedor que colete dados em larga escala em um mercado, e depois os venda para serem utilizados em um segundo mercado. Com efeito, a análise antitruste poderia

²⁵² MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 60-67.

²⁵³ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation>. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

²⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-426_en.htm. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

²⁵⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 33.

²⁵⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Online Auction Site Settles FTC Privacy Charges*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/01/online-auction-site-settles-ftc-privacy-charges>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

servir para se chegar à conclusão de que, sob a ótica da proteção de dados, o processamento pelo segundo mercado estaria sendo realizado sem o consentimento do titular dos dados²⁵⁷.

Outro problema enfrentado diz respeito ao imbricamento das três importantes áreas (dados, consumidor e concorrência) que é afeto à discriminação sofrida pelos consumidores, que ocorre não só pela violação das normas de privacidade, mas também pelo vácuo de competência quando da aplicação da lei de concorrência²⁵⁸. Em grande parte, isso acontece não pelo dolo ou culpa das autoridades antitruste, mas sim, pelo modelo da tutela da concorrencial que não tem como foco direto as falhas internas dos consumidores²⁵⁹.

Além disso, não se pode esquecer nessa análise do papel da informação. Quanto mais informados os consumidores, mais aptos eles estarão para escolher entre serviços online concorrentes e, eficientemente, dirigir a concorrência²⁶⁰.

Sendo assim, um mercado competitivo não é capaz de produzir todos seus efeitos positivos caso haja problemas informacionais, o que acarreta uma performance aquém da esperada na economia. Ainda, é possível afirmar que o exercício do direito à informação pelo consumidor proporciona um *enforcement* das regras de concorrência²⁶¹.

No mercado digital, o acesso à informação pelos consumidores possui uma peculiaridade, que diz respeito à habilidade dos consumidores em compreender as informações que lhes são fornecidas. Exemplo disso são as empresas multisserviços, em que os consumidores podem ter dificuldades em entender e prever que os dados

²⁵⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 28.

²⁵⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p.32.

²⁵⁹ Sobre a abordagem de questões consumeristas pelo CADE, José Reinaldo de Lima Lopes reconhece que CADE está aberto aos consumidores, mas não para dar-lhes uma satisfação imediata. O papel do CADE é, sim, manter um ambiente mais favorável, com eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes e mais alternativas. LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr. /jun. 2000.

²⁶⁰ KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 4.

²⁶¹ CSERES, Kati J. *The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law: The Case of Deregulated Markets*. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, 2006, p. 4.

fornecidos para o uso de determinado serviço serão posteriormente processados pela mesma empresa e utilizados em outros serviços que não aquele originariamente previsto²⁶².

A dificuldade de compreensão também é reforçada pela longa extensão das políticas de privacidade. Segundo estudos, um usuário levaria 244 horas por ano para ler a política de privacidade de cada website visitado, o que representa mais de 50% do tempo médio de uso da Internet. Como se isso não fosse suficiente para minar o direito à informação, essas políticas geralmente são escritas em letras pequenas, em termos vagos e com cláusulas abertas, que permitem a utilização dos dados para "melhorar a experiência do cliente"²⁶³.

Cabe fazer uma pequena observação quanto às práticas implementadas pelos fornecedores no mercado online que muitas vezes utilizassem dessa válvula de escape denominada de "melhorar a experiência do cliente". Um exemplo dessas práticas são as publicidades, que muitas plataformas e serviços defendem que seriam úteis e proveitosas aos internautas.

Como esclarece Marcela Mattiuzzo²⁶⁴, essa premissa é altamente questionável. Primeiro, porque ignora que anúncios possam ser enganosos ou abusivos, além da sua parcialidade e direcionamento (especialmente considerando as modernas técnicas de coleta e utilização de dados, até para a criação de perfis). Segundo, porque a grande quantidade de publicidade pode tornar a navegação sobrecarregada e difícil, podendo gerar irritação ou aborrecimentos ao usuário. Assim, a publicidade da forma como está sendo feita na Internet pode ser considerada até mesmo um desserviço aos usuários²⁶⁵.

Apesar da informação ser indispensável, algo muito mais imprescindível é a capacidade de encerrar a tomada do serviço e transferir todos os dados fornecidos e armazenados a outra plataforma ou aplicação. Nesse sentido, afirma-se que quanto mais difícil for para um individual mover seus dados, maior é poder de mercado detido pelo

²⁶² EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 34.

²⁶³ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 34.

²⁶⁴ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 61.

²⁶⁵ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 21.

fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes²⁶⁶.

Frente a essas peculiaridades prejudiciais ao mercado, a portabilidade pode prevenir o abuso de posição dominante, exclusionário ou exploratório, e permitir o acesso pelos consumidores a novos mercados²⁶⁷. A portabilidade de dados, portanto, “*goes to the heart of competition policy*”²⁶⁸ e tem um impacto significativo ao impedir o *consumer lock-in* e os *switching costs*.

Para introduzir esses dois conceitos-chave (*consumer lock-in* e *switching costs*), cita-se o seguinte exemplo: sem portabilidade de dados, um consumidor que usa o serviço de e-mail do Yahoo pode não querer migrar para o Gmail devido ao risco de perder dados pessoais inestimáveis²⁶⁹. Com isso, o mercado se torna frágil e propenso ao domínio por certos agentes, representando problemas tanto de ordem de exclusão de mercado, quanto de barreiras de entrada a novos agentes²⁷⁰, de modo que os mecanismos que frequentemente sejam invocados como salvaguardas aos interesses dos consumidores não consigam agir²⁷¹.

Em última análise, tendo em vista a necessidade de reduzir as falhas de mercado para que haja um respeito à privacidade dos indivíduos e uma proteção aos dados pessoais, bem como para o bem-estar do consumidor e a promoção de um livre mercado, deve-se promover uma cooperação e um diálogo entre a defesa da concorrência do consumidor e a proteção de dados pessoais. A maior cristalização dessa interface recai justamente na portabilidade de dados, como visto nessa Parte B. 1. Na

²⁶⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 36.

²⁶⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 36.

²⁶⁸ GRAEF, Inge. *Data portability at the crossroads of data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p.2.

²⁶⁹ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

²⁷⁰ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

²⁷¹ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1454, 2012.

Parte B.2, por sua vez, será visto propriamente os efeitos da portabilidade, especialmente no que diz respeito à redução ou eliminação do *consumer lock-in* e dos *switching costs*.

B.2 Limitações ao Direito de Escolha

Na parte B.1, teve-se a oportunidade de observar pontos de intersecção entre defesa do consumidor, da concorrência e proteção de dados e como a portabilidade pode prevenir o abuso de posição dominante, exclusionário ou exploratório, e permitir o acesso pelos consumidores a novos mercados²⁷². A portabilidade de dados, portanto, “*goes to the heart of competition policy*”²⁷³, e tem um impacto significativo ao impedir o aprisionamento do consumidor (*consumer lock-in*) e os custos de troca (*switching costs*).

Existem alguns tipos de custo, tais como os de procura (*searching costs*) e os de substituição²⁷⁴⁻²⁷⁵, que criam barreiras ao livre trânsito dos consumidores entre as opções disponíveis no mercado, impedindo que esses exerçam seu direito de escolha diante do efeito de aprisionamento (*lock-in effect*). Tais custos são um fator diferencial na oferta de produtos homogêneos²⁷⁶ e podem ser a razão pela qual não haja uma competição praticável em determinados mercados.

Em decorrência disso, os consumidores podem passar a tolerar aumentos de preços, inclusive com a imposição de preços supraconcorrenciais, ou violações a sua privacidade²⁷⁷. A consequência é que “os consumidores podem contar com a heurística no lugar de serem guiados pela racionalidade²⁷⁸”.

Esses custos, com exceção daqueles relacionados a questões emocionais, cognitivas, e psicológicas, são decorrentes de certas práticas comerciais. Quando esses

²⁷² EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 36.

²⁷³ GRAEF, Inge. *Data portability at the crossroads of data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p.2.

²⁷⁴ KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 4.

²⁷⁵ Na literatura, há referência também aos custos de comunicação. EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.3.

²⁷⁶ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 11.

²⁷⁷ CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, p. 4, 2006.

²⁷⁸ Tradução livre da autora.

ocorrem, os consumidores ainda que estejam dispostos ou entusiasmados com novos fornecedores, não poderão assim proceder, em decorrência de circunstâncias que – em geral – são deliberadas e criadas à luz dos interesses econômicos²⁷⁹.

Exemplo disso é a própria comercialização de bens duráveis, que teve início no mesmo tempo que as empresas modernas. Quando um consumidor compra um produto desse, fica “preso” por substancial período de tempo, chegando o consumidor quase a ser comparado com um investidor, exceto no que pertine à proteção de seus interesses futuros, já que a proteção daquele nesse ponto é muito menor do que este²⁸⁰.

Em termos de estrutura de mercado, pode-se dizer que nos modelos de negócios em que há custos na troca de fornecedores ocorre uma concorrência *ex ante*, para que haja o pleno poder *ex post*. Nesse jogo concorrencial, os fornecedores lançam mão de preços de penetração, ofertas introdutórias e guerras de preços (incluído os predatórios), de forma que passam a consagrar – portanto – uma “competição pelo mercado” ou uma “competição pelo ciclo de vida”²⁸¹.

Apesar de existir uma concorrência *ex ante*, isso não é suficiente para contrabalancear os prejuízos. Estudos apontam que tais situações geram redução de eficiência e dano ao consumidor, especialmente em decorrência da obstrução de acesso pelo consumidor a outros fornecedores, talvez até mais eficientes²⁸².

Destarte, concorrência *ex ante* frequentemente falha em promover a concorrência *ex post*, gerando, com isso, rendas e retornos de oligopólio aos que promovem práticas que criam custos de troca aos consumidores²⁸³. Ademais, é praticado um sistema de preços baseados no “*bargain-then-ripoff*” (barganha e depois exploração), que normalmente distorce a qualidade da escolha e gera confusão por meio

²⁷⁹ SANNE, Christer. Willing consumers—or locked-in? Policies for a sustainable consumption. *Ecological Economics* 42, p. 287, 2002.

²⁸⁰ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1452, 2012.

²⁸¹ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1970, 2007.

²⁸² FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1972, 2007.

²⁸³ Em sentido parecido, Nikita Dzhain defende que a presença de altos custos de troca pode criar um monopólio *ex post*, apesar de existir uma competição *ex ante*. DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 11.

de incentivos artificiais²⁸⁴.

Assim, quando o fornecedor está diante de um consumidor novo, ele aplica preços atraentes, barganhas. Já quando esse consumidor passa a ser um consumidor antigo, preso pela imposição de um custo de troca (além de imposto, esse pode ser consequente ou acidental, conforme se verá mais adiante), os preços passam a ser maiores²⁸⁵, até mesmo para compensar as barganhas iniciais.

Cabe ressaltar que, por certas vezes, as práticas para conquistar num primeiro momento o consumidor e depois retê-lo podem ultrapassar o limite da licitude²⁸⁶. Pei-yu Chen e Lorin Hitt²⁸⁷ afirmam existir evidências de empresas investindo especificamente na criação de custos de troca. Adicionam que as empresas possuem considerável controle sobre esses custos, por meio de inúmeras práticas comerciais.

Tal situação é visualizada em todos os mercados, inclusive nos digitais, ainda que nesses os custos de procura sejam reduzidos e haja certo acesso à informação. Em adição a isso, o comportamento dos consumidores em decorrência de sua vulnerabilidade, às vezes reforçada pelas suas falhas emocionais, torna os efeitos prejudiciais das práticas ainda maiores.

A respeito do comportamento do consumidor, segundo David Yosifon²⁸⁸, existe uma tendência dos indivíduos de avaliar e pesar os ganhos do presente muito mais do que os ganhos do futuro (ou mesmo prejuízos), priorizando os primeiros. Trata-se do fenômeno denominado de “desconto hiperbólico”, que visualiza que somos muito melhores ao avaliar o presente, como base nos custos e nos desejos na nossa frente, do que o futuro. Com isso, os consumidores podem falhar ao antecipar o impacto de futuros custos.

Situação essa que destaca ainda mais a vulnerabilidade dos consumidores. Se

²⁸⁴ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1972, 2007.

²⁸⁵ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 17.

²⁸⁶ CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2018, p. 17.

²⁸⁷ CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2018, p. 17.

²⁸⁸ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1452, 2012.

suas escolhas se baseiam, via de regra, nos ganhos no presente, com os custos de troca, os problemas no futuro podem se tornar ainda maiores²⁸⁹. Com se sabe, esses irão prender o consumidor às suas escolhas primárias, ainda que as consequências dessas no futuro sejam desastrosas.

Ocorre que muitas vezes o consumidor nem consegue fazer um balanço dos futuros custos em que irá incorrer, a fim de sopesar com a oferta no presente. Nem sempre os fornecedores oferecem um contrato completo considerando o ciclo de vida, que especifique todos os preços do agora e do futuro. Na maioria dos casos, as relações contratuais, muito embora de longo prazo, são regidas por termos de curto prazo ou apenas de efeitos imediatos²⁹⁰.

Especificando os custos que geram as situações narradas acima, cabe apontar que existem os custos de troca e os custos de procura. Esses têm muito em comum, podendo ser aplicado o modelo de efeitos daqueles a estes. Há trabalhos que sequer distinguem esses dois tipos de custos²⁹¹.

De qualquer forma, podemos definir custos de procura como o tempo e o esforço gasto em pesquisa sobre várias alternativas possíveis antes da tomada de decisão de compra²⁹². Adicionalmente, os custos de procura indicam o nível de complexidade que os consumidores enfrentam para adquirir informações sobre vendedores ou prestadores de serviços alternativos²⁹³.

Especificamente para as plataformas tecnológicas de informação, é possível sustentar, em um primeiro momento, que os custos de procura seriam reduzidos, tendo em vista que a informação estaria prontamente disponível aos consumidores como uma das vantagens da Internet. Todavia, tal premissa não é totalmente correta, já que o largo volume de informação disponível pode gerar um efeito contrário aos consumidores,

²⁸⁹ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1970, 2007.

²⁹⁰ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1973, 2007.

²⁹¹ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1978, 2007.

²⁹² DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 16.

²⁹³ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 14.

fazendo com que esses passem longo tempo processando as informações, o que, por conseguinte, acaba aumentando os custos de procura²⁹⁴.

Os custos de procura geram uma situação que tem sido denominada como “confusopólio”, isto é, o poder de determinado fornecedor é determinado pela precária qualidade das informações que estão sendo emitidas aos consumidores e não pela estrutura do mercado. A situação é agravada nos mercados em que ocorre substancial diferenciação de produtos, uma vez que os consumidores terão dificuldades na comparação entre as alternativas. Exemplo disso é o setor bancário, onde há uma infinidade de pacotes de serviços²⁹⁵.

Já os custos de troca são aqueles custos que surgem quando se deseja mudar de fornecedor, os quais não acontecem quando se permanece com o atual. Com isso, há a oportunidade do fornecedor adotar comportamentos anticompetitivos, independentemente da quantidade de empresas atuantes no mercado²⁹⁶.

O custo de troca clássico é aquele em que o comprador adquire o mesmo produto ou serviço repetidamente, e, em uma nova compra, irá achar custoso trocar de um fornecedor a outro. Além do clássico, há o custo que surge em decorrência da necessidade de compra de produtos ou serviço complementares, como os de manutenção ou reparação. Nesse caso, os custos relacionam-se à mudança de fornecedor no mercado complementar ou secundário, optando-se por um fornecedor diferente daquele do produto original²⁹⁷.

Ademais, é possível identificar seis categorias de custos de troca, que são: (a) os custos de transação, onde se inclui os custos de oportunidade de procurar um novo fornecedor; (b) os contratuais²⁹⁸, entre os quais se encontram os programas de

²⁹⁴ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 14.

²⁹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Conjunta n.º 8/SENACON-CADE. *Análise sobre interface entre política de defesa do consumidor e defesa da concorrência*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-conjunta-no-08-senacon-e-cade.pdf>. Acesso em 6 de março de 2018.

²⁹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Conjunta n.º 8/SENACON-CADE. *Análise sobre interface entre política de defesa do consumidor e defesa da concorrência*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-conjunta-no-08-senacon-e-cade.pdf>. Acesso em 6 de março de 2018.

²⁹⁷ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1972, 2007.

²⁹⁸ Um exemplo elucidativo quanto à categoria dos custos contratuais é o seguinte: quando alguém deseja encerrar a sua conta em um banco e abrir em outro, poderá haver a cobrança de

fideliidade, que induzem o consumidor a não mudar de fornecedor, sob pena de perder futuros descontos²⁹⁹; (c) os informativos, fazendo parte desses os de aprendizagem quanto ao uso de um novo produto³⁰⁰; (d) os de compatibilidade, que impedem a utilização de produtos e serviços em combinação com os de um concorrente, situação recorrente no mercado tecnológico e em diferentes plataformas; (e) os de incerteza, já que não se sabe se o produto ou serviço novo irá ou não agradar, bem como cumprir a oferta; (f) os psicológicos, uma vez que o uso frequente do consumidor por um produto ou serviço pode gerar um valor moral³⁰¹.

Em resumo, os custos de troca podem ser decorrentes da confiança gozada pelo fornecedor, pelo apego à marca ou até mesmo pela comodidade. Também reforça esse efeito, o uso de uma tecnologia específica, o desejo de não perder um status particular, a personalização dos produtos, a acomodação, a habitualidade ou a familiarização³⁰². Os custos também podem ser devidos a algum investimento específico, que não seja transferível ao novo fornecedor, como é caso de equipamentos, treinamentos³⁰³ ou garantias por vícios redibitórios.

Um exemplo interessante quanto as características de treinamento, acomodação, habitualidade ou familiarização é o do teclado QWERTY. Por ter sido o primeiro a surgir no mercado, a maioria das pessoas aprendeu a digitar com o seu layout³⁰⁴. Posteriormente, surgiram teclados muito superiores como o Dvorak, que supostamente requeria menos esforço da mão e dos dedos, com menor possibilidade de erros na

taxas para o encerramento da conta originária. DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 14.

²⁹⁹ Um exemplo seria os programas de passageiro frequente (*frequent-flyer*). FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization*, Volume 3. North-Holland: Elsevier, p. 1977, 2007.

³⁰⁰ Os custos de aprendizado são medidos em termos de tempo, dinheiro e esforço usados para aprender como usar um novo produto. Se houver a troca futura para outro fornecedor, esses custos de aprendizado serão considerados como *sunk cost*. Exemplo disso é a troca de aparelhos que usam plataformas distintas como iOS, Android, Symbian e Windows. DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. p. 98. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 14.

³⁰¹ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1450-1451, 2012.

³⁰² EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.2.

³⁰³ OFFICE OF FAIR TRADE. *Switching Costs*. Londres: OFT, 2003, p.11.

³⁰⁴ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1457, 2012.

tipagem por toque do que o layout QWERTY. No entanto, como as pessoas já estavam adaptadas ao QWERTY, o Dvorak não conseguiu se inserir no mercado de consumo³⁰⁵.

Com relação aos dados, fundamental produto do mercado digital, quanto mais fácil for para um consumidor portar seus dados de uma plataforma a outra, mais baixos são os seus custos de troca³⁰⁶. Um ponto específico do mercado digital é que os consumidores, frequentemente, desejam usar várias plataformas ao mesmo tempo (*multihoming*), o que gera mais uma necessidade de se viabilizar a redução dos custos de troca³⁰⁷.

Associado ao custo de troca (e também aos custos de procura) está o efeito de aprisionamento³⁰⁸, que é a situação na qual o consumidor torna-se dependente de um fornecedor de produto e serviço e não consegue migrar para outro sem custos de transação substanciais ou sem inconveniências, como os custos especificados acima.

Portanto, o *lock-in* é o efeito de permanência do consumidor ao fornecedor originário mesmo quando haja um desejo pela mudança, que pode ser proveniente do aumento de preços, falhas, vícios ou defeitos no fornecimento do produto ou serviço, vazamento de dados ou falta de privacidade³⁰⁹. No entanto, quando esse consumidor faz um cálculo do custo benefício de uma eventual troca, percebe que será mais custoso, seja monetariamente, seja emocionalmente, seja em termos de conforto, trocar para um fornecedor alternativo³¹⁰.

Além disso, o efeito também pode estar presente nos negócios que fornecem serviços no mercado de pós-venda, que podem incluir peças, manutenção, consultas, *upgrades*. Geralmente, a empresa que oferece o serviço no mercado pós-venda é a mesma proprietária do equipamento que necessita do serviço, podendo figurar até

³⁰⁵ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1457, 2012.

³⁰⁶ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁰⁷ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁰⁸ Na pesquisa realizada para a Tese, encontraram-se estudos que tratam o aprisionamento (*lock-in*) como um desdobramento do custos de troca e outros que tratam o *lock-in* como sendo sinônimo de custos de troca. Sobre essa última hipótese, cita-se o seguinte estudo: EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.3.

³⁰⁹ EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p. 2.

³¹⁰ MURRAY, Kyle; HÄUBL, Gerald. Explaining Cognitive Lock-In: The Role of Skill-Based Habits of Use in Consumer Choice. *Journal of Consumer Research*, Vol. 34. p.2, June 2007.

mesmo como a única fornecedora de tal serviço³¹¹. A coerção ao consumidor nesse segundo mercado pode ser sutil ou até implementada por práticas abusivas e anticoncorrenciais, como a de uma venda casada.

Alguns exemplos podem ser dados e eles estão bem próximos do nosso dia-a-dia. Vejamos: a Nespresso vende uma combinação de máquinas de café e cápsulas de café, o que lhe garante uma receita constante durante longo período de tempo, por meio da venda das cápsulas. Da mesma forma, fabricantes vendem impressoras a baixo preço, mas se beneficiam no longo prazo com a venda de cartuchos de tinta, não tão baratos³¹².

Um caso famoso foi o da Kodak³¹³, fabricante e vendedora de máquinas copiadoras, bem como de peças de reposição para essas, sendo algumas fabricadas pela própria Kodak e outras por terceiros, a seu pedido. Mas para comprar as peças, os consumidores deveriam necessariamente utilizar os serviços de manutenção da própria Kodak, impossibilitando que esses fossem prestados por terceiros. Tal situação foi considerada pela Suprema Corte Norte-Americana como abusiva e anticoncorrencial³¹⁴.

Questão semelhante, mas afeta ao território brasileiro, foi o caso da Xerox, julgado pelo CADE em 1993, no processo administrativo n.º 23/91³¹⁵. O objeto do caso versou sobre o domínio de mercado e a eliminação da concorrência por meio da prática de venda casada. Em sua defesa, a Xerox sustentou que os atos que ela teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação, e da qualidade de seus produtos e serviços.

Esses atos diziam respeito à imposição de cláusulas contratuais que impediam seus contratantes de utilizarem peças dos concorrentes, como toners e reveladores, nas copiadoras Xerox. Como essa imposição era desprovida de comprovação técnica, o CADE entendeu que a conduta era abusiva e prejudicial à concorrência, o que gerou a condenação da Xerox pelo Tribunal.

Essa decisão do CADE foi impugnada judicialmente e no ano de 2013 o Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferiu a seguinte decisão sobre o caso

³¹¹ BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey; NETZ, Janet. *The Economics of Customer Lock-In and Market Power in Services*. Dordrecht: Springer, 1995, p.2.

³¹² EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.2.

³¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 458 (1992).

³¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 458 (1992).

³¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º 23/91*. Julgado em 1993.

Xerox³¹⁶:

“É inequívoco que tal procedimento criou barreiras artificiais com o objetivo de retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao da apelante, o que nada tem de relacionado com uma posição dominante exercida por uma empresa, eis que tal situação não tem relação com a imposição de restrições artificiais à concorrência.15. A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, denota a figura a venda casada, que é expressamente repudiada pelo legislador no inciso VIII do art. 3º da Lei 8.158/91, sem prejuízo da criação de dificuldade para a constituição e desenvolvimento de empresa, que é conduta vedada tanto na alínea "g" do inciso I do art. 2º da Lei nº 4.137/62, quanto nos incisos II e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91”.

Além desses, outro caso paradigmático foi o *United States v. Microsoft Corporation*³¹⁷, que diz respeito à acusação feita pelo Department of Justice à Microsoft Corporation pela conduta de venda casada, que restou consubstanciada no favorecimento do navegador Internet Explorer, em detrimento dos concorrentes, como o Netscape Navigator e o Opera. No caso, houve a manipulação pela Microsoft do *application programming interfaces*, estipulação de cláusulas contratuais de licença exigindo o uso apenas de equipamentos originais desenvolvidos pela Microsoft Corporation, e práticas de boicote, como o download mais devagar para os navegadores dos concorrentes.

Em face dessa acusação, a Microsoft Corporation defendeu-se alegando que o sistema operacional e o navegador web eram agora um produto só, como resultado de um processo de inovação. O caso foi, então, encerrado por meio de um acordo, o qual estabeleceu uma série de obrigações à Microsoft Corporation, como meio de evitar a repetição das práticas relatadas.

Outro modelo de negócios que se enquadra no padrão de efeito de aprisionamento é o conhecido como "*Freemium*", que é a composição entre serviços *free* e *premium*, ou seja, há um segmento de serviços gratuitos e outros adicionais, que são cobrados. O componente gratuito atrai uma larga base de usuários e, quando interconectado com o *premium*, aumenta a procura por este³¹⁸.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 0031266-06.2001.4.01.0000. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 01/07/2013.

³¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the District of Columbia*. *United States v. Microsoft Corporation*, 2002.

³¹⁸ EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*.

O modelo desenvolvido pelo Skype é um exemplo do que é conhecido como "*Freemium*". Utilizando-se do protocolo de voice-over-IP (Internet Protocol), os seus usuários podem fazer vídeos e chamadas de voz de graça. Adicionando o serviço *premium*, é possível ligar para telefones de linhas convencionais ou celulares utilizando uma conta de débitos³¹⁹. Outros exemplos são o Evernote e o Dropbox³²⁰, cada um com suas peculiaridades próprias.

Pois bem, o efeito *lock-in*, no "*Freemium*", funciona da seguinte forma: quanto mais usuários usam o produto, mais valor esse passa a ostentar no mercado, criando mais dependência aos seus adeptos, que muitas vezes trocam informações com pessoas que, necessariamente, precisam usar esse serviço, como no exemplo de uma ferramenta de telecomunicação onde todos precisam ser usuários do aplicativo meio.

Com isso, uma eventual mudança passa a ter custos de troca, os quais influenciarão o consumidor a continuar com o mesmo serviço³²¹, já que para fazer sentido uma mudança, os demais usuários com quem esse interage também precisaram mudar de serviço. Quando um grupo inteiro torna-se adepto do modelo, uma saída é praticamente inviável, o que redundo no efeito de aprisionamento.

Diante disso, os usuários permanecem no serviço originário, e por consequência ultrapassam a parcela gratuita (*free*), tornando-se usuários pagantes do tipo *premium*. Como afirmado, esse novo *status* surge essencialmente por causa do efeito de aprisionamento, pois se esse inexistisse, quando o usuário atingisse o limite, no lugar de passar a ser um *premium*, poderia migrar para outro fornecedor³²².

Ainda, na análise do efeito de aprisionamento decorrente dos custos de troca e de procura, não se pode deixar de abordar os efeitos de rede (*network effects*). A interação desses efeitos com os custos de troca é um tema central na nova economia integrada por indústrias da tecnologia informativa³²³, situação a qual é atribuída a

University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.2.

³¹⁹ EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014, p.2.

³²⁰ SHMILOVICI, Uzi. *The Complete Guide To Freemium Business Models*. Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/09/04/complete-guide-freemium/>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

³²¹ SHMILOVICI, Uzi. *The Complete Guide to Freemium Business Models*. Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/09/04/complete-guide-freemium/>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

³²² SHMILOVICI, Uzi. *The Complete Guide to Freemium Business Models*. Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/09/04/complete-guide-freemium/>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

³²³ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with

denominação de *network lock-in*, ou *path-dependence*³²⁴.

Esses efeitos guardam relação com a (i) compatibilidade³²⁵ entre usuários, para que eles possam interagir, comerciar entre si ou usar os mesmos complementos, o que cria uma economia de escopo entre diferentes usuários³²⁶, ou (ii) a situação na qual o aumento do consumo de um produto ou serviço gera o aumento do valor desse³²⁷, o que atrai novos e futuros usuários, que se sentirão mais atraídos pelo negócio³²⁸.

Os efeitos de redes podem ser comparados ao efeito ocorrido ao adquirirmos alguma utilidade, tal como falar uma segunda língua: essa se torna cada vez mais útil, quando outras pessoas também a falam. O mesmo acontece com o efeito de instrumentos de comunicação: o telefone celular e o aparelho de fax, não eram tão úteis antes da multiplicação dos proprietários desses aparelhos. Assim, a utilidade cresce na medida em que cresce o número de consumidores que os utilizam³²⁹. No meio tecnológico, podemos afirmar, oferecendo outro exemplo, que um aplicativo de comunicação por mensagem só adquire relevância se houver outras pessoas que utilizem o serviço³³⁰.

São beneficiadas por esses efeitos de redes as mais variadas indústrias que vão de bancos até empresas de telecomunicações. Essas se tornaram dependentes desses efeitos³³¹.

switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1971, 2007.

³²⁴ YOSIFON, David. Consumer Lock-In and the Theory of the Firm. *Seattle University Law Review*, Vol. 35:1429, p. 1456, 2012.

³²⁵ É o caso de um serviço de e-mail, em que o usuário não precisa só que esse seja de fácil uso ou gratuito, mas também depende que outras pessoas tenham e-mail e que esses sejam entre si compatíveis. AFUAH, Allan. Are network effects really all about size? The role of structure and conduct. *Strategic Management Journal*, 34, p. 257, 2013.

³²⁶ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1971, 2007.

³²⁷ CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>.

Acesso em 19 de janeiro de 2018, p. 15.

³²⁸ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³²⁹ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 2007, 2007.

³³⁰ BALFOUR, Brian. Achieving *The Network Effect: Solving The Chicken or The Egg*. Disponível em: < <https://brianbalfour.com/essays/the-network-effect-marketplaces> >. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

³³¹ AFUAH, Allan. Are network effects really all about size? The role of structure and conduct. *Strategic Management Journal*, 34, p. 257, 2013.

Para o Google, oferecendo um exemplo, é necessária a união entre os sites indicados e os usuários do sistema de busca. No site de hospedagem Airbnb, há a relação entre hóspedes e anfitriões³³²; no eBay, entre compradores e vendedores; na Visa, entre os vendedores e os titulares dos cartões de crédito³³³.

Cabe observar que os efeitos de redes são tão importantes que possibilitam a manutenção do poder de mercado por um longo lapso temporal, muito embora o produto ou serviço apresente um desempenho ruim ou existam outros concorrentes³³⁴. Com isso, mesmo que exista um competidor mais eficiente, com tecnologia superior ou preços mais atraentes, não haverá necessariamente a troca de fornecedor, uma vez que seria necessária a migração da maioria dos usuários, já que a experiência depende desses coletivamente³³⁵, ou de uma compatibilidade.

Assim, vê-se que o serviço só tem o desempenho adequado e esperado por causa do número dos usuários desse³³⁶. Em decorrência disso, reconhece-se um problema: os novos agentes terão muita dificuldade em alcançar um efeito de rede e acabarão por incorrer no problema “do ovo e da galinha”: o serviço deles não tem valor de mercado, pois não tem muitos usuários; por outro lado, o serviço não tem muitos usuários porque não tem valor³³⁷.

A questão concorrencial nos produtos e serviços que seguem esse padrão é peculiar, já que há como regra uma competição por tudo ou nada. Nessa estrutura de mercado, os consumidores não buscam produtos que se adequem perfeitamente aos seus gostos pessoais, mas sim, aqueles produtos ou serviços que são vencedores, cabendo ao vencedor o mercado todo (*the winner takes it all*)³³⁸.

³³² ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016.

³³³ PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall. Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design. *Management Science*. Vol. 51, No. 10, p. 1504, October 2005.

³³⁴ BALFOUR, Brian. *Achieving The Network Effect: Solving The Chicken or The Egg*. Disponível em: < <https://brianbalfour.com/essays/the-network-effect-marketplaces>> . Acesso em 22 de janeiro de 2018.

³³⁵ CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2018, p.15.

³³⁶ CHEN, Pei-yu; HITT, Lorin. *Information Technology and Switching Costs*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.1995&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2018, p.15.

³³⁷ BALFOUR, Brian. *Achieving The Network Effect: Solving The Chicken or The Egg*. Disponível em: < <https://brianbalfour.com/essays/the-network-effect-marketplaces>>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

³³⁸ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of*

Em última análise, a variedade, importante vetor para o exercício do direito de escolha dos consumidores, resta prejudicada em mercados com efeitos de rede e com custos de troca, os quais decorrem da impossibilidade de um novo fornecedor apresentar um serviço que seja compatível com os *mainstream*³³⁹. Ou seja, é difícil que um fornecedor consiga disponibilizar um serviço concorrente que possibilite a interoperabilidade dos seus usuários com os dos serviços dominantes.

Nessa esteira, intuitivo afirmar que a entrada de novos agentes em mercados em que haja efeitos de rede e custos de troca é bastante improvável, o que representa um custo social da incompatibilidade. Essa dificuldade centra-se na inexistência de base instalada para aqueles que desejem entrar e no desinteresse dos consumidores em contratar com as novas empresas, essencialmente considerado o padrão de concorrência “tudo ou nada” e *the winner takes it all*³⁴⁰, já citados.

Outro ponto de extrema relevância refere-se à atividade de coleta de dados nos mercados em que há o efeito de rede. Quanto mais consumidores são atraídos pelo valor do produto ou serviço, mais dados poderão ser coletados, o que incrementa o outro lado do mercado, qual seja, os de serviços de publicidade nos modelos de mercado de dois lados³⁴¹, e gera uma vantagem competitiva.

Na maioria dos casos, os dados dos usuários não podem ser extraídos quando esses desejem migrar para um concorrente, vez que só será possível a mudança de plataforma ao custo de deixar essa com a consequente perda seus dados³⁴². Percebe-se, assim, a situação colocada aos usuários: se houver o aumento do preço do serviço, a diminuição da proteção de privacidade, perda de qualidade, entre outros casos, o usuário fica totalmente desprotegido, já que reduzido o seu poder de negociação. Assim, ou fica e aceita as novas condições impostas, ou sai sem seus dados abastecidos ao longo do

Industrial Organization, Volume 3. North-Holland: Elsevier, p. 1975, 2007.

³³⁹ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1972, 2007.

³⁴⁰ FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization, Volume 3*. North-Holland: Elsevier, p. 1972, 2007.

³⁴¹ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 35.

³⁴² ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

tempo³⁴³. Eis, portanto, a configuração do aprisionamento, em que os custos de troca referem-se à retenção dos dados.

Para agravar ainda mais a situação, relata-se que o risco de aprisionamento é a regra, e não a exceção no que toca a plataformas online. Há incentivos e interesse das empresas em manter seu sistema fechado, o que gera problemas de acesso a outras empresas que necessitem dos dados dos usuários para competir ou oferecer serviços e produtos complementares³⁴⁴.

No serviço de busca, que é aquele em que o consumidor procura informações, sendo exemplos o Google, o Yahoo, o Bing, os custos de troca entre os mecanismos é alto. Cabe ressaltar que o aprisionamento é desejado por essas empresas, já que quanto mais usuários um serviço de busca possui, mais atrativo ele é para publicidade. Relata-se até a ocorrência de contratos de exclusividade dos serviços de busca com aqueles que anunciam em seus serviços e de restrições de portabilidade das publicidades³⁴⁵.

A esse respeito, cita-se o Processo Administrativo n.º 08700.005694/2013-19³⁴⁶, em trâmite no CADE, instaurado a partir de representação formulada pela Microsoft Corporation. Esse versa sobre possível abuso de poder de mercado pela Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., mediante imposição de restrições na prestação de serviços da plataforma de publicidade online do Google (AdWords). Em poucas palavras, a prática decorre da imposição de cláusulas contratuais que impossibilitam o *multihoming*³⁴⁷.

Com isso, impede-se o desenvolvimento de ferramentas de software de gerenciamento de campanhas entre plataformas, mostrando uma comparação de performance e utilização. Ademais, os dados dos anunciantes não poderiam ser utilizados em outras plataformas de busca patrocinada³⁴⁸. Tais condutas, ligadas ao poder de

³⁴³ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁴⁴ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁴⁵ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n. 08700.005694/2013-19*. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>> . Acesso em 1º de fevereiro de 2017.

³⁴⁷ Carol Elizabeth Conway define *multihoming* como “a utilização de mais de uma plataforma de busca patrocinada simultaneamente por um mesmo anunciante, com veiculação de links patrocinados em mais de um site de busca”. (CONWAY, Carol Elizabeth. *Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados*. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 246.)

³⁴⁸ CONWAY, Carol Elizabeth. *Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados*. In:

mercado possuído pelo Google, comprometem significativamente a concorrência das plataformas rivais.

Da mesma forma, nos *marketplaces* online, que são as plataformas em que o consumidor compra, vende e compartilha produtos e serviços, há custos de troca, especialmente nos lados dos vendedores da plataforma de comércio. A respeito, cita-se a reputação e comentários sobre as vendas, que podem ser considerados como um investimento específico da plataforma, sendo dependentes do número de transações já realizadas³⁴⁹.

Para os consumidores, apesar de existir baixos custos de troca, como regra, nos *marketplaces* online, esses podem ser impostos por meio da cobrança de taxa para deixar o serviço. Ademais, a familiarização com as regras da plataforma e sua forma de utilização podem gerar o efeito de aprisionamento³⁵⁰.

Com relação às redes sociais, que possuem como *main sides* os usuários e as publicidades, os custos de troca são grandes. Apesar de ser possível obter cópia de certos dados, a transferência de um perfil a um serviço concorrente requer tempo e esforço, tendo em vista que não existe a possibilidade de extrair os dados em um formato que possa facilmente ser importado por outra rede social correspondente³⁵¹.

Além disso, contatos e informações compartilhadas, como mensagens, comentários e fotografias, como regra, não podem ser transferidos para outras plataformas. Relevante é constatar a incompatibilidade que gera o *network lock-in*: os usuários não podem se comunicar por meio de diferentes plataformas (interplataformas), com isso eles têm o estímulo de utilizar, como regra, as maiores redes para poder interagir plenamente com o maior número de usuários possíveis³⁵². Tais preocupações poderiam, no entanto, ser atenuadas pela disposição por parte das redes sociais de mecanismos que facilitem a exportação de dados, segundo aponta Christopher Yoo³⁵³.

CARVALHO, Vinicius, Marques. A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015, p. 246.

³⁴⁹ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁵⁰ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁵¹ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁵² ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁵³ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p.

No mercado de serviços de nuvem (*Cloud Computing*), que é conceituado como um modelo que permite um acesso ubíquo, conveniente e sob demanda (*on-demand*) a um conjunto de recursos configuráveis de computador, tais como os de infraestrutura, de software e de plataforma³⁵⁴, os custos de troca são acentuadamente elevados, sendo necessário uma interoperabilidade e portabilidade para que os usuários possam utilizar outros serviços de nuvem³⁵⁵.

Dessa forma, de uma maneira geral e independente do mercado conforme visto acima, caso um usuário deseje trocar de plataforma ou serviço, precisará fazer investimentos complementares e elevados para fornecer novamente os dados³⁵⁶, quando isso for possível. Nesse caso, os custos que serão gerados podem ser considerados como *sunk costs*³⁵⁷, que são aqueles custos irrecuperáveis incorridos no passado³⁵⁸.

Os efeitos dessa situação podem ser observados não só nos concorrentes diretos (substitutos), mas também nos serviços complementares. Nesses dois cenários, o número de usuários é positivamente correlacionado com o volume e a qualidade dos dados³⁵⁹. E o volume e a qualidade dos dados relacionam-se com a variedade e qualidade dos produtos e serviços, uma vez que as empresas podem oferecer melhores produtos ao analisar melhor o comportamento dos usuários e ao extrair os dados obtidos com o oferecimento do serviço³⁶⁰.

Aqui emerge a importância e a explicação de porque a portabilidade é importante. Primeiramente, com relação aos serviços substitutos, se não existe a

1155, 2012.

³⁵⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <[http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

³⁵⁵ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁵⁶ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. p. 98. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p. 14.

³⁵⁷ DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014, p. 98. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014, p.74.

³⁵⁸ WANG, Henry; YANG, Bill. Fixed and Sunk Costs Revisited. *Journal of Economic Education*. p. 179, Sprinig, 2001.

³⁵⁹ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶⁰ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

exigibilidade da portabilidade, um agente com grande poder de mercado pode impedir que outros entrem no mercado. Isso ocorre, já que os usuários não podem migrar entre plataformas, exceto se incorrerem em altos custos, uma vez que não podem levar consigo os dados³⁶¹.

Portanto, com a portabilidade haverá a iniciativa de novos agentes econômicos entrantes, sendo mais fácil atrair novos consumidores, uma vez que esses saberão que os dados investidos em uma plataforma incumbente não serão perdidos. Nesse compasso, é possível afirmar que a criação de novos modelos de negócios passa a ser estimulada a partir do momento em que se facilite a mobilidade de dados entre diferentes fornecedores³⁶².

Bárbara Engels³⁶³ ressalta, entretanto, que quando não há abuso de posição dominante no mercado, a portabilidade de dados pode gerar efeitos negativos, no sentido das empresas terem receio de fazerem grandes investimentos de longo prazo, já que é muito provável que haja a perda dos consumidores quando um novo competidor atraente entrar no mercado. Além disso, pequenas empresas podem não entrar no mercado diante da impossibilidade de *compliance* com as regras de portabilidade, que podem ser custosas.

Christopher Yoo³⁶⁴, expressa preocupação com uma imposição de padronização de formatos de dados, já que isso ameaça a estrutura das interações, podendo limitar a funcionalidade de sistemas como as redes sociais. Ademais, o imediatismo e a curta duração de grande parte da informação disponível nas redes sociais pode dispensar a necessidade de portar os dados históricos.

Nesse ponto, poderia se fazer uma reflexão sobre os objetivos da concorrência. Se a portabilidade, que tem uma faceta concorrencial, proporciona um mercado apenas para grandes empresas, já que somente elas teriam capital para cumprir e observar as normas de portabilidade, essa estaria na contramão de um dos valores buscados pelo direito antitruste, bem explorado pelo paradigma da Escola de Harvard de que “small is

³⁶¹ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶² ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶³ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶⁴ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1155, 2012.

beautiful”³⁶⁵.

No entanto, isso é apenas um possível efeito colateral da portabilidade. De maneira geral, como se viu anteriormente, e ainda se abordará, a portabilidade em muito estimula o mercado e traz inúmeros benefícios, especialmente no que toca ao bem-estar do consumidor.

Já nos serviços complementares, a portabilidade também pode gerar efeitos positivos mutualmente para agentes que atuem em mercados distintos, mas complementares. Inovação e entrada no mercado são estimuladas³⁶⁶.

Aos serviços complementares, Bárbara Engels³⁶⁷ tece uma crítica quanto à obrigatoriedade da portabilidade, de maneira que essa possa se tornar um ônus muito pesado e desestimular a entrada de novos agentes. A manutenção de pequenos agentes também pode se tornar mais dificultosa. Para a autora³⁶⁸, é melhor errar numa repressão *ex post* antitruste, que numa regulação *ex ante*, a qual pode sufocar medidas pró-competitivas.

Assim sendo, a portabilidade sempre é desejada, o que se indaga é se essa deve ser realizada como uma regra geral regulatória ou por meio de uma repressão concorrencial para casos específicos praticados em abuso de posição dominante. Esse problema é exatamente o objetivo de pesquisa dessa Tese, que busca responder às seguintes perguntas: como deve ser endereçada a portabilidade no Brasil? Será que a portabilidade deveria ser tratada por meio de uma regulação *ex ante*? Se sim, essa regulação deve ser geral ou específica aos consumidores? Deve ser endereçada pela concorrência? Exclusiva ou complementarmente?

Antes de delimitar e propor, pois, como a portabilidade de dados deve ser formulada e implementada, cabe concluir, a título parcial, que a Parte I contribuiu para a

³⁶⁵ Francisco Mendes coloca que na escola do *small is beautiful*, o conceito de concorrência, cujo valor central era a manutenção de um processo competitivo baseado no exercício da discricionariedade individual por empresários individuais, “legitimava o uso do controle antitruste de condutas para a preservação de pequenas empresas e para a proteção de distribuidores contra a restrição de suas opções de negócio, ainda que isso significasse o aumento dos preços cobrados dos consumidores. MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013, p. 109 e ss. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 21.

³⁶⁶ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶⁷ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

³⁶⁸ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

Tese no sentido de demonstrar o seguinte: (i) as mudanças enfrentadas pela sociedade trazem novos paradigmas que colocam em xeque os institutos até então existentes; (ii) a economia digital é uma realidade latente que transformou a vida humana nas suas mais diferentes facetas; (iii) o modelo de negócio adotado nessa economia é baseado na utilização de dados, o que inclui de maneira significativa os dados pessoais; (iv) os indivíduos foram expostos a práticas comerciais e competitivas bastante agressivas que podem ferir o seu direito de privacidade; (v) com isso, o direito à privacidade ganha novos contornos e novas delimitações; (vi) é necessária a implementação de políticas de proteção de dados pessoais, inclusive por meio da edição de leis específicas; (vii) além de uma proteção direta à privacidade dos indivíduos, são necessários mecanismos que promovem a competitividade do mercado e o direito de escolha do consumidor, a fim de que haja um estímulo à oferta de serviços que respeitam e promovem a privacidade; (viii) um alto poder de mercado ou até mesmo uma competição agressiva na busca de acesso aos dados pode colocar em vulnerabilidade os indivíduos, ainda que esses possuam uma proteção direta de seus dados; (ix) a proteção de dados e a defesa do consumidor e da concorrência precisam trabalhar juntas para se alcançar objetivos importantes e comuns dessas esferas; (x) a portabilidade de dados é um mecanismo que conjuga essas três diferentes esferas, mesmo que venha inserida em uma lei de proteção de dados, isto é, ela possui uma natureza jurídica mista; (xi) a portabilidade de dados é essencial para a redução do aprisionamento do consumidor e dos custos de troca; e (x) essa redução mitiga as barreiras de entrada no mercado, bem como diminui os obstáculos à manutenção dos agentes nesse, promovendo a livre concorrência e o direito de escolha do consumidor.

Posto isto, e confirmando mais uma vez a necessidade da portabilidade dados, passa-se à Parte II para responder ao problema específico dessa Tese, qual seja, como deverá ser endereçada no Brasil a portabilidade de dados?

II. DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS

Verificados os fundamentos que justificam e fazem emergir a necessidade da instituição do direito à portabilidade de dados, cabe responder o problema da Tese nesta Parte II: a portabilidade deve existir por meio de uma regulação *ex ante* ou *ex post*? Ou pelas duas, conjunta e complementarmente? Para tanto, divide-se essa resposta em duas Partes (A e B), as quais irão abordar cada uma dessas duas hipóteses (regulação *ex ante* e *ex post*). Inicia-se na Parte A com a *ex post* (direito da concorrência) pelo seu caráter geral, afastável apenas em situações excepcionais.

A proposta é verificar na Parte II, A, se uma possível recusa de portabilidade de dados pode configurar uma infração à ordem econômica, requisito necessário para a incidência das normas da concorrência, isto é, da regulação *ex post*. Sendo verossímil a caracterização de tais condutas como infração, resta saber se essa repressão seria suficiente para atingir uma promoção do bem-estar do consumidor, especialmente com o fomento à existência de uma gama de ofertas e com o estímulo, ainda que indireto e de longo prazo, à promoção de serviços que prezam pelo respeito à privacidade.

Sendo confirmada a possibilidade de subsunção das normas de concorrência a uma conduta que impossibilita a portabilidade de dados e concluído que, apesar de necessária, a repressão concorrencial não é suficiente para o alcance do estado de coisas buscado nos termos apresentados na Parte I, B, da Tese, passe-se à análise da viabilidade de uma regulação, que será feita na Parte II, B.

Dessa forma, a Parte II, B, irá tratar de possíveis modelos de regulação que inserem no seu bojo a portabilidade de dados, os quais podem ser resumidos da seguinte forma: um modelo geral de regulação de proteção de dados e um específico de proteção do consumidor.

A. PORTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A proposta dessa parte A é analisar a viabilidade da incidência das normas de concorrência a uma negativa de portabilidade por parte de um fornecedor no mercado digital. Seria o caso de um serviço de publicidade on-line recusar a fornecer os dados recebidos por um anunciante para que esse possa transferi-los a um serviço de um concorrente. Tal situação pode ser enquadrada como uma infração à ordem econômica? Em que hipóteses?

Ademais, essa Parte A também abordará os seguintes tópicos: há casos que não serão analisados pelo CADE, por esse entender que a portabilidade não diz respeito ao âmbito de suas atribuições? Há recusas que serão consideradas lícitas pelo CADE apesar de serem prejudiciais aos consumidores? É preciso uma regulação ou a concorrência é suficiente promover competitividade e bem-estar ao consumidor?

A.1 Aspectos Gerais

Como visto na parte I dessa Tese, a portabilidade de dados é necessária para que haja uma plena eficácia da proteção de dados, tanto num cenário de proteção direta, quanto indireta, ao promover serviços *privacy-friendly*; e, mais do que isso, para que se estabeleça um mercado competitivo, apto a gerar benefícios à sociedade e a proporcionar o direito de escolha ao consumidor. Sem a portabilidade, haverá o efeito *lock-in*, cujas consequências podem ser desastrosas em mercados como os digitais, que são *data-driven*, caracterizados pelos efeitos de rede e pela prevalência de um grande vencedor.

Não há como duvidar da imperiosidade da portabilidade. Por outro lado, dúvidas e pensamentos contrapostos surgem ao saber se essa é uma questão de regulação (*ex ante*), de concorrência (regulação *ex post*) ou de ambas.

É certo que só o tempo dirá se a questão é de regulação ou concorrência³⁶⁹; no entanto, quando se tem em jogo valores tão importantes relacionados com o desenvolvimento da personalidade humana e com a privacidade, não se pode esperar que o tempo traga a resposta. Caso se espere, as consequências poderão ser irreversíveis.

Inicia-se essa investigação por meio da concorrência, tendo em vista seu caráter residual e *ex post*. Residual porque se não houver uma lei específica afastando as normas da concorrência, essas irão incidir sobre todos os atos que tenham condão de produzir os efeitos elencados no artigo 36, incisos I, II, III e IV, da Lei 12.529/2011.

Esse artigo é bastante claro quanto a sua amplitude: “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Tão ampla é essa incidência que o ato pode ser praticado por qualquer pessoa, física ou jurídica, com fins econômicos ou não, e até por entes despersonalizados, nos termos do artigo 31 da mencionada lei.

Essa aplicação geral da lei de concorrência é inclusive uma boa prática, recomendada por organismos internacionais³⁷⁰. Assim, como regra, as normas de

³⁶⁹ GRAEF, Inge. *Data Portability at the Crossroads of Data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p. 2.

³⁷⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Application of*

concorrência devem ser aplicadas a todos os setores e agentes econômicos, o que significa que é aplicado tanto ao setor privado como ao setor público (como regra) o mesmo tratamento ³⁷¹.

Ocorre que a concorrência é apenas uma das possíveis formas de intervenção estatal, sendo, pois uma espécie dessa. Cabe destacar que não existe um consenso doutrinário sobre os termos e as espécies de intervenção estatal ³⁷². Por exemplo, para Eros Grau³⁷³, atuação estatal é uma expressão genérica que abrange a ação do Estado nos serviços públicos e também na área de titularidade do setor privado (atividades econômicas). Já o termo intervenção refere-se exclusivamente à ação estatal nas atividades econômicas.

Essa intervenção, na classificação de Eros Grau³⁷⁴, possui duas formas de exercício: a primeira, também conhecida como a intervenção no domínio econômico, é aquela na qual o Estado desenvolve a ação como agente econômico. Essa pode ser por absorção, quando o Estado assume integralmente os meios de produção e atua em regime de monopólio; ou por participação, quando o Estado assume parcela dos meios de produção em regime de competição “com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”.

A segunda é a intervenção sobre o domínio econômico, em que o Estado atua como regulador da atividade econômica. Essa pode ser por direção, que é aquela em que o Estado exerce pressão sobre a economia por meio de normas compulsórias, cogentes e imperativas, destinadas aos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito, ou por indução, em que o Estado manipula os instrumentos de intervenção na conformidade das leis que regem os mercados, mas sempre de forma dispositiva. Essa indução pode ser implementada de forma positiva ou negativa³⁷⁵. Dessa classificação de Eros Grau³⁷⁶,

Competition Law: Exemptions and Exceptions. New York and Geneva: United Nations, 2002, p.2.

³⁷¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*. New York and Geneva: United Nations, 2002, p.2.

³⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, INGO; STRECK, Lênio (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 1833, 2013.

³⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148-151.

³⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148-151.

³⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148-151.

pode-se inferir que a regulação e a concorrência estariam na intervenção sobre o domínio econômico, mais especificamente na intervenção por direção.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁷⁷ classifica as intervenções estatais em quatro tipos, quais sejam, a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória. Ainda, José dos Santos Carvalho Filho³⁷⁸ afirma que o Estado atua de duas formas na ordem econômica, isto é, como regulador e como executor. No Estado regulador, há as seguintes hipóteses: regulação, repressão ao abuso de poder econômico, controle de abastecimento, tabelamento de preços.

De qualquer forma, sendo a regulação e a concorrência espécies de regulação amplo senso³⁷⁹ ou da intervenção estatal sobre o domínio econômico (sem querer entrar nas divergências terminológicas), é necessário verificar como essas duas irão interagir, de maneira a saber se podem coexistir ou se uma excluirá a outra.

Tais possibilidades dizem respeito a diferentes arranjos institucionais, elucidados por Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas³⁸⁰ da seguinte maneira: (i) isenção antitruste: as normas setoriais têm prevalência sobre as normas concorrenciais, de maneira que compete às autoridades reguladoras ponderar questões concorrenciais; (ii) atuação concorrente: situação em que há a aplicação da lei de concorrência pelas autoridades reguladoras e pelas da concorrência; (iii) competências complementares: nesse caso, as autoridades reguladoras focam apenas na regulação técnica e econômica e as autoridades concorrenciais complementam com a aplicação das normas de concorrência; (iv) regulação antitruste: a autoridade da concorrência fica responsável pela aplicação da legislação antitruste e das normas regulatórias, com prevalência da primeira; (v) desregulação: há apenas a aplicação das normas de defesa da concorrência.

Fazendo um cotejo entre esses possíveis arranjos e o nosso ordenamento jurídico, percebe-se que a Constituição não fez uma escolha entre um ou outro, e sim

³⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148-151.

³⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

³⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 915.

³⁷⁹ Deve-se ponderar que amplamente falando todo mercado é regulado. Além disso, nem toda regulação se volta essencialmente a pontos econômicos sensíveis, como critérios de definição de tarifas e remuneração de capital, podendo dizer respeito à regulação técnica de padrões e metas a serem observados pelos agentes econômicos. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

³⁸⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

colocou a defesa da concorrência (artigo 173,§4º) e a regulação (artigo 174, *caput*) lado a lado dentro da Ordem Econômica. Diferente foi o que ocorreu na União Europeia, em que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia traz a possibilidade de isenções antitruste.

Assim, no Brasil, temos, como regra, o modelo de competências complementares, conforme a classificação de Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas³⁸¹. Nesse sentido, defendeu o então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva do CADE em seu voto vista no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17³⁸²: “Não há cogitar, (...) preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inegável relação de complementaridade(...)”.

Há situações, no entanto, em que essa complementariedade pode figurar como uma antinomia aparente de normas, tornando-se um *hard case*. Trata-se de casos em que a norma regulatória permite a prática de ato que, sob a ótica antitruste, seja considerada ilícita.

Justamente para resolver tal conflito, foi desenvolvida a *State Action Doctrine* no direito norte-americano. Essa surgiu com o caso *Parker v. Brown*³⁸³, em 1943, e buscou estabelecer que o ato do regulador, ato público em sentido estrito, estaria coberto por uma isenção antitruste, a fim de possibilitar a soberana implantação e implementação de políticas públicas³⁸⁴. Além disso, a doutrina foi idealizada para que houvesse um respeito ao federalismo, principalmente considerada a situação em que os atos regulatórios foram praticados pelos entes estatais.

Essa teoria foi recentemente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁸⁵, ao reformar uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que condenou empresas distribuidoras de gás em Porto Alegre e Canoas pela formação de cartel em decorrência do tabelamento de preços e rodízio na comercialização. Tendo em vista que esse tabelamento era feito pelo Poder Público e o rodízio autorizado pelo Departamento

³⁸¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

³⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n.º 08012.007443/99-17. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>>. Acesso em 1º de fevereiro de 2017.

³⁸³ INMAN, Robert. Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism, *75 Texas Law Review*, p. 1251, 1996.

³⁸⁴ TAUFICK, Roberto. Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista ANTT*. Volume 2 Número 2 Novembro 2010.

³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.390.875*. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 9 de junho de 2015.

Nacional de Combustíveis, o STJ entendeu estarem presentes os pressupostos da *State Action Doctrine*, pelos seguintes motivos: (i) havia regulação; (ii) o Estado obrigava as empresas a cumprir a regulação, supervisionando-as; e (iii) a regulação tinha uma finalidade pública.

Assim, para fins da investigação do problema dessa Tese, que poderá concluir ao final pela complementariedade da concorrência e da regulação dos dados pessoais em matéria de portabilidade, deve-se entender que, como regra, à luz do exposto acima, o Brasil estabelece a incidência simultânea de normas regulatórias e concorrenciais. Isso quer dizer que a existência de regulação não confere em automático a imunidade concorrencial ao agente econômico.

Excepcionalmente, normas regulatórias podem vir a excluir a análise concorrencial³⁸⁶⁻³⁸⁷. No entanto, isso será apenas para casos específicos que atendam os seguintes critérios resumidos no Processo nº 08012.005422/2003-03 do CADE³⁸⁸, quais sejam: (i) a regulação deve estar claramente inserida em uma política pública que opte pela substituição da concorrência; (ii) deve existir efetiva supervisão e fiscalização das obrigações regulatórias impostas à iniciativa privada.

Ponderada essa questão preliminar necessária, passa-se a analisar a operacionalização da portabilidade de dados por meio das normas da concorrência, a fim de verificar (i) a possibilidade de uma negativa de portabilidade configurar uma infração à ordem econômica; (ii) em qual categoria essa se encaixa; (iii) quais os

³⁸⁶ Organismos Internacionais e estudos específicos, que verificaram sistemas jurídicos dos mais diversos países do mundo, recomendam que apenas excepcionalmente sejam afastadas as normas concorrenciais, no seguinte sentido: (i) As isenções devem ser concedidas em tempo limitado com uma cláusula "*sunset*" e com provisões para revisão periódica. (ii) A revisão das isenções deve incluir a análise do seu impacto na eficiência econômica e no bem-estar do consumidor, e, em um quadro custo-benefício, devem ser identificados os "vencedores" e os "perdedores", e se existem benefícios primários ao consumidor ou aos interesses econômicos mais amplos. (iii) As isenções devem ser concedidas após audiências públicas com a participação das partes interessadas e afetadas. (iv) As isenções devem ser as menos restritivas possíveis. (v) As isenções devem ser de natureza genérica, relativas a tipos de atividades ou arranjos econômicos. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*. New York and Geneva: United Nations, 2002, p. 37.

³⁸⁷ Calixto Salomão Filho entende que a substituição do sistema concorrencial pela regulação pode se dar até mesmo de forma implícita, quando forem dados poderes tão profundos ao órgão regulador a ponto de esse ser obrigado a levar em consideração nas suas decisões os aspectos concorrenciais. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

³⁸⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03*. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. 4 de fevereiro de 2016.

requisitos para tanto; e (iv) *se há a necessidade de uma complementação regulatória*.

Pois bem, a aparição do direito antitruste teve como fato gerador o surgimento, nos Estados Unidos da América, dos *trusts* e dos grandes conglomerados em matéria de aço, transporte e eletricidade. O símbolo da época era John D. Rockefeller, da Standard Oil Trust, retratado na imprensa popular como um polvo ameaçador, com tentáculos alongados em volta do território norte-americano³⁸⁹. Tudo isso desembocou na política dos *trustbusters*³⁹⁰ e no *Shermann Act* de 1890, legislação que inspirou inúmeras normas no mundo todo.

Parece que a história se repete: agora, no mercado digital. Como já destacado anteriormente, a economia atual é embasada em grandes vencedores, sendo caracterizada por agentes que possuem em média 80 a 90% do mercado³⁹¹. Apenas a título comparativo, nossa lei de concorrência traz como presunção de posição dominante o controle de pelo menos 20% do mercado relevante (artigo 36, §2º, da Lei 12.529/2011)³⁹². Ou seja, dominar 80 a 90% do mercado é algo extremamente preocupante.

Junto com as enormes empresas, surgem grandes preocupações concorrenciais, uma vez que o poder dessas de impactar o mercado é muito maior que o das empresas de pequeno ou médio porte em um mercado pulverizado. Essa preocupação foi visualizada, por exemplo, quando da aquisição da Whole Foods pela Amazon³⁹³, que demonstrou a possibilidade de uma única empresa digital dominar vários setores da

³⁸⁹ RUDOLPH, J. R. Peritz. *Competition Policy in America - 1888-1992*. New York: Oxford University Press. 1996, p.9.

³⁹⁰ Logo com a entrada em vigor do *Shermann Act*, grandes casos foram processados, os quais receberam um enorme interesse social. Com isso, grupos de apoio à repressão antitruste ficaram conhecidos como os *Trust Busting*. Dentre esses, estava Theodore Roosevelt, que iniciava campanha eleitoral para a Presidência norte-americana, em 1904. Essa saga foi continuada pelo sucessor presidencial de Roosevelt, William Howard Taft. ROGERS, C. Paul. A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States. *National Law School of India Review*, Vol. 24, No. 2, p. 13, 2013.

³⁹¹ ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016, p.3.

³⁹² Pondera-se, todavia, que essa presunção é relativa. A legislação antitruste brasileira não optou apenas o critério do *market share*, mas também o do *market power*. Paula Forgioni explica essa técnica da seguinte forma: “nem sempre o elevado percentual de mercado pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

³⁹³ FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of Federal Trade Commission’s Acting Director of the Bureau of Competition on the Agency’s Review of Amazon.com, Inc.’s Acquisition of Whole Foods Market Inc. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

economia.

Em decorrência desse grande poder acumulado por corporações, voltam à tona as preocupações quanto aos reflexos desse poder na democracia. É de se ressaltar que o início do antitruste foi concebido à luz dessa problemática, como destacado no julgamento do *United States v. Columbia Steel Co.*³⁹⁴: a maldição de ser grande ameaça a democracia e as estruturas sociais, industriais e políticas.

Deve-se pontuar que a proposta do antitruste nunca foi atacar diretamente os problemas políticos a nível macro³⁹⁵. No entanto, ele pode, sim, ajudar nessa missão ao desempenhar o seu papel de reduzir ou impedir a concentração de poder.

Atualmente, a questão reaparece, mas ganha nova roupagem. Em outubro de 2017, representantes legais do Facebook, Google e Twitter participaram no Congresso norte-americano de discussões sobre possíveis influências russas nas eleições dos Estados Unidos da América de 2016³⁹⁶. Há quem sustente que o modelo comercial dessas empresas, especialmente por causa dos algoritmos, proporcionaram, ainda que não intencionalmente, a difusão de notícias falsas, gerando impactos desproporcionais nas eleições³⁹⁷.

Apesar de as preocupações serem as mesmas: concentração de poder de mercado e abusos, o modelo de negócios é diferente. Houve, indubitavelmente, uma transformação da economia, assim como da sociedade. Se antes havia preços predatórios, hoje há serviços gratuitos. Ou seja, a competição não diz mais respeito a

³⁹⁴Os Estados Unidos da América processaram, nos termos do § 4 do Sherman Act, a aquisição pela United States Steel Corporation dos ativos da Consolidated Steel Corporation, maior fabricante de aço independente da Costa Oeste, como uma violação dos §§ 1º e 2º da lei. A essência da queixa era (i) que a aquisição restringiria o comércio, porque todos os fabricantes, que não a United States Steel, estariam excluídos do negócio de suprir as necessidades da Consolidated em produtos de aço laminado e porque a concorrência existente entre Consolidated e United na venda de produtos estruturais fabricados e tubos seria eliminado, e (ii) que a aquisição proposta, à luz de aquisições anteriores da United States Steel, era uma tentativa de monopolizar a produção e a venda de produtos siderúrgicos fabricados nos Estados Unidos da América, área consolidada de mercado. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Columbia Steel Co.* 334 U.S. 495. Julgado em junho de 1948.

³⁹⁵SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

³⁹⁶HENDRICKSON, Clara; GALSTON, William. *Big technology firms challenge traditional assumptions about antitrust enforcement*. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/blog/techtank/2017/12/06/big-technology-firms-challenge-traditional-assumptions-about-antitrust-enforcement/>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

³⁹⁷ILLING, Sean. *Why “fake news” is an antitrust problem*. Disponível em: <https://www.vox.com/technology/2017/9/22/16330008/facebook-google-amazon-monopoly-antitrust-regulation>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

preços, e sim a dados e a algoritmos³⁹⁸.

Como bem analisado na parte I, a economia digital tem como um dos seus insumos primordiais os dados. Com efeito, várias novas formas de ganho de mercado são implementadas, como a manipulação dos consumidores por meio das informações que os seus interlocutores (sejam eles entres estatais ou privados) tenham sobre a sua pessoa, segundo aponta Fabiano Menke³⁹⁹.

Veja-se que, nesse caso, o detentor da informação invariavelmente se coloca numa posição privilegiada, atalhando os caminhos. Destarte, surge o poder de manipulação e de direcionamento, já que a relação não se desenvolve “do zero”, como seria em um encontro fortuito.

À luz de estudos de direito da concorrência⁴⁰⁰, verifica-se que empresas que sofreram significativos *turnovers* no mercado possuem como modelo de negócios o uso de dados, geralmente dados pessoais, que obtêm por meio do grande número de usuários no setor de suas atividades. Os maiores exemplos disso são Google Search e Facebook⁴⁰¹.

Portanto, a prioridade atualmente é garantir que a concorrência nesses mercados funcione efetivamente. Como a coleta, o processamento e o uso dos dados dos usuários para fins comerciais acaba sendo uma vantagem competitiva, uma competição justa só é possível com a portabilidade⁴⁰².

Sendo imperiosa a portabilidade de dados, as grandes empresas podem acabar por adotar medidas para prevenir ou impedir essa migração de dados entre os

³⁹⁸ CONWAY, Carol Elizabeth. Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 257.

³⁹⁹ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; COELHO, Alexandre. (Org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211.

⁴⁰⁰ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Disponível em: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em 7 de julho de 2016.

⁴⁰¹ AUTORITE DE LA CONCURRENCE. BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Disponível em: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em 7 de julho de 2016.

⁴⁰² EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p.37.

fornecedores⁴⁰³. E, assim sendo, essas condutas podem se submeter ao crivo antitruste?

Segundo Peter Swire e Yianni Lagos⁴⁰⁴, as implicações concorrenciais de uma recusa de portabilidade podem ser vistas de três formas: como recusa de negociar (*refuse to deal*, que diria respeito à recusa em proceder com a portabilidade), negativa de acesso a uma utilidade essencial (doutrina da *Essential Facilities*) e venda casada (levando-se em consideração que um agente estaria vinculando sua oferta a um módulo de software não interoperável).

A recusa de negociar, como o próprio nome já introduz, diz respeito à recusa ou à negativa de fornecer um produto ou serviço a um pretendo comprador, o qual geralmente é um varejista ou atacadista. Em geral, essa prática é implementada como um mecanismo para forçar um revendedor a aplicar o preço de revenda, ou como forma de dar cumprimento a um contrato de exclusividade com terceiro, podendo esse contrato de exclusividade ser restrito a determinada classe de clientes ou região geográfica⁴⁰⁵.

Esses dois exemplos (forçar a aplicação do preço de revenda e cumprimento de cláusula de exclusividade) podem ser classificados como uma recusa-meio. Já a recusa-fim é aquela que não faz parte de um contexto maior de restrições, e tem por objeto eliminar concorrentes atuais e futuros⁴⁰⁶.

Nessa senda, a recusa de contratar pode ser executada como uma restrição horizontal ou vertical. Na primeira forma, os concorrentes de um mesmo mercado excluem outro concorrente desse ou impedem a sua entrada. Geralmente ocorre por meio de boicotes operados nas associações profissionais, de comerciantes ou de produtores. Na segunda, a prática é realizada na relação entre fornecedor e adquirente⁴⁰⁷. A recusa de contratar, ademais, pode se dar no contexto de um acordo

⁴⁰³ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁴⁰⁴ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 358, 2013.

⁴⁰⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Glossary of Industrial Organization e Economics and Competition Law*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2018.

⁴⁰⁶ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 119.

⁴⁰⁷ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da

(cartel) ou por meio de abuso de posição dominante. Essa última é a de maior interesse para fins dessa Tese.

Independentemente da forma adotada, para que essas condutas sejam consideradas um ilícito concorrencial e não uma mera prática comercial banal, é necessário que essas sejam implementadas por meio de um abuso que exclua competidores do mercado⁴⁰⁸, o que requer poder de mercado. Segundo Priscila Gonçalves⁴⁰⁹, “os ilícitos têm invariavelmente como requisito necessário (embora não suficiente) a existência de poder econômico”.

Um famoso caso envolvendo a recusa de contratar foi o Aspen Skiing⁴¹⁰. A cidade de Aspen é uma famosa cidade turística com estação de esqui. Essa é composta por quatro montanhas, três das quais eram de propriedade do réu Aspen Skiing, e a quarta pertencia ao autor da demanda, Aspen Highlands. Durante muitos anos, as duas empresas ofereceram um bilhete comum, de vários dias, em toda a área. Repentinamente, Aspen Skiing começou a exigir uma maior participação no produto da venda dos bilhetes, e, na sequência, cancelou o acordo de bilheteria conjunta⁴¹¹.

Apesar de a autora da ação, a Aspen Highlands, tentar de várias formas recriar o bilhete conjunto, a Aspen Skiing recusou-se. Em decorrência disso, a Corte declarou que a recusa de Aspen Skiing era uma tentativa de excluir os rivais por razões outras que não a promoção da eficiência⁴¹².

No Brasil, a conduta de recusa de contratar está positivada na Lei 12.529/2011, no artigo 36, §3º, inciso XI. Esse inciso prevê que caracteriza infração da ordem econômica recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Por vezes, a recusa de contratar pode ter por objeto o acesso a um bem de

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 114.

⁴⁰⁸ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ECONOMIQUES. Rountable on Refusals to Deal. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2007_oct_refusals_to_deal.pdf>.

Acesso em 24 de janeiro de 2018.

⁴⁰⁹ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 116.

⁴¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

⁴¹¹ CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴¹² CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

utilidade pública⁴¹³ ou a uma “*bottleneck facility*”⁴¹⁴. Nesse caso, a recusa passa a ser entendida à luz da doutrina da *Essential Facility*, que também é objeto da nossa análise.

A *Essential Facility* diz respeito à situação em que um agente possui acesso a uma facilidade ou infraestrutura, cuja duplicação pelos concorrentes é impossível ou extremamente difícil devido a restrições físicas, geográficas, legais ou econômicas, como é o caso de uma rede elétrica nacional usada para a distribuição da energia aos consumidores finais. Assim, os demais concorrentes precisam do acesso a essa facilidade ou infraestrutura, pois ela é essencial. A negação, se não for razoável, pode vir a ser considerada como abuso de posição dominante e configurar infração à ordem econômica⁴¹⁵.

A questão central para visualização da ilicitude concorrencial recai no problema do acesso necessário, que ocorre quando a oferta de certos produtos ou serviços não se realiza sem o acesso a insumo essencial⁴¹⁶, ou seja, a concorrência não existirá em absoluto⁴¹⁷. Dessa maneira, se o mercado nesses casos não for capaz de dar soluções eficazes ao problema, será necessária a intervenção antitruste.

Cabe ressaltar que o conceito do que é essencial ou não para fins de aplicação da teoria da *Essential Facility* é flexível e variável com relação ao tempo, ao local e ao desenvolvimento tecnológico⁴¹⁸, uma vez que o que era essencial antes, pode não ser mais agora. E o que é agora, por questões de desenvolvimento, sequer existia anteriormente. Priscila Gonçalves⁴¹⁹ defende, a propósito, que o significado de bem

⁴¹³ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 205.

⁴¹⁴ CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Glossary of Industrial Organization e Economics and Competition Law*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2018, p. 178.

⁴¹⁶ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 205.

⁴¹⁷ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁴¹⁸ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 207.

⁴¹⁹ GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da

essencial foi ampliado para também abarcar situações como a de economia de escala e das redes, tais como as físicas ou virtuais, naturais ou artificiais.

Nos Estados Unidos da América, a doutrina da *Essential Facility* tem como pano de fundo a ideia de que a recusa de contratar nas situações de um bem ou insumo essencial enquadra-se como uma tentativa de monopolização do mercado, estando, pois, sujeita à seção 2 do *Sherman Act*. Essa doutrina surgiu no caso *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*⁴²⁰, que versou sobre a utilização de uma ponte no Mississippi considerada como essencial por operadores que não faziam parte da associação denominada de “Robber Baron”⁴²¹.

Hoje, a doutrina da *Essential Facility*, conforme verificado no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*⁴²², só será aplicada se houver o preenchimento do teste de quatro requisitos, que são os seguintes: (i) deve haver o controle da utilidade essencial pelo monopolista; (ii) o concorrente deve ser incapaz de duplicar a utilidade essencial, seja por motivos fáticos ou de razoabilidade; (iii) deve ter havido a negativa de uso ao concorrente pelo monopolista; (iv) deve haver a possibilidade de fornecimento pelo monopolista da utilidade⁴²³.

Apesar do desenvolvimento da doutrina e do reconhecimento pelas cortes dessa, houve casos posteriores que contradisseram esse teste de requisitos e até mesmo a necessidade de um monopolista contratar com seus concorrentes para que esses possam ter acesso a uma utilidade essencial. Isso ocorreu em especial no caso *Verizon Communications .v Trinko*⁴²⁴⁻⁴²⁵, o que foi bastante criticado⁴²⁶ e, acima de tudo, não impediu a continuidade da aplicação da doutrina da *Essential Facility* em casos posteriores⁴²⁷.

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 207.

⁴²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*. Julgado em 1912.

⁴²¹ CANDEUB, Adam. *Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine*. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *MCI Communications Corp. v. AT&T*. Julgado em 1994.

⁴²³ CANDEUB, Adam. *Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine*. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Verizon Communications .v Trinko*. Julgado em 2004.

⁴²⁵ CANDEUB, Adam. *Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine*. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴²⁶ CANDEUB, Adam. *Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine*. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴²⁷ CANDEUB, Adam. *Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine*. *University of*

Em razão dessas divergências, Priscila Gonçalves⁴²⁸ reconhece que na União Europeia a questão está muito mais sedimentada. Na decisão do caso *Microsoft v. Commission*⁴²⁹, em 2007, restaram sistematizadas as condições exigidas para se reconhecer uma recusa de contratar que envolva utilidades indispensáveis. Essas são as seguintes: em primeiro lugar, a recusa tem que dizer respeito a um produto ou serviço indispensável ao exercício de uma outra atividade; em segundo, a recusa deve excluir qualquer concorrência efetiva; por fim, em terceiro lugar, a recusa precisa impedir a entrada de um novo produto, com relação ao qual exista uma demanda potencial do consumidor⁴³⁰.

Um outro ponto bastante elogiado lá, diz respeito às condições de acesso, de maneira que as cortes não apenas determinam o acesso a uma utilidade essencial, mas também como esse ocorrerá, a fim de estabelecer que esse seja razoável e não discriminatório (no sentido até que não seja cobrado um preço excessivo pelo acesso)⁴³¹.

No Brasil, a doutrina da *Essential Facility* pode encontrar substrato no nosso ordenamento legal por meio da aplicação do artigo 36, §3º, incisos III, IV e V da Lei 12.529/2011. Esses incisos dispõem que caracterizam infração à ordem econômica as seguintes condutas, respectivamente: limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; e impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição. Ainda, se determinada situação não se enquadrar perfeitamente nessas situações, há a possibilidade dessa se encaixar no abuso de posição dominante, que é uma conduta bem mais ampla e flexível.

Apesar dos requisitos rígidos necessários para aplicação da doutrina da *Essential Facility*, pode-se afirmar, na esteira do pensamento de Aysem Diker Vanberg e Mehmet Ünver⁴³², que é possível aplicar a doutrina em mercados tecnológicos e de indústrias de

Pittsburgh Law. Vol. 66, p. 828, 2005.

⁴²⁸GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 207.

⁴²⁹UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Microsoft v. Commission*. Julgado em 2007.

⁴³⁰SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 361-362, 2013.

⁴³¹CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 221, 2005.

⁴³²DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR

rede, quando uma empresa controle dados. Por conseguinte, se os dados pessoais detidos por uma empresa forem cruciais para facilitar o acesso ao mercado de outros concorrentes em um mercado específico, como o de redes sociais ou de busca, pode ser indispensável a aplicação da doutrina⁴³³.

Segundo Aysem Diker Vanberg e Mehmet Ünver⁴³⁴, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos casos *Magill*⁴³⁵, *IMS Health*⁴³⁶ e *Microsoft*⁴³⁷, concluiu que a fim de conceder acesso obrigatório aos dados, o requerente precisa provar que os dados são essenciais para a oferta de um novo produto e que não há outra maneira de obtê-los ou de desenvolver o produto ou serviço sem o acesso⁴³⁸.

Já nos Estados Unidos da América, Aysem Diker Vanberg e Mehmet Ünver⁴³⁹ relatam dois casos envolvendo o acesso e a extração de dados. O primeiro é o caso *Facebook v. Power Ventures Inc.*⁴⁴⁰. A Power Ventures⁴⁴¹ desejava extrair dados dos

and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴³³ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴³⁴ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*. Julgado em 6 de abril de 1995.

⁴³⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*. Julgado em 29 de abril de 2004.

⁴³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Microsoft v. Commission*. Julgado em 2007.

⁴³⁸ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴³⁹ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Northern District of California. *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.* Julgado em 11 de maio de 2009.

⁴⁴¹ Cabe adicionar que a Power Ventures oferece um site chamado Power.com, que é projetado para permitir que os usuários finais integrem todos os seus contatos de redes sociais em um único site. Para tanto, o Power.com usa informações do *login* do Facebook fornecido por seus usuários para raspar informações e exibi-las no Power.com. Com isso, o Power.com poderia representar precisamente o tipo de adaptação para dissipar o poder de mercado decorrente dos efeitos de rede. Além de tal fator, a Power Ventures alegou que o Facebook fazia uma discriminação ao permitir que o Gmail, AOL e Yahooo pudessem coletar as informações do Facebook, já que esses serviços poderiam ser acessados por meio do log in do Facebook. Tal defesa não foi aceita pelo tribunal distrital sob o argumento de que o fato de outros sites acessarem o Facebook, não gera o dever desse fornecer a sites terceiros o acesso irrestrito. Ademais, a introdução de um produto que não é interoperável com produtos concorrentes não

usuários das redes sociais e disponibilizá-los na sua própria plataforma. Como medida preventiva, o Facebook processou a *Power Ventures Inc.* por violação dos seus termos de serviço.

Em resposta, a *Power Ventures Inc.* apresentou uma reconvenção, alegando condutas exclusionárias por parte do Facebook, que, ao negar o acesso aos dados, estaria impedindo o seu exercício no mercado. Tal tese não foi aceita pela Corte, a qual entendeu que o Facebook possuía "direito de gerenciar o acesso e o uso de seu site"⁴⁴².

O segundo caso, por sua vez, foi o *PeopleBrowsr v. Twitter*⁴⁴³, que versou sobre o pedido da PeopleBrowsr ao Twitter para que esse lhe concedesse o acesso aos seus dados, a fim de que pudesse criar serviços analíticos. Com a negativa pelo Twitter, a PeopleBrowsr ajuizou uma ação alegando a ocorrência de práticas anticoncorrenciais.

Tal alegação ensejou a concessão de medida cautelar, a fim de que a PeopleBrows tivesse acesso aos dados. Apesar disso, o caso restou encerrado por meio de um acordo. Com isso, infelizmente, não se obteve um precedente quanto à ilegalidade ou não da conduta do Twitter, à luz da lei de concorrência⁴⁴⁴.

Um outro ponto importante é que a recusa de fornecimento de dados pode muitas vezes ser velada, sob o argumento de que essa recusa seja necessária em razão de um *compliance* com as normas de proteção dos dados. Segundo o European Data Protection Regulation⁴⁴⁵ isso pode ser uma desculpa oportunista, uma vez que uma empresa com poder dominante pode já ter violado de várias outras formas as normas de proteção de dados, nomeadamente com a utilização dos dados pessoais de forma incompatível com o consentimento originário de coleta. Nesse contexto, se torna imperiosa a cooperação entre as autoridades de proteção de dados e as de concorrência.

Assim, a conclusão que se pode ter, até esse momento, muito embora não haja

viola as leis antitruste. YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1160, 2012.

⁴⁴² DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴⁴³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. District Court for the Northern District of California. *PeopleBrowsr v. Twitter*.

⁴⁴⁴ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁴⁴⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 31.

nada muito consolidado, é que, se os dados forem entendidos como uma estrutura essencial, poderá existir a obrigatoriedade de compartilhamento das bases de dados quando esses forem a única forma de se viabilizar uma concorrência. Tal medida tem o condão de alterar consideravelmente a dinâmica do mercado⁴⁴⁶.

Por fim, a venda casada é um gênero que apresenta duas espécies. A primeira espécie são os *ties*, que ocorrem quando o fornecedor realiza uma venda de um produto (*tying product*), condicionado à compra de um outro produto distinto, que é o *tied product*, do fornecedor ou de algum terceiro por esse designado. Apenas o *tied product* pode ser comprado separadamente⁴⁴⁷.

Quando essa exigência é imposta de imediato, logo na tentativa de compra do produto desejado, a situação é denominada de *ties-in*. Já quando a exigência é realizada num segundo momento, por meio de serviços complementares (por exemplo), a venda casada é denominada de *ties-out*⁴⁴⁸.

Mas claro que só se caracteriza a venda casada quando não há razoabilidade para a venda conjunta, caso contrário até mesmo a venda de uma caixa de ovos seria considerada venda casada. Outro exemplo esclarecedor é a venda de par de calçados⁴⁴⁹, que assim ocorre porquanto seria contraproducente a venda em separado, tendo em vista a necessidade que os dois sapatos sejam idênticos. Produtos que normalmente são vendidos em conjunto, como pack de iogurtes ou um jogo de panelas, também não são considerados como venda casada⁴⁵⁰.

A segunda espécie de venda casada refere-se ao *bundling*, que nada mais é que a venda de um pacote de dois ou mais produtos, não sendo permitida a venda isolada dos componentes do pacote⁴⁵¹. Essa espécie pode ocorrer, por vezes, de forma velada, como

⁴⁴⁶ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 56.

⁴⁴⁷ UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

⁴⁴⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

⁴⁴⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

⁴⁵⁰ RAYMOND, Guy. *Incidences de La Loi MURCEF sur le Marketing des Établissements de Crédit*. Limoges: Pulim, 2004.

⁴⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em:

ocorre no mercado tecnológico, em que há uma integração de produtos que seriam originalmente separados.

A realização da venda casada pode ser motivada pelos seguintes efeitos: (i) ganho de *market share* no mercado do produto vinculado, por meio de uma alavancagem; (ii) fechamento ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, o que prejudica a entrada de novos agentes; (iii) discriminação de preços; (iv) exploração dos consumidores ou compradores; e (v) burla à fiscalização de preços em mercados que são regulados⁴⁵².

Na legislação pátria, além da previsão na legislação consumerista que não é o enfoque nessa parte da Tese, a venda casada está capitulada no artigo 36, § 3º, inciso XVIII, da Lei 12.529/20011, que assim prevê como infração à ordem econômica a conduta de “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Tendo em vista a lógica concorrencial, a mera prática dessa conduta não tem o condão de gerar a ilicitude. É necessário, para tanto, que haja prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa.

Ocorre que para a produção desses efeitos o agente que pratica a conduta precisa preencher dois requisitos: (i) deter poder de mercado e (ii) abusar desse poder. Justificam-se esses requisitos pela necessidade do consumidor ou comprador se sentir coagido à aquisição conjunta dos produtos ou serviços, pois, caso contrário, tal prática não surtiria qualquer efeito nas estruturas do mercado⁴⁵³.

A esse respeito, cita-se que, na União Europeia, o agente que pratica venda casada incorre no artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴⁵⁴, desde que presentes as seguintes elementares: (i) deter poder no mercado do *tying product*; (ii) a venda casada deve abranger produtos de mercados distintos; (iii) haver coerção; (iv) tentativa de fechamento de mercado; (v) não ser justificada objetivamente;

<<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

⁴⁵² SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

⁴⁵³ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

⁴⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

e (vi) a produção de eficiências não justificar a prática ⁴⁵⁵. Da mesma forma, os Estados Unidos da América admitem a licitude da venda casada quando essa apresentar benefícios ou eficiências ao mercado e aos consumidores, razão pela qual a conduta não é considerada um ilícito *per se* ⁴⁵⁶.

Alguns casos paradigmáticos do direito antitruste envolveram venda casada. Entre esses, cita-se o caso da Kodak ⁴⁵⁷ e da Microsoft ⁴⁵⁸, nos Estados Unidos da América, e o da Xerox ⁴⁵⁹, no Brasil, todos esses já comentados anteriormente nessa Tese. Há no Judiciário brasileiro vários casos sobre venda casada. No entanto, o enfoque nesses é sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, e não da lei de concorrência. Um caso interessante, ainda não julgado, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 398 ⁴⁶⁰, que versa sobre a possibilidade de proibição de alimentos e bebidas de outros estabelecimentos comerciais em salas de cinema. Essa ADPF tem como objetivo atacar “impropriamente” o Recurso Especial n.º 744.602 ⁴⁶¹, que considerou a prática uma venda casada.

Posto isto, aponta-se que a negativa de portabilidade poderia ser considerada uma venda casada da seguinte forma: o fornecedor só concede a portabilidade caso essa seja utilizada em um produto ou serviço que é por si fornecido. Se a portabilidade for para acesso a um produto ou serviço do concorrente, essa é negada ⁴⁶².

Outra visualização de venda casada seria, por exemplo, quando uma rede social for vinculada a um software específico que governa a exportação dos dados as outros

⁴⁵⁵ UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

⁴⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

⁴⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 458 (1992).

⁴⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the District of Columbia*. *United States v. Microsoft Corporation*, Julgado em 2002.

⁴⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º 23/91*. Julgado em 1993.

⁴⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 398*. Ministro Relator Edson Fachin.

⁴⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 744.602*. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

⁴⁶² SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 363, 2013.

serviços⁴⁶³. Como se pode ver, essa analogia não é muito precisa, e nem diz respeito ao cerne do objeto da investigação presente, que é a negativa da portabilidade em si. Ademais, em geral não existe um produto em separado para a exportação dos dados⁴⁶⁴.

Em última análise, as possíveis capitulações vistas acima, apesar de algumas serem caracterizadas por requisitos rígidos, demonstram a possibilidade que uma conduta de negativa de portabilidade de dados venha a ser considerada como uma infração à ordem econômica. Destarte, a conclusão parcial é que há uma subsunção das normas de concorrência à situação em apreço, sendo menos importante a exata tipificação.

Em decorrência disso, adota-se o posicionamento de que é necessário abuso *lato sensu* para a repressão antitruste (regulação *ex post*). Esse abuso e seus consectários serão vistos a seguir, na Parte A.2.

⁴⁶³ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 363, 2013.

⁴⁶⁴ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 363, 2013.

A.2 Abuso de Posição Dominante no Mercado de Dados

Como visto anteriormente, independente da figura específica relacionada ao gênero infração à ordem econômica, é possível verificar que essas modalidades analisadas acima possuem um denominador comum, qual seja, serem uma forma de abuso de posição dominante. Antes de analisar as características desse, impende destacar que para fins de responsabilização concorrencial, a tipificação e o enquadramento da conduta não são algo essencial.

Na verdade, a classificação das condutas serve muito mais para fins didáticos e de sistematização, uma vez que o rol de condutas da Lei 12.529/2011 é meramente exemplificativo. Com efeito, o sistema brasileiro de concorrência adota uma tipificação aberta⁴⁶⁵ e exemplificativa, condicionada à possibilidade de exclusão de antijuridicidade caso alcançadas certas eficiências ou certos benefícios específicos à sociedade ou ao mercado.

Segundo Francisco Mendes⁴⁶⁶ essa tipificação aberta é necessária, porquanto a criação de um rol taxativo de hipóteses determinadas e precisas de infração à ordem econômica poderia acarretar, por vezes, a injusta absolvição de condutas prejudiciais ao mercado, como ocorreria com novas práticas em um mercado dinâmico que não estariam abarcadas num rol legal; e a condenação de práticas possivelmente pró-competitivas. Assim, um quadro normativo essencialmente fechado não contribuiria “em absoluto para a construção de um sistema repressivo mais preciso e legítimo”⁴⁶⁷.

Verifica-se, pois, que essa tipificação aberta (a qual segundo alguns estudos dispensa a culpabilidade do infrator para configuração da ilicitude⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹) distancia a

⁴⁶⁵ Francisco Mendes afirma que “O espectro de repressão às infrações à ordem econômica é tão amplo que fica difícil falar em uma tipicidade no direito concorrencial.”. MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 73.

⁴⁶⁶ MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 73.

⁴⁶⁷ MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 73.

⁴⁶⁸ A respeito, Francisco Mendes defende que o direito antitruste brasileiro adotou a responsabilidade objetiva, o que “torna desnecessária a perquirição acerca do dolo e da culpa dos agentes econômicos na condução de suas atividades empresariais, que claramente representam questões secundárias para os fins buscados pela defesa da concorrência”. MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro:*

responsabilização por ilícitos anticoncorrenciais dos postulados tradicionais da teoria da responsabilidade. O que causa preocupação, no entanto, é que não houve até o momento uma substancial reflexão sobre “as especificidades da delimitação do ilícito no campo do direito concorrencial”⁴⁷⁰, apesar da significativa expansão da atuação antitruste ocorrida no nosso país.

A vagueza das normas concorrenciais não é uma mera coincidência. Decorre, na realidade, da própria natureza da tutela, que é o bom funcionamento do mercado. Ora, sendo a essência do direito da concorrência fatos econômicos, não haveria como esse ramo do direito não ser influenciado pela ciência econômica. Na verdade, há uma verdadeira necessidade de se buscar asilo na economia para preencher vários conceitos jurídicos indeterminados trazidos pela norma concorrencial.

Para ficar bastante clara essa intersecção entre economia e direito da concorrência, traz-se o exemplo analógico do direito ambiental. Sendo o meio ambiente, nas suas diversas formas, o objeto da tutela, não há como não sofrer influência da ecologia, nomeadamente quando se olha para o meio ambiente natural. É interessante conhecer que essa relação entre direito e economia não é decorrente da Escola de Chicago, como poderia parecer. Mas sim existente desde os primórdios da legislação concorrencial⁴⁷¹.

Posto isso, cabe verificar o que é o abuso de posição dominante, como um dos efeitos aptos a gerar a ilicitude da conduta, independentemente da forma como esse efeito é buscado, tendo em vista a tipificação aberta mencionada acima. Primeiramente, é importante ver o que é posição dominante para, num segundo momento, verificar o que seria o seu abuso. Nas palavras de Modesto Carvalhosa⁴⁷², posição dominante é a situação em que uma entidade econômica possua grande influência na determinação dos

Características e Especificidades. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 77.

⁴⁶⁹ Sobre culpabilidade, importante citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1094, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que, dentre outras impugnações, contestou a constitucionalidade da expressão “independentemente de culpa”, prevista na Lei n.º 8.884/94. Ainda não houve julgamento final da ação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1094. Ministro Carlos Velloso.

⁴⁷⁰ MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 11.

⁴⁷¹ MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013, p. 20.

⁴⁷² CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder Econômico: A Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico*. São Paulo: RT, 1967, p. 8.

preços.

Preliminarmente, coloca-se que posição dominante não se confunde com poder econômico, apesar de se relacionarem e até servirem para definir situações comuns.⁴⁷³ Assim, posição dominante refere-se à participação que determinada empresa tem num certo mercado⁴⁷⁴ ou sua capacidade de influência nesse. Já poder econômico, refere-se à intervenção de uma empresa, mesmo com pequena participação ou fatia de mercado⁴⁷⁵, que gera efeitos e tem capacidade de influenciar por pertencer a um grupo econômico ou por ter dominância em ou outro mercado, o que lhe dá subsídios para investir e cobertura para empreender.

Nesse sentido, existem empresas que se tornam muito bem sucedidas em determinado mercado e, a partir disso, lançam-se em novos empreendimentos, às vezes em mercados muito distintos dos demais. Com a experiência e o capital das atividades anteriores, podem entrar em outro mercado com boas estratégias, de modo a fazer concorrência efetiva com os demais *players* ou até influenciando drasticamente esse novo mercado. Ademais, pode ocorrer até o financiamento de condutas anticompetitivas, como para a prática de preços predatórios.

A posição dominante como regra está associada a um alto percentual de *market share*. Trata-se do critério quantitativo, adotado pela lei no montante de pelo menos 20% do mercado relevante (artigo 36, §2º, da Lei 12.529/2011). Esse percentual, todavia, sempre deve ser analisado em cotejo com a participação detida pelos demais concorrentes⁴⁷⁶.

Ao lado do critério quantitativo, a posição dominante também pode ser identificada por meio de um critério qualitativo, que é o *market power*. Esse significa a possibilidade de o agente alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado⁴⁷⁷.

Dessarte, a posição dominante pode ser decorrente do *market share* ou do *market power*. A simples ocorrência de um ou dos dois critérios não é suficiente para

⁴⁷³ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

⁴⁷⁴ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

⁴⁷⁵ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.149.

⁴⁷⁶ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

⁴⁷⁷ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

configuração de um ilícito. Nessa esteira, Miguel Reale⁴⁷⁸ adverte que o ilícito não é o poder, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade, mas sim o seu abuso, ou desvio.

A ilicitude só ocorre se houver o emprego de meios não legítimos para a conquista da posição dominante ou, quando havendo a posição dominante fundada no sucesso empresarial, desencadeado pela maior eficiência de uma determinada empresa do setor⁴⁷⁹, o agente passe a utilizar dessa posição legitimamente obtida para fins anticompetitivos.

Essa orientação pode ser extraída do texto normativo. A Lei 12.529/11, no artigo 36, §1º, coloca que “a conquista de mercado proveniente de um processo natural fundado na maior eficiência não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. O ilícito previsto no inciso II é o de dominar mercado relevante de bens ou serviços, que tem como bem jurídico o livre jogo do mercado, incentivando as vantagens competitivas obtidas por meio da eficiência e reprimindo aquelas obtidas de maneira fraudulenta, isto é, todas aquelas não embasadas apenas na superioridade do agente⁴⁸⁰.

Já no inciso IV desse mesmo artigo está previsto o exercício de forma abusiva da posição dominante. Com efeito, é possível afirmar que a ilicitude reside na tentativa ilícita de se alcançar uma posição dominante no mercado ou no abuso de posição dominante, mesmo quando essa tiver sido alcançada de forma natural.

Essa última forma, abuso de posição dominante, traduz-se como uma das maiores dificuldades interpretativas do direito antitruste. Tal dificuldade tem como fato gerador a forma elegida pela lei, que apenas capitulou expressamente o abuso de posição dominante, mas não enunciou o seu conteúdo. Na lei, há somente alguns exemplos de condutas que se encaixam no conceito de abuso de posição dominante.

Tal situação gera uma instabilidade e insegurança jurídica (pela ausência de

⁴⁷⁸ REALE, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais. In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 520, 1985.

⁴⁷⁹ NASSIF, Erick Viana Salomão. Efeitos das Práticas Restritivas Sobre Economia Brasileira, e a Repressão às Condutas Anticoncorrenciais. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 531.

⁴⁸⁰ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 322.

confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade⁴⁸¹). Na prática, isso torna a análise concorrencial necessariamente casuística, inexistindo metodologia que possa ser considerada única e inflexível⁴⁸².

Eis que o direito da concorrência passa a servir como o melhor exemplo à sepultura do positivismo tradicional⁴⁸³. A especificidade do antitruste é inexistir uma resposta pronta e única, como se fosse uma “receita de bolo”.

Com efeito, Mario Luiz Possas⁴⁸⁴ expressa ser indispensável a fixação de critérios objetivos para identificação do comportamento abusivo. Destarte, mesmo que a noção de poder econômico seja indeterminada e complexa, devemos construir parâmetros que “demarquem com a precisão necessária a aplicação da lei”⁴⁸⁵.

Um estudo da OCDE⁴⁸⁶ propõe que a análise do abuso de posição dominante seja feita em duas etapas. A primeira refere-se à verificação da condição ou *status* do agente perante o mercado. Esse *status* diz respeito ao *market share* ou *market power* de determinada empresa ou de um conjunto dessas, já que podem estar atuando conjuntamente, seja por acordo, seja por uma *joint dominance*.

A segunda etapa trata da valoração do comportamento que está sendo empregado pela empresa ou empresas (no caso de acordo ou *joint dominance*). O juízo do comportamento, para caracterizar o abuso, leva em conta os efeitos adversos produzidos, verificando se esses lesam ou não a livre concorrência⁴⁸⁷.

Em conclusão, a OCDE⁴⁸⁸ propugna que a definição acerca do que é abusivo, ou pelo menos ilegal, depende do objetivo de cada lei. De fato, considerando larga abertura normativa da norma concorrencial, que é principiológica (o que lhe garante certa flexibilidade), só será ilícito aquilo que vai de encontro com o estado de coisas

⁴⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 682.

⁴⁸² FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 190.

⁴⁸³ FORGIONI, Paula. Prefácio. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 9-12, 2015.

⁴⁸⁴ POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Vol. 3, n.5, p. 93, maio 1996.

⁴⁸⁵ POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Vol. 3, n.5, p. 93, maio 1996.

⁴⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

⁴⁸⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

⁴⁸⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

visado pela norma, com apoio na definição econômica da concorrência⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰.

Cabe fazer uma pequena reflexão sobre como os princípios são fundamentais para a doutrina antitruste. Tendo como inspiração doutrinas estrangeiras, sobretudo a norte-americana, que defendiam que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista, unicamente, a maximização de alguma medida de bem-estar econômico⁴⁹¹, se concebeu no Brasil uma teoria normativa consequencialista⁴⁹² ao antitruste, em que a definição do ilícito é construída com base nos objetivos.

Dessa forma, a definição de abuso de posição dominante, como das demais infrações à ordem econômica, será feita com apoio nos objetivos⁴⁹³. Resta agora saber quais são esses, o que infelizmente não é a tarefa fácil, em decorrência da controvérsia existente acerca desse tema.

Nem nos Estados Unidos da América, país que conta com o direito antitruste positivado desde 1890, foi possível consolidar essa temática, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. Relata-se, na verdade, que lá sempre houve uma flexibilidade nos objetivos da tutela da concorrência. E assim não poderia ser diferente, já que a

⁴⁸⁹ HOUSSIAUX, Jacques. *Concurrence et Marché Commun*. Paris : Éditions Génin, 1960, p. 37.

⁴⁹⁰ Jacques Houssiaux ensina que concorrência possui dois conceitos, um jurídico e um econômico. No sentido jurídico, concorrência é a característica de um sistema de trocas, em que o agente econômico dispõe de uma liberdade de eleição e discussão completa, e não apenas da liberdade de comprar ou não comprar, de vender ou não vender. Essa definição de concorrência jurídica se completa no longo prazo como uma condição suplementar. A concorrência é um sistema de intercâmbio que assegura a todos os sujeitos econômicos uma total liberdade de empreender e de se estabelecer. Já a definição econômica, como relata Jacques Houssiaux⁴⁹⁰, define a concorrência e precisa sua natureza em função dos objetivos do regime de competição. A curto prazo, a concorrência é o sistema de intercâmbios que equilibra as ofertas e demandas sobre cada um dos mercados de forma que se satisfaçam em maior número de participantes nas trocas, e sem que nenhum deles possa por sua presença interferir na solução alcançada. Ao longo prazo, a concorrência desemboca, normalmente, a maximizar a taxa de crescimento das produções. Estas duas visões, econômica e jurídica, apresentam-se como aspectos complementares da concorrência. A definição jurídica é uma definição de meio, e a definição econômica, uma definição de resultado. Nessa senda, a ideia que deve ser fixada é que a política serve para mostrar a teleologia das normas concorrenciais, servindo de ajuda à definição das condutas infrativas à ordem econômica. HOUSSIAUX, Jacques. *Concurrence et Marché Commun*. Paris : Éditions Génin, 1960, p. 36-37.

⁴⁹¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/cmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

⁴⁹² A título de curiosidade, destaca-se que o termo consequencialismo vem da Filosofia Moral, tendo sido cunhado por Elisabeth Ascombe. CARVALHO, Paulo de Barros. *Prefacio*. In: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. XIII. - XIX. p. XIII.

⁴⁹³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

concorrência, como afirma Vinicius Marques de Carvalho⁴⁹⁴, “não é um fenômeno uniforme e a-histórico”, sendo sua intensidade dependente de uma série de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais.

Recentemente, no ciclo político norte-americano, houve uma tentativa de limitação do antitruste a um objetivo mais específico e certo, segundo Maurice E. Stucke⁴⁹⁵. O eleito, nesse caso, teria sido o bem-estar do consumidor.

Se por um lado isso pode ser recebido com aplausos, por outro, deve-se olhar a questão com parcimônia. Isso porque, como alerta Maurice E. Stucke⁴⁹⁶, não há um conceito sobre a extensão e o significado do bem-estar, e, como decorrência dessa indeterminação, existe até um certo abuso do termo, seja em 1987, seja hoje em dia. A esse respeito, Charles-Etienne Gudin⁴⁹⁷ retoricamente indaga se a expressão bem-estar não seria uma utopia ao jurista.

O ponto fundamental do raciocínio aqui delineado é o que postula Guillermo Cuevas⁴⁹⁸: nenhum dos sistemas importantes de regulação da concorrência se originou exclusivamente na defesa dos consumidores. A esse respeito, o autor afirma, por exemplo, que o direito da concorrência na União Europeia possui uma especificidade adicional que é assegurar a efetiva formação de um mercado comum e a livre circulação de bens dentro desse, sem prejuízo da proteção dos consumidores⁴⁹⁹⁻⁵⁰⁰.

Destarte, pode-se afirmar, com apoio em Valentine Korah⁵⁰¹, que o objetivo da concorrência para a União Europeia é e sempre foi promover a integração no mercado

⁴⁹⁴ CARVALHO, Vinicius Marques. *A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas?* In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p.19, 2015.

⁴⁹⁵ STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, p. 568, 2012.

⁴⁹⁶ STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, p. 568, 2012.

⁴⁹⁷ GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? *Revue des Affaires Européennes*, Paris: v.8, n.3, p. 223, 1998, p. 223.

⁴⁹⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 45.

⁴⁹⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 43- 45.

⁵⁰⁰ Andressa Schneider informa que a concepção atual de concorrência na União Europeia inclina-se à busca de uma concorrência eficaz, que se funda em preocupações de eficiência econômica e bem-estar, dentro de limites de atonicidade fixados *a priori*. SCHNEIDER, Andressa. *Do Direito da Concorrência ao Direito à Concorrência: O Reconhecimento do Direito Fundamental à Concorrência a partir do Direito Fundamental à Defesa do Consumidor*. 2016. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Faculdade de Direito, 2016.

⁵⁰¹ KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 12.

comum, hoje mercado interno. Na verdade essa finalidade é considerada até mais importante que a simples eficiência.

Nessa linha, Richard Whish⁵⁰² diz que se a única função da concorrência fosse a maximização do bem-estar do consumidor por meio da alocação eficiente dos recursos e da maior redução dos custos possível, então a formulação das regras legais e de sua aplicação seriam relativamente simples. Nessa linha, um objetivo único ou unificado traria facilidades, especialmente ao reduzir as adversidades enfrentadas pelos advogados ao saírem dos limites da disciplina jurídica.

Na prática, muitos objetivos foram atribuídos à política da concorrência, sendo que alguns sequer estão alinhados com o bem-estar do consumidor. Como resultado, a política pode passar a ser implementada de maneira inconsistente e contraditória.

Indaga-se, nesse ponto, quais seriam os objetivos adotados pelos países em desenvolvimento, como o Brasil. Eduardo Gaban⁵⁰³, para responder a tal indagação, pondera que esses países são sempre os mais afetados pelas distorções à concorrência⁵⁰⁴, tendo em vista suas características um tanto peculiares, tais como, estatismo, corrupção, barreiras artificiais, privilégios concedidos pelo Estado, economia informal, infraestrutura pobre ou pouco desenvolvida, mercado financeiro fraco e governança corporativa deficiente.

A defesa da concorrência em mercados nesse estágio passa a ser uma condição *sine qua non* para se alcançar o desenvolvimento. Na lição de Nick Godfrey⁵⁰⁵, os mercados competitivos são uma ferramenta necessária para que os recursos de uma nação sejam utilizados da forma mais eficiente, gerando melhores tecnologias e inovação, as quais proporcionarão produtividade e competitividade, inclusive com a inserção no mercado internacional e a redução da pobreza.

Hassan Qaqaya e George Lipimile⁵⁰⁶ reportam que experiências de países em desenvolvimento demonstram que políticas prudentes de concorrência e seu

⁵⁰² WHISH, Richard. *Competition Law*. Londres: Butterworths, 2001, p.15.

⁵⁰³ GABAN, Eduardo Molan. *Regulação do Setor Postal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

⁵⁰⁴ GODFREY, Nick. *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?* Disponível em: < <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

⁵⁰⁵ GODFREY, Nick. *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?* Disponível em: < <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

⁵⁰⁶ QAQAYA, Hassan; LIPIMILE, George. *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditclp20082_en.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.p. 12.

enforcement podem auxiliar setores chaves a acomodar ou incluir novos agentes. Ademais, tem-se verificado que economias com mercados domésticos competitivos geralmente tendem a ter maiores taxas de crescimento de renda *per capita*⁵⁰⁷.

Assim, pode-se afirmar que o direito da concorrência nos países em desenvolvimento, nomeadamente o Brasil, tem como um dos seus objetivos o desenvolvimento, ao lado do bem-estar do consumidor. Nesse sentido, o artigo 1º da Lei 12.529/2011 determina que a prevenção e a repressão a infrações contra ordem econômica serão orientadas pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Pois bem, voltando à temática do abuso de posição dominante, condutas apenas serão aptas a configurar esse ilícito se tiverem o potencial de afetar o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico do país, prejudicando, pois, o mercado e a eficiência. Como relata Jorge Fagundes⁵⁰⁸, decisões mais recentes do CADE têm apontado como fundamento da repressão ao abuso de posição dominante o bem-estar do consumidor.

No direito comparado, há uma maior sistematização do abuso de posição dominante, o que pode complementar a análise dessa conduta no Brasil. Pois bem, nos Estados Unidos da América, o abuso de posição dominante enquadra-se na seção 2 do *Sherman Act*, sendo entendido, portanto, como a monopolização ou tentativa de monopolização. Destarte, entende-se por abuso a conduta com fins exclusionários ou predatórios, tanto para adquirir uma posição dominante no mercado, quanto para manter uma posição já existente⁵⁰⁹.

Da mesma forma que a legislação brasileira buscou excepcionar, a mera detenção de poder ou fatia de mercado não é considerada ilegal no sistema norte-americano, desde que não seja acompanhada por uma conduta abusiva⁵¹⁰. Tal entendimento pode ser extraído do famoso caso *United States v. Aluminum Co. of*

⁵⁰⁷ QAQAYA, Hassan; LIPIMILE, George. *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082_en.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.p. 10.

⁵⁰⁸ FAGUNDES, Jorge. *Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas*. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

⁵⁰⁹ U.S DEPARTMENT OF JUSTICE. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Washington: U.S. Dep't of Justice, 2008.

⁵¹⁰ CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 826, 2005.

*America*⁵¹¹, em que a Suprema Corte Norte-Americana teve a oportunidade de expressar que o simples tamanho de uma empresa no mercado não gera responsabilidade, já que a posição dominante pode estar em conformidade com o espírito das leis antitruste.

Outro desdobramento pode ser retirado do caso da Microsoft⁵¹², que envolveu abuso de posição dominante e mercado tecnológico. Nesse caso, nas palavras de Christopher Yoo⁵¹³, estabeleceu-se que um monopolista não viola as leis antitruste simplesmente por desenvolver um produto que seja incompatível como o dos seus rivais. Dessa forma, a incompatibilidade só é problemática caso acompanhada de um acordo de exclusividade ou de um design técnico injustificável⁵¹⁴.

Em última análise, nos Estados Unidos da América, para fins de ilicitude, leva-se em consideração a racionalidade econômica e os impactos gerados ao processo competitivo e ao bem-estar dos consumidores e não dos concorrentes em específico. Ademais, não há a pretensão de reprimir a dominação de mercado fundada licitamente na maior eficiência do competidor.

Por sua vez, na União Europeia, o abuso de posição dominante está capitulado no artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Esse artigo dispõe que é incompatível com o mercado interno o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva sua posição dominante. Em adição, o artigo apresenta alguns exemplos de condutas que configuram o abuso, entre as quais, citam-se as seguintes: impor preços, limitar a produção ou a distribuição, aplicar condições desiguais a parceiros comerciais.

Na União Europeia, da mesma forma como visto anteriormente com relação ao Brasil e aos Estados Unidos da América, a posição dominante é uma condição necessária, mas não suficiente, para a configuração da infração⁵¹⁵. Com efeito, além do domínio do mercado é necessário que haja abuso, o qual possui duas categorias, quais sejam, o abuso exploratório, que é aquele em que a firma dominante retira vantagens excessivas do seu poder de mercado, e o abuso exclusionário, o qual visa dificultar ou

⁵¹¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Aluminum Co. of America*, 1964.

⁵¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the District of Columbia*. *United States v. Microsoft Corporation*, Julgado em 2002.

⁵¹³ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1156, 2012.

⁵¹⁴ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1156, 2012.

⁵¹⁵ LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008, p.7

restringir a concorrência efetiva, tanto dos atuais competidores, quanto dos potenciais⁵¹⁶.

Um dos casos que mais representa essa visão europeia foi o caso Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias⁵¹⁷, o qual versou sobre a celebração de contratos de exclusividade entre a La Roche e os compradores de vitaminas, os quais eram estimulados por meio de descontos de fidelidade. No caso, o Tribunal de Justiça definiu posição dominante como a situação que confere poder a uma empresa de impedir uma concorrência efetiva no mercado e de adotar um comportamento independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores.

Além desse, outro caso importante foi o denominado de Banana Chiquita, o qual envolveu as empresas United Brands Company/ United Brands Continental BV e a Comissão das Comunidades Europeias⁵¹⁸, decidido pelo então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, em 1978. O Tribunal, ao rever decisão da Comissão, entendeu que houve por parte da United Brands abuso de posição dominante implementado por meio de preços discriminatórios, cláusulas limitadoras de revenda e recusa de continuar o abastecimento. Segundo o Tribunal, tais condutas geraram uma séria alteração da concorrência no mercado das bananas em causa, permitindo que se mantivessem no comércio apenas as empresas dependentes da United Brands.

Adiciona-se que existem algumas peculiaridades que diferenciam o sistema europeu do norte-americano, o que rendeu ao primeiro a denominação de *gentlemen* e ao segundo a de *cowboy*⁵¹⁹. Isso porque na União Europeia há o policiamento das condutas das firmas dominantes; já nos Estados Unidos da América, o foco recai na prevenção da criação ou da manutenção de monopólios⁵²⁰.

Com efeito, diz-se que na aplicação da Seção 2 do Sherman Act não se reprimem as condutas de competição agressiva, pois seria esse tipo de competição que promove os

⁵¹⁶ LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008, p. 7.

⁵¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 13 de fevereiro de 1979.

⁵¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 14 de fevereiro de 1978.

⁵¹⁹ MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: College of Europe. Global Competition Law Centre, 2005.

⁵²⁰ MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: College of Europe. Global Competition Law Centre, 2005.

interesses dos consumidores, os quais a lei visa a promover.⁵²¹ Já no âmbito europeu, as grandes empresas não possuem o direito de serem assim tão livres, razão pela qual devem sempre se preocupar com a manutenção das suas rivais. Esses seriam os motivos para as denominações de *cowboys* e de *gentleman competitors*.⁵²²

Isto posto, em cotejo com as experiências norte-americana e europeia, pode-se dizer que o Brasil adota um sistema híbrido. Nesse sentido, há a repressão tanto das práticas que visem à dominação do mercado (no mesmo sentido que o sistema norte-americano), quanto das abusivas (assemelhando-se, nesse ponto, ao sistema europeu).

Avançando no objeto de pesquisa, já que agora restam pontuados os requisitos do abuso de posição dominante, verifica-se, dessarte, a necessidade de delimitação do mercado e do poder detido nesse quando da análise de uma conduta, como seria o caso daquela implementada por meio de uma negativa de portabilidade, matéria cerne dessa Tese. Essa delimitação é considerada, na técnica antitruste, uma condição *sine qua non* para configuração do ilícito, a fim de evitar a persecução de infrações impossíveis (em analogia aos “crimes” impossíveis)⁵²³.

Ocorre, no entanto, que definir o poder de mercado de um operador de dados pode ser tarefa muito difícil e até mesmo um desafio. O mercado relevante, por exemplo, de um fornecedor de serviços gratuitos na Internet não pode ser simploriamente calculado apenas com base no volume de dados acumulados em transações normais⁵²⁴.

Carol Conway⁵²⁵ pondera que o dinamismo dos e-mercados, fortemente orientados pela inovação coloca em xeque o reconhecimento da dominação de mercado feito pela teoria antitruste clássica. Assim, será necessária a utilização de outras análises

⁵²¹MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: College of Europe. Global Competition Law Centre, 2005.

⁵²²MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: College of Europe. Global Competition Law Centre, 2005.

⁵²³Defende-se que essa análise sempre se faz necessária, mesmo naqueles casos que versem sobre ilícitos *per se*, conforme expressou a Suprema Corte Norte Americana: (...) não há uma linha clara separando a análise *per se* da *rule of reason*, pois nos dois casos é necessária uma investigação sobre as condições de mercado (tradução livre). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Dental Assn v. FTC*, Julgado em 1999.

⁵²⁴EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 28.

⁵²⁵CONWAY, Carol Elizabeth. Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 257, 2015.

complementares, tendo em vista que a estrutura de mercado pode se alterar constante e rapidamente.

Na verdade, segundo narra Ana de Oliveira Frazão⁵²⁶, as análises concorrenciais acabam dando pouca atenção à questão da tecnologia, justamente pelas dificuldades inerentes à mensuração do fator inovação. Por tal razão, Bernardo Gouthier Macedo, Silvia Fagá de Almeida e Carolina Policarpo Garcia⁵²⁷ reclamam que a tutela antitruste seja mais cautelosa, a fim de que a sociedade possa se beneficiar dos ganhos trazidos pelo dinamismo do mercado digital.

Dessa maneira, é preciso criar técnicas de delimitação do mercado material que levam em conta até mesmo a convergência tecnológica, a qual é capaz de transformar produtos antes complementares em substitutos, a exemplo de dispositivos manuais que podem competir diretamente com notebooks e computadores *desktop*, o que não era imaginável 10 anos atrás. Já com relação à delimitação do mercado geográfico, esse pode inexistir para alguns serviços no mercado digital, como é o caso de um mecanismo de busca, email ou compartilhamento de documentos, os quais não são confinados a uma área particular ou a um país e, sim, homoganeamente disponíveis no mercado global online⁵²⁸.

Porém, sustenta-se que seria necessária uma interação entre as autoridades da concorrência, da proteção do consumidor e de dados, a fim de que juntas pudessem identificar cenários e desenvolver padrões na medição do poder de mercado em matéria de dados. Com um padrão definido, esse poderia passar a ser utilizado pelas três áreas, no desempenho dos seus respectivos misteres.

Marcela Mattiuzzo⁵²⁹ também aborda o problema da definição do mercado e do respectivo poder quando da análise das propagandas online. Para ela, seria melhor definir o mercado relevante como varejo de dados pessoais e não como mercado de plataforma de dois lados. A partir disso, há espaço para aplicação da doutrina da

⁵²⁶ FRAZÃO, Ana de Oliveira. A Análise de Eficiências em Atos de Concentração sob o Enfoque do Princípio Retributivo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 198, 2015.

⁵²⁷ MACEDO, Bernardo Gouthier; ALMEIDA, Silvia Fagá de; GARCIA, Carolina Policarpo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 108, 2015.

⁵²⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 28.

⁵²⁹ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 70.

Essential Facilities em matéria de dados pessoais.

Em acréscimo, Damien Geradin e Monika Kuschewsky⁵³⁰ sinalizam possíveis controvérsias quanto ao reconhecimento de uma infração à ordem econômica, tendo em vista a dificuldade de se sustentar a existência de um mercado de “dados”. Essa dificuldade de delimitar o mercado persistiria mesmo se adotado o precedente do caso Bronner⁵³¹, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que foi suficiente a existência de um mercado potencial ou hipotético⁵³².

De qualquer forma, sendo superada essa dificuldade inicial quanto à definição do mercado de dados, que ocorrerá com o tempo e com a cooperação entre diferentes autoridades regulatórias, há de se reconhecer que as normas da concorrência, a exemplo do artigo 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia e do artigo 36, inciso IV, da Lei 12.529/2011, podem permitir a portabilidade de dados facilitando um acesso mandatório a dados específicos.

Nesse caso, a conduta abusiva dirá respeito à capacidade de uma empresa deter poder de mercado em decorrência do conjunto de dados que seus concorrentes não podem alcançar. Trata-se da situação denominada de “*data advantage*”, a qual exigirá da autoridade da concorrência uma avaliação quanto à escassez dos dados ou à factibilidade de replicação desses, bem como se existe uma economia de escala ou escopo⁵³³.

Um caso envolvendo abuso dominante e a temática dos dados é o do Google AdWords, ao qual se atribui a imposição de restrições contratuais aos desenvolvedores de softwares, impedindo a oferta de ferramentas que possibilitem transferência contínua de campanhas publicitárias de busca nas plataformas dominantes do Google AdWords e outras plataformas de publicidade de pesquisa. Por meio de tal prática, anunciantes são impedidos de exportar dados para outras plataformas do Google ou de seus

⁵³⁰ GERADIN, Damien ; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088 . Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁵³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*. Julgado em 26 de novembro de 1998.

⁵³² GERADIN, Damien ; KUSCHEWSKY, Monika, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088 . Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁵³³ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

concorrentes⁵³⁴.

Em decorrência disso, a FTC investigou a conduta do Google, o qual se comprometeu a estimular a portabilidade de dados entre diferentes plataformas de busca, permitindo que os anunciantes produzam publicidades "one-size-fits-all". Todavia, tais compromissos foram criticados, especialmente pelo motivo de a FTC não ter consultado os agentes afetados pela prática do Google. Ademais, há dúvidas se os compromissos oferecidos pelo Google serão suficientes para assegurar a transferência de dados entre as plataformas publicitárias⁵³⁵⁻⁵³⁶⁻⁵³⁷.

Nesse ponto, é importante tecer a reflexão de que a portabilidade não diz respeito apenas aos dados pessoais, podendo envolver dados de agentes no mercado. Além disso, surge a indagação quanto à propriedade dos dados: seriam esses dos anunciantes ou do Google? Pois sendo dos anunciantes, esses teriam o direito de retirá-los e exportá-los a um outro sistema⁵³⁸.

Em última análise, partindo de uma visão antitruste, a negativa de portabilidade de dados não deve ser um ilícito pelo objeto, nem ser tratada como tudo-ou-nada⁵³⁹, já que tal situação poderia reduzir o bem-estar do consumidor, ao sancionar condutas que são mais eficientes e decorrentes do próprio jogo do mercado⁵⁴⁰. Poderá, no entanto, ser considerada como uma infração à ordem econômica e, por conseguinte, ser exigido o compartilhamento das bases de dados quando essa for a única forma de se viabilizar

⁵³⁴ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁵³⁵ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

⁵³⁶ Marcela Mattiuzzo comenta que o encerramento da investigação pela FTC se deu sem uma resposta satisfatória a questões de portabilidade de dados que surgiram ao longo dos anos, o que fez com que fosse criticada por diversas empresas, inclusive a Microsoft. Esse é um tópico relevante que deveria estar na agenda das autoridades concorrenciais. MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 54.

⁵³⁷ Como já citado anteriormente, a mesma questão está sendo apreciada no Brasil pelo CADE, no Processo Administrativo n.º 08700.005694/2013-19.

⁵³⁸ MATTIUZZO, Marcela. *Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste*. Brasília: Prêmio SEAE, 2014, p. 54.

⁵³⁹ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁴⁰ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 350, 2013.

uma concorrência, seja porque não é possível acessar os dados, seja porque não é possível replicá-los.

No que toca ao compartilhamento das bases de dados a um concorrente específico ou a vários desses, há uma ressalva a ser feita, a título de proteção dos indivíduos no que pertine aos seus dados pessoais. Quando o remédio antitruste adotado pelo órgão de concorrência abranger o compartilhamento de bases de dados que incluem dados pessoais, algumas salvaguardas à luz do princípio da minimização dos dados devem ser adotadas⁵⁴¹.

Esse princípio determina que apenas sejam compartilhadas informações pessoais que sejam estritamente necessárias ao cumprimento de uma medida específica, que, no tema em apreço, seria viabilizar a concorrência. Dessa forma, as autoridades concorrenciais devem optar por exigir o compartilhamento de dados apenas em *ultima ratio* e somente com relação às informações indispensáveis à finalidade buscada⁵⁴².

Se for possível, a autoridade antitruste deve tentar aplicar medidas alternativas para cessar os efeitos de uma conduta anticompetitiva de recusa de acesso ou abuso de posição dominante. Essas alternativas poderão ser construídas com apoio dos órgãos especializados em matéria de proteção de dados, por meio de uma legítima atividade cooperativa.

A Autoridade Europeia de Proteção de Dados⁵⁴³ sugere alguns remédios alternativos aos órgãos de defesa da concorrência, que seriam os seguintes: (i) determinar que o agente passe a oferecer serviços pagos que minimizem a coleta e a retenção de informações pessoais; (ii) aplicar um limite proporcional de retenção de dados; (iii) oportunizar que os consumidores voluntariamente implementem a portabilidade, possibilitando que esses extraiam seus dados e portem-nos a outros serviços.

Por fim, a defesa da concorrência não é suficiente para a promoção dos fins

⁵⁴¹ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 32.

⁵⁴² EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 32.

⁵⁴³ EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017, p. 32.

visados com a portabilidade. Como visto, a negativa de portabilidade pode ser prejudicial aos consumidores e aos cidadãos e mesmo assim não ser considerada um ilícito anticoncorrencial, especialmente se não houver abuso de posição dominante ou acesso indispensável aos dados.

Christopher Yoo⁵⁴⁴ complementa, ademais, citando os casos LiveUniverse⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶ e Power Ventures (esse último já comentado anteriormente), que o fato de uma rede social se recusar a negociar com um rival, desenvolver um website que seja incompatível com o dos concorrentes ou negar a portabilidade de dados é, como regra, insusceptível de configurar uma infração antitruste, tendo como base os precedentes norte-americanos.

Outro ponto negativo de só existir a regulação *ex post* para o mercado de dados (ou seja, apenas normas da concorrência) é que talvez não seja possível aferir os custos de uma eliminação da concorrência. Tal afirmação de Mark Lemley e Lawrence Lessig⁵⁴⁷, muito embora diga respeito ao mercado de provedores de Internet, pode ser aplicada por analogia aos dados.

Portanto, conclui-se que ao lado da defesa da concorrência, deve haver regulação, ou seja, é necessário que exista tanto regulação *ex ante*, quanto *ex post*. 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 das 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

⁵⁴⁴ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1160, 2012.

⁵⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *LiveUniverse Inc. V. Myspace Inc.* Julgado em 2008.

⁵⁴⁶ O caso LiveUniverse, Inc. v. MySpace Inc. versa sobre a reclamação do Livre Universe de que o Myspace teria se recusado a contratar ao impedir que os seus usuários visualizassem os vídeos criados por meio dos serviços do LiveUniverse, ou que esses vídeos fossem compartilhados no MySpace. A corte entendeu que nunca houve qualquer negociação entre Live Universe e o Myspace e muito menos qualquer recusa ou término repentino de contrato. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. 2008 Annual Review of Antitrust Law Developments. Chicago: ABA Book Publishing, 2009, p. 47.

⁵⁴⁷ LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. *U.C. Berkeley Law and Economics School of Law*, Working Paper No. 207, p.968, 2000.

ser suficiente e sequer efetiva no sentido de identificar os custos decorrentes da eliminação da concorrência.

Posto isso, o próximo passo da Tese é justamente abordar uma proposta de regulação *ex ante*. Tal abordagem será feita na Parte II,B.

B. PORTABILIDADE POR MEIO DA REGULAÇÃO

Na Parte II, A, foi possível chegar à conclusão de que as normas da concorrência podem incidir sobre situações fáticas que envolvem a portabilidade de dados. No entanto, viu-se que essa possibilidade, muito embora de extrema importância, não é autossuficiente no que toca à proteção integral dos indivíduos e dos consumidores.

Por tal razão, sustenta-se a necessidade da aplicação adicional de normas regulatórias *ex ante*, que concebam a portabilidade de dados como um direito dos indivíduos independentemente da potencialidade de uma negativa produzir ou não efeitos prejudiciais à concorrência.

Resta agora analisar como essa regulação *ex ante* poderá ser formulada e implementada. Para tanto, na Parte B.1 será visualizada a portabilidade de dados inserida numa regulação geral de proteção de dados e, na Parte B.2, a portabilidade de dados na proteção dos consumidores.

B.1 Regulação Geral de Proteção de Dados

Como sustentado na Parte I, A, dessa Tese, a proteção aos dados pessoais, como uma dimensão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, é um direito fundamental, atrelado à personalidade e não um mero direito de propriedade⁵⁴⁸. A portabilidade integra esse núcleo de proteção aos dados pessoais, por todos os fundamentos sustentados e defendidos na Parte I, B, servido, pois, como uma garantia de efetividade desse direito.

Além disso, a portabilidade pode ser vista como a concretização da proteção ao consumidor, direito fundamental estabelecido no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Foi a situação vista na Parte I, B, e que também será explorada na Parte II, B.

Sendo assim, o estado de coisa promovido pela portabilidade não pode restar adstrito à esfera da discricionariedade do poder público, entendido esse da sua forma mais ampla, Legislativo, Executivo ou Judiciário. Pelo contrário, há uma vinculação (um dever), em vista da dimensão objetiva do direito fundamental em tela.

Clèmerson Merlin Clève⁵⁴⁹ explica que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais compreende o compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, no sentido de prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais. A dimensão também atinge o Judiciário, que realizará a filtragem constitucional, isto é, a releitura do direito infra-constitucional à luz dos preceitos constitucionais⁵⁵⁰.

Essa filtragem tem por base a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a qual também demanda do Estado o dever de agir. Esse dever diz respeito à instituição e à implementação das políticas públicas, que incluem também uma adequação institucional.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124 e 171.

⁵⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, p. 31, Jan / 2006.

⁵⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, p. 31, Jan / 2006.

⁵⁵¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476f. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio

Nessa senda, a portabilidade, inserida em um contexto regulatório como desdobramento da eficácia objetiva, serve para estabelecer uma pluralidade de escolhas, permitindo a garantia institucional da concorrência⁵⁵², a qual poderia restar afetada com uma regulação *ex post* intempestiva. Dessa forma e como se mostrou na parte II, A, a defesa da concorrência pode não ser suficiente para tutelar o acesso a mercados em que haja utilidades consideradas essenciais e que sejam detidas por empresas com demasiado poder de mercado.

Dessa conclusão, emerge a necessidade de uma regulação específica, sem prejuízo de uma atuação complementar da concorrência, em matéria de portabilidade. Essa atuação concorrencial mais do que complementar, em certos casos, será exclusiva, pois abarcará dados não abrangidos pela regulação, como é o caso dos dados de um fornecedor ou de uma pessoa jurídica.

Essa atuação complementar⁵⁵³ possui mais alguns pontos positivos que merecem ser destacados. O primeiro é que os agentes reguladores possuem uma maior especialização que as autoridades da concorrência. O segundo, é que o órgão da concorrência exatamente por não ser tão especializado e próximo dos agentes econômicos, evita de uma forma mais reforçada a parcialidade e o risco da captura⁵⁵⁴, o qual é bastante factível na regulação.

Diferenciando a atuação de cada uma dessas esferas de intervenção estatal, é possível verificar que a regulação lida com um fluxo enorme e contínuo de informações, ao passo que a intervenção concorrencial utiliza informações mais casuísticas, obtidas em geral por meio dos interessados, tais como, concorrentes, fornecedores, consumidores. As agências reguladoras dão preferência a soluções comportamentais, já

de Janeiro, 2010, p. 71.

⁵⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁵⁵³ Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas enfatizam que a interação entre as agências regulatórias e as de defesa da concorrência é indispensável para o processo de modernização da economia. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

⁵⁵⁴ A teoria da captura foi desenvolvida por George Stigler, o qual sustenta que as agências reguladoras ficam sujeitas à "captura" pelas empresas que elas regulam, de maneira a adotar medidas e políticas em benefício dessas empresas, deixando de observar outros interesses em jogo. Em razão disso, as empresas reguladas, no lugar de empregarem seus recursos para melhorar seus produtos ou serviços, acabam investindo capital para exercer pressão frente aos reguladores no intuito de alcançarem seus almejos. STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, No. 1, p. 3-21, Spring, 1971.

as autoridades da concorrência são mais inclinadas a soluções estruturais.⁵⁵⁵

Um ponto importante a ser destacado é que apesar da regulação ser uma forma intervencionista na economia, ela não versa só sobre questões estritamente econômicas, como preço e oferta. Pode a regulação dizer respeito a questões técnicas de padrões ou metas a serem observadas pelos agentes econômicos⁵⁵⁶, como deverá ocorrer com a regulação dos dados pessoais, que deve abarcar padrões para a preservação da privacidade e direitos aos titulares de dados, como é o direito de portabilidade.

Pois bem, a implementação da portabilidade de dados por meio da concorrência já foi visualizada e desdobrada. Agora, cabe analisar a portabilidade em um modelo regulatório.

Visualiza-se que esse modelo regulatório possa se dar de uma maneira geral ou específica, como é o caso do direito do consumidor. A proposta da Tese é justamente analisar os desdobramentos dessas duas hipóteses, iniciando pela geral, e, após, abordando a específica em matéria de direito do consumidor.

Ao invés de criar um modelo teórico e hipotético da portabilidade, prefere-se analisar um modelo já existente, que entrará em vigor no presente ano de 2018. Trata-se da portabilidade adotada pela União Europeia no contexto do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGDP), o qual foi apresentado e introduzido na parte I, A, da Tese. Após, será analisado como a portabilidade poderia ser inserida em uma regulação geral de proteção de dados no Brasil, inclusive incorporando acertos da experiência unional e buscando avançar nas partes mais frágeis dessa, se já for possível identificá-las.

A título informativo, outras jurisdições estão também adotando uma regulação geral que contenha o direito à portabilidade de dados, como é o caso da Filipinas. A Argentina está em vias de implementar tal direito, com um projeto ainda em andamento⁵⁵⁷.

Posto isso, passa-se à análise do direito à portabilidade no Regulamento Geral

⁵⁵⁵ SAMPAIO, Patricia. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

⁵⁵⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

⁵⁵⁷ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

de Proteção de Dados Europeu (RGPD)⁵⁵⁸. Esse está previsto no artigo 20 do mencionado Regulamento, que assim prevê:

Artigo 20.º Direito de portabilidade dos dados 1. O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se: a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6.º, n.º 1, alínea b); e b) O tratamento for realizado por meios automatizados. 2. Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n.º 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível. 3. O exercício do direito a que se refere o n.º 1 do presente artigo aplica-se sem prejuízo do artigo 17º. Esse direito não se aplica ao tratamento necessário para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. 4. O direito a que se refere o n.º 1 não prejudica os direitos e as liberdades de terceiros.

Inicia-se mencionando como funciona a portabilidade, que é da seguinte forma: um indivíduo solicita a um controlador que apague seus dados pessoais e na sequência porta esses dados “em suas próprias mãos”⁵⁵⁹. Ou seja, o indivíduo receberá os seus

⁵⁵⁸ O RGPD possui o seguinte âmbito de aplicação, nos termos do seu artigo 2º: 1.O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados. 2. O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais: a) Efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União; b) Efetuado pelos Estados-Membros no exercício de atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação do título V, capítulo 2, do TUE; c) Efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas; d) Efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública. 3.O Regulamento (CE) n.o 45/2001 aplica-se ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos, organismos ou agências da União. O Regulamento (CE) n.o 45/2001, bem como outros atos jurídicos da União aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, são adaptados aos princípios e regras do presente regulamento nos termos previstos no artigo 98.o. 4.O presente regulamento não prejudica a aplicação da Diretiva 2000/31/CE, nomeadamente as normas em matéria de responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços previstas nos seus artigos 12.o a 15.o.

⁵⁵⁹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: [http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

dados e com isso poderá manter consigo os dados ou utilizá-los em uma nova relação comercial, pessoal, social ou de consumo.

A primeira possibilidade da portabilidade de dados, e a mais simples delas, seria o mero download pelo próprio usuário de seus dados para, querendo, transferir a outro fornecedor⁵⁶⁰. Em segundo lugar, e desde que seja tecnicamente possível, o titular dos dados tem o direito de que os seus dados sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento.

Dessa forma, o direito à portabilidade, como um consectário da proteção de dados que é direcionada a pessoas físicas⁵⁶¹, pode ser resumido por meio de três diferentes componentes, como apresentam Paul Hert *et al.*⁵⁶²: (i) o direito de receber os dados pessoais que foram fornecidos pelo titular desses; (ii) o direito de transmissão desses dados a outro controlador, sem quaisquer obstáculos; e (iii) o direito de ter os dados transmitidos diretamente de um controlador a outro. Esse direito, deve-se afirmar, é titularizado pela pessoa física.

Na portabilidade estão incluídos todos os dados pessoais identificados ou identificáveis. Não estariam abrangidos na portabilidade, todavia, os dados anônimos, já que o RGPD não se aplica a eles tendo em vista o considerando número 26, nem àqueles dados que foram tratados sem que houvesse a exigência de identificação do titular dos dados por parte do responsável pelo tratamento, exceto se for possível identificá-lo, com o fornecimento de informações adicionais (artigo 11 do Regulamento)

⁵⁶³

Nessa esteira, existe uma zona cinzenta com relação à pseudomização, que é o processamento dos dados pessoais de maneira que esses não possam mais ser atribuídos

⁵⁶⁰ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 3, p. 342, 2013.

⁵⁶¹ VEGA, José Antonio. Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores. Madrid: Editora Reus, 2005, p. 370.

⁵⁶² HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁶³ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <[http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

a um indivíduo específico sem o uso de informações adicionais⁵⁶⁴. Para o International Association of Privacy Professionals⁵⁶⁵, os dados pseudomizados estariam abrangidos na portabilidade.

O dever de entregar os dados aos indivíduos possuidores desses, conforme se depreende do RGPD, não está limitado às redes sociais, se aplicando aos serviços de armazenamento em nuvem, serviços de web, sistemas de smartphones e qualquer outro sistema automatizado de processamento de dados. Como consequência, o direito de portabilidade de dados será aplicado a uma ampla variedade de áreas, nos mais diferentes mercados, como financeiro, farmacêutico, de transporte aéreo, etc.

Também se aplicará a negócios e agentes pequenos, como vendedores de pizza ou serviços personalizados, se esses forem controladores de dados⁵⁶⁶, cujo tratamento seja realizado por meios automatizados⁵⁶⁷. Aqui surge uma crítica inicial ao RGPD no sentido de que a observância das regras de portabilidade possa se tornar um ônus muito grande para as pequenas empresas⁵⁶⁸, o que gerará um desestímulo de entrada e também de permanência no mercado. Ao longo prazo, isso poderá ensejar concentração de poder de mercado na mão de grandes empresas, resultado contraditório para um direito que

⁵⁶⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁵⁶⁵ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁵⁶⁶ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁶⁷ Impende destacar que o RGPD destina-se, de forma geral e como regra, ao tratamento automatizado de dados pessoais, ficando de fora, pois, registros em papel. (INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.) Todavia, haverá incidência da portabilidade mesmo quando a coleta for manual, se os dados pessoais forem destinados ou estiverem contidos em sistemas de arquivos, conforme previsto nos considerandos do Regulamento.

⁵⁶⁸ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

busca reduzir o *lock-in* e promover a concorrência.

Tal preocupação com as pequenas empresas também é expressada por Paul Hert *et al.*⁵⁶⁹ e Aysem Diiker Vanberg e Mehmet Ünver⁵⁷⁰. Como solução a esse possível impasse, interessante ponderação é apresentada por Paul Hert *et al.*⁵⁷¹: se os custos para cumprir com a obrigação de portabilidade forem tão pesados a ponto de ameaçar o direito de conduzir um negócio, é possível aplicar a cláusula de balanço estabelecida no item 4 do artigo 20 do RGPD, a qual prevê que o direito da portabilidade não deva prejudicar os direitos e as liberdades de terceiros.

Quanto à abrangência da portabilidade, é preciso introduzir, preliminarmente, que esse ponto é um dos mais divergentes em matéria não só da portabilidade, mas do RGPD de maneira geral. A controvérsia pode ser delimitada da seguinte forma: a portabilidade é restrita apenas aos dados pessoais diretamente informados e comunicados pelos indivíduos⁵⁷²?

Inge Graef⁵⁷³ sustenta que o direito da portabilidade só se aplica à transferência de dados pessoais. Tudo que não for dados pessoais ficará fora do escopo do novo direito, bem como aqueles dados que não tenham sido fornecidos pelo indivíduo.

Assim, o RGPD limitou a abrangência da portabilidade aos dados pessoais fornecidos, o que representa significativa mudança do texto final com relação ao projeto inicial. Esse era muito amplo, abarcando no âmbito de proteção quaisquer "dados em processamento".⁵⁷⁴

Tendo o RGPD limitado a portabilidade aos "dados pessoais fornecidos", cabe

⁵⁶⁹ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷⁰ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁷¹ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY . *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p. 3.

⁵⁷³ GRAEF, Inge. *Data Portability at the Crossroads of Data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p. 3.

⁵⁷⁴ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

verificar como pode ser interpretado o termo “fornecidos”, o que pode se dar de duas formas, uma restritiva e outra extensiva, segundo Paul Hert *et al.*⁵⁷⁵. De acordo com a restritiva, dados fornecidos seriam apenas aqueles que foram explicitamente fornecidos por escrito ou outra forma explícita, como é o caso do preenchimento de um formulário ou a resposta a algumas perguntas.

Já na interpretação extensiva, dados fornecidos significam quaisquer dados que os controladores coletaram por meio do consento ou nos interesses legítimos de execução de um contrato, como seria o caso do GPS, dos cookies, das preferências, etc.⁵⁷⁶ Nessa linha, dados fornecidos incluiriam dados observados pelo controlador (como localização, por exemplo), desde que esses dados não sejam resultado de qualquer atividade do controlador, seja essa intelectual, econômica ou científica (a exemplo dos resultados decorrentes dos algoritmos).

Para Paul Hert *et al.*⁵⁷⁷, a interpretação a ser adotada deveria ser a restritiva, já que o RGPD foi claro ao estabelecer o termo “fornecido”, manifestando a intenção de abarcar atividades ativas do sujeito protegido: fornecer é uma atividade ativa diferente de simplesmente aceitar que alguém colete os seus dados, que é uma atividade passiva.

Em adição, Paul Hert *et al.*⁵⁷⁸ colocam que, quando o RGPD desejou tratar de situações passivas que poderão ser interpretadas de maneira expansiva, ele mencionou o termo “dados coletados do sujeito”, como é o caso do artigo 15. A grande diferença é que dados coletados podem se referir tanto aos dados fornecidos quanto aos dados observados.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷⁶ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷⁷ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷⁸ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁷⁹ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International*

Um outro argumento apresentado por Paul Hert *et al.*⁵⁸⁰ a favor interpretação restritiva, agora de ordem consequencialista, é que seria inviável a um controlador cumprir a obrigação da portabilidade se essa abrangesse quaisquer dados pertencentes ao indivíduo coletados ao longo de uma relação, como metadata, localização, etc. Isso seria um ônus insuportável a certos fornecedores.

Nessa senda, com uma interpretação restritiva também estariam de fora da portabilidade os dados decorrentes de inferências. Nas *guidelines* do grupo de trabalho da Comissão Europeia⁵⁸¹, está estabelecido que os dados inferidos não pertencem ao indivíduo, mas sim ao sistema que gerou os dados⁵⁸².

Apesar, portanto, da interpretação restritiva ser a mais indicada segundo Paul Hert *et al.*⁵⁸³, há uma consequência a nível de proteção decorrente dessa. Considerando o aumento do uso de tecnologias intrusivas de coleta de dados, os agentes econômicos podem passar a dispensar o fornecimento de dados pelos usuários. Com isso, quase que todos os dados obtidos no mercado passarão a ser dados observados⁵⁸⁴.

Sendo dados observados, esses não estarão submetidos à portabilidade de dados. Assim, surge mais uma janela de oportunidade para a aplicação complementar da lei de concorrência, que poderá contornar problemas de recusa de fornecimento de dados, necessários para o desenvolvimento de outros serviços ou produtos.

Além disso, surge a dificuldade na identificação se os dados são dos usuários ou se provenientes da atividade do agente econômico. A esse respeito, Peter Swire e Yianni

Journal of Technology Law and Practice, 2017.

⁵⁸⁰ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁸¹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY . *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016.

⁵⁸² INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: [http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf). Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁵⁸³ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁸⁴ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINOU, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

Lagos⁵⁸⁵ comentam que uma grande porção de dados é proveniente da combinação dessas duas fontes: usuário e atividade do fornecedor.

Ainda, com relação ao objeto da portabilidade, destaca-se que essa não é admitida quando abranger dados de terceiras pessoas, exceto com o consentimento dessas. Paul Hert *et al.*⁵⁸⁶ menciona, todavia, que essa interpretação não deve ser tida como absoluta, uma vez que os dados de diferentes pessoas muitas vezes são inseparáveis.

Assim, e desde que não haja um prejuízo adverso aos direitos e liberdades de terceiro, poderá a portabilidade abranger dados de um terceiro, excepcionalmente. Recomenda-se que os controladores de dados colem e processem os dados pessoais de cada indivíduo separadamente e não de forma agregada, sempre que isso for possível.

Em adição às problemáticas relatadas acima, surge a dúvida em saber se os dados coletados sem o consentimento do seu titular estarão ou não abrangidos pelo direito da portabilidade. Para Bárbara Engels⁵⁸⁷, o direito de portabilidade se aplica apenas quando o processamento esteve originalmente baseado no consenso do usuário ou como decorrência da execução contratual.⁵⁸⁸⁻⁵⁸⁹ Nesse caso, se a condição for simplesmente o consentimento, dados referentes aos cookies e ao GPS também estarão englobados na portabilidade, como defendem Aysem Diiker Vanberg e Mehmet Ünver⁵⁹⁰.

Nesse diapasão, surge uma dúvida pertinente: e no caso de um particular ser vendedor em uma plataforma online, como o Mercado Livre, ele terá direito de portar o seu *feedback* nas vendas ou o seu *score*? E os depoimentos dos compradores?

⁵⁸⁵ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 3, p. 347, 2013.

⁵⁸⁶ HERT, Paul; PPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁸⁷ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

⁵⁸⁸ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

⁵⁸⁹ No entanto, parece violar a boa-fé objetiva que dados não consentidos fiquem de fora da portabilidade, uma vez que além de o responsável pelo tratamento de dados violar as normas de proteção de dados que exigem o consentimento, ele será dispensado de cumprir com uma obrigação a todos imposta.

⁵⁹⁰ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

No entendimento de Inge Graef⁵⁹¹, não há um posicionamento claro sobre isso até o momento. Se adotada uma interpretação estrita da portabilidade, esses dados não estariam abrangidos na expressão “dados fornecidos” pelo titular. Destarte, também não estariam abrangidos os dados gerados pelo fornecedor para fins estatísticos e analíticos de reputação online⁵⁹².

Aysem Diiker Vanberg e Mehmet Ünver⁵⁹³ advertem os prejuízos que uma interpretação restritiva pode gerar. Isso por que a reputação e os *ratings* são extremamente importantes para um vendedor, e caso ele não possa levar tais informações, ocorrerá o efeito *lock-in*, deixando, assim, a portabilidade de produzir os seus necessários efeitos.

A esse respeito, complementa Gabriela Zanfir⁵⁹⁴ que um vendedor de longo prazo no eBay, por exemplo, tem uma reputação construída cuidadosamente. Se há uma troca do eBay a um novo *marketplace* entrante, esse vendedor passa a ser *newbie*, o que pode lhe gerar perda de clientela. Para a autora, a reputação e a identidade de um vendedor constituem fragmentos da personalidade, devendo estar abarcados pela portabilidade.

Em razão de tais pontos de vulnerabilidade, Aysem Diiker Vanberg e Mehmet Ünver⁵⁹⁵ advertem serem necessárias uma melhor clarificação e reflexão sobre a interpretação do artigo 20 do RGPD. Nesse sentido, uma interpretação muito restrita pode resultar em menos benefícios aos indivíduos, e, quando se está lidando com direitos humanos no campo tecnológico, sempre deve prevalecer a interpretação mais favorável aos indivíduos.⁵⁹⁶

Uma outra exceção ao direito da portabilidade está previsto no parágrafo 3º do

⁵⁹¹ GRAEF, Inge. *Data Portability at the Crossroads of Data Protection and Competition Policy*. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni, 2016, p. 3.

⁵⁹² DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁹³ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁹⁴ ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, p.4, 2012.

⁵⁹⁵ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

⁵⁹⁶ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

artigo 20 do RGPD, que determina que não será aplicada a portabilidade ao processamento de dados necessários a execução de funções desempenhadas no interesse público ou no exercício de uma autoridade oficial. Com isso, restam de fora os dados utilizados em propósito do interesse público⁵⁹⁷, a exemplo de instituições financeiras que coletam dados para fins de detectar lavagem de dinheiro.⁵⁹⁸

A portabilidade deve ser realizada em um formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática. Na proposta originária, constava que o formato deveria ser “eletrônico, estruturado e de uso corrente, a fim de estar disponível a futuros usuários”. Como na versão aprovada restou apenas o requisito do formato ser de leitura automatizada, é possível verificar que os *standards* foram estabelecidos no mínimo de exigência.⁵⁹⁹

Bárbara Engels⁶⁰⁰ critica que a utilização desse *standard* possa gerar uniformidade e, como consequência, a utilização de uma única tecnologia por um longo período de tempo. Isso pode acarretar ineficiência, ao eleger um formato comum em detrimento da inovação e do desenvolvimento de novas formas de formatação e de manejo de dados.

Sempre que tecnicamente for possível, o titular dos dados pode solicitar que os dados sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento. Isso não significa, todavia, a exigência de interoperabilidade entre os sistemas⁶⁰¹.

A esse respeito, o RGPD no considerando 68 apenas estimula e encoraja que os responsáveis pelo tratamento de dados desenvolvam formatos interoperáveis que permitam a portabilidade dos dados. Não há a imposição cogente da adoção ou

⁵⁹⁷ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁵⁹⁸ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <[http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁵⁹⁹ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶⁰⁰ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

⁶⁰¹ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

manutenção de sistemas de tratamento que sejam tecnicamente compatíveis.

Dessa forma, não é possível confundir portabilidade com interoperabilidade. Interoperabilidade é algo muito mais complexo e abrangente. A interoperabilidade entre redes sociais, por exemplo, seria a possibilidade de usuários de diferentes redes poderem comunicar-se entre si, muito embora um seja usuário do Facebook e outro do Orkut. Já a portabilidade, por exemplo, permite que um usuário remova seus arquivos de um serviço de nuvem de um concorrente para outro.

Apesar de inexistir a obrigatoriedade de interoperabilidade no RGPD, Paul Hert *et al.*⁶⁰² sugerem que deveria existir esse direito. Conforme os autores, a verdadeira intenção do Regulamento não seria uma mera transferência direta entre um controlador a outro, mas sim um desenvolvimento de uma sólida interconexão entre diferentes serviços digitais, fomentando assim um sistema *user-centred*.⁶⁰³

Como não há a necessidade da compatibilidade total entre os serviços, se aparecerem barreiras técnicas quando da execução de uma portabilidade, o controlador deverá explicar essas barreiras ao indivíduo requerente de maneira inteligível e clara⁶⁰⁴. Para que não haja uma frustração dos objetivos da portabilidade, e diante da ausência de uma especificação do formato eletrônico necessário pela autoridade competente, a colaboração entre os agentes se torna indispensável⁶⁰⁵.

Cabe destacar, portanto, que o RGPD proporciona certa flexibilidade na implementação da portabilidade, possibilitando o desenvolvimento de *standards* e uma autorregulação. Essa flexibilidade não impede que a Comissão Europeia venha a impor regras mais rigorosas caso haja mora e negligência por parte das empresas em

⁶⁰² HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶⁰³ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶⁰⁴ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <[http://alicloud-common.oss-ap-southeast-](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)

[1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf](http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf)>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁶⁰⁵ DIKER VANBERG, Aysem; ÜNVER, Mehmet. The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?. *European Journal of Law and Technology*, Vol 8, No 1, 2017.

desenvolver seus códigos de conduta em um tempo razoável⁶⁰⁶.

Um ponto positivo desse estímulo à portabilidade trazido pelo RGPD é a criação de um novo mercado, nomeadamente o de serviços complementares que promovam a compatibilidade entre diferentes interfaces. Desse modo, mais uma vez se evidencia como a portabilidade estimula a livre iniciativa, não ficando limitada à proteção do direito individual do titular dos dados.

Esse estímulo à compatibilidade e à interoperabilidade não é novo e pode ser encontrado em precedentes nos Estados Unidos da América, como no caso *Lotus Development Corp. v. Borland International*⁶⁰⁷, citado por Peter Swire e Yianni Lagos⁶⁰⁸. Nesse caso, a Corte decidiu que a empresa Lotus não poderia usar sua proteção de copyright para impedir a criação de programas de concorrentes que possibilitassem interoperabilidade.⁶⁰⁹

Na União Europeia, há previsão bem similar com o precedente norte-americano. Trata-se de Diretiva de 1991 sobre Programas de Computador, a qual traz uma exceção ao copyright, permitindo que terceiras empresas observem, estudem e copiem um programa de outra quando isso seja necessário para atingir a interoperabilidade dos programas⁶¹⁰.

Ainda sobre questões envolvendo propriedade intelectual, mas em outro enfoque que não o da interoperabilidade, é possível que o direito de portabilidade entre em conflito com outros direitos, como o de segredo industrial ou de proteção de criações intelectuais. Outro problema que pode emergir refere-se ao direito de privacidade de terceiros, quando, por exemplo, um deseja portar uma foto em que várias pessoas apareçam nela.⁶¹¹ Nesse caso, se aplicaria a cláusula de balanço prevista no §4º do

⁶⁰⁶ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

⁶⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals for the First Circuit. *Lotus Development Corp. v. Borland International*. Julgado em 1995.

⁶⁰⁸ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 340, 2013.

⁶⁰⁹ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 377, 2013.

⁶¹⁰ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 377, 2013.

⁶¹¹ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 3, p. 349, 2013.

artigo 20 (direitos e liberdade dos outros), não para garantir que o direito dos outros prevaleça de forma absoluta em relação à portabilidade, mas sim para que haja uma aferição no caso concreto, à luz de suas peculiaridades.⁶¹²

Deve-se ressaltar que a aplicação dessa cláusula não deve ocorrer em qualquer caso de possível dano aos direitos dos outros, mas sim quando a portabilidade os afete de forma adversa, isto é, de maneira injustificada ou ilegítima. Isso reclama, dessarte, um *case-by-case approach*.⁶¹³

Como se sabe, não é possível atribuir prevalência absoluta a certos valores em abstrato⁶¹⁴, pois isso só ocorre na situação concreta, muito embora possa ser dado maior peso a certos direitos, como é o caso do direito à vida. Esse tem maior peso abstratamente, mas na prática pode ser afastado, a título de exemplo, para se permitir a prática de esportes que coloquem em risco o cerne desse direito, como é o caso do paraquedismo ou do montanhismo⁶¹⁵.

A partir dessa orientação, é possível atribuir alguns pesos em abstrato a certas situações que possam entrar em conflito com a portabilidade, o que não quer dizer, portanto, que essas situações sempre prevalecerão, já que isso só pode ser decidido no caso concreto. Paul Hert *et al.*⁶¹⁶ atribuem peso maior às seguintes situações: (i) o direito ao esquecimento, (ii) os direitos e liberdades de outros, quando esses forem adversamente afetados, e (iii) o interesse público⁶¹⁷.

Em última análise, esses seriam os pontos principais de análise da portabilidade de dados inserida em um contexto regulatório da União Europeia. Essa regulação até o

⁶¹² HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶¹³ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 2002, p. 105.

⁶¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: *Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 329.

⁶¹⁶ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

⁶¹⁷ HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2017.

momento não entrou em prática, o que ocorrerá logo em breve, no presente ano de 2018.

Por isso, ainda não é possível tecer considerações e implicações práticas do direito da portabilidade. De qualquer forma, esse já é considerado uma das maiores inovações, mas também um dos maiores desafios ao mercado⁶¹⁸.

Uma sensibilidade da portabilidade que merece mais atenção diz respeito aos riscos que a portabilidade possa causar, ainda que de forma indireta, à privacidade. Uma vez que os dados se tornam completamente portáveis, é muito fácil evadir quaisquer restrições de privacidade existentes naquele fornecedor originário, a quem foi solicitada a portabilidade.

Nesse caso, basta transferir os dados a uma nova plataforma, que as antigas regras e políticas não precisam mais ser observadas.⁶¹⁹ Além disso, pode haver fraudes na identificação dos usuários que permitiriam a um *hacker* facilmente portar os dados entre várias plataformas⁶²⁰.

Essa e várias outras preocupações só poderão ser mais bem enfrentadas com o próprio início da aplicação do direito à portabilidade, o que permitirá uma investigação real e simultânea do fenômeno. De qualquer forma, já se faz o alerta de que qualquer instituto na área de portabilidade de dados deve ser implementado ao lado de políticas de segurança. É preciso desenvolver também mecanismos que permitam o bloqueio do acesso aos dados por aqueles que não têm direito a obtê-los⁶²¹.

Com relação ao Brasil, pode-se afirmar que, como visto na Parte II, A, a portabilidade não consegue produzir todos os seus benefícios se for apenas endereçada pela concorrência. Em razão disso, defende-se que é importante que o país adote a portabilidade também em um contexto regulatório.

Sugere-se que a portabilidade seja endereçada em um marco regulatório geral de proteção de dados e também na proteção dos consumidores, já que essas políticas terão escopo e destinatários diversos, muito embora em algumas situações essas possam coincidir. Quanto ao escopo e ao destinatário do direito da portabilidade dentro de um

⁶¹⁸ BOARDMAN, Ruth; MOLE, Ariane; MALDOFF, Gabe. *The Article 29 Working Party Issues Final Guidelines on the right to data portability*. Disponível em: <<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/article-29-working-party-issues-final-guidelines-on-the-right-to-data-portability>>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

⁶¹⁹ YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1155, 2012.

⁶²⁰ ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

⁶²¹ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 375, 2013.

contexto de tutela do consumidor, tais especificidades serão analisadas posteriormente na Parte B.2 da Tese.

Com relação à portabilidade em um contexto geral de regulação, reitera-se que até o momento o Estado brasileiro encontra-se em atraso com relação à positivação da proteção de dados pessoais e à criação de autoridades reguladoras e de instrumentos jurídicos específicos para proteção desses direitos⁶²²⁻⁶²³, como seria o caso da portabilidade. Para Rafael Zanatta⁶²⁴, a situação brasileira é espantosa quando comparada com outros países da América Latina, onde se vivenciou uma difusão de legislações gerais de proteção de dados pessoais, acompanhadas de mecanismos específicos para assegurar os direitos positivados e da criação de agências reguladoras⁶²⁵.

Como se pode analisar na Parte I, A, da Tese, há no presente momento três projetos de lei em trâmite nas duas casas legislativas: no Senado Federal, o Projeto de Lei 330/2013; e, na Câmara dos Deputados, o PL 5.276/2016 e o PL 4060/2012.

Dos três projetos, o PL 5.276/2016 é o único que traz como um direito do titular a portabilidade dos dados⁶²⁶. Tal situação pode ser bem visualizada no quadro abaixo:

⁶²² ZANATTA, Rafael. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 454, 2015.

⁶²³ Para Laura Mendes, os instrumentos indispensáveis para a concretização do direito à proteção dos dados pessoais são os seguintes: direito geral de informação, amplo direito de acesso aos dados, direito de notificação, direito de retificação, cancelamento e bloqueio de dados. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

⁶²⁴ ZANATTA, Rafael. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 453, 2015.

⁶²⁵ Nos projetos em trâmite no Congresso Nacional, apenas o PL 5276/2016 prevê a existência um órgão responsável pela implementação e fiscalização do cumprimento da proteção de dados. Já no PLS 330/2013 e no PL 4060/2012 não há previsão de órgão competente para tanto.

⁶²⁶ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.57.

Quadro 1- Direito de Portabilidade

QUADRO 10

DIREITO DE PORTABILIDADE

PLPDP/EXE	PLPDP/SEN	PLPDP/CAM
<p>Artigo 8º Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter, em relação aos seus dados: V - portabilidade, mediante requisição, de seus dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto;</p> <p>§ 2º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento do titular a um dos agentes de tratamento, que adotará imediata providência para seu atendimento.(...)</p> <p>§ 4º A providência de que trata o § 2º será realizada sem custos para o titular.</p>	Dispositivo similar inexistente	Dispositivo similar inexistente
Direito de portabilidade	Inexistente	Inexistente

Fonte: Bruno Bioni⁶²⁷.

Dessa forma, o PL 5.276/2016 elenca o direito à portabilidade no artigo 18, inciso V, como um dos direitos do titular dos dados pessoais. Nesse inciso, consta que a portabilidade será realizada mediante requisição e operará meio da transferência dos dados de um fornecedor a outro.

Tal disposição dá a entender que a transferência será direta entre os fornecedores. Constam também, no §3º, as medidas a serem tomadas pelo fornecedor caso haja impossibilidade de adoção imediata da portabilidade, podendo inclusive o fornecedor alegar que não é o agente de tratamento dos dados, comunicando, se possível, quem é o agente.

Esse direito à portabilidade é garantido, segundo a abrangência do Projeto (artigo 1º e 3º desse), às pessoas naturais em qualquer operação de tratamento realizado por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, independente de sua sede ou país onde estejam localizados os seus dados, desde que (i) a operação seja realizada no território nacional, (ii) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou (iii) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

⁶²⁷ BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.57.

No entanto, não se aplica o direito à portabilidade, já que excluídos do âmbito de aplicação do Projeto, ao tratamento de dados (i) realizado por pessoa natural para fins exclusivamente pessoais; (ii) realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, literários ou acadêmicos; ou (iii) realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Posto isso, espera-se que tal Projeto seja finalmente aprovado (o quanto antes possível), apesar de as expectativas não serem as melhores até o momento⁶²⁸. O ponto positivo disso é que há a possibilidade de aperfeiçoar o direito à portabilidade na forma como previsto no Projeto. Passa-se a algumas sugestões.

A primeira sugestão ao Projeto seria inserir uma cláusula de balanço (que é aquela que torna inexigível a portabilidade quando essa colocar em risco outros direitos ou liberdades), como existe no direito da União Europeia (RGPD). Essa cláusula, como visto acima, funcionaria como uma válvula de escape, evitando que a portabilidade pudesse ocasionar um ônus tão grande a pequenas empresas, a ponto de tornar inviável a atividade econômica dessas.

Além disso, a cláusula de balanço pode servir para a preservação de outros direitos, como os de propriedade intelectual ou o direito ao esquecimento.⁶²⁹ Adverte-se, todavia, que essa só será utilizada quando a portabilidade restringir de maneira adversa

⁶²⁸ Como apresentado na Parte I,A, da Tese, especula-se que o Brasil venha a ter uma lei geral de proteção de dados apenas no final de 2018 ou em 2019⁶²⁸. FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil deve ter lei de proteção de dados só no fim de 2018, dizem especialistas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/12/1945134-brasil-deve-ter-lei-de-protecao-de-dados-so-no-fim-de-2018-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

⁶²⁹ A respeito do Direito ao Esquecimento (tema polêmico em razão de seus efeitos à liberdade de expressão e de informação, o qual é um ponto sensível nos Projetos em trâmite), em 2016 o STJ decidiu não haver fundamento normativo para seu exercício no Brasil. Nesse sentido, cita-se a ementa do Agravo Interno Recurso Especial n.º 1593873: Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno Recurso Especial n.º 1593873*. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 10 de novembro de 2016. Cabe destacar, no entanto, que já houve aplicação do Direito ao Esquecimento por essa mesma Corte, no caso que versava sobre a Chacina da Candelária e a veiculação de tais fatos em programa televisivo (Linha-Direta da empresa Globo). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.334.097*. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28 de maio de 2013.

o direito ou a liberdade alheios. Ademais, a transferência direta entre os fornecedores a pedido do titular dos dados deve ser mandatória apenas nos casos em que isso for tecnicamente possível, na mesma linha que previsto no RGPD.

O objeto da portabilidade poderia ser melhor especificado para evitar as discussões que estão sendo travadas recentemente no âmbito europeu sobre a abrangência ou não das inferências e de dados coletados sem a participação do titular desses (como localização e os cookies). Além disso, importante debate deve ser feito sobre aquelas situações em que o titular dos dados deseja portar informações adicionais que não foram diretamente por si fornecidas, mas que digam respeito à sua pessoa, como avaliações feitas por clientes, reputação e notas recebidas.

Da mesma forma, é necessária uma reflexão quanto à possibilidade do fornecedor permanecer com certos dados do usuário, tendo em vista que esses dados podem dizer respeito ao cumprimento de obrigações legais, servir de mecanismo de defesa em determinadas ações judiciais, ou serem necessários para a execução de um contrato. Nesse sentido, seria razoável sustentar que o direito de portabilidade não exclui a possibilidade de o fornecedor manter certos dados do usuário, como aqueles que foram necessários para a contratação de um serviço.

A portabilidade não deve exigir a interoperabilidade⁶³⁰. Isso poderia gerar sistemas fechados e únicos para se evitar custos maiores, o que iria na contramão do desenvolvimento tecnológico.

A interoperabilidade pode ser produzida por mercados complementares, que terão estímulo para se desenvolver ou até mesmo surgir de maneira originária. Para tanto, seria possível a concessão de isenções em matéria de direito da propriedade intelectual para fins de promoção de uma melhor experiência em matéria de portabilidade, de forma semelhante com os precedentes norte-americanos e europeus relatados anteriormente.

Ainda, seria importante ressaltar que eventual recusa de portabilidade, além de poder configurar infração às normas de proteção de dados, também pode ser submetida à tutela da concorrência, quando essa caracterizar uma recusa de acesso à utilidade essencial, podendo o agente responsável pela conduta ser responsabilizado perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Tal ressalva tem o condão de

⁶³⁰ Faz-se aqui a referência que na leitura de Bruno Bioni o direito à portabilidade incluiria a interoperabilidade. BIONI, Bruno. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p.56.

evitar inúmeras teses defensivas perante o CADE de que a regulação da proteção de dados afastaria as normas da concorrência.

Já se teve a oportunidade de analisar que a exclusão das normas da concorrência só ocorre em casos específicos, e quando uma norma expressamente assim o fizer. Como se defendeu anteriormente, não somente haverá a aplicação das normas de concorrência nos mercados que utilizam dados, como essas se fazem deveras necessárias: a defesa da concorrência poderá versar sobre dados e sujeitos não abrangidos pela portabilidade.

Além disso, a concorrência pode abranger relações de recusa de portabilidade entre concorrentes, sem precisar envolver dados pessoais de pessoas físicas para existir a proteção. Ou seja, tanto a defesa da concorrência quanto a portabilidade implementada por meio da regulação são indispensáveis. O diferencial da regulação com relação à concorrência é que a recusa da portabilidade configura um ilícito pelo objeto, independente de haver posição dominante e o conseqüente abuso dessa.

Portanto, poderão ocorrer situações em que haverá uma violação às normas de proteção de dados e às normas de concorrência, conjuntamente, sem que isso configure um *bis in idem*. Essa menção expressa quanto às competências do SBDC foi feita no Decreto n.º 8.771/2016, que regulamentou o Marco Civil da Internet, o que pode ser repetido na futura lei de proteção de dados, em relação a um possível descumprimento das normas de portabilidade.

Por fim, a preocupação em estabelecer que a portabilidade deva ser realizada sem custos é bastante elogiável. Em um país em que as normas de proteção dos mais vulneráveis são reiteradamente descumpridas, explicitar um direito é sempre a melhor forma de garantir que esse seja respeitado, apesar do risco persistente de que ainda assim essa garantia possa não ser suficiente. De qualquer forma, é melhor garantir preliminarmente certo direito do que buscar remédios jurídicos por meio de interpretações extensivas ou de precedentes jurisprudenciais que exigirão um ônus argumentativo muito maior.

Apesar de se desejar fortemente a aprovação de uma lei geral de proteção de dados, bem como da implementação de uma política pública para essa proteção, a ser gerenciada por um órgão público (de preferência com certa independência, tal como uma autarquia ou uma agência reguladora), isso não retira a incidência em paralelo das normas consumeristas que poderão também abarcar a questão da portabilidade. Assim, derradeiramente, passa-se ao estudo da portabilidade à luz do direito do consumidor.

B.2 Proteção do Consumidor

Segundo visto anteriormente, a portabilidade de dados pode ser abarcada pelas normas de concorrência e por uma regulação geral de proteção de dados. Além disso, essa também pode receber tratamento por parte da proteção do consumidor, que é uma disciplina específica fundada na proteção dos sujeitos vulneráveis do mercado de consumo.

Antes do surgimento do direito do consumidor, alegava-se que a concorrência era capaz de colocar o consumidor na condição de rei ⁶³¹, cabendo a ele a ordenação do mercado. Destarte, a primeira proteção ao consumidor era desenvolvida pelo Direito Comercial e Econômico ⁶³², mais especificamente no plano concorrencial. ⁶³³ O tempo e as mazelas de um capitalismo selvagem demonstraram que isso não era suficiente, nomeadamente pelas falhas existentes nas relações entre fornecedor e consumidor que viciam ou impedem que o consumidor efetive a sua escolha ⁶³⁴.

Um marco histórico que demonstra a vontade da mudança ocorreu na década de 60, quando se reconheceu a necessidade da proteção direta do consumidor. A esse respeito, como precursora, cita-se a declaração do Presidente norte-americano, John Kennedy, ao Congresso, em 15 de março de 1962, de que consumidores somos todos nós.

No Brasil, o movimento consumerista chega apenas na década de 80, mas com

⁶³¹ Tal afirmação está pautada na teoria do valor, a qual defende que no sistema capitalista o consumidor é soberano, sendo livre para gastar o seu dinheiro como bem entender. Por causa disso, a produção deve responder às escolhas voluntárias do consumidor. Assim, a produção, ao seguir a demanda, tornaria o consumidor o rei. GHODKE, N. B. *Encyclopaedia Dictionary of Economics*. Delhi: Mittal, 1985. Claudia Lima Marques, com apoio em uma visão socioeconômica, rechaça essa visão do consumidor “rei” do mercado, que decidiria soberanamente acerca da compra ou da recusa de compra de um produto. Tal visão é errônea, uma vez que ignora os efeitos da publicidade e da moda, dos métodos agressivos e sentimentais de comercialização e de contratação. Assim, a expressão “rei do mercado”, atribuída aos consumidores, não deixa de ser uma falácia. BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.45.

⁶³² COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante Capítulo de Direito Econômico. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, cap. 7, p. 167-186, 2011.

⁶³³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p.20, abr./jun. 1994.

⁶³⁴ Ricardo Lorenzetti refuta essa clássica visão de que a concorrência poderia dar ao consumidor uma posição de barganha. LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p. 223.

força bastante para incluir o tema na agenda política, no mesmo momento em que ocorria a redemocratização do país. Tão sucedido foi o movimento que a defesa do consumidor foi cristalizada na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, e princípio da ordem econômica⁶³⁵.

Com tais previsões constitucionais, houve uma renovação do sistema, que teve como cerne a tentativa de equalização das relações jurídicas cujo traço principal é a desigualdade, a qual pode se apresentar segundo as mais diferentes formas (econômica, de acesso, informacional, etc.). Bruno Miragem⁶³⁶ elucida que o paradigma individualista cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, como a intervenção em favor do vulnerável para a recomposição da igualdade jurídica.

A Constituição também determinou a importante criação de um código para a defesa do consumidor. Cumprindo esse mandamento constitucional, foi editado o CDC (Código de Defesa do Consumidor), em 1990, o qual veio a coroar a tendência de novos direitos e responsabilidades centrados na relação de consumo⁶³⁷.

Apesar de o consumidor passar a ostentar uma proteção direta, não se pode abrir mão da proteção complementar e indireta da concorrência⁶³⁸, necessária para efetivação do direito de escolha do consumidor⁶³⁹. Assim, não só no Brasil, mas como na maioria dos países há a complementaridade entre a defesa do consumidor e a da concorrência⁶⁴⁰.

Essa complementa da defesa do consumidor pela concorrência é a cristalização da realidade jurídica instaurada pelo chamado Direito Social, segundo elucida Cristiano

⁶³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.33.

⁶³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

⁶³⁷ SARNEY, José. *Discurso Presidente Sarney por ocasião da posse da Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/palavra_presidente.asp>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁶³⁸ Sobre a proteção indireta do consumidor pelo Direito da Concorrência, cita-se as seguintes obras específicas: PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 e MARTINEZ, Ana Paula. *A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência*. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 67-99, 2004.

⁶³⁹ CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁴⁰ Essa tendência de complementariedade também teve lugar na União Europeia, por meio das seguintes etapas: primeiro uma regulação baseada na concorrência (artigos 85 e 86 do Tratado de Roma); posteriormente, uma autorização para harmonizar as legislações nacionais sobre o direito do consumidor (novo artigo 100 do Tratado de Roma). Depois, uma transferência de competência para harmonizar o direito do consumidor, adotada em 1992 no Tratado de Maastricht e, finalmente, o reconhecimento de que a proteção do consumidor é um dos objetivos fundamentais da União (artigo 153, Tratado de Amsterdã).

Heineck Schmitt⁶⁴¹. Nessa realidade, a economia, apesar de ser fundada na livre iniciativa, é estruturada por critérios de justiça social.

Além da aplicação das normas do consumidor ao lado das da concorrência, precisa-se destacar que a defesa do consumidor é um dos princípios da atividade econômica, conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 170, inciso V. Em decorrência disso, a defesa do consumidor será aplicada a toda ordem econômica, como exaltado no Recurso Extraordinário 351.750/RJ⁶⁴².

Isso significa que as normas protetivas aos sujeitos vulneráveis no mercado serão aplicadas às atividades econômicas em geral, sejam essas realizadas em regime de concorrência, sejam essas reguladas. Dessa forma, apesar da livre iniciativa ser um dos fundamentos da República, a inserção da defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de outros valores, demonstra que essa não é ilimitada. Nessa linha, esclarece Marcelo Schenk Duque⁶⁴³ que todas as liberdades proclamadas pela Constituição precisam ser exercidas de maneira harmônica, com observância dos limites definidos pelo próprio ordenamento constitucional.

Assim, as normas de defesa do consumidor, editadas a partir do fundamento constitucional terão uma aplicação ampla, como bem se extrai do artigo 3º, §2º do CDC, o qual considera serviço qualquer atividade ofertada no mercado de consumo. Exemplo disso é a incidência de tais normas no mercado financeiro, ainda que esse, diante de sua importância ao equilíbrio e desenvolvimento do país, seja regulamentado por meio de lei complementar e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil, como bem pontuado na ADI 2591⁶⁴⁴.

Há que se falar em aplicação das normas consumeristas até mesmo em monopólios estatais (ou privilégios, quando se trata de serviços públicos⁶⁴⁵), como seria

⁶⁴¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. *Revista dos Tribunais: Doutrina Civil*, São Paulo: RT, ano 98, p. 10-31, fev. 2009.

⁶⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 351.750*. Relator para o acórdão: Ministro Carlos Britto, julgado em 17 de março de 2009.

⁶⁴³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos Fundamentais: Teoria e Prática*. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2014.

⁶⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591*. Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau. Julgado em 7 de junho de 2006.

⁶⁴⁵ Tal distinção terminológica foi feita por Eros Grau, no bojo da ADPF n.º 46, a qual cita-se: “é imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços público, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46*. Relator para o

o caso dos correios⁶⁴⁶, bem como em serviços públicos em geral, quando esses possuírem remuneração específica pela prestação do serviço e estiverem inseridos no mercado de consumo, de forma divisível e individualmente mensurável⁶⁴⁷.

Nesse cenário, pode-se afirmar que a observância dos direitos do consumidor, em matéria de serviço público, naqueles que se encaixem nos requisitos acima, será a mesma, quer se trate de serviços públicos prestados por empresas sob controle acionário estatal, quer prestados por concessionários privados (art. 22, Lei nº 8.078/90). A criação de agências reguladoras em decorrência da privatização dos serviços públicos não faz desaparecer as obrigações do CDC, uma vez que a regulação tem uma missão diferente, embora também deva zelar pela proteção do consumidor. Nesse sentido, agências reguladoras visam, nas palavras de Duciran Farena⁶⁴⁸, “conciliar o interesse público, as obrigações decorrentes da concessão e o interesse do consumidor com a liberdade para a gestão lucrativa do negócio, típica das empresas privadas”.

Infelizmente, as agências reguladoras não têm conciliado de forma satisfatória os interesses dos consumidores, como resta comprovado pela presença recorrente de prestadores de serviços regulados nas listas oficiais dos maiores destinatários de queixas do consumidor. Esse cenário é fruto de uma fiscalização deficiente e de um processo sancionatório moroso e ineficaz⁶⁴⁹.

Acórdão Ministro Eros Grau. Julgado em 5 de agosto de 2009.

⁶⁴⁶ Sobre a aplicação das normas consumeristas aos serviços públicos prestados pelos correios, cita-se os Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.097.266, que assim estabeleceu: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREIOS. CARTA REGISTRADA. EXTRAVIO. DANOS MORAIS. IN RE IPSA. 1. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e nos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.097.266. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 10 de dezembro de 2014.

⁶⁴⁷ Não se pode negar que há inúmeras divergências quanto aos tipos de serviços públicos que estariam submetidos às normas do CDC. As polêmicas versam sobre a necessidade de a atividade ser remunerada diretamente, por meio de taxas, tarifa ou preço público, ou se essa poderia ser feita de forma indireta e remota, como ocorre com os impostos. Adota-se, para fins dessa Tese, a corrente que entende ser necessária uma remuneração específica do serviço e que esse seja prestado no contexto do mercado de consumo. BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

⁶⁴⁸ FARENA, Duciran V. M.. Agências Reguladoras: Fiscalização dos Serviços Públicos e Defesa do Consumidor. *Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 2013, p. 2, 2013.

⁶⁴⁹ FARENA, Duciran V. M.. Agências Reguladoras: Fiscalização dos Serviços Públicos e Defesa do Consumidor. *Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v.

Grande parte desse problema teve início na própria concepção do modelo regulatório brasileiro, a qual não levou em consideração como a regulação iria tutelar especificamente os consumidores. Na prática, os aspectos econômicos acabam sendo a prioridade, deixando-se de lado os interesses dos consumidores⁶⁵⁰.

Destarte, defende-se que mesmo que seja realizada uma regulação dos dados pessoais no Brasil, ainda assim haveria a incidência das normas do consumidor a todos fornecedores, isto é, mesmo àqueles que já estivessem sendo abarcados pela regulação geral dos dados, desde que presentes os requisitos configuradores de uma relação de consumo. Com efeito, nas palavras de Laura Mendes⁶⁵¹, sem prejuízo da aprovação de uma lei geral de proteção de dados pessoais, entende-se necessária uma atualização do CDC para que esse passe a abarcar de maneira específica a proteção de dados pessoais.

Tal defesa busca fundamento na caracterização da defesa do consumidor como um direito fundamental (e, pois, cláusula pétrea) e princípio da ordem econômica⁶⁵². Assim, não se trataria de um conflito de normas (aparente), o qual buscaria solução nos métodos clássicos estabelecidos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, mas, sim, de uma interpretação que parta da Constituição, a fim de preservar valores de extrema relevância, como a defesa do consumidor⁶⁵³.

Não se desconhece que a proteção de dados também tem assento constitucional, como proteção à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da CF), mas tendo em vista a proteção especial focada no sujeito (com foco na vulnerabilidade), e não na matéria, não se deve afastar a incidência das normas do consumidor, ainda que haja uma regulação geral de proteção de dados. Ambas são específicas e uma não prevalece com relação à outra.

Pelo contrário, poderá haver o reforço mútuo: uma foca no sujeito, a outra na matéria. O CDC buscará garantir a tutela ao sujeito considerado destinatário final no

2013, p. 13, 2013.

⁶⁵⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Série Pensando o Direito: Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores*. Brasília: SAL/MJ, 2010, p. 25.

⁶⁵¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

⁶⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 351.750*. Relator para o acórdão: Ministro Carlos Britto, julgado em 17 de março de 2009.

⁶⁵³ MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-111, 2012

mercado de consumo (artigo 2º)⁶⁵⁴.

Pois bem, definir o que é destinatário final não é uma tarefa fácil, já que o CDC não se dedicou a isso, o que gerou longo debate na doutrina⁶⁵⁵. Duas correntes assumiram esse desafio: a corrente maximalista que leva em consideração apenas o critério fático para a caracterização da situação de destinatário final, bastando que o consumidor encerre objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o produto ou serviço; e a finalista, a qual leva em consideração o critério subjetivo, restringindo a figura do consumidor àquele que adquira (utilize) um produto para uso próprio ou de sua família. O consumidor seria o não profissional⁶⁵⁶.

Apesar da teoria finalista ser a que melhor atenda ao estado de coisas visado pela proteção especial dedicada ao consumidor, há casos em que ela pode criar injustiças, tirando do âmbito da proteção pessoas que estejam em uma situação de desigualdade no mercado de consumo. Com isso, a teoria finalista recebeu uma vertente aprofundada, a fim de que sejam também reconhecidos como consumidores pequenas empresas ou profissionais vulneráveis que adquiram um produto ou contratem um serviço fora de seu campo de especialidade.

A teoria finalista aprofundada foi agasalhada pela jurisprudência e tem sido até o presente momento aplicada pelas cortes brasileiras⁶⁵⁷. Com efeito, o enfoque para a

⁶⁵⁴ Nas palavras do Ministro Cezar Peluso em voto-vista no Recurso Extraordinário 351.750-3, o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, não regras determinada matéria, mas proteger certa categoria de sujeito, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7º). Daí, seu caráter especialíssimo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 351.750*. Relator para o acórdão: Ministro Carlos Britto, julgado em 17 de março de 2009

⁶⁵⁵ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.92 e 93.

⁶⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.94.

⁶⁵⁷ Nesse sentido cita-se: CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo

legitimação da proteção do consumidor é a vulnerabilidade do sujeito, seja esse pessoa física, seja jurídica.

Vulnerabilidade, segundo Antônio Herman Benjamin⁶⁵⁸, “é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”. Trata-se de uma condição que gera desequilíbrio nas relações entabuladas no mercado de consumo, a qual pode ser observada sob diferentes perspectivas.

Quanto a essas, identificam-se três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática⁶⁵⁹. Analisando esses três tipos de forma resumida pode-se dizer que a técnica é a falta de conhecimentos específicos sobre o objeto de compra. Já a jurídica ou científica diz respeito à ausência de conhecimentos jurídicos específicos, bem como os de contabilidade ou economia⁶⁶⁰, a qual resta agravada com a corrente utilização pelo fornecedor de mecanismos jurídicos que prejudicam os consumidores ou que impeçam a adequação do instrumento contratual às suas necessidades, como ocorre nos contratos de massa.

Por fim, a fática ou econômica é o poder detido pelo fornecedor, o qual habilita esse a adotar condutas unilaterais e independentes, que muitas vezes são prejudiciais aos consumidores. Além dessas três modalidades, há ainda a informacional, a qual versa sobre a insuficiência de dados para tomada de decisão pelo consumidor⁶⁶¹. Apesar dessa identificação das espécies de vulnerabilidade, o STJ já sinalizou que outras formas de vulnerabilidade podem ser reconhecidas no caso concreto, demonstrando que essas são meramente exemplificativas⁶⁶².

aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. (...). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.195.642. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 13 de novembro de 2012.

⁶⁵⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; WATANABE, Kazuo; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 300.

⁶⁵⁹ MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 262.

⁶⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

⁶⁶¹ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

⁶⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.358.23*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 de junho 2013.

Diferentemente do âmbito de aplicação do CDC que foca no sujeito vulnerável, uma lei geral de proteção de dados focará na regulação do uso desses, especialmente em decorrência dos desafios gerados pela automatização dos mecanismos de coleta e pelo desenvolvimento de um mercado cujo principal insumo sejam os dados. Na proteção geral dos dados pessoais, as pessoas físicas em geral serão protegidas, independente de serem enquadradas ou não como consumidoras e, pois, destinatárias finais.

A proposta de uma lei geral e unitária para a proteção de dados busca dar um nível uniforme de proteção aos dados pessoais, independente do setor em que esses sejam sendo utilizados. Isso tem o condão de reduzir a insegurança ao cidadão, que teria níveis de proteção diferenciados a depender do setor em que esses estivessem sendo utilizados, sem contar na ineficiência da proteção, tendo em vista a comum transferência de dados nos mais diferentes mercados, segundo ensinam Danilo Doneda e Laura Mendes⁶⁶³.

Aprende-se da experiência da União Europeia que, mesmo com a existência de uma lei geral, há a possibilidade da coexistência da norma geral com outras normas específicas⁶⁶⁴. Isso já estava presente na Diretiva 95/46/CE, e agora passa a estar prevista no RGPD, como se depreende da leitura do considerando número 10.

Essa lei geral não descarta e nem dispensa, pois, o tratamento especial dado aos consumidores pelo CDC, que também poderá atuar na proteção dos dados pessoais, como atua até o momento. Tal atuação é bastante interessante considerando a tradição e a consolidação do sistema de defesa do consumidor, com órgãos estaduais, municipais e federal (PROCONs e SENACON), o que demonstra sua capilaridade, bem como o grande papel desempenhado pelo judiciário em matéria do direito do consumidor, que lida diariamente com essa temática.

Com isso, defende-se que a par de um direito da portabilidade previsto em uma regulação geral da proteção de dados pessoais, que ainda está sendo discutida no Brasil, também deve existir a proteção de dados no âmbito da defesa do consumidor, o qual deverá incluir o direito da portabilidade, por todas as razões expostas na Parte I da Tese.

⁶⁶³ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 47, agosto, 2017.

⁶⁶⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

Vindo a ser aprovada a lei geral, como desdobramento dos projetos em trâmite no Congresso Nacional, as legislações poderão coexistir, tendo aplicação complementar, por meio do Diálogo das Fontes⁶⁶⁵. Por meio desse diálogo, conforme leciona Claudia Lima Marques⁶⁶⁶, há uma nova ordem das fontes, de modo que uma lei não mais revogue a outra e sim que as normas passem a dialogar entre si, a fim que de haja uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos.

Por meio desse novo modelo, as leis deixam de ser entendidas como castelos estanques, feudos de uma lei só. Com isso, passa-se, na era pós-moderna, do monólogo à convivência das normas⁶⁶⁷.

Marcelo Schenk Duque⁶⁶⁸ complementa aludindo à necessidade de uma comunicação frutífera entre as fontes normativas. Assim, utiliza-se do Diálogo das Fontes para uma aplicação coerente das normas jurídicas, que deverá prezar pela funcionalidade de um sistema plural e complexo, que marca o direito contemporâneo como um todo.

Com efeito, o Diálogo das Fontes pode servir como base para a possível existência das duas leis especiais: lei de proteção de dados e CDC.⁶⁶⁹ Por meio desse

⁶⁶⁵ Bruno Miragem elucida que o Diálogo das Fontes não é apenas um método de interpretação. É também de aplicação, como forma de superação dos critérios clássicos de soluções de conflitos, os quais, por vezes, sacrificam valores constitucionais de extrema relevância, como os pertinentes a direitos fundamentais. MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67-111, 2012.

⁶⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 27, 2012.

⁶⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

⁶⁶⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. O Transporte da Teoria do Diálogo das Fontes para a Teoria da Constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-157, 2012.

⁶⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

Diálogo será possível obter uma aplicação simultânea, coerente e coordenada de tais normas.

Pois bem, já se verificou a existência de um direito da portabilidade no âmbito de uma regulação geral. Mas e no direito do consumidor, como esse poderia ser visualizado? De fato, a melhor alternativa, em termos de segurança para o mercado e para o consumidor, seria uma reforma legislativa, com o acréscimo expresso no CDC da proteção de dados e, por conseguinte, do direito da portabilidade.

Apesar de já existir um início de proteção ao consumidor nessa temática, que pode ser visualizada no artigo 43 do CDC⁶⁷⁰, se faz necessária uma positivação mais incisiva que estabeleça a dupla dimensão que envolve a proteção de dados, qual seja, a dimensão objetiva e a subjetiva, segundo defende Laura Mendes⁶⁷¹.

A dimensão objetiva diz respeito à tutela da personalidade do consumidor contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais. Por sua vez, a subjetiva refere-se à atribuição ao consumidor da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade⁶⁷².

Ao lado desses direitos e como decorrência desse aspecto subjetivo, sugere-se o direito à portabilidade de dados, com os mesmo delineamentos que foram propostos para uma regulação geral de proteção de dados, prevista na Parte II, B, B.1 dessa Tese. O direito à portabilidade é um instrumento necessário para preservar o direito de escolha, em um mercado com efeitos de rede (o que garante o padrão do único vencedor e concentração de mercado em níveis quase de monopólio) e com modelos de negócios baseados em dados. Sem a portabilidade, há custos altíssimos de troca e, por conseguinte, o efeito *lock-in*.

Assim, além da aprovação do Projeto de Lei n.º 3.514/2015, que visa à atualização do CDC para, dentre outras modificações, inserir a proteção de dados no rol dos direitos básicos do artigo 6º⁶⁷³, se faz necessário o desdobramento dessa proteção,

⁶⁷⁰ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

⁶⁷¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

⁶⁷² MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 200.

⁶⁷³ Tal atualização apresenta a seguinte redação: “XI - a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes; XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;”. Além dessas, há disposições pertinentes à proteção de

com base nas dimensões acima postas.

Por tal razão, Laura Mendes⁶⁷⁴ sugere a adição na seção VI do Capítulo V do CDC de dois artigos, que seriam o 43a e o 43b.⁶⁷⁵ Como contribuição dessa Tese, sugere-se a inclusão, nessa proposta de criação de dispositivos específicos sobre a

dados na parte do Projeto referente ao comércio eletrônico.

⁶⁷⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231.

⁶⁷⁵ A proposta de redação de Laura Mendes seria a seguinte: Art. 43a. O tratamento de dados pessoais dos consumidores deverá ser realizado de forma transparente e de acordo com a boa-fé, levando-se em conta os riscos para sua personalidade, as suas legítimas expectativas e a sua liberdade de escolha, devendo ser compatível com a finalidade e o contexto no qual os dados foram coletados. §1º A coleta, o processamento, a transferência ou o uso dos dados pessoais dependem do consentimento expresso e informado do consumidor, salvo se indispensáveis para a execução do contrato ou de procedimentos pré-contratuais, de uma obrigação legal do fornecedor ou se basearem em outro dispositivo legal, preservadas as garantias de sigilo legais e constitucionais. §2º O consumidor tem direito de não receber qualquer comunicação relativa à oferta ou publicidade de produtos ou serviços para a qual não tenha dado o seu consentimento expresso e anterior, salvo se o fornecedor ou as suas respectivas associações disponibilizarem mecanismos eficientes para que o consumidor se oponha ao recebimento dessas comunicações, de forma simples, única e sem qualquer ônus. §3º O consumidor tem direito ao acesso aos dados pessoais armazenados, à retificação dos dados incorretos ou não atualizados e ao cancelamento dos dados que tenham sido coletados de forma ilegal ou cujo consentimento tenha sido revogado por ele, contados 5 dias a partir da solicitação. §4º O tratamento de dados sensíveis, tais como os dados que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou políticas, ou os referentes à saúde e à vida sexual, bem como os dados genéticos e biométricos, exige, além do consentimento específico do consumidor, a adoção pelo fornecedor de mecanismos adicionais de segurança, sendo, em qualquer caso, vedado o tratamento de dados para fins discriminatórios. §5º Os fornecedores que realizarem a coleta, o processamento, a transferência ou o uso de dados pessoais devem informar aos consumidores, de forma correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa, no mínimo: I- quais dados pessoais são tratados e para quais finalidades; II- se os dados pessoais são transmitidos para terceiros, especificar quem são e para quais finalidades; III- se os dados pessoais são transmitidos para o exterior, especificar para quais países e com que finalidade; IV- qual é o período de conservação de dados; V- quais os mecanismos utilizados para garantir a segurança dos dados pessoais. §6º Os fornecedores que realizarem a coleta, o processamento, a transferência ou o uso dos dados pessoais pela internet devem divulgar nas suas respectivas páginas os termos de privacidade que contenham, no mínimo, as informações mencionadas no parágrafo anterior. Art.43b. O fornecedor ou o responsável pelo banco de dados deverá adotar medidas de segurança idôneas para proteger os dados pessoais contra a destruição, a alteração, a divulgação e o acesso não autorizados. §1º Em caso de vazamento de dados ou qualquer outro incidente de segurança que acarrete riscos aos consumidores, o fornecedor ou o responsável pelo banco de dados deverá comunicar o fato imediatamente à Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor ou órgão que venha a substituí-la, aos demais órgãos competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, nos termos dos §§ 1º e 2º, do art. 10 da presente Lei. §2º Os sistemas de informação destinados ao processamento de grande quantidade de dados e informações aos consumidores devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, confidencialidade e integridade dos dados armazenados, oferecendo, sempre que possível e conforme o caso, mecanismos de proteção previamente instalados contra os riscos do processamento de dados pessoais. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

proteção de dados, de um artigo (43c) sobre o direito à portabilidade de dados.

A sugestão de redação seria a seguinte:

Art. 43c: Ao consumidor é assegurado o direito de receber do fornecedor os dados pessoais que lhe digam respeito, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro fornecedor.

§1º O consumidor poderá solicitar que os seus dados pessoais sejam transferidos diretamente entre os fornecedores, sempre que isso seja tecnicamente possível.

§ 2º O exercício do direito à portabilidade não será exercido quando colocar em risco os direitos e as liberdades de terceiros.

Assim como foi ressaltado anteriormente quando da análise de uma regulação geral de proteção de dados que traga em seu cerne o direito à portabilidade, faz-se necessária uma reflexão quanto à possibilidade do fornecedor permanecer com certos dados do usuário, tendo em vista que esses dados podem dizer respeito ao cumprimento de obrigações legais, servir de mecanismo de defesa em determinadas ações judiciais, ou serem necessários para a execução de um contrato. Nesse sentido, seria razoável sustentar que o direito de portabilidade não exclui a possibilidade de o fornecedor manter certos dados do usuário, como aqueles que foram necessários para a contratação de um serviço.

Apesar da positivação da proteção de dados acompanhada do direito à portabilidade ser a opção mais segura e benéfica ao consumidor, não se tem como garantir que essa seja adotada tempestivamente ou (até) mesmo que venha a ser adotada. Por tal razão, se faz necessário construir alguns argumentos que poderiam servir de substrato para a defesa de consumidores que precisam da portabilidade para poder participar de forma efetiva do mercado de consumo.

A portabilidade se insere em um contexto de mudanças tecnológicas e comportamentais da sociedade e dos agentes econômicos. Tais mudanças, além de complexas, são deveras rápidas, o que não permite um acompanhamento efetivo por parte do legislador.

Uma ponderação importante feita por Lawrence Lessig⁶⁷⁶ para adaptar o direito às novas tecnologias é fazer uma atividade parecida com uma tradução: primeiro se

⁶⁷⁶ LESSIG, Lawrence. Reading the Constitution in Cyberspace. *45 Emory Law Journal*. Number 3, p. 5, 1996.

identifica os valores constitucionais (defesa do consumidor, livre concorrência, proteção à intimidade e à vida privada) e depois se traduz esses valores para o contexto do ciberespaço, ou à realidade do mercado digital.

Com isso, espera-se que os juízes possam interpretar as normas já existentes e aplicá-las aos novos desafios. Para tanto, deverão ter a sensibilidade de preservar os valores buscados, seja no cenário anterior ao mercado digital, seja no cenário atual⁶⁷⁷.

Na mesma linha, Erik Rincón Cárdenas⁶⁷⁸ invoca o princípio da neutralidade tecnológica. Esse princípio significa que as leis já existentes possam ser aplicadas tanto às tecnológicas que proporcionaram a sua regulamentação, como às tecnológicas que estiverem se desenrolando ou para se desenrolar. Como consequência, as tecnologias eletrônicas incipientes devem ser compreendidas pelas normas na mesma medida e extensão que são as tecnologias plenamente operativas. Com isso, a legislação e sua interpretação podem estar de acordo com o constante desenvolvimento das novas tecnologias.

Para tanto, se faz indispensável a utilização de princípios, uma vez que esses podem ser aplicados ao mundo digital por meio da analogia. Situação oposta ocorre com as regras do mundo não virtual, vez que a aplicação dessas ao mercado digital pode ser difícil ou até mesmo incabível, segundo elucida Ricardo Lorenzetti⁶⁷⁹.

Nesse sentido, o CDC já fornece um ferramental para realizar uma tradução que permita a efetivação do direito de escolha do consumidor por meio da portabilidade de dados, tendo em vista o seu caráter principiológico. Cabe ressaltar que o CDC foi criado num contexto em que se reclamava a superação da concepção clássica do contrato, estabelecida a partir dos séculos XVII e XVIII e centrada na escola do jus-racionalismo. Nessa concepção, recepcionada por grandes codificações como o Código de Napoleão de 1804, o contrato, como explica Bruno Miragem,⁶⁸⁰ representava, a exemplo de outros institutos de direito privado, o triunfo de uma liberdade individual do agir humano, em vista da satisfação dos seus próprios interesses.

⁶⁷⁷ LESSIG, Lawrence. Reading the Constitution in Cyberspace. *45 Emory Law Journal*. Number 3, p. 5, 1996.

⁶⁷⁸ RINCÓN CÁRDENAS, Erick. *Tratamento Jurídico del Comercio Electrónico em el Marco de los Procesos de Integración Comercial*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 12.

⁶⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001, p.44.

⁶⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima Marques. (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 177, 2007.

O CDC, pelo contrário, nasce à luz do paradigma, pautado em ideias sociais, de que o contrato também deve promover e proteger a igualdade substancial entre os contratantes, na busca do equilíbrio e solidariedade das relações. Há, dessa forma, a inserção, na matéria privada, de critérios éticos, da concepção de justiça e da racionalidade moral, como acrescenta Ronaldo Porto Macedo⁶⁸¹.

Como consequência, busca-se relativizar o postulado da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos e reconhecer os efeitos externos do contrato que afetem os interesses de terceiros⁶⁸². Para tanto, lança-se mão de princípios, como o da boa-fé.

Essa, diante da sua importância e amadurecimento, nas palavras de Judith Martins-Costa⁶⁸³ pode ser considerada até mais do que um princípio: é um modelo ou um instituto jurídico do qual descendem outras figuras parciais de sua manifestação. Nessa esteira, o CDC é o responsável por introduzir, efetivamente, no ordenamento jurídico o princípio da boa-fé ou da lealdade⁶⁸⁴, ao lado do princípio da transparência, os quais são fruto da mudança acima relatada, conforme salienta Claudia Lima Marques⁶⁸⁵.

O princípio geral da boa-fé está positivado no artigo 4, inciso III, do CDC, e estipula um mandamento de boa-fé objetiva⁶⁸⁶. Essa, diferentemente da subjetiva que se qualifica pelo estado de consciência do agente de estar agindo em conformidade com o direito, diz respeito a comportamentos objetivos, pautados na cooperação, honestidade e lealdade, servido para promover os fins buscados na relação obrigacional⁶⁸⁷. Com bem coloca Claudia Lima Marques, os desdobramentos da boa-fé acarretam uma nova

⁶⁸¹ MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e o Direito do Consumidor*. São Paulo: Renovar, 1999, p. 57.

⁶⁸² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

⁶⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.8.

⁶⁸⁴ Ressalva-se que já havia no Código Comercial de 1850 um dispositivo versando sobre a boa-fé como mecanismo de cânone hermenêutico, mas é com o CDC que a boa-fé ganha novos contornos.

⁶⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 810.

⁶⁸⁶ A boa-fé também está prevista no artigo 51, inciso IV, do CDC, que versa sobre as práticas abusivas, nos seguintes termos: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁶⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima Marques. (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007.

autonomia para a disciplina dos contratos, que é a autonomia racional⁶⁸⁸.

Nessa linha, a boa-fé objetiva seria um modelo jurídico que abrange uma “(i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos; e (iii) um standard comportamental”⁶⁸⁹. Destarte, pode-se dizer que a positivação no CDC da boa-fé objetiva pode ser utilizada para interpretação e integração dos negócios jurídicos, limitação do exercício de direitos subjetivos e como fonte autônoma de deveres jurídicos, podendo gerar efeitos entre os contratantes para além do que teria sido estabelecido no pacto originário⁶⁹⁰⁻⁶⁹¹.

Posto isso, resta analisar se o direito à portabilidade poderia ser sustentado à luz da boa-fé objetiva, como fonte desse dever anexo e adicional ao que foi inicialmente contratado entre as partes. A portabilidade, entendida como o dever de fornecer ao consumidor os dados referentes à sua pessoa após o final de uma relação de fornecimento de produto ou serviço, seria decorrente do aumento de deveres ao fornecedor, como mandamento de cooperação intersubjectiva decorrente da boa-fé.

Esse dever de fornecimento dos dados ao consumidor seria criado pela boa-fé objetiva, ainda que não existente e pactuada no momento da contratação. Tratar-se-ia, pois, de um dever pós-contratual⁶⁹², o qual, para ter eficácia e ser útil ao consumidor deverá adotar o formato eletrônico, possibilitando a migração do consumidor a outro fornecedor.

Em última análise, a portabilidade de dados é imperiosa para o desenvolvimento

⁶⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 810.

⁶⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo : Marcial Pons, 2015, p.40.

⁶⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima Marques. (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 184, 2007.

⁶⁹¹ A jurisprudência amplamente reconhece e aplica as funções decorrentes da boa-fé objetiva. Além dessas, outras figuras relacionadas à boa-fé têm sido utilizadas, como é o caso da proibição do "*venire contra factum proprium*", a "*supressio*", a "*surrectio*" e o "*tu quoque*". Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente do STJ: (...)I. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do "*venire contra factum proprium*", a "*supressio*", a "*surrectio*" e o "*tu quoque*", repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva.(...) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.040.606*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 24 de abril de 2012.

⁶⁹² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 204.

de um mercado saudável e dinâmico. Com ela, o consumidor poderá efetivamente fazer as suas escolhas e prestigiar os bons fornecedores, que se empenhem na realização de serviços e produtos com mais qualidade e que respeitem as normas vigentes.

No que diz respeito ao mercado digital, esse direito representa um remédio aos novos monopólios, que se apoiam nos efeitos de rede. Com isso, se criam mecanismos, ademais, para a redução das barreiras de entrada.

O direito à portabilidade de dados não deve ser tutelado apenas por uma política específica. Tendo em vista que esse direito envolve proteção de dados, defesa da concorrência e do consumidor, é imperioso que essas três áreas atuem conjuntamente, por todos os motivos antes delineados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resposta ao problema de pesquisa abarcado por essa Tese, é possível concluir que uma recusa de fornecer dados, isto é, uma negativa à portabilidade de dados, deve ser tutelada por meio de uma regulação *ex post* (direito da concorrência). Essa atuação da defesa da concorrência, no entanto, dependerá da produção de certos efeitos negativos ao mercado, de maneira que a mera recusa não configure por si só um ilícito e, portanto, uma infração à ordem econômica.

Dentre as possíveis infrações trazidas como exemplo pela norma concorrencial, sempre ponderando que essa dispõe de uma tipificação aberta e flexível, não precisando o fato incidir *ipsis litteris* no preceito trazido artigo 36, §3º, da Lei 12.529/2011, mas apenas produzir os efeitos do artigo 36, incisos I, II, III e IV, da Lei 12.529/2011, identifica-se que tal situação poderia se enquadrar como uma recusa de acesso a uma utilidade essencial.

Destarte, haveria a incidência da doutrina da *Essential Facility*, desde que o acesso ao conjunto de dados detido por uma empresa seja crucial para proporcionar a entrada no mercado de outros concorrentes ou mesmo a manutenção dos já existentes. Na verdade, estudos e precedentes demonstram que a obrigatoriedade de compartilhamento das bases de dados só existirá quando esse for a única forma de se assegurar a concorrência.

Em decorrência de tal exigência, visualiza-se que os requisitos da *Essential Facility* são muito rígidos, o que poderia afastar e dificultar uma atuação tempestiva e necessária da defesa da concorrência. Sorte é que a norma concorrencial, diante do seu caráter principiológico e consequencialista, permite o enquadramento de situações como essas em outros tipos mais abrangentes, como é o caso do abuso de posição dominante.

Para caracterização do abuso será necessário demonstrar posição dominante e, por conseguinte, o abuso dessa. O abuso dirá respeito a uma conduta exclusionária de uma empresa, a qual possui uma “*data advantage*”. Nesse caso, antes de condenar uma empresa por abuso e aplicar uma tutela específica para compensar o poder detido por essa, a autoridade da concorrência deverá realizar uma avaliação quanto à escassez dos dados ou à factibilidade de replicação desses, bem como se existe uma economia de escala ou escopo.

Em última análise, partindo de uma visão antitruste, a negativa de portabilidade dados não deve ser um ilícito pelo objeto, nem ser tratada como tudo-ou-nada, já que tal situação poderia reduzir o bem-estar do consumidor, ao sancionar condutas que sejam mais eficientes e decorrentes do próprio jogo do mercado. Poderá, no entanto, ser considerada como uma infração à ordem econômica e, por conseguinte, ser exigido o compartilhamento das bases de dados quando essa for a única forma de se assegurar a concorrência, seja porque não é possível acessar os dados, seja porque não é possível replicá-los.

No que toca ao compartilhamento das bases de dados a um concorrente específico ou a vários desses, há uma ressalva a ser feita, a título de proteção dos indivíduos, quando esse compartilhamento envolver dados pessoais e não apenas dados de outros fornecedores ou de pessoas jurídicas. Percebe-se que tal situação pode configurar um *hard case*, já que haverá a cessão de dados pessoais sem que haja um consentimento dos titulares desses dados, muito embora essa cessão tenha sido exigida por uma autoridade estatal e em prol do interesse público.

A fim de contrabalancear essa situação, é importante que no caso concreto esse imbricamento de princípios seja resolvido de forma que não haja um total esvaziamento do núcleo dos valores abarcados pelos princípios, ou seja, deve-se prezar pela promoção da livre concorrência e do bem-estar do consumidor, mas também pela proteção dos dados pessoais. A título de sugestão, a autoridade concorrencial poderia aplicar medidas alternativas à portabilidade, deixando que essa seja utilizada apenas em *ultima ratio*.

Na formulação dessas medidas alternativas, poderá haver a cooperação e ajuda das diferentes autoridades e associações que busquem proteger esses diferentes valores, fomentando um diálogo e um *accountability* e garantindo a legitimidade das decisões. Como exemplo de medidas alternativas, cita-se: limitar ou minimizar a coleta e retenção de dados pessoais e oportunizar que os consumidores voluntariamente realizem a portabilidade.

Nesse ponto, é importante registrar a reflexão de que se sabe que a proteção aos dados pessoais é um direito fundamental, como proteção à personalidade dos indivíduos, e não um mero desdobramento do direito de propriedade. No entanto, apenas sustentar esse caráter não é suficiente para garantir uma total proteção e o desenvolvimento da sociedade.

Deveras, deve-se reconhecer que os dados figuram atualmente como um insumo indispensável para a maior parte dos serviços disponibilizados no mercado digital. Com

isso, a ausência de mecanismos como o direito à portabilidade e a intervenção antitruste pode gerar toda uma ineficácia de uma proteção de dados, inclusive desestimulando a adoção de políticas pró-privacidade pelas empresas, já que os consumidores sequer terão como optar por tais políticas. Se a privacidade, aqui desdobrada nos dados, inoportunamente, virou um insumo, precisa-se regular essa situação também pela ótica do mercado, sem deixar é claro de observar a sua essência de direito fundamental, razão pela qual a autoridade antitruste pode e deve buscar medidas alternativas ao mero compartilhamento dos dados.

Posto isso, cabe avaliar que a defesa da concorrência (regulação *ex post*) apesar de necessária não é suficiente para promover sozinha os fins visados, quais sejam, o bem-estar do consumidor e a redução dos custos de troca e do efeito *lock-in*. Como visto, a negativa de portabilidade pode ser prejudicial aos consumidores e aos cidadãos e mesmo assim não ser considerada um ilícito anticoncorrencial, especialmente se não houver abuso de posição dominante ou acesso indispensável aos dados.

Portanto, conclui-se 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.

Por conseguinte, defende-se que é importante que o Brasil adote a portabilidade também em um contexto regulatório, sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, uma vez que aquela só envolverá dados pessoais, esta, quaisquer dados. Sugere-se que a portabilidade seja endereçada em um marco regulatório geral de proteção de dados pessoais e também na proteção dos consumidores, já que essas políticas terão escopo e destinatários diversos, muito embora em algumas situações esses possam coincidir.

Com relação à portabilidade em um contexto geral de regulação, reitera-se a necessidade da aprovação de um marco legislativo. Dentre os Projetos existentes, defende-se a aprovação e adoção do PL 5.276/2016, tendo em vista ser esse fruto de um longo debate com a participação de *multistakeholders*, o que lhe garantiu uma maior completude em matéria de proteção de dados, sendo o único a incluir o direito à portabilidade de dados.

Defende-se que o direito à portabilidade de dados da forma como exposta no Projeto, apesar de interessante e elogiável, requer complementações. A primeira sugestão ao Projeto seria inserir uma cláusula de balanço (que é aquela que torna inexigível a portabilidade quando essa colocar em risco outros direitos ou liberdades), como existe no direito da União Europeia no RGPD. Essa cláusula funcionaria como uma válvula de escape, evitando que a portabilidade pudesse ocasionar um ônus tão grande a pequenas empresas a ponto de tornar inviável a atividade econômica dessas.

Além disso, a cláusula de balanço pode servir para a preservação de outros direitos, como os de propriedade intelectual ou o direito ao esquecimento. Adverte-se, todavia, que essa só será utilizada quando a portabilidade restringir de maneira adversa o direito ou a liberdade alheios. Ademais, a transferência direta entre os fornecedores a pedido do titular dos dados deve ser mandatória apenas nos casos em que isso for tecnicamente possível, na mesma linha que o RGPD.

O objeto da portabilidade poderia ser melhor especificado para evitar as discussões que estão sendo travadas recentemente no âmbito europeu sobre a abrangência ou não das inferências e de dados coletados sem a participação do titular desses (como localização e *cookies*). Além disso, importante debate deve ser feito sobre aquelas situações em que o titular dos dados deseja portar informações adicionais que não foram diretamente por si fornecidas, mas que dizem respeito à sua pessoa, como avaliações feitas por clientes, reputação e notas recebidas.

A portabilidade não deve exigir a interoperabilidade. Isso poderia gerar sistemas fechados e únicos para se evitar custos maiores, o que iria na contramão do desenvolvimento tecnológico. A interoperabilidade pode ser produzida por mercados complementares, que terão estímulo para se desenvolver ou até mesmo surgir de maneira originária.

Ainda, seria importante ressaltar que eventual recusa de portabilidade, além de poder configurar infração às normas de proteção de dados, também poderá ser submetida à tutela da concorrência, quando essa caracterizar uma recusa de acesso à

utilidade essencial, podendo o agente responsável pela conduta ser responsabilizado perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Tal ressalva tem o condão de evitar inúmeras teses defensivas perante o CADE de que a regulação da proteção de dados afastaria as normas da concorrência.

Apesar de se desejar fortemente a aprovação de uma lei geral de proteção de dados, bem como da implementação de uma política pública para essa proteção, a ser gerenciada por um órgão público (de preferência com certa independência, tal como uma agência reguladora), isso não retira a incidência em paralelo das normas consumeristas que poderão também abarcar a questão da portabilidade.

Dessa forma, manifesta-se a importância de um acréscimo legislativo ao CDC. Além daquelas modificações propostas pelo Projeto de Lei n.º 3.514/2015, seria importante a inserção de artigos específicos sobre a proteção de dados pessoais, com todos os seus consectários. Um dos pontos que deveria constar nessa inserção é um dispositivo específico sobre o direito à portabilidade de dados, ao qual se sugere a seguinte redação:

Artigo: Ao consumidor é assegurado o direito de receber do fornecedor os dados pessoais que lhe digam respeito, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro fornecedor.

§1º O consumidor poderá solicitar que os seus dados pessoais sejam transferidos diretamente entre os fornecedores, sempre que isso seja tecnicamente possível.

§ 2º O exercício do direito à portabilidade não será exercido quando colocar em risco os direitos e as liberdades de terceiros.

Apesar de a modificação legislativa ser a opção mais desejada e garantidora de segurança aos consumidores, infelizmente não se sabe quando essa irá ocorrer. Por isso, é importante construir uma defesa do direito à portabilidade ao consumidor por meio dos princípios já existentes no sistema, dos quais se destaca a boa-fé objetiva. Nesse sentido, a portabilidade, entendida como o dever de fornecer ao consumidor os dados referentes à sua pessoa após o final de uma relação de fornecimento de produto ou serviço, a fim de que esses dados sejam portados a um outro fornecedor, seria decorrente do aumento de deveres ao fornecedor (deveres anexos e laterais), como mandamento de cooperação intersubjectiva.

Em última análise, a portabilidade de dados é imperiosa para o desenvolvimento de um mercado saudável e dinâmico. Com ela, o consumidor poderá efetivamente fazer

as suas escolhas e prestigiar os bons fornecedores, que se empenham na realização de serviços e produtos com mais qualidade e que respeitam as normas vigentes, inclusive em termos de privacidade.

No que diz respeito ao mercado digital, esse direito representa um remédio aos novos monopólios, que se apoiam nos efeitos de rede, nos custos de troca e no efeito *lock-in*. Com isso, se criam mecanismos, ademais, para a redução das barreiras de entrada e diluição do poder, possibilitando a manutenção de concorrentes já existentes no mercado.

O direito à portabilidade de dados não deve ser tutelado apenas por uma política específica. Tendo em vista que esse direito envolve proteção de dados pessoais, defesa da concorrência e do consumidor, é imperioso que essas três áreas atuem conjuntamente, por todos os motivos antes delineados.

Como aprendizado, essa Tese demonstrou que a realidade pós-moderna e do mundo digital trazem desafios que não podem mais ser resolvidos por disciplinas estanques e bem delimitadas. Cada vez mais se fará necessário um diálogo entre diferentes ramos e a cooperação entre esses, como ocorreu nessa Tese, a qual se apoiou na interface existente entre a defesa da concorrência, a do consumidor e a proteção de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *2008 Annual Review of Antitrust Law e Developments*. Chicago: ABA Book Publishing, 2009.

AFUAH, Allan. Are network effects really all about size? The role of structure and conduct. *Strategic Management Journal*, 34, p. 257–273, 2013.

ALSENOY, Brendan; KOEKKOEK, Marieke. The Extra-Territorial Reach of the EU's 'Right to Be Forgotten'. *ICRI Research Paper* 20, 2015.

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. *The Post-Chicago School*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/content/post-chicago-school>>. Acesso em 7 de junho de 2017.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 2002.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos. Artigo 174. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, p. 1833-1836, 2013.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016.

ARTIGO 19. *Proteção de dados pessoais no Brasil - Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional*. São Paulo: Artigo 19, 2016.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em 7 de julho de 2016.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BALFOUR, Brian. *Achieving The Network Effect: Solving The Chicken or The Egg*. Disponível em: < <https://brianbalfour.com/essays/the-network-effect-marketplaces> > . Acesso em 22 de janeiro de 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução nº 3.401, de 6 de setembro de 2006*. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2013/pdf/res_4292_v1_O.pdf > . Acesso em 21 de janeiro de 2018.

BARRETO, Wanderley. Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 41, p. 135-159, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p.21-26, abr./jun. 1994.

_____; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; WATANABE, Kazuo; FINK, Daniel Roberto ; FILOMENO, José Geraldo Brito ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; NERY JÚNIOR, Nelson ; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIONI, Bruno. *Privacidade e Proteção de Dados Pessoais em 2017*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protECAo-de-dados/privacidade-e-protECAo-de-dados-pessoais-em-2017-10012017>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

_____. *Xeque-Mate: O tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das*

iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015.

BOARDMAN, Ruth; MOLE, Ariane; MALDOFF, Gabe. *The Article 29 Working Party Issues Final Guidelines on the right to data portability*. Disponível em: < <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/article-29-working-party-issues-final-guidelines-on-the-right-to-data-portability>>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

_____; MULLOCK, James; MOLE, Ariane. *Guide to the General Data Protection Regulation*. Londres: Bird & Bird, 2017.

BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey; NETZ, Janet. *The Economics of Customer Lock-In and Market Power in Services*. Dordrecht: Springer, 1995.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Droits des Consommateurs et Marché Économique: Une Perspective Doctrinale*. Bruxelles: Story-Scientia, 1993.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n.º 08700.010790/2015-41*. Julgado em 8 de junho de 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º 23/91*. Julgado em 1993.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo n.º 08012.005422/2003-03*. Relator Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. 4 de fevereiro de 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º 08012.007443/99-17*. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>>. Acesso em 1º de fevereiro de 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo n.º 08700.005694/2013-19*. Disponível em < <http://sei.cade.gov.br/>> . Acesso em 1º de fevereiro de 2017.

_____. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Conjunta n.º 8/SENACON-CADE. *Análise sobre interface entre política de defesa do consumidor e defesa da*

concorrência. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-conjunta-no-08-senacon-e-cade.pdf>. Acesso em 6 de março de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno Recurso Especial n.º 1593873*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 10 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.097.266*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 10 de dezembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 744602*. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 23 de março de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1040606*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 de abril de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1195642*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 13 de novembro de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1334097*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28 de maio de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1348532*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 10 de outubro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1353602*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 7 de dezembro de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 135823*. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 17 de junho 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1390875*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 9 de junho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1419697*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12 de novembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.444.008. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25 de outubro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1094*. Ministro Carlos Velloso.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591*. Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau. Julgado em 7 de junho de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46*. Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau. Julgado em 5 de agosto de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 398*. Ministro Relator Edson Fachin.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 124322*. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 9 de dezembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 351750*. Relator para o acórdão Ministro Carlos Britto. Julgado em 17 de março de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 418.416*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 10 de maio de 2005.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n.º 0031266-06.2001.4.01.0000*. Relator Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 01/07/2013.

BYGRAVE, Lee. Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling. *Computer Law & Security Report*, Volume 17, p. 17-24, 2001.

_____; BING, John. *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competência*. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

CALO, Ryan. Digital Market Manipulation. *82 George Washington Law Review*. P. 995-1051, 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Consulta Pública Será Base para Projeto de Lei sobre Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/480920-CONSULTA-PUBLICA-SERA-BASE-PARA-PROJETO-DE-LEI-SOBRE-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS.html>. Acesso em 22 de julho de 2015.

_____. *Projeto permite adesão automática a cadastro positivo de consumidores*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/551541-PROJETO-PERMITTE-ADESAO-AUTOMATICA-A-CADASTRO-POSITIVO-DE-CONSUMIDORES.html>>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

CANDEUB, Adam. Trinko and re-grounding the refusal to deal doctrine. *University of Pittsburgh Law*. Vol. 66, p. 821-870, 2005.

CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRILLO RICO, Mariliana. *Derecho de las Nuevas Tecnologías*. Buenos Aires: La Rocca, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Prefacio*. In: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. XIII. - XIX. p. XIII.

CARVALHO, Vinicius Marques. *A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas?* In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p.13-29, 2015.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder Econômico: A Fenomenologia – Seu*

Disciplinamento Jurídico. São Paulo: RT, 1967.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2003.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 54, p. 28 -36, Jan / 2006.

COMISSÃO EUROPEIA. *Bangemann Report: Europe and the Global Information Society*. Disponível em: < http://cordis.europa.eu/ne_ws/rcn/2730_en.html>. Acesso em 12 de abril de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante Capítulo de Direito Econômico. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, cap. 7, p. 167-186, 2011.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e Outros vs. Brasil*. Disponível em:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf. Acesso em 2 de abril de 2018.

CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law: The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, 2006

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – Uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às suas Disposições Preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014) – São Paulo: Quartier Latin, p. 23-78. 2015.*

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

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. A tutela da privacidade no Código Civil de 2002. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. 1, p. 89-100, 2009.

_____; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Iniciativas Legislativas sobre Proteção de Dados Pessoais no Brasil. *Revista Uruguaya de Protección de Datos Personales*. Número 2, p. 44-52, agosto, 2017.

_____. Privacidade, Vida Privada e Intimidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Da Emergência de uma Revisão Conceitual e da Tutela de Dados Pessoais. *Âmbito Jurídico*, v. 52, 2008.

DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito à Intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 66, p. 125-152, Brasília, 1980.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos Fundamentais: Teoria e Prática*. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2014.

_____. O Transporte da Teoria do Diálogo das Fontes para a Teoria da Constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125-157, 2012.

DZHAIN, Nikita. *Impact of Switching Costs and Network Effects on Adoption of Mobile Platforms*. 2014. 98 f. Dissertação (Mestrado em Sistemas da Informação). Aalto University School of Business, Helsinque, Finlândia, 2014.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, p. 101-147, 2013.

ENGELS, Bárbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

_____. Court of Appeals for the First Circuit. *Lotus Development Corp. v. Borland International*. Julgado em 1995.

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

_____. Suprema Corte. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, Julgado em 1985.

_____. Suprema Corte. *California Dental Assn v. FTC*, Julgado em 1999.

_____. Suprema Corte. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc.*, 504 U.S. 451, 458 (1992).

_____. Suprema Corte. *MCI Communications Corp. v. AT&T*. Julgado em 1994.

_____. Suprema Corte. *United States v. Aluminum Co. of America*, 1964.

_____. Suprema Corte. *United States v. Columbia Steel Co.* 334 U.S. 495. Julgado em junho de 1948.

_____. Suprema Corte. *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*. Julgado em 1912.

_____. Suprema Corte. *Verizon Communications v. Trinko*. Julgado em 2004.

_____. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *LiveUniverse Inc. V. Myspace Inc.* Julgado em 2008.

_____. United States District Court for the District of Columbia. *United States v. Microsoft Corporation*, Julgado em 2002.

_____. United States District Court for the Northern District of California. *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.* Julgado em 11 de maio de 2009.

EURICH, Markus; BURTSCHER, Michael. *The Business-to-Consumer Lock-in Effect*. University of Cambridge: Cambridge, 2014.

EUROPEAN COMMISSION. *Digital Single Market*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/digital-single-market>. Acesso em 4 de janeiro de 2018.

_____. *Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google*. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-426_en.htm. Acesso em 25 de dezembro de 2017.

EUROPEAN DATA PROTECTION REGULATION. *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

EUROPEAN UNION. *EU Law*. Disponível em: < http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_en.htm >. Acesso em 23 de julho de 2015.

FAGUNDES, Jorge. *Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas*. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

FARENA, Duciran V. M.. *Agências Reguladoras: Fiscalização dos Serviços Públicos e Defesa do Consumidor*. *Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 2013, p. 1-14, 2013.

FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects. In ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert. *Handbook of Industrial Organization*, Volume 3, North-Holland: Elsevier, p. 1968-2072, 2007.

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

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

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

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 16 n. 1. p. 169-186, 2009.

FINANCIAL TIMES. *The Uber data breach has implications for us all*. Disponível em: < <https://www.ft.com/content/e2bf6caa-d2cb-11e7-a303-9060cb1e5f44>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Brasil deve ter lei de proteção de dados só no fim de 2018, dizem especialistas*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/12/1945134-brasil-deve-ter-lei-de-protecao-de-dados-so-no-fim-de-2018-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. *WhatsApp entra no radar de pré-candidatos*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/whatsapp-entra-no-radar-de-pre-candidatos.shtml>>. Acesso em 4 de março de 2018.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Prefácio. In: CARVALHO, Vinicius Marques. *Defesa da Concorrência: Estudos e Votos*. São Paulo: Singular, p. 9-12, 2015.

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

GABAN, Eduardo Molan. *Regulação do Setor Postal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALGANO, Francesco. *La Globalización en El Espejo del Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GAVISON, Ruth. Privacy and the Limits of Law, 89 *Yale Law Journal*, 421, p. 421-471, 1980.

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

GHODKE, N. B. *Encyclopaedia Dictionary of Economics*. Delhi: Mittal, 1985.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GODFREY, Nick. *Why is Competition Important for Growth and Poverty Reduction?* Disponível em: < <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40315399.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

GOLA, Peter. *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/67*. Munich: C.H. Beck, 2018.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial*. 2008. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

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

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2006.

GREENSPAN, Alan. *A Era da Turbulência*. São Paulo: Campus, 2008.

GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? *Revue des Affaires Européennes*, Paris: v.8, n.3, p. 221- 233,1998.

HENDRICKSON, Clara; GALSTON, William. *Big technology firms challenge traditional assumptions about antitrust enforcement*. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/blog/techtank/2017/12/06/big-technology-firms-challenge-traditional-assumptions-about-antitrust-enforcement/>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, p.1-11, 2017.

HOUSSIAUX, Jacques. *Concurrence et Marché Commun*. Paris : Éditions Génin, 1960.

ILLING, Sean. *Why “fake news” is an antitrust problem*. Disponível em: <https://www.vox.com/technology/2017/9/22/16330008/facebook-google-amazon-monopoly-antitrust-regulation>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

INMAN, Robert. Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism, *75 Texas Law Review*, p. 1203- 1297,1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Série Pensando o Direito: Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores*. Brasília: SAL/MJ, 2010

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS. *European Data Protection*. Portsmouth: IAPP, 2017.

_____. *Supporting Data Portability in the Cloud Under the GDPR*. Disponível em: <http://alicloud-common.oss-ap-southeast-1.aliyuncs.com/Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf?spm=a3c0i.170826.889865.14.6a7c5d44kKqXFP&file=Supporting_Data_Portability_in_the_Cloud_Under_the_GDPR.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTR, 2006.

_____; CRAVO, Daniela Copetti. A Consagração dos Litígios Privados na União Europeia: Difundindo o Direito da Concorrência e Reparando as Vítimas Consumeristas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 96, p. 75-88, 2014.

JANAL, Ruth. Data Portability. A Tale of Two Concepts, *JIPITEC* 59, p. 1-14, 2017.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, p. 59-68, Março/2003.

KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012.

KLEE, Antonia. A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei n. 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Direito & Justiça*, v. 41, p. 126-153, 2015.

KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR. *International Data Privacy Law*, Vol. 3, No. 4, p. 222-228, 2013.

KORAH, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

KUNER, Christopher. *Extraterritoriality and the Fundamental Right to Data Protection*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/extraterritoriality-and-the-fundamental-right-to-data-protection/>. Acesso em 31 de dezembro de 2017.

LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., Academic Society for Competition Law, 2010.

_____; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

LEMLEY, Mark A; LESSIG, Lawrence. The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era. *U.C. Berkeley Law and Economics School of Law*, Working Paper No. 207, p. 925-987, 2000.

LEMOS, Ronaldo. Uma Breve História do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.529/2014) – São Paulo: Quartier Latin*, p. 79-100. 2015.

LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008.

LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

_____. Reading the Constitution in Cyberspace. *45 Emory Law Journal*. Number 3, p. 5, 1996.

LLOYD, Ian. *Information Technology Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr. /jun. 2000.

LORENZETTI, Ricardo. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2001.

LUCERO, Everton. *Governança de Internet: Aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

MACEDO, Bernardo Gouthier; ALMEIDA, Silvia Fagá de; GARCIA, Carolina Policarpo. In: CARVALHO, Vinicius, Marques. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, p. 97-114, 2015.

MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e o Direito do Consumidor*. São Paulo: Renovar, 1999.

MARKO, Roland. GDPR: Data Protection Compliance in Austria and CEE. *CEE Legal Matters*, Year 4, Issue 3, p. 65-66, March 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

_____. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Tôrres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, p. 129 -167, 2010.

_____; VIAL, Sophia Martini. *Código de Defesa do Consumidor precisa ser atualizado urgentemente*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-11/garantias-consumo-codigo-defesa-consumidor-atualizado-urgentemente>. Acesso em 29 de dezembro de 2017.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 476 f. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, 2004, n. 01, p. 67-99, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo : Marcial Pons, 2015.

_____; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.204.

MARTO, Cristina. *The Transformation of Intimacy and Privacy through Social Networking Sites*. Disponível em: http://media.leeds.ac.uk/files/2013/07/Miguel_The-Transformation-of-Intimacy-and-Privacy-through-Social-Networking-Sites.pdf. Acesso em 22 de julho de 2015.

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

MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: College of Europe. Global Competition Law Centre, 2005.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A Consideração do Interesse do Consumidor e o Direito da Concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *El Contrato Via Internet*. Barcelona: Bosch, 2005.

MENDES, Francisco Schertel. *O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades*. 2013. 109 f. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília (UNB). Faculdade de Direito. Brasília, 2013

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; DONEDA, Danilo . Marco Jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 35-48, 2016.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; COELHO, Alexandre. (Org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, p. 205-230, 2014.

_____. *Fundamentos da Proteção de Dados*. Disponível em: <http://itsa-brasil.com.br/hotsite/artigos/fundamentos-da-protecao-de-dados/>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, p. 67-111, 2012.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima Marques. (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176-225, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 45, p. 109, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MURRAY, Kyle; HÄUBL, Gerald. Explaining Cognitive Lock-In: The Role of Skill-Based Habits of Use in Consumer Choice. *Journal of Consumer Research*, Vol. 34. p.1-12, June 2007.

NADEL, Mark. Computer Code vs. Legal Code: Setting the Rules in Cyberspace. *Federal Communications Law Journal*, Vol. 52, p. 821-836, May 2000.

NASSIF, Erick Viana Salomão. Efeitos das Práticas Restritivas Sobre Economia Brasileira, e a Repressão às Condutas Anticoncorrenciais. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, p. 2011.

OECD. *Enhancing Competition in Telecommunications: Protecting and Empowering Consumers*. Disponível em: < <https://www.oecd.org/sti/consumer/40679279.pdf> >. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

OFFICE OF FAIR TRADE. *Switching Costs*. Londres: OFT, 2003

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OPPLIGER, Rolf. *Internet and Intranet Security*. Boston: Artech House, 2002.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT CONOMIQUES. *Rountable on Refusals to Deal*. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2007_oct_refusals_to_deal.pdf >

>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.
Abuse of Dominance and Monopolisation. OCDE: Paris, 1996.

_____. *Glossary of Industrial Organization e Economics and Competition Law*. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/abuse/2376087.pdf>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2018.

_____. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 8 de junho de 2016.

PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall. Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design. *Management Science*. Vol. 51, No. 10, p. 1494–1504, October 2005.

PASTOR SEMPERE, Maria del Carmen. *Dinero Electrónico*. Madrid: Nueva Imprenta, 2003.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, p. 131-151, out./dez. 2010.

PIRANO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. p. 346-409, 2007.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

PITOFSKY, Robert, *Introduction: Setting the stage, How the Chicago school overshot the mark - The effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford:Oxford University Press, 2008.

POSNER, Richard. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University Of Pennsylvania Law Review*. Vol. 127, p. 925-948, 1979

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Vol. 3, n.5, maio 1996.

PRIVACY INTERNATIONAL E OPEN SOCIETY INSTITUTE. *Privacy and Human Rights*. Disponível em: < <http://gilc.org/privacy/survey/intro.html>>. Acesso em 22 de julho de 2015.

QAQAYA, Hassan; LIPIMILE, George. *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082_en.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

QUESADA, Adrian. *Proteccion de Datos en la Convergencia de las Telecomunicaciones*. 840 f. Tese (Licenciatura em Direito). Universidade de Costa Rica. Costa Rica, 2014.

RAYMOND, Guy. *Incidences de La Loi MURCEF sur le Marketing des Établissements de Crédit*. Limoges: Pulim, 2004.

REALE, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 520-525, 1985.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick. *Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico en el Marco de los Procesos de Integración Comercial*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Do Príncipe Bismarck à Princesa Carolina de Mônaco: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no Código Civil. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf: 10 anos de vigência do Código Civil de 2002*. São Paulo: Saivara, p. 111-125, 2013.

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

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANNE, Christer. Willing consumers—or locked-in? Policies for a sustainable consumption. *Ecological Economics* 42, p.273–287, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARNEY, José. *Discurso Presidente Sarney por ocasião da posse da Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/palavra_presidente.asp>. Acesso em 15 de junho de 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. *Revista dos Tribunais: Doutrina Civil*, São Paulo: RT, ano 98, p. 10-31, fev. 2009.

SCHNEIDER, Andressa. *Do Direito da Concorrência ao Direito à Concorrência: O Reconhecimento do Direito Fundamental à Concorrência a partir do Direito Fundamental à Defesa do Consumidor*. 2016. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Faculdade de Direito, 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a Time of Populism*. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>>. Acesso em 24 de janeiro de 2017.

SHMILOVICI, Uzi. *The Complete Guide To Freemium Business Models*. Disponível em: <https://techcrunch.com/2011/09/04/complete-guide-freemium/>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

SOLUM, Lawrence. Models of Internet Governance. In BYGRAVE, Lee; BING, John. *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, p.48-92 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, No. 1, p. 3-21, Spring, 1971.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, p. 551-629, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 41-79, set./dez. 2015.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, n.º 335, p. 335-380, 2013.

TAUFICK, Roberto. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas state action e pervasive power no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista ANTT*. Volume 2 Número 2 Novembro 2010 .

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In TEPEDINO, Gustavo (coord.): *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 199-216, 2001.

THE GUARDIAN. *The NSA Files*. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillance-world-leaders-calls>. Acesso em 20 de julho de 2015.

THIERER, Adam. The Case for Internet Optimism, Part 2: Saving the Net from its Supporters. In SZOKA, Berin; MARCUS, Adam. *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*. Washington DC: TechFreedom, p. 139- 162, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 13 de fevereiro de 1979.

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

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

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

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Processo C-131/12*. Julgado em 13 de maio de 2014.

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

_____. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. *United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 14 de fevereiro de 1978.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*. New York and Geneva: United Nations, 2002.

UNITED NATIONS. *The Right to Privacy in the Digital Age*. Disponível em: www.Ohchr.org/en/issues/digitalage/pages/digitalageIndex.aspx. Acesso em 6 de janeiro de 2018.

U.S DEPARTMENT OF JUSTICE. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Washington: U.S. Dep't of Justice, 2008.

VERONESE, Alexandre; MELO, Noemy. O Projeto de Lei n.º 5.276/2016 em Contraste com o Novo Regulamento Europeu (2016/679 UE), *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 14, p. 71 – 99, Jan - Mar de 2018.

VEGA, José Antonio. *Derecho de las Nuevas Tecnologías: Contratos Electrónicos y Protección de los Consumidores*. Madrid: Editora Reus, 2005.

WANG, Henry; YANG, Bill. Fixed and Sunk Costs Revisited. *Journal of Economic Education*. P. 179, Spring 2001.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Vol. IV, n.º 5, p. 193-2201, 1890.

WEI, Yanhao; YILDIRIM, Pinar; VAN DEN BULTE, Christophe; DELLAROCAS, Chrysanthos. Credit Scoring with Social Network Data. *Marketing Science*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2475265>. Acesso em: 26 de janeiro 2018.

WHISH, Richard. *Competition Law*. Londres: Butterworths, 2001.

WUBBEN, Martine; SCHERMER, Bart; TETERISSA, Deniece. *Legal aspects of the Digital Single Market Current framework, barriers and developments*. Amsterdã: Considerati, 2012.

YOO, Christopher. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*. Vol 19:5, p. 1147-1162, 2012.

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

ZANATTA, Rafael. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2015.

ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, p.1-14, 2012.

ZEITER, Anna. The New General Data Protection Regulation of the EU and its Impact on IT Companies in the U.S. *Stanford – Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2014.