

VIII FÓRUM DA INTERNET

COMITÊ GESTOR DA INTERNET

O retorno do direito concorrencial?

Proteção de dados pessoais, discriminação de preço e a nova economia de dados

Relatório do Debate

07 de novembro de 2018

11 horas, sala 1

Proponente

Rafael Zanatta; masculino; São Paulo - SP, rafael.zanatta@idec.org.br; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; terceiro setor.

Debatedores

- Ana Carolina Caram; feminino; distrito federal; Secretaria Nacional do Consumidor, setor governamental. Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC da Secretaria Nacional do Consumidor e colaboradora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - MPMG. É mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, especializada em m Direito Público Municipal pelo Centro de Estudo da Área Jurídica Federal - CEAJUFE.
- Rafael Zanatta: masculino; [São Paulo-SP]; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; terceiro setor. Líder do programa de direitos digitais do Idec. Doutorando pelo Instituto de Energia e Ambiente da USP. Mestre em Direito pela USP, onde foi coordenador do Núcleo de Direito, Internet e Sociedade. Mestre em Direito e Economia Política pela Universidade de Turim. Foi líder de projeto do InternetLab. É membro titular do Comitê de Defesa dos Usuários de Telecomunicações da Anatel.

- Vinicius Marques Carvalho: maculino; [São Paulo-SP]; Universidade de São Paulo; comunidade científica e tecnológica. Professor do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo. É advogado e sócio do escritório VMCA. Foi Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2012-2016), Secretário de Direito Econômico (2011-2012) e Conselheiro do Cade (200-2011). É doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo e em Direito Público Comparado pela Universidade Paris I (Panth).

Moderadora

Marcela Mattiuzzo; feminino; São Paulo-SP; Universidade de São Paulo; comunidade científica e tecnológica. Advogada e sócia do escritório VMCA. É pesquisadora visitante na Yale Law School. Foi assessora e chefe de gabinete da Presidência do Cade. É mestrandia em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e bacharela em direito pela mesma instituição.

Relatora

Livia Pazianotto Torres; feminino; São Paulo-SP; Instituto Brasileiro do Consumidor; terceiro setor. Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Graduanda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Objetivos e resultados (propostos e atingidos):

O workshop teve o formato de debate. A mediadora realizou uma introdução de 10 minutos, contextualizando e apresentando os grandes eixos de discussão do seminário. O representante da sociedade civil introduziu como tem se dado a participação de ONGs em casos de direito antitruste que estão na fronteira dos direitos digitais, como pretendido. O representante do setor privado (Leonardo A. F. Palhares, da Câmara e-Net) não pode comparecer, de modo que este objetivo específico não atingido. A representante da Senacon abordou o trabalho da Secretaria e de processos administrativos que envolvem proteção de dados pessoais, também como inicialmente postulado. O representante do CADE, por sua vez, pode trazer para o debate uma perspectiva técnica sobre direito concorrencial.

Justificativa em relação à governança da Internet:

Desde a formulação do decálogo do Comitê Gestor da Internet para a Governança da Internet (Res CGI.br/2009), a proteção de dados pessoais é pensada dentro da moldura de que “o uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos”. No mesmo decálogo, discute-se a importância da inovação e da “ampla difusão de novas tecnologias”. O Marco Civil da Internet vai adiante e enquadra tanto a livre concorrência quanto os direitos humanos como pilares do uso da Internet em seu art. 2º. Apesar de pouco articuladas e pensadas em conjunto, tanto a proteção de dados pessoais quanto a livre concorrência fazem parte da moldura de governança da Internet brasileira. Em um levantamento feito pela Diplo Foundation em 2017 intitulado “Dez maiores tendências da Governança da Internet”, a definição de princípios e políticas para a “economia da Internet” aparece como item prioritário, levando em consideração investigações de diferentes autoridades antitruste sobre os casos Google Shopping e a compra do WhatsApp pelo Facebook. No Internet Governance Forum de 2017, em Geneve, um debate semelhante ocorreu no painel “Data is the new oil: shaping the digital economy”, o que evidencia a penetração dessa discussão nos fóruns de Governança da Internet. Apesar de questões concorrenciais e antitruste serem domésticas e geralmente tratadas por autoridades administrativas especializadas (como a Federal Trade Commission nos EUA ou o CADE no Brasil), é evidente que o uso da Internet no Brasil tem como pilares a inovação, a livre concorrência e a proteção de dados pessoais. O esforço deste workshop é demonstrar o intercruzamento desses objetivos normativos e sua íntima conexão com debates maiores sobre sustentabilidade da Internet tal como a conhecemos.

Metodologia e formas de participação desenvolvidas durante o workshop:

O workshop teve o formato de debate. O representante da sociedade civil abordou a participação de ONGs em casos de direito antitruste que estão na fronteira dos direitos digitais. A representante da Senacon abordou o trabalho da Secretaria e de processos administrativos que envolvem proteção de dados pessoais. O representante do CADE, por sua vez, trouxe para o debate uma perspectiva técnica sobre direito concorrencial. Os

palestrantes foram instruídos a não utilizar excessivamente termos técnicos e jargões econômicos. A audiência foi provocada pela mediadora para que, ao final das apresentações, haja engajamento e diálogo crítico dos participantes do workshop. Com algumas semanas de antecedência, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor realizou a divulgação do workshop, estimulando a participação das pessoas.

Síntese dos Debates

Consensos: O cruzamento do debate de Direito do Consumidor e de Direito Concorrencial no que tange a proteção de dados pessoais dentro da economia digital é ainda muito recente, de forma que há dúvidas sobre a possibilidade de aplicação do ferramental de concorrencial para proteger os consumidores contra condutas de grandes plataformas virtuais.

Pontos a aprofundar: Quais são os problemas da concentração econômica no mercado digital em relação à proteção de dados pessoais? Quais as ferramentas disponíveis do Direito Concorrencial para maior regulação dos impactos do mercado digital?

Rafael Zanatta

O marco civil, em nível principiológico, faz a ponte entre os direitos digitais e a economia nos seus objetivos econômicos. Afinal, uma das finalidades do tratamento de dados é a questão econômica, sendo um mercado em crescimento. Porém, atualmente temos uma situação de insustentabilidade por conta da concentração econômica das plataformas na internet. O desafio posto é mitigar os efeitos decorrentes desta concentração, sem possuir uma definição clara do contorno do mercado digital. Por conta disso, faz-se necessário retornar aos objetivos do Direito Concorrencial e verificar se suas ferramentas são suficientes para lidar com esta economia, vez que estão em risco a estabilidade econômica e a democracia.

Todavia, há uma barreira técnica para a participação das ONGs nesse debate, de sorte que este painel em si é introdutório do tema. Por conta deste diagnóstico, o Idec começou a trabalhar o assunto na RightsCon em parceria com o Intervozes, Public Knowledge, Vinicius Carvalho e Marcela Mattiuzzo. Em continuação, estruturou-se um curso piloto de 10 aulas de Direito Concorrencial na Faculdade de Direito da USP com foco nos

casos da economia digital, formando e capacitando pessoas para as ONGs no mesmo nível dos escritórios que atuam em favor das empresas. Pretende-se, ainda, formalizá-lo como extensão da FDUSP. Apresentou-se também um projeto ao FDD que visa financiamento para esta capacitação de membros do SNDC. O objetivo final, pois, é mobilizar a comunidade dos direitos digitais para debater direito concorrencial.

Vinicius Marques Carvalho

Até a década de 1960 nos EUA vigorou no Direito Concorrencial o entendimento de que havendo dano à concorrentes por determinada estratégia empresarial, pode-se extrair seus efeitos anti-competitivos e tornar aquela conduta ilegal. Todavia, essa visão não impediu a concentração do poder econômico, mostrando a necessidade do antitruste estar relacionado à uma intervenção regulatória mais firme. Neste sentido, as teorias do dano passaram a considerar o fator da porcentagem de participação da empresa no mercado, posteriormente se há dano à concorrência e, em terceiro lugar, se há justificativa ou eficiências decorrentes deste comportamento que são benéficas ao mercado a médio ou longo prazo. A disputa passou a ser, nas décadas de 70 e 80, qual o peso colocar nas balanças: mais nas eficiências ou mais no dano?

Assim, devemos olhar o ambiente de mercado da economia digital para avaliar se seria necessário garantir o processo competitivo como um todo, esquecendo o debate sobre eficiências, que poderia validar certas condutas, e olhar objetivamente a conduta empresarial. De fato, é difícil definir o mercado no espaço digital, porque suas fronteiras são nebulosas, sendo igualmente difícil mensurar o tamanho das empresas que atuam nesse ambiente. A dúvida é se é possível apoiar-se neste modelo já plasmado de Direito Concorrencial.

Ana Carolina Caram

Sendo o CDC é da década de 90, faz-se necessário entender a lógica do mercado digital para então entender como regulá-lo, garantido aos consumidores a proteção da privacidade, de seus dados pessoais e do direito de escolha. Há que se questionar, assim, como o tratamento pode impactar na concorrência. Afinal, empresas com maior participação no mercado digital possuem mais capacidade de coleta, armazenamento e

tratamento massivo de dados precisos e individuais, abrindo caminho para possíveis práticas abusivas que a coloquem em posição ainda mais vantajada. Deve-se considerar, também, que por conta de repasses ilegais a terceiros ou mesmo por incidentes de segurança e vazamento de dados, os consumidores têm suas informações circulando e sendo utilizadas para que as empresas consigam atingir ainda mais pessoas, sem ter seu direito à informação respeitado.

Perguntas

- 1. Foi mencionado que o código de defesa do consumidor data da década de 1990. Como foi exposto pela mesa, as relações de consumo sofreram alterações desde então, em função do avanço tecnológico, da recém-aprovada Lei de Proteção de Dados, etc. Há previsão de reformulação ou atualização desses mecanismos de defesa do consumidor, como o Código, o SAC, etc?*
- 2. Quais instrumentos do antitruste tradicional podem ser usados? É possível definir algum mercado ou só são definíveis no caso concreto? A atuação concorrencial é inviabilizada por conta dessa indefinição?*
- 3. Muitas vezes o consumidor se vê obrigado a optar por um serviço/marca, mesmo sem concordar com os termos de uso, quanto à coleta e fornecimento de dados, porque não encontra alternativa mais segura. Como as políticas públicas podem resolver isso?*
- 4. Considerando que há vários mercados sem preço na internet; que o direito da concorrência sempre diz ser a qualidade relevante, mas não conseguiu fixar este entendimento; que se enxerga a tendência do antitruste olhar mais para a dilapidação da privacidade como diminuição da qualidade de oferta; como atuar?*
- 5. É possível atuar mais em atos de concentração, porque há maior abertura legal, do que trabalhar com condutas, porque se analisa comprovação de dano à concorrência.*
- 6. Como se articula a economia digital, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de escolha?*
- 7. Gostaria de saber como o direito da concorrência e do consumidor olham para o caso decolar.com e em que medida esses discursos dialogam.*

8. *Podem comentar sobre o caso AT&T (quebra de mercado de TV por plataformas de streaming) e a time war?*
9. *Qual a relação do direito concorrencial com o mercado de formação de opinião?*

Ana - Existe projeto de lei para trazer o e-commerce para o CDC, mas o PL está parado.

Rafael - O caso decolar.com mostra a força principiológica do CDC. Não foi imbricado em discussão de concorrencial, mas de abuso de direito, pensando em aspectos de justiça.

A experiência da Comissão Europeia é a de reprimir condutas unilaterais e de abuso econômico (caso da google com pré aplicações no android, amarrando o consumidor ao sistema operacional e aos aplicativos do google, impedindo a capacidade de escolha dos consumidores). Os americanos entendem bem-estar do consumidor de outra forma. As teses de fronteira progressistas estão na Europa. Ainda não há um fenômeno de cartelização automática, mas há reconstrução de casos sob esse viés.

Vinicius - Acordos que revelem políticas discriminatórias, situações em que se percebe uma chave (venda casada, banda): esse tipo de situação identificada independe da determinação de mercado relevante, de forma que seria necessário saber se a empresa tem poder de mercado. A definição de mercado relevante e participação de mercado é indicador de poder de mercado, mas há outros indicadores. Assim, não é necessário definir mercado, mas saber se a empresa tem poder. A definição de participação de mercado foi instrumento desenvolvido no século XX na era industrial. É possível definir mercado da era digital, mas a conduta em si é mais relevante para a análise concorrencial.

O ponto mais delicado sobre a discriminação de preços é que o algoritmo que o calcula (com base em dados pessoais ou não) precifica de acordo com a possibilidade e disposição de pagar do consumidor. Isso é vantagem competitiva de meios próprios ou é conduta anticompetitiva? Vai gerar danos aos concorrentes porque está sendo mais eficiente ou porque se lastreia em conduta anticompetitiva?

O antitruste nunca deixou a qualidade ao pensar nas vantagens econômicas. As ferramentas analíticas para perda de qualidade estão associadas a uma diminuição da inovação, esta sempre vista como positiva. Qualidade pode ser aferida como perda da

capacidade de inovação, mas é muito difícil olhar para um aspecto específico. Associa-se qualidade dos meios de comunicação à diversidade, por exemplo, no caso das OTT. Esta é uma discussão mais complexa que o mero preço.

Ana: Estímulo às denúncias sobre as irregularidades do mercado. Talvez a saída realmente esteja no debruçamento sobre este tema da concorrência dos mercados para sua regulação benéfica aos consumidores. Qualquer diferenciação é vetada pelo CDC. A modernização do CDC quer trazer mais segurança para os consumidores.

Rafael: Não sei a resposta de como recombinar os conceitos de qualidade e bem estar do consumidor, mas é uma questão disputável. Teoria tem impacto concreto muito grande e podemos disputar esse campo teórico. Há textos de dois italianos que olham o problema de um caso envolvendo o Facebook, mas não há resposta definitiva: não se sabe o valor dos dados vendidos para terceiros; o quanto isso gera de eficiência e benefício de consumidor. Porém, o fato da coleta ser muito intensa já não é um problema quando pensamos na proteção de dados pessoais. Esse debate é apenas um primeiro espaço e nosso papel é prosseguir e organizar essa discussão. No caso das ONGs, a atuação não precisa ser no CADE, pensando, por exemplo, na Sebrape que atuou como Amicus Curiae.