



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer nº 184 COGPC/SEAE/MF

Em 03 de julho de 2015.

Assunto: Contribuição à Consulta Pública do Ministério da Justiça que trata do Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais.

Ementa: Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais que regulamenta o disposto na Lei nº 12.965/2014 – o Marco Civil da Internet. O parecer contém uma seção sobre Análise Econômica do Direito à Proteção de Dados Pessoais e uma Análise Concorrencial. O Anteprojeto de Lei apresenta preocupações concorrenciais.

Recomendações: (i) Revisão da redação do Parágrafo Único do Art. 3º e o disposto no parágrafo 1º do Art. 7º, incorporando as recomendações desta Seae sobre os impactos negativos à concorrência e à inovação; (ii) Aconselhamos que os Arts. 32 e 33 sejam suprimidos, por apresentarem forte restrição à concorrência e à inovação; e (iii) Que o Anteprojeto de Lei seja mais flexível na adoção do regime *Opt-in*, adotando a sua versão mais flexível, do tipo *Third-Party-Sharing Opt-in*.

Referência: Consulta Pública eletrônica do Ministério da Justiça sobre o Marco Civil da Internet aberta entre os dias 28.01.2015 e 05.07.2015.

Acesso: Público.

1. Introdução

1. A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ lançou em 28 de janeiro de 2015 duas Consultas Públicas diretamente ligadas ao uso da internet e à proteção de dados do cidadão: o anteprojeto de lei de Proteção de Dados Pessoais e a minuta do decreto presidencial que vai regulamentar o Marco Civil da

Internet (Lei nº 12.965/2014). Este é o segundo parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico a cobrir as questões relacionadas à regulamentação do Marco Civil da Internet – MCI. O primeiro parecer, o “Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 74/COGPC/SEAE/MF”, tratou das questões pertinentes à Neutralidade de Rede, enquanto que este foca nos impactos concorrenciais da Proteção de Dados Pessoais.

2. O Anteprojeto de Lei é dividido em sete capítulos temáticos (requisitos para o tratamento de dados pessoais; direitos do titular; comunicação e interconexão; transferência internacional de dados; responsabilidade dos agentes; e sanções administrativas) mais um capítulo para as disposições preliminares e outro para as exposições transitórias e finais. Os princípios que devem nortear a atividade de tratamento de dados pessoais de acordo com o anteprojeto são: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção e não discriminação. A SEAE identificou o “princípio da não discriminação” como uma inovação em comparação com os princípios estabelecidos nas *Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* da OECD, que serão detalhados na seção 3 deste parecer.

3. Se o anteprojeto for sancionado, a proteção de dados pessoais será regida pelo consentimento do titular da informação, confirmando a posição do Brasil por uma regulação baseada no regime *Opt-in*, que significa a expressão da vontade de um usuário de internet ou *mobile*, afastando-se sua presunção de aceite pelo silêncio. O potencial impacto anticoncorrencial do regime *Opt-in* será abordado nas seções 3 e 4. Este parecer compõe-se das seguintes seções: esta introdução, objetivos da proposta, análise econômica do direito à proteção de dados pessoais na internet, análise concorrencial e uma conclusão com as recomendações da Secretaria de Acompanhamento Econômico.

2. Objetivos da Proposta

4. O objetivo do Anteprojeto de Lei é estabelecer padrões mínimos de qualidade no uso de um dado pessoal a serem seguidos por empresas e governo. A proposta procura solucionar as assimetrias de poder em matéria de informação pessoal existente entre o titular dos dados pessoais e as organizações públicas ou privadas que os coletam e os tratam. O Anteprojeto de Lei, portanto, aumenta o controle do cidadão sobre a sua

privacidade na internet, dando a ele maior poder sobre o que pode ou não ser divulgado sobre si.

3. Análise Econômica do Direito à Proteção de Dados Pessoais

3.1. Sobre a Privacidade

5. O conceito de privacidade tem diferentes significados para diferentes pessoas e sociedades. Para Warren e Brandeis (1890)¹ é a proteção do espaço pessoal de alguém e seu direito de ser deixado em paz. Westin (1967)² entende como a habilidade que as pessoas têm para controlar como suas informações pessoais serão adquiridas e usadas. Também se pode registrar a privacidade como um aspecto de dignidade, autonomia e liberdade humana, de acordo com Schoeman (1992)³.

6. As implicações da privacidade constituem um tema bastante estudado na Teoria Econômica. Formalmente, a análise econômica interpreta a privacidade como um encobrimento das informações pessoais, logo, uma forma de “assimetria de informação”⁴. Em geral, quanto maior a informação disponível no mercado, a tendência é que os agentes econômicos façam escolhas melhores, gerando um bem-estar social maior do que quando se opera em um mercado com baixa quantidade e qualidade de informações.

7. Nem toda informação é produtiva, nem toda informação deve ser obrigatoriamente revelada. Para Cooter e Ulen (2010)⁵, as doutrinas que alocam informações são diferentes de doutrinas que alocam outros bens econômicos, pois as informações são descobertas e transmitidas, ao passo que a maioria dos outros bens é feita e consumida. Diferentemente do consumo de mercadorias, a exploração econômica da informação não diminui a sua quantidade para outros agentes econômicos, o que permite a sua transmissão para muitas pessoas sem torná-la escassa.

8. Cooter e Ulen (2010)⁶, definem informações públicas como aquelas que são de conhecimento de ambas as partes numa barganha, enquanto as informações que são

¹ Warren, S. & L. Brandeis (1890). The right to privacy. Harvard Law Review 4 (5), 193-203.

² Westin, A. (1967). Privacy and Freedom. New York: Atheneum Publishers.

³ Schoeman, F. D. (1992). Privacy and social freedom. Cambridge university press.

⁴ Informações assimétricas: situação na qual o comprador e o vendedor possuem informações diferentes sobre uma transação.

⁵ Cooter, R. & Ulen, T (2010). Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman.

⁶ Idem

conhecidas por uma das partes apenas, são informações privadas. Quando as informações privadas são oriundas de informações produtivas, informações que frutam de uma aquisição ativa por meio de um investimento, de uma descoberta ou de uma atividade econômica lícita, entende-se que há geração de riqueza para a sociedade. Por isso a doutrina deve proteger e estimular os indivíduos a produzirem informações produtivas. Agora, ressaltam que a doutrina também deve orientar e exigir que as partes divulguem informações sobre segurança, mesmo quando elas são informações privadas e produtivas, pressupondo-se que inexistindo o “dever da revelação” dessas informações por, pelo menos, uma das partes, qualquer relação de troca existente entre elas seria inexecutável.

9. Assim, a Seae reconhece que diversos modelos de negócios cujo objetivo é a troca de um bem ou serviço pelos dados pessoais de um usuário na internet não são violadores de direitos do consumidor, nem ilícitos anticoncorrenciais, pelo contrário, podem gerar valor econômico para o consumidor e aumentar a rivalidade entre as empresas. Desde que seja uma relação de troca baseada em informações de natureza produtivas, e não de natureza redistributivas (aquela que cria uma vantagem na barganha que pode ser usada para redistribuir riqueza em favor da parte informada), não há motivos econômicos para que a doutrina restrinja relações comerciais assim. A exceção é quando alguma parte falta com o “dever da revelação”, que, aplicado à internet, diz respeito à segurança na rede com relação à privacidade do usuário.

3.2. Sobre a Proteção do Consumidor

10. Pela ótica da proteção do consumidor, o tema revela um grande número de desafios para o consumo de produtos e conteúdos digitais, seja na aquisição ou no uso. A *Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD lista os principais temas em torno da Defesa do Consumidor: (i) a inadequada disponibilização da informação; (ii) as práticas comerciais injustas ou enganadoras; (iii) as preocupações sobre a coleta, uso e compartilhamento de dados pessoais de consumidores; (iv) as resoluções inadequadas de disputa e mecanismos de reparação; e (v) as preocupações sobre encargos não autorizados associados com o uso de aplicativos e jogos eletrônicos online (OECD, 2014)⁷.

⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2014). Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products. OECD Digital Economy Papers, n. 241: OECD Publishing.

11. Sobre a Defesa do Consumidor associada com segurança e privacidade a OECD (2013a)⁸ recomenda aos seus países membros oito princípios para a estruturação da governança sobre proteção da privacidade e o fluxo transfronteiriço de dados pessoais. A OECD convida países não-membros a adotarem essas recomendações e contribuírem com os países membros na implementação dessas melhores práticas. São elas:

- i. Princípio da Coleção Limitada: deve haver limites para a coleção de dados pessoais e qualquer dado deve ser obtido por meios legais e justos e, quando apropriado, com o conhecimento e consentimento do indivíduo.
- ii. Princípio da Qualidade dos Dados: os dados pessoais devem ser relevantes para o propósito pelo qual estão sendo usados e devem ser precisos, completos e continuamente atualizados.
- iii. Princípio do Propósito Específico: os fins para os quais os dados pessoais são recolhidos devem ser especificados, no mais tardar, no momento da coleta de dados e da limitada utilização posterior ao cumprimento desses propósitos, ou outros tais que não sejam incompatíveis com essas finalidades, assim como serem especificados a cada ocasião de mudança de propósito.
- iv. Princípio da Limitação do Uso: dados pessoais não devem ser divulgados, disponibilizados ou utilizados para outros fins que não os especificados nos termos do Princípio do Propósito Específico, exceto com o consentimento do titular dos dados ou pela autoridade da Lei.
- v. Princípio da Segurança Preventiva: dados pessoais devem ser protegidos por razoável segurança preventiva contra riscos e perdas ou acessos não autorizados, destruição, uso, modificação ou divulgação.
- vi. Princípio da Transparência: deve haver uma política geral de transparência sobre os desenvolvimentos, práticas e políticas no que diz respeito aos dados pessoais. Meios devem estar prontamente disponíveis de demonstrar a existência e natureza dos dados pessoais e os principais efeitos da sua utilização. Bem como a identidade e a residência habitual do tratamento dos dados.

⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2013a). Revised Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD, Paris, 2013. Disponível em www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf. Acesso em 27 de abril de 2015.

- vii. Princípio da Participação Individual: os titulares dos dados pessoais devem ter o direito de: (a) obter do responsável pelo controle dos dados, ou qualquer outro, confirmação de que o controlador tem ou não dados que lhes digam respeito; (b) ter comunicado a eles os dados que lhes dizem respeito dentro de um prazo razoável, sem carga excessiva, de uma maneira razoável e em uma forma que é facilmente compreensível para eles; (c) receber fundamentadas razões, se um pedido feito nos termos (a) ou (b) for negado, e ser capaz de contrarrazoar tal negação; (d) questionar os dados que lhes digam respeito e, se o questionamento for bem-sucedido, que os dados sejam apagados, retificados, concluídos ou alterados.
- viii. Princípio da *Accountability*: um controlador de dados deve ser responsabilizado pelo cumprimento de medidas para tornar efetivos os princípios acima referidos.

12. Os consumidores divulgam seus dados pessoais voluntariamente na expectativa de ganhos econômicos ou sociais de uma relação, balanceando os benefícios com um conjunto de riscos associados com a divulgação. Isto é, os consumidores trocarão informações pessoais até o ponto em que os riscos percebidos da divulgação de informações não excedam os benefícios. Nota-se que, superficialmente, essa relação de troca pode ser agasalhada pelo ordenamento jurídico vigente, o qual, no caso brasileiro, se materializaria no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Culnan e Bies (2003)⁹ analisam a questão de forma mais aprofundada, ilustrando que a privacidade e o desejo dos consumidores em divulgar seus dados pessoais possuem preocupações crescentes de acordo com a percepção de “justiça” na relação de troca por essas informações privadas.

13. A primeira concepção é a “Justiça Distributiva”, que está associada com a percepção de justiça no resultado da relação de troca entre o consumidor e a empresa. Resume-se a uma análise de custos e benefícios, no qual os consumidores conseguem comparar o que receberam em troca a partir do que diferentes empresas oferecem para que eles divulguem informações similares. Outra concepção é a “Justiça Inter-racional”, que se refere à percepção do sujeito sobre a equidade de tratamento que ele recebe em comparação ao outro. Isto pode ser exemplificado nos casos em que a empresa quebra sua promessa de como os dados pessoais são tratados levando a que os consumidores

⁹ Culnan, M. & Bies, R (2003). Consumer Privacy: Balancing Economic and Justice Considerations. *Journal of Social Issues*, 59(2), 323-342.

não afetados passem a mudar seus hábitos de consumo depois de observarem o tratamento dado aos consumidores afetados. Por fim, há a “Justiça Processual”, que mostra a percepção do consumidor sobre quão justo foi o processo da relação de troca. Neste item, quanto maior o controle que o consumidor tem sobre o que revelar de sua privacidade, maior a sensação sua sensação de segurança, por isso, a regulação baseada no consentimento do tipo *Opt-in* é preferível segundo os autores (CULNAN & BIES, 2013)¹⁰.

14. O escopo teórico no qual este parecer foi elaborado está montado sobre o ***trade-off* associado com o compartilhamento de dados pessoais dos consumidores e sua proteção** (ACQUISTI, 2010)¹¹, sendo necessário advertir sobre os efeitos concorrenciais e regulatórios do regime do tipo *Opt-in*, isto é, pela expressão da vontade de um usuário de internet ou *mobile*. Inicialmente, é preciso ter em mente que o *Opt-in* e o *Opt-out* (quando o “aceite pelo silêncio” é aplicado como expressão da vontade do usuário) alcançariam o mesmo resultado se os “custos de transação” fossem nulos¹². Quer dizer que, se não houvesse “custos de transação” para a proteção da privacidade após a relação de troca e a informação coletada tivesse um valor maior para o consumidor do que para a empresa, o consumidor poderia reaver seus dados pessoais via mercado, antes da empresa explorar tais dados e informações economicamente, seja por interesses comerciais próprios ou transacionando-os para terceiros. Entretanto, há custos de transação significativos ao consumidor, o que o impede de ter algum controle sobre a sua privacidade e o compartilhamento de seus dados pessoais após feita a coleta pela empresa, aumentando a sensação de injustiça, seja de forma distributiva, inter-racional ou processual, o que aumenta a demanda por Justiça (mais ações no Judiciário).

15. Staten e Cate (2003)¹³ fazem uma síntese sobre os tipos de regime *Opt-in* e seus possíveis efeitos. De modo geral, em comparação com o regime *Opt-out*, o *Opt-in* dá mais proteção ao consumidor, porém é mais custoso para as empresas. Há, também, um problema comportamental: a maioria dos consumidores pode perder os benefícios dos

¹⁰ Idem.

¹¹ Acquisti, A. (2010). The Economics of Personal Data and The Economics of Privacy: 30 years after the OECD Privacy Guidelines. OECD Conference Centre. Background Paper #3.

¹² Análise trivialmente deduzida do Teorema de Coase, que diz que, em um mercado com custos de transação nulos, a distribuição original de direitos é irrelevante, pois o mercado entrará em equilíbrio com os direitos sendo alocados no final aos agentes que mais os valorizam. Ver: Coase, R. (1960). The problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, v. 3, pp. 1-44.

¹³ Staten, M. & Cate, F. (2003). The Impact of Opt-in Privacy Rules on Retail Credit Markets: a case study of MBNA. Duke Law Journal, 52(4), pp. 745-786.

serviços por não responder ou não dar a devida atenção ao pedido de cessão das informações pessoais – aqui, pode-se extrapolar para possíveis efeitos na implementação ou execução de políticas públicas que se proponham a usar a internet como ferramenta principal, como a coleta de dados para a previdência social, histórico médico-hospitalar, antecedentes criminais, etc.

16. Os autores acima referidos dividem a regra *Opt-in* da seguinte forma: (i) *Third-Party-Sharing Opt-in*; (ii) *Affiliate Sharing Opt-in*; (iii) *Blanket Opt-in*. A forma em (i) é a mais flexível, a regra permite o uso interno de informações pessoais da organização sobre consumidores e membros, mas requer um consenso *Opt-in* antes de a informação pessoal ser divulgada a uma terceira parte externa a organização. O modo em (ii) estabelece uma restrição sobre o tipo (i), por limitar o compartilhamento da informação pessoal de corporações filiadas por dentro de uma mesma organização. Por fim, o tipo de regime *Opt-in* em (iii) é a exigência do consenso do consumidor para qualquer uso interno da informação pessoal, exceto aquilo que for permitido em Lei – esta forma é a mais restritiva de todas.

17. Na seção a seguir, verá que a regra *Opt-in* possui efeitos sobre a concorrência e a inovação que se agrava de acordo com o grau de restrição que ela impor. Estes efeitos são objetos de análise desta secretaria em duas abordagens: (i) quanto à qualidade regulatória, como o anteprojeto regulamenta o Marco Civil da Internet, é preciso pensar sobre se as regras são amigáveis quanto à inovação e não se constituem barreiras à entrada de novos competidores; e (ii) quanto aos aspectos concorrências impulsionados pela própria atividade econômica em torno da coleta de dados pessoais, se são mercados onde empresas com posições dominantes podem ser contestadas pela competição.

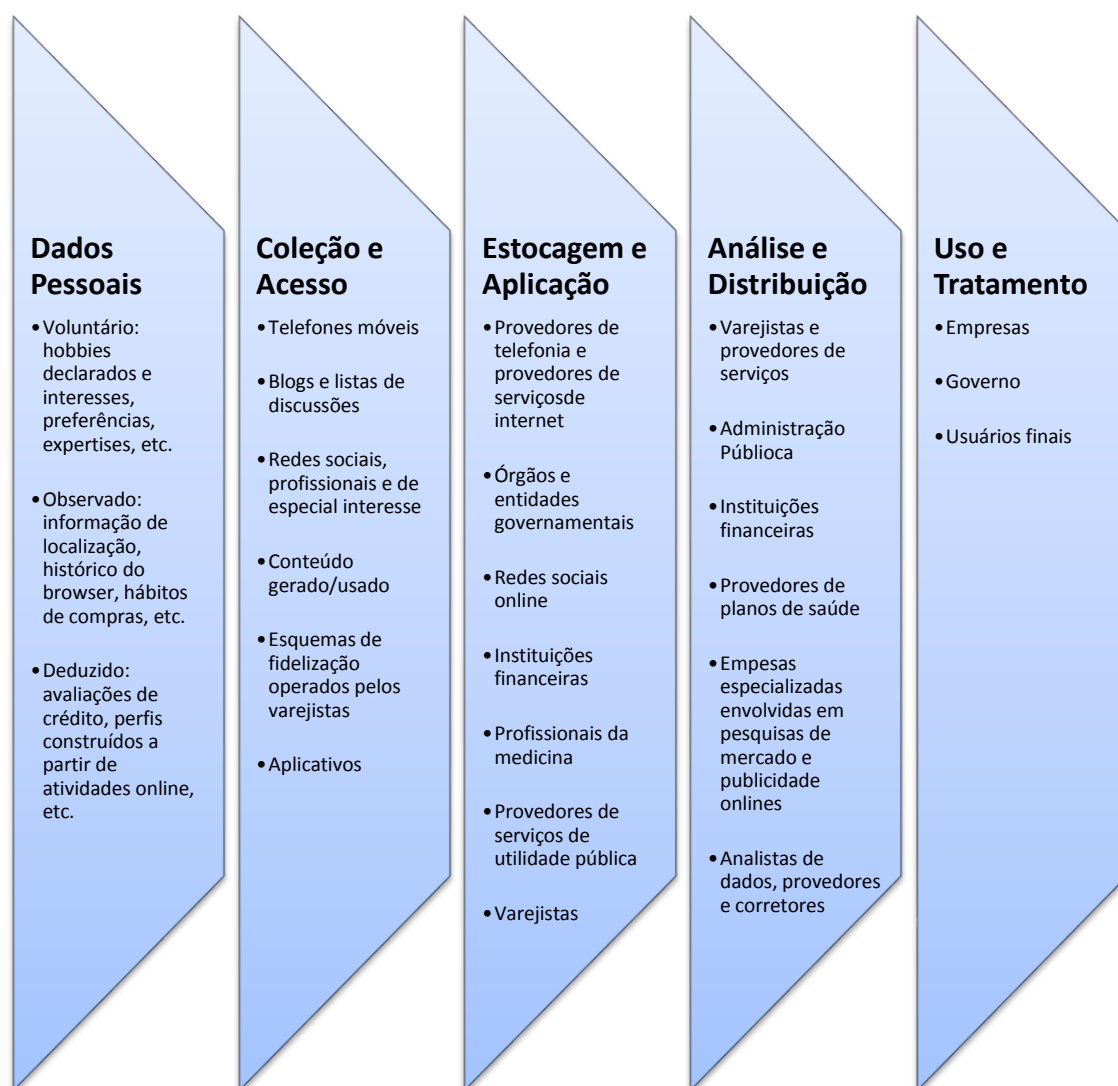
3.4. Sobre a Regulação do Mercado de Dados Pessoais

18. Culnan e Bies (2003)¹⁴ descrevem uma transação entre consumidor e vendedor demonstrando que há duas relações de troca. A primeira representa o valor na forma de bens ou serviços que é dado em retorno de dinheiro ou outros bens. Entretanto, quando se realiza a primeira troca, está implícita uma “segunda troca” onde o consumidor faz uma transação não-monetária de sua informação pessoal por um valor, um serviço de maior qualidade, uma oferta personalizada ou um desconto. É a segunda troca que

¹⁴ Culnan, M. & Bies, R (2003). Consumer Privacy: Balancing Economic and Justice Considerations. *Journal of Social Issues*, 59(2), 323-342.

fornece o fluxo contínuo de informações de clientes necessário para suportar um *marketing* de relacionamento necessário para a gestão de empreendimentos. Os dados pessoais podem ser adquiridos de forma voluntária, observada ou deduzida, como pode ser visto na Figura 11, que descreve a cadeia de valor dos dados pessoais.

FIGURA 1 – Cadeia de Valor dos Dados Pessoais



Fonte: OECD (2013a).¹⁵

19. Quando um consumidor interage com um vendedor, o vendedor desconhece o tipo de consumidor que ele é, como suas preferências e o seu preço de reserva para o produto, porém, depois que o consumidor transaciona com o vendedor, o vendedor

¹⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2013a). Exploring the Economics of Personal Data: Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. Directorate for Science, Technology and Industry. Committee for Information, Computer and Communications Policy.

adquire informações sobre o consumidor – e este não tem como saber o que aquele fará com essa informação adquirida por aquele. No atual estágio da tecnologia da informação, com grande uso da internet e com a velocidade de se armazenar, tratar e processar grandes bancos de dados, o valor da segunda troca para a economia passou a ser relativamente maior do que no passado – ao ponto de surgirem serviços gratuitos ao consumidor na primeira troca, só para se adquirir acesso às informações pessoais. Novos modelos de negócios surgem e, conseqüentemente, novos problemas e novas necessidades. Em síntese, é preciso esclarecer para a sociedade quais são as perdas sociais pelo excesso de privacidade e quais são os benefícios sociais pela divulgação dos dados pessoais, isto é, está-se diante de um *trade-off* associado com o **compartilhamento de dados pessoais dos consumidores e sua proteção**.

20. Segundo Acquisti (2010)¹⁶, as pessoas são motivadas a ceder voluntariamente seus dados pessoais para ter acesso a uma rede onde elas esperam se beneficiar das externalidades¹⁷ positivas lá existentes. Entre os benefícios e externalidades positivas da divulgação de dados pessoais para o consumidor pode-se listar o aumento da quantidade de produtos e serviços personalizados ofertados, anúncios feitos sob medida levando informações úteis pela publicidade segmentada, o recebimento de compensações monetárias pela divulgação e preços mais baixos oriundos de uma discriminação de preço pelo ofertante. Como consequência, quanto mais serviços personalizados o consumidor recebe de uma empresa, maior é o seu custo de migração¹⁸ para outras empresas. Neste ponto, pode-se questionar quais seriam os possíveis impactos concorrenciais que o aumento do custo de migração pode gerar no mercado, pois sabe-se que quanto maior for o custo de migração, mais a mudança é desestimulada (VARIAN, 2012)¹⁹.

21. Pelo lado das empresas, a divulgação de dados pessoais permite aumentar o “aprendizado” sobre os consumidores atuais ou potenciais e identificar tendências, permitindo aumentar a capacidade de lidar com os mercados ou clientes-alvo específicos, diminuindo os custos de comunicação com os clientes e de se obter

¹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2013a). Exploring the Economics of Personal Data: Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. Directorate for Science, Technology and Industry. Committee for Information, Computer and Communications Policy.

¹⁷ Externalidade: ação de um consumidor ou produtor que tem influência (positiva ou negativa) sobre outros produtores ou consumidores, mas que não é levada em consideração no preço de mercado.

¹⁸ É o custo que um consumidor tem para mudar de um serviço baseado em tecnologia da informação para outro.

¹⁹ Varian, H. (2012). Microeconomia: uma abordagem moderna. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

informações produtivas dos clientes. Além disso, cria-se um novo mercado para as empresas cujo produto principal não seja “obter dados pessoais agregados”: a comercialização desses dados agregados para outras empresas que neles tenham interesse (ACQUISTI, 2010)²⁰. O problema deste novo mercado pode estar na falta de controle do indivíduo sobre a sua privacidade, na interpretação supracitada de Westin – neste ponto, entende-se que o problema é mais de cunho regulatório e menos concorrencial.

22. O outro lado da moeda, os custos e externalidades negativas da divulgação de dados pessoais, é o inadequado uso das informações coletadas, de forma que a rede passa a ser geradora de externalidades negativas, ao invés de positivas. Isso ocorre pela hipossuficiência do consumidor em monitorar o comportamento da empresa, mesmo quando a própria empresa apresenta uma “política de privacidade” como contrapartida pela prestação do serviço – a princípio o consumidor não tem como saber se a empresa não está violando a sua própria política de privacidade. Soma-se a isso a possibilidade do consumidor ser vítima de uma discriminação de preço com o objetivo de extrair o seu preço de reserva (vide o caso *Amazon* e o DVD da Julie Taymor)²¹.

23. Pelo lado das empresas, as externalidades negativas da divulgação desregulamentada de dados pessoais está na maior exposição às ações judiciais, além de custos não-monetários, como perda de reputação, e custos de oportunidade (deixar de investir mais na sua atividade-fim, para aumentar o dispêndio com embates judiciais) (ACQUISTI, 2010)²². Novamente, esse problema é de cunho regulatório em parte, mas, também, contempla aspectos de responsabilização dos agentes, cabendo atuação do Judiciário, de forma que a instituição legal do tema deve situar-se sobre o *trade-off* entre regulação *ex ante* e responsabilização *ex post*, avaliando, principalmente, em que

²⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2013a). Exploring the Economics of Personal Data: Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. Directorate for Science, Technology and Industry. Committee for Information, Computer and Communications Policy.

²¹ Em setembro de 2000, um consumidor comprou o DVD ‘Titus’ da Julie Taymor por US\$24,49 no site da Amazon. Durante a semana ele notou que o preço subiu para US\$26,24 no site. Entretanto, depois de deletar os cookies e limpar o seu computador de tags eletrônicas que o identificavam como um comprador regular da Amazon, o preço oferecido para ele pelo mesmo produto caiu para US\$22,74. A empresa foi obrigada a reembolsar os consumidores que pagaram o preço mais alto pelo DVD e anunciou que iria parar com a prática de discriminação de preço. In: Streitfield, D. (2000). On the web price tags blur: What you pay could depend on who you are. The Washington Post.

²² Acquisti, A. (2010). The Economics of Personal Data and The Economics of Privacy: 30 years after the OECD Privacy Guidelines. OECD Conference Centre. Background Paper #3.

momento as informações sobre as condutas dos agentes podem ser melhor monitoradas ou investigadas (SHAVELL, 1984a²³ e 1984b²⁴).

24. Ao se pensar em elaborar uma legislação que regule o uso dos dados pessoais, pode-se pensar primeiramente em listar os benefícios da privacidade. Entretanto, como este parecer adverte, há um *trade-off* a ser contemplado, pois quando se aumenta a proteção à privacidade, se perde no compartilhamento de informações. Dessa forma é preciso esclarecer o que se perde com mais proteção à privacidade. Do lado do consumidor, elevam-se os custos de oportunidade de não se aproveitar os benefícios e as externalidades positivas da desregulamentação de dados pessoais (como atestam os inúmeros aplicativos que são globalmente usados diariamente por milhões de pessoas e que só tiveram sucesso comercial graças à divulgação de dados pessoais). Isto pode ter um certo número de consequências imprevistas; por exemplo, um consumidor poderá ter um custo maior de administrar a sua rede, caso um perfil tenha sempre que solicitar permissão para visualizar as informações de outro perfil, ao passo que este deverá incorrer a todo momento no custo de autenticar aquele (ACQUISTI, 2010)²⁵.

25. É pelo lado do ofertante que mais regulamentação, no sentido de mais proteção dos dados pessoais, pode causar impactos econômicos consideráveis. Acquisti (2010)²⁶ afirma que as empresas que não têm acesso aos dados que carregam informações produtivas dos consumidores poderiam enfrentar obstáculos significativos à entrada e desvantagens competitivas contras as empresas com bases de clientes maiores, limitando a concorrência. Políticas de privacidade obrigatórias do tipo *Opt-in* para certos tipos de dados podem ser dispendiosas para as empresas, por resultar em perdas de informações produtivas (que realmente importam, que são comercialmente úteis ou estratégicas). A falta de dados do consumidor pode tornar mais difícil a inovação de novos processos ou produtos e, pela mesma razão, pode-se criar insegurança pela possibilidade de represálias legais após a coleta ou processamento de dados de consumidores. Por último, o autor citado identifica maiores custos de transação para serviços em dimensão global, por conta de diferentes regulamentações sobre políticas de privacidade, o que dificulta a abertura de novos mercados pelas empresas.

²³ Shavell, S (1984a). A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation. *Rand Journal of Economics*, 15(2), pp. 271- 280.

²⁴ Shavell, S. (1984b). Liability for Harm Versus Regulation of Safety. *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, pp. 357-374.

²⁵ Acquisti, A. (2010). The Economics of Personal Data and The Economics of Privacy: 30 years after the OECD Privacy Guidelines. OECD Conference Centre. Background Paper #3.

²⁶ Idem.

26. A Tabela 1 faz um diagnóstico dos principais problemas concorrenciais e regulatórios identificados no mercado de acesso a dados pessoais.

QUADRO 1 – Principais Problemas Concorrenciais e Regulatórios Identificados sobre o Mercado de Acesso a Dados Pessoais na Internet

Possíveis Problemas Concorrenciais	Possíveis Problemas Regulatórios
<p>Originado por Falhas de Mercado (pela falta de regulação)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elevado Custo de Migração, o que desestimula a entrada de novos concorrentes. • Lacuna sobre nível de prevenção socialmente desejado: o ofertante possui pouca proteção legal sobre atos deliberados de terceiros contra os dados pessoais sob sua tutela, o que o torna exposto ao pagamento de multas, honorários advocatícios e indenizações, mesmo quando ele não foi negligente com a segurança dos dados pessoais. <p>Originado por Falhas de Governo (pelo excesso de regulação)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regulação restritiva baseada no regime <i>Opt-in</i> privilegia os incumbentes e aumenta a barreira à entrada de novos concorrentes. • Regulação restritiva no regime <i>Opt-in</i> separa o conhecimento do controle de informações produtivas, inibindo a inovação e a concorrência. • Restrição sobre a elaboração empresarial de políticas de privacidade pode dificultar a entrada de firmas estrangeiras no país, pela incompatibilidade da legislação com outras legislações pelo mundo. 	<p>Originado por Falhas de Mercado (necessita-se de mais regulação)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Problemas de Risco Moral: o consumidor não tem como verificar se a empresa está, realmente, obedecendo a sua própria política de privacidade. • Externalidades Negativas: o consumidor não tem como se proteger do uso inadequado de seus dados pessoais quando o responsável pela coleta repassa a informação para terceiros pela cadeia de valor. • Exploração do excedente do consumidor por prática de discriminação de preço de primeiro grau. <p>Originado por Falhas de Governo (necessita-se de menos regulação)</p> <ul style="list-style-type: none"> • O órgão regulador opta por mais regulação <i>ex ante</i> (que os regulados internalizem mais custos com segurança), quando seria mais eficiente a regulação <i>ex post</i> (responsabilização dos agentes por danos e prejuízos).

Fonte: Elaboração própria.

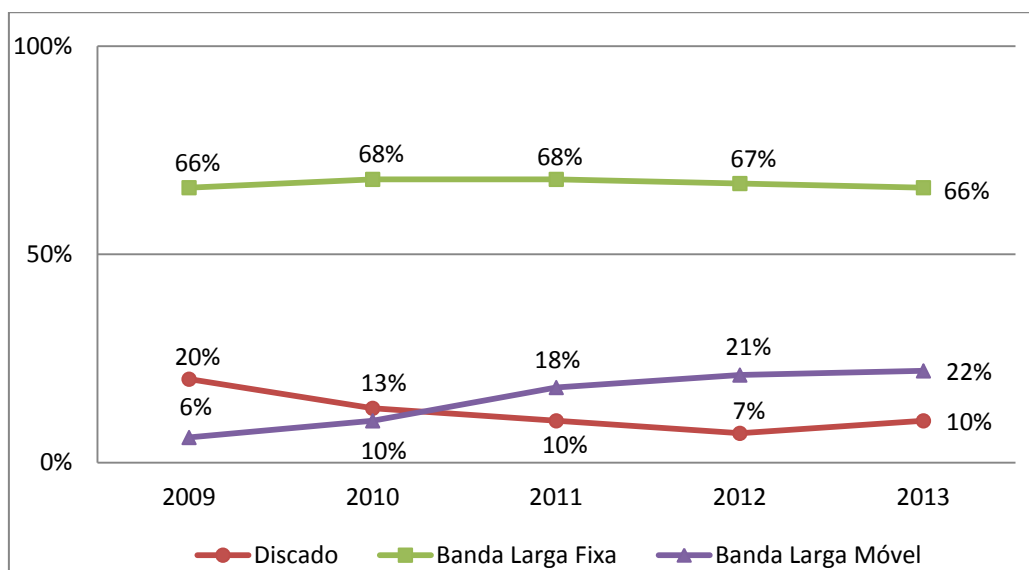
3.3. Sobre a Inovação na Internet

27. A internet é um ambiente propício para inovações, que repercutem dentro e fora da internet. Observando de maneira histórica, nota-se que as relações de comércio e consumo mudaram muito rapidamente nos últimos vinte anos. Em meados da década de 1990, todas as informações disponibilizadas eram providos pelos portais, pois eles provinham o acesso à internet de fato. As empresas, então, tinham o poder de direcionar o conteúdo acessado pelos usuários, o que gerava uma lucrativa fonte de recursos via anúncios publicitários. As empresas que quisessem fazer forte uso do *e-commerce* precisavam aparecer em algum grande portal na internet. Então, os portais eram a melhor fonte de coleta de dados pessoais para se acompanhar tendências de mercado.

28. No início dos anos 2000, os buscadores passaram a ter grande importância para os usuários. Com um grande volume de informações disponíveis na internet, surgiu-se a necessidade de uma ferramenta que ordenasse as informações disponíveis para o consumidor da mais relevante a menos relevante. Isto quebrou o poder dos portais no controle das informações para os usuários e os buscadores passaram a ter o maior volume de dados pessoais e meios para acompanhar tendências e comportamentos.

29. Na segunda metade da primeira década dos anos 2000, o grau de discriminação dos dados pessoais na internet alcançou a sua melhor forma com as redes sociais. Além disso, as redes sociais mudaram a forma como as pessoas, no mundo real, se relacionam entre elas. Isso exigiu que as empresas também mudassem na forma de como se apresentar no mercado, se relacionar com o cliente e como oferecer seus serviços.

GRÁFICO 1 – Tipo de Conexão à Internet no Domicílio no Brasil

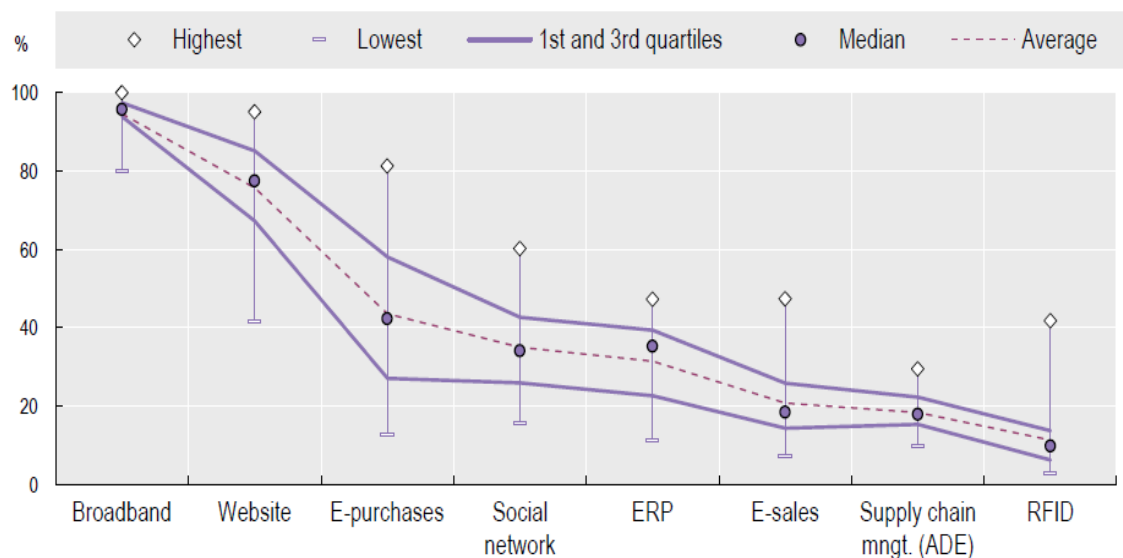


Fonte: Teleco. Elaboração Própria.

30. Na década atual se assiste uma nova mudança, *smartphones* e *tablets* estão se tornando mais presentes no cotidiano das pessoas e o *Personal Computer* começa a perder o seu protagonismo. As pessoas passaram a estar conectadas com mais pessoas e mais serviços, abrindo espaço para o desenvolvimento do mercado dos aplicativos. No Brasil, verifica-se uma tendência ao aumento no uso da banda larga móvel. Entre 2009 e 2013, o acesso à internet pela banda larga móvel nos domicílios cresceu 16 pontos percentuais, como pode ser visto no Gráfico 1. Como consequência, é de se esperar um crescimento no mercado de aplicativo e aumento da rivalidade com redes sociais, buscadores e portais da internet pelos dados pessoais de usuários.

31. Para o futuro, muito se aposta no crescimento da “Internet das Coisas”, que é a possibilidade de comunicação entre diversos os objetos, enviando e recebendo dados e informações. Utilizando-se da tecnologia M2M (*Machine-to-Machine* ou *Mobile-to-Machine* e *Machine-to-Mobile*), que se refere à comunicação de máquina para máquina ou móvel para máquina e máquina para móvel, a Internet das Coisas vai além da conexão ponto-a-ponto, podendo interligar sistemas de rede, tanto com fio quanto sem fio, a dispositivos remotos. Entre as ferramentas capazes de armazenar a história dos objetos estão os códigos de barra ou os sensores *wireless*, mas a que vem sendo mais utilizada na pesquisa de Internet das Coisas é a tecnologia RFID (Identificação por Radiofrequência), que rastreia coisas por meio de ondas de rádio e, geralmente, é acoplada aos objetos por meio de uma simples etiqueta.

Gráfico 2 – A difusão de selecionadas ferramentas TICs e atividades nas empresas de países da OCDE, em 2014



Fonte: OECD (2015)²⁷.

32. Quase nenhuma empresa na atualidade opera sem a ajuda das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs). Em 2014, segundo a OECD, quase 95% das empresas dos países da OCDE tinha uma conexão de banda larga. No entanto, apenas 21% das empresas realizavam vendas eletrônicas e ainda há uma considerável diferença entre os países na utilização de diferentes TICs (ver Gráfico 2). Esta diferença está relacionada ao tamanho das empresas, contudo, não é a única explicação para isso²⁸,

33. Acredita-se que, no futuro, haverá uma rede composta exclusivamente de objetos em interação, que resultará na automatização de diversas tarefas e trocas de informações. A economia será, cada vez mais, uma Economia Digital. Assim, optando-se pela regra do consentimento prévio do usuário, a tendência é um maior custo de transação, tanto para consumidores quanto para produtores, para se unificar todos os bens, duráveis ou não-duráveis, e serviços para se intercomunicarem e, assim, poder usar a Internet das Coisas em sua plenitude.

²⁷ OECD (2015). **OECD Innovation Strategy 2015 – An Agenda for Policy Action**. Disponível em < <http://www.oecd.org/innovation/OECD-Innovation-Strategy-2015-CMIN2015-7.pdf> > Acesso em 02 de julho de 2015.

²⁸ OECD (2015). **OECD Innovation Strategy 2015 – An Agenda for Policy Action**. Disponível em < <http://www.oecd.org/innovation/OECD-Innovation-Strategy-2015-CMIN2015-7.pdf> > Acesso em 02 de julho de 2015.

34. A OECD apresenta um conjunto de prioridades que devem embasar os formuladores de política nas suas estratégias sobre inovação, que são:

- i. Reforçar o investimento em inovação e fomentar o dinamismo das empresas
- ii. Investir em um sistema eficiente de criação de conhecimento e difusão
- iii. Aproveitar os benefícios da economia digital
- iv. Nutrir os talentos e as suas habilidades e otimizar a sua utilização
- v. Melhorar a governança e a aplicação das políticas de inovação

35. Em especial ao item iii, a SEAE acompanha a OECD no entendimento de que o crescimento do número de aparelhos eletrônicos mediando transações e a acelerada migração de atividades sociais e econômicas para a internet estão contribuindo para a geração de um enorme volume de dados digitais (big datas). Os dados digitais permitem que as empresas desenvolvam criativos meios para gerar inovações em produtos, processos, métodos organizacionais e mercados.

36. Portanto, a regulação deve encontrar o justo equilíbrio entre os benefícios sociais de um ambiente onde os dados pessoais transitam livremente e um ambiente onde o tratamento de dados pessoais é regulamentado. Para a OECD, isso implica alguns desafios:

- a. Preservar a Internet aberta e promover o livre fluxo de dados em todo o ecossistema global.
- b. Responder às preocupações das pessoas sobre os danos causados por violações de privacidade.
- c. Responder às preocupações relacionadas com a apropriação de retornos sobre os investimentos em inovações dirigidas à otimização de técnicas de formação de big datas (*data-driven innovation*).
- d. Avaliar a concentração do mercado e barreiras à concorrência.
- e. Promover uma cultura de gestão do risco digital em toda a sociedade.

A SEAE reconhece que o Anteprojeto de Lei aqui analisado está contemplando boa parte das orientações descritas acima, contudo, pede maior atenção sobre a análise concorrencial à seguir.

3. Análise Concorrencial

37. Para avaliar as eventuais consequências do PL, utiliza-se metodologia desenvolvida pela OCDE²⁹. A metodologia consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; e iii) diminuição do incentivo à competição. As referidas questões e seus respectivos efeitos são descritos abaixo:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta:

- conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
- limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado;
- criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão de obra ou realizarem investimentos.

2º efeito - limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta:

- controlar ou influenciar substancialmente os preços de bens ou serviços;
- limitar a liberdade dos fornecedores de publicarem ou comercializarem os seus bens ou serviços;
- fixar normas de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o que consumidores bem informados escolheriam;

²⁹ Referência: OCDE (2011). **Guia de Avaliação da Concorrência**. Versão 2.0. Disponível em < <http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf> >. Acessado em 26.06.2015.

- aumentar significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores (especialmente no caso de haver diferenciação no tratamento conferido a operadores históricos e a concorrentes novos).

3º efeito - diminuir o incentivo para as empresas competirem, provável no caso de a política proposta:

- estabelecer um regime de autorregulamentação ou de correção;
- exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas;
- isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;
- reduzir a mobilidade dos clientes entre diferentes fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos explícitos ou implícitos da mudança de fornecedores.

4º efeito – limitação das opções dos clientes e da informação disponível, provável no caso de a política proposta:

- Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;
- Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; e,
- Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.

38. Após analisar o Anteprojeto de Lei sobre a Proteção de Dados Pessoais com os fundamentos apresentados nesta seção e na seção 3, esta Seae identificou alguns pontos que merecem melhor debate, contribuindo para a Consulta Pública com subsídios aos formuladores de políticas públicas.

3.1. Impactos Concorrenciais sobre o Consentimento ao Tratamento de Dados Pessoais

39. De acordo com o parágrafo 1º do Art. 7º do Anteprojeto de Lei, o tratamento de dados pessoais será permitido após o consentimento do titular da informação, bem como que este consentimento não poderá ser condição para o fornecimento de produto ou

serviço ou para o exercício de direito, salvo em casos em que os dados forem indispensáveis para a sua realização. A Seae interpretou esta norma como associada ao regime *Opt-in*, o que, nos argumentos apresentados na seção 3, aumenta os custos para as empresas e incorre em uma falha comportamental associado ao “viés do *status quo*”, que é a preferência de um indivíduo por manter seu estado atual, mesmo se uma alteração de sua situação proporcionasse um aumento de bem-estar (SAMUELSON & ZECKHAUSER, 1988)³⁰.

40. Estudos da Economia Comportamental³¹ mostram que as pessoas tendem a se comportar de forma a não alterar os “padrões” atuais – o viés do *status quo* –, havendo a necessidade de um “alerta” (que pode ser algo como um susto ou um aviso formal) para a pessoa sair da inércia que está e reflita sobre a manutenção de suas escolhas ou não. Somam-se a isso modelos de negócio na internet onde o consumidor acessa o conteúdo sem pagar um preço pelo produto em si, em troca da cessão de determinadas informações pessoais ao fornecedor. Na hipótese da norma ser sancionada, as pessoas poderão acessar o conteúdo do serviço sem precisar atender ao pedido de autorização de exploração de seus dados pessoais, mesmo que seja para dizer que “não autoriza”. A tendência é que este modelo de negócio se torne inviável ao fornecedor, induzindo-o a cobrar pelo serviço em si ou sair do mercado. Além do mais, o parágrafo 1º do Art. 7º pode diminuir o controle do provedor de aplicativos na internet sobre quem usa ou não o seu serviço, dificultando a identificação de possíveis usuários geradores de externalidades negativas, que podem prejudicar a qualidade do serviço e, assim, tirar um competidor do mercado.

41. Identifica-se a possibilidade da norma se enquadrar no 1º efeito anticoncorrencial do Guia de Avaliação da Concorrência, por limitar o número de ofertantes. Também pode incorrer no 2º efeito anticoncorrencial, pois as empresas que já estão no mercado, com uma grande base de dados formada, terão uma vantagem sobre as novas entrantes, que terão maior dificuldade em prestar serviços gratuitos em troca do acesso aos dados pessoais, na expectativa de formar uma grande base de dados para competir com os operadores históricos.

³⁰ Samuelson, W.; Zeckhauser, R. (1988). Status Quo Bias in Decision Making. Journal of Risk and Uncertainty, v. 1, pp. 7-59.

³¹ Ver: (i) Kahneman, D.; Knetsch, J.; Thaler, R. (1991) Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias. The Journal of Economic Perspectives, 5(1), pp. 193-206, 1991. (ii) Hartman, R.; Woo, C. (1991). Consumer Rationality and the Status Quo. Quarterly Journal of Economics, v. 106, pp. 141-162.

3.2. Impactos Concorrenciais no Tratamento Diferenciado entre Ofertantes Rivals

42. O Parágrafo Único do Art. 3º diz que as empresas públicas e de economia mista não serão tratadas como as empresas de direito privado particulares quando estiverem operacionalizando políticas públicas no tratamento de dados pessoais. Existe um potencial risco moral nesta lacuna, uma vez que não há como avaliar se a empresa pública ou de economia mista poderá cruzar informações recolhidas quando estiver operando uma política pública com informações de seus clientes e formar um grande banco de dados que dará a ela uma vantagem competitiva sobre as empresas privadas particulares. Pode-se também citar a hipótese de empresas públicas ou de economia mista receberem informações de seus concorrentes, tornando o cenário mais grave ainda.

43. Combinando o permitido pelo Parágrafo Único do Art. 3º com o inciso XVII do Art. 5º, que define o uso compartilhado de dados como sendo a troca entre órgãos e entidades públicos e entre órgãos e entidades públicos e entes privados com autorização específica, nota-se uma assimetria ainda maior na capacidade de competir. A empresa pública ou de economia mista poderá cruzar bancos de dados no regime *Third-Party Sharing Opt-in*, enquanto que o Anteprojeto se silencia sobre os direitos das empresas privadas particulares (nos termos do Anteprojeto, do “responsável”), o que faz a Seae entender que, para elas, vale o regime *Blanket Opt-in*, o regime mais restritivo e mais custoso para os fornecedores.

44. Diante do exposto, a Seae entende que esta norma possui efeitos anticompetitivos previsto no 2º Efeito do Guia: desestimular a concorrência entre empresas públicas ou de economia mista e as empresas privadas particulares.

3.3. Impactos Concorrenciais sobre a Transferência Internacional de Dados

45. No que diz respeito à transferência internacional de dados pessoais, o Anteprojeto de Lei em análise estabelece uma significativa barreira à entrada em seus artigos 32 e 33. O Art. 32 diz que no caso de transferência internacional de dados de país estrangeiro para o Brasil, somente seria permitido o seu tratamento no território nacional quando nas operações realizadas naquele país tiverem sido observadas suas normas relativas à obtenção de consentimento. O Art. 33 atribui à órgão competente

estabelecer normas complementares que permitam identificar uma operação de tratamento como transferência internacional de dados pessoais.

46. Em um mundo globalizado, onde a internet apresenta inovações constantes que mudam os fluxos de dados e a forma como esses dados são coletados, distribuídos e tratados, como descrito na seção 3.3. deste parecer, o Art. 33 apresenta-se inadequado para este paradigma. Uma vez na internet, um dado pessoal é “naturalmente” internacional. Além disso, as *Data-Driven Innovations* tenderão a mudar mais rapidamente do que qualquer norma regulamentar pode se adaptar, o que faz a regulamentação ser apenas uma barreira que aumenta a carga burocrática sobre processos inovadores e dificulta a concorrência.

47. Inibindo o desenvolvimento de inovações e a concorrência entre organizações, o Art. 32 cria uma elevada barreira à entrada e aumento significativo dos custos operacionais de empresas inovadoras brasileiras que se lançam com serviços para a internet ou aplicativos para terminais remotos globalmente. Sem poderem utilizar amplamente os dados obtidos comercialmente em outros países, seja porque o país não regulamentou regras sobre o consentimento do usuário ou porque o órgão competente ainda não elaborou norma sobre que tipo de tratamento é internacional ou não, ou se pode ou não tratar determinados dados de países estrangeiros, verifica-se um enorme custo burocrático sobre empresas nacionais.

48. Além disso, supondo uma empresa brasileira que receba dados para serem tratados de diversos países no mundo, o Art. 32 exigirá a internalização de um custo adicional na separação de qual dado especificamente pode ou não ser tratado. Nota-se uma limitação para que as empresas aqui instaladas possam competir com empresas de outros países.

49. Quanto maior o custo burocrático, menor o desempenho inovador das empresas e menor o incentivo à competição. Por isso, a Seae entende que os arts. 32 e 33 limitam a concorrência entre empresas, porque (i) limita a liberdade dos fornecedores de comercializarem os seus serviços; e (ii) aumenta significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores. Acreditamos que o Art. 31, que responsabiliza solidariamente o cedente o cessionário pelo tratamento de dados no exterior ou no território nacional é suficiente para inibir qualquer comportamento inapropriado à luz dos princípios e objetivos desejados pelo Anteprojeto de Lei em tela.

5. Conclusão

7. Ante o exposto, aconselhamos que o Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais reveja a redação do Parágrafo Único do Art. 3º e o disposto no parágrafo 1º do Art. 7º, incorporando as recomendações desta Seae sobre os impactos negativos à concorrência e à inovação. Aconselhamos que os Arts. 32 e 33 sejam suprimidos, por apresentarem forte restrição à concorrência e à inovação. E, por fim, recomendamos, também, que o Anteprojeto de Lei seja mais flexível na adoção do regime *Opt-in*, adotando a sua versão mais flexível, do tipo *Third-Party-Sharing Opt-in*.

À apreciação superior.

RAFAEL SALES RIOS
Coordenador de Promoção da Concorrência

MARCELO DE MATOS RAMOS
Coordenador-Geral de Promoção da Concorrência

De acordo.

LEONARDO LIMA CHAGAS
Subsecretário de Análise Econômica e Advocacia da Concorrência