

Antitruste, Privacidade e Consumo

Lenisa Rodrigues Prado
Conselheira do CADE

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA – O PAPEL DO
ANTITRUSTE FRENTE AOS DESAFIOS TRAZIDOS PELA ECONOMIA DIGITAL
12/08/2021

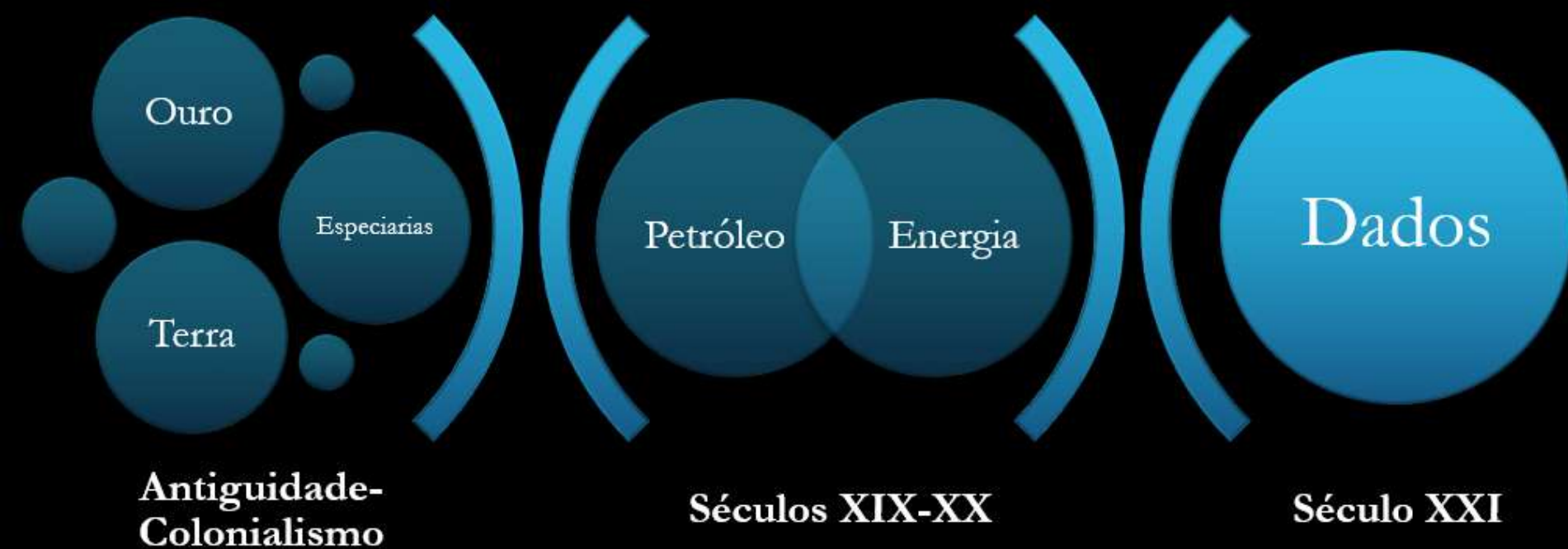
0. Meu carro me mandou um e-mail! Motorista, a que ponto chegamos?

Proteção de Dados Pessoais (Privacidade) e Direito Concorrencial (Antitruste) se formaram a partir de preocupações sociais distintas, detém cânones próprios e metodologias jurídicas internas.

Contudo, a Era da Informação acabou por revolucionar a economia global, levando ao protagonismo as plataformas de múltiplos lados em data-driven markets, levando os efeitos em rede a níveis inimagináveis.

Por estes motivos, chegamos à necessidade da aproximação entre Privacidade, Antitruste e, ainda, incluir a ótica do Direito do Consumidor.

Seu celular, TV, carro, relógio, tênis de corrida, geladeira e até mesmo a maçaneta da sua casa pode estar coletando seus dados pessoais. Para onde isso está nos levando?



Sumário

0. Prólogo

Meu carro me mandou um e-mail! Motorista, a que ponto chegamos?

1. Arranjo Normativo e Institucional

CADE, ANPD, SENACON, SEAE, PROCON, BACEN, ANATEL

2. O que nós já aprendemos?

Privacidade de Antitruste fora dos mercados digitais

3. Na teoria, muito debate

Desde 2014 questões importantes apareceram na doutrina e nos órgãos internacionais

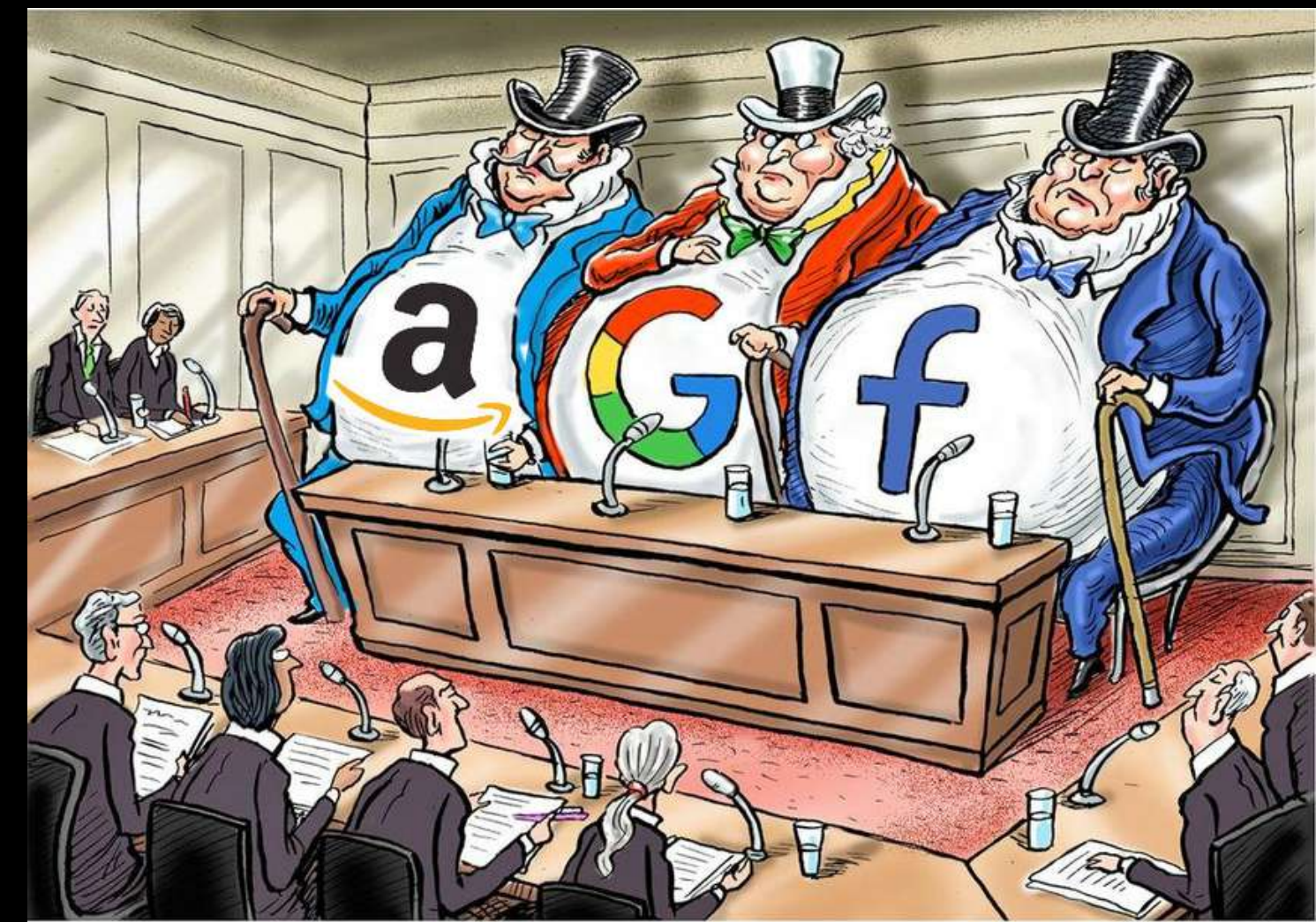
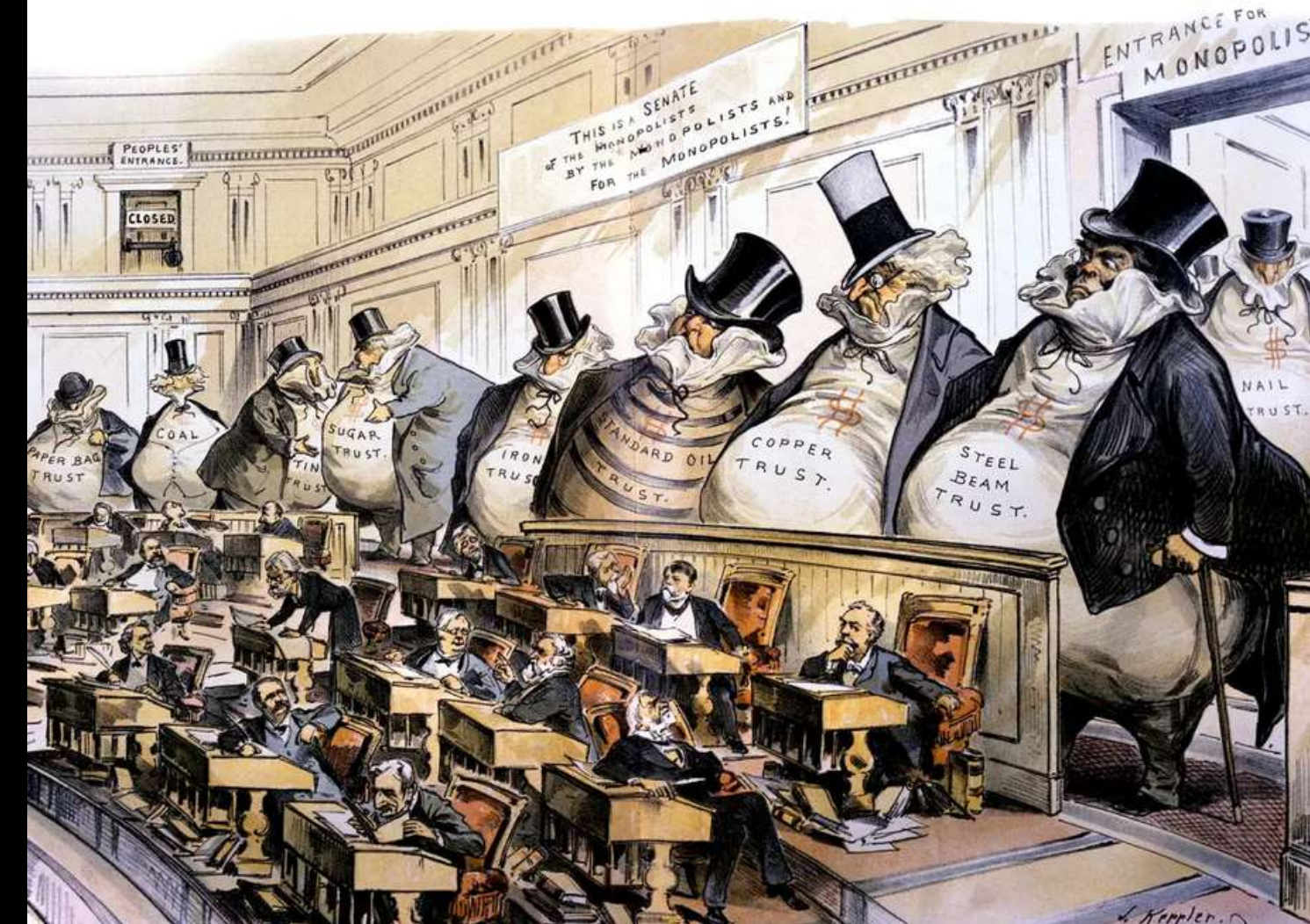
4. Na prática, questões complexas

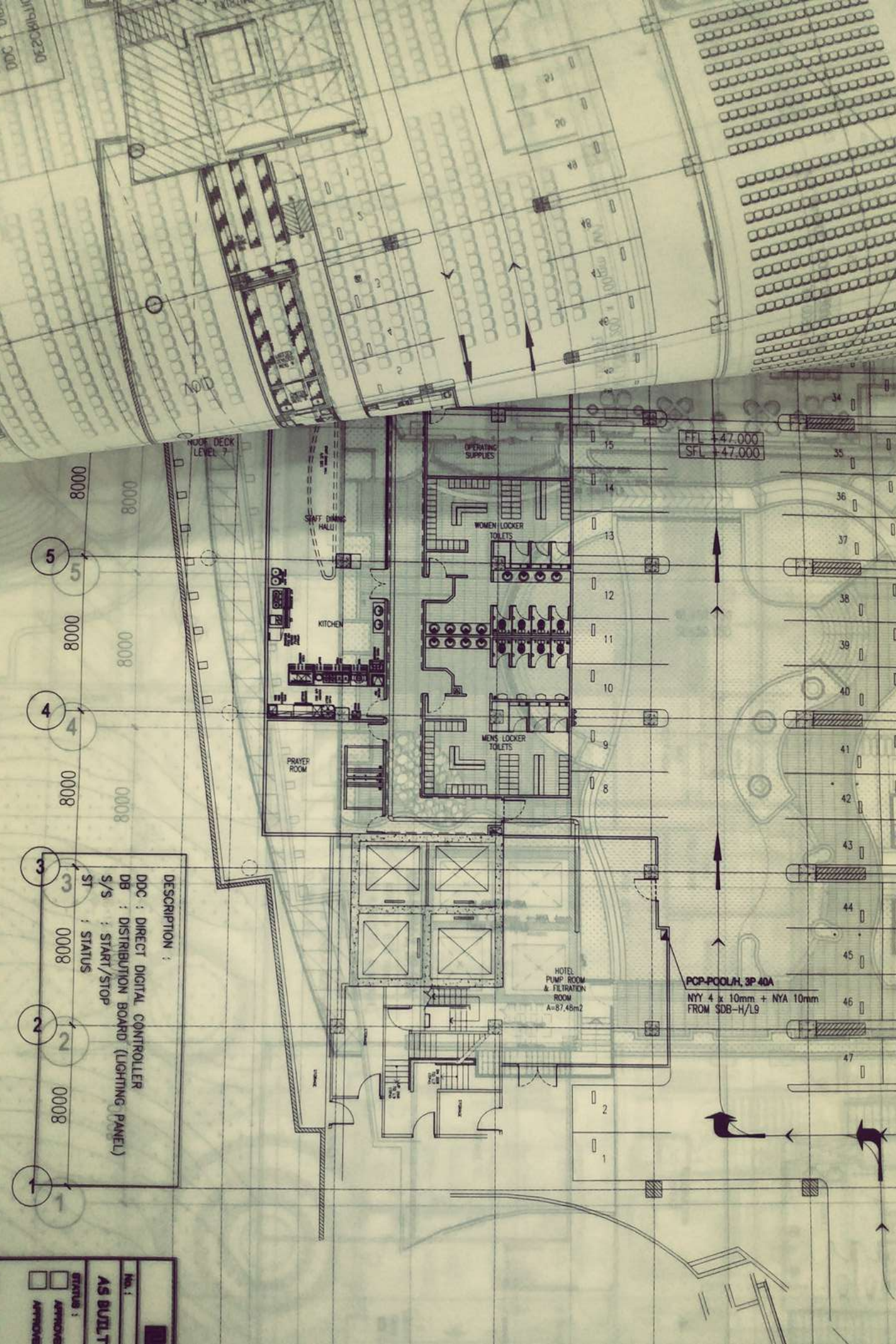
Privacidade, publicidade e a jurisprudência concorrencial

5. Reflexões para o futuro

Um antitruste preparado para os desafios

6. Bibliografia





1. Arranjo Normativo e Institucional

DEFENSA DA
CONCORRÊNCIA

CADE
SEAE

DEFESA DO
CONSUMIDOR

SENACON / DPDC
Procon

PROTEÇÃO DE DADOS

ANPD
CNPD

OUTRAS INSTITUIÇÕES

Banco Central do Brasil
ANATEL
SUSEP
Ministério Público
Defensoria Pública

NORMAS

Lei de Defesa da Concorrência
Lei Geral de Proteção de Dados
Marco Civil da Internet
Lei de Crimes Econômicos e Tributários
Código de Defesa do Consumidor
Lei de Acesso à Informação
Resolução Conjunta ME/BCB n. 1/2020
Resolução BCB n. 32/2020

2. O que nós já aprendemos?

Privacidade e Antitruste antes da regulação da privacidade

Nem todo tema de economia digital tem relação com privacidade, e vice e versa. Inclusive, temas como concentração de dados e efeitos anticompetitivos da publicidade/privacidade de informações já foram objeto de análise do CADE antes de existir arcabouço normativo no Brasil acerca de proteção de dados.

Contudo, os instrumentos antitruste tradicionais apresentam dificuldades para realizar análises concorrenciais de mercados nos quais a precificação é diferente do usual. Por exemplo, zero-price markets, produtos e serviços com acesso patrocinado, plataformas de múltiplos lados. Na economia digital, boa parte dos mercados funcionam desta forma em pelo menos um elo da cadeia.

Cartórios e órgãos públicos, ainda que aparentem ser antiquados, tem muito a ensinar sobre gestão de dados pessoais em grandes quantidades, mas estavam fora da luneta concorrencial até pouco tempo atrás

i.e. AC n. 08700.006533/2017-76 (Serasa Experian e Boa Vista)

Contrato associativo para aquisição e compartilhamento de registros públicos de cartórios e juntas comerciais. Estes registros públicos funcionam como dados brutos para a construção de cadastros negativos, core business dos bureaux de crédito no Brasil. Os dados, após tratados pelos bureaux, são ativos importantes para operadores de crédito (instituições financeiras e comerciantes com pagamentos à prazo) reduzirem a assimetria da informação e questões de seleção adversa.



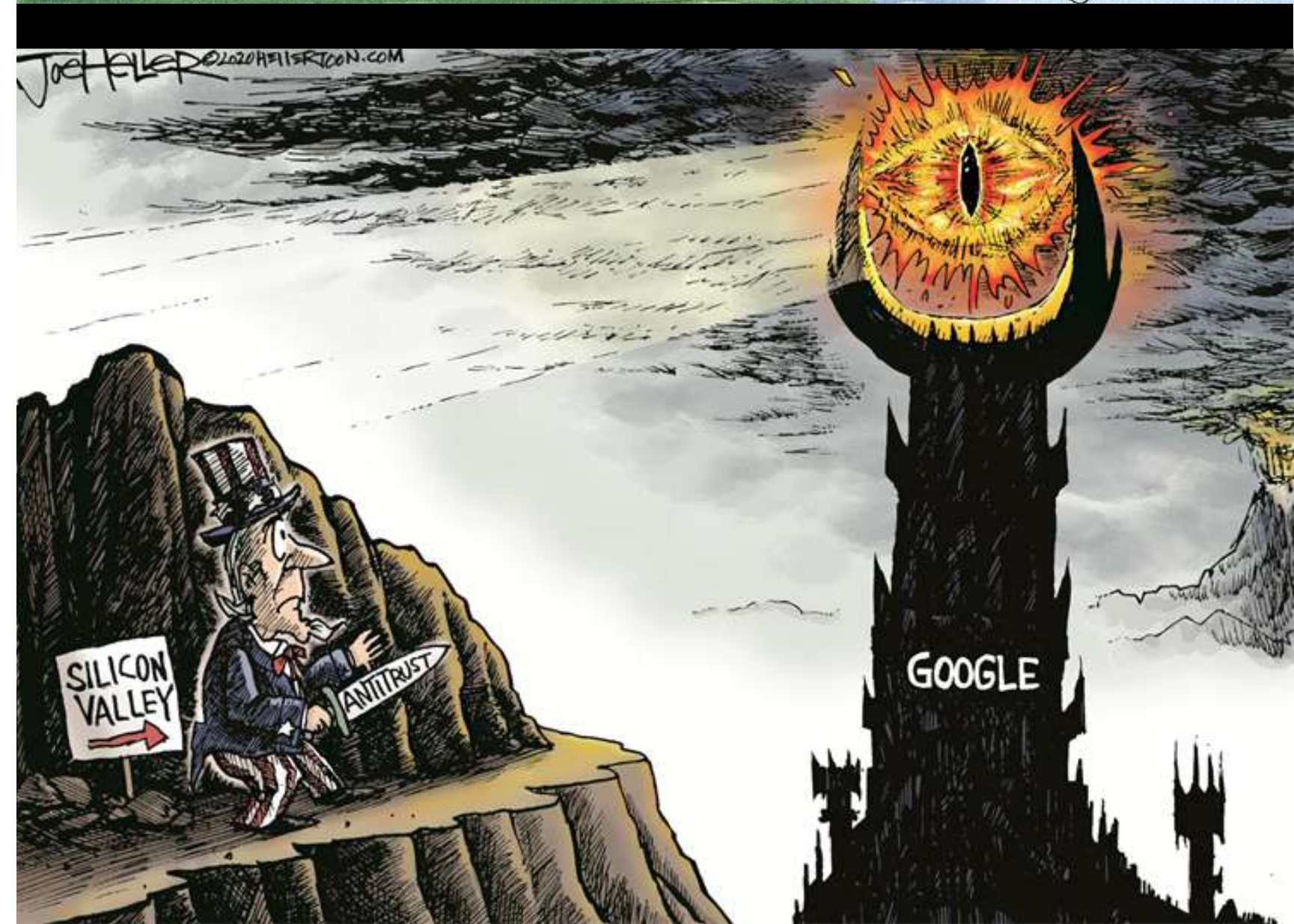
3.1. Na teoria, muito debate

Desde 2014 questões importantes apareceram na doutrina e nos órgãos internacionais

A virada para o Século XXI colocou em evidência as companhias voltadas para mercados de tecnologia e internet. Nesse contexto, os dados se tornaram uma das maiores riquezas potenciais destes mercados, se tornando a essência do modelo de negócio dos gigantes digitais.

A coleta massiva de dados contribuiu relevantemente para as inovações tecnológicas contemporâneas, com alto potencial de melhorar a qualidade de vida da população (comunicação à distância, gestão urbana, saúde, mobilidade, proteção do meio ambiente, acesso à educação e informação, segurança pública, por exemplo).

Ao mesmo tempo, a coleta massiva de dados acabou por criar ou fortalecer grandes conglomerados digitais. Os seus dados pessoais se tornaram fonte de poder econômico e instrumento de seu exercício.



3.2. Na teoria, muito debate

A primeira abordagem possível envolve questões concorrenciais mas vai muito além do que o antitruste pode oferecer respostas. A coleta massiva de dados mune os gigantes da tecnologia com instrumentos para estimular vícios digitais, dependências de dispositivos e, em última análise, a indução de comportamentos.

É justamente na indução de comportamentos abriga atualmente eldorado dos mercados digitais. Com volumes inimagináveis de informação sobre o comportamento de cada indivíduo e com a ajuda de algoritmos complexos, os gigantes da tecnologia podem oferecer exatamente o que vai manter nossa atenção presa à tela e, ao mesmo tempo, fazer a publicidade perfeitamente adequada para induzir nosso consumo de produtos específicos - assustadoramente, de forma diferenciada para cada usuário.

Esse poder de traçar perfis e induzir comportamentos inclusive afeta a própria democracia nos modelos tradicionais. Questões como o escândalo do Cambridge Analytica nas eleições americanas de 2016 e na propaganda do Brexit evidenciam a questão no Ocidente. No Oriente, o caso do Mianmar mostra que talvez estejamos atrasados.

Para além da ética, bem-estar humano e democracia, este poder de indução do consumidor tem implicações concorrenciais fortes, ao mesmo tempo que são difíceis de mensuração para uma análise concorrencial tradicional.



Esta semana ocorreu na Câmara dos Deputados uma audiência pública sobre a regulação de serviços e plataformas digitais (PL 2630/2020 - Projeto da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet).

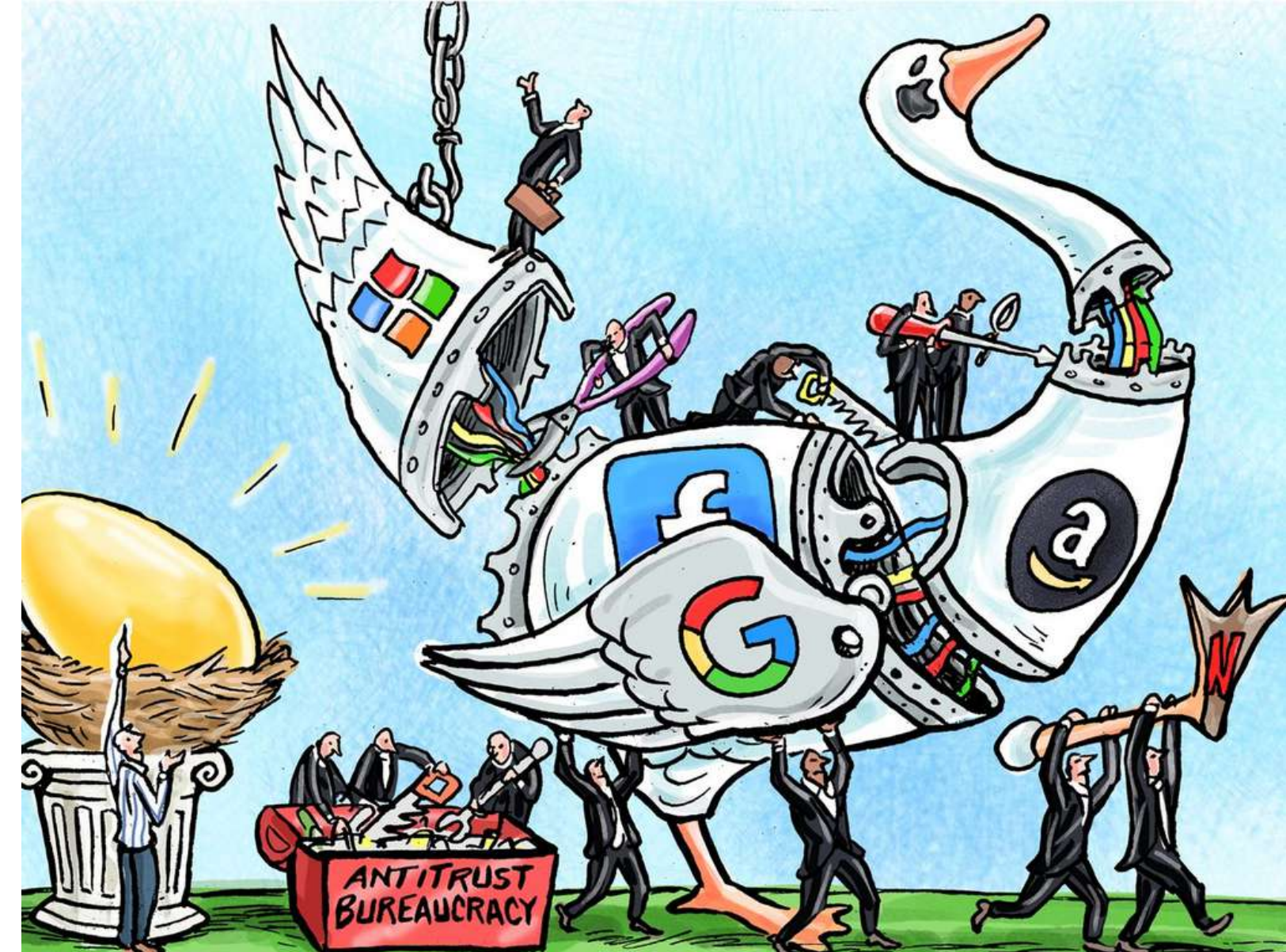
A Internet está mudando e já apresenta um funcionamento (inclusive econômico) bem diferente de quando foi difundida, há 20-30 anos. A "plataformização" da economia digital é um dos movimentos que observamos e que demanda adaptação da regulação.

3.3. Na teoria, muito debate

A segunda abordagem é eminentemente antitruste e se divide em duas frentes.

CONDUTAS: Com a ajuda das plataformas online, algoritmos, inteligência artificial e machine learning, há uma facilitação para adoção de infrações à ordem econômica "tradicionais". Discriminação de consumidores, venda casada, preços abusivos/predatórios, cartéis, subsídios cruzados, etc. Nesta linha se encaixa inclusive um dos espectros que rondam o direito concorrencial, que é a colusão tácita entre algoritmos.

ESTRUTURAS: A concentração das empresas de economia digital geralmente foge dos critérios de análise tradicionais e, ainda quando são formalmente analisados em controle de estruturas, há uma certa saída pelas eficiências alegadas e pelo argumento do the winner takes it all (uma roupagem para espécies de monopólios naturais desregulados em mercados digitais). Nesta linha se encaixa também os debates sobre antitruste e democracia, remontando às raízes do Direito Concorrencial Contemporâneo (por exemplo, as discussões legislativas que antecederam o Sherman Act). Aqui também se encaixam os argumentos antitruste chamados "neobrandeisianos" sobre cindir os gigantes da tecnologia.



Open Banking, privacidade e concorrência

A LGPD em conjunto com o sistema financeiro aberto (open banking) criou um arranjo complexo entre publicidade e privacidade dos dados dos consumidores que cria muitas expectativas: aumento na concorrência bancária, facilitação da portabilidade, proteção das informações dos consumidores, melhoria do acesso ao crédito, barateamento do crédito bancário e crédito via estabelecimentos comerciais

Contudo, há dificuldades em sua implementação e incertezas sobre abrangência, efeitos pró-competitivos e até mesmo se pode levantar impasses com outros regulamentos. Por exemplo, para além dos efeitos pró-consumidor almejados, há que se manter em mente também a concorrência e a prevenção à lavagem de capitais.

3.4. Na teoria, muito debate

Possíveis impactos concorrenciais da LGDP

1. A existência de regulação setorial e de uma autoridade especializada pode contribuir na correção de falhas de mercado
2. A existência da regulamentação aumenta a confiança do consumidor nos mercados digitais, o que gera incentivos à concessão dos dados e, em última análise, maior possibilidades de inovação
3. A portabilidade diminui switching costs (custos para troca de fornecedor) e mitiga o efeito lock in (aprisionamento)
4. Operar em conformidade com restrições regulatórias podem gerar custos adicionais (i.e. obtenção do consentimento, manter registros de operações de tratamento, preparação de relatórios, manutenções e até mesmo eliminar os dados), aumentando o investimento inicial demandado e a EMV.
5. Empresas que já operavam em data-driven markets levam vantagens no processo de adequação à LGDP em relação aos concorrentes que entrarão a partir do zero (elevação das barreiras à entrada)
6. A portabilidade se aplicada de forma demasiada ampla pode prejudicar segredos industriais e comerciais, diminuindo incentivos à inovação e à própria concorrência

4.0. Na prática, poucos casos

Privacidade, publicidade e a
jurisprudência concorrencial

GIC/QUOD Joint Venture

AC n. 08700.002792/2016-47

Aquisição minoritária Itaú/XP

AC n. 08700.004431/2017-16

Convênio Serasa/SPC (CNDL)

AC n. 08700.002424/2021-66

Contrato Claro/Serasa (dados)

AC n. 08700.006373/2020-61

Aquisição da Hub pela Magalu

AC n. 08700.000059/2021-55

Aquisição da Linx pela Stone

AC n. 08700.003969/2020-17

Cartel das Autoescolas

PA n. 08012.011791/2010-56

Buscapé x Google Shopping

PA n. 08012.010483/2011-94

Microsoft Bing x Google Ads

PA n. 08700.005694/2013-19

GuiaBolso x Bradesco

PA n. 08700.004201/2018-38

Consulta Ipiranga “baixou, ganhou”

Consulta n. 08700.002055/2021-10

Casos internacionais

Concorrência e proteção de dados nas autoridades estrangeiras

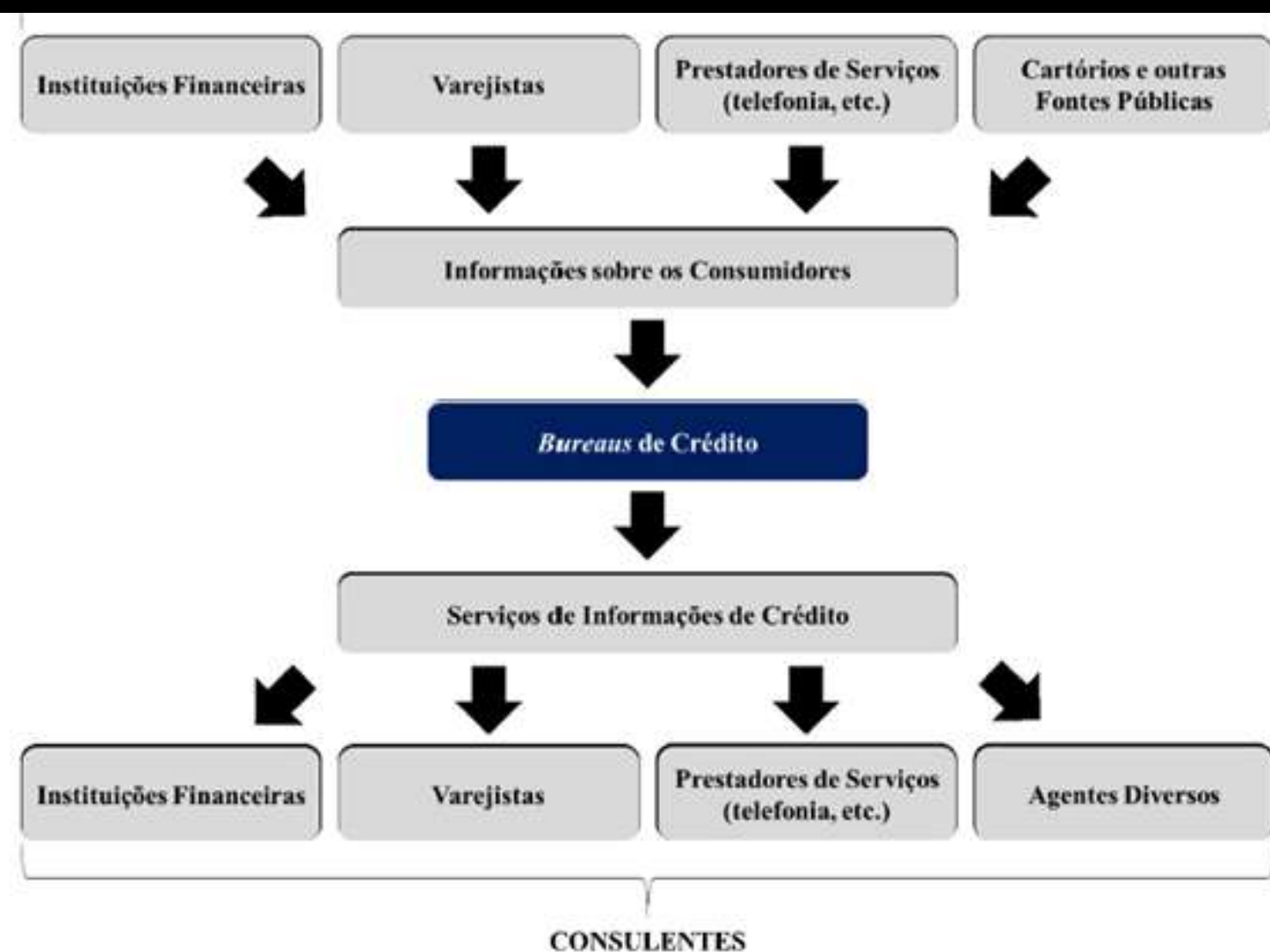


"A criação do GIC seria motivada pela necessidade de implementação de uma base de dados ampla que permita uma avaliação robusta do risco de crédito [...]"

Quanto maior o número de CPFs e CNPJs cadastrados nos bancos de dados dos bureaus de crédito, maior o interesse em consultar tais serviços por parte dos operadores de crédito e menor a assimetria de informação entre concedentes de crédito e o mercado de fato [...]"

[...] as Requerentes defendem que a joint-venture apresentará uma série de diferenciais tecnológicos e potencial de inovação, além de contar com um controle efetivo sobre processos de coleta de autorizações, qualidade dos dados e proteção da confidencialidade das informações. Em suma, é possível verificar os ganhos provenientes do alinhamento entre as Requerentes como instituições financeiras com alta capacidade na captura de autorizações para o compartilhamento de informações positivas, e a GIC no sentido de promover o cadastro positivo."

Voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier



4.1. GIC/QUOD Joint Venture

AC n. 08700.002792/2016-47 - Bureau de crédito dos 5 maiores bancos brasileiros (BB, Bradesco, Caixa, Itaú e Santander)

A ideia da operação foi consolidar dados referentes a cadastros negativos (registros de inadimplência) e positivos (histórico financeiro completo). Com a evolução deste mercado, o cadastro positivo tende a substituir o negativo, constituindo informações mais precisas para a concessão de crédito.

Riscos de fechamento de mercado na integração vertical – incentivo para discriminação pelos bancos com relação aos bureaux concorrentes do GIC (deixarem de consultar demais bureaux, deixar de enviar as informações financeiras aos demais bureaux, etc). Aqui, quanto menos os dados correrem, piores seriam os efeitos anticompetitivos.

Riscos de coordenação entre as requerentes – a colaboração entre concorrentes via joint venture aumentaria muito o contato entre os bancos, aumentando as possibilidades de colusão em mercados inclusive fora da atuação da JV (p. ex. prestação de serviços financeiros). Aqui, quanto mais os dados correrem, piores seriam os efeitos anticompetitivos

Aprovado com restrições relacionadas a metas de crescimento do cadastro positivo, garantias de não discriminação para bureaux concorrentes e mecanismo de governança corporativa para evita troca de informações entre os bancos sócios

4.2. Aquisição minoritária na XP Investimentos pelo Itaú

AC n. 08700.004431/2017-16 - Inicialmente, a XP pretendia fazer seu IPO, houve negociação de aquisição de controle, mas o resultado foi uma aquisição com restrições impostas pelo CADE e pelo BCB.

As principais preocupações concorrenciais da operação não se relacionavam com dados pessoais. O voto condutor do Conselheiro Relator Paulo Burnier aborda apenas marginalmente um cenário hipotético no qual o Itaú utilizaria sua ampla base de clientes para reforçar a posição dominante da XP nos mercados de plataformas abertas. Em um dos instrumentos de reforço de poder econômico da XP aparece a eventual transferência dos dados dos clientes Itaú para a XP.

Contudo, os Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin Schmidt divergiram da maioria, votando pela reprovação, e já chamaram a atenção para questões de dados pessoais e plataformas, antes mesmo de existir uma legislação de proteção de dados pessoais no Brasil.

O Conselheiro João Paulo alertou que a operação teria semelhança com a aquisição do Whatsapp pelo Grupo Facebook em 2014: Uma empresa inovadora e mais eficiente permitiu sem vinculação a uma plataforma específica sendo adquirida por um conglomerado que, depois da aquisição, nenhuma outra empresa surgiu espontaneamente.

A Conselheira Cristiane alertou para que as instituições governamentais compreendam os novos paradigmas produtivos para saberem lidar com a nova realidade, alertando para integrações verticais nas quais insights obtidos com dados de um elo da cadeia podem ser usados para prejudicar concorrentes em outro. Ela cita o recém-lançado [à época] artigo seminal "Amazon's Antitrust Paradox". A autora Lina M. Khan era então doutoranda em Yale, hoje, é presidente do US Federal Trade Commission.

"um dos fatores mais relevantes na análise são suas estruturas "winner-take-all", tendo em vista que os efeitos de rede e de controle de dados consolidam a dominância precoce dos Mavericks. Para a autora [Lina Khan], essa preocupação é ainda mais elevada no contexto de integração vertical, dado que insights obtidos com dados de um setor são usados para debelar rivais em outro"

Voto divergente da Conselheiro Cristiane Alkmin

"O Facebook, originalmente no mercado de redes sociais, viu seus clientes migrarem rapidamente para a nova plataforma, e reagiu, não aprimorando seu serviço, mas comprando o rival a valor muito superior ao de mercado. Até hoje, Whatsapp e Facebook controlam o que vem se tornando o mais utilizado meio de troca de informação pessoal no Brasil, e provavelmente no mundo. Nenhuma outra empresa surgiu espontaneamente após essa jogada, apesar da facilidade de entrada alegada pelos requerentes dessa operação em função dos histórico do Whatsapp"

Voto divergente do Conselheiro João Paulo



4.3. Aditivo ao convênio Serasa/SPC (CNDL) para adequação à LGPD

AC n. 08700.002424/2021-66 - A operação era uma "atualização" do convênio firmado em 2011 e aprovado pelo CADE em 2013

O convênio visa disciplinar o direito de acesso recíproco às informações de crédito constantes nas bases de dados das requerentes, bem como maximizar a capilaridade dos pontos de acesso às informações e atualizar o sistema de aquisição e distribuição dos dados.

O CADE aprovou a operação, pois mesmo que os mercados de bureaux de crédito (informações de crédito positivas e negativas, para pessoas físicas e jurídicas) seja altamente concentrado, a parceria mantinha o SPC (líder do mercado) como um player independente e competitivo, sem levantar preocupações concorrenciais.

Um dos motivos que desencadeou este aditivo era a necessidade de adequação do convênio à LGPD, além de remover questões como remuneração variável e a oferta conjunta dos produtos 2Bureaux (que envolviam dados das duas bases).

"No voto proferido no AC precedente, o relator consignou que o convênio então sob análise tinha, como núcleo, o acesso recíproco às bases de dados e o desenvolvimento de produtos conjuntos (produtos estes chamados de produtos de família 2Bureaux, por envolver serviços que utilizam as duas bases de dados, isto é, tanto o acervo do SPC quanto da Serasa). Além disso, havia o compromisso em desenvolver novos serviços a partir do acesso recíproco às bases de dados.

Embora existisse acesso recíproco, as bases de cada agente permaneciam independentes, de modo que não havia transferência da totalidade das informações existentes em cada um dos bancos de dados, bem como se tinha conservada a autonomia nas fórmulas de sistematização dos eventos julgados relevantes para a prestação de serviços de informações ao crédito prestado por bureaux. O acesso recíproco às bases de dados era previsto consulta a consulta, a partir de demanda do respectivo cliente de Serasa ou de SPC Brasil.

Registra-se que o aditivo ora sob análise mantém esses núcleos do convênio preservados. Segundo as Requerentes, as alterações propostas englobam somente as atividades já contempladas no convênio original, permitindo-se o acesso recíproco aos dados informacionais, mas mantendo-se a independência das respectivas bases de dados, de modo que não há "transferência das informações existentes, e será mantida a autonomia de cada uma quanto ao desenvolvimento de fórmulas para avaliação de crédito"



4.4. Fornecimento de dados e desenvolvimento conjunto de tecnologia entre Claro e Serasa

AC n. 08700.006373/2020-61 - Nesta parceria, a Claro fornece dados dos seus usuários de serviços para que a Serasa os use de insumo para soluções no mercado de proteção de crédito e prevenção à fraudes.

Neste Ato de Concentração, além de ter sido palco de discussões sobre (i) habilitação de terceiro interessado e (ii) definição de contrato associativo; tinha um elemento importante sobre proteção de dados pessoais.

Fez o uso da palavra o Representante do MPF junto ao CADE para ressaltar a importância de questões envolvendo a transferência de dados, com impactos concorrenciais (a serem avaliados pelo CADE), regulatórios (a serem avaliados pela ANATEL e pela ANPD, no caso) e até mesmo constitucionais.

O Tribunal discutiu a necessidade de avocação do caso para aprofundar a instrução do Ato de Concentração, vez que não estaria claro a amplitude dos dados envolvidos, questões sobre a anuência do usuário e principalmente a possibilidade de fechamento de mercado, considerando ser dois grandes players em seus respectivos setores.



"O fenômeno do big data é fundamental nesse contexto e é certamente um dos mais impactantes para a conformação da sociedade contemporânea, ao provocar efeitos que se estendem desde preocupações com os direitos de personalidade e privacidade, até reflexões sobre as repercussões na ordem constitucional e democrática.

O direito da concorrência não passa ao largo dessa realidade e se vê confrontado com o desafio de apreender a relevância concorrencial dos dados e compreender suas implicações sobre o controle de condutas e o controle de concentrações.

Artigos acadêmicos apontam que os dados têm se tornado elementos centrais para a competição na economia digital. Atentas ao fenômeno, diversas autoridades da concorrência já vêm emitindo estudos e relatórios sobre as relações entre concorrência e big data, nos quais propõem a aprimoração de conceitos e o desenvolvimento de mecanismos que sejam capazes de absorver tais elementos na abordagem antitruste"

Voto da Conselheira Paula Azevedo

4.5. Aquisição da Hub Prepaid pela Magalu Pagamentos

AC n. 08700.000059/2021-55 - O recurso do terceiro interessado Mercado Pago argumentou que a análise da operação deveria basear-se nos dados e não nos serviços ofertados

Segundo o recorrente Mercado Pago, a operação seria um data-driven merger, ou seja, uma aquisição que foi motivada pelo acesso a dados. Assim, os impactos concorrenciais deveriam ser analisado a partir, por exemplo, do acesso e armazenamento de dados sensíveis dos concorrentes e até mesmo dos clientes dos concorrentes.

Contudo, a Conselheira Relatora Paula Azevedo considerou que os dados discutidos não poderiam ser repassados pela Hub à Magalu, vez que a operação não autorizaria que a Hub descumpra obrigações contratuais, legais e regulatórias. Assim, estaria vedado a disposição, transferência ou tratamento dos dados da Hub pela Magalu sem a anuência dos titulares.



4.6. Aquisição da Linx pela Stone

AC n. 08700.003969/2020-17 - Os recorrentes Cielo, Safra e Adyen alegaram que a Stone passaria a deter acesso a dados de varejistas que poderiam trazer vantagens competitivas indevidas

"Considerando que a obtenção de dados e informações sensíveis dos concorrentes pode configurar uma importante vantagem competitiva no desenvolvimento de estratégias comerciais e competitivas, é preciso examinar a natureza das informações compartilhadas, a dinâmica do mercado, os meios utilizados para a obtenção das informações e, a partir disso, avaliar a potencialidade de que o acesso e o uso dos dados venham a gerar comportamentos e efeitos anticompetitivos.

Naquele caso, contudo, a sensibilidade das informações diferia substancialmente da relevância dos dados neste caso, que consistem em informações contínuas, regulares e granulares sobre as condições contratuais, inclusive a taxa de MDR, os serviços adicionais contratados pelo varejista e as contratações de crédito. Assim, há que se reconhecer que as preocupações aqui levantadas possuem maior consistência e gravidade."

Voto-Vogal da Conselheira Paula Azevedo

O Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani alertou que a operação não permitiria à Stone acessar por completo a estratégia comercial dos concorrentes que usam softwares de gestão da Linx: os dados acessíveis seriam uma parcela ínfima do mercado total de aquisição operado pelos concorrentes, e ainda estariam faltando informações importantes para conhecer a estratégia comercial (por exemplo, os custos).

Ainda, o Open Banking estabeleceria o compartilhamento de dados relacionados a: (i) operações de crédito; (ii) serviços de credenciamento em arranjos de pagamento; (iii) cadastro de clientes e seus representantes; (iv) transações de clientes relacionadas com serviços de credenciamento em arranjos de pagamento. Ou seja, as informações que a Stone teria acesso em decorrência da operação já estariam sendo compartilhadas entre instituições financeiras (caso os estabelecimentos autorizassem, vez que são os titulares dos dados)

Chamei atenção neste caso para a preocupação antitruste em relação ao aprimoramento dos meios de obtenção processamento e uso de dados pessoais. Contudo, o compartilhamento de dados poderia trazer benefícios para os consumidores (melhores taxas, facilidades de portabilidade, etc).



4.7. Cartel das Autoescolas e Despachantes

PA n. 08012.011791/2010-56 - Os integrantes da colusão criaram um software para implementar e monitorar o cumprimento dos acordos de preços

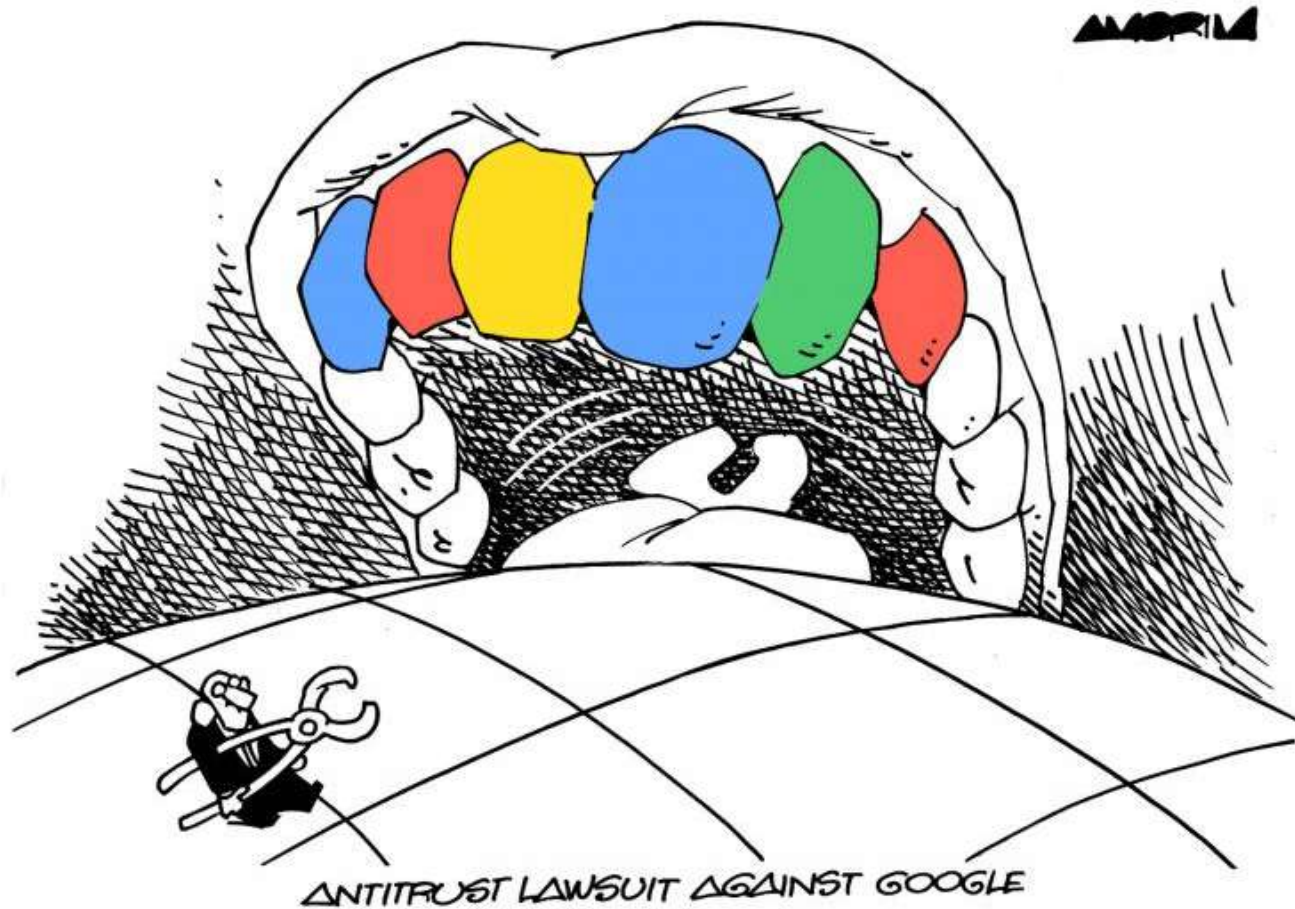
A investigação foi instaurada para apurar prática de cartel para uniformização de preços e demais condições de prestação de serviços pelos centros de formação de condutores (CFCs) de Santa Bárbara d'Oeste (SP).

Ainda que não fosse um cartel dos algoritmos como temem os estudiosos de inteligência artificial, há a instrumentalização da infração econômica (cartel e indução à conduta comercial uniforme) através de um software. Entre outras funções, este software facilitava o monitoramento da conduta anticompetitiva vez que ele continha os dados dos usuários e as informações comercialmente sensíveis dos CFCs.

A conduta foi condenada pelo CADE em 2016.

"A ADESBO se obriga a fiscalizar todo o movimento operacional e financeiro do SCM, mediante intranet especificamente construída para essa finalidade (fl. 4424v). Nesse sentido, tendo em vista que todos os serviços contratados pelos clientes de Santa Bárbara d'Oeste/SP passavam necessariamente pelo SCM, o detentor da movimentação financeira desses pagamentos via boleto seria também o detentor dos dados dos usuários do sistema, seja quanto aos preços praticados por cada autoescola, seja quanto à intensidade de movimentação operacional de cada uma -- do que seria possível deduzir a quantidade de clientes que as autoescolas recebiam mediante simples aritmética fundada na tabela de preços instituída pela própria associação. Logo, o mercado era bastante transparente para a ADESBO monitorar o cumprimento das tabelas e retaliar aqueles que decidissem por burlar o acordo por meio de exclusão da associação"

Voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Jr



4.8. Buscapé x Google Shopping

PA n. 08012.010 483/2011-94 - denúncia de abuso de posição dominante da Google, criando vantagens indevidas e anticompetitivas ao seu próprio marketplace "Google Shopping"

Em um julgamento emblemático da composição anterior do Tribunal CADE, resultou empatado 3 a 3. O caso foi desempatado pelo voto de qualidade do presidente, resultando no arquivamento da investigação em 2019.

A investigação tratou pouco sobre questões como a importância dos dados pessoais na dinâmica dos mercados digitais envolvidos no processo. No voto condutor do julgamento, os dados dos usuários entraram apenas na análise de barreiras à entrada. Os dados foram tratados como um insumo não-rival e não-exclusivo de caráter ubíquo, que caducam rapidamente -- o que permitiria que diversas empresas conseguissem processar de forma efetiva, proliferando diversos players no mercado.

Ainda, o voto condutor ressaltou que o poder de mercado do mercado de buscas gerais não se transfere automaticamente para outros segmentos digitais à jusante, usando o exemplo do Orkut e do Google+, redes sociais do Google que foram descontinuadas por falta de êxito/desempenho satisfatório.

Afirmou que a detenção de dados não seria uma barreira à entrada, e dados não seriam insumos tão essenciais (essential facilities) em um mercado de comparação de preços. Por fim, considerou que o processamento das informações pessoais pode trazer eficiências para o usuário final, ante a personalização dos serviços prestados.

"uma terceira forma de racionalidade para a conduta [...] pouco discutido nos autos até aqui. Trata-se do fato de que, além dos potenciais lucros financeiros, um dos principais ativos para o mercado original do Google, o de busca orgânica, é capturar informações dos usuários. Quanto mais informações o Google consegue extrair de usuários da internet, mais ele consegue aprimorar o mecanismo de busca, é verdade, mas também mais ele se distancia de qualquer concorrente e mais ele robustece seu poder de mercado. Assim, me parece muito claro o incentivo do Google para agir de modo a garantir que a maior parte das atividades realizadas por internautas ocorra dentro de seus próprios subdomínios, para conhece-lo cada vez mais e para impedir que outros o conheçam. Os dados são a nova moeda, a nova fonte de poder. Ao direcionar o usuário para um site próprio de compra e não para o comprador (e, creio, no futuro, mesmo para um MP) o Google é capaz de observar o que o consumidor faz, colher suas informações e mapear seu comportamento [...]"

Reconheço que o ideal seria que uma agência reguladora, e não o CADE, lidasse com mercados digitais, que cada vez mais se assemelham a monopólios naturais. Um órgão perene, com capacidade técnica e maiores poderes para fiscalizar. Acredito, inclusive, que isso acontecerá um dia [...]"

Voto-Vista divergente do Conselheiro João Paulo Resende



Common Sense Extremists
@crushmarxismnow

...

"How should we handle big tech"

Me:



"Antes de tudo, importante lembrar que os Dados de Relatório da API são compostos por dados de outras pessoas jurídicas, os anunciantes. Eles objetivam demonstrar o desempenho das propagandas contratadas pelo anunciante [...] o Google protege também os dados da empresa anunciante, ao impedir que ele seja transferido pelo desenvolvedor da ferramenta otimizadora a terceiros estranhos àquela relação jurídica"

Voto do Conselheiro Relator Maurício
Maia

4.9. Microsoft (Bing) x Google (AdWords)

PA n. 08700.005694/2013-19 - denúncia de abuso de poder econômico da Google através da restrição da interoperabilidade do API do AdWords

Google Adwords é uma plataforma de de busca patrocinada que é utilizada por anunciantes para confeccionar anúncios que aparecerão nos resultados de buscas feitas no motor de buscas Google -- uma plataforma de múltiplos lados.

A Microsoft, detentora do motor de buscas concorrente Bing alegou que a Google teria atualizado os termos de contrato de forma a impedir o multihoming, isto é, a possibilidade de um anunciante veicular sua propaganda em múltiplas plataformas digitais.

Um dos pontos discutidos eram os dados a serem transferidos entre os motores de buscas para garantir a interoperabilidade. Contudo, estes "dados de relatório da API" são compostos por dados de outras pessoas jurídicas (são relacionados ao desempenho dos anunciantes). A proteção de dados pessoais apareceu de forma marginal no caso, em uma cláusula contratual que não tinha relação direta com o multihoming.

A investigação foi arquivada em 2019 tendo em vista que as previsões contratuais em questão não impediam a portabilidade cruzada entre plataformas, além de assegurar proteções adicionais justificadas aos dados das empresas anunciantes.



4.10. GuiaBolso Finanças x Bradesco

PA n. 08700.004201/2018-38 e TCC n. 08700.003425/2020-47 - o Bradesco firmou TCC com o CADE e encerrou a investigação, pagando 23 milhões de contribuição

GuiaBolso Finanças é um aplicativo desenvolvido para prover mecanismos de gestão financeira de seus recursos, otimizando as informações dispostas aos usuários de serviços bancários. O aplicativo funciona também como plataforma [marketplace] de serviços de empréstimo pessoal (intermediando relação de instituições financeiras com usuários, estes últimos que poderiam comparar e comprar online os produtos de diversos bancos).

Após entrar como amicus curiae em um processo judicial envolvendo o Bradesco e o GuiaBolso, a SEPRAC apresentou denúncia ao CADE sobre a controvérsia: O GuiaBolso depende das informações dos usuários controladas pelos bancos para oferecer os serviços de auxílio de gestão financeira. Os clientes do Bradesco, por sua vez, não conseguiam inserir diretamente seus dados na plataforma porque o banco instituiu uma senha randômica adicional para o acesso a suas contas-correntes, impedindo o exercício da atividade econômica do GuiaBolso e limitando a concorrência entre produtos bancários disposta no marketplace do GuiaBolso.



"A Política idealizada pela Ipiranga é reflexo de um fenômeno mais amplo de digitalização da economia, por meio do qual os agentes de mercado passam a incorporar as novas tecnologias como meios para desenvolver estratégias comerciais e concorrenciais. O uso de big data, big analytics, inteligência artificial e algoritmos para simular e estipular variáveis competitivas, como preço, qualidade e personalização de produtos, é uma tendência em ascensão, e não apenas para os mercados digitais baseados na internet, mas também para setores da chamada indústria tradicional.

Nesse cenário, compete aos órgãos reguladores, em geral, e às autoridades da concorrência, em específico, traçar os contornos e limites para o uso dessas tecnologias, uma vez que esse movimento não deverá ser contido ou proibido pela política de defesa da concorrência. Até mesmo em razão dos benefícios que tais tecnologias introduzem no processo competitivo, o enforcement concorrencial não deve inviabilizar o emprego das novas tecnologias em estratégias comerciais e competitivas, mas, sim, observar e determinar como esses elementos devem ser regrados em prol da inovação, da concorrência e do bem-estar do consumidor.

[...]

Quanto aos mecanismos inteligentes e uso de algoritmos, observou-se que os riscos concorrenciais decorrentes do uso do sistema informatizado para precificação também se revelam baixos no presente caso e, condicionados às salvaguardas dispostas nesta análise, não devem despertar maiores preocupações concorrenciais"

Voto da Conselheira Relatora Paula Azevedo

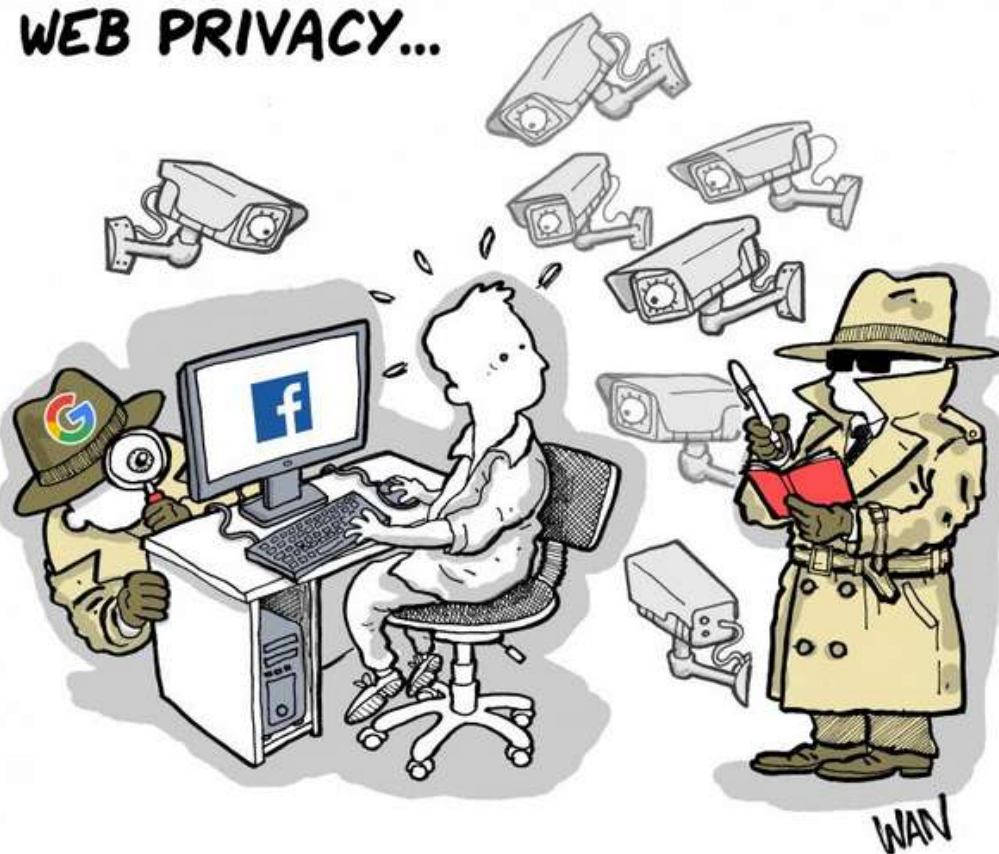
4.11. Consulta Ipiranga "baixou, ganhou"

Consulta n. 08700.002055/2021-10 - A Distribuidora Ipiranga consultou o CADE sobre uma nova política de preços com sugestão de preços máximos para revenda de combustíveis

A questão envolvia a implementação de um sistema de precificação, com mecanismo inteligente e uso de algoritmos, para negociação com revendedores com bandeira Ipiranga, a partir da adoção de estratégia de sugestão de preço máximo de combustíveis líquidos no varejo. Caso o revendedor acatasse e precificasse abaixo do preço máximo sugerido, ganharia desconto na aquisição de combustíveis.

De acordo com a Conselheira Relatora Paula Azevedo, a proposta não desperta preocupações concorrenciais, vez que envolve a sugestão (de preços máximos, e não mínimos) e não uma fixação dos preços de revenda. Ainda, os parâmetros são sugeridos de forma individualizada a cada posto, que reduz os riscos de uniformização entre os concorrentes. Não são previstos mecanismos de monitoramento ou retaliação pela sua não adoção pelos revendedores.

Além disso, para assegurar a conformidade concorrencial da política apresentada, o Tribunal do Cade determinou que a distribuidora observe os seguintes critérios: a sugestão de preço deve ser sempre inferior ao preço de revenda cobrado pelo revendedor; a sugestão deve ser individualizada, com base nas características específicas do posto e do local de revenda; e o sistema algorítmico deverá ser único e exclusivo da Ipiranga, assim como a base de dados utilizada.



4.12.3. Algoritmos e inteligência artificial na gasolina alemã: Um estudo econômico da Universidade Queens (Canadá) teve por objeto o impacto na concorrência nos mercados de revenda de combustíveis da Alemanha após a disseminação da precificação via algoritmos em 2017. O resultado foi que o uso de precificação algorítmica aumento em 9% as margens dos mercados competitivos. No caso dos mercados sob duopólio, as margens chegaram a aumentar 28% quando ambos adotaram os algoritmos. Não houve mudanças significativas quando apenas um player adotou o sistema, ou nos mercados sob monopólio. *"Our findings suggest that regulators should be concerned about the mass-adoption of algorithmic pricing software in markets"* (ASSAD, Stephanie et al. Algorithmic pricing and competition: Empirical evidence from the German retail gasoline market. 2020)

4.12. Casos internacionais

Concorrência e proteção de dados nas autoridades estrangeiras: alguns pontos interessantes

4.12.1. Cartel dos pôsteres e o pesadelo de Ariel Ezrachi: uma das primeiras notícias que se deu sobre colusão algorítmica foi o caso dos pôsteres em 2015. David Topkins confessou que criou um algoritmo para, em conjunto com outros vendedores, fixar e aumentar preços de pôsteres que eram vendidos através do marketplace da Amazon. É um dos primeiros casos que se tem notícia de colusão envolvendo inteligência artificial, mas ainda assim não traduz por completo o alerta de Ezrachi. Por trás do algoritmo ainda existiu uma ação humana programando o sistema para "cartelizar", ainda não atingiu o ponto do machine learning distinguir de forma independente que o melhor carminho sera a formação de um cartel.

4.12.2. Bundeskartellamt v. Facebook/Whatsapp: A partir de decisão proferida em 06/02/2019, a Autoridade Antitruste alemã (Bundeskartellamt) proibiu o Facebook de condicionar o uso de sua rede social à coleta de dados do Instagram, do WhatsApp e do próprio Facebook, realizando um cruzamento desses dados. Além disso, também proibiu a empresa de coletar dados provenientes de sites visitados pelo usuário, os quais requerem a vinculação com a conta pessoal do Facebook. Embora essa Autoridade Antitruste reconheça que o tema sobre processamento de dados não está totalmente dentro de sua competência, decidiu intervir, pois constatou que os limites estabelecidos pela GDPR para a proteção de dados foram ultrapassados, muito em função da posição dominante do Facebook.

Como fundamento para essa suposta "usurpação" de competência, a Autoridade Antitruste argumenta que a GDPR não veda, de forma expressa, que essa Lei possa ser aplicada por outras Autoridades, além das Autoridades Nacionais de Proteção de Dados. Em outro ponto importante para essa discussão, a GDPR explicita que suas normas podem ser aplicadas pelo Direito Privado, abarcando organizações de Defesa do Consumidor. Assim sendo, após uma interpretação sistemática realizada pela Autoridade Antitruste, não estaria descartada a possibilidade de aplicação conjunta da GDPR e da legislação antitruste alemã.

5. Reflexões para o futuro

A interface de cumprimento normativo

Há formas tanto de cumprir quanto de descumprir a lei de proteção de dados levantando questões concorrenciais. O CADE já enfrenta questões do tipo com o Direito Tributário, com Prevenção à Lavagem de Dinheiro, e principalmente com a Regulação Setorial.

Privacidade x Publicidade

Às vezes interessa à proteção da concorrência que os dados corram. Às vezes o acesso exagerado à informação pode criar incentivos perversos à cartelização ou abuso do poder econômico.

Indução do consumidor e concorrência

Até onde a indução do consumidor será matéria de Direito do Consumidor

O pêndulo da constitucionalização e economicização do antitruste

Crítérios de submissão obrigatórias de atos de concentração ao CADE

Precisamos reformular a Lei 12.529 art. 88 caput e a res. 2/2012 ou as exceções podem ser corrigidos pelo § 7º do art. 88?

Mercados digitais e instrumentos de análise concorrencial

O Direito da Concorrência precisa de novos instrumentos, doutrinas e proxies para lidar com mercados relevantes, efeitos de rede, monopólios naturais, subsídios cruzados e killer acquisitions nos data-driven markets da economia digital?

Muito obrigado!

Lenisa Rodrigues Prado

Conselheira do CADE

Doutoranda em Direito Econômico pela UFMG

Professora no IDP

E-MAIL

gab01@cade.gov.br

ASSESSORIA

Luiz Guilherme Branco

6.1. Bibliografia

KIRA & COUTINHO

REVISTA DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA

Ajustando as lentes: Novas teorias do
dano para plataformas digitais

NOVAIS E SILVA & MOURÃO

REVISTA DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA

A proteção de dados à luz do Direito
Concorrencial: Portabilidade de dados,
infraestruturas essenciais e Open Banking

ZANATTA & ABRAMOVAY

INSTITUTOS DE ESTUDOS
AVANÇADOS DA USP

Dados, vícios e concorrência: repensando
o jogo das economias digitais

ZANATTA & RENZETTI

REVISTA FÓRUM DE
DIREITO NA ECONOMIA
DIGITA

Proteção de dados pessoais e direito
concorrencial: Razões da aproximação e
potencialidades para pesquisa



CARVALHO, MATTIUZZO, ALIMONTI, CONTRI et. al.

NUCED-USP & IDEC

Mapeamento Lei Geral de Proteção de
Dados e Direito da Concorrência

PEREIRA NETO et. al.

ACADÊMICA LIVRE & FGV-
SP

Defesa da concorrência em plataformas
digitais