



16853840



08012.003548/2021-17



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria Nacional do Consumidor
Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

NOTA TÉCNICA Nº 2/2022/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de Nota Técnica de prestação de informações à AGU em resposta ao OFÍCIO n. 07582/2021/SEJUCEOFI1/PRU3R/PGU/AGU (SEI 16730460), que faz referência à Nota Jurídica do órgão 16730489.
2. Em apertada síntese, o Ministério Público Federal em São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com Pedido de Tutela Antecipada (processo nº 5009507-78.2018.4.03.6100), em face da Microsoft Informática e da União Federal, por conta da política de coleta de dados do Sistema Operacional Windows 10 da Microsoft e da suposta inércia da União quanto à referida política.
3. Assim, o Juízo da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo proferiu a seguinte decisão:

"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal, em face da União Federal, para o fim de reconhecer a omissão da União Federal em apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor, apuradas no Inquérito Civil nº 1.34.001.004824/2016-81, atinentes à empresa Microsoft Informática Ltda, pela colocação no mercado, no ano de 2015, da licença de uso do Sistema Operacional Windows 10, em diversas versões, para uso em computadores pessoais e profissionais, com violação a privacidade e intimidade dos consumidores. Por consequência, condeno a UNIÃO FEDERAL ao pagamento de danos morais coletivos, em favor do Fundo de Direitos Difusos – artigo 13, da Lei nº 7347/85- no valor que arbitro em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor a ser atualizado, com juros e correção."
4. O órgão da AGU informa que será interposto o competente recurso em face à sentença referida.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. A Nota Técnica nº 88/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ (SEI nº 6369722) trouxe à baila quatro pontos relevantes para reconsideração do *parquet* ante ao pedido elaborado na exordial do processo nº 5009507-78.2018.4.03.6100, bem como carreteu argumentos a serem considerados pelo Juízo da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo quando do proferimento da sentença. Infelizmente, a nosso ver, essas justificativas não foram acolhidas pelo MPF e pelo juízo da 9ª Vara Cível Federal de São Paulo.

6. Em resposta ao OFÍCIO n. 07582/2021/SEJUCEOFI1/PRU3R/PGU/AGU, e com vistas a subsidiar a atuação do órgão da AGU nas próximas etapas do processo judicial (inclusive no recurso), reprisaremos e atualizaremos cada um desses fundamentos legais que respaldam a atuação administrativa do DPDC no caso em comento.

1 – O DPDC é órgão do Poder Executivo da União que age visando à concretização do Capítulo II do CDC ("Da Política Nacional das Relações de Consumo"), principalmente alinhado com o art. 4º, III, quando atua com vistas a harmonizar as relações de consumo.

7. Harmonizar as relações de consumo significa, dentre outras coisas, buscar fundamento nos princípios maiores da isonomia e da solidariedade para distencionar alguns pontos conflituosos em cada interação consumerista, guiando-as no sentido da pacificação socioeconômica do mercado e equilíbrio contratual.

8. Nesse sentido, como norte para harmonização, o art. 4º, inciso III do CDC orienta a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

9. Logo, harmonizar as relações de consumo traduz-se em aplicar o Código de Defesa do Consumidor de forma a defender os interesses dos consumidores sem inviabilizar a liberdade do fornecedor em exercer sua atividade econômica dentro dos limites daquilo em que a lei não o impede de fazer.

10. No Brasil, o Art. 1º, IV, e Art. 170, caput, da Constituição Federal eleva à condição de fundamento do estado democrático de direito e da ordem econômica a livre iniciativa, sendo essa limitada pela defesa do consumidor.

11. Assim, qualquer atuação governamental deve equilibrar a independência e não interferência na livre iniciativa sem que seja esquecida a defesa do consumidor, sendo o contrário também verdadeiro. Contudo, faz-se necessário atentar ao fato que esses pilares da carta republicana de 1988, quais sejam, defesa do consumidor e livre iniciativa devem ser preservados de maneira harmônica entre si onde cada princípio deve ser aplicado de forma a manter a coexistência e boa simbiose entre eles.

12. Nesse diapasão, vale ressaltar que a função da Secretaria Nacional do Consumidor, criada pelo Decreto nº 7.738/2012, com atribuições estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, no Decreto nº 2.181/97, e na Portaria MJSP nº 905/2017, é precipuamente tornar concreta e eficaz a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor atuando como órgão federal coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

13. O papel da SENACON é harmonizar não só as relações de consumo, como qualquer atuação estatal com fulcro no Art. 4º, inciso III, mas também preservar a coexistência sistêmica da livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor. Tanto é que o Manual de Defesa do Consumidor lançado pela Escola Nacional de Defesa do Consumidor assim discorre sobre a questão:

“Mas, de antemão, é importante realçar que o CDC não é uma lei que protege o consumidor a todo e qualquer custo. Não é sempre verdadeiro o ditado de que o consumidor tem sempre razão. O CDC veio para restabelecer uma situação de equilíbrio entre consumidor e fornecedor. É exatamente o que estabelece a meta de harmonização das relações de consumo.

(...)

A intervenção do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal – diretamente ou por intermédios dos órgãos de proteção e defesa de consumidor) na proteção do consumidor não o coloca em situação de vantagem ou benefício unilateral em relação ao fornecedor, mas visa ao equilíbrio e a harmonização deste frente a uma situação que é desigual desde seu nascedouro.

A meta da política pública de proteção dos consumidores é restabelecer o equilíbrio e a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo sempre que possível ponderando outros valores como a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, fundando-se ainda na boa-fé.”[1]

14. Nesse sentido devemos ter em mente que a Microsoft aparentemente exerceu sua parcela de livre iniciativa quando estabeleceu um termo de uso no qual ela informou ao consumidor que faria a coleta de certos dados do sistema. Conforme apurado no processo 08000.031054/2016-02, o recolhimento desses dados tinha por objetivo de promover algum avanço tecnológico do sistema operacional, buscando assim aprimorar a experiência do usuário, corrigir eventuais falhas que venham a ser apresentadas na utilização do Windows 10, bem como personalizar o uso do software. (Informação Núcleo Téc de Combate aos Crimes Cibernéticos - SEI nº 2676135)

15. Coletar esses dados não significa, *a priori*, que houve uma violação incontestada da intimidade ou consentimento do consumidor como sugerido pelo Ministério Público Federal na sua exordial, posto que o usuário é, em algum nível, informado nos Termos de Licença e Política de Privacidade desse produto que tal prática seria realizada. É claro que, enquanto órgão responsável pela Política Nacional das Relações de Consumo, nos cabe impulsionar o aprimoramento desses contratos virtuais, e, portanto, sugerir mudanças que estejam mais aderentes as boas práticas já atestadas por esse departamento considerando o texto do CDC, o direito à informação e o Marco Civil da Internet, buscando assim a necessária harmonização das relações de consumo.

16. Todavia, dizer que uma atividade de mercado não está condizente com as boas práticas acumuladas ao longo da experiência administrativa do DPDC frente a outros setores econômicos não significa afirmar que essa ação do fornecedor é flagrante e taxativamente ilegal, passível de indiscutível sanção administrativa.

2 – As competências da Senacon e do DPDC não se restringem à atuação sancionatória de condutas irregulares, sendo os processos administrativos sancionatórios (baseados no Decreto nº 2.181/97) apenas um dos meios para a consecução dessa política pública.

17. Conduzir política pública significa em muitos casos fazer certas escolhas para que se atinja de maneira mais rápida, eficaz e econômica seus objetivos, respeitando sempre os princípios constitucionais.

18. No caso em tela, a prática da Microsoft no que concernia a coleta, consentimento e armazenamento de dados via Windows 10 carecia de alguns aprimoramentos para aderir mais fidedignamente aos ditames do CDC. Esse fato é incontroverso.

19. Contudo, a denúncia do MPF fora pautada em princípios subjetivos, como por exemplo a violação a privacidade. Sob o nosso entendimento, para uma acusação dar azo a instauração de processo administrativo sancionatório, a conduta ilícita do fornecedor deveria estar inequivocadamente positivada em lei, gerando um comportamento flagrantemente dissonante com o texto legal.

20. Na época do ocorrido, o DPDC tinha suas competências reguladas pelo Decreto nº 9.150/17, pelo qual punir via processo administrativo sancionatório era apenas uma das tantas ferramentas de atuação do departamento. Dentre outras atribuições administrativas, destacamos: assessorar a SENACON na formulação e na promoção da política nacional de proteção e defesa do consumidor; planejar, executar e acompanhar ações de prevenção às práticas infringentes às normas de defesa do consumidor e promover estudos sobre as relações de consumo e o mercado; monitorar o mercado de consumo para subsidiar políticas públicas de proteção e defesa do consumidor.

21. Perceba-se que, dentro da esfera de governança do DPDC, havia um leque de ferramentas possíveis de serem utilizadas, ou seja, medidas não punitivas, todas voltadas para a promoção da política nacional de proteção e defesa do consumidor, cabendo ao gestor público ocupante do cargo analisar qual delas era o melhor instrumento para concretização dos objetivos do CDC.

22. Nesse contexto, optar pelo procedimento administrativo sancionatório provavelmente teria se revelado pouco eficaz e muito custoso em todos os sentidos para a administração pública, frente à escolha de providências não sancionatórias de recomendações ao fornecedor realizada conforme descrito no Ofício 118 (SEI nº 3020385).

23. A experiência prática do DPDC mostra que a dinâmica sancionatória, além de ser uma opção onerosa à administração pública, por vezes não é a melhor alternativa no propósito de reeducar e recuperar os danos eventualmente causados pelos infratores. Dada a nossa obrigação em garantir o respeito às normas consumeristas, a resposta administrativa para o enfrentamento de ilícitos deve ser sempre adequada e proporcional, sem, contudo, ser reducionista ou mesmo meramente disciplinar.

24. Há sinais evidentes de que a *praxis* de instaurar procedimentos de apuração de infrações desmedidamente, sem avaliação dos critérios de efetividade da ação gera também um questionamento sobre o caráter punitivo-pedagógico da atuação frente a todos os demais players do mercado.

25. Outrossim, é cediço que boa parte das multas aplicadas em procedimentos sancionatórios desta Secretaria não vêm sendo arrecadadas no tempo e na forma correta, sendo recorrentemente judicializadas, e não funcionando assim como fator transformador da realidade de consumo. Ao instaurar um procedimento sancionatório desse naipe, recorrentemente fecha-se a porta para o diálogo com o fornecedor em virtude dessa ação estatal extrema, sobrecarregando a Senacon e o DPDC com um poder-dever de impulsionar um processo administrativo com muito esforço até seu fim.

26. Esse modelo de gestão administrativa com vistas à promoção de política pública via processo administrativo sancionatório não têm espelhado recentemente o estágio de responsividade democrática, pelo qual o governo é obrigado a implementar e planejar políticas que traduzam verdadeiramente as vontades dos cidadãos. Atualmente, a medida em comento não tem atingido seus fins na maioria dos casos, quais sejam, prevenir infrações e persuadir o fornecedor ao cumprimento espontâneo das normas do CDC, como o direito à informação ou proteção da privacidade. A correção do ato, que deveria repousar no infrator uma certa reflexão pelo mau comportamento, tem funcionado de modo diverso ante a ideia de vantagem compensatória do ilícito, dada a possibilidade de reversão da decisão administrativa ou mesmo o teto relativamente das multas (cerca de R\$ 11 milhões, na atualidade), que por vezes não serve, em termos econômicos, como desincentivo a condutas infrativas.

27. É justamente por isso que no caso em tela fora lançado mão de outro instrumento com nítida finalidade conciliatória numa ação de melhor custo-benefício para administração pública, os quais possibilitaram a troca do processo sancionatório pela prevenção e restauração do dano.

3 – A conveniência e oportunidade são prerrogativas da Administração Pública quando atua em sua função típica. A atuação de acordo com essas prerrogativas não pode ser considerada omissão quando ocorre dentro dos contornos legais e com vistas à consecução dos direitos fundamentais dos consumidores.

28. Diante de todas as opções de atuação possíveis estampadas na Lei nº 8.078/ 90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) e nos instrumentos legais que a regulamentam, entre eles o Decreto nº 2.181/97 e o Decreto nº 9.150/17, podemos concluir que o DPDC se encontrava diante de uma possibilidade de manifestação do seu poder discricionário de ação. Assim sendo, o Departamento via-se diante da permissão de praticar algum dos atos elencados na sua esfera de governança com a liberdade de escolha, pautada nos quesitos de conveniência e oportunidade.

29. Nesse ponto há uma importante divergência entre a decisão proferida pela 9ª Vara Cível Federal de São Paulo e a efetiva atuação do DPDC: o fato de o Departamento não ter instaurado um processo administrativo disciplinar e ter optado por outra modalidade de atuação administrativa para persecução da sua finalidade pública não configura omissão, mas sim discricionariedade administrativa de eleger a melhor via para atingir seus objetivos no tocante ao rápido atendimento do bem estar dos consumidores.

30. De certo que um processo administrativo disciplinar se arrastaria por tempo considerável, não possuindo assim a rápida resposta necessária para ajuste de conduta da empresa frente ao mercado

consumidor brasileiro. Cabe ainda ressaltar que a forma elencada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor na época condizia com os instrumentos existentes, posto que foi sugerido a empresa uma série de pressupostos legais a serem observados. Vale ressaltar que a portaria que viria a dispor sobre a celebração de termo de ajustamento de conduta nos processos administrativos sancionatórios da SENACON foi editada apenas em 28 de janeiro de 2021 (Portaria nº 34, de 28 de janeiro de 2021), anos depois do caso Windows 10.

31. Sendo assim, tem-se que a análise acerca do mérito quanto a ferramenta legal utilizada pelo DPDC para aprimorar a conduta da Microsoft quanto à privacidade dos usuários do Windows 10 desborda a possibilidade de exercício do controle jurisdicional do ato administrativo, posto que alcança hipótese que se converge ao mérito administrativo, o que pode configurar inobservância do princípio constitucional da tripartição dos poderes.

32. Logo, entendemos que não cabe ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público julgar o DPDC por omissão de atuação administrativa tão somente pelo fato do Departamento ter optado por emitir recomendações ao fornecedor ao invés de iniciar um processo administrativo sancionatório. O controle judicial determinar que o DPDC não deveria adotar a medida A e sim a medida B pode desconsiderar os limites de atuação assegurada ao Administrador e, dessa forma, causar indesejada judicialização da política pública.

4 – O DPDC não atua como um órgão com atribuições semelhantes às do Poder Judiciário quando em julgamento de contenciosos e isso não significa que o Departamento seja omissor. A consecução de política pública, principalmente no que tange a matéria ainda não regulada em legislação específica (a LGPD ainda não fora promulgada na época da coleta dos dados), faz-se respeitando os princípios e leis existentes e também visando à eficiência das medidas adotadas.

33. Como exaustivamente citado nos tópicos anteriores, o DPDC não é órgão jurisdicional, tampouco tribunal administrativo, e não atua, de fato, com atribuições semelhantes à do Poder Judiciário dado que sua função típica é executar política pública em matéria de direito do consumidor.

34. Insta salientar que o caso do Windows 10 ocorreu em 2016, e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) entrou em vigência em sua maior parte apenas 24 meses após a data da sua publicação (2018).

35. Somente com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) esse caso teria um outro desfecho, pois ela foi disciplinou práticas como aquelas adotadas outrora pela Microsoft no momento da coleta, do tratamento e do consentimento do consumidor ao instalar o Windows 10. Frise-se: para que houvesse uma violação objetiva dos direitos a intimidade dos consumidores, era necessário que na época existisse uma lei taxativa determinando que a empresa agisse de maneira contrária a qual ela praticou.

36. Perceba-se que não havia lastro legal e base normativa para condenação objetiva da Microsoft em processo administrativo sancionatório antes da edição da LGPD. Atuação do DPDC em sentido diverso poderia causar indesejável segurança jurídica no mercado de consumo.

37. Assim, não restou outra alternativa ao DPDC a não ser materializar o direito a intimidade e informação ao consumidor em alguns tópicos elencados no Ofício 118 (SEI nº 3020385), na medida que não havia lei específica sobre o assunto proteção de dados naquele momento, e, ato contínuo, recomendar a revisão e observação daquelas advertências “quando da disponibilização do Windows 10, para que [fosse] promovido um consumo plenamente consciente e livre, com informações claras e de fácil compreensão sobre qualquer tipo de coleta de dados pessoais e sobre a real necessidade de tal conduta.”

III – CONCLUSÃO

38. Diante o exposto, sugere-se encaminhar a presente Nota Técnica à AGU, em resposta ao OFÍCIO n. 07582/2021/SEJUCEOFI1/PRU3R/PGU/AGU e para subsidiar a atuação do órgão nas próximas etapas do processo judicial, inclusive no recurso.

É o parecer.

À consideração superior.

GUSTAVO GONÇALINHO DA MOTA GOMES

Analista Técnico Administrativo

De acordo.

FREDERICO FERNANDES MOESCH

Coordenador Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado

De acordo.

LILIAN CLAESSEN DE MIRANDA BRANDÃO

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

[1] Manual de Direito do Consumidor. – Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 4ª Ed, 2014. Pags 78 e 102



Documento assinado eletronicamente por **PAULO NEI DA SILVA JUNIOR, Coordenador(a)-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado - Substituto(a)**, em 06/01/2022, às 15:59, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **GUSTAVO GONÇALINHO DA MOTA GOMES, Analista Técnico(a) Administrativo(a)**, em 06/01/2022, às 16:00, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **LILIAN CLAESSEN DE MIRANDA BRANDÃO, Diretor(a) do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor**, em 06/01/2022, às 16:10, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **16853840** e o código CRC **4A80C713**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.