

ATUALIDADES DA TEORIA JURÍDICA DO MERCADO



Coordenação:
Vicente Bagnoli

Organização:
Paulo Henrique Gomiero

A Teoria Jurídica do Mercado é uma disciplina viva, aderente à realidade, que acompanha as necessidades socioeconômicas do mundo do ser. O Direito Econômico, que em outras palavras é a Teoria Jurídica do Mercado, interpreta a ciência econômica e com o valor da justiça se ocupa do funcionamento do mercado, estabelecendo princípios, criando regras e diretrizes de modo a garantir a justiça social.

O Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie tem “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos” como uma de suas linhas de pesquisa e é nela que está inserida a disciplina Teoria Jurídica do Mercado.

E foi no primeiro semestre de 2021, período ainda em que as significativas restrições causadas pela pandemia da Covid-19 assolavam o país, que uma “seleção” de mestrandos e doutorandos se dedicou a debater, pesquisar e refletir a Teoria Jurídica do Mercado. O resultado é a presente obra, um livro que reúne artigos atuais, instigantes, cuja leitura é necessária para pensar temas relacionados ao Direito Econômico.



**ATUALIDADES DA
TEORIA JURÍDICA
DO MERCADO**



JUSPODIUM
EDITORA



IMAGEM DE CAPA

Freepik / jessica45

ARTE DE CAPA

Daniela Jacinto

DIAGRAMAÇÃO

Valdir Colonbezi

Coordenação:
Vicente Bagnoli

Organização:
Paulo Henrique Gomiero

ATUALIDADES DA TEORIA JURÍDICA DO MERCADO



SCORTECCI
EDITORA

Copyright© dos Autores

10166/1 – 102 – 348 – 2021

O conteúdo desta obra é de responsabilidade do(s)
Autor(es), proprietário(s) do Direito Autoral.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

A898

Atualidades da teoria jurídica do mercado / coordenação
Vicente Bagnoli ; organização Paulo Henrique Gomiero. -
1. ed. - São Paulo : Scortecci, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5529-672-3

1. Direito econômico - Brasil. I. Bagnoli, Vicente.
II. Gomiero, Paulo Henrique.



21-74653

CDU: 346.1(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

GRUPO
EDITORIAL
SCORTECCI

Rua Deputado Lacerda Franco, 98
São Paulo - SP - CEP 05418-000
Telefone: (11) 3032-1179
www.scortecci.com.br
Livraria Asabeça
Telefone: (11) 3032-8848
www.asabeça.com.br

Sumário

Apresentação	7
Economia, mercados e direito do trabalho <i>André Eduardo Dorster Araujo</i>	11
Estrutura econômica para novas obras intelectuais no Brasil <i>Bruno Lagana Falqueiro</i>	29
Critérios ESG – Impactos nos mercados financeiros e de capitais <i>Daniella Navarro Lourenço</i>	59
Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-A da Constituição Federal <i>Dilson José da Franca Júnior</i>	77
O cartel em licitações como medida prejudicial ao direito de livre concorrência <i>Edcarlos Alves Lima</i>	101
Formação de cartel e fraude à licitação: concurso necessário de delitos? <i>Eduardo Manhoso</i>	125
Desafios da inovação em matéria de inteligência artificial frente às mudanças na matriz energética <i>Gabriel Oliveira de Aguiar Borges</i>	141
Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação <i>Germana Gabriela Silva de Barros</i>	159
A liberdade sindical e as práticas antissindiciais: um estudo sobre o fracasso da criação de um sindicato de trabalhadores da Amazon no Alabama, EUA <i>Giovana Aiello Soares da Costa e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante</i> ...	179

Cartel em licitação <i>Isabella Galbieri Agria</i>	207
Plataformas digitais e mobilidade em São Paulo: um levantamento dos instrumentos jurídicos à disposição e de suas deficiências frente à realidade urbana paulistana <i>Marcelo Pezzolo Farina</i>	229
Monetização dos dados e competição analítica no mercado financeiro digital <i>Milena Fório</i>	247
Programas de compliance e contratações públicas <i>Paulo Henrique Gomiero</i>	277
A interação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica <i>Renan Clemente Gutierrez</i>	289
Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook <i>Vicente Bagnoli</i>	305



Apresentação

A **Teoria Jurídica do Mercado** é uma disciplina viva, aderente à realidade, que acompanha as necessidades socioeconômicas do mundo do ser. O Direito Econômico, que em outras palavras é a Teoria Jurídica do Mercado, interpreta a ciência econômica e com o valor da justiça se ocupa do funcionamento do mercado, estabelecendo princípios, criando regras e diretrizes de modo a garantir a justiça social. Ao se ocupar do funcionamento do mercado, o Direito Econômico lida diretamente com o poder econômico, e é justamente um ramo do Direito Econômico, o Direito Concorrencial, que tem como seu objeto o tratamento jurídico da política de concorrência, com normas a assegurar a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico.

O Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie tem como suas linhas de pesquisa “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos” e “A Cidadania Modelando o Estado”. E é justamente na linha “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos” que está inserida a disciplina Teoria Jurídica do Mercado, mas sua relação com a linha “A Cidadania Modelando o Estado” é direta, pois se ao final se busca uma cidadania apta a modelar o Estado, isso passa necessariamente aos limites jurídicos do poder econômico. Em outras palavras, a plena cidadania só é alcançada com mercados funcionado de forma ótima, produzindo riquezas, fazendo com que essas riquezas circulem e sejam compartilhadas, a fim de se ter dignidade humana com os ditames da justiça social.

E foi no primeiro semestre de 2021, período ainda em que as significativas restrições causadas pela pandemia da Covid-19 assolavam o País, que essa “seleção” de mestrandos e doutorandos compartilhou comigo seu tempo para refletir a Teoria Jurídica do Mercado. O resultado é a presente obra, um livro que reúne artigos atuais, instigantes, cuja leitura é necessária para pensar temas relacionados ao Direito Econômico.

O primeiro artigo, intitulado **Economia, mercados e direito do trabalho, de André Eduardo Dorster Araujo**, o autor avalia aspectos e conceitos econômicos para compreensão do mercado e seus impactos para com o Direito do Trabalho.

No segundo artigo, intitulado **Estrutura econômica para novas obras intelectuais no Brasil, de Bruno Lagana Falqueiro**, o autor enfrenta questões da propriedade intelectual e de *law and economics* com objetivo de apontar diretrizes para uma revisão normativa do tema.

O terceiro artigo, **Critérios ESG – Impactos nos mercados financeiros e de capitais, de Daniella Navarro Lourenço**, a autora traz os aspectos ESG no contexto da indústria financeira e de mercado de capitais para abordar conceitos atinentes ao tema e a necessidade de adequação das empresas a estes critérios.

O quarto artigo, **Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-a da Constituição Federal, de Dilson José da Franca Junior**, o autor se debruça nos critérios especiais de tributação previstos na Constituição Federal como mecanismo de prevenção de desequilíbrios na concorrência além de abordar propostas legislativas atualmente em discussão no Congresso Nacional.

O quinto artigo, **O cartel em licitações como medida prejudicial ao direito de livre concorrência, de Edcarlos Alves Lima**, o autor avalia a prejudicialidade causada pelos cartéis ao sistema de economia de mercado e, conseqüentemente ao princípio da livre concorrência, um dos pilares da economia pela Constituição Federal.

O sexto artigo, **Formação de cartel e fraude à licitação: concurso necessário de delitos?, de Eduardo Manhoso**, o autor aborda a possibilidade de investigação simultânea pelos crimes de fraude à licitação e formação de cartel a partir da estrutura típica destes crimes.

O sétimo artigo, **Desafios da inovação em matéria de inteligência artificial frente às mudanças na matriz energética, de Gabriel Oliveira de Aguiar Borges**, o autor Gabriel enfrenta a possibilidade de uso de inteligência artificial no setor elétrico face ao regramento existente na matéria.

O oitavo artigo, **Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação, de Germana Gabriela Silva de Barros**, a autora Germana Silva de Barros trata do papel do Estado na economia e seus mecanismos de intervenção abordando agências reguladoras e tributação extrafiscal.

O nono artigo, **A liberdade sindical e as práticas antissindiciais: um estudo sobre o fracasso da criação de um sindicato de trabalhadores da Amazon no Alabama, EUA**, de Giovana Aiello Soares da Costa com a participação de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, os autores abordam a situação dos trabalhadores da Amazon Alabama e sua tentativa pelos trabalhadores de criar um sindicato e como práticas antissindiciais contribuíram para o fracasso da iniciativa.

O décimo artigo, **Cartel em licitação, de Isabella Galbieri Agria**, a autora analisa o sistema de contratações públicas e o quanto a incidência de práticas cartelizadoras representa lesão ao erário e para a sociedade.

O décimo primeiro artigo, **Plataformas digitais e mobilidade em São Paulo: um levantamento dos instrumentos jurídicos à disposição e de suas deficiências frente à realidade urbana paulistana**, de Marcelo Pezolo Farina, o autor traz à discussão os instrumentos jurídicos para regulação e regulamentação de aplicativos de carona paga e suas lacunas na realidade da capital paulista.

O décimo segundo artigo, **Monetização dos dados e competição analítica no mercado financeiro digital**, de Milena Fório, a autora analisa as particularidades dos mercados digitais e a concorrência no setor financeiro digital, abordando questões dos dados como ativos, de modelos de negócios digitais e da concorrência neste mercado.

O décimo terceiro artigo, **Programas de compliance e contratações públicas, de Paulo Henrique Gomiero**, o autor pesquisa a exigência de programas de compliance por empresas que queiram licitar com o poder público e as inovações da Lei nº 14.133/21, além de abordar um aparente conflito de normas na definição de obra de grande vulto trazido pela lei.

O décimo quarto artigo, **A interação entre a autoridade nacional de proteção de dados e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de Renan Clemente Gutierrez**, o autor enfrenta a necessidade e limites para interação entre o CADE e ANPD, avaliando o papel destes órgãos e traçando suas diferenças a fim de demonstrar quando e como cada autoridade deve intervir em temas que sejam conexos entre suas atribuições.

Por fim, o décimo quinto artigo, de minha autoria e intitulado **Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook**, propõe responder a três questões principais relacionadas à decisão da CE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook: (i) a CE aplicou as melhores ferramentas para analisar o caso?; (ii) a CE poderia ter adotado uma

decisão que, de alguma forma, interferiria no campo da privacidade?; e (iii) os procedimentos na Alemanha e na Itália poderiam ter sido evitados?

Como resumido acima, são artigos oportunos para compreender os desafios que enfrentamos com a Teoria Jurídica do Mercado, e a academia se ocupando de temas da atualidade contribuiu significativamente ao lidar com as inquietudes da sociedade que necessariamente passam pelo mercado.

Boa leitura!

Vicente Bagnoli

Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.



Economia, mercados e direito do trabalho

*André Eduardo Dorster Araujo*¹

Resumo: Ensaio analisando aspectos e conceitos econômicos com o fito de ressaltar a importância da compreensão dos mercados para os operadores jurídicos, especialmente, do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Direito e Economia. Análise econômica do Direito. Mercados. Direito do Trabalho.

Sumário: Introdução; 1. Economia e Direito; 2. Teorias e modelos econômicos. Consequencialismo e o Direito; 3. O que é mercado?; 4. Escolhas. Trade-offs e preços; 5. E o Direito do Trabalho?; Considerações finais; Referências.

Introdução

Com espantosa frequência os estudos jurídicos preocupam-se apenas, e de antemão pedimos desculpas pelo pleonasma, com o fenômeno jurídico.

É assaz comum que toda abordagem de cunho jurídico assente-se unicamente na análise de seus próprios institutos, normas e princípios, relegando ao segundo plano (quando há) as relações sociais e econômicas subjacentes. Ignora-se por completo que a sociedade, e conseqüentemente as relações econômicas, precedem ao direito, não o contrário.

¹ Mestrando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); pós-graduado em Direito do Trabalho pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade de Lisboa; pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. E-mail: andredorster@gmail.com.

Há, pois, um verdadeiro *juriscentrismo*² em muito do que se vê, lê e ouve, como se o Direito fosse capaz de encapsular, e plenamente dominar, os fenômenos sociais e econômicos, sem sequer se dar ao trabalho de compreendê-los.

A toda evidência, esta linha de pensamento não é adequada, afinal, como já posto, o Direito sucede (não precede) a sociedade e seus fenômenos, sendo certo que somente existe Direito porque há sociedade organizada.

Aliás, quando pensamos em Direito e Economia, não podemos deixar de ponderar que ambas as disciplinas pertencem às Ciências Sociais e, mais do que se relacionarem, complementam-se, imbricam-se³.

Especificamente quanto ao Direito do Trabalho, o cenário não é diferente, pelo contrário. Percebemos que a grande maioria das discussões giram em torno dos próprios institutos laborais e suas próprias cizânias: quais os elementos de uma relação de emprego?; qual o conceito atual de subordinação?; quais os limites da negociação coletiva?; como resolver o problema da representatividade sindical?

Ou seja, como tem se revelado comum no debate jurídico, há uma tendência de fixação do olhar no *nosso próprio umbigo*.

Nossa proposta aqui, portanto, é *levantar os olhos* e, com isso, tentar compreender melhor o que nos cerca.

Obviamente é um olhar ainda ofuscado pela plêiade de novas informações, tal qual quando despertamos pela manhã e a luz do sol nos ofusca a visão.

Mas, acreditamos que algo de relevante pode advir desta mudança de foco.

Como a tarefa é hercúlea, nossa proposta é humilde. Vamos nos focar em alguns aspectos de intersecção entre economia e direito, com foco especial ao funcionamento dos mercados.

Feita esta abordagem, e compreendido o funcionamento do mercado, tentaremos estabelecer como a sua dinâmica impacta na seara laboral.

Obviamente, para um economista nossa explanação transparecerá rudimentar. Mas nosso propósito não é tratar de economia, mas sim,

² À míngua de expressão melhor, optamos por um neologismo que denote a visão estreita que coloca o direito como centro de tudo.

³ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013, p. 278.

entender aspectos basilares de tão vasta ciência que impactam no nosso mundo jurídico.

Vamos, então, nos debruçar sobre a temática mas não sem antes prestar um esclarecimento ao leitor⁴: não temos a pretensão de propor soluções ou trazer verdades absolutas, mas tão somente lançar luzes sobre o tema.

1. Economia e Direito

Ponto de partida é compreender que direito e economia se interseccionam.

A economia integra as ciências sociais e lança raízes, desde seus teóricos clássicos, na preocupação em se compreender a sociedade, a política e a economia como o *são, não como deveriam ser*⁵.

Como é cediço, os seres humanos têm necessidades, desejos, gostos e prazeres que os levam à busca de bens e recursos para atendê-los. Contudo, os bens, serviços e recursos são finitos e, portanto, nem tudo o que se quer está ao alcance.

A economia foca-se, portanto, na *gestão da escassez*.

E note-se, a escassez está por todas as partes, desde o apartamento que compramos ou alugamos, até o pão que compramos na padaria⁶.

O estudo econômico foca-se nas condições de prosperidade material, ou seja, no acúmulo de riquezas e sua distribuição aos que participam deste esforço social de produção⁷.

Ou, nas palavras de Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus⁸,

a economia é o estudo de como as pessoas e a sociedade decidem empregar recursos escassos, que poderiam ter utilizações alternativas, para produzir bens variados e para os distribuir para o consumo, agora ou no futuro, entre as várias pessoas e grupos na sociedade.

⁴ É sempre importante ajustar as expectativas.

⁵ SALGADO, Lúcia Helena. *Apud* BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 278.

⁶ TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 30.

⁷ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 279.

⁸ *Apud* BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 279.

Mais que isso, a economia pretende compreender o comportamento das empresas, dos consumidores, dos trabalhadores e dos investidores que compõe o *mercado*⁹.

Portanto, como já destacado acima, a economia se ocupa de compreender o fenômeno social-econômico¹⁰ como ele de fato é, não como deveria ser.

Aí reside a diferença fundamental com o Direito, pois, este se ocupa com o *dever ser*.

Mas a raiz da distinção justifica a intersecção entre ambas as ciências. Uma influencia a outra, e cabe ao Direito justamente frear alguns aspectos da economia que podem se revelar deletérios à sociedade.

Com efeito, é cediço que as corporações modernas conseguem controlar preços e custos, organizar fornecimentos, convencer consumidores, modelar a opinião pública¹¹, enfim, é amplamente poderosa e, por vezes, são necessários freios.

A economia pode nos explicar, por exemplo, como as empresas determinam o número de trabalhadores que contratarão, se os contratarão, sob qual modelo contratual. Pode nos revelar, ainda, os fatores determinantes para que os trabalhadores decidam onde, quando e quanto trabalhar¹².

Mas, como a economia não se preocupa com o *dever ser*, cabe Direito fixar regras para coibir as distorções que prejudiquem os valores sociais que a sociedade espera. Cabe, pois, ao Direito frear e nortear a atuação econômica a fim de: impedir a concorrência desleal, evitar o abuso do poder econômico, proteger os consumidores, proteger os trabalhadores...

Há, pois, fluxos e influxos, que não podem ser ignorados, sob pena de o Direito se tornar vazio, repleto de *deveres ser* que de fato não o *são*, nem *serão*.

2. Teorias e modelos econômicos. Consequencialismo e o Direito

Como já ponderado, a economia se preocupa com o mundo do *ser*, ou seja, a explicação dos fenômenos concretos.

⁹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 7. ed. Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 30.

¹⁰ Social, pois só há se falar relações econômicas quando há interações sociais humanas.

¹¹ GALBRAITH, John Keneth. A fé fundadora: A riqueza das nações, de Adam Smith. In: *Galbraith essencial. Os principais ensaios de John Keneth Galbraith*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181.

¹² PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Op. cit.*, p. 29.

Para este fim, vale-se de teorias e modelos, para *prever* consequências futuras de fatos e decisões atuais.

A economia é, pois, eminentemente *consequencialista*, ou seja, parte da observação e compreensão empírica dos fatos presentes para, com base na estatística e econometria, tentar prever e modelar o futuro.

Esta noção é deveras importante para compreender a tomada de decisões no âmbito dos mercados que, longe de ignorar o que está por vir, toma decisões pensando no futuro.

E aqui a intersecção entre direito e economia é muito forte. Isto porque, o direito não pode simplesmente ignorar esta característica consequencialista da economia. Afinal, as decisões, interpretações e regulações jurídicas de hoje, trarão consequências no amanhã. A economia não ignorará o fator jurídico na sua análise consequencialista.

Imaginemos que está por vir uma nova, e notória, regulamentação sobre determinado tema que afetará os mercados. Esta expectativa de nova regulação fomentará as empresas a escolhas que maximizem seus lucros no futuro (ou reduzam suas perdas).

De igual modo, imaginemos que uma Corte Superior mude radicalmente seu entendimento sobre determinado *hard case* jurídico, que possa causar impactos no mercado. Mais uma vez, a análise consequencialista da economia estará presente e influenciará a tomada de decisões para o futuro.

Para uma ilustração mais palpável, emprestemo-nos de exemplos reais, da realidade brasileira.

Exemplo 1: Segundo Rezende e Zylberstajn¹³, até o ano de 2003 era usual em Goiás a celebração de contratos entre produtores de soja e empresas processadoras de alimentos para a venda futura do produto. Ou seja, venda de soja verde, ainda por colher. Excepcionalmente, naquele ano de 2003 houve grande oscilação no cenário internacional e a soja sofreu grande incremento em seu preço, tornando vantajoso aos produtores que deixassem de cumprir o preço ajustado. Tal impasse desaguou em diversas ações no judiciário goiano que, com base na função social do contrato, entendeu em prol dos produtores, permitindo a quebra contratual. Na safra seguinte as consequências se fizeram presentes, já que as

¹³ *Apud* TIM, Luciano; YEUNG, Luciana. A miopia do Direito do Trabalho brasileiro e a necessidade do consequencialismo nas decisões judiciais e legislativas. *In: Temas contemporâneos de Direito Empresarial do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 37.

empresas processadoras de alimentos reduziram drasticamente a compra de soja futura e, nos poucos contratos que assim foram firmados, houve um endurecimento das cláusulas. Ou seja, a economia sofreu influxos do direito e a dinâmica do mercado mudou.

Exemplo 2: a lei 13.467/17 criou a figura do contrato de trabalho intermitente (inexistente até então). Tal modalidade contratual é evidentemente mais flexível que a contratação celetista padrão, já que consiste num contrato sob demanda, equivalente ao contrato *zero hora* do Reino Unido. Um ano após o advento da nova lei as consequências se fizeram presentes, já que a nova modalidade contratual representou 0,5% das contratações com carteira assinada no ano de 2018. No ano seguinte (2019) os efeitos continuaram sendo sentidos, já que dobrou o número destas contratações, que passaram a representar 1% dos novos contratos com carteira assinada (155.422, segundo o IBGE¹⁴). Mais uma vez, o direito influenciou a dinâmica do mercado, que passou a fazer uso da nova ferramenta de contratação.

3. O que é mercado?

Por vezes o *mercado* é tratado como se se tratasse de algo etéreo, alheio, que se impõe sobre nossas vontades e nossos desejos, algo opressor do qual não fazemos parte.

Contudo, essa perspectiva não se mostra verdadeira. Todos nós fazemos parte do mercado, interagindo, fazendo trocas, influenciando e sendo influenciados pela coletividade de agentes.

Mas o que é, afinal, mercado?

O mercado é uma forma de *administração da escassez*. Ao largo da história a escassez já foi administrada (e ainda pode ser) de muitos modos: fila (pense na fila do pão, ou para recebimento de alimentos em um cenário de crise e penúria), sorteios (pense na distribuição de ingressos para um show de rock), decisões administrativas (estabelecendo públicos prioritários), guerras, etc.¹⁵

¹⁴ SILVEIRA, Daniel. Em dois anos, dobra o número de contratos de trabalho intermitente no Brasil. *G1*, Rio de Janeiro, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/11/12/em-dois-anos-dobra-o-numero-de-contratos-de-trabalho-intermitente-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 07 maio 2021.

¹⁵ TIROLE, Jean. *Op. cit.*, p. 30.

Exemplo recente de administração da escassez é a que vivenciamos com a distribuição de vacinas para prevenção contra a COVID-19. Para a administração da escassez, o Estado definiu públicos prioritários, bem como restringiu a comercialização particular de vacinas.

Mais uma vez, portanto, reafirmamos, a escassez está em toda parte e o mercado é apenas mais uma das formas de organização, da gestão, da escassez. E apenas dele nos ocuparemos.

O termo *mercado* pode ser definido como *um grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determinam o preço de um produto ou de um conjunto de produtos*¹⁶.

Um mercado competitivo, em regra, é aquele em que há muitos vendedores e compradores, de modo que nenhum comprador ou vendedor pode, sozinho, influir significativamente no preço.

Por sua vez, um mercado não competitivo (desequilibrado) geralmente é aquele em que uma empresa (ou algumas conjuntamente) consegue afetar os preços.

Note-se, contudo, que o que define se um mercado é competitivo ou não é o poder de influência dos atores, não apenas o número de atores (em que pese este número seja um bom indicativo).

Por que o mercado interessa ao direito do trabalho?

Porque a depender de como o mercado se porta, e como o direito se põe a regulá-lo, o *valor* (preço) dos bens e serviços pode ser alterado. Consequentemente, a dinâmica de preços e comportamento do mercado reverbera nas relações entre capital e trabalho.

4. Escolhas. *Trade-offs* e preços

Para compreender o funcionamento de um mercado, é preciso entender que este é regido, dentre outros fatores, pelas *escolhas*¹⁷.

Escolhas dos indivíduos, das empresas, dos governos e das instituições na produção e consumo de bens escassos.

¹⁶ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁷ Em economia, o processo de escolha, e suas implicações, é comumente denominado de *trade-offs*. Apud PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Op. cit.*, p. 30.

Note-se que estas escolhas não necessariamente convergem para o mesmo fim, e cada um destes agentes toma decisões sob a influência de diversas variáveis e sob a influência das escolhas uns dos outros.

Começando pelos consumidores. Estes *escolhem* determinados bens e serviços, em detrimento de outros, com base em três etapas, segundo noções básicas da teoria do consumidor¹⁸:

- *1ª etapa* – Preferências: ou seja, avaliação do consumidor acerca dos aspectos mais ou menos atrativos de um produto ou serviço, com base em incontáveis variáveis;
- *2ª etapa* – Restrições orçamentárias: a renda é limitada, logo, o consumidor escolhe com base em preços;
- *3ª etapa* – Escolha: diante das preferências e limitações orçamentárias, o consumidor opta pelo bem que maximiza a sua satisfação.

Contudo, quando pensamos em *escolhas* do consumidor, devemos nos desprender da crença ingênua em decisões puramente racionais, livres de influxos externos. A razão se faz presente em grande medida, claro, mas consumo não é apenas razão.

Com efeito, quando olhamos detidamente para a realidade, encontramos inúmeros fatores *não* racionais que impactam no processo de escolha. Pensemos em exemplos:

- Grau de necessidade: a premência por um bem ou serviço é capaz de impactar sobremaneira no *preço* que se está disposto pagar por um bem. Imaginemos no quanto estaríamos dispostos a pagar por um novo medicamento experimental que pudesse curar uma moléstia até então incurável?
- Desejo: os gostos, vaidades, e vontades nos impelem a pagar mais por determinados bens e serviços. O que para uns vale pouco, para outros, vale muito. Imaginemos o quanto um enófilo entusiasmado se dispõe a pagar por um rótulo raro e exclusivo.
- Impulso: quem de nós nunca comprou algo por influências decorrentes do marketing, das compras feitas pelos amigos e vizinhos, ou por um *senso de oportunidade*? Ótimo exemplo é o que ocorre na *black friday*.

¹⁸ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Op. cit.*, p. 88.

Todos estes fatores são objeto de estudos e modelos de *economia comportamental*.

Os trabalhadores também realizam *trade-offs*, escolhendo: se e quando vão participar da força de trabalho; que tipo de emprego buscam; quantas horas têm disponíveis e pretendem pôr à disposição no mercado face o que podem obter por seu esforço produtivo (ou seja, seu *salário*¹⁹).

Note-se que as escolhas (muitas vezes falta de escolha) dos trabalhadores também não são puramente racionais, passando por incontáveis influxos externos que vão desde as oportunidades que tiveram ao longo da vida, que lhes permitiram uma maior gama de opções de trabalho (por exemplo, o grau de escolaridade), até crises econômicas, emergências familiares, problemas de saúde, etc.

As empresas também realizam escolhas: que tipo de produtos ou serviços produzir, qual o volume de produção, qual o modelo de produção, etc. E, de igual modo, as empresas também sofrem influxos externos não racionais, como inovações tecnológicas, crises financeiras, pandemias...

Por fim, o Estado também toma decisões: fixando políticas econômicas, atuando no mercado, regulando a concorrência, regulando as regras consumeristas, regulando as relações laborais. E, mais uma vez, as *escolhas* Estatais não são puramente racionais, sofrendo influxos de grupos de pressão, contextos econômico-sociais, crises e ideologias de quem ocupa o poder.

Os mercados consistem, pois, nesta confluência de escolhas, sendo que ao fim e ao cabo o *trade-off* de um dos agentes impactará no de outro.

Em uma economia de mercado, portanto, os preços são determinados pela interação destes agentes suso referidos²⁰.

5. E o Direito do Trabalho?

A esta altura a pergunta que certamente aflige o leitor é: o que tudo isto tem a ver com o Direito do Trabalho?

Tudo.

Quando entendemos como funcionam os mercados e seus preços podemos identificar melhor onde o direito do trabalho precisa estar presente

¹⁹ Uso aqui o termo em sentido não técnico-jurídico, afinal, podemos estar diante de um trabalhador autônomo, eventual, etc.

²⁰ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Op. cit.*, p. 31.

(onde é efetivamente necessário), onde representa entrave ao desenvolvimento econômico e, o mais relevante, se está sendo eficaz em coibir distorções e abusos do poder econômico.

E, neste ponto, não custa lembrar que os trabalhadores fazem parte do mercado não só como trabalhadores, mas também como consumidores.

Para demonstrar nosso ponto de vista, um exemplo atual e emblemático: *uber*.

A *uber* atua no mercado de *matching*²¹ (ou *biface*²²), ou seja, num mercado em que é necessário se conjugar oferta, procura e desejo mútuo. Ou seja, ao menos *em tese*²³, a *uber* une duas pontas: consumidor que necessita de transporte e motorista.

O produto da *uber* é (mais uma vez, *em tese*) a comodidade: eu posso contratar um serviço de transporte individual de passageiros com um clique no celular e, em alguns minutos, um carro com chofer estará disponível para meu deslocamento.

Um mercado de *matching*, para ser eficiente, reúne as características de *densidade* (ou seja, muitos participantes querendo fazer negócios), segurança, simplicidade no uso do produto/serviço e descongestionamento (ou seja, o excesso de informações ou participantes pode torná-lo lento ou confuso)²⁴.

O modelo de negócios da *uber* reúne todas estas características: (i) é denso, afinal há muitos motoristas e muitos passageiros; (ii) é seguro, já que possui ferramentas que garante critérios de seleção dos motoristas e passageiros, com rankings de avaliação; (iii) é simples, afinal, com um clique e de forma intuitiva é possível ter um motorista em qualquer lugar da cidade; e (iv) é descongestionado, pois as informações são claras e há equilíbrio entre participantes oferecendo serviços e recebendo serviços.

Tudo isto tornou a *uber* pioneira neste modelo de negócio e sucesso mundial.

²¹ Nomenclatura adotada por ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

²² Nomenclatura adotada por TIROLE, Jean. *Op. cit.*

²³ Nosso propósito aqui não é debater a qualificação jurídico-trabalhista desta relação. Há candente debate se se trata de relação de emprego, ou não.

²⁴ ROTH, Alvin E. *Op. cit.*

Contudo, o mercado em que atua (transporte individual de passageiros) é *não competitivo*.

Com efeito, a uber tornou-se hegemônica, dominando o segmento, inclusive ocupando o espaço que antes era dos taxistas e abalou, inclusive, o mercado de vendas automotivo²⁵.

Segundo o cotejo comparativo dos dados do IBGE com os da própria uber, dos 3,6 milhões de trabalhadores em veículos no Brasil (aí inseridos motoristas em aplicativos, taxistas, motoristas e cobradores de ônibus), 1 milhão trabalhavam via plataforma uber²⁶.

Se olharmos ainda mais de perto, pegando apenas a cidade de São Paulo, e apenas o transporte por aplicativos, iremos encontrar dados ainda mais relevantes. Segundo pesquisa da FATEC realizada em 2019²⁷, 79% dos usuários de transporte individual de passageiros preferiam a uber frente a outros três aplicativos que operavam na cidade à época (Cabify, 99 e Easy)²⁸.

As consequências de um mercado não equilibrado são simples: a empresa pode ditar os preços.

E o faz em patamares baixos, de modo a atrair mais consumidores e monopolizar o mercado.

Com efeito, os consumidores por serviços de transporte tendem a procurar os melhores serviços aos menores custos, o que impacta, diretamente no valor da mão de obra.

²⁵ ROCHABRUN, Marcelo. Como a Uber drenou o lucro de montadoras de veículos no Brasil. *Reuters*, São Paulo, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/carros/noticias/reuters/2019/12/11/como-a-uber-drenou-o-lucro-de-montadoras-de-veiculos-no-brasil.htm>. Acesso em: maio 2021.

²⁶ GARCIA JUNIOR, Wagner Roberto Ramos. *Uber: (des)regulação econômica e entraves políticos*. 2021. 70 f. Dissertação (Economia e Mercados) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2020, p. 61.

²⁷ DE LIMA, Gabriel Kuestra Macário; ALVES, Alexandre; BARROS, Douglas; LELIS, Eliacy Cavalcanti; BUENO, Marcos José Corrêa. *Cenário do transporte por aplicativo na cidade de São Paulo*. Guarulhos: Fateclog, 2019. Disponível em: <https://fateclog.com.br/anais/2019/CEN%20C3%81RIO%20DO%20TRANSPORTE%20POR%20APLICATIVO%20NA%20CIDADE%20DE%20S%20C3%83O%20PAULO.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

²⁸ E note-se, neste ponto, que a Cabify *comprou* a Easy em 2017 e, recentemente, em 23 de abril de 2021 anunciou que deixará de operar no Brasil. *Apud* LAVADO, Thiago. *Cabify, concorrente de Uber e 99, deixa de operar no Brasil*. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/cabify-concorrente-de-uber-e-99-deixa-de-operar-no-brasil/>. Acesso em: 07 maio 2021.

Note-se que na dinâmica destes mercados bifaces é natural que as plataformas regulem preços²⁹ e, aqui, a matemática é infalível: a uber se vale da mão de obra de trabalhadores ao menor custo possível, na tentativa de maximizar seus lucros e atrair o máximo de consumidores.

Num cenário de crise, em que há muitos desempregados, ou seja, muita força de trabalho disponível, a lógica torna-se perversa: os trabalhadores fazem uma *escolha* (um *trade-off*) com as opções que possuem. Entre a ausência total de renda (a fome) e o que o mercado está disposto a pagar pelo trabalho, a escolha é evidente.

Interessante notar, inclusive, que o poder de mercado na *compra*³⁰ da empresa pode representar monopólio, de modo que o contratante pode restringir artificialmente as condições profissionais e remuneratórias dos trabalhadores. Inclusive o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) recentemente (12.03.2021), no processo administrativo 08700.004548/2019-61, emitiu Nota Técnica em que reconheceu como irregular a adoção de práticas anticompetitivas nos Mercados de Trabalho, abusando assim do poder econômico.³¹

Não por outra razão, o debate jurídico acerca da fixação de algum patamar de proteção a estes trabalhadores ocupa espaço nos debates nacionais e internacionais. Vale aqui citar as obras de André Zipperer³², Renan Bernardi Kalil³³, Rodrigo Carelli³⁴, Jose Eduardo de Resende Chaves

²⁹ ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

³⁰ Usando aqui terminologia econômica para referir a contratação de *insumos laborais*, ou seja, mão-de-obra.

³¹ Nota Técnica 36/2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEfHbt-n3BfPLlu9u7ak-QAh8mpB9yNxuGsSSdg6oMHzEzCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvjJHV8FAf0w-rORSJzBDLvt-VwNXLpBeP7dzKVYxF>. Acesso em: 11 jun. 2021.

³² ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: LTr, 2019.

³³ KALIL, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos*. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019-tde-070820-133545. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda; FONSECA, V. P. (Org.); CAVALCANTI, T. M. (Org.). *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. 1. ed. Brasília: ESMPTU, 2020. v. 1.

Junior³⁵, no âmbito nacional, e de Valério de Stéfano³⁶, Adrián Todoli Signes³⁷ e João Leal Amado³⁸, no âmbito internacional.

Apenas para trazer uma passagem emblemática, citamos Tirole³⁹:

A revolução digital suscita igualmente inúmeros temores quanto ao emprego e à sua organização: quais são os empregos que estão desaparecendo ou irão desaparecer? Restarão empregos, uma vez que os softwares inteligentes e os robôs substituirão tanto os empregos qualificados como os não qualificados? O emprego remanescente será “uberizado”? Evoluímos para o fim do regime assalariado e a generalização do emprego autônomo? Ninguém pode se arriscar a previsões claras sobre esse assunto.

Contudo, a fim de evitar qualquer ruído de comunicação, registramos que não estamos aqui a defender que os motoristas na (ou da?) uber sejam enquadrados como empregados, nos estritos moldes da CLT. Tampouco defendemos o contrário. O tema é bastante polêmico e, em âmbito brasileiro temos parcos precedentes nos Tribunais Regionais do Trabalho (dísparos, frise-se) e apenas três precedentes do C. TST (todos negando a existência de relação de emprego⁴⁰). No Reino Unido⁴¹ tivemos precedentes reconhecendo

³⁵ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito do trabalho pós-material: o trabalho da multidão produtora. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RODRIGUES, Bruno Alves; LEME, Ana Carolina Reis Paes (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.

³⁶ STEFANO, Valério. *The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowd work and labour protection in the “Gig-Economy”*. Conditions of work and employment series, Genebra, n. 71, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---pro-trav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁷ SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economia colaborativa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

³⁸ AMADO, João Leal. A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e pressunções. In: *Prontuário de Direito do Trabalho 2019*. Coimbra: Almedina, 2019.

³⁹ TIROLE, Jean. *Op. cit.*, p. 417.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). Recurso de Revista 10555-54.2019.5.03.0179. Min. Rel. Ives Gandra Martins Filho, 02.03.2021. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). Agravo de Instrumento em recurso de Revista 10575-88.2019.5.03.0003. Min. Rel. Alexandre Luiz Ramos, 09.09.2020. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038. Min. Rel. Breno Medeiros, 05.02.2020.

⁴¹ Uber com salário mínimo, férias e aposentadoria: a decisão que pode influenciar milhões de trabalhadores pelo mundo. *BBC*. 17 mar. 2021. *BBC*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56427579>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

a condição de *worker*, que não é exatamente sinônimo de empregado (como conhecemos no Brasil).

O tema ainda demanda muita reflexão, mormente porque é paradoxalmente complexo identificar se a uber fomenta a precarização das relações laborais ou se apenas faz uma *escolha* de mercado (um *trade-off*) aproveitando essa mão de obra ociosa (e barata) disponível em razão do desemprego⁴².

Não podemos deixar de registrar, inclusive, que numa Análise Econômica do Direito, a *gig economy*⁴³ propiciada pela uber é bastante relevante para a subsistência de um universo grande de brasileiros, garantindo-lhes fonte de subsistência⁴⁴, sendo medianamente previsível que uma eventual regulação inadequada pode representar desestímulo ao modelo de negócio e, conseqüentemente⁴⁵, a perda de fonte de renda para uma massa de trabalhadores.

O tema, portanto, ainda demanda maturação. Um franco debate jurídico, político e econômico.

Seja como for, a uber é apenas um exemplo e, correndo o risco de nos tornarmos repetitivos⁴⁶: o que nos interessa aqui é instar a reflexão, para além dos muros jurídicos, acerca do fenômeno econômico e seus impactos no Direito do Trabalho.

E podemos concluir com convicção que compreender a dinâmica do mercado (e a economia como um todo) é de extrema relevância para entender o que se espera (ou não) do direito.

Considerações finais

Como alertado desde a introdução, nossa proposta não era indicar soluções aos problemas jurídicos.

⁴² Neste sentido o entendimento de GARCIA JUNIOR, Wagner Roberto Ramos. *Op. cit.*, p. 61.

⁴³ Economia à base de *bicos*, ou seja, em relações precárias autônomas.

⁴⁴ GARCIA JUNIOR, Wagner Roberto Ramos. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁵ Nunca esqueçamos o consequencialismo econômico.

⁴⁶ Melhor o pleonasmo que a incompreensão.

Pretendemos apenas trazer alguns *insights* acerca da importância de enxergarmos *como o mundo funciona*⁴⁷ e como esta dinâmica econômica impacta na ciência jurídica.

Um jurista, mais do que nunca, precisa conhecer o que se passa na realidade social e econômica para bem compreender o próprio funcionamento (adequado ou não), do sistema normativo.

E, quando pensamos no sistema jurídico trabalhista, com mais razão esta compreensão se impõe, na medida em que a dinâmica capital-trabalho é engrenagem que compõe os mercados.

Arrematamos com um alerta de Galbraith⁴⁸, que apesar de destinado aos economistas, cai como uma luva para nós, os juristas. Em suas palavras:

[...] o instinto do economista, como nunca antes, é permanecer no passado... ficar com o aceito também é coerente com a boa vida – com o conforto acolhedor da rotina diária entre o condomínio residencial, a sala de aula e o escritório... A tragédia está na própria obsolescência resultante. Enquanto o mundo econômico muda, essa decadência prossegue incansável, e esse é um processo doloroso.

E fazemos um adendo: o mundo econômico muda, o direito do trabalho não pode ignorá-lo.



Referências

AMADO, João Leal. A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções. In: *Prontuário de Direito do Trabalho 2019*. Coimbra: Almedina, 2019.

BAGNOLI, Vicente. Direito econômico. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; FONSECA, V. P. (Org.); CAVALCANTI, T. M. (Org.). *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. 1. ed. Brasília: ESMPU, 2020. v. 1.

⁴⁷ Pedimos desculpas pelo linguajar nada jurídico, mas elucidativo.

⁴⁸ GALBRAITH, John Keneth. *Op. cit.*, p. 181.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito do trabalho pós-material: o trabalho da multidão produtora. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; RODRIGUES, Bruno Alves; LEME, Ana Carolina Reis Paes (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017.

DE LIMA, Gabriel Kuestra Macário; ALVES, Alexandro; BARROS, Douglas; LELIS, Eliacy Cavalcanti; BUENO, Marcos José Corrêa. *Cenário do transporte por aplicativo na cidade de São Paulo*. Guarulho: Fateclog, 2019. Disponível em: <https://fateclog.com.br/anais/2019/CEN%20RIO%20DO%20TRANSPORTE%20POR%20APLICATIVO%20NA%20CIDADE%20DE%20S%20O%20PAULO.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

GALBRAITH, John Keneth. A fé fundadora: A riqueza das nações, de Adam Smith. In: *Galbraith Essencial. Os principais ensaios de John Keneth Galbraith*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA JUNIOR, Wagner Roberto Ramos. *Uber: (des)regulação econômica e entraves políticos*. 2021. 70 f. Dissertação (Economia e Mercados) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

KALIL, Renan Bernardi. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos*. 2019. Tese (Doutrinado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi: 10.11606/T.2.2019.tde-07082020-133545. Acesso em: 26 mar. 2021.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 7. ed. Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

ROCHABRUN, Marcelo. Como a Uber drenou o lucro de montadoras de veículos no Brasil. *Reuters*, São Paulo, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/carros/noticias/reuters/2019/12/11/como-a-uber-drenou-o-lucro-de-montadoras-de-veiculos-no-brasil.htm>. Acesso em: 09 maio 2021.

ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

SILVEIRA, Daniel. Em dois anos, dobra o número de contratos de trabalho intermitente no Brasil. *G1*, Rio de Janeiro, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/11/12/em-dois-anos-dobra-o-numero-de-contratos-de-trabalho-intermitente-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 07 maio 2021.

STEFANO, Valério. *The rise of the “Just-in-time Workforce”: On-demand work, crowd work and labour protection in the “Gig-Economy”*. Conditions of Work and employment series, Genebra, n. 71, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

TIM, Luciano; YEUNG, Luciana. A miopia do Direito do Trabalho brasileiro e a necessidade do consequencialismo nas decisões judiciais e legislativas. *In: Temas contemporâneos de Direito Empresarial do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, Rio de Janeiro: 2000.

ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: LTr, 2019.



Estrutura econômica para novas obras intelectuais no Brasil

*Bruno Lagana Falqueiro*¹

Resumo: O sistema jurídico da propriedade intelectual almeja equilíbrio de interesses econômicos e sociais. Objetivando identificar a eficiência econômica do Direito de Propriedade Intelectual no Brasil para novas obras e criações intelectuais, foi efetuado levantamento bibliográfico e estatístico do tema. Valemo-nos de metodologia hipotético-dedutiva para os dados empíricos mais recentes publicados por fontes oficiais, sob a ótica do *Law and Economics*. Identifica-se que o Brasil é agente consumidor de propriedade intelectual, não criador. Aduzimos que esta posição é consequência da ineficiência econômica do sistema protetivo, faltando robustez na relação brasileira entre Direito de Propriedade Intelectual e Economia. Concluímos pela necessidade de revisão normativa e propomos a fonte doutrinária de Landes & Posner como sua norteadora.

Palavras-chave: Propriedade intelectual. Estrutura econômica. *Law and Economics*. Brasil.

Sumário: Introdução; 1. Fundamentação: sobre a propriedade intelectual no Brasil; 2. Metodologia: sobre o *Law and Economics*; 3. Discussão: a estrutura econômica da propriedade intelectual conforme Landes & Posner; Conclusão; Referências.

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; pós-graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Advogado. E-mail: bruno.lagana-falqueiro@adv.oabsp.org.br.

Introdução

O sistema jurídico da Propriedade Intelectual, simploriamente, pode ser entendido como sendo o conjunto de políticas normativas desenhadas para “encorajar a inovação e a criatividade, através do estabelecimento de direitos de propriedade”², ramificando-se nas vertentes majoritárias do Direito Autoral e da Propriedade Industrial.

Sob a perspectiva econômico-social, a Propriedade Intelectual procura estabelecer o equilíbrio entre, de um lado, o muito necessário investimento em inovação com correspondente retorno financeiro ao investidor e, do outro, o compartilhamento social do benefício promovido pela inovação – ou seja, elevação do bem-estar social geral.

Já sob a perspectiva de conflito de interesses, há de um lado a procura por um sistema de Propriedade Intelectual eficiente à sociedade, do outro, segurança jurídica aos agentes no mercado e uma vantagem concorrencial por aquele que promoveu investimentos e criatividade.

Objetivando identificar a eficiência econômica do Direito de Propriedade Intelectual no Brasil, sobre criações e obras intelectuais novas, neste trabalho valemo-nos de metodologia hipotético-dedutiva para análise dos dados empíricos mais recentes publicados por fontes oficiais: relatório da WIPO (sigla em inglês para Organização Mundial da Propriedade Intelectual), INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) e ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição). Todos os índices foram disponibilizados no ano de 2020.

Neste trabalho demonstraremos que os dados empíricos apontam o Brasil – e o brasileiro – como agente econômico predominantemente consumidor de propriedade intelectual. Não há relevância para o ato de criação artística ou de inovação, mas há para o consumo do produto resultante. Este posicionamento se nota tanto no Direito Autoral quanto na Propriedade Industrial. Também, identificamos que atualmente a estreita relação entre Direito e Economia passa por um período de reconsideração, agora com o fortalecimento asiático no mercado da Propriedade Intelectual, internamente no Brasil e em termos globais.

A hipótese levantada é que isso advém de um ordenamento jurídico brasileiro economicamente ineficiente. Esta deficiência não se verifica pela

² GURRY, Francis. Apresentação do World Intellectual Property Report 2019. World Government Summit Geneva. 2019.

ausência de normas, mas sim por faltar-lhes ensinamentos do Direito Econômico. De tal sorte, deve ser reavaliada e ajustada.

Como solução, o presente trabalho aponta uma fonte sólida suficiente da intersecção do Direito de Propriedade Intelectual com a Economia, qual seja, a Escola de Chicago do *Law and Economics*, em sua *The Economic Structure of intellectual property law*, obra de Landes & Posner. Portanto, para restaurar a eficiência econômica da propriedade intelectual no Brasil, devemos valer de seus mandamentos.

1. Fundamentação: sobre a propriedade intelectual no Brasil

No Brasil, o Direito Autoral vigente é preconizado pela lei nº 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais (LDA), que trata sobre a ampla gama de produções literárias, artísticas e científicas tais como filmes, livros, músicas, artes plásticas, base de dados, e tantas outras (art. 7º). Todas elas são “criações do espírito e garantem a evolução social e livre circulação de ideias”.³

Conforme artigo 7º da Lei de Direitos Autorais “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte”. Importante notar que o legislador fez uso da expressão “criações do espírito”, demonstrando que a autoria surge da relação subjetiva do agente com sua criação. Santos elucida que “mesmo sem definir o que seja uma obra intelectual, o Legislador desde logo a qualificou uma ‘criação humana’, pois este é sentido da expressão ‘criação do espírito’”⁴.

Por sua vez, a Propriedade Industrial é prevista na lei 9.279/96, a Lei de Propriedade Industrial (LPI) e versa sobre criações técnicas ou utilitárias, tais como invenções, desenhos industriais, modelos de utilidade e marcas.

Invenção deve ser entendida como sendo uma novidade industrial, resultante de atividade inventiva (portanto, não são meras descobertas ou achados) e de replicação em escala comercial (art. 8º, LPI). Por sua vez, *modelo de utilidade* é o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo

³ JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel Pereira dos. Interface entre propriedade industrial e direito de autor. In: *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 217.

⁴ SANTOS, Manoel Pereira dos *et al.* *O direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 29.

ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação. (art. 9º, LPI). Considera-se *desenho industrial* a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial. (art. 95, LPI). Por fim, são suscetíveis ao registro como *marca* os sinais distintivos visualmente perceptíveis (art. 122 LPI), excetuadas as proibições legais (art. 124, LPI).

Os ramos Direito Autoral e Propriedade Industrial se complementam e compõem o instituto jurídico da Propriedade Intelectual.⁵

Cada um dos tipos de criação intelectual possui sua importância e influência, assim como cada um dos ramos da Propriedade Intelectual. Contudo, demonstraremos no Capítulo II, a análise deste tema sob ótica do Direito Econômico é suficiente para eliminar suas diferenças, ou seja, capaz de trazer soluções aplicáveis individualmente ou em conjunto.

Desde já, definimos o instituto jurídico da Propriedade Intelectual como o conjunto de conceitos e leis que objetivam encorajar inovação e criatividade humana por meio do estabelecimento de direitos exclusivos de propriedade. Trata-se, portanto, de uma normativa que procura promover equilíbrio econômico enquanto traz segurança jurídica ao mercado de Propriedade Intelectual.

Almejando tal resultado, a norma estabelece direitos exclusivos temporários de propriedade ao titular, ou seja, durante determinado período apenas o titular poderá fruir ou dispor livremente de sua criação. Qualquer uso não autorizado pelo titular enseja reparação ou indenização. Assim, o criador possui vantagem competitiva no mercado econômico por um período temporal legalmente determinado.

O sistema de propriedade intelectual é um monopólio determinado pela lei e assim constituído para atingir o equilíbrio de interesses econômicos através de segurança jurídica. Conforme exemplo de Ayub:

As patentes, ao propiciarem o monopólio temporário sobre uma inovação, geram um fluxo de lucros extraordinários que permite à empresa recuperar

⁵ Aduzir sobre as interfaces entre propriedade industrial e direito autoral fogem ao escopo deste trabalho. Para este assunto, vide JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira. *Interface entre propriedade industrial e direito de autor*. GV Law Propriedade Intelectual. São Paulo: Saraiva, 2014.

seus gastos em P&D [pesquisa e desenvolvimento] e funciona como incentivo à inovação.⁶

Em se alcançando o prazo, a sociedade passa a ser titular da criação e pode usá-la livremente – juridicamente denominado como “domínio público” (art. 45, LDA). Em sede de Direito Autoral, por exemplo, há o prazo de 70 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente do falecimento do titular (art. 41, LDA). Já em Propriedade Industrial, temos como exemplo a proteção das patentes de invenção por 20 anos, contados da data de depósito do pedido no INPI (art. 40 LPI).

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é órgão responsável, em âmbito nacional, à regulação da Propriedade Industrial (art. 240, LPI). Portanto, para que o titular obtenha efetivamente, no Brasil, a proteção jurídica de uma invenção, marca, desenho industrial ou modelo de utilidade, ele deve solicitar sua concessão ao INPI. O órgão analisará o mérito e, se cabível, expedirá o correspondente certificado.

Em seu relatório sobre o ano de 2019⁷, são apresentados os seguintes dados: o INPI recebeu 25.401 (8,8%) pedidos de patentes de invenção, 2.917 (1%) pedidos para modelos de utilidade, 6.432 (2,2%) pedidos de desenhos industriais e 245.154 (88%) solicitações para novas marcas. Todos estes números são superiores aos seus correspondentes do ano anterior, ou seja, em todas estas classes houve aumento de 2018 para 2019.⁸

Sob a ótica internacional da Propriedade Industrial, a partir dos relatórios da WIPO⁹ (*World Intellectual Property Organization*) têm-se que no ano de 2019, globalmente, foram pleiteados 3.2 (14,5%) milhões de patentes de invenção, 2.3 (10,4%) milhões em modelos de utilidade, 1.4 (6,3%) milhão em desenho industrial e 15.2 (68,8%) milhões de registros de marca.

⁶ AYUB, Nicole Ísis; BACIC, Miguel Juan. *Economic Analysis of Law Review. EALR*, v. 10, n. 2, maio-ago. 2019, p. 153.

⁷ Instituto Nacional da Propriedade Intelectual. *Relatório anual*. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/estatistica>. Acesso em: 04 maio 2021.

⁸ “A quantidade de pedidos aumentou 2,8% em relação ao ano anterior. Patentes de invenção e de modelos de utilidade apresentaram crescimento de 2,2% e 9,1%, respectivamente” (INPI. *Op. cit.*, p. 6).

⁹ World Intellectual Property Organization. *World Intellectual Property Report 2019: The geography of innovation: Local hotspots, global networks*. Geneva: World Intellectual Property Organization.

Deve-se apontar que o informe da WIPO indica que dois terços de todas as requisições foram originárias da Ásia, um movimento contrário aos últimos vinte anos, em que Europa e Estados Unidos predominavam. Inclusive, conforme o INPI, de 2018 para 2019 a China aumentou 86% sua participação no mercado brasileiro, passando a ser o 4º país que mais pleiteia patentes de invenção e o 3º das marcas novas. Os números apontam para uma solidificação da importância Chinesa ao mercado de propriedade intelectual, especialmente no Brasil.

Deve-se entender que para que um novo produto seja disponibilizado ao mercado, ele deve ser pesquisado, estudado, testado e reproduzido em escala industrial. É possível todos os passos serem realizados por uma única pessoa, porém é comum que sejam por indivíduos diferentes. Neste sentido, normalmente há um investidor (que aporta recursos econômicos e espera retornos que superem o valor investido), um inventor (que pesquisa e testa o produto) e uma empresa (que reproduz em larga comercial). Estes três agentes são tutelados pela Propriedade Intelectual: investidor e inventor com o registro da invenção – tornando-se cotitulares de direitos sobre aquela criação – e a empresa com a marca, a proteção jurídica de seu produto no mercado.

Isto significa que o mercado não possui acesso ao invento em si, somente a sua reprodução em escala comercial. Portanto, o grau de inovação de uma sociedade pode ser representado pelos números de novas patentes de invenção, desenhos industriais e modelo de utilidade, enquanto os dados sobre marcas apontam o consumo de produtos e serviços.

Neste sentido, ao comparar os números brasileiros (INPI) com os globais (WIPO), temos que o consumo no Brasil representa 88% do mercado da propriedade intelectual (marcas), enquanto 68% no cenário internacional. Sobre as criações intelectuais, as invenções representam 8,8% no Brasil e 14,5% no mundo, modelos de utilidade, respectivamente, 1% e 10,4%, e, por sua vez, desenhos industriais 2,2% e 6,3%.

Sobre as quantidades, temos que, do total global, o Brasil corresponde a 0,8% das patentes de invenção, 0,2% em modelos de utilidade, 0,4% em desenhos industriais. Mas, de todas as marcas registradas no mundo, 10,8% foram no Brasil.

Estes dados informam que o Brasil corresponde a um décimo do total do consumo mundial de propriedade intelectual (10,8% em marcas), enquanto virtualmente inexistente na criação (índices menores que 1% nos demais itens). No mesmo sentido, destaca-se o número de 88% da participação

das marcas no Brasil, enquanto 68% no cenário internacional. Entendemos que estes números apontam o Brasil preponderantemente como consumidor de propriedade intelectual. O mercado é sólido para o consumo, porém não há relevância na inovação. Aduzimos que isto é reflexo de um sistema protetivo de propriedade intelectual ineficiente, que advém da ausência da aplicação de conceitos jurídico-econômicos robustos ao tema.

Contudo, tratar Propriedade Intelectual não é versar apenas sobre Propriedade Industrial, mas também sobre Direito Autoral. Deve-se entender que a lei não estabelece proteção jurídica autoral somente a partir da concessão do registro por uma autoridade competente, e aprofundar nesta distinção foge ao objetivo deste trabalho. Contudo, resta claro que para a proteção autoral basta sua expressão, por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte (art. 7º LDA).

Diferentemente da Propriedade Industrial, não existem dados centralizados sobre a produção de Direito Autoral do país. Não obstante, o artigo 99 da LDA estabeleceu o órgão Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) como responsável para arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e de fonogramas. Portanto, apesar de não contemplar todo o vasto ramo do Direito Autoral, o ECAD representa uma fonte oficial sobre o comportamento do consumo no Brasil.

O relatório do ECAD de 2019¹⁰ aponta o expoente crescimento do consumo dos serviços digitais (12% do total), em especial os serviços de streaming de áudio e vídeo – este último com aumento de 48% em relação ao ano anterior. Ademais, tem-se que 383 mil titulares foram vislumbrados pelo órgão, sendo que destes, 76% são autores estrangeiros (1% de crescimento) e 80% dos artistas conexos são internacionais (9% de crescimento).

Chama-nos atenção que três-quartos do consumo de obras artísticas sejam de origem estrangeira, pois o Brasil estabelece o favorecimento à cultura nacional – a exemplo da lei nº 8.313/91, Lei de Incentivo à Cultura, que também instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac).

É de se supor que o agente econômico nacional não supra a demanda. Também é possível analisar o fato a partir de óticas sociológicas e políticas, contudo, este movimento também se verificou na perspectiva econômica da

¹⁰ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Relatório Anual 2019*. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/o-ecad/resultados/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 01 maio 2021.

Propriedade Industrial. Assim, parece-nos que o cerne do problema é outro: a preferência internacional em detrimento à criação nacional é decorrente da ineficiência econômica do instituto jurídico da propriedade intelectual no Brasil. O equilíbrio desejado pela normativa não está sendo alcançado em nenhuma vertente do Direito de Propriedade Intelectual.

Esta falha, aduzimos, é resultado da não utilização dos ensinamentos do Direito Econômico na previsão normativa. Conforme veremos no capítulo 3, uma fonte sólida da intersecção da Propriedade Intelectual e Direito Econômico, com a correta aplicação de conceitos, está em Landes & Posner. Para compreendê-los suficientemente, devemos trazer os fundamentos de Direito Econômico e alcançar a escola do *Law and Economics*.

2. Metodologia: sobre o *Law and Economics*

A estrutura econômica da propriedade intelectual é, inicialmente, uma união de dois conceitos: *Estrutura Econômica* e *Propriedade Intelectual*. *Propriedade Intelectual* é um instituto do Direito e versa sobre o estabelecimento de garantias (notadamente, direitos patrimoniais e direitos morais) que o autor possui sobre sua criação. Já *Estrutura Econômica* advém das Ciências Econômicas. É estudada em Direito pelo ramo Direito Econômico. Por isso, para submergirmos no tema são necessárias conceituações basilares.

A origem da Teoria Jurídica do Mercado, ou Direito Econômico, encontra-se na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919. Conforme ensina Bagnoli,

a Constituição de Weimar é aquela que se observa pela primeira vez o Direito Econômico, ou seja, o Estado, em sua Lei maior, ditando as regras e princípios para que o fenômeno econômico no mercado encontrasse limites e garantias para atender a sociedade e assegurar a justiça social.¹¹

A realidade econômica, jurídica e social daquele momento histórico é composta por elementos de crise, advindos da sua derrota e submissão na Primeira Guerra Mundial (1914-1918). À continuidade cronológica, as décadas de 30 e 40 foram marcadas pelos efeitos da crise financeira de 1929,

¹¹ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

a ascensão do Partido Nacional-Socialista Trabalhador Alemão (NAZI) e a consequente Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A relação entre Direito e Economia passa por ressignificações e expansões, provocados a fundamentar doutrinas políticas e ideológicas, como a soberania essencial à afirmação da ordem por Carl Schmitt¹², e os debates por Adam Smith acerca dos efeitos econômicos das legislações do mercantilismo¹³.

Por tal histórico, Del Masso estabelece o Direito Econômico como “a reunião de normas que regulam a estrutura (Ordem Econômica) e as relações entre os agentes econômicos na realização da atividade econômica”¹⁴. Por sua vez, Bagnoli vai além e demonstra que “o Direito Econômico é um ramo autônomo do Direito, visto que dispõe de *sujeitos, objeto, normas e campo* próprios e interage em harmonia com os demais ramos do Direito”. E define Direito econômico como

a disciplina autônoma do Direito, interdisciplinar jurídica e econômica, que se ocupa do tratamento jurídico da política econômica do Estado e da relação entre os indivíduos e os agentes de mercado, para alcançar o bem-estar social e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento socioeconômico, a partir da utilização do princípio da economicidade, traduzindo o conceito de eficiência em justiça.¹⁵

Deve-se notar que ressignificações de valores em uma sociedade exigem evoluções em seus correspondentes tratamentos jurídicos. De tal sorte, existem diferentes teorias que fundamentam o Direito Econômico. Dentre elas encontra-se a Análise Econômica do Direito, também chamada de *Law and Economics*. Assim nos ensina Bagnoli¹⁶:

A análise econômica considera o Direito um conjunto de incentivos que leva os agentes a adotarem um comportamento positivo ou negativo, a partir dos preceitos jurídicos introduzidos por um sistema de preços implícitos pelo comportamento de cada indivíduo. Hoje difundida, reconhecida e praticada, a análise econômica do Direito intensificou a aproximação econômica ao

¹² BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 50.

¹³ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁴ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 8.

¹⁵ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 56-57.

¹⁶ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 66.

método de reconstrução e interpretação do ordenamento jurídico por meio de conceitos e instrumentos próprios da microeconomia e teoria dos jogos.

Sobre os conceitos econômicos presentes na definição acima (microeconomia e teoria dos jogos), temos que a microeconomia é uma análise econômica cujo enfoque é “a formação de preços no mercado, uma análise parcial e que se concentra em mercados específicos”¹⁷. A doutrina estabelece que a microeconomia se dá diante da aplicação da Teoria do Princípio da Racionalidade, ou *homo economicus*, pelo qual o homem, como indivíduo, faz escolhas racionais e é até mesmo “egocêntrico e egoísta”, pois suas “escolhas racionais alocam os recursos escassos do mercado para maximizar o seu bem-estar”¹⁸. Os fornecedores sempre procuram maximização de lucros, enquanto consumidores sempre buscam máxima satisfação a partir de um produto ou serviço.

Microeconomia não se confunde com macroeconomia, que é “o ramo da teoria econômica que trata da evolução da economia como um todo, analisando a determinação e o comportamento dos grandes agregados”¹⁹. A macroeconomia versa sobre questões conjunturais de curto, médio e longo prazos, como exemplo índices de desemprego, inflação e distribuição de renda. Deve-se mencionar que não há conflito entre microeconomia e macroeconomia, vez que são complementares:

A diferença é primordialmente uma questão de ênfase, de enfoque. Por exemplo, ao estudar a determinação de preços numa única indústria, na Microeconomia consideram-se constantes os preços das outras indústrias (a hipótese de *coeteris paribus*). Na Macroeconomia, estuda-se o nível geral de preços, ignorando-se as mudanças de preços relativos de bens das diferentes indústrias.²⁰

A expressão *coeteris paribus* deve ser entendida como “generalizações que mantêm igual todas as outras coisas”²¹, ou seja, além de determinada variável, todo o mais é constante. Esta é o fundamento da microeconomia,

¹⁷ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: micro e macro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 29.

¹⁸ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Op. cit.*, p. 159.

²⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Op. cit.*, p. 196.

²¹ NICKEL, Bernhard. 2010. *Ceteris Paribus laws: generics & natural kinds*. Philosophers' Imprint 10(6): Harvard University's DASH repositior, p. 1.

conforme Vasconcello: “A análise microeconômica básica, para poder analisar um mercado isoladamente, supõe todos os demais mercados constantes. Ou seja, supõe que o mercado em estudo não afeta nem é afetado pelos demais”.²² De tal sorte, esta condição é essencial às análises sob a ótica do Direito Econômico e, conforme veremos, especialmente relevante para identificarmos a eficiência econômica do sistema de propriedade intelectual no Brasil.

Quanto à segunda definição, trata-se de um dos fundamentos da teoria econômica: a chamada Teoria dos Jogos. Esta formulação tem como marco teórico a obra *A Teoria dos Jogos e o Comportamento Econômico*, de Neumann e Morgenstern, 1944, em que aduzem que situações sociais de conflitos de interesse podem ser tratadas matematicamente e apresentando a Economia como um jogo. Elster entende que esta formulação pertence ao ramo da teoria da escolha racional, pois retrata o indivíduo como um átomo isolado e egoísta. Em seus termos:

Em um “jogo” existem vários jogadores ou atores. Cada jogador deve adotar uma ação ou uma estratégia. Quando todos os jogadores tiverem escolhido suas estratégias cada um obtém ganhos que dependem das estratégias escolhidas por ele e pelos outros. *O ganho de cada um depende da escolha de todos.* A noção de ganho pode ser entendida de forma estrita ou abrangente. De forma estrita, ele é o benefício material recebido por cada ator. Em uma interpretação mais ampla, ele cobre tudo que tenha valor para o ator em cada situação, inclusive (possivelmente) os ganhos de outros atores. *O ganho de cada um depende do ganho de todos.* Pressupõe-se que os atores se esforcem para maximizar seu ganho e para alcançar uma determinada situação que preferem a todas as demais. Quando um ator escolhe uma estratégia ele deve levar em conta o que farão os outros. Uma estratégia que seja ótima contra uma série de estratégias alheias pode não ser necessariamente a melhor contra uma outra série de estratégias. Portanto para chegar à sua decisão o jogador deve prever as decisões dos outros, sabendo que eles estarão tentando prever a sua. *A escolha de cada um depende da escolha de todos.*²³

À continuidade temporal e absorvendo tais ensinamentos, o Direito Econômico se aprimora a partir de ensinamentos de Stigler em *The Theory of Price*, 1952. Seguir-se-á em 1960 com Ronald H. Coase apresentando sua nova abordagem no artigo *The problem of social cost*, ali

²² VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Op. cit.*, p. 29.

²³ ELSTER, Jon. Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos. Argumentos em favor do individualismo metodológico. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 163-204, Jun. 1989, p. 184.

fundando o que viria ser a Análise Econômica do Direito. Em sequência, Guido Calabresi em *Some thoughts on risk distribution and the law of torts* (1961) e será consolidada a Escola de Chicago com Richard A. Posner, em 1973 e sua *Economic analysis of Law*.

Cumpre apontar que Coase merece sua significância por ter chamado atenção à importância dos custos de transação²⁴. Coase analisa ações empresariais e seus efeitos nocivos a terceiros, cujo exemplo clássico é a poluição de uma fábrica e seus efeitos nocivos àqueles ocupantes de propriedades próximas²⁵. Conversando com Stigler, aduz que as escolhas do homem são feitas à correspondência do valor de obtenção de um produto *versus* o valor do que é sacrificado para obtê-lo. Exemplificando, refere-se ao à contaminação de um córrego: “Se assumirmos que os efeitos nocivos da poluição é que morram os peixes, então a questão a ser decidida é: o valor de perder o peixe é maior ou menor do que o valor do produto que a poluição do córrego torna possível”.²⁶

Acrescentando ao debate, Stigler entende que os ramos do Direito e da Economia são divididos em dois grupos – antes e depois de Coase:

Coase lembrou economistas e ensinou advogados que, em um mundo de troca por acordo em vez de por coerção, os custos e benefícios do acordo determinam seu escopo. Porque acordos podem ser caros, muitos não serão concluídos e estes não alcançados acordos terão sido inibidos pela miudeza dos benefícios ou a grandeza dos custos do acordo.²⁷

Na visão do professor, o Teorema de Coase inicialmente diz que é necessário “esquecer-se da lei: deve-se olhar para os custos e benefícios para

²⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Harvard, 2009, p. 96.

²⁵ COASE, Ronald. The problem of social cost, Volume III, Outubro 1960, *The Journal of Law & Economics*. 1960, p. 1.

²⁶ COASE, Ronald. *Op. cit.*, p. 2.

²⁷ “Coase reminded economists and taught lawyers that, in a world of exchange by agreement rather than by coercion, the costs and benefits of agreement determine its scope. Because agreements can be costly, many will not be struck, and these unachieved agreements will have been inhibited by the smallness of the benefits or the largeness of the costs of agreement” (STIGLER, George J. Law or Economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, n. 2 [Oct., 1992], p. 455-468. Published by: The University of Chicago Press for The Booth School of Business, University of Chicago and The University of Chicago Law School, 1992, p. 456) (tradução livre).

ver como a vida econômica é conduzida. A lei deve ser vista como desempenhando um papel de suporte, não de liderança²⁸. Dessa forma, sobre a relação entre Economia e Direito, conclui que

Economia possui dois papéis fundamentais no Direito: de prover expertise em pontos requisitados por advogados; e, como possuidor de habilidades sócio-analíticas, ser um parceiro fundamental em estudos sobre doutrinas e instituições jurídicas.^{29 30}

Os ensinamentos de Coase e Stigler são essenciais para o atingimento do equilíbrio de interesses da Propriedade Intelectual. Tal equilíbrio pode ser entendido como eficiência do sistema normativo. Bagnoli ensina que o Teorema de Coase é transposto da doutrina para o ordenamento jurídico positivo brasileiro vigente através do Princípio da Eficiência, exposto no artigo 37, caput, da Constituição Federal/88, sendo “justamente do debate entre eficiência e equidade que se faz necessário uma maior reflexão acerca da análise econômica do Direito”³¹.

A formulação geral de Coase indica ao menos duas aplicações: como *teorema normativo de Coase* e como *teorema normativo de Hobbes*: o *teorema normativo de Coase* significa que o direito possui papel fundamental na redução dos custos de transação, facilitando negociações entre agentes privados e em um sistema simples, mas garantidor de tutelas legais³².

Thomas Hobbes (1588-1679), “inglês de família pobre, conviveu com a nobreza, de quem recebeu apoio e condições para estudar, e defendeu

²⁸ STIGLER, George. P. *Op. cit.*, p. 457.

²⁹ STIGLER, George. P. *Op. cit.*, p. 467.

³⁰ “It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect. This, above all, is the change in approach which I am advocating” (COASE, Ronald. *Op. cit.*, p. 44).

³¹ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 69.

³² BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 67.

ferrenhamente o poder absoluto, ameaçado pelas novas tendências liberais³³. É identificado como contratualista, defendendo o pacto pelo qual todos abdicam de sua vontade em favor de “um homem ou de uma assembleia de homens, como representantes de suas pessoas”³⁴. Escreveu sobre política, com o célebre *Leviatã* (1651), em que usa a figura metafórica paradoxal de um monstro, impiedoso e cruel, mas que defende os peixes menores de serem engolidos pelos mais fortes.

A aplicação como *teorema normativo de Hobbes* surge a partir da impossibilidade de acordo direito pelos agentes privados, pois diante de altos custos de transação. Nesta situação, “o ordenamento deve sinalizar os direitos de propriedade, segundo critérios de simulação de mercado, estipulando o que é permitido e o que é vetado”.³⁵

A aplicação destes teoremas é de forma aditiva, não exclusiva. Identifica-se pela conversa direta de Coase com Hobbes ao aduzir o impacto da morte dos peixes. Ademais, é apenas através da conjunção que se atingirá o “certo-justo”: a “análise de atos e fatos de acordo com as regras da Ciência Econômica resultará naquilo ‘economicamente certo’. Essa informação, entretanto, é passada ao jurista, que deve necessariamente fazer ponderações socio-jurídico-econômicas, a fim de concluir o ‘justo’”.³⁶

Isto posto, sobre a relação eficiência e equidade, leciona Bagnoli que “enquanto a ciência econômica muitas vezes se ocupa em como aumentar o tamanho do ‘bolo’, cabe ao Direito alcançar o ‘certo-justo’ diante da realidade social, repartindo as fatias do ‘bolo’”³⁷.

A Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics (LaE)*, ensinou sobre o princípio da eficiência e destacou-se com a Escola de Chicago e Richard Posner. Importante notar que a conceituação da *Law and Economics* envolve duas perspectivas: em *macro sensu*, se refere “a toda uma tendência crítica do realismo jurídico americano que tenha, em sua fundamentação doutrinária, a utilização da Teoria Econômica para a análise do Direito”; por

³³ ARANHA, Maria Lucia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Moderna, 1993, p. 210.

³⁴ ARANHA, Maria Lucia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Op. cit.*, p. 210.

³⁵ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 67.

³⁶ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 68-69.

³⁷ BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 69.

outro, em visão *stricto sensu*, deve ser entendida como “a parte do referido movimento crítico que foi idealizado por Richard A. Posner”.³⁸

Nos capítulos anteriores abordamos conceitos fundamentais do Direito Econômico e da Propriedade Intelectual, tornando possível discutirmos a aplicabilidade de Landes & Posner no Brasil.

3. Discussão: a estrutura econômica da propriedade intelectual conforme Landes & Posner

Richard A. Posner é juiz da corte de Apelação e professor em Chicago, Illinois. Publica em 1973 a sua obra *Economic analysis of Law* em que aproxima Direito e Economia evidenciando que a Economia apresenta relação com a “atitude social do homem e, assim sendo, deve ser utilizada como parâmetro na descoberta do justo, segundo necessidades deste próprio ser social”.³⁹

Tollison ensina que Posner apresentou o primeiro modelo de *rent-seeking* na forma de um exemplo de lobbying por um prêmio fixo⁴⁰. Em seu exemplo, os licitantes neutros ao risco fazem parte de um jogo que tem custo constante em lances. O resultado é obtido por meio de um modelo de dissipação exato – *Posner's Exact Dissipation Hypothesis*: Se há um aluguel (renda) no valor de \$100.000 e existem 10 licitantes interessados, cada um oferecerá ou gastará recursos/esforços no valor de \$10.000 para capturar aquele aluguel (renda). No modelo de Posner, o *rent-seeking* é análogo a um bilhete de loteria em que a chance de ganhar é 1 em 10. Nessas condições, há uma dissipação exata: \$100.000 são gastos para capturar \$100.000.⁴¹

Como se nota, o modelo de Posner faz corretamente uso da condição *coeteris paribus*, dispondo os licitantes como neutros ao risco, que há um

³⁸ GONÇALVES, Everton das Neves. *A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação, UFSC, Florianópolis, 1997, p. 7.

³⁹ GONÇALVES, Everton das Neves. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ TOLLISON, Robert. *The economic theory of rent seeking*. Author(s): Public Choice, July 2012, v. 152, n. 1/2, The intellectual legacy of Gordon Tullock, p. 2012. p. 76.

⁴¹ TOLLISON, Robert. *Op. cit.*, p. 76.

prêmio fixo, em que se sabe o número exato de licitantes e que há um processo imparcial que selecione o vencedor.

No final da década de 80, Posner se une a William M. Landes, professor catedrático de Economia na Universidade de Chicago, e debruçam sobre a análise econômica da propriedade intelectual. Em 2003 publicam a obra *The economic structure of Intellectual Property Law*, apontando, inclusive em estrutura matemática, as diferentes formas de proteção e alocação eficiente de recursos em propriedade intelectual, analisando consequências de jurisprudências norte-americanas e de alterações legislativas.

O ponto de partida dos autores é demonstrar que a ótica da Economia é uma ótima forma de simplificar o espectro analisado. Em se tratando de Propriedade Intelectual, deve-se notar que os diversos ramos jurídicos estão sendo compreendidos (Direito Autoral e Propriedade Industrial). Mesmo que espaçados na legislação, o que fortalece diferentes doutrinas, vocabulários, indústrias e práticas, a análise econômica do direito possibilita à propriedade intelectual ser vista como um todo, ao mesmo tempo que contempla suas diferenças internas. Em seus termos:

Por “propriedade intelectual” queremos dizer ideias, invenções, descobertas, símbolos, imagens, obras expressivas (verbal, visual, musical, teatrais) ou, em suma, qualquer produto humano potencialmente valioso (em geral, “informação”) que tem uma existência separável de uma incorporação física única, quer o produto tenha ou não sido realmente “propriedade”, isto é, colocado sob um regime legal de direitos de propriedade.⁴²

Portanto, deve-se entender que ao tratarmos sobre “obra nova” estamos referindo a qualquer materialização de criação intelectual, seja um novo direito autoral (por exemplo, um livro), seja uma nova propriedade industrial (por exemplo, invenção ou marca).

Um aspecto relevante que precisamos lembrar é a indissociável identificação da propriedade intelectual com a propriedade comum. Apontar a evolução histórica e demonstrar a aplicação deste instituto fugiria ao escopo

⁴² “By ‘intellectual property’ we mean ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or in short any potentially valuable human product (broadly, ‘information’) that has an existence separable from a unique physical embodiment, whether or not the product has actually been ‘propertized’, that is, brought under a legal regime of property rights” (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 1) (tradução livre).

deste trabalho. O que deve ser claro ao leitor é que é pacífico na doutrina⁴³ identificar a natureza jurídica da propriedade intelectual como um direito de propriedade real, assim tornando possível o titular exercer direitos de proteção patrimonial contra terceiros de sua obra.

Por tal razão, Landes & Posner identificam que as teorias básicas de economia se aplicam igualmente a propriedade real e a propriedade intelectual. Demonstram que a análise econômica que une os diferentes ramos da propriedade intelectual também une a própria propriedade intelectual ao direito de propriedade real. A hipótese básica para o modelo analítico dos autores é assim descrita:

Quanto mais altos os custos de transação, menos provável que a lei procurará regular as transações por meio de direitos de propriedade amplamente definidos, já que um direito de propriedade, sendo um direito contra o mundo – isto é, um direito de insistir que qualquer um que o queira negociar com o proprietário – pode ser realocado de usuários de menor valor para usuários de maior valor apenas por meio de uma transação voluntária. [Mas] Se tais transações forem inviáveis devido aos altos custos de transação, a lei estreitará o direito de propriedade.⁴⁴

Os autores aduzem que a análise econômica pode sim estar aquém em fornecer bases empíricas para avaliar definitivamente o efeito geral das Leis de Propriedade Intelectual no bem-estar econômico. Não há base para afirmar, com confiança, que o prazo de proteção e o escopo legal das patentes ou direitos autorais estão no grau ótimo de eficiência. Contudo, é possível avaliar pontualmente a situação e, assim, identificar as falhas no sistema. Este entendimento demonstra a validade do presente trabalho.

Não obstante, deve-se notar que ao explorar o modelo econômico formal para propriedade intelectual, os autores analisam o sistema

⁴³ Cf. ASCENÇÃO, Jose de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In: *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2013; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁴ “For a basic hypothesis of that model is that the higher transaction costs are, the less likely the law is to seek to regulate transactions by means of broadly defined property rights, since a property right, being a right against the world – that is, a right to insist that anyone wanting it negotiate with the owner for it – can be reallocated from lower – to higher-valued users only through voluntary transactions. If such transactions are infeasible because of high transaction costs, the law will narrow the property right” (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 421) (tradução livre).

norte-americano e discorrem sobre a eficiência na proteção à violação de patentes naquele ordenamento – no caso norte-americano, o *copyright*. Em que pese existirem diferenças a serem consideradas entre este sistema e o sistema adotado pelo Brasil – o *droit d'auteur* – a ótica da Análise Econômica do Direito supera tais obstáculos.

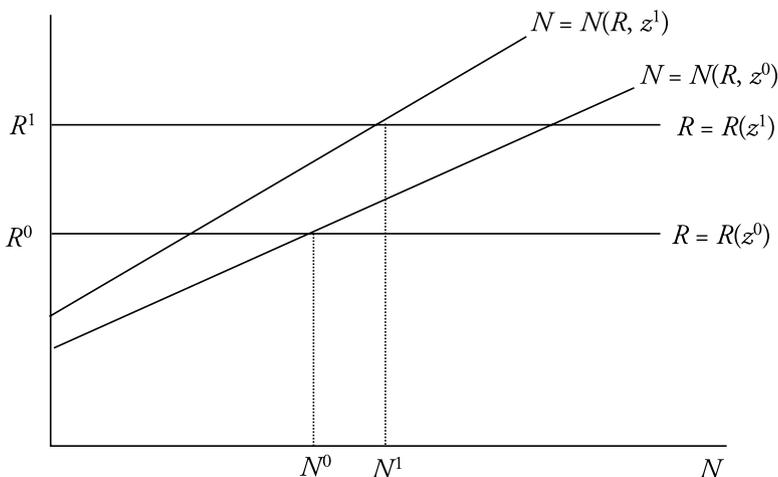
Aprofundando no tema, temos que é possível identificar que a economia básica em Propriedade Intelectual depende, simploriamente, de três fatores: (a) a quantidade de novas obras criadas; (b) a exploração da obra; e (c) o grau de proteção do sistema vigente.⁴⁵

A quantidade de obras novas leva à análise sobre produzir uma invenção. Com isso, temos que o custo para produzir uma obra nova, essencialmente, possui dois componentes: o *custo de expressão* e o *custo de produção*. O *custo de expressão*, também chamado de custo de criação, deve ser entendido como sendo um custo fixo, não variando em relação ao número de cópias produzidas. Consiste primordialmente do custo do tempo e do esforço do criador, somado ao custo de edição e materialização.

Por sua vez, os *custos de produção* se modificam conforme o número de cópias produzidas. Consistem em impressão, distribuição e outros custos operacionais para cada cópia. Deve-se notar que o custo de expressão não é incorporado à produção de cópias, pois os esforços do autor são integrados virtualmente, sem custo algum.

Para que uma nova obra seja criada, o retorno esperado – que tipicamente advém da venda de suas cópias – deve ser maior que o custo. Deve-se notar que a mesma regra vale para obras únicas, a exemplo das artes plásticas. Neste sentido, o autor tipicamente obtém lucro de uma obra nova exatamente em decorrência da criação (e venda) desta. Assim, para o mercado de obras novas, é definida a seguinte representação cartesiana:

⁴⁵ LANDES, William M.: POSNER, Richard A. *An economic analysis of Copyright Law*. 18 J. Leg. Stud. Harvard. P. 325.



Fonte: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of Intellectual Property Law*, 2009, p. 75.

O gráfico⁴⁶ traz (N) como número de obras novas e (R) como lucro bruto do criador pela invenção daquela obra. (z) é o grau de proteção do sistema legal vigente àquela propriedade intelectual. Esta é uma representação visual da Estrutura Econômica da Propriedade Intelectual.

Temos que o aumento de quantidade em obras novas é representado pela movimentação de N^0 a N^1 e o incremento do lucro bruto de R^0 para R^1 . O valor N^0 representa o equilíbrio de mercado inicial para a correspondente quantidade de obras novas (R^0).

O gráfico é importante pois demonstra que (N) atinge pontos de intersecção diferentes com (R) a depender da influência de (z). Landes & Posner identificam que há um efeito líquido ambíguo⁴⁷: por um lado, se o nível de proteção da propriedade intelectual (z) se eleva, a reta (R) se movimenta para cima, à posição R^1 , mas também é elevado (N) pois expandir a proteção legal implica em redução das obras em domínio público⁴⁸, o que resulta em

⁴⁶ Deve-se notar que não há escala nessa representação.

⁴⁷ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of Intellectual Property Law. Op. cit.*, p. 76.

⁴⁸ Domínio público deve ser entendido como o conceito jurídico pelo qual a obra que não possui mais proteção legal diante da expiração do prazo de proteção previsto em seu ordenamento. Em exemplo de Direito Autoral, o artigo 41 da lei 9610/98 estabelece que “os direitos

aumento nos custos de expressão. Por outro lado, se a ampliação em z (nível de proteção) promoveu uma majoração de N (quantidade de obras novas), ocorre o feedback negativo em aumentar a competição no mercado de obras expressivas e, assim, diminuindo o efeito de (z) na receita do detentor dos direitos autorais.

Dessa forma, ao analisar o nível de proteção (z) que representaria o estado máximo do bem-estar social, os autores identificam que o aumento de z também aumenta o lucro bruto do criador (R), o que gera uma movimentação para cima e uma mudança para esquerda, da diagonal que representa a função de oferta de novos trabalhos. No gráfico, a linha $N = N(R, z^0)$ se move em direção à $N = N(R, 1^0)$.⁴⁹

Dentre outras conclusões, tem-se que um aumento em z (sistema de proteção) cria bem-estar social na forma de excedente do produtor, enquanto diminui bem-estar social do mercado⁵⁰.

Também é possível identificar que o modelo demonstra a possibilidade da linha resultante ser diametralmente oposta, ou seja, com o maior retorno por obra única (ponto mais alto no eixo Y e mínimo no eixo X), enquanto menor retorno, por obra nova, para o mesmo artista (ponto mais avançado em X, com menor valor em Y). Aduzimos que isto explica a demanda econômica pelo unicórnio⁵¹ na propriedade intelectual – na música conhecidos como “One Hit Wonders” – enquanto inventores e criadores consagrados obtêm retorno muito abaixo do esperado a partir de novas obras. Pelos dados empíricos, o Brasil se encontra neste cenário.

Esta representação também demonstra que o combate à pirataria está fadado ao insucesso, pois a eficiência econômica do titular, por sua natureza, não é capaz de eliminar completamente a utilização indevida das criações⁵².

patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”. Portanto, após tal prazo, a obra encontra-se juridicamente em domínio público e pode ser usada livremente pela sociedade, sem necessidade de autorização pelo titular.

⁴⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁰ Especialmente em não se tratando de obras originais, mas sim de cópias. Contudo, este trabalho versa sobre obras novas. Por tal razão, foge ao escopo a demonstração deste preceito.

⁵¹ O termo unicórnio é comumente utilizado para designar empresas inovadoras que possibilitam altíssimos retornos econômicos para seus investidores, por exemplo, atingir valor de mercado em quantias bilionárias.

⁵² LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 47.

Deve-se notar que o combate à pirataria argumenta que este tipo de violação provoca diminuição do bem-estar de toda sociedade, não apenas prejuízo econômico do titular violado⁵³. Contudo, em se arguindo sobre o bem-estar social geral, deve-se notar que este pode sim ser maximizado enquanto admite grau de violação, que ocorre quando o benefício marginal de aumentar z no ponto cartesiano que representa o excedente do produtor mais alto equilibra exatamente com a redução do bem-estar no mercado de cópias, somada à redução do excedente do produtor. Isso se daria, sob a ótica cartesiana, numa curva e se deslocando para cima, representando oferta para novas obras⁵⁴. Esta análise fugiria à finalidade deste trabalho, bastando-nos apontar sua existência e possibilidade.

Além dos fatores previstos em *coeteris paribus*, a Estrutura Econômica da Propriedade Intelectual de Landes & Posner ainda demonstra que existem fatores que limitam a violação do direito intelectual mesmo diante uma baixíssima proteção legal. Portanto, para verdadeiramente atingir o equilíbrio desejado pela norma, estes fatores devem ser considerados. Entendemos que a norma brasileira deve rever o conceito de eficiência em propriedade intelectual a partir destes elementos.

O primeiro destes fatores é a originalidade⁵⁵, pelo qual devemos entender que a cópia não autorizada provavelmente é de qualidade inferior à original, assim não podendo ser considerada como um substituto perfeito. Sua posição no mercado é diferente. Isso se visualiza principalmente em obras de artes plásticas, em que, por exemplo, uma pintura original de Picasso possui valor monetário muito acima de uma réplica, por mais próxima do original que essa seja.

Como segundo fator⁵⁶, deve-se notar que o ato de copiar pode, em si, envolver alguma forma de expressão original pelo copiadador e deixar de ser uma cópia literal, mas sim paráfrases, anotações menores, contendo eliminação e outras alterações, e assim será visualizado economicamente como influência nos custo de expressão. O custo do criador será menor que o da criação original, porém jamais será zero ou negativo.

⁵³ Cf. Conselho Nacional de Combate à Pirataria. Ministério da Justiça. Brasil. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/combate-a-pirataria> Acesso em: 15 maio 2021.

⁵⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 83.

⁵⁵ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 41.

⁵⁶ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 42.

O terceiro fator é entender que copiar leva tempo⁵⁷. Entre a disponibilização à sociedade da criação original e o surgimento da cópia há um intervalo temporal, momento este em que o titular da propriedade intelectual não enfrentará concorrência. A tecnologia certamente influencia este fator, porém não o elimina. Em bem da verdade, a tecnologia é vista como um fator em si, pois ações tecnológicas podem evitar ou dificultar a cópia, como a criptografia.

Como quarto fator, é juridicamente possível criar arranjos contratuais⁵⁸ particulares que protegem ou limitem cópias não autorizadas, imputando responsabilidades diversas, principalmente quando diante de uma legislação economicamente ineficiente. O custo da execução deste contrato é considerado pelo titular, porém essa alternativa jurídica receberá robustez de doutrinas clássicas conservadoras (Direito dos Contratos) no lugar da Teoria Jurídica do Mercado. Isto fortalece a segurança jurídica de sua implementação e, por tal, amplamente aceita por grandes empresas e economicamente dominantes. Por conseguinte, tal estratégia é a que vigora atualmente no mercado do entretenimento.

O próximo fator é a *copiabilidade*⁵⁹ da obra original, pelo qual o valor do original pode ser majorado e o titular indiretamente conseguir apropriar uma parte do valor das cópias. Os professores de Chicago ensinam que um CD é mais valioso ao consumidor se este conseguir fazer o upload do seu conteúdo e envio via web para um amigo seu, por exemplo, em troca de um CD que tal amigo possui. Há um equilíbrio sistêmico, mesmo que o autor original – ou titular dos direitos de propriedade de uma obra – não veja assim. Na verdade,

quanto mais alto for o custo de uma cópia em relação ao original, menor será a vantagem para o copiadador de não ter arcado com nenhuma parte do custo de criação do original. Por exemplo, se esse custo (chamado custo de expressão) for de apenas 1% do custo total, a copiadora obterá apenas 1% de vantagem de custo sobre o editor original por não suportá-lo.⁶⁰

⁵⁷ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 42-43.

⁵⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 43.

⁵⁹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 46.

⁶⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 51.

Também, deve-se entender que este movimento cria uma demanda de obras complementares do artista original. Diante de tal cenário, a habilidade do criador em apropriar dos benefícios das cópias depende apenas do custo da venda direta de sua obra àqueles que obtiveram a cópia e dos custos de copiar.⁶¹ Assim, o único sentido matemático negativo ocorrerá se o consumidor da cópia não tiver pago nada pela obra. Contudo, em termos de realidade econômica, por menor que o valor seja – quanto mais barato para o consumidor fazer cópia – as cópias provocam difusão da criação original e, possuindo a capacidade de vender diretamente – pelo mesmo preço – àquele que pagaria pela cópia, o autor não precisa incluir fórmulas de recuperação econômica sob o argumento de perda de valores pela pirataria.

Outro fator⁶² que inibe ou limita a violação é entender que os autores comumente obtêm benefícios substanciais de publicações que vão além de “royalties” pela obra original. Isso não significa que os ganhos sejam apenas não pecuniários, como prestígio ou fama, mas sim que a divulgação e publicidade da criação original majoram os valores econômicos dos próximos contratos e demandas de trabalho.

Landes & Posner também apontam que reduções no custo de copiar ajudam a proteção autoral por reduzir os seus próprios custos de produção. Para os professores, uma Editora obtém receitas com a venda de cópias dos livros que publica. Quanto menor for o custo de fazer cópias dos livros, menores serão os custos de produção e, assim (mantendo-se as outras condições como iguais), maior será a demanda por seus livros⁶³.

Pela soma dos pontos anteriores, entende-se cabível rever a norma brasileira à luz dos ensinamentos de Landes & Posner. Dentre as alterações necessárias está a vinculação do sistema da propriedade intelectual a um tratamento jurídico-econômico de longos prazos de proteção. Referimo-nos especificamente aos prazos de proteção de 20 anos para as patentes (artigo 40 da lei 9.279/96) ou 70 anos após falecimento do criador de obras artísticas (artigo 41 da Lei 9.610/98).

Inclusive, cumpre-nos apontar que o assunto “prazo de proteção” foi alvo de discussão recente sobre sua constitucionalidade no Supremo

⁶¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 46.

⁶² LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 48.

⁶³ LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 49.

Tribunal Federal na ADI 5229⁶⁴, que questiona o artigo 40 e parágrafo único da LPI em decorrência da demora da análise dos pedidos pelo INPI, pois acaba acarretando proteção patentária acima do prazo legal. O artigo 40, *caput*, indica que o prazo de proteção de patente de invenção será de 20 anos, contados da data do depósito. Por sua vez o parágrafo único diz que o prazo de proteção das patentes não será inferior a 10 anos. Ocorre que o artigo 44 autoriza o titular a obter indenização, sobre terceiros, pela exploração indevida de sua invenção desde a publicação de seu requerimento pelo INPI. Utiliza-se como exemplo um pedido efetuado em 2005 e concedido somente em 2018. Pela regra do artigo 40 *caput*, a proteção iria até 2025. Contudo, diante da demora de 13 anos pelo INPI, a proteção deve seguir o parágrafo único, indo até 2028. Não obstante, o titular poderá arguir judicialmente por usos não autorizados por terceiros desde 2005, ou seja, o prazo total de proteção será 23 anos. Está-se, portanto, diante de uma chamada extensão de prazo.

O debate demonstrou-se crucial com o advento da pandemia sanitária COVID-19, pois vacinas são patenteáveis. Em 12 de Maio de 2021 o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI, conferindo-se a ela efeitos *ex nunc* a partir da publicação da ata do julgamento (7 de abril de 2021), de forma a se manter as extensões de prazo concedidas com base no preceito legal, mantendo, assim, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do aludido preceito. Entretanto, para as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo e são relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde, estas sofrerão efeito *ex tunc*, o que resultará na perda das extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único do art. 40 da LPI, respeitado o prazo de vigência da patente estabelecido no *caput* do art. 40 da Lei 9.279/1996 e resguardados eventuais efeitos concretos já produzidos em decorrência da extensão de prazo das referidas patentes.

A discussão judicial evidencia a relevância deste trabalho: nota-se que a abrangência da propriedade intelectual pode alcançar o grau de proteção à vida, porém o Brasil está diante de um sistema jurídico ineficiente. A norma almeja equilíbrio social, porém faltam-lhe conceitos do Direito

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo eletrônico. Número único: 4000796-72.2016.1.00.0000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4984195> Acesso em: 10 maio 2021.

Econômico. O exemplo do prazo de proteção discutido no STF tem como cerne a utilização (ou não) de aplicação do *Law and Economics* na propriedade Intelectual no Brasil.

Por fim, “é certo que cada período histórico possui sua própria consciência das estreitas relações entre direito e economia”⁶⁵ Cumpre apontar que Landes & Posner também tratam sobre a “*Interlock Thesis*” pela qual,

dato que algum grau de proteção legal de propriedade intelectual é necessário pelos benefícios estáticos e dinâmicos que os direitos de propriedade conferem, as doutrinas surgiram muitas vezes refletindo a necessidade de verificar as distorções que os esforços para criar, definir, e fazer cumprir os direitos de propriedade intelectual, inevitavelmente dão origem.⁶⁶

Neste capítulo tratamos sobre a relevância da estrutura econômica de Landes & Posner, tecendo apontamos específicos à normativa Brasileira. Esperamos que o presente trabalho contribua ao debate científico, trazendo sólidas diretrizes que fundamentam nosso pleito da necessidade de revisão normativa.

Conclusão



O instituto jurídico da Propriedade Intelectual é uma tentativa normativa de promover equilíbrio econômico enquanto traz segurança jurídica ao mercado de Propriedade Intelectual.

Os dados empíricos apontam o Brasil como agente econômico predominantemente consumidor. Não há relevância na criação e na inovação nacional, mas há para o consumo e este posicionamento se nota em qualquer vertente da Propriedade Intelectual.

⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: *Direitos Humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2009. p. 504.

⁶⁶ “Another element of our analysis that is worth stressing is what might be called the ‘interlock’ thesis. Given that some degree of legal protection of intellectual property is necessitated by the static and dynamic benefits that property rights confer, the specific doctrines of that law that have emerged often reflect the need to check the distortions that efforts to create, define, and enforce intellectual property rights inevitably give rise to.” (LANDES, William M.; POSNER, Richard A; *Op. cit.*, p. 423).

Identificamos que o Brasil possui um falho mercado nacional de propriedade intelectual. Esta carência não ocorre pela ausência de normas, mas sim por faltar-lhe mandamentos do Direito Econômico. O atual sistema jurídico de proteção da propriedade intelectual brasileiro se mostra ineficiente, merecendo ser revisto. O maior exemplo disso é o extenso prazo de proteção, que deve ser reanalisado e ajustado à luz dos ensinamentos do *Law and Economics*.

A Estrutura Econômica de Landes & Posner é uma ferramenta sólida e oportuna ao ordenamento nacional. A partir de seus ensinamentos, é possível traçar estratégias que verdadeiramente alcançam o pedido da sociedade: um sistema jurídico de Propriedade Intelectual eficiente para investidores, sólido para criadores, e que resulte em incremento do bem-estar social geral.

Com este trabalho esperamos contribuir ao debate, apontando diretrizes que fundamentam o pleito de revisão normativa.

Referências

ARANHA, Maria Lucia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Moderna, 1993.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In: *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

AYUB, Nicole Ísis; BACIC, Miguel Juan. *Economic analysis of Law Review*. *EALR*, v. 10, n. 2, p. 153-172, maio-ago. 2019.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: *Direitos Humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. (503-519).

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Pirataria. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protECAo/combate-a-pirataria>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. *Diário Oficial da União*, Brasília.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília.

COASE, Ronald. The problem of social cost, Volume III, Outubro 1960. *The Journal of Law & Economics*. 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ECAD. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. *Relatório Anual 2019*. Disponível em: <https://www3.ecad.org.br/o-ecad/resultados/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 01 maio 2021.

ELSTER, Jon. Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos: Argumentos em favor do individualismo metodológico. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 163-204, Jun. 1989.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. Dissertação, UFSC, Florianópolis, 1997.

GURRY, Francis. Apresentação do World Intellectual Property Report 2019. World Government Summit Genebra, 2019.

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Intelectual. *Indicadores de Propriedade Industrial 2020. O uso do sistema de propriedade industrial no Brasil*. Rio de Janeiro. Janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/estatisticas> Acesso em: 04 maio 2021.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira. *Interface entre propriedade industrial e direito de autor*. GV Law Propriedade Intelectual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *An economic analysis of Copyright Law*. 18 J. Leg. Stud. 325, 325-33, 344-53 (1989). Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/IPCoop/89land1.html>.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of Intellectual Property Law*. 2009, Harvard, ISBN 0-674-01204-6.

NICKEL, Bernhard. 2010. *Ceteris Paribus laws: generics & natural kinds*. Philosophers' Imprint 10(6): Harvard University's DASH repositon, 1-25.

PORTILHO, Rapahela Magnino Rosa; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Análise econômica do Direito e propriedade intelectual: a contribuição de Posner & Landes. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 355-379, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.18997.

POSNER, Richard A. Orwell versus Huxley: Economics, Technology, Privacy, and Satire. 24 *Philosophy and Literature* 1, 31, 2000.

ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. As limitações aos direitos autorais. In: *Propriedade intelectual: direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: Technology and privacy in the information age* (October 1, 2004 NYU Press (2004); GWU Law School Public Law Research Paper 2017-5; GWU Legal Studies Research Paper 2017-5.

SOUZA, Adamo Alberto. *A teoria dos jogos e as ciências sociais*. Marília, 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2002.

STIGLER, George J. Law or Economics? *The Journal of Law & Economics*, v. 35, n. 2 (Oct., 1992), p. 455-468. Published by: The University of Chicago Press for The Booth School of Business, University of Chicago and The University of Chicago Law School, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 5529. Origem: DF – Distrito Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Req: Procurador-Geral da República.

TOLLISON, Robert D. *The economic theory of rent seeking*. Public Choice, July 2012, v. 152, n. 1/2, The intellectual legacy of Gordon Tullock, p. 73-82, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: micro e macro*. 6. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

WIPO – World Intellectual Property Organization. *World Intellectual Property Report 2019: The geography of innovation: Local hotspots, global networks*. Geneva: 2019. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipr/en/>. Acesso em: 01 maio 2021.





Critérios ESG – Impactos nos mercados financeiros e de capitais

*Daniella Navarro Lourenço*¹

Resumo: Este artigo busca tecer algumas observações a respeito da necessidade de adequação das empresas às regras e parâmetros de ESG e os impactos desse novo ambiente empresarial nos mercados financeiros e de capitais. Buscaremos entender como a adoção desses critérios pode garantir, no médio e longo prazo, que as empresas sejam lucrativas e, de forma sucinta, tentaremos, ainda, trazer algumas observações quanto aos mercados de títulos e financiamentos verdes (*green bonds* e *green loans*).

Palavras-chave: ESG. Títulos verdes. Financiamentos verdes.

Sumário: Introdução; 1. Dos critérios ESG; 2. Impactos ESG dos critérios ESG nos mercados financeiro e de capitais; Considerações finais; Referências.

Introdução

Segundo Comparato, Fábio Konder – 1995 – p. 3², *in literis*:

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

¹ Mestranda em Direito Público e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); pós-graduada (*latu sensu*) – *Masters of Laws* – LLM Direito Financeiro e de Mercado de Capitais pela INSPER; graduada em Direito pelo Centro Universitário FMU.

² *Direito empresarial: Estudos e pareceres*. Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 1995.

É a partir dessa afirmação que neste trabalho buscaremos entender como um novo modo de pensar a empresa e sua atuação na sociedade tem causado impactos significativos no mercado financeiro e de capitais, com o estabelecimento de critérios que envolvem questões de cunho ambiental, social e de governança, ou, como usualmente tem sido tratado, ESG.

É fato que desde o surgimento das sociedades anônimas, ainda com as companhias de comércio, na época das grandes navegações, quando se vivia o mercantilismo econômico, uma empresa busca alcançar lucros. E essa perspectiva não mudou!

Ou seja, o objetivo social de uma empresa ainda é o lucro, no entanto, sua função no mundo contemporâneo vai muito além da busca de ganhos para seus acionistas, e hoje cada vez mais empresas passam a se preocupar com questões socioambientais e com a adoção de políticas corporativas de combate à corrupção. E mais, fica cada vez mais evidente que o compromisso com ações sustentáveis sob o ponto de vista ambiental e o enfrentamento das desigualdades sociais não cabe apenas ao setor público e deve ser abraçado pelo setor de privado.

Pode-se pensar que a adoção dessa nova postura poderia afastar as sociedades empresárias de seu principal objetivo que é auferir lucro, como dito acima, no entanto, o que tem ficado mais evidente é justamente o contrário, ou melhor dizendo, o compromisso de uma empresa com os critérios ESG poderá garantir, no médio e longo prazo, a manutenção da saúde financeira e a credibilidade da empresa garantindo a persecução do lucro de forma consistente e duradoura.

Vale observar que a procura por ativos de companhias comprometidas com o meio ambiente, questões sociais e governança tem crescido nos últimos anos e vem instigando as empresas a se preocuparem e se engajarem cada vez mais nesse tipo de questão.

Essa busca por empresas comprometidas vem exigindo das companhias uma nova postura com relação a essas temáticas. Não apenas investidores, que buscam alocar seu capital em sociedades empresárias empenhadas com critérios de ESG, mas também o mercado consumidor que, com acesso cada vez maior a informações, busca adquirir produtos, bens e serviços de empresas também engajadas e responsáveis social e ambientalmente, tem pressionado as sociedades empresárias a adotarem uma nova postura.

Pode-se dizer, então, que a sociedade vem exigindo o engajamento de grandes corporações em busca de negócios que tenham o compromisso

com a solução de problemas globais com vistas a alcançarmos um modelo econômico sustentável e inclusivo.

Ações importantes vêm sendo adotadas pelos órgãos reguladores, entidades de classe etc. no sentido de incentivar e até mesmo exigir dos participantes de mercado o seu comprometimento com os pilares de ESG, que se tornam relevantes e são um importante passo para evitar, e porque não corrigir, problemas climáticos e sociais.

1. Dos critérios ESG

Devemos iniciar nosso trabalho esclarecendo o que são os chamados critérios ESG, detalhando cada um dos três conceitos utilizados no tripé ESG.

A sigla ESG advém dos termos em inglês *Environmental, Social and Governance*, que poderia ser traduzida para o português como Ambiental, Social e Governança. Apesar de passível de tradução, a sigla em inglês é amplamente utilizada e, sem qualquer prejuízo à língua portuguesa, faremos uso do termo advindo da língua inglesa no presente trabalho.

Podemos entender os critérios de ESG como um conjunto de valores que serão utilizados pela empresa como uma espécie de guia de conduta na condução de seus negócios e na sua relação com a sociedade.

O termo ESG é relativamente novo e teria surgido em 2005 quando foi citado pelo autor Ivo Knoepfel no artigo *Who cares Wins*, produzido como resultado de uma ação da Organização das Nações Unidas (ONU) com o objetivo de trazer as grandes corporações para questões relacionadas ao meio ambiente, problemas sociais e de governança³.

É bem verdade que o relatório cuidava de questões relativas ao mercado financeiro, mais especificamente gestão de ativos e questões de investimento, mas o termo e suas implicações excederam o campo das instituições financeiras e vem sendo aplicado desde então pelas empresas em geral.

³ O relatório produzido pela ONU foi o resultado da união de instituições financeiras que foram convidadas por Kofi Annan a desenvolver uma espécie de guia e recomendações que teriam por objetivo a integração entre meio ambiente, questões ambientais e trabalhistas e governança corporativa e a gestão de ativos e serviços de corretagem. Um total de 20 instituições financeiras, de 9 países distintos, participaram da iniciativa, que fez parte de uma ação da ONU denominada *U.N. Global Compact*, lançada em julho de 2000.

Uma empresa que adota os critérios de ESG assume uma postura de boas práticas em seus negócios e deve estar comprometida com questões de responsabilidade ambiental, devendo adotar medidas que visem salvaguardar e promover medidas que garantam o cumprimento dos conceitos existentes por trás da sigla ESG.

Cabe-nos agora tentar detalhar esses conceitos apresentando o significado de cada uma das letras utilizadas na sigla ESG.

O primeiro conceito que apresentaremos está representado pela letra “E” que tem por finalidade se referir ao termo *Environmental* em inglês, ou ambiental em português. A letra “E” faz alusão a temas como: preservação do meio ambiente, compromisso com questões como aquecimento global, redução de emissão de carbono, biodiversidade, desmatamento, (des)poluição do ar e das águas, utilização de energias renováveis, além de ações sustentáveis como a gestão e descarte adequado de resíduos, conscientização de funcionários e clientes etc. As melhores práticas sob o ponto de vista ambiental podem ser observadas nos diversos compromissos assumidos pelas empresas na correta aplicação de recursos tomados no mercado financeiro e de capitais. A esse respeito, mais adiante, falaremos um pouco mais sobre o novo no mercado de títulos e empréstimos verdes que tem crescido no mundo e no Brasil.

Logo na sequência a letra “S” se faz presente representando a palavra social (o que acontecerá em ambas as línguas, tanto em português quanto em inglês) e diz respeito à forma como uma empresa vem a se relacionar não apenas com seus empregados e colaboradores, mas também com a sociedade onde está inserida. Neste sentido, são regras de incentivo a questões relacionadas à responsabilidade social, que podem abranger desde o cumprimento de direitos trabalhistas, até medidas que promovam não apenas o bem-estar no ambiente de trabalho, mas também impactos positivos e socialmente responsáveis na comunidade onde a empresa estiver inserida. Para tanto, questões como proteção de dados e privacidade de clientes, satisfação de clientes e colaboradores, gestão de equipes e respeito à diversidade (promovendo e aumentando a diversidade nos times), melhorar as condições de trabalho, não ter envolvimento com mão de obra infantil e regimes análogos à escravidão, cuidar da segurança e saúde de funcionários também serão abordados, além do respeito aos direitos humanos e do engajamento para aumentar a confiança no ambiente empresarial como um todo. É importante dizer que os aspectos sociais

também podem ser observados na criação de institutos e fundações; e por fim, a letra “G” que significa *governance* ou governança em português e nos remeterá a aspectos relacionados à administração da empresa, como manutenção e promoção de boas práticas de governança corporativa, que irá envolver o comprometimento de todo o quadro da empresa, desde a alta direção, com valores éticos e ações que combatam a corrupção, criação de meios de auditoria, canais de denúncia e a manutenção de um conselho de administração independente.

Ao analisarmos cada um dos componentes do tripé que sustenta os critérios de ESG, podemos estar nos perguntando em que medida essa nova postura afeta as relações jurídicas que temos no Brasil, uma vez que o arcabouço legal brasileiro possui diversos dispositivos que regulam e normatizam boa parte das questões envolvidas na sigla ESG.

Veja, por exemplo, as questões trabalhistas que são positivadas e reguladas em nosso país tendo no advento da Consolidação das Leis do Trabalho, talvez, seu maior exemplo e que data da década de 40⁴ ou mesmo podemos citar as inúmeras leis de cunho ambiental existentes⁵ e cuja importância da preservação ambiental encontra respaldo nos artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal datada da década de 80.

Observadas as leis e o regramento já existentes no ambiente legal nacional precisamos entender qual foi então a mudança ocorrida que fez com que a adição dos critérios ESG se tornasse tão relevante.

De fato há uma ampla legislação que visa preservar o meio ambiente, as relações trabalhistas e as boas práticas corporativas, no entanto, até então as empresas buscavam, obviamente, cumprir com os regramentos dispostos em lei, mas não existia uma consciência por parte dessas mesmas empresas a respeito dos impactos que causavam à sociedade sob o ponto de vista socioambiental e havia até aqueles que enxergavam esses dispositivos como questões que se contrapunham aos seus interesses, encarando os assuntos de cunho socioambiental como sendo algo que limitava o seu

⁴ A Consolidação das Leis Trabalhistas teve sua primeira publicação em 1943, tendo sido sancionada pelo presidente Getúlio Vargas durante o período político conhecido na história do Brasil como Estado Novo, que perdurou de 1937 a 1945.

⁵ Exemplos: Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – nº 6.938 de 17/01/81; Lei dos Crimes Ambientais – nº 9.605 de 12/02/98; Lei de Recursos Hídricos – nº 9.433 de 08/01/97; Código Florestal Brasileiro – nº 12.651 de 25/05/2012; Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos – nº 12.305 de 02/08/2010; entre outras.

desenvolvimento, gerando custos e diminuindo lucro. Havia então uma certa resistência por parte do empresariado para adotar uma nova postura ou mesmo assumir obrigações que fossem além daquelas de cunho estritamente legal.

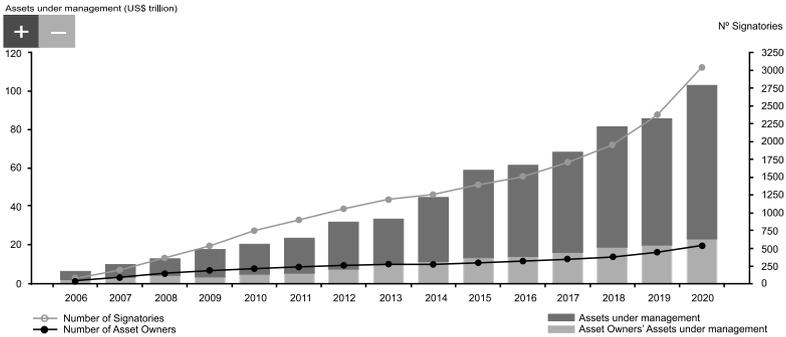
Mundialmente, essa visão começa a mudar na década de 70 com a introdução do conceito de Responsabilidade Social e Empresarial.

Aos poucos a leitura dessa situação foi se transformando e passamos a ver grandes corporações assumindo obrigações que iam além do que era imposto pelas leis. Segundo o Guia Novo Valor – Sustentabilidade nas Empresas, editado pela BM&F Bovespa (atual B3), essa mudança de direção começa a ser notada entre as décadas de 80 e 90, inicialmente através das grandes multinacionais que estenderam suas práticas socioambientais de suas matrizes para países onde elas também estavam presentes, mas nos quais as leis eram menos exigentes do que as leis de seus países de origem e posteriormente com a busca voluntária de certificações de qualidade, como, por exemplo, a certificação ISO.

É na década de 90 que surge a definição de *stakeholders*, ou parte interessada, trazendo uma visão mais abrangente dos diversos públicos com os quais uma empresa se relaciona e as consequências do seu comportamento ou do modo de sua atuação para com todos esses públicos.

Quando adentramos nos anos 2000, vale retomarmos a ação da ONU, brevemente citada acima, quando investidores foram convidados por Kofi Annan para elaborarem uma espécie de guia, feito por e para investidores, com objetivo de integração entre meio ambiente, questões ambientais e trabalhistas e governança corporativa e a gestão de ativos e serviços de corretagem e de onde surgiram os Princípios para o Investimento Responsável (*Principles for Responsible Investment*). Esses princípios foram lançados em abril de 2006, na Bolsa de Valores de Nova Iorque (*New York Stock Exchange*) e, desde então, o número de signatários só cresce.

PRI growth 2006-2020



Fonte: Principles for responsible investments. Disponível em: unpri.org.

Apresentaremos, a seguir, quais são esses princípios com os quais os investidores se comprometem e que são utilizados para fins de determinar os números apresentados no gráfico acima.

- **Princípio 1:** Os critérios de ESG serão incorporados pelos investidores em suas análises de investimentos e em seus processos de decisão.
- **Princípio 2:** Os investidores serão detentores ativos e irão incorporar critérios de ESG em suas políticas e práticas.
 - **Princípio 3:** Os investidores irão buscar divulgação adequada dos critérios de ESG pelas empresas nas quais investem.
 - **Princípio 4:** Os investidores irão promover a aceitação e implementação desses princípios pela indústria de investimento.
 - **Princípio 5:** Os investidores trabalharão em conjunto para aumentar a eficácia de implementação desses princípios.
 - **Princípio 6:** Cada investidor apresentará um relatório de suas atividades e o progresso na implementação desses princípios.⁶

⁶ **Principle 1:** We will incorporate ESG issues into investment analysis and decision-making processes./**Principle 2:** We will be active owners and incorporate ESG issues into our ownership policies and practices./**Principle 3:** We will seek appropriate disclosure on ESG issues by the entities in which we invest./**Principle 4:** We will promote acceptance and implementation of the Principles within the investment industry./**Principle 5:** We will work together to enhance our effectiveness in implementing the Principles./**Principle 6:** We will each report on our activities and progress towards implementing the Principles.

Nota-se, pela leitura dos 6 (seis) princípios propostos, a evidente intenção de se alcançar o comprometimento efetivo de investidores com critérios de ESG. Em linha com o compromisso assumido pelos investidores, as empresas, órgãos reguladores, organizações internacionais tem, desde então, se comprometido em garantir o crescimento do compromisso com os fundamentos de ESG.

Desde 2011, com a publicação da 1ª edição do guia Novo Valor – Sustentabilidade nas Empresas notamos um movimento da BM&FBOVESPA (atual B3) com a finalidade de ajudar a promover a sustentabilidade empresarial no Brasil, oferecendo exemplos de boas práticas.

Neste sentido, em 2012, a BM&FBOVESPA (atual B3) se juntou à iniciativa da *Sustainable Stock Exchanges*⁷ ou SSE e assumiu o compromisso com a divulgação das considerações de ESG pelas corporações que ali operam.

Fica evidenciado desta forma o papel significativo que os investidores e bolsas de valores (ou seja, que o mercado) desempenham na implementação dos parâmetros de ESG.

No Brasil, por exemplo, a B3 possui índices de sustentabilidade que atuam como ferramentas para incentivar e acompanhar o compromisso das empresas com questões sustentáveis e de governança⁸.

Recentemente, em 2020, o mercado foi surpreendido com uma carta de enviada por Larry Fink (CEO e presidente do conselho da *Blackrock*⁹) aos executivos de sua empresa e a seus clientes declarando que não investiriam em empresas que não estivessem comprometidas com a neutralidade de carbono.

No entanto, e muito embora essa discussão tenha sido provocada, ou mesmo tenha tido seu marco inicial com o posicionamento de investidores, o movimento ESG tem tomado novas proporções e pressionado cada vez mais as empresas a mudarem sua postura com relação aos temas de natureza socioambiental, que passam a ter mais consciência a respeito dos impactos de suas decisões na sociedade, trazendo consequências inclusive para os

⁷ *Sustainable Stock Exchanges* ou SSE pode ser definida como plataforma global que busca explorar como as bolsas de valores podem melhorar, aumentar ou mesmo incentivar o investimento sustentável.

⁸ Ex. índice de Sustentabilidade Empresarial da B3 – ISE B3 – criado em 2005 e índice Carbono Eficiente – ICO2 B3 – criado em 2010.

⁹ A *Blackrock* é uma das principais gestoras de fundos no mercado internacional.

mercados financeiros e de capitais. Um exemplo disso é o fato de que atualmente aspectos de governança são objeto de avaliação pelas áreas de crédito das instituições financeiras.

No mercado de capitais as emissões dos chamados títulos verdes (ou *green bonds*) tem crescido cada vez mais, e a agenda ESG vem ganhando espaço, principalmente, no mercado do agronegócio.

Em matéria recente do jornal Valor Econômico foi noticiado que as emissões de títulos verdes no Brasil já ultrapassaram a marca de US\$ 5,3 bilhões.¹⁰

De acordo com dados do Ministério da Economia o mercado de finanças verdes teve um crescimento da ordem de 223% entre os anos de 2013 e 2017.¹¹

Conforme citado na obra *Nem Negacionismo Nem Apocalipse – Economia do Meio Ambiente: Uma Perspectiva Brasileira*, na p. 128:

Atualmente, apenas 1% de todo mercado global de crédito está alocado em títulos verdes. Ao mesmo tempo existe uma demanda de capital da ordem de 7 trilhões de dólares ao ano para o atingimento das metas propostas pela ONU nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.



2. Impactos ESG dos critérios ESG nos mercados financeiro e de capitais

Ao falamos do mercado de capitais e dos impactos introduzidos pela adoção dos critérios ESG não podemos deixar de falar a respeito dos chamados *green bonds* ou títulos verdes. E o que é um título verde?

Na prática, um título verde é um título tradicional, ou seja, um instrumento financeiro de renda fixa, lançado e negociado no mercado de capitais, com um rótulo que diz algo ao investidor. E o que ele diz? A mensagem que um título dessa natureza passa ao mercado e, principalmente, aos investidores, é de que os recursos captados através da emissão serão direcionados de acordo com uma metodologia voltada para questões socioambientais, vale dizer, a captação de recursos através de uma emissão de *green bonds* tem

¹⁰ Emissões de títulos “verdes” já superam os US\$ 5,3 bi | Suplementos | Valor Econômico (globo.com).

¹¹ 2019-04-17_cartilha-financas-verdes-v25r.pdf (www.gov.br).

destino certo, devendo ser aplicada seja na implementação ou na expansão de projetos ou ativos sustentáveis ou que gerem impactos climáticos positivos, podendo financiar ou refinanciar atividades “verdes”, como por exemplo, energias renováveis, agricultura e pecuária sustentáveis, exploração florestal, produtos “eco-eficientes” e infraestrutura urbana sustentável etc.

Os *green bonds* podem ser emitidos por empresas, governos e entidades multilaterais, cabendo ao emissor do título, necessariamente, utilizar os recursos captados (*use of proceeds*) em projetos verdes, conforme exemplificado acima.

Uma companhia que se propõe a emitir um título dessa natureza, além de conseguir alcançar investidores institucionais que levam em consideração os critérios de ESG para realizar seus investimentos, tem ganhos de natureza reputacional, uma vez que denota ao mercado o seu engajamento com questões cada vez mais importantes para a sociedade.

Se analisarmos pela perspectiva dos investidores, ao adquirirem um valor mobiliário classificado como verde, eles dão cumprimento aos Princípios para o Investimento Responsável (*Principles for Responsible Investment*), já enumerados e citados acima.

O primeiro título verde que sem notícias data de 2007 e foi lançado pelo Banco Europeu de Investimento e de lá para cá esse mercado cresce cada vez mais. Sendo de 2015 a primeira emissão rotulada como verde no Brasil, que já contou com emissões dessa natureza realizadas por diversas empresas e até mesmo pelo BNDES.

A criação desse mercado de finanças verdes vem crescendo, e parece ter grande potencial, principalmente para o agronegócio brasileiro. Sob o ponto de vista normativo, as regras e condições desse tipo de negócio tem surgido no ambiente privado, com empresas que são especializadas na caracterização e no acompanhamento dos critérios de classificação de um título verde, e nas instituições estatais regulatórias do mercado financeiro (Banco Central do Brasil) e de capitais (CVM).

A contratação de auditorias por empresas especializadas (partes terceiras) é comum para se verificar o cumprimento dos compromissos assumidos pelos emissores em emissões de títulos verdes e algumas dessas entidades criam padrões de informações que devem ser divulgadas e acompanhadas.

Neste contexto, a *Climate Bonds Initiative* ou CBA criou um protocolo para possibilitar o rótulo de título verde a uma emissão realizada

no mercado de capitais e apresentou critérios específicos para as finanças verdes no agro.

No âmbito legislativo, não podemos deixar de citar o Decreto Federal nº 10.387, sancionado em 5 de junho de 2020, e que busca incentivar o crescimento do mercado de títulos verdes no Brasil através da concessão de incentivos fiscais.

Contudo, não é apenas o mercado de capitais que se abre para empresas dispostas a assumirem o compromisso com as regras de ESG.

Os critérios de sustentabilidade vêm mudando as características dos investimentos no mundo todo e as implicações e consequências desse novo cenário que se desenha, pode ser sentida também no mercado financeiro, por exemplo, com a criação de fundos de investimento destinado a investidores que buscam alocar seu capital, ainda que de maneira indireta, em companhias que estão comprometidas com as regras de ESG.¹²

Aliás, no mercado financeiro a preocupação com tais princípios parece ter se consolidado sob diversos aspectos.

O tema do meio ambiente permeia o mercado financeiro mundial há alguns anos. Em 1992 mais de 30 bancos, constituídos em 23 países diferentes, assinaram em Nova Iorque a Declaração dos Bancos para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável (*Statement by Financial Institutions on the Environment and Sustainable Development*).

No Brasil, a agenda sustentável já é conhecida pelo mercado financeiro e faz parte das discussões do Banco Central do Brasil desde 1995¹³, com a divulgação do Protocolo Verde, adotado, inicialmente, de forma voluntária, por cinco bancos estatais.

O engajamento das instituições financeiras com relação a essa temática pode ser notado de várias formas, como, por exemplo, com o que

¹² Fundos de Investimento na legislação brasileira encontram-se disciplinados, genericamente, na Lei nº 4.728, de 14/07/1965 que atribui ao Conselho Monetário Nacional a regulação da matéria. Existem várias espécies de fundos de investimento que alocam o capital de diversas formas. O investidor assume a posição de cotista, ou seja, aquele que é titular de uma fração ideal do patrimônio do fundo. Especificamente no caso de investidores que buscam investir seu capital em fundos de investimentos que estejam comprometidos com as regras de ESG, isso significa dizer que, nesta hipótese, o fundo deverá alocar seu capital em companhias também comprometidas com essas mesmas diretrizes.

¹³ https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Agenda_Sustentabilidade_8.9.20.pdf.

podemos chamar de um verdadeiro cardápio de investimentos voltados para esse mercado¹⁴.

Outro exemplo para o mercado financeiro brasileiro disso é a dimensão sustentabilidade da agenda BC#¹⁵ que foi lançada mais recentemente com o objetivo de responder a uma nova demanda que advém do próprio mercado consumidor.

Esse movimento de mercado evidencia que está claro, não apenas para o Banco Central brasileiro, mas também para o mercado global como um todo, que os eventos climáticos podem acarretar consequências negativas ao sistema financeiro, uma vez que fenômenos dessa natureza trazem riscos para a solidez do sistema, podem afetar negativamente preços de mercadorias, *commodities* e serviços e até mesmo impactar a demanda de moeda, ou seja, políticas e os riscos climáticos podem ocasionar risco financeiro de investimento, afetando custos, demanda e a volatilidade do mercado.

Exemplo recente (que ainda estamos vivendo) é a crise sanitária escancarada pela pandemia da COVID 19 que pode ter acelerado uma tendência de mudança de comportamento na sociedade em geral e teve grande impacto negativo sobre os investidores e consumidores.

Recentemente, o Banco Central do Brasil deu início a uma consulta pública para tratar a respeito das regras e critérios de sustentabilidade que podem vir a ser aplicados a operações financiadas por meio do crédito rural.

Em 25 de abril de 2014, com a edição da Resolução 4.327, o Banco Central divulgou as diretrizes do Conselho Monetário Nacional para o estabelecimento e implementação da Política Nacional de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras.

No âmbito das entidades privadas, a *Loan Market Association* divulgou uma série de princípios para serem adotados em operações de empréstimos (*Green Loan Principles*) que tem por objetivo estabelecer diretrizes para o desenvolvimento de um mercado de empréstimos voltado para as atividades econômicas sustentáveis.

¹⁴ Por exemplo: O Banco Safra lançou recentemente uma nova carteira de ações ESG. O Bradesco possui um plano de previdência privada com alocação de capital em empresas alinhadas com os preceitos de ESG. O Banco Itaú possui fundo de renda variável com gestão ativa ESG, ratificando assim o interesse cada vez maior dos investidores neste tipo de carteira.

¹⁵ Agenda BC#.

De acordo com os princípios estabelecidos, para que um empréstimo seja assim nomeado ele deveria atender a quatro componentes centrais (*core components*), quais sejam:

- Uso dos recursos ou *Use of proceeds*;
- processo para avaliação e seleção do projeto ou *Process for Project Evaluation and Selection*;
- gerenciamento dos recursos ou *Management of Proceeds*; e
- comunicação/divulgação ou *Reporting*.

Note-se que, da mesma forma que ocorre com os *green bonds*, os empréstimos verdes nada mais são do que operações de crédito comuns, concedidas através dos instrumentos contratuais conhecidos, mas com direcionamento certo dos recursos tomados.

Considerações finais

Podemos assim concluir que questões socioambientais em muito excede uma visão simplista de preservação ambiental ou mesmo cumprimento estrito das regras e leis sobre o tema. O que se exige hoje das empresas é um compromisso que vai além de suas obrigações legais e a desempenhar um certo protagonismo com relação ao tema.

Os interesses dos administradores devem ser alinhados e convergentes com os interesses dos donos do negócio, sem deixar de lembrar que a sociedade empresária se relaciona, não apenas com seus acionistas, mas também com funcionários, clientes, fornecedores e a comunidade onde está inserida, sendo assim, além do lucro, a empresa deverá se preocupar com os reflexos de suas atividades e decisões na sociedade e comunidade onde estiver localizada.

Com a evolução da sociedade e os crescentes problemas enfrentados no âmbito social é premente uma maior participação dos setores econômicos na manutenção e no aprimoramento de mecanismos que assegurem o desenvolvimento social e ambiental adequado, equilibrado e justo.

Torna-se cada vez mais relevante que cada um assuma o seu papel para o bem estar social, afastando-se a ideia de que cabe apenas ao Estado a responsabilidade pela manutenção de uma sociedade justa e pelo desenvolvimento socioambiental responsável, ou seja, incorpora-se às atividades

privadas a responsabilidade por ações voltadas à coletividade e desta forma as empresas deverão assumir sua parcela de responsabilidade pelo incentivo e manutenção de uma sociedade e um meio ambiente adequado e sustentável.

Mas além de atrair investimentos, não podemos deixar de avaliar um outro impacto para as empresas ao adotarem os critérios de ESG como norteadores de seus negócios, que é o possível aumento de seus resultados e lucros.

Vejam, uma empresa que assume uma nova postura, considerando as questões ambientais, sociais e de governança em suas atividades pode alcançar novos mercados, aumentar seu portfólio de consumidores, reduzir gastos com multas e, no médio e longo prazo aumentar seu lucro. Podemos dizer que ao investir na implementação de critérios baseados do tripé ESG, a empresa está fazendo um investimento sustentável e socialmente responsável.

A expansão de um mercado de finanças verdes deve ser avaliada sob diversos aspectos, levando em consideração questões jurídicas e de economia, aproximando os interesses públicos e privados.

Não podemos deixar de observar que de maneira imediatista pode parecer que a adoção de tais práticas acaba por gerar ou até mesmo majorar custos, se consideramos a necessidade do desenvolvimento de ferramentas, treinamento e aculturação de funcionários, mudança de processos, sistemas e de logística. No entanto, como já abordamos no decorrer deste trabalho, uma empresa comprometida com critérios ESG pode garantir sua manutenção no mercado de forma duradoura e consistente, permitindo a manutenção ou até mesmo o aumento de seus lucros, além do caráter positivo sob o ponto de vista reputacional, podendo ser utilizada como estratégia de marketing para atrair investidores, consumidores e porque não talentos, ou seja, pessoas que buscam propósito no desenvolvimento de suas atividades.

Devemos ainda lembrar que ao pensarmos nos investidores, devemos ter claro que além da busca óbvia por ganhos, eles também buscam estratégias para proteger seu portfólio. E é aí que questões de ESG se tornam relevantes a médio e longo prazo, pois, as empresas que se engajam com clientes, empregados e com as comunidades onde estão inseridas, indo além dos próprios acionistas, devem ser mais lucrativas, gerando retorno de longo prazo.

A ideia de que os recursos são finitos fica cada vez mais evidente e dessa forma os critérios de ESG passam a ter um papel relevante na estratégia das empresas, ou seja, os pilares de ESG são considerados na tomada de decisões

que levam a ações, definindo como as empresas deverão agir ou não agir, havendo assim uma mudança na forma como as empresas são administradas.

Pelo exposto, podemos entender que o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade são temas que caminham juntos nos dias atuais.

Referências

ANDRADE, A.; ROSSETTI, J. P. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BADÍA, Guillermo; CORTEZ, Maria C.; FERRUZ, Luis. *Corporate social responsibility & environmental management*. 2020.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de Direito Comercial. A Sociedade Anônima como instituição*. Editora Renovar, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. *Finanças sustentáveis*. Bruxelas: Comissão Europeia, [s/d]. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_pt. Acesso em: 02 Mar. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. A reforma da empresa. P. 3-26.

FERNANDEZ, B. P. M. Ecodesenvolvimento, desenvolvimento sustentável e economia ecológica: em que sentido representam alternativas ao paradigma de desenvolvimento tradicional? *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n. 23, v. 23, p. 109-120, 2011.

Finanças verdes no Brasil. 2019. Disponível em: www.gov.br. Acesso em: 20 maio 2021.

FINKELSTEIN, L. S. *What is global governance*. Vancouver: Associação de Estudos Internacionais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. Malheiros, 2008.

Green Bonds Highlights 2017, elaborado pela Climate Bonds Initiative. Disponível em: <https://www.climatebonds.net/resources/reports/green-bond-highlights-2017>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Guia BM&F Bovespa. *Novo Valor – Sustentabilidade nas Empresas – Como começar, quem envolver e o que priorizar*. Disponível em: www.b3.com.br. Acesso em: 23 abril 2021.

Initiative Climate Bonds. Disponível em: <https://www.climatebonds.net/>. Acesso em: 14 maio 2021.

LAUTENSCHLEGER, Nilson Jr. Textos clássicos. Do sistema acionário – Uma análise negocial. Relato breve sobre Walther Rathenau e sua obra: “A Teoria da Empresa em Si”. *Revista de Direito Mercantil Industrial, econômico e financeiro*. N. 128. 2002.

OLIVEIRA, Gesner; FERREIRA, Artur Villela. *Nem negacionismo, nem apocalipse. Economia do meio ambiente: uma perspectiva brasileira*. 1. ed. Editora BEI, 2021.

PARK, Stephen. Investors as regulators: Green bonds and the governance challenges of the sustainable finance revolution. *Stanford Journal of International Law*, v. 54, n. 1, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3142887.

PINHEIRO, Juliano Lima. Mercado de capitais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PRI – Principles for Responsible Investment. Homepage. Disponível em: www.unpri.org. Acesso em: 25 abril 2021.

Reis, Tiago. *ESG: veja como esse critério funciona e o que ele muda no mercado*. Disponível em: suno.com.br. Acesso em: 24 abril 2021.

SIFFERT FILHO, N. Governança corporativa: padrões internacionais e evidências empíricas no Brasil nos anos 90. *Revista do BNDES*, v. 5, n. 9, p. 123-146, 1998.

SITAWI FINANÇAS DO BEM. *Guia para emissão de títulos verdes no Brasil*. 2016. Disponível em: <http://info.sitawi.net/guiatitulosverdes2016>. Acesso em: 14 maio 2021.

SOUZA, Paula Bagrichevsk de. As instituições financeiras e a proteção ao meio ambiente. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 23, p. 267-300. Jun. 2005.

The Global Compact Who Care Wins – Connecting Financial Markets to a Changing World. Disponível em: www.ifc.org. Acesso em: 23 abril 2021.

Títulos de Dívida e Mudanças Climáticas – Análise de Mercado 2017, Edição Brasil, produzido pela Climate Bonds Initiative. Disponível em: <https://www.climatebonds.net/resources/reports/edição-brasil-títulos-de-dívida-mudanças-climáticas-análise-de-mercado-2017>. Acesso em: 24 abr. 2020.

TURCZYN, Sidnei. *O sistema financeiro nacional e regulação bancária*. Revista dos Tribunais, 2005.





Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-A da Constituição Federal

*Dilson José da Franca Junior*¹

Resumo: A ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (CF, art. 170). Para resguardar a livre iniciativa e, assim, mitigar as falhas estruturais inerentes ao sistema capitalista, a Constituição Federal afirma que “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CF, art. 173, § 4º). A fim de prevenir desequilíbrios da concorrência, a Constituição da República prevê que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo (CF, art. 146-A). O artigo avaliará as possibilidades interpretativas e os limites relacionados aos referidos “critérios especiais de tributação”. Em seguida, analisará o contorno de algumas das propostas legislativas em discussão no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Livre concorrência. Tributação extrafiscal. Isonomia. Neutralidade.

Sumário: Introdução; 1. Contexto que antecede a Emenda Constitucional nº 42/2003; 2. Competência legislativa para estabelecer critérios especiais de tributação; 3. Critérios especiais de tributação: abrangência e limites; 4. Projetos de lei complementar propostos; 4.1 Projeto de Lei Complementar nº

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, onde também cursa especialização em Direito Processual Civil. Especializado em Direito Tributário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper. E-mail: dilson.franca@mackenzista.com.br.

73/2007; 4.2 Projeto de Lei Complementar nº 493/2009; 4.3 Projeto de Lei Complementar nº 121/2011; 4.4 Projeto de Lei do Senado nº 161/2013; 4.5 Projeto de Lei do Senado nº 284/2017; Considerações finais; Referências.

Introdução

Em uma economia de mercado, fornecedores de bens e serviços tentarão, sempre que possível, repassar a outras pessoas as despesas e os custos por eles incorridos, pois naturalmente desejam extrair o maior lucro possível de suas atividades empresariais. Os tributos estão abrangidos nesse contexto. Eles serão, no todo ou em parte, repercutidos economicamente (BECKER, 1963). Desse modo, contribuintes poderão moldar seus comportamentos em vista da imposição tributária. Seduzidos por benefícios fiscais ou alíquotas reduzidas a título de Imposto sobre Serviços (ISS) ou Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), poderão, exemplificadamente, se estabelecer em determinada localidade para lá executarem suas atividades. Sendo assim, os tributos, em maior ou menor grau, interferirão no mercado e nas condutas dos agentes econômicos (SCHOUERI, 2007).

Apesar do invariável impacto que a tributação exerce no mercado e no comportamento dos agentes, o tributo não deveria representar fator de desequilíbrio na livre concorrência, princípio norteador da ordem econômica (CF, art. 170, IV). Por isso, contribuintes que atuam em um mesmo segmento de mercado devem suportar, em regra, carga fiscal equivalente, não se admitindo que um deles detenha vantagem competitiva sobre o outro em razão do tributo. Na ordem econômica estabelecida na Constituição Federal, vantagens competitivas devem advir da eficiência dos agentes econômicos e não de desvios concorrenciais propiciados pela tributação. Daí se dizer que o Estado deve se pautar pela neutralidade tributária, entendida como “garantia de uma tributação equânime e não fomentadora de desequilíbrios concorrenciais” (BOMFIM, 2011, p. 205).

Nesse contexto, nota-se que o princípio da neutralidade tributária, implicitamente previsto no Texto Constitucional, corresponde a um dever direcionado ao Poder Legislativo para que este não edite normas tributárias que tenham potencial de causar impactos negativos sobre mercados competitivos. Tamanha a relevância desse princípio que, com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, passou a constar na Constituição Federal norma

que autoriza a instituição de critérios especiais de tributação que visem prevenir desequilíbrios na concorrência. Essa também parece ser a concepção de Hamilton Dias de Souza que, contudo, vislumbra que o referido princípio estaria previsto de modo expreso na Lei Maior²:

Com a EC 42/03, todavia, a neutralidade concorrencial do tributo passa a integrar o sistema tributário. A Constituição inequivocamente impõe como objetivo a ser perseguido que o tributo não seja fonte de desequilíbrio na concorrência. E, portanto, a partir de sua edição, não pode o legislador agir de forma a abalar a concorrência. Se o fizer, agirá contra o princípio da neutralidade. Afinal, se o legislador deve evitar desequilíbrios motivados por práticas tributárias adotadas pelos contribuintes, seria ilógico admitir que ele próprio possa editar normas causadoras de desequilíbrio. Isso contrariaria o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. (2011, p. 386)

Essa constatação, porém, admite exceções, pois nem sempre os competidores que atuam em um mesmo ambiente de trocas suportarão a mesma carga fiscal. É o que ocorre, v.g., com as micro e pequenas empresas que, em virtude de determinação constitucional, recebem tratamento fiscal diferenciado e favorecido quando comparado às empresas cujo faturamento anual supere determinado limite legal (CF, arts. 146, III, “d”, e 179).³ Ao contrário do que possa transparecer, o dispositivo em questão interfere na ordem econômica justamente para assegurar a livre concorrência, pois o tratamento favorecido e diferenciado tem, dentre outros propósitos, a função de posicionar micro e pequenas empresas em seus mercados e torná-las mais competitivas para que, superada essa condição, venham a ser tributadas da mesma forma que as sociedades já consolidadas. Em sentido análogo:

² Felipe Cianca Fortes e Marlene Kempfer Bassoli também entendem que o princípio da neutralidade tributária estaria expressamente previsto na Constituição Federal (2010). Fato é que, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, o princípio da neutralidade tributária já estava previsto implicitamente na Constituição Federal, podendo ser extraído a partir da concatenação entre os princípios da isonomia em matéria tributária (CF, art. 150, II), livre iniciativa e livre concorrência (CF, art. 170, IV).

³ Atualmente considera-se microempresa aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresa de pequeno porte aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), conforme previsto no art. 3º, I e II da Lei Complementar nº 123/2003.

Desta forma, inexistente qualquer violação à neutralidade fiscal sob a perspectiva ora abordada no caso de a legislação tributária atribuir tratamento diverso a contribuintes que se encontrem em situações jurídicas e econômicas diversas, desde que tais diferenças, bem como as respectivas medidas niveladoras, sejam devidamente previstas e justificadas. Como exemplos, podem ser citados os artigos 146, III, d, e 170, IX, da Constituição Federal, que preveem tratamento diferenciando, inclusive na seara tributária, para micro e pequenas empresas: empresas de porte, já adaptadas ao mercado onde atuam e detentoras de *know-how* e tecnologia, acumulam grande parcela do poder econômico e conseguem, com mais facilidade, se impor perante os consumidores, tendendo, assim, a dominar a concorrência, de modo que a Constituição Federal prevê uma série de medidas que visam diminuir as diferenças entre tais empresas e aquelas de menor porte, e, por consequência, permitir a estas últimas o acesso e a permanência no mercado, podendo competir com as demais de forma mais balanceada. (BASSOLI; FORTES, 2010, p. 242)

Assim, percebe-se que o tributo pode ser utilizado para finalidades que vão além da função meramente arrecadatória. Poderá ser empregado, nesse contexto, para “interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia” (MACHADO, 2010, p. 74). Diante disso, pode-se afirmar que, a partir das normas tributárias, poderá o Estado intervir na economia de forma a reduzir as desigualdades de renda, atenuar as disparidades socioeconômicas regionais, coibir agressões ao meio-ambiente, incentivar os investimentos em ensino e pesquisa, modernizar a indústria nacional, dentre outros valores constitucionalmente previstos. Portanto, a compreensão em torno do princípio da neutralidade fiscal deve considerar que: (a) invariavelmente os tributos afetam os mercados e o comportamento dos agentes econômicos; (b) tributos podem ser utilizados como relevante instrumento de intervenção do Estado na economia visando concretizar princípios estabelecidos na Constituição Federal.

A propósito do assunto e apenas para exemplificar a intervenção do Estado na economia por meio da tributação, diversos são os dispositivos constitucionais que podem ser utilizados para justificar tal interferência. Pode ser dito que o Estado é o agente normativo regulador da atividade econômica, cabendo a ele as funções de fiscalizar, incentivar e planejar tais relações (CF, art. 174). Pode-se afirmar que a veiculação de incentivos fiscais se destina a promover o desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (CF, art. 151) ou que a concessão de isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais é expressamente mencionada

dentre os incentivos regionais passíveis de serem implantados (CF, art. 43, § 2º, I). A finalidade do tributo vai além, por consequência, da mera arrecadação. A livre iniciativa e a livre concorrência não podem ser consideradas de modo isolado, mas sim conjugadas, organicamente, com os demais princípios correlatos previstos na Constituição. A respeito disso já se manifestou Vicente Bagnoli:

A livre concorrência, portanto, não se reveste mais dos moldes smithianos do liberalismo econômico, no qual o Estado fica ausente da economia, deixando que a própria concorrência no mercado estabeleça os agentes aptos a se perpetuarem, excluindo os demais, até atingir o ponto de equilíbrio entre produtos e consumidores pela lei de oferta e da procura. (2008, p. 64)

Nesse cenário de interlocução entre os institutos de direito econômico e de direito tributário, a partir da Emenda Constitucional nº 42/2003 passou-se a prever na Constituição Federal, como mencionado anteriormente, que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação com a finalidade de prevenir desequilíbrios da concorrência (CF, art. 146-A). Desta feita, tendo em vista que, em prol de uma integridade sistêmica que preza pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os entes tributantes não possuem cláusula aberta para o exercício da competência tributária, ainda que lastreada em nobres propósitos, o estudo analisará as balizas a serem observadas pela norma tributária concebida sob tal pressuposto de validação finalística. Tentará compreender quais entes tributantes podem instituir os referidos critérios especiais de tributação e, principalmente, quais critérios são esses que poderão ser utilizados para resguardar tão relevante princípio.

1. Contexto que antecede a Emenda Constitucional nº 42/2003

A Emenda Constitucional nº 42/2003 teve origem em mais uma das tentativas de se reformar o Sistema Tributário Nacional. O *mantra* repetido desde há muito reside na simplificação e na “racionalização” de tal sistema, conforme expressões utilizadas pela própria Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2003.⁴ Falava-se em reforma estrutural para elevação

⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=113717>. Acesso em: 22 maio 2021 às 15h25min.

de eficiência econômica, estímulo à produção, investimento produtivo e geração de emprego e renda.

No que tange à intersecção entre tributação e concorrência, havia o diagnóstico de que a complexidade tributária, a profusão de legislações estaduais e municipais acerca de obrigações tributárias, assim como a reiterada prática de concessão de benefícios ou incentivos fiscais acarretariam “graves problemas econômicos, pois os diferentes tratamentos estabelecidos provocariam, muitas vezes, desequilíbrios concorrenciais e insegurança na definição de investimentos”. Essa era a menção mais significativa que se fazia à relação entre tributação e livre concorrência. Originalmente não havia, na Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2003, dispositivo normativo que tratasse diretamente da questão. O tema concorrencial era, dessa maneira, reflexo à discussão tributária.

A intenção da proposta residia, como referido, na suposta “racionalização” do sistema, que seria obtida mediante adoção da progressividade para determinados tributos, unificação de alíquotas para o ICMS, deslocamento de determinadas competências tributárias, e supressão da chamada “guerra fiscal” mediante proibição da concessão de benefícios fiscais de toda ordem. Entendia-se que, uma vez atingidos esses objetivos e superados os entraves antes anunciados, haveria natural melhoria no ambiente de negócios, que se tornaria mais suscetível aos investimentos internos e estrangeiros, à produção, à criação de novos postos de trabalho, incremento de renda etc. Tudo isso redundaria em um cenário de trocas econômicas mais equilibrado em termos de competitividade entre os agentes econômicos. Em suma, a racionalização do Sistema Tributário Nacional privilegiaria a livre concorrência.

Em detalhada descrição a respeito do trâmite legislativo da Proposta de Emenda Constitucional nº 41/2003, José Luis Ribeiro Brazuna aponta que o dispositivo que aqui será debatido – e que possibilita a adoção de critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – aparenta não ter recebido a devida atenção no Congresso Nacional (2009, p. 57).⁵ Essa falta de zelo com assunto de tal magnitude (proteção da livre

⁵ Em parecer relatado pelo Senador Pedro Taques, por ocasião da Análise do Projeto de Lei do Senado nº 161/2013 essa realidade foi assim descrita: “O art. 146-A passou a integrar o texto permanente da Constituição Federal em razão da promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Foram esparsas as menções ao art. 146-A nos documentos que instruíram a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41, de 2003, que

concorrência a partir de critérios especiais de tributação) fez surgir um dispositivo que carece da clareza necessária. Adiante serão expostos os limites e abrangência do art. 146-A da Constituição Federal, esclarecendo-se, desde já, que se trata apenas de uma das leituras dentre as várias possíveis para aquilo que Roque Antonio Carrazza denominou “redação canhestra” (2013, p. 1.071).

2. Competência legislativa para estabelecer critérios especiais de tributação

O dispositivo foi previsto sob a seguinte redação: “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo” (CF, art. 146-A). Há, dessa forma, duas possibilidades normativas distintas – lei complementar e lei ordinária – para um mesmo propósito aparente, qual seja o de estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Partindo-se do pressuposto de que não há contradição na norma, até porque lei complementar e lei ordinária possuem quórum de aprovação, destinatários e conteúdo material distintos entre elas, propõe-se inicialmente delimitar o alcance de cada uma dessas possibilidades normativas.

A lei complementar regula a criação e o conteúdo da norma inferior. Possui âmbito material de competência legislativa próprio, assim como quórum especial para aprovação. Seu regime jurídico é, portanto, diverso daquele relativo à lei ordinária (BORGES, 1975). Em vista disso, é plausível afirmar que a lei complementar mencionada no art. 146-A da Constituição Federal tem amplitude nacional, pois a ela cabe estabelecer as *normas gerais* a respeito dos critérios especiais de tributação que, sob o seu manto, poderão ser instituídos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para prevenir desequilíbrios concorrenciais, não incumbindo àquele veículo normativo trazer pormenores a respeito dos aludidos critérios, sob pena de invadir a esfera de

deu origem à EC nº 42. Não é possível estabelecer, com clareza, qual a intenção do legislador com essa inovação constitucional. A falta dessas importantes balizas hermenêuticas terminou por permitir o surgimento das mais variadas interpretações do texto do art. 146-A”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112549>. Acesso em: 21 maio 2021 às 15h31min.

competência legislativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios.⁶ Trata-se de norma de competência. Esta é a posição de Maria de Fátima Ribeiro:

Tal artigo contém uma regra constitutiva de competência legislativa, que permite o uso da tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência. Essa competência vem se juntar ao conjunto de outras hipóteses de tributação extrafiscal, previstas na Constituição. Desta forma, o legislador complementar deverá cuidar de tratativas que visem equilibrar a concorrência. (2014, p. 7)

Essa concepção guarda conformidade com a própria essência da lei complementar tributária, vocacionada a dispor sobre conflitos de competência, regular limitações constitucionais ao poder de tributar, e estabelecer normas gerais de direito tributário (CF, art. 146, I a III). Ademais, referido ponto de vista igualmente se alinha com o fato de que Estados e Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre direito econômico e direito tributário, cabendo à União, justamente, a competência legislativa para o estabelecimento de normas gerais (CF, art. 24, I, § 1º). O entendimento também considera a competência que os Municípios possuem para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, art. 30, I e II).

A questão que se coloca agora é se os Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam, ante a ausência da lei complementar nacional, considerando a competência que possuem para legislar sobre direito econômico em suas respectivas jurisdições e sobre os tributos que lhes competem, editar suas próprias leis para tratar do assunto. Entende-se que não. A respeito disso, não se deve perder de vista que o art. 146-A foi inserido no Texto Constitucional em *adição* ao art. 146, que – por sua vez – atribui à lei complementar nacional o dever de “uniformizar os diferentes tratamentos tributários dados por cada ente federativo aos seus respectivos contribuintes, no âmbito do exercício de suas

⁶ A respeito dessa questão, Roque Antonio Carrazza sinaliza aquilo que, a seu ver, seria uma inconstitucionalidade manifesta, pois “uma emenda constitucional não poderia ter autorizado a União a indicar, ainda que por meio de lei complementar, como as demais pessoas políticas deverão desenvolver sua tributação” (2013, p. 113). Entretanto, somente haverá inconstitucionalidade se a referida lei complementar adentrar em especificidades relativas aos critérios especiais de tributação que visem prevenir desequilíbrios da concorrência. Partindo-se do fato que nenhum direito é absoluto, admite-se que Estados, Distrito Federal e Municípios subordinem-se às *normas gerais* que visem estabelecer critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios concorrenciais. O objetivo maior aparenta ser o de uma uniformidade em torno de tais critérios, a fim de se evitar ainda mais complexidade no Sistema Tributário Nacional.

respectivas competências tributárias”. Dessa forma, sustenta-se que o mesmo dever é aplicável, também, à lei complementar de que trata o art. 146-A da Constituição Federal. Admitir o contrário implicaria autorizar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sem fundamentação na lei nacional, editassem suas respectivas leis, contrariando, dessa forma, a própria essência da lei complementar que, como dito, almeja uniformizar o tratamento tributário.

Prosseguindo à análise, o dispositivo menciona a possibilidade de a União, por meio de *lei*, estabelecer normas de igual objetivo. A redação, de fato, não foi das mais felizes, aparentando, em uma leitura mais açodada, contradição entre a parte inicial do dispositivo e seu excerto final. Se lei ordinária da União pode dispor sobre critérios especiais de tributação com finalidade de prevenir desequilíbrios da concorrência, por que então seria utilizada lei complementar, cujo quórum de aprovação é mais elevado? Aparentemente a distinção está no destinatário e no conteúdo material da norma. A lei complementar em questão parece assumir, como já referido, a feição de lei nacional destinada aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ela cabendo trazer as *normas gerais* a respeito dos critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência. A lei ordinária, por sua vez, é endereçada aos contribuintes de tributos federais. Nesse raciocínio, a lei complementar é norma de competência, enquanto a lei ordinária é norma de conduta (SOUZA, 2011).

3. Critérios especiais de tributação: abrangência e limites

Adiante, o dispositivo afirma que o objeto da lei complementar nacional dirigida aos Estados, Distrito Federal e Municípios será estabelecer “critérios especiais de tributação”. Há grande celeuma a respeito do que deve ser abarcado por essa expressão. De toda forma, parece sustentável afirmar que tais critérios pressupõem um tributo já existente, não havendo, via de consequência, autorização para se instituir ou majorar exação fiscal visando prevenir ou corrigir desequilíbrios concorrenciais. O dispositivo, nesse aspecto, soa suficientemente claro: a competência diz respeito ao estabelecimento de *critérios especiais de tributação*, e não de novos tributos propriamente ditos. Nesse mesmo sentido:

No que se refere aos limites do dispositivo citado, vale mencionar que o art. 146-A da Constituição Federal apenas faculta o estabelecimento de *critérios especiais de tributação*, não de novos tributos, posto que meritórios. Ou seja,

não pode o legislador complementar, tendo em vista a prevenção de distúrbio concorrencial, criar um novo tributo, como forma de “compensar” o distúrbio assim gerado.

Com efeito, a expressão *critérios especiais de tributação* implica uma forma diferenciada para a tributação, não um novo tributo. Dadas as particularidades do caso, deve o legislador complementar buscar critérios adequados à prevenção de desequilíbrios. (SCHOUERI, 2007, p. 267-268)

Uma vez esclarecido que “critérios especiais de tributação” não correspondem à competência tributária para a criação ou majoração de tributos, cabe avançar na abrangência. Considerando que a lei nacional visa estabelecer *normas gerais* destinadas aos Estados, Distrito Federal e Municípios a respeito dos critérios especiais de tributação que visem prevenir desequilíbrios concorrenciais, pode-se concluir que os aludidos critérios dizem respeito a “parâmetros a serem observados pelos legisladores ordinários, não comandos cujos destinatários sejam fisco e contribuinte” (SOUZA, 2011). Os tais critérios especiais de tributação, conforme Rodrigo Maito da Silveira, podem dizer respeito a:

[...] parâmetros para (i) a concessão de incentivos fiscais, ou (ii) a utilização de procedimentos voltados à praticabilidade, como a substituição tributária, ficções e presunções legais, a responsabilização de terceiros, obrigações acessórias etc., sempre com o objeto de que tais expedientes não causem distúrbios na concorrência. (2011, p. 109)

A proposta do autor acima citado é interessante. Benefícios ou incentivos fiscais não raro são concedidos por Estados, Distrito Federal e Municípios sem que haja análise técnica aprofundada a respeito dos impactos que essa política fiscal poderá causar na concorrência. Nesse contexto, lei complementar nacional poderá auxiliar a traçar *normas gerais* para a concessão dessas benesses e prever sua transitoriedade, o que inclusive poderia mitigar o cenário de beligerância entre os entes tributantes. Quanto à definição de *normas gerais* relativas à substituição tributária, adoção de ficções e presunções legais, atribuição de responsabilização de terceiros e utilização de obrigações acessórias, de mesma forma vislumbra-se efeitos positivos em termos de competitividade, dado que todos esses instrumentos poderiam ser padronizados, propiciando menos complexidade e mais segurança jurídica ao empreendedor. Diogo Bomfim se posiciona de forma semelhante:

Esses critérios poderão prever a instituição de obrigações acessórias mais rígidas e setoriais, a fixação de critérios de verificação da neutralidade tributária

no exercício da competência tributária por oneração fiscal, a criação de regras para implantação de regimes não cumulativos tendentes a não gerar distorções concorrenciais, critérios gerais de observância obrigatória quando do exercício da competência tributária por exoneração (como criação de regras de revisão dos incentivos fiscais em prazos certos e periódicos), regras sobre edição de parcelamentos especiais cumulados com anistias, balizas normativas para a concessão de regimes especiais de tributação, enfim, o estabelecimento de normas gerais que tenham o condão de impor aos detentores de competência tributária uma atuação não fomentadora de distúrbios (exógenos) sobre a livre concorrência. (2011, p. 195-196)

Bomfim toca em um ponto crucial no que se refere à intersecção entre tributação e condutas anticoncorrenciais: o estabelecimento de regras sobre a concessão de parcelamentos especiais cumulados com anistias. Sobre isso, não se desconsidera que a legislação tributária brasileira é *hermética*, que o índice de retorno de bem-estar à sociedade em comparação com a carga tributária é considerado dos piores entre as nações em desenvolvimento⁷, dentre outras adversidades que necessitam ser discutidas e sanadas em prol de um projeto de desenvolvimento social e econômico; entretanto, não se pode deixar de comentar que, do ano 2000 até o momento, houve a edição de diversos parcelamentos especiais federais ofertando sensíveis reduções em juros de mora, multas e, alguns deles, autorizando a compensação de parte do débito tributário exigível com prejuízos fiscais e base de cálculo negativa.⁸ É de se questionar se as sucessivas edições e reedições desse tipo de parcelamento incentivado não interferem negativamente na livre concorrência, em vista dos contribuintes que cumprem rigorosamente com suas obrigações fiscais, e se essas mesmas edições e reedições não ensejariam um comportamento indesejado por parcela dos contribuintes, que se imagina a minoria: deixar de adimplir com a obrigação tributária principal, financiar-se a partir desse descumprimento normativo e, oportunamente, realizar o parcelamento do débito, exonerando-se, ainda que parcialmente, dos juros de mora e multas.

⁷ Conforme estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT. Disponível em: <https://ibpt.com.br/estudo-sobre-carga-tributaria-pib-x-idh-calculo-do-irbes/>. Acesso em: 20 maio 2021 às 19h53min.

⁸ Exemplificadamente, é possível citar as Leis n^os 9.964/2000 (“Refis”), 10.684/2003 (“Paes”), 11.941/2009 (“Refis da Crise”), 12.865/2013 (“Reabertura do Refis da Crise”), 12.996/2014 (“Refis da Copa”) e 13.496/2017 (“Pert”). Destaca-se o curto intervalo entre essas normas e o fato de que estão sendo trazidas apenas as concessões de parcelamentos especiais em nível federal.

Quanto a isso, lei complementar poderia estabelecer as diretrizes desses parcelamentos, assim como sua excepcionalidade dentro do sistema.

Por estarem relacionados a “critérios especiais de tributação”, é crível supor que os “desequilíbrios da concorrência” a que se refere o art. 146-A da Constituição Federal também devem estar associados ao impacto que a tributação é capaz de produzir na livre concorrência. Sendo assim, a prevenção aqui aventada deve estar atrelada a um possível desvio concorrencial causado, em princípio, pela própria tributação. De forma sofisticada, Diego Bomfim afirma que os distúrbios concorrenciais vislumbrados pelo dispositivo constitucional em apreço são, a seu ver, exógenos, pois causados pela própria tributação. Os distúrbios concorrenciais endógenos, por seu turno, são resultantes de falhas estruturais combatidos com fundamento no art. 174, § 4º do Texto Constitucional (2011).

Diego Bomfim aparenta tratar daquilo que Hamilton Dias de Souza denomina “desigualdade na lei” (2018). Ocorre que, além dos distúrbios concorrenciais causados pela legislação tributária, o próprio contribuinte pode praticar condutas ilegais relacionadas ao Sistema Tributário Nacional e, com isso, ameaçar a competitividade. É o que ocorre, por exemplo, com o devedor contumaz que, aproveitando-se de sua inadimplência fiscal reiterada, pratica preços inferiores ao de seus concorrentes e, assim, conquista ilegalmente parcela relevante do mercado. O mesmo se diga em relação àqueles que forjam situações jurídicas sem qualquer substrato econômico para se desvencilhar da incidência tributária, aproximando-se, pois, da mera evasão fiscal. Nesse contexto, os critérios especiais de tributação poderão, inclusive, *prevenir* que esses contribuintes causem distorções na livre concorrência em razão de tais práticas. Na síntese de Hamilton Dias de Souza:

Compete ao poder público tomar as medidas necessárias para que o tributo seja neutro em relação ao funcionamento do mercado. É o que se denomina “princípio da neutralidade tributária”, o qual surte dois efeitos: (1) impede que a norma tributária seja formulada de modo a privilegiar competidores (desigualdade na lei); e (2) exige a adoção de medidas corretivas destinadas a tornar eficaz a carga tributária legalmente estabelecida (desigualdade na aplicação da lei). (2018)

Nesse raciocínio, no intuito de prevenir os desequilíbrios concorrenciais causados pela própria tributação, lei complementar poderá estabelecer instrumentos de fiscalização diferenciada e contínua sobre determinados contribuintes, mormente aqueles caracterizados como devedores contumazes,

poderá prever regimes especiais quanto ao cumprimento de obrigações acessórias, em especial sobre contribuintes atuantes em mercados concentrados, criar controles específicos para a entrada e a saída de mercadorias, instituir medidores de vazão etc. Vê-se, desse modo, que a norma em análise está, sob esse ângulo, intrinsecamente relacionada às obrigações tributárias acessórias.

Outro ponto a chamar a atenção diz respeito ao termo “prevenir”. No sentido denotativo, “prevenir” significa “dispor de algo com antecipação, a fim de evitar qualquer dano ou mal; impedir, obstar”, “impedir que se faça ou que ocorra algo; evitar”, “tomar precauções para que algo não aconteça; evitar” (PREVENIR, 2021). Logo, prevenção deve ser tomado como algo que *evita* os desequilíbrios de concorrência, mas não *corrige* aqueles causados por falhas estruturais. Consequentemente, se o Poder Público se deparar com desequilíbrio concorrencial já instaurado em determinado segmento de mercado, não poderá se valer do art. 146-A da Constituição Federal. Se o fizer com esse desiderato (critério de validação finalística), haverá potencial conflito com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a quem incumbe reprimir infrações contra a ordem econômica:

[...] não há margem para considerar que o artigo 146-A contempla expressamente a possibilidade de, por meio da extrafiscalidade, corrigir falhas estruturais ou comportamentos abusivos por parte dos contribuintes que não decorram da tributação. Fosse isso viável a partir do referido dispositivo constitucional, haveria o risco de conflito entre normas constantes da Lei nº 8.884/94, que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, e as eventuais normas tributárias que buscassem reprimir o exercício abusivo do poder econômico. (SILVEIRA, 2011, p. 103-104)

Desse modo, se a intenção for a de reprimir desequilíbrios concorrenciais já evidenciados, o Estado deverá se valer do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, atualmente estruturado na Lei nº 12.529/2011 e calcado no art. 173, § 4º da Constituição Federal. A propósito, como bem observado por Diogo Bomfim, os “instrumentos oferecidos pela lei de defesa da concorrência são absolutamente suficientes e muito mais eficazes do que a tributação na prevenção e repressão dos distúrbios concorrenciais do mercado” (2011, p. 195).

Em suma: não se vislumbra possibilidade de a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios utilizarem a imposição tributária para prevenir ou reprimir desequilíbrios concorrenciais. Outrossim, os desequilíbrios concorrenciais que poderão ser prevenidos pelos critérios especiais de tributação

são aqueles eventualmente causados pela própria norma tributária ou por infrações à norma tributária. Neste último caso, deverá ser comprovado que a conduta do contribuinte, por si só, é capaz de resultar desequilíbrios concorrenciais, algo que aparenta ser mais bem constatado em segmentos.

4. Projetos de lei complementar propostos

Houve tentativas de se regulamentar o art. 146-A da Constituição Federal. Nenhuma, entretanto, foi convertida em lei. Nesse contexto, vale mencionar os Projetos de Lei Complementar nº 73/2007, 493/2009 e 121/2011, bem como os Projetos de Lei do Senado nº 161/2013 e 284/2017. É interessante expor, ainda que de forma sucinta e sem a pretensão de esgotar os temas inseridos em cada um desses projetos, a essência e os possíveis vícios de constitucionalidade e/ou legalidade.

4.1 Projeto de Lei Complementar nº 73/2007

O Projeto de Lei Complementar nº 73/2007, de autoria de Antonio Carlos Mendes Thame e Luiz Carlos Hauly, propôs o que denominou ser uma “reformulação tributária ecológica”.⁹ Para tanto seriam instituídos os princípios da essencialidade e do diferencial tributário pela sustentabilidade ambiental e oneração das emissões de gases de efeito estufa, assim como seria instituída tributação sobre o carbono (*carbon tax*), na forma de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, para a sustentabilidade ambiental e a mitigação do aquecimento global.

Alguns comentários: o projeto de lei complementar em questão aparentava querer reduzir a tributação para os produtos, mercadorias e serviços que causassem menor degradação ambiental e emitissem menos gases de efeito estufa. Isso, porém, não se relaciona a um *critério especial* de tributação que vise prevenir desequilíbrios concorrenciais. Ademais, suas disposições implicavam concessão de isenção heterônoma, o que é vedado pela Constituição Federal.

⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354998>. Acesso em: 22 maio 2021 às 17h01min.

Adicionalmente, o Projeto de Lei Complementar nº 73/2007 pretende instituir CIDE em razão da emissão de gases de efeito estufa. Essa possibilidade, no entanto, também não parece estar contemplada no art. 146-A da Constituição Federal. A imperfeição foi notada pelo Deputado Bernardo Santana de Vasconcellos, relator da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que, em 7 de dezembro de 2011, opinou pela rejeição do projeto, no que foi seguido pela maioria de seus pares.

4.2 Projeto de Lei Complementar nº 493/2009

Quanto ao Projeto de Lei Complementar nº 493/2009¹⁰, também de autoria de Antonio Carlos Mendes Thame, igualmente há tentativa de se atribuir tratamento tributário diferenciado aos produtos e serviços e a seus processos de elaboração e prestação em razão do impacto ambiental que causem. O vício de constitucionalidade é análogo ao do projeto de lei complementar anterior, já que a intenção é a estabelecer tributação diferenciada em função do impacto ambiental ocasionado pela atividade econômica, algo não abarcado pelo art. 146-A da Constituição.



4.3 Projeto de Lei Complementar nº 121/2011

Já o Projeto de Lei Complementar nº 121/2011¹¹, de autoria de Anthony Garotinho, visa estabelecer critérios especiais de tributação destinados a prevenir desequilíbrios da concorrência, o que, em um primeiro momento, se alinha com o propósito do art. 146-A da Constituição Federal. Dentre os atos que caracterizariam desequilíbrios na concorrência para fins de aplicação dos critérios especiais de tributação, o projeto menciona:

- a dominância de mercado relevante de bens ou serviços capaz de causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, conforme apurado em processo administrativo;

¹⁰ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=440396>. Acesso em: 22 maio 2021 às 17h04min.

¹¹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491080>. Acesso em: 22 maio 2021 às 15h33min.

- o inadimplemento sistemático e isolado no cumprimento das obrigações tributárias no caso de bens ou serviços em que o pagamento dos tributos incidentes sobre eles, inclusive os estaduais e municipais, represente parcela significativa na estrutura de custos;

- a importação ou exportação de bens ou serviços que, pelas quantidades envolvidas na operação ou pelas características físicas do bem, implique dificuldades adicionais ao controle aduaneiro e risco a mercado relevante constituído por fornecedores ou prestadores estabelecidos no País;

- a importação ou exportação de bens ou serviços que, pela procedência, destino ou outra característica da operação, permita o subfaturamento ou superfaturamento do seu valor ou fraudes à legislação referente às regras de origem e aos direitos antidumping e compensatórios, conforme apurado em processo administrativo prévio;

- a concessão irregular de incentivo fiscal a empresa ou grupo econômico ou atuação da administração tributária em desacordo com os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, de modo a privilegiar a empresa ou grupo econômico.

Deve ser observado, a respeito do rol acima, que a dominância de mercado relevante não poderia, conforme o raciocínio antes exposto, ser objeto da lei complementar tributária, pois deve ser reprimida, se contrária à lei, no âmbito do SBDC. Os demais itens, por conjectura, aparentam contemplados no escopo do art. 146-A da Constituição Federal.

Os quatro primeiros itens da proposta dizem respeito a condutas dos contribuintes que infringem a legislação tributária (desigualdade na aplicação da lei). O último item, por sua vez, se refere a desequilíbrios concorrenciais causados pela própria lei (desigualdade da lei). No tocante àqueles primeiros, o projeto não fixa em quais contextos ou circunstâncias a norma incidiria, o que é um problema suscetível de gerar insegurança jurídica, na medida em que essa tarefa seria relegada aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Consequentemente, poderá haver profusão de legislações díspares a respeito de um mesmo núcleo temático. Em prol da segurança jurídica, e também da padronização dos critérios, imagina-se prudente que a futura lei complementar estabeleça que os mencionados critérios especiais de tributação só poderão ser aplicados em segmentos nos quais a desigualdade na aplicação da lei possa causar desequilíbrios concorrenciais. Por mais que haja, por exemplo, uma inadimplência tributária, é necessário aferir se essa conduta é suscetível,

por si só, de afetar a livre concorrência. O mesmo se diga em relação a importações ou exportações *fraudulentas*. Se essas condutas não afetarem a concorrência, haverá mero ilícito tributário (quicá penal), mas não haverá espaço para a incidência da norma que visa prevenir desequilíbrios concorrenciais.

No mais, ao estabelecer quais seriam os critérios especiais de tributação, o projeto de lei complementar em questão incorre em vício semelhante aos anteriormente sintetizados, pois prevê a instituição de CIDE, cuja legalidade, inclusive, é questionável, pois tributo não pode constituir sanção de ato ilícito (CTN, art. 3º).

Adiante, o mencionado projeto, no intuito de prevenir atos e situações que causem desequilíbrios na concorrência, propõe estabelecer regime especial a fim de obrigar empresa ou grupo econômico a utilizar selo de controle, equipamentos de controle de produção, medidores de vazão e notas fiscais eletrônicas. Prevê a possibilidade de interdição de estabelecimentos e suspensão ou baixa compulsória do cadastro na pessoa jurídica na administração tributária. Os dois últimos itens (interdição de estabelecimentos e suspensão ou baixa de cadastro) podem ter sua legalidade questionada por dois motivos: (i) é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo, conforme definido na Súmula nº 70 do Supremo Tribunal Federal;¹² (ii) tanto a interdição de estabelecimento quanto a suspensão ou baixa de cadastro não podem ser considerados como critério especial de tributação.

4.4 Projeto de Lei do Senado nº 161/2013

O Projeto de Lei do Senado nº 161/2013, de autoria de Delcídio do Amaral, visa estabelecer os critérios especiais de tributação que aqui vêm sendo comentados. Nos termos da proposta, critério especial de tributação corresponderia à forma diferenciada de tributação em relação ao regime aplicável aos contribuintes em geral para cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória. Nesse contexto, propõe-se:

¹² Não se ignora que, quando do julgamento da Ação Cautelar nº 1.657-7, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de não renovar/cassar registro especial de contribuinte devedor de IPI. Tratava-se, porém, de caso específico envolvendo a produção e venda de cigarros, segmento de mercado regulado e reconhecidamente concentrado, o que acentua o desvio concorrencial decorrente da falta sistemática de pagamento de tributos.

- antecipação do fato gerador, inclusive mediante substituição tributária;
- tributação monofásica;
- estabelecimento de pauta de valores mínimos na determinação da base de cálculo para fins de incidência de alíquota *ad valorem*, tendo em vista o preço normal do produto ou serviço em condições de livre concorrência;
- alíquota específica, tendo por base unidade de medida adotada;
- instalação obrigatória de medidores de peso, volume ou vazão;
- regime especial de fiscalização e apuração de tributos;
- suspensão ou cassação de registro especial para funcionamento de empresa cujas atividades estejam sujeitas a autorização governamental.

Tem-se defendido que os critérios especiais de tributação poderiam incidir sobre duas realidades distintas: distúrbios concorrenciais causados pela própria norma tributária ou distúrbios tributários causados por infrações à norma tributária. O projeto de lei em análise aparenta cuidar apenas da segunda possibilidade, chegando, inclusive, a propor a suspensão ou cassação de registro especial para funcionamento de empresa, circunstância essa, porém, que muito se assemelha ao estabelecimento de meio coercitivo para cobrança de tributo.

Quanto aos demais itens, poderiam, *em tese*, ser instituídos, desde que plenamente justificados pelo Poder Público em vista da possibilidade de contribuintes interferirem no regular funcionamento do mercado. Importante frisar e esclarecer: a incidência dos critérios acima transcritos deve repousar sobre contribuintes que, a partir da desobediência da lei tributária, abusam do poder econômico com vistas a dominar mercados e esvaziar a concorrência. Se não houver poder econômico exercido de forma abusiva e possibilidade de interferência ilegal na concorrência, haverá mera inadimplência fiscal a ser combatida a partir dos instrumentos já existentes na legislação tributária.

A questão mais delicada do Projeto de Lei do Senado nº 161/2013, porém, decorre do seguinte: pelo seu texto, ficaria assegurado às entidades representativas do setor de atividade econômica envolvido o direito de representação ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público interessada para que fosse requerida, na forma da Lei nº 8.437/1992, a suspensão da execução de decisão judicial que viesse implicar inexigibilidade de tributos, com ameaça ao equilíbrio do mercado, em grave prejuízo à livre

concorrência. A disposição soa inconstitucional ante a agressão aos princípios da separação de poderes, do devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição e segurança jurídica.

4.5 Projeto de Lei do Senado nº 284/2017

Por fim, o Projeto de Lei do Senado nº 284/2017, de autoria de Ana Amélia, parece ser o mais avançado em termos de tramitação. Traz a possibilidade de os entes tributantes estabelecerem 7 (sete) critérios especiais de tributação para coibir práticas que possam interferir no regular funcionamento do mercado:

- fiscalização ininterrupta no estabelecimento do sujeito passivo;
- controle especial do recolhimento do tributo e obrigações acessórias;
- instalação de equipamentos de controle de produção, comercialização e estoque;
- antecipação ou postergação do fato gerador;
- concentração da incidência do tributo em determinada fase do ciclo econômico;
- adoção de alíquota específica, por unidade de medida, ou *ad valorem*, incidindo sobre o valor da operação ou sobre o preço que o produto ou seu similar alcançaria em uma venda em condições de livre concorrência;
- adoção de regime de estimativa.

Poderiam ser enquadrados nesses critérios especiais de tributação, nos termos do projeto em sua redação original, os setores da atividade econômica em que o tributo seja componente relevante na composição dos preços ou em que a estrutura da cadeia de produção ou comercialização prejudique a eficiência do controle das diferentes formas de evasão fiscal. Os itens aparentam estar contemplados pelo art. 146-A da Constituição Federal. Além disso, prevê-se a suspensão do cadastro do contribuinte em quatro casos:

- negativa injustificada de exibição de livros e documentos em papel ou eletrônicos de manutenção obrigatória ou de prestação de informações relacionadas à apuração do tributo;

- negativa injustificada de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam atividades;
- realização de operações sujeitas à incidência tributária, sem autorização do agente regulador e/ou órgão fiscalizador competente;
- persistência na conduta que motivou a aplicação do regime diferenciado em pelo menos 3 (três) meses dos 6 (seis) últimos períodos de apuração.

Há, ainda, segundo o Projeto de Lei do Senado nº 284/2017, quatro circunstâncias capazes de gerar o cancelamento da inscrição do contribuinte no ente tributante:

- evidências de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada;
- evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;
- produção, comercialização ou estocagem de mercadoria roubada, furtada, falsificada, adulterada ou em desconformidade com os padrões estabelecidos pelo agente regulador e/ou órgão fiscalizador competente;
- utilização como insumo, comercialização ou estocagem de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

Emenda de Armando Monteiro sugeriu especificar os segmentos econômicos destinatários dos critérios especiais de tributação, mencionando-se os setores de combustíveis e biocombustíveis, cervejas e bebidas frias, cigarros que contenham tabaco, bem como outros tipos de produtos mediante requerimento de entidade representativa da categoria ou órgão de defesa da concorrência.

O projeto é o mais equilibrado, pois leva em consideração o âmbito restrito de aplicação dos critérios especiais de tributação aos mercados em que possa se constatar desequilíbrios concorrenciais causados a partir do descumprimento da legislação tributária, mormente os mercados concentrados especificamente citados. Atualmente se encontra na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor.

Em que pese seus méritos, o Projeto de Lei do Senado nº 284/2017 se restringe ao âmbito fiscalizatório, deixando, portanto, de trazer critérios especiais de tributação que tenham como ponto de partida os desequilíbrios

concorrenciais causados pela própria norma tributária. Seria proveitoso avançar ainda mais no debate e prever *critérios* a respeito de situações cotidianas que têm o condão de afetar a livre concorrência, tais como a concessão de benefícios ou incentivos fiscais e a instituição de parcelamentos incentivados. Quanto às benesses fiscais, poderia se prever requisitos para sua concessão, delimitação dos objetivos a serem alcançados, acompanhamento dos resultados, possibilidade de revisão e prazo para encerramento. Em relação aos parcelamentos incentivados, necessário debater a amplitude das reduções, a periodicidade de suas instituições e as garantias eventualmente envolvidas.

Considerações finais

Crítérios especiais de tributação correspondem a parâmetros que podem ser empregados para *prevenir* desequilíbrios da concorrência ocasionados pela própria tributação ou pela infração contínua e reiterada da legislação tributária em mercados específicos. Desse modo, lei nacional poderá, por exemplo, estabelecer normas gerais a respeito da concessão de benefícios ou incentivos fiscais e de parcelamentos tributários incentivados. Poderá, também, estabelecer regimes especiais de acompanhamento, criar controles específicos para entrada e saída de mercadorias, determinar utilização de medidores de vazão etc. Não menos importante, referida lei deverá definir os setores de atividade econômica a que se destinam os tais critérios especiais, pois destinados somente àqueles contribuintes que, efetivamente, consigam por si ou por seu grupo econômico interferir na livre concorrência.

Por outro lado, não se vislumbra competência para instituir ou majorar exações tributárias, ainda que a pretexto de prevenir desequilíbrios concorrenciais. Em relação à *repressão* de tais desequilíbrios, entende-se que a competência para tanto foi atribuída ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pela Lei nº 12.529/2011 que, por sua vez, decorre do art. 173, § 4º da Constituição Federal, no qual se evidencia especial preocupação quanto ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. E é desejável que assim o seja, pois o SBDC congrega em sua estrutura o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), órgãos reconhecidamente especializados em condutas anticoncorrenciais.

Referências

- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- BASSOLI, Marlene Kempfer; FORTES, Fellipe Cianca. *Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal*. Scientia Iuris, 2010.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BOMFIM, Diego. *Tributação e livre concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BORGES, Jorge Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição – Série Doutrinária*. V. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. In: TIIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOGUEIRA, Vinícius Alberto Rossi. *Direito tributário e livre concorrência: da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

PREVENIR. In: *Michaelis, Dicionário brasileiro de língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 16 maio 2021.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *Tributação e concorrência: breve análise sobre a aplicabilidade do artigo 146-A da Constituição Federal*. Derecho y Cambio Social, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11º V. São Paulo: Dialética, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In: BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição – Série Doutrinária*. V. II. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos; DANTAS, Cíntia Maria da Costa. Reflexões sobre o artigo 146-A da Constituição Federal de 1988. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 8, n. 2, 2016.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência – Série Doutrina Tributária*. V. IV São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SOUZA, Hamilton Dias. Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal. In: *Intervenção do Estado no Domínio Econômico: Condições e Limites – Homenagem ao Prof. Ney Prado*. São Paulo: LTr, 2011.

SOUZA, Hamilton Dias. Regular o artigo 146-A da Constituição é essencial para preservar a livre-iniciativa. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-13/dias-souza-regular-art-146-cf-essencial-mercado>. Acess em: 22 maio 2021 às 2h.

VALLE, Valeria Isis Suzanne Oliveira do. O art. 146-A da Constituição Federal e o princípio da neutralidade tributária. In: *Tributação, Direitos fundamentais e desenvolvimento*. São Paulo: Blucher, 2018.



O cartel em licitações como medida prejudicial ao direito de livre concorrência

*Edcarlos Alves Lima*¹

Resumo: A livre concorrência é um dos pilares para o bom funcionamento da economia, tendo optado, o constituinte originário, por incluir, no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, isto é, no contexto do princípio da ordem econômica, a igualdade para que os agentes econômicos pudessem concorrer de forma justa no mercado (BAGNOLI, 2020, p. 167). Ademais, a livre concorrência, juntamente com o valor social do trabalho, foi eleita pelo constituinte originário como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, inciso IV. Constitui, portanto, uma infração à ordem econômica, a violação ou abuso do poder econômico, como ocorre, por exemplo, nos casos em que há formação de cartéis no mercado de compras públicas, além de prejudicar, pela via reflexa, a implementação de eficientes políticas públicas. Pretende-se, portanto, no presente artigo, analisar as prejudicialidades que a formação de cartéis ocasiona à livre concorrência, assim como as dificuldades práticas de sua constatação e os mecanismos de combate a esse perverso mecanismo que embaraça a real competição nas licitações e contratações públicas.

Palavras-chave: Livre concorrência. Cartelização de mercados. Licitações públicas. Competitividade.

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, na qual obteve o título de especialista em Direito Tributário. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Membro do grupo de pesquisa Modelos de Gestão e Eficiência do Estado, liderado pela Profa. Dra. Irene Nohara. Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB/SP. Advogado-chefe do Departamento de Consultoria Jurídica em Licitações, Contratos e Ajustes Congêneres, da Advocacia Geral do Município de Cotia (AGM/SAJJ).

Sumário: Introdução; 1. Sistema brasileiro de defesa da concorrência; 2. Licitação pública como corolário da livre competição; 3. Frustração do caráter competitivo da licitação e as práticas anticompetitivas; 4. O cartel, suas consequências danosas e formas de combate; Considerações finais; Referências.

Introdução

A implementação de toda e qualquer política pública ou a concretização de direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988 necessitam, de alguma forma, de prévio procedimento público seletivo, sob o regime de licitação, parcerias ou outra forma de contratualização com o poder público.

O mercado de compras governamentais movimentada em torno de 12,5% do Produto Interno Bruto Brasileiro, conforme estudos feitos pelo IPEA relativos ao período de 2006 a 2016 (2019).

Significa dizer, portanto, que, tomando-se, por exemplo, o PIB do ano de 2020 (em torno de 7,4 trilhões de reais, conforme dados do IBGE), as compras públicas equivaleram a R\$ 875 bilhões de reais.

Portanto, o montante de valores dispendidos dentro do mercado de contratações públicas é relevante e agita parcela importante do mercado produtivo nacional que, de alguma forma, se interessa em prestar serviços ou fornecer bens à Administração Pública em todas as esferas da federação.

Neste cenário, necessário se faz que a Administração Pública, dentro de um ambiente de livre competição e garantindo a isonomia, bem como observando regras objetivas delineadas no ato convocatório da licitação, escolha a melhor solução (contratação do serviço ou o fornecimento do bem) apta à satisfação do interesse público.

Ocorre, porém, que há situações nas quais o mercado adota práticas anticompetitivas que, ao fim e ao cabo, acabam por restringir ou eliminar a competição, de modo a impedir que a Administração efetive a contratação da solução mais eficiente e economicamente vantajosa.

No presente artigo, pretende-se, a partir da premissa de que é por meio da licitação que se garante a livre concorrência própria do mercado, analisar as consequências danosas que a formação de cartel causa não só ao procedimento licitatório em si, mas também ao interesse público e a ordem econômica como um todo.

1. Sistema brasileiro de defesa da concorrência

O art. 170, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que a ordem econômica se sustenta a partir de dois valores fundamentais: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, buscando assegurar a todos uma coexistência digna, de acordo com os preceitos da justiça social (BAGNOLI, 2020, p. 301 *apud* RODAS, p. 5233-5234).

No que toca ao princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170), destaca Vicente Bagnoli (2020, p. 304) que “encontra-se nele o fundamento da economia de mercado, no qual os agentes econômicos devem travar suas disputas, das quais o melhor, o mais apto, conseguirá a vitória, sobrepondo-se aos seus rivais”.

Também é no âmbito do ambiente de livre concorrência, destaca o referido autor, que se alcançam resultados mais eficientes, tais como inovações tecnológicas, aumento de qualidade de produtos e diminuição dos custos de produção, o que garante o efetivo “bem-estar econômico do consumidor”.

Neste contexto, considerando que a livre concorrência não é um fim em si mesma, previu o constituinte, no § 4º do art. 173, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Abreviando o contexto histórico, que não se revela o intuito do presente arrazoado, foi estruturado, por meio da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem como se dispôs sobre as infrações contra a ordem econômica e demais providências².

Na forma do art. 3º, o SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, cujas atribuições foram previstas na já citada lei.

Em linhas gerais, conforme observa Vicente Bagnoli (2020, p. 366), o CADE é uma autarquia federal, com autonomia administrativa, orçamentária e financeira, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede em Brasília-DF, mas com jurisdição em todo o território nacional, com funções preventivas

² A Lei nº 12.529/2011, que passou a vigorar a partir de 29 de maio de 2012 (vide art. 128, que estabeleceu *vacatio legis* de 180 dias), substituiu a antiga lei que versava sobre a defesa da concorrência no cenário brasileiro: a Lei nº 8.884/1994.

(análise de atos de concentração), repressivas (análise de infrações à ordem econômica) e educativas (instrução ao público em geral).

Notadamente sob o enfoque repressivo da lei, que nos interessa à presente análise, possui competência o CADE para analisar e julgar qualquer infração à ordem econômica praticadas por agentes econômicos³.

A esse propósito, trouxe o legislador, no art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, um rol exemplificativo de condutas caracterizadoras da infração à ordem econômica, senão vejamo-lo:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Mais adiante, previu o legislador, no § 3º, as condutas concertadas (colusão horizontal/cartel e colusão vertical) que, na medida em que configurem uma das hipóteses previstas nos incisos e no *caput* do art. 36, caracterizam infração à ordem econômica:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

³ Conforme previsto no art. 31 da Lei nº 12.529/2011, as suas disposições se aplicam a qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade.

II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

Há uma diferenciação, segundo Vicente Bagnoli (2020, p. 406), nas figuras tratadas nos incisos do art. 36 e aquelas versadas nos incisos do § 3º, acima transcritos. As primeiras se constituem “delito-fim” (se dão pelo objeto ou efeito, ainda que não alcançado), enquanto as segundas são meras hipóteses/meios usados pelos agentes econômicos para a prática da infração (“delito-meio”), não caracterizado, por si mesmas, uma infração.

Neste contexto, e após tecer críticas a alguns posicionamentos do CADE, o precitado autor (2020, p. 407 *apud* FRANCESCHINI; BAGNOLI, 2016, p. 370) destaca o seguinte:

[...] a autoridade concorrencial não pode simplesmente punir o agente econômico pelo objeto da conduta, que segundo o juízo de valor da autoridade é, a princípio, uma infração à ordem econômica. Tal condição, ilícita pelo objeto no entendimento da autoridade, e sequer da Lei Concorrencial – diga-se de passagem – deve ser comprovada para que o agente seja punido. Nesse sentido, se restar demonstrada a impossibilidade da conduta em análise – ainda que pelo objeto – produzir qualquer dos efeitos dispostos nos incisos do art. 36 da Lei Concorrencial, não se pode falar em infração à ordem econômica.

Todavia, advertem os mesmos autores (2020, p. 409 *apud* FRANCESCHINI; BAGNOLI, 2016, p. 429) que, diante da inexistência, na Lei nº 12.529/2011, de tipificação específica para a prática de cartel, o CADE tem considerado tal conduta, *de per se*, como infração à ordem econômica. Para os autores, tal posicionamento do CADE contraria a própria lei, que não tipificou qualquer conduta nesse sentido.

As infrações à ordem econômica sujeitam os infratores às sanções disciplinadas no Capítulo III, da Lei nº 12.529/2011 (arts. 37 a 45).

No âmbito do CADE, há um programa de leniência (art. 86), que permite que agentes econômicos envolvidos em um cartel ou outra prática anticoncorrencial celebrem acordo, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a prática de infração da ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação.

Na esfera administrativa, o agente econômico poderá obter a extinção da punição administrativa ou redução de um a dois terços das penas

aplicáveis, desde que colabore com a investigação e, como resultado, permita a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos capazes de comprovar a infração sob investigação.

Na seara criminal, a celebração de acordo de leniência possibilita a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia em face do agente econômico signatário, abrangendo os crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/1990), prática de cartel atualmente capitulada no Código Penal (art. 337-F) e associação criminosa (art. 288 do CP).

Por fim, uma vez cumprido integralmente o acordo, a punibilidade será extinta automaticamente, na forma do parágrafo único do art. 87 da Lei nº 12.529/2011.

2. Licitação pública como corolário da livre competição

A Administração Pública, em qualquer das esferas de governo ou de Poder, quando necessita contratar um serviço ou adquirir um bem disponibilizado ou produzido no mercado⁴ se submete, na forma do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal⁵, ao dever de licitar, de modo a assegurar igualdade de condições a todo e qualquer concorrente.

A competência para estabelecer normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos foi atribuída à União, na forma do que preconiza o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal⁶.

⁴ Isto porque, quando a execução do objeto for feita diretamente pela Administração (art. 6º, inciso VII, da Lei nº 8.666/1993), não se cogita, por óbvio, realizar procedimento licitatório. A obrigatoriedade de licitação se dá quando o objeto necessita de um terceiro para a sua execução (execução indireta).

⁵ Art. 37. *Omissis* [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁶ Art. 22. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre [...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

No uso de sua competência privativa, portanto, a União estabeleceu, na Lei nº 8.666/1993, assim como, posteriormente, em outras legislações nacionais, as normas gerais de licitação e contratação pública, que devem ser observadas por todos os entes da federação, ressalvadas as estatais exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que em regime de monopólio, que atualmente se submetem aos ditames da Lei nº 13.303/2016.

No contexto de norma geral aplicável, a Lei nº 8.666/1993 trouxe as hipóteses em que a regra geral competitiva poderia ser excepcionada (exceções ao dever de licitar), isto é, situações nas quais a licitação seria: (i) dispensada, quando não há opção outra ao administrador que não atender ao reclamo legal (art. 17); (ii) dispensável, nos casos em que, conquanto viável a competição, inexistente utilidade em empreender o procedimento licitatório, sob pena de comprometimento ao interesse público (art. 24 – rol taxativo); e (iii) inexigível, aplicável sempre que se estiver diante de uma comprovada situação de inviabilidade de ser estabelecida, por meio de critérios objetivos de escolha, a competição (art. 25 – rol exemplificativo)⁷.

Abrimos um parêntese para pontuar que a atual Lei nº 8.666/1993, assim como a Lei nº 10.520/2002 (lei do pregão) e os artigos 1º ao 47-A da Lei nº 12.462/2011 (RDC), serão revogadas, em 1º de abril de 2023, pela recém-sancionada Lei nº 14.133/2021, que trouxe um novo marco para as licitações e contratações administrativas.

Destarte, assegurar a competição é uma regra tão importante que, conforme Marçal Justen Filho (2019, p. 73), há que se realizar a licitação ainda quando a contratualização possa envolver sujeitos integrantes da própria Administração Pública, pois, segundo denota o autor, a Constituição Federal assegura a livre concorrência e veda preferências ou privilégios de sujeitos que atuem em regime de concorrência no mercado⁸.

Nesse contexto, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 536), a licitação se baseia intrinsecamente na ideia de competição isonômica

⁷ As hipóteses de contratações diretas foram tratadas, respectivamente, nos artigos 76 (dispensada), 75 (dispensável) e 74 (inexigível), da Lei nº 14.133/2021.

⁸ Um típico exemplo seria no caso de a Administração Pública ter a necessidade de contratar uma instituição financeira para operacionalização da folha de pagamento de seus servidores. Como não se trata de disponibilidades de caixa, cujos depósitos devem ser feitos em instituições financeiras oficiais (art. 164, § 3º da Constituição Federal), tal objeto deverá ser submetido ao dever de licitar.

entre os concorrentes que preencham atributos e demonstrem possuir capacidade necessária à fiel execução do objeto almejado pela Administração.

É, portanto, por intermédio da licitação que a Administração Pública, garantido a participação competitiva de todo e qualquer interessado que atue em mercado produtor no âmbito do qual se insere o objeto pretendido, seleciona a contratação mais vantajosa visando ao atendimento da necessidade almejada.

A licitação pública se caracteriza por um procedimento administrativo formal, no bojo do qual se praticam atos lógicos e cronologicamente ordenados, visando à prática do ato final que é a adjudicação do objeto colocado em disputa, de forma isonomia, entre os concorrentes, pela Administração (NOHARA, 2019, p. 143).

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 755), a licitação pode ser definida como um procedimento administrativo seletivo por meio do qual é aberta “a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”.

Com base no procedimento licitatório se busca atender, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 538), três exigências públicas inadiáveis, a saber: (i) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais; (ii) respeito aos primados da isonomia e impessoalidade, garantido por meio da disputa competitiva; e (iii) obediência aos reclamos de probidade administrativa, esta última elevada a princípio básico pela nova lei de licitações (art. 5º da Lei nº 14.133/2021).

Desse modo, o elemento nuclear do procedimento licitatório é a igualdade concorrencial entre os participantes, de forma que sendo ela violada, inviabilizado estará o alcance das três “exigências públicas inadiáveis” e, mais do que isso, da contratação mais vantajosa à Administração Pública.

Garantir um ambiente competitivo é tão importante que o legislador trouxe vedações expressas direcionadas à Administração Pública na elaboração do instrumento convocatório da licitação (lei interna do certame).

É o que se extrai da previsão contida no art. 3º, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.666/1993⁹, que, em síntese, veicula a proibição de a Administração Pública admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que possam frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório.

⁹ Na Lei nº 14.133/2021, as vedações, com algumas similitudes, são tratadas no artigo 9º.

Assim sendo, pode-se concluir que o procedimento licitatório é o meio adequado para que se possa garantir, de forma isonômica, a participação competitiva real dos agentes econômicos aptos a fornecer o objeto ou prestar o serviço de que necessita a Administração Pública.

Todavia, conforme verificaremos nos tópicos subsequentes, a competição, ainda que garantida, por meio da licitação, pela Administração Pública, poderá ser frustrada por condutas anticompetitivas praticadas pelo próprio mercado, medida esta prejudicial ao interesse público e a coletividade.

3. Frustração do caráter competitivo da licitação e as práticas anticompetitivas

Como vimos no tópico anterior deste artigo, a competição, dentro do ambiente público de contratações, deve ser garantida a todo e qualquer interessado por meio de regular procedimento licitatório, cujo edital deverá veicular regras objetivas, claras e necessárias a permitir a contratação mais vantajosa à Administração Pública.

A frustração ao caráter competitivo da licitação, seja ela praticada pelo poder público ou particular, constitui, além de sanções na esfera administrativa¹⁰, crime tipificado atualmente no Código Penal pátrio.

Nesse sentido, previu o legislador, no art. 82 da Lei nº 8.666/1993¹¹, que:

Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou *visando a frustrar os objetivos da licitação* sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

¹⁰ Cita-se, como exemplo, a declaração de inidoneidade, na qual a licitante fica impedida de licitar e de ser contratada pela Administração Pública em todas as esferas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Nesse sentido, é o verbete da Súmula nº 51 do Tribunal de Constas do Estado de São Paulo, *verbis*: “A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador”.

¹¹ Na Lei nº 14.133/2021, as infrações e sanções administrativas foram previstas no art. 155, bem como o tipo penal correspondente é o art. 337-E, que foi introduzido pela referida lei no Código Penal Brasileiro.

A frustração da licitação constitui, ainda, tipo penal tratado, atualmente, no art. 337-F do Código Penal brasileiro, cuja redação foi incluída, com efeitos imediatos, pela Lei nº 14.133/2021, senão vejamos tal redação:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Também constitui fraude à licitação “qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato” (art. 337-L, inciso V).

Outrossim, na Lei nº 12.846/2013, denominada “Lei anticorrupção”, dispõe sobre a responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública. Especificamente no contexto ora analisado, foi previsto, no art. 5º, inciso IV, como ato lesivo as seguintes práticas:

[...]

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

[...]

b) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

c) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

Destarte, percebemos que os mesmos fatos que configuram ilícito anti-truste podem enquadrar-se em outros ilícitos administrativos ou, ainda, penais.

Pretendeu o legislador, portanto, por meio dos vários diplomas antes referidos, garantir que a contratação pública, seja ela decorrente de procedimento licitatório ou não, pudesse ocorrer sem quaisquer embaraços à isonomia e à competição, tudo com a finalidade de buscar, com eficiência e economicidade, a satisfação ao interesse público ensejador de sua deflagração.

Isto porque, conforme expusemos anteriormente, a ordem econômica, que se fundamenta na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa¹²,

¹² Destaca-se que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, inciso IV, da Constituição. Vicente Bagnoli (2020, p. 168, *apud* FRANCESCINI; BAGNOLI, 2016, p. 43) assevera que a livre concorrência é um meio de promover a

possui, como um de seus princípios, a livre concorrência, encampada no inciso IV do art. 170 da Constituição Federal.

Optou, portanto, o constituinte originário por um regime de “economia de mercado”, de modo a garantir, de forma isonômica, oportunidade de competição justa aos agentes econômicos (BAGNOLI, 2020, p. 167).

Neste contexto, Vicente Bagnoli (2020, p. 167) destaca que:

A garantia da competição leal, isenta de práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico, é assegurada pelo Estado por meio de agências reguladoras e de autoridade de defesa da concorrência, como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). A livre-concorrência, portanto, não se reveste mais nos moldes *smithianos* do liberalismo econômico, no qual o Estado fica ausente da economia, deixando que a própria concorrência no mercado estabeleça os agentes aptos a se perpetuarem, excluindo os demais, até supostamente atingir o ponto de equilíbrio entre produtores e consumidores pela lei da oferta e da procura.

A partir de uma concepção mais ampla da temática da regulação econômica, bem como do papel do Estado como agente regulador, compreende Marçal Justen Filho (2002, p. 40) que a regulação é um:

[...] o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativa destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional.

Em que pese, no cenário brasileiro, exista a regulação legislativa inerente à defesa da concorrência, a fim de evitar as concentrações de mercado, não se deve partir de uma equivocada premissa de que os mercados naturalmente se revelam competitivos.

Desse modo, revela-se necessário que o poder público, com base no poder regulatório exercido pelo procedimento licitatório¹³ (“regulação admi-

livre iniciativa, “exigindo-se, destarte, do operador do Direito a busca incessante da apreensão da efetiva realidade dos mercados na execução da legislação infraconstitucional”.

¹³ Sobre as diversas formas de o mercado ser regulado através da licitação, ver FERRAZ, Luciano. *Função regulatória da licitação*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. jul./set., v. 72, n. 3, ano XXVII, p. 27-36.

nistrativa”), atue ativamente, a fim de repudiar, incentivar ou direcionar a atividade do setor privado no mercado de contratações públicas.

Impende anotar que, como medida de prevenção à frustração ao caráter competitivo em licitações públicas, os órgãos de controle vêm ampliando as ações de controle por meio do uso de ferramentas de tecnologia da informação.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, pioneiro em matéria de inovação, destaca-se a utilização, dentre outros, de três robôs, denominados de “Mônica”, que faz um monitoramento integrado para o controle de aquisições, “Sofia”, que é focado em fatos e indícios de irregularidades para os auditores do TCU, e “Alice”, que realiza a análise de editais e de licitações.

O robô “Alice” também é utilizado por outros tribunais de contas, a exemplo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no qual, desde julho de 2020, está em funcionamento, com o fito de detectar irregularidades em licitações, a partir da análise de editais e atas de registro de preços publicados pelos jurisdicionados paulistas, coletados pelo sistema de autoria eletrônica, diário oficial do estado ou sistema de compras eletrônicas do Governo do Estado (SÃO PAULO, 2020).

Destarte, tanto a frustração ao caráter competitivo da licitação quanto qualquer outra prática anticoncorrencial são prejudiciais ao erário e ao interesse público, além de ensejar violação aos primados da isonomia e competitividade, devendo, portanto, serem combatidos por meios eficazes.

Assim sendo, no tópico subsequente, pretendemos analisar especificamente o cartel, suas consequências e os meios atualmente indicados para ilidir a sua prática no bojo das contratações realizadas pela Administração Pública.

4. O cartel, suas consequências danosas e formas de combate

A competitividade, como valor maior a ser garantido na licitação, deve possibilitar a participação efetiva do maior número possível de agentes econômicos que atuem no mercado. Segundo a extinta Secretaria de Direito Econômico (2009, p. 2):

A restrição à competitividade dos certames pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico – por meio de seu representante – ou associação de classe. Exemplos do primeiro

tipo são os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (e.g. direcionamento de editais). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial cuida precipuamente do segundo tipo.

O conluio entre os potenciais licitantes é, portanto, o principal exemplo de restrição à competitividade praticada pelos agentes econômicos dentro do procedimento licitatório regulamente deflagrado pela Administração Pública.

Conquanto reconheça a dificuldade de ser identificado, na prática, o conluio de licitantes, já que conspirações podem assumir diversos formatos, aponta a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), nas diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas (2009, p. 3), as seguintes práticas comuns:

Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são (sic) implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

Segundo as mesmas diretrizes antes citadas (2009, p. 2), a conspiração entre os licitantes, independentemente da forma em que ocorrer, possui um objetivo comum: incrementar o valor da proposta vencedora e, pela via reflexa, propiciar aumento do lucro do proponente eleito.

Dentre outras, as seguintes características existentes em determinados mercados ou produtos/serviços podem ensejar, em maior ou menor grau, o conluio entre os participantes de um procedimento licitatório, conforme aponta a OCDE (2009, p. 4): (i) pequeno número de empresas; (ii) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado (barreiras protetoras); (iii) alterações significativas nas condições da procura e oferta; (iv) aquisições e/ou contratações recorrentes (ajudam na divisão de mercado); (v) produtos ou serviços simples e idênticos; e (vi) nível reduzido ou inexistência de soluções alternativas ou de inovações tecnológicas¹⁴.

É mister abrirmos um parêntese para destacar que, conquanto seja de difícil percepção, o cartel entre empresas se distingue do ato de cooperação, realizado entre empresas competidoras entre si para o bem comum do mercado e do consumidor.

Acerca do ato de cooperação¹⁵, destaca Paulo Furquim de Azevedo (2007, p. 144) que:

¹⁴ Para melhor compreensão em torno dessas condutas na prática, sugerimos o Guia de combate a cartéis em licitações (versão: dezembro/2019), disponibilizado pelo CADE: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf.

¹⁵ Não seria absurdo imaginar, por exemplo, que, no decorrer da fase crítica da pandemia de Covid-19, os agentes econômicos pudessem se organizar, por meio de contratos associativos, para o fornecimento de bens ou serviços que pudessem beneficiar, de forma efetiva, toda a coletividade. No entanto, o receio de que o ato associativo pudesse vir a ser considerado cartel seria muito grande. Conforme destaca Ana Frazão (2020): “Esses casos mostram as dificuldades que o Direito Antitruste encontra para compreender e analisar as coordenações não estruturais. A tentação de equipará-las aos cartéis é muito grande. Com isso, negligencia-se que a coordenação pode ser justificável e compatível com as preocupações concorrenciais”.

No mundo empresarial, este tipo de situação é bastante comum. As associações empresariais são espaços para a realização de ganhos de cooperação entre empresas rivais. Essa é uma das lógicas da aglomeração de empresas de um mesmo setor em algumas cidades – algumas vezes denominadas clusters empresariais – como é o caso de empresas de calçados no vale do Rio dos Sinos, no Rio Grande do Sul, e de Franca, Jaú e Birigui, em São Paulo. Embora as empresas continuem enfrentando a concorrência no mercado internacional de calçados, há esforços comuns em atividades que exijam maior fôlego, como o design, tecnologia e canais de comercialização. Nestes casos, ganham as empresas e os consumidores, que têm acesso a produtos de melhor qualidade ou mais baratos.

Ocorre, todavia, que se empresas se organizam com o fim exclusivo de suprimir a efetiva concorrência e ocasionar prejuízos à sociedade, não se estará diante de uma cooperação – que, como visto, é benéfica a todos (sociedade e mercado) –, mas sim de um verdadeiro cartel.

A formação de cartel pode ser conceituada como um “acordo com o objetivo de suprimir a concorrência, por meio da divisão de áreas de atuação, ou combinação prévia de preços e cotas de produção”. As empresas que o praticam possuem a intenção clara de constituir um “monopólio, ou seja, procurar obter o maior lucro conjunto que, posteriormente, é dividido entre os participantes do cartel” (AZEVEDO, 2007, p. 144).

O cartel é, portanto, um arranjo comportamental e/ou conluio entre empresas que atuam no mesmo ramo de produção no mercado, de modo a prejudicar, de forma direta ou indireta, a livre concorrência e a livre iniciativa, causando, desse modo, violação à ordem econômica e ao consumidor.

Segundo Flávio Amaral Garcia (2018), há três omissões do poder público que podem se revelar prejudiciais ao combate aos cartéis e a prática de corrupção nos procedimentos licitatórios:

- (i) a ausência quase absoluta na utilização da tecnologia de informação e de ferramentas que utilizem o big data ou mesmo a inteligência artificial para promover o cruzamento de dados com vistas a identificar práticas colusivas;
- (ii) a omissão na regulação dos editais em relação ao tratamento das principais barreiras à entrada nas licitações públicas;
- (iii) a ausência de integração institucional no combate aos cartéis e a tímida articulação das contratações e o Direito da Concorrência.

Há dificuldades reais para que o combate ao cartel seja realizado pelo poder público licitante, uma vez que a existência de conluio entre as empresas é algo quase impossível de ser demonstrado através de provas cabais.

Isto porque, qualquer ajuste ou combinação relacionada ao preço a ser ofertado ou, ainda, às barreiras impostas à entrada de novos competidores em determinado mercado, bem como a divisão de mercado entre as empresas, são feitas em ambiente externo à sessão pública da licitação, fugindo, muitas vezes, do conhecimento do agente público condutor do certame.

Além disso, é difícil serem obtidas as provas diretas de tais práticas ilícitas, pois seus autores envidam todos os esforços necessários para não serem deixados quaisquer vestígios ou evidências.

Neste cenário, as provas indiretas (ou indícios de provas), conceituadas, na forma do art. 239 do Código Penal, como aquelas que derivam de “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, são importantes meios de prova de cartel em licitação, ao menos na visão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2019, p. 27), senão vejamos:

[...] resultam da interpretação ativa – e.g., inferências lógicas, análises econômicas e deduções – levada a cabo pela autoridade, acerca de fatos e indícios que, analisados em conjunto, comprovariam a infração anticoncorrencial, posto não haver outra explicação plausível para os investigados se comportarem daquela maneira.

De um lado, os participantes do cartel, que têm em mãos as provas diretas do acordo, empregam todos os esforços necessários para dissimular sua existência. De outro, as autoridades de defesa da concorrência enfrentam tais estratégias de dissimulação e destruição das provas empreendidas pelos participantes de cartéis por meio do uso de provas indiretas, que possuem importante papel na demonstração da existência de acordos colusivos, conforme verificado na jurisprudência internacional.

Ainda que possam ser utilizadas no contexto de procedimentos que tramitam junto aos órgãos de controle externo ou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), entendemos ser difícil o emprego, pelas autoridades administrativas, de tais provas indiretas para que seja imputada a prática de cartel a um determinado concorrente no âmbito da licitação.

Tal fator, porém, não impede de os agentes públicos, que lidam diariamente com as contratações públicas, valerem-se de mecanismos aptos à identificação de atos que importem conluio de empresas no intuito de frustrar o caráter competitivo do certame, devendo, diante de tais constatações, levar o fato ao crivo da autoridade competente para as devidas apurações.

De forma pedagógica, foi lançada pelo CADE uma cartilha contendo um *checklist* com sinais de alerta que, na visão do referido Conselho, podem indicar que as empresas participantes do certame estão agindo de forma combinada/coordenada, os quais apresentamos no quadro a seguir:

QUANTO ÀS PROPOSTAS DAS CONCORRENTES
<ol style="list-style-type: none">1) Em termos de formatação do documento:<ol style="list-style-type: none">a) mesma formatação, redação, erros idênticos de digitação ou de cálculo;b) preços iguais e diferentes do valor de referência (se o valor tiver sido publicado no Edital);c) mesmo endereço, dados para contato e mesmo representante.2) Em relação ao envio da proposta:<ol style="list-style-type: none">a) enviadas por meio de um mesmo endereço eletrônico (e-mail) ou de IP;b) cujo envelope contenha os mesmos selos de autenticação ou postagem idênticos ou sequenciais;c) submetidas eletronicamente, mas que foram criadas ou editadas pela mesma pessoa ou por empresa concorrente.
COMPORTAMENTOS SUSPEITOS DAS EMPRESAS
<ol style="list-style-type: none">1) Diferenças de preço entre propostas são semelhantes em termos absolutos ou percentuais;2) aumentos uniformes de preços de concorrentes não justificados por aumento de custos;3) variação significativa e injustificada no preço das propostas da mesma empresa em outras licitações;4) de forma injustificada, fornecedores desistem de apresentar documentos ou propostas mais competitivas;5) licitantes vencedores subcontratam concorrentes perdedores ou que se recusaram a apresentar propostas;6) licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio;7) licitantes apresentam propostas que dificilmente teriam condições de vencer (ex.: erros banais, acima do valor de referência, ausência de documento que sabidamente deveria ser apresentado);8) concorrentes contratam as mesmas consultorias ou contadores no apoio à elaboração de propostas;

- 9) referências a orientações do setor, como “preços sugeridos” ou “tabelas de preços” sugeridos por sindicato ou associação; e
- 10) empresas reclamam de “empresas aventureiras” no mercado (normalmente, empresas que começaram a participar recentemente de licitações, com preços mais competitivos).

PADRÕES SUSPEITOS NO RESULTADO DE LICITAÇÕES

- 1) Pequeno conjunto de empresas se alterna como vencedora nas licitações em um mesmo órgão;
- 2) padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras;
- 3) licitações de um órgão ou região sempre vencidas pelo mesmo licitante;
- 4) diminuição súbita e injustificada no número de participantes da licitação;
- 5) alinhamento súbito de preços de concorrentes;
- 6) diminuição dos preços das propostas quando participa um novo concorrente, o que pode indicar cartel nas licitações anteriores; e
- 7) empresas que sempre participam das licitações, mas não apresentam propostas competitivas e nunca vencem.

Fonte: Cartilha do CADE (adaptada).

Ainda que, na tabela sugestiva acima apresentada, existam condutas que, na prática, podem não indicar, necessariamente, a formação de cartel, é forçoso reconhecermos que há meios e formas de identificar uma conduta que, minimamente, seja suspeita, o que poderá dar ensejo à abertura de procedimento administrativo próprio, a fim de que se realize uma apuração acurada, com as garantias que lhe sejam próprias.

A partir dessa apuração, sendo constatado, efetivamente, o cartel entre empresas, deve haver penalização dos envolvidos, além de submissão de denúncia aos demais órgãos de controle externo e de persecução penal.

Isto porque, o cartel se revela medida prejudicial à efetiva concorrência, ao erário e a toda a sociedade, uma vez que, no contexto de uma contratação pública, o bem maior buscado pelo poder público é a satisfação do interesse coletivo.

Vale a pena trazer à baila que, no âmbito do CADE, foi concebido o denominado “Projeto Cérebro”, que começou a ser desenvolvido a partir de 2013, por meio do qual são aplicadas estratégias de filtros econômicos dentro

de um banco de dados sobre procedimentos licitatórios e informações sobre condutas e estratégias de ações coordenadas das empresas.

Trata-se de uma ferramenta que se baseia em tecnologia da informação e estatística, esta última sendo considerada o coração do sistema, que visa à detecção de probabilidades e improbabilidades dentro do contexto das licitações públicas.

O “Projeto Cérebro”, segundo constam das justificativas verificadas no Anexo Espelhos de emendas orçamentárias de 2020 (BRASIL, [s.d.]), tem por finalidade:

[...] identificar possíveis formações de cartéis. Por meio da transposição de diversos bancos de dados o software consegue reconhecer a probabilidade de colusão entre as empresas em processos licitatórios. O software já está em uso no Cade para auxiliar na identificação de possíveis cartéis e auxiliará, desta forma, outros órgãos federais, Estados e Municípios com a mesma finalidade. Consequentemente, com a inibição em relação à formação dos cartéis, a concorrência entre as empresas seria mais justa e os preços dos bens e serviços adquiridos por meio de compras públicas seriam melhores, proporcionando uma escolha licitatória imparcial, e, por conseguinte, proporcionaria maior segurança jurídica aos administradores.

Segundo divulgado pelo Jota (2019), o comentado projeto já deu resultados. Em 2018, foi deflagrada a operação “Ponto de Encontro”, que apurava suposta formação de cartel em licitações realizadas por órgãos federais para a contratação de serviços terceirizados. Na operação foram utilizados “filtros econômicos (*screening*) e mineração de dados para identificar quais empresas poderiam estar envolvidas na conduta”.

Desse modo, em que pesem as dificuldades reais na identificação de condutas anticompetitivas na prática, sobretudo no mercado das contratações públicas, o uso da inteligência artificial e do Big Data, pelos órgãos de controle e de defesa da concorrência, vem trazendo benefícios e resultados eficientes na detecção e combate proativo a cartéis.

Ainda, no que concerne às medidas de combate ao cartel, destaca-se o Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre o CADE e o Tribunal de Contas da União (TCU), no sentido de compartilhar tecnologias, bem como de realizar iniciativas conjuntas voltadas à detecção e repressão de práticas anticompetitivas em licitações públicas, principalmente a prática de cartel¹⁶.

¹⁶ Para ADAME, PASTORE e RENZETTI (2019), este Acordo foi celebrado em boa hora, uma vez que o mercado das contratações governamentais é um terreno fértil à prática de

Considerações finais

No presente artigo, vimos que, no cenário brasileiro, encontra-se estruturado um eficiente sistema de combate às infrações à ordem econômica, desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e por outros órgãos de controle externo da Administração Pública, a exemplo dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, de modo a propiciar um ambiente para que concorrência se desenvolva de forma livre, justa e isonômica, em benefício do mercado e da própria sociedade.

No âmbito do mercado público, que representa em torno de 12,5% do PIB brasileiro, as licitações públicas funcionam como um meio garantidor da efetiva competição e indutor de comportamentos dos agentes econômicos, de modo que a frustração ao seu caráter competitivo enseja responsabilização não só na esfera administrativa, como também criminal e cível.

Desse modo, pôde-se constatar que as condutas anticoncorrenciais e o conluio dos agentes econômicos são meios nefastos que lesam não só a justa competição entre interessados, mas também ocasiona prejuízos a toda coletividade e ao bem comum cuja satisfação é buscada pelo poder público, através do procedimento licitatório.

Em que pese seja difícil a comprovação documental atinente à formação de cartel entre os agentes econômicos em prejuízo da concorrência, há meios de, ao menos, ser deflagrado processo administrativo próprio com vistas à apuração do ilícito, não podendo a Administração Pública se mostrar inerte diante de eventual indício perpetrado no certame por ela conduzido.

Por fim, foi possível, também, verificar que o crescente uso da tecnologia da informação, por meio da construção de ferramentas de inteligência artificial e o uso do big data, bem como dos acordos entre os órgãos de controle (Ministérios Públicos, Tribunais de Contas e CADE), tem trazido grandes resultados ao combate e prevenção ao cartel no mercado nacional, notadamente no caso específico das compras governamentais.

condutas anticompetitivas e o cartel. Nesse sentido, as competências dos órgãos são interligadas entre si, sendo que o “TCU tem como mandato legal a fiscalização de atos e contratos praticados por aqueles sujeitos à sua jurisdição (art. 41 da Lei n. 8.443/1992), enquanto o CADE é competente para investigar infrações à ordem econômica, notadamente aquelas que prejudicam a livre concorrência”.

Referências

ADAMI, Mateus Piva; PASTORE, Ricardo; RENZETTI, Bruno Polonio. *Articulação entre CADE e TCU no combate a fraudes à licitação*. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/articulacao-entre-cade-e-tcu-no-combate-a-fraudes-a-licitacao-25012019>. Acesso em: 31 maio 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Como as empresas agem: estratégias de cooperação e rivalidade. In: GREMAUD, Amaury Patrick *et al.* *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Cartel em licitações: sinais de alerta*. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2021/Checklist_Cartel-em-licitacoes_sinais-de-alerta_pessoas.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Guia Combate a cartéis em licitações*. Dez. 2019. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Guia do programa de leniência*. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa-de-leniencia>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Portaria SDE nº 51, de 3 de julho de 2009*. Expedi o Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-sde-no-51.pdf/view>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Produto Interno Bruto – PIB*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Projeto Cérebro – Sistema de Combate à Formação de Cartéis*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/acoes-e-programas/espelhos-de-emendas-orcamentarias-2020/conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade/projeto-cerebro-sistema-de-combate-a-formacao-de-carteis.pdf/view>. Acesso em: 31 maio 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. jul./set., v. 72, n. 3, ano XXVII, p. 27-36.

FRAZÃO, Ana. *Coordenações entre agentes econômicos em época de Covid-19*. 2020. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020>. Acesso em: 10 maio 2021.

GARCIA, Flávio Amaral. *A dimensão concorrencial nas licitações: problemas, desafios e propostas*. Direito do Estado: ano 2018, n. 414. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-dimensao-concorrencial-nas-licitacoes-problemas-desafios-e-propostas>. Acesso em: 19 maio 2021.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PIMENTA, Guilherme. *Projeto Cérebro: Cade usa inteligência artificial no combate a cartéis*. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coverturas-especiais/inova-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis-29102019>. Acesso em: 31 maio 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Súmula nº 51*. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/resolucao/resolucao-052019/sumula-51>. Acesso em: 20 maio 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Tribunal de Contas usará robô para encontrar irregularidades em editais de licitação*. São Paulo – SP. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-contas-usara-robo-para-encontrar-irregularidades-editais-licitacao>. Acesso em: 15 maio 2021.



Formação de cartel e fraude à licitação: concurso necessário de delitos?

*Eduardo Manhoso*¹

Resumo: Esta pesquisa analisará a possibilidade de que haja imputação ou investigação simultânea pelos crimes de fraude à licitação e formação de cartel. Para isso, será necessário o estudo da estrutura típica dos crimes mencionados para, a partir disso, analisar a viabilidade de que o sujeito ativo, ao fraudar determinado certame com intuito de obter vantagem dele decorrente, ser acusado criminalmente também por formação de cartel para controle econômico, em concurso de crimes ou se esta hipótese é considerada como *bis in idem*, vedado pelo sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito econômico. Direito penal. Cartel. Licitação.

Sumário: Introdução; 1. Formação de cartel para controle do mercado econômico; 2. Fraude à licitação; 3. Concurso de crimes; Conclusão; Referências.

Introdução

São comuns investigações com intuito de apurar possíveis delitos de fraude à licitação cumulativamente com o crime de formação de cartel. Em suma, na maioria destes feitos, dizem que houve prática de crime licitatório,

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Segurança Pública e Cidadania” (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional” (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado. E-mail: eduardomh@outlook.com.br.

com intuito de controle do mercado econômico, daí a imputação conjunta destes delitos.

Aliás, a preocupação do cenário nacional com a prática conjunta dos crimes é tamanha que, recentemente, o Ministério da Justiça e Segurança Pública elaborou o “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”, demonstrando a necessidade do órgão de combate aos crimes.

Contudo, não se pretende analisar a possibilidade da prática conjunta dos referidos crimes – o que, evidentemente, é viável –, mas simplesmente a possibilidade de que, neste caso de conflito de normas na seara penal, deve-se prevalecer apenas um dos crimes ou se, por outro lado, mantém-se a imputação simultânea por crime de fraude licitatória e formação de cartel, em concurso delitivo.

Portanto, esta pesquisa pretende – e aqui o objetivo central do trabalho – discutir sobre a (des)necessidade de que haja imputação simultânea destes crimes, seja por meio de concurso material ou formal.

Para alcançar o objetivo pretendido, este trabalho será dividido em três capítulos. Analisou-se a estrutura típica do delito de formação de cartel para controle do mercado econômico (capítulo 1), de forma que, posteriormente, nesse sentido, realizou-se a análise do crime de fraude à licitação (capítulo 2), para que, na sequência, seja realizado o escrutínio legal para possível imputação em conjunto, especialmente levando em conta o elemento subjetivo (capítulo 3).

Evidente, para não deixar dúvidas, a análise dá para fins penais, sem qualquer estudo específico sobre a incidência da tese para qualquer outra área. Pretende-se, no âmbito criminal, analisar a viabilidade (ou não) da imputação simultânea, sobretudo ao se considerar a garantia do *ne bis in idem*.

1. Formação de cartel para controle do mercado econômico

A Constituição Federal de 1988 consagra como elementos basilares da ordem econômica constitucional, dentre outros, a livre iniciativa e a livre concorrência², sem os quais haverá desestabilização da economia como um todo (art. 170, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal de 1988).

² A livre iniciativa é apontada por MORAES como elemento pelo qual a ordem econômica se baseia (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 12

Diante de tais princípios, entendeu-se pela criminalização da conduta daquele que formar cartel para domínio do mercado, abusando do poder econômico (art. 4º, inciso I e II, alínea “a”, “b”, “c”, da Lei 8.137/1990):

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

No âmbito administrativo, como forma de prevenção e combate a atos administrativos que atentem contra a efetividade da livre concorrência e livre iniciativa, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem competência para punir, *independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados* (art. 36 da Lei 12.529/11):

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Vê-se, desde logo, a preocupação do legislador brasileiro em punir, seja no âmbito administrativo como no criminal, aqueles que, de forma geral, dominam, ainda que parcialmente, o mercado econômico, com intuito de eliminar a concorrência, por meio das hipóteses taxativas trazidas pela Lei nº 8.137/1990 e 12.529/2011.

Portanto, podemos classificar o ato de formação de cartel como condutas concentradas, pelas quais há implementação de “acordos horizontais

maio 2021). No que toca à livre concorrência, trata-se princípio-valor da ordem econômica constitucional, juntamente com a soberania nacional e propriedade privada (HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 296).

celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante, ou seja, em um mesmo nível de cadeia produtiva”.³

A consequência destes acordos ilegais implementados, como explica Vicente Bagnoli, é a *neutralização da concorrência*, já que, ao se retirar a rivalidade intrínseca à competição do mercado, naturalmente, haverá lucro maior aos participantes, considerando a

elevação de preços ocasionada pela restrição de forma indevida da produção, pelo estabelecimento de quotas e por dividirem mercados pela alocação de clientes, fornecedores, territórios, bem como pela exclusão do mercado ou restrição à entrada de concorrente mais eficiente.⁴

Por sua vez, a definição dada pelo CADE, implementada pelo Anexo I da Resolução nº 20/1999, foi:

Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.⁵

Portanto, o ato de formação de cartel pode ser definido, de maneira geral, como o acordo, escrito ou tácito⁶, pelo qual concorrentes do mesmo ramo do mercado se unem, com intuito de dominar a concorrência – ou eliminá-la –, em torno de preços ou produtos, de forma a alcançar margens de lucro.

³ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013, p. 200.

⁴ *Ibidem*, p. 201.

⁵ BRASIL. *Resolução 20, de 09 de junho de 1999*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 13 maio 2021.

⁶ “Os acordos tácitos podem abarcar três realidades fáticas: (i) o acordo efetivamente celebrado, com troca de garantias, mas que não se conseguiu comprovar de forma direta, assim, utilizam-se de provas circunstanciais, ou seja, a vasta maioria dos fatos leva a crer que tal acordo existiu e foi colocado em prática; (ii) apesar de não ter havido um acordo ou discussão de um acordo, utilizou-se de meios sutis e indiretos para se trocar informações, estabelecendo-se, com certo grau de certeza um compromisso; e (iii) coordenação das ações das empresas atuantes em um mercado, simplesmente pela observação desse, de modo a se antecipar em suas ações ou respondendo adequadamente às ações dos concorrentes” (BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 202).

Evidentemente, embora não haja conceituação firme e estática do ato, no âmbito criminal, ante a garantia da legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal c/c 1º do Código Penal)⁷, o crime apenas poderá ser tipificado se previsto em alguma das alíneas do artigo 4º, inciso II, ou em seu inciso I, todos da Lei 8.137/90, sem qualquer possibilidade de alargamento da tipificação.

Portanto, para aderir ao cartel, necessária se faz a competitividade – impulsionada, em suma, pela livre concorrência.

Contudo, como explica a doutrina especializada, caso o mercado seja pulverizado, os produtos sejam heterogêneos, existam barreiras à entrada, assim como menor possibilidade de acesso às informações, como preço e quantidade, maior flutuação de preços, há possibilidade de afastamento da fraude, ante mencionadas características estruturais⁸. Ainda assim, “a mera semelhança de preços não é considerada um indício robusto de um cartel, não sendo suficiente para motivar uma denúncia”.⁹

2. Fraude à licitação



Os crimes licitatórios, atualmente previstos no Código Penal¹⁰, no “Capítulo II-B – Dos crimes em licitações e contratos administrativos” – ante a implementação da Lei 14.133/2021 –, visam coibir condutas típicas que atentem contra os interesses públicos de licitar. A criminalização de atos

⁷ Humberto Barrionuevo Fabretti e Gianpaolo Poggio Smanio explicam: “Deve-se a formulação latina desse princípio, representada pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ao jurista alemão Anselm von Feuerbach, que o desenvolveu como consectário necessário de sua concepção de *coação psicológica* da pena, pois somente poderá a pena ter qualquer efeito psicológico quando se conhece o que proíbe (previsão da conduta não permitida), bem como se conhece a coação (pena)” (*Direito Penal – Parte Geral*. Grupo Gen, 2019. Edição Virtual. Tópico 5.3).

⁸ BAGNOLI. Vicente. *Op. cit.*, p. 204. Sobre o tema, vale o trazido pela Resolução nº 20/1999, a qual indica fatores que podem facilitar a formação de cartéis: “Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda” (p. 3).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Antes da vigência da Lei 14.333/2021, os crimes licitatórios estavam previstos na Lei 8.666/93.

praticados em desfavor de licitações e contratos administrativos, pode-se dizer, se tornou algo já histórico no Brasil.¹¹

Licitação pode ser definida, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, como: “um procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato do seu interesse”¹².

Logo, o Estado, por meio da Administração Pública, busca determinado produto que seja de seu interesse. Evidentemente, como em qualquer mercado, buscará aquela proposta que lhe seja mais proveitosa.

Este procedimento será pautado, substancialmente, nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, como aponta Vicente Greco Filho.¹³

A criminalização de atos praticados em desfavor do ente público se deu, pelas lições de Glaucio Roberto Brittes de Araújo, por ordem constitucional implícita, pela qual se demandou a tutela do patrimônio, inclusive público; aos princípios basilares da Administração Pública, indicados alhures.¹⁴

Bom se consignar que o assunto da criminalização das licitações – especialmente o bem jurídico tutelado – propiciaria trabalho próprio, de forma a avaliar todas as posições em torno do tema¹⁵. Por isso, não se pretende, nesta pesquisa, tal análise. Relembre-se, nesse sentido, que o assunto que será

¹¹ Mesmo anteriormente à promulgação da Lei 8.666/93, o Código Penal já previa três delitos que tratavam sobre a matéria licitatória: artigo 326 – violação de sigilo de proposta de concorrência pública; artigo 335 – impedimento, perturbação ou fraude de concorrência pública ou venda em hasta pública; e artigo 336 – inutilização de edital ou de sinal. Com exceção do último (art. 336 do Código Penal) os dispositivos encontram-se revogados desde a entrada em vigor da Lei 8.666/93, como explica a doutrina (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. Grupo GEN, 2021. 9788530993443. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993443/>. Acesso em: 13 maio 2021).

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27 e ss.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

¹⁴ ARAÚJO, Glaucio Roberto Brittes de. *Intervenção penal nas licitações*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, a posição externada por Bruna Azevedo de Castro e Luiz Regis Prado: “Conquanto não exista mandamento expresso de criminalização dirigido à repressão de condutas que impliquem dano à regularidade do funcionamento da Administração Pública, pode-se afirmar que sua relevância constitucional, a fim de se estabelecer uma relação entre bem jurídico-penal e Constituição, 31 é indubitável em razão da própria concepção existente para

tratado neste artigo é outro, estritamente sobre o possível concurso de crimes entre a formação de cartel e a fraude à licitação.

Como dito, os *crimes em licitações e contratos administrativos* estão previstos atualmente no Código Penal Brasileiro, especificamente nos artigos 337-E a 337-P. O crime de fraude à licitação – que interessa à presente pesquisa –, antes previsto no artigo 90 da Lei 8.666/1993, atualmente é tipificado pelo artigo 337-F¹⁶, com a seguinte redação:

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Pela nova lei, houve supressão do trecho “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, presente na antiga redação do crime, de forma que, pela atual tipificação, basta a fraude ou a frustração, sem qualquer exigência de ajuste, combinação ou outro expediente prévio.

A nova disposição, também, nos parece que deixou claro, desta vez, o momento de consumação do delito para o exato momento da *fraude ou frustração do caráter competitivo do processo licitatório*, que ocorrerão no momento da realização da Sessão do pregão licitatório¹⁷ – em que, em tese, ocorrerá efetivamente a “fraude” ou a “frustração”.

De nada adianta, pela interpretação dada à legislação, o ajuste prévio se não houver a efetiva fraude – constituindo mero ato preparatório, impunível. Daí, nos parece, por isso, ser a consumação no momento em que ocorrido o pregão.

direcionar o legislador e o próprio Estado Administração” (Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações, *Revista dos Tribunais*. RT v. 957, jul. 2015, p. 6).

¹⁶ GABAN, Edurdo M., GOMES, Ana Cristina. O crime de fraude à licitação: a Súmula 645/2021 do STJ e a nova Lei de Licitações. 13 de março de 2021. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/gaban-gomes-sumula-6452021-stj-lei-licitacoes>. Acesso em: 2 mar. 2021.

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a consumação do delito se dava com o *ajuste* ou combinação, de forma que, com a alteração legal, deve o entendimento ser revisto. Confira, nesse sentido, os seguintes acórdãos: Inq 3108, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 21-03-2012 PUBLIC 22-03-2012; HC 116680, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014.

Sobre a questão econômica que gira em torno do tipo penal, Cezar Roberto Bittencourt explica que o intuito lucrativo presente no tipo penal (“intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”), embora não seja elementar do tipo penal, integra o elemento subjetivo do injusto, sem o qual, a conduta também será atípica:

Faz-se necessário, ainda, o elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Assim, a prática de qualquer das condutas que frustre ou fraude o procedimento licitatório não caracterizará este crime, sem visar a obtenção da vantagem mencionada. A simples ação produtora da frustração ou da fraude da licitação ou, principalmente, do caráter competitivo do procedimento licitatório não tipificará esta conduta.¹⁸

Logo, para se ter efetivamente conduta típica, vê-se como imprescindível que o sujeito ativo queira, da forma como for, alcançar (*intuito*) vantagem, não necessariamente econômica, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, ainda que a vantagem não seja efetivamente auferida, bastando o intuito.

Em suma, não é necessário, assim, que o agente obtenha efetivamente a vantagem pretendida, sendo imprescindível, apenas, que este desejo, de alcançar a vantagem, esteja presente na mente do sujeito ativo¹⁹. Este é o elemento subjetivo do tipo penal analisado.

Em outras palavras, o participante do pregão licitatório pretende que, a partir daquela fraude ao caráter competitivo da licitação, ele irá obter a vantagem indevida – nos termos do que narrado alhures –, independentemente se o fim foi alcançado efetivamente. Há intenção e é o que basta para fins de elemento subjetivo.

3. Concurso de crimes

É comum – para não se dizer até rotineiro – a instauração de investigações criminais, início de processos crimes e, até mesmo, condenações, por

¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202.

¹⁹ *Ibidem*, p. 203.

possíveis delitos de fraude à licitação em concurso de crimes com o crime de formação de cartel²⁰, seja ele material ou forma, respectivamente, artigos 69 e 70, ambos do Código Penal.

Prova disso é que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tamanha a preocupação no combate a tais delitos, elaborou o “Guia de Combate a Cartéis em Licitação”²¹. Segundo o órgão, assim podem ser definidos os cartéis em licitação:

O cartel em licitação consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

[...]

Em outras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade.

A temática que será posta neste trabalho, como já anunciado, é se o concurso entre os crimes de fraude à licitação e formação de cartel é obrigatório ou se, em algumas hipóteses, prevalece apenas um dos crimes indicados, ante o conflito de normas existente.

Claro que a discussão não entrará na possibilidade de imputação da formação de cartel sem que haja vinculação com a fraude à licitação. Isso é óbvio que pode. Imaginemos, de maneira muito simples, a formação de cartel para controle do mercado econômico de postos de gasolina. Não há qualquer vínculo com licitações públicas.

O cerne da questão aqui é outro: se, ante a presença de dois crimes que os sujeitos ativos têm interesse de eliminar a concorrência, é necessário o processamento pelos crimes de fraude à licitação e formação de cartel.

²⁰ A título exemplificativo, cita-se a “Operação Container”, denunciada pelo Ministério Público do Paraná, por supostos delitos de organização criminosa, cartel e fraude a licitações, divulgado no próprio *site* da instituição. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2018/08/20717,11/MPPR-oferece-primeira-denuncia-contra-organizacao-criminosa-envolvida-em-cartel-e-fraude-a-licitacoes-do-lixo-investigada-na-Operacao-Container.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Dez. 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20%C3%A9%20indicado%20a%20pr%C3%AAsios%20internacionais__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1%20%281%29.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

Parte-se da premissa básica de que a intenção daquele que fraudata determinada licitação é obter alguma vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, tratando-se, pois, do elemento subjetivo do tipo penal²², sem o qual a conduta do agente é atípica.

Este sujeito, em se tratando de diversas licitações fraudadas, ainda que não obtenha a vantagem desejada – ostentando mera intenção ou intuito, portanto –, tem o objetivo de controle daquele mercado específico de licitações, por meio da obtenção de vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame.

Não se pode cogitar que o sujeito ativo, ao se ajustar para fraudar diversas licitações, não tenha interesse (*intuito*) em controle de mercado econômico licitatório, pois a conduta não seria punível. Mesmo subjetivamente, o intuito do agente é controle daquele mercado específico de licitações, a partir da vantagem decorrente da adjudicação dos objetos dos certames.

Embora o texto legal do crime licitatório traga a intenção financeira específica daquele certame, fato é que, em se tratando de diversas licitações fraudadas, o intuito financeiro deixa de ser exclusivo daquele pregão licitatório, para, então, alcançar o domínio econômico do mercado licitatório.

Evidentemente, bom que se diga, como o próprio tipo penal descreve, que aquele que pretende fraudar ou frustrar “o caráter competitivo” do certame público, sem qualquer dúvida, eliminará a concorrência, ainda que parcialmente.

Paralelamente, temos que o crime de formação de cartel se consuma pelo *abuso do direito econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas* (art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.137/90).

E, nessa senda, no caso, por exemplo, de acordo entre empresas em determinados pregões licitatórios, há clara intenção de *dominar o mercado, para eliminar, total ou parcialmente, a concorrência*, sobretudo aquelas empresas que, de alguma forma, não colaboraram para a fraude à licitação.

Aliás, isso fica evidente ao se analisar a doutrina de Rodolfo Tigre Maia, o qual sustenta que o domínio de mercado pode ser definido como:

[...] uma posição de força econômica de que goza uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado

²² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 72-73.

relevante, ao permitir-lhe, em medida considerável, comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores.²³

Por isso, se uma empresa possui *posição de força econômica*, nas palavras de TIGRE MAIA, e, a partir disso, elimina a concorrência para vencer a licitação, temos que a conduta deve ser delimitada a apenas um dos crimes.

Nossa posição é de que, se a acusação ou investigação é de fraude a uma licitação específica, deve a conduta ser tipificada pelo crime licitatório, até mesmo porque é inviável que, com base em uma exclusiva licitação, ele controle todo mercado econômico – incabível o crime de formação de cartel, portanto.

Não se desconhece que um pregão licitatório, para fins concorrenciais, pode ser considerado como “mercado econômico”. Todavia, para fins penais, não nos parece a solução correta, ao ser considerar a necessidade de efetiva violação ao bem jurídico tutelado.

De outro lado, a situação é diversa quando as acusações são de diversas fraudes à licitação em concurso de crimes com a formação de cartel. Nesta hipótese, pensamos que deve prevalecer o crime de formação de cartel, na linha do indicado alhures, posto que mais abrangente e, pelo menos em tese, quando o sujeito ativo praticou diversas fraudes à licitação, de certa forma almejava o controle geral do mercado econômico licitatório, por meio da eliminação da concorrência.

Daí porque, em casos como estes, é inviável que haja imputação simultânea – por qualquer das hipóteses do concurso de crimes –, entre delitos de fraude à licitação e formação de cartel, porque, para todos os efeitos, o sujeito estará sendo punido duas vezes pelo mesmo fato: domínio do mercado para eliminação da concorrência de licitações.

Repita-se, ainda que não haja auferimento de vantagem, aquele agente que realiza acordo ou ajuste entre empresas com intuito de fraudar à licitação, não pode ser processado por ambos os delitos, em atenção à garantia do *ne bis in idem*, presente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁴ e Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵, ambos incorporados ao ordenamento brasileiro, respectivamente:

²³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: O crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

²⁴ Incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto n° 592, de 06 de julho de 1992.

²⁵ Incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992.

Artigo 14.7: Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

Artigo 8.4: O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Sobre o princípio do *ne bis in idem*, são importantes as considerações trazidas por Rodrigo Tigre Maia:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal.²⁶

Bom se notar que, embora não esteja expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, a garantia da vedação ao *bis in idem* tem grau de aproximação com os princípios fundamentais da intangibilidade da coisa julgada e o da legalidade (art. 5º, inciso XXXVI e XXXIX, da Constituição Federal).²⁷

No estudo em análise, haveria clara dupla imputação pelo mesmo fato, de forma que apenas um dos crimes deve prevalecer.

Ainda que os crimes tutelem bens jurídicos diferentes, fato é que a conduta, possivelmente praticada pelo sujeito ativo, tinha o mesmo objeto e o buscava o mesmíssimo resultado – domínio do mercado –, não podendo ser punido duas vezes, sob pena de violação ao postulado do *bis in idem*.

São essas razões que impedem que, constatado que o intuito é do réu é de domínio econômico do mercado licitatório, haja imputação simultânea dos delitos de fraude à licitação e formação de cartel, sob pena de

²⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005, p. 27

²⁷ *Ibidem*, p. 70.

configuração de indevido *bis in idem*. Deve prevalecer um dos crimes, como indicado acima.

Conclusão

Carteis, assim entendidos como acordos ou ajustes para, ainda que de maneira informal e seja lá por qual meio implementado, controle, parcial ou total, do mercado econômico, devem ser combatidos, como forma de evitar sua perpetuação e a manutenção dos gravames à ordem econômica constitucional.

De outro lado, aqueles delitos praticados nas licitações, de maneira semelhante, pelo ordenamento jurídico brasileiro, têm punições trazidas pelo legislador, com intuito de garantir que haja lisura do procedimento licitatório, bem como atendimento aos princípios norteadores da seara administrativa.

Todavia, embora ambas as condutas sejam puníveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, não se pode almejar e pretender o processamento e condenação a qualquer custo, passando por cima, muitas vezes, de garantias essenciais do acusado. Daí a necessidade, nesta pesquisa, de analisar a obrigatoriedade, ou necessidade, de imputação simultânea de formação de cartel e fraude à licitação.

Neste caso, tem-se o conflito de normas entre o crime de fraude à licitação (art. 337-F do Código Penal) e o delito de formação de cartel (art. 4º da Lei 8.137/90). Ambas as normas incriminadoras, como visto, pretendem punir aquele que, por meio de ajuste ou acordo, deseja eliminar a concorrência.

Logo, o que as diferencia é que o crime de fraude à licitação punirá aquele que pretende eliminar a concorrência para vencer a licitação; ao passo que, no que atine à formação de cartel, o sujeito pretende controlar o mercado como um todo.

Parece-nos que o sujeito que fraudar determinada licitação, de uma forma ou de outra, tem intuito de obtenção de vantagem – sem a qual a conduta será atípica, por falta de elemento subjetivo do tipo – e, portanto, pretende controlar o mercado econômico, por meio da eliminação da concorrência.

Entretanto, será a conduta tipificada como formação de cartel caso existam diversas fraudes à licitação, porque, neste ponto, ao fraudar diversas licitações, o intuito do sujeito é de controle do mercado de licitações, por meio da eliminação da *competitividade* ou *concorrência*.

Até mesmo porque, daí nossa posição, a fraude de uma licitação específica, sem reflexos em outras, não facultará ao sujeito o controle de todo mercado de licitações – na realidade, em tese, é impossível o controle de todo mercado de licitações por meio de uma única fraude –, mas apenas daquela, de forma que, neste caso, de apenas um crime licitatório, deve a conduta ser enquadrada no crime do artigo 337-F do Código Penal Brasileiro.

A imputação criminal de maneira simultânea, em concurso de crimes, tornará clara situação de violação ao *bis in idem*, eis que o réu será punido, duas vezes, por domínio do mercado para eliminação da concorrência de licitações, de forma que, como indicado alhures, deve a imputação se dar por apenas um dos crimes.

Referências

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. *Intervenção penal nas licitações*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia de combate a cartéis em licitação*. Dez. 2019. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%A1cias/2020/Cade%20%C3%A9%20indicado%20a%20pr%C3%AAmios%20internacionais__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1%20%281%29.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. *MPPR oferece primeira denúncia contra organização criminosa envolvida em cartel e fraude a licitações do lixo, investigada na Operação Container*. Disponível em: <https://mppr.mp.br/2018/08/20717,11/MPPR-oferece-primeira-denuncia-contra-organizacao-criminosa-envolvida-em-cartel-e-fraude-a-licitacoes-do-lixo-investigada-na-Operacao-Container.html>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. *Resolução 20, de 09 de junho de 1999*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 116680, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014 PUBLIC 13-02-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3108, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 21-03-2012 PUBLIC 22-03-2012.

CASTRO, Bruna Azevedo; PRADO, Luiz Regis. Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações, *Revista dos Tribunais*. RT, v. 957, jul. 2015.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO Gianpaolo Poggio. *Direito Penal – Parte geral*. Grupo Gen, 2019. Edição virtual.

GABAN, Eduardo M.; GOMES, Ana Cristina. O crime de fraude à licitação: a Súmula 645/2021 do STJ e a nova Lei de Licitações. 13 mar. 2021. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/gaban-gomes-sumula-6452021-stj-lei-licitacoes>. Acesso em: 2 mar. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 4, n. 16, p. 11-75, jul./ set. 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: O crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 12 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. Grupo GEN, 2021. 9788530993443. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993443/>. Acesso em: 13 maio 2021.



Desafios da inovação em matéria de inteligência artificial frente às mudanças na matriz energética

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges¹

Resumo: O presente trabalho almeja a discutir como se pode fomentar a inovação no uso de inteligência artificial no setor elétrico brasileiro. Para isso, a primeira hipótese de trabalho é a de que uma regulamentação menos complexa teria o condão de facilitar a atividade inventiva, de forma que o setor tende a ganhar. Assim, pode vir a ser possível se produzir mais energia, uma energia mais limpa e com custos menores. Uma segunda hipótese, esta um pouco mais conservadora, é a de que, principalmente devido à importância do setor energético, a regulação precisa ser a mais complexa e forte possível. Confrontando-se as duas hipóteses, principalmente por meio do estudo da regulação do setor nas economias desenvolvidas, a primeira hipótese parece se confirmar.

Palavras-chave: Inovação. Setor energético. Regulação. Inteligência artificial.

Sumário: Introdução; 1. Apanhado histórico da evolução da estrutura elétrica e as mudanças na matriz energética brasileira; 2. De consumidores a prosumidores: desafios e perspectivas à utilização de IA no setor elétrico brasileiro; 3. A saída para o problema: investimentos diretos e simplificação

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Professor do curso de Direito e membro do Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário do Triângulo (Unitri). Professor-tutor do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil da UPM. Advogado. E-mail: gabrieloab@outlook.com.

da regulamentação; 3.1 Como funcionam os investimentos em inovação no setor energético nas economias mais desenvolvidas?; 3.2 Simplificação da regulamentação como fomento à inovação no setor elétrico; Conclusão; Referências.

Introdução

Espera-se que a economia global dobre de tamanho até o ano de 2040, ao passo que a população crescerá por volta de 24%. Decorrência lógica de a população crescer menos do que a economia é um aumento do PIB *per capita* no período, o que levará pessoas que, hoje, não têm acesso à energia elétrica, passem a ser atendidas pelo setor, com acesso a veículos e tecnologia, mesmo porque inúmeros países não membros da OCDE tendem a crescer muito nesse período, com forte destaque para a Ásia².

Nesse contexto, espera-se um crescimento de 56% entre 2017 e 2040 no setor de energia elétrica. Um dos grandes motivos desse crescimento é a mudança da matriz energética ocasionada pela necessidade de proteção do meio ambiente. Exemplo disso é o fato de muitos países, motivados pelo intuito de reduzir a emissão de poluentes, especialmente aqueles produzidos pelo setor de transporte, tendem a substituir os motores movidos a combustíveis fósseis por motores elétricos. O mesmo se aplica aos aquecedores de ambientes e até mesmo de água para uso comercial e doméstico³.

A protagonista, nesse contexto, tende a ser a energia solar, grande vedete da expansão da matriz energética. A tendência é que a energia solar supere a capacidade instalada de energia eólica já em 2025. Tende, também, a superar as hidrelétricas antes de 2030 e até mesmo a do carvão, no máximo em 2040⁴.

Hoje, na Alemanha, 98% de toda a capacidade solar se conecta em redes de baixa e média tensão. No Havaí, cerca de 20% dos consumidores possuem, em suas casas, placas solares para produzir esse tipo de energia. Na

² INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018 Fact Sheet*. Tech. Paris: Report, IEA, 2018.

³ *Idem*.

⁴ BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. Inteligência artificial e energia: aplicações e ponderações ao contexto brasileiro. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitilin. *Inteligência artificial e direito*. Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 593.

Califórnia – estado muito maior que o Havai –, cerca de 10% das casas possuem acesso a energia solar. Esses são os melhores números, mas a tendência no mundo inteiro é um grande crescimento dessa geração⁵.

Nesse contexto, provavelmente, deve aumentar o número de uso de inteligência artificial e a necessidade de investimentos em inovação no setor elétrico. O modelo até então praticado no Brasil – que, diga-se de passagem, já é obsoleto – tende a ser deixado de lado para que se acompanhe a evolução na matriz energética. Assim, o *leitmotiv* do presente texto passa pela resposta à seguinte pergunta: Poderia uma regulamentação mais simples fomentar a inovação na área de energias renováveis e resolver o problema da nossa matriz energética?

Em uma hipótese mais conservadora, temos que, dada a importância do setor energético, o Estado precisa participar mais dessa mudança, com regulamentação extensa e forte, cabendo, ao particular, apenas um papel secundário. Assim, pouco deve mudar em nossa regulamentação frente às novas exigências do setor.

Em contrapartida, temos uma hipótese mais liberal, para a qual o momento é de se romper de vez com o modelo anterior, investindo-se em inovação, reduzindo-se tributos e deixando o particular produzir e comercializar energia elétrica segundo as regras de livre mercado.

Assim, o objetivo geral do trabalho é analisar o modelo de regulação da matriz energética brasileira, com vistas a enxergar possíveis desafios e perspectivas para a inovação tecnológica no setor.

No que toca à metodologia, cabe pontuar que, do ponto de vista dos métodos científicos, o método de abordagem será o hipotético-dedutivo, eis que possuímos duas hipóteses, que serão confrontadas, com vistas à análise crítica e consequente comprovação ou não das hipóteses.

Do ponto de vista metodológico, compreendidos como os procedimentos e conjunto de técnicas que serão utilizados na abordagem do problema da pesquisa, ou seja, no que tange ao tipo de pesquisa, o artigo contará com uma abordagem qualitativa, sendo que, em tal abordagem, a interpretação e análise dos fenômenos, com a atribuição dos significados, que não podem ser analisados somente quantitativamente, mas principalmente no tocante aos seus efeitos no contexto social⁶.

⁵ MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. *Utility of the Future. MIT Energy Initiative*, 2016.

⁶ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 110.

Quanto à natureza, temos um trabalho de caráter aplicado⁷, ou seja, em virtude do problema elencado, apresenta-se um dado empírico evidente, de forma que esses estudos podem gerar um conhecimento geral sobre a matéria, além de gerar conhecimentos para aplicações práticas dirigidas à solução de problemas específicos, em especial, servir de referência para a atividade regulatória.

Quanto aos objetivos, o artigo almeja a realizar pesquisa de cunho exploratório, sendo que tal classificação tem como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições e seu planejamento é bastante flexível, e possibilita a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado⁸.

Quanto aos procedimentos metodológicos⁹, foram utilizados procedimentos técnicos de pesquisa para a coleta e análise de dados, incluídas a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

1. Apanhado histórico da evolução da estrutura elétrica e as mudanças na matriz energética brasileira

De fins da década de 1990 para cá, vários países vêm estruturando seus setores elétricos, de diferentes maneiras, além da privatização do setor¹⁰. Exemplo disso é uma crescente desverticalização, separando-se os setores de transmissão e distribuição (monopólios naturais) dos segmentos onde há uma concorrência potencial (geração e comercialização). Assim, permanece a regulação daqueles, dando, contudo, ao consumidor a possibilidade de escolher o fornecedor destes¹¹.

Tem ocorrido, também, uma reestruturação horizontal, evitando-se abuso de poder de mercado e monopólios, inserindo quantidades mínimas de agentes em cada segmento competitivo, o que é de suma importância. Quando o consumidor pode escolher de quem comprar, os fornecedores são

⁷ GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 35.

⁸ GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.

⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰ BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. *Op. cit.*, p. 591.

¹¹ *Idem*.

estimulados a melhorar o serviço prestado, o que, ainda que indiretamente, fomenta a atividade de inovação.

Tem-se criado, também, a figura do operador independente do sistema elétrico. Cabe a ele, além de operar a rede, organizar o despacho das usinas e manter os patamares dos parâmetros físicos da rede (frequência, tensão, estabilidade). É ele, também, o responsável por direcionar os investimentos em infraestrutura de transmissão, de forma a se adequar a padrões de economicidade e segurança¹².

Ademais, é possível notar a existência de um mercado atacadista de energia elétrica, com o fomento de participação da demanda no mercado. Para isso, separam-se as tarifas por componentes (fio e energia). Naturalmente, todos os usuários pagam as tarifas dos fios (infraestrutura de transmissão e distribuição de energia), pertencentes ao monopolista. Porém, a energia se torna livremente gerada e, por conseguinte, negociada¹³.

Dessa maneira, introduz-se mercados competitivos e que incentivam mais os investimentos eficientes, encorajando-se a inovação no âmbito das tecnologias de geração de energia elétrica, eis que se deslocam os riscos de escolhas erradas de tecnologias, investimentos e custos operacionais, outrora pertencentes aos consumidores, passando para os agentes do mercado¹⁴.

No Brasil, se implementou parte dessa tendência de avanços, mas ainda há muito a ser feito.

Tímidos avanços foram feitos em termos de desverticalização, os pequenos e médios consumidores permaneceram “cativos” das distribuidoras (respondem por aproximadamente 75% do consumo de energia elétrica no país), a agenda de privatizações foi interrompida na década de 1990, não há um mercado de energia elétrica (mas, uma liquidação de diferenças entre posições físicas e comerciais) e praticamente nenhum mecanismo de reação da demanda. (MOREIRA, 2016) (592)

Sendo assim, é preciso rever a questão da regulamentação da energia elétrica no país.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

2. De consumidores a prossumidores: desafios e perspectivas à utilização de IA no setor elétrico brasileiro

Conforme lição de Wolak, há duas naturezas distintas de restrições à efetiva participação das pessoas na demanda, quais sejam, as de ordem técnica e as de ordem política¹⁵.

De fato, não é comum haver a universalização de medidores horários de energia elétrica, ainda mais para consumidores de pequeno porte, como, por exemplo, pessoas naturais. Tais medidores são de suma importância para que o consumidor dê, aos consumidores, sinais de flutuação de preços nos mercados atacadistas, de forma a fomentar a reação da demanda a esses sinais. Portanto, o consumidor de pequeno porte carece de informações e incentivos econômicos para a modulação de seu consumo¹⁶.

Claro que os responsáveis pela regulação e pela formulação de políticas públicas almejam a proteger o consumidor das flutuações de preços do mercado atacadista. A questão é que intervenções regulatórias impostas sob os auspícios de proteger o consumidor, na realidade, desaguam em prejuízo a este, eis que impedem que ele seja beneficiado pelos processos reestruturadores do setor elétrico, de forma a efetivamente reduzir suas contas de energia elétrica.

A competição é boa para os grandes consumidores, que possuem menores custos de transação, medidores horários e mais opções de produtos para gerir risco e demanda. Ademais, já que seu consumo é elevado, o valor de sua conta efetivamente incentiva a tomada de decisões eficientes, já que a modulação do padrão de consumo devido aos sinais de preços do mercado atacadista traz benefícios maiores do que o custo de tomar decisões baseadas em informações complexas, diferentemente do que acontece com o pequeno consumidor, cujo ganho potencial raramente justifica o esforço necessário para avaliar as condições mercadológicas, colher informações e tomar decisões racionais¹⁷.

Porém, hoje, existe uma nova tendência, que pode alterar esse cenário: os consumidores passarão a ser prossumidores, ou seja, desempenharão tanto

¹⁵ WOLAK, F. Economic and Political Constraints on the Demand-Side of Electricity Industry Re-structuring Processes. *Review of Economics and Institutions*, Università di Perugia, v. 4 (1), 2018.

¹⁶ BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. *Op. cit.*, p. 594.

¹⁷ WOLAK, F. *Op. cit.*

o papel de produtores quanto de consumidores¹⁸. O prossumidor possui medidores que podem ler e comunicar em tempo real, bem como recursos para gerar, consumir e, se necessário, até mesmo armazenar a energia elétrica.

O grande desafio no que diz respeito ao aspecto regulatório se cinge na organização dos mercados de energia com vistas a admitir a entrada de inúmeros novos participantes em um mercado acostumado a *players* gigantes e a conviver com oligopólios, sem falar na sinalização de preços, que há de ser a mais adequada possível. Destaca-se a possibilidade do prossumidor participar isoladamente do mercado ou formar blocos de prossumidores representados por apenas um comercializador no mercado¹⁹, como ocorre, por exemplo, com cooperativas de produtores rurais.

Questão relevante está na tarifação, já que só será possível uma reação adequada por parte da demanda se houver melhora do perfil de carga e otimização do uso da rede, o que pressupõe que o regulador não impeça o repasse de sinais de preço do mercado atacadista para o consumidor final.

No Brasil, por exemplo, o prossumidor com geração distribuída tem acesso a um sistema conhecido como *net metering*, por meio do qual há uma compensação entre a quantidade de energia gerada com a quantidade de energia consumida. O consumidor paga o saldo líquido, multiplicado por uma tarifa constante no tempo. Nesse sistema, além de não remunerar adequadamente o uso da rede, o consumidor não tem incentivo a ter um sistema de armazenamento ou modular seu perfil de consumo, dado que a energia tem o mesmo valor independente do momento em que é gerada ou consumida.²⁰

O acesso de informações complexas com vistas à tomada eficiente de decisão tende a ser demasiado caro quando seu custo é comparado ao benefício da redução da conta de energia elétrica, principalmente em um país como o Brasil, onde o consumo médio residencial é mais baixo do que nos países desenvolvidos. Uma possibilidade para mudar esse cenário seria o uso de inteligência artificial, com vistas à redução desse custo de modulação de carga.

Poder-se-ia utilizar algoritmos inteligentes com vistas a projetar os perfis de consumo e geração de cada prossumidor, bem como os preços esperados, com vistas à sugestão de decisões de gestão por parte da demanda. Eles

¹⁸ BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. *Op. cit.*, p. 595.

¹⁹ *Ibidem*, p. 595.

²⁰ *Ibidem*, p. 596.

também poderiam ajudar na criação de estratégias autônomas de comercialização, capazes de maximizar o resultado econômico para o prossumidor, bem como ajudar a estabilizar parâmetros de rede. Outra aplicabilidade possível seria desenvolver a interface do algoritmo com o prossumidor, permitindo que o usuário determine suas restrições e preferências. Outra possibilidade seria que dispositivos inteligentes aprendessem e se autoadaptassem a sinais de preço, com vistas a deduzir o custo, sem, contudo, perder o conforto²¹.

Contudo, se entra em outro problema, qual seja, a questão da falta de tradição em inovação no Brasil.

3. A saída para o problema: investimentos diretos e simplificação da regulamentação

A inovação tecnológica é um dos baluartes do princípio constitucional do “desenvolvimento nacional”, que é alcançado através das estratégias. Dessa forma, para que haja o crescimento econômico que, posteriormente, culminará no desenvolvimento, é necessário o investimento, nos termos do art. 170 da Carta Magna²².

A harmonia entre os fundamentos do Estado e os rudimentos da ordem econômica existentes no art. 70 da Constituição Federal é imprescindível para que seja estabelecido o desenvolvimento nacional. Após essa delimitação, deve-se ter como base os princípios da inovação tecnológica²³.

Contudo, sobrevém um novo paradigma: há a produção de novas riquezas e novas relações jurídicas advindas das diferentes maneiras de produção emergentes na economia de mercado, avultando e desatualizando os modos então existentes. Assim, novos dilemas tendem a provocar uma maratona em busca de novidades tecnológicas para o aprimoramento das “formas de produção”²⁴.

²¹ *Idem*.

²² BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Atuação do Estado no desenvolvimento econômico: a inovação tecnológica como eixo estruturante do desenvolvimento do Brasil*. 2017. 262 f. Tese (Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 71.

²³ *Ibidem*, p. 73.

²⁴ *Ibidem*, p. 75.

Hannah Arendt interpreta a tecnologia como uma manifestação da Revolução Copernicana. Ela confronta a ciência do *know-how* com as leis terrestres e naturais e aborda como estas definem uma diretriz fora da Terra para gerar conhecimento de serventia terrena e humana²⁵.

Dado que o crescimento econômico tem como propulsor a inovação, Schumpeter tem um papel fundamental como idealista da *creative destruction*²⁶. Segundo ele, só se irrompe o desenvolvimento quando as “novas combinações” ascendem de maneira descontínua, ao passo que pequenas etapas continuadas não ocasionam um novo fenômeno²⁷.

Embora sejam deveras importantes, a mudança do ambiente social, que dispõe acerca das mudanças industriais, e o aumento populacional e das riquezas não são os propulsores fundamentais do aparato capitalista, mas as criações das empresas, como novas técnicas de produção e transporte, novos mercados, novos bens consumíveis e dos novos arranjos industriais²⁸.

Quando falamos em empresas, nos referimos a um fenômeno econômico poliédrico, que tem diversos perfis em relação a seus elementos integradores sob o prisma jurídico. As definições de empresa para o Direito, portanto, podem ser diferentes, conforme o perfil diferente por meio do qual se encara o fenômeno econômico. Um deles é o conceito de empresa como fenômeno econômico. Quando falamos da empresa em sua disciplina jurídica, temos noções jurídicas diversas conforme os diferentes aspectos do Direito no fenômeno econômico²⁹.

O conceito econômico de empresa se refere a uma economia de troca, já que é só na órbita dessa forma de economia que a atividade empresarial pode vir a ter um caráter profissional. Portanto, é empresa no sentido da Lei

²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 280.

²⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

²⁷ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Introdução: Rubens Vaz da Costa. Tradução: Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 48.

²⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 112.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Ano XXXV (Nova Série), n. 104, out./dez. 1996, p. 109-110.

Civil toda organização de trabalho e capital que almeje à produção de bens ou serviços voltados para a troca³⁰.

A doutrina econômica da empresa integra a dinâmica da Economia, eis que o fenômeno da produção necessariamente é desenvolvido ao longo do tempo, sendo sobretudo em relação à variação temporal, do resultado útil da empresa para o empresário, que o trabalho organizado deste assume relevo econômico. O risco empresarial – risco técnico inerente aos procedimentos produtivos e o risco econômico que diz respeito à cobertura dos custos do trabalho e dos capitais empregados no processo produtivo, com os resultados de bens ou serviços produzidos para a troca – leva o empresário a se reservar um trabalho de organização e criação com vistas a determinar, conforme previsões adequadas, a forma de atuação da produção e distribuição de bens. Esta é a contribuição típica do empresário e é daí que parte o lucro (diferença entre custos e resultados) que constitui o motivo normal da atividade empreendedora no plano econômico³¹.

Em uma economia de troca, o papel do empresário é criar riquezas, não apenas intermediá-las. Por intermédio de sua atividade é que se emprega o trabalho e capital disponíveis no mercado com vistas a satisfazer a demanda de bens e serviços que vem deste. Contudo, a esses bens ou serviços, se incorporam, além do trabalho de execução e os capitais empregados, o trabalho organizado e criado pelo empresário. Isto é válido para qualquer empresa, independentemente de seu objeto³².

Nesse tipo de economia, a profissionalidade do empresário é elemento natural da empresa. A divisão do trabalho e a necessidade de dividir no aspecto temporal as despesas da organização inicial orientam o empresário para especializar sua função por meio de atividade seriada, dando lugar a uma organização duradoura que tende a ter escopo de ganho³³.

O motivo pelo qual a empresa econômica é uma organização produtiva operadora por definição, no tempo, guiada pela atividade empresarial é que, sob o aspecto dinâmico ou funcional, a empresa é aquela força em movimento consistente na atividade dirigida a um escopo produtivo. Este era o perfil, por exemplo, que o projeto de Código Comercial de

³⁰ *Ibidem*, p. 110.

³¹ *Ibidem*, p. 110-111.

³² *Ibidem*, p. 111.

³³ *Idem*.

1940 dava para a empresa, que era considerada como modo particular de atividade econômica. O Código Civil de 2002 também usa o vocábulo “empresa” nesse sentido³⁴.

Essa ideia de atividade empresarial leva à ideia de uma atividade voltada ao recolhimento e organização da força de trabalho e do capital necessários à produção ou distribuição de bens ou serviços e, de outro lado, à troca desses bens ou serviços colhidos ou produzidos³⁵.

Schumpeter evidencia que a economia está intrinsecamente ligada à vida da sociedade. “Na vida econômica, há menos campo para manipulação, seja para se provocar uma mudança, seja para se manter tudo como está, mas a mudança também ocorrerá, sem, contudo, se desconectar da historicidade da própria sociedade.”³⁶

Dessa forma, é possível vislumbrar um paradoxo no qual a economia provém da causalidade histórica, em especial quando o objeto é o desenvolvimento econômico. Ademais, na fonte histórica, tende-se a manter a estabilidade frente a mudanças³⁷.

A economia também é berço do Direito Econômico, e este, da mesma forma, propende à estabilidade e, portanto, as normas que almejam preservar a realidade ou suscitar uma transformação, tornar-se-ão *letra morta* ou remodelarão o equilíbrio das forças econômicas³⁸.

Além do mais, é primordial na formação da norma jurídica um *sistema de valoração*. Em se tratando de Direito Econômico, é possível perceber que os valores sociais, naturalmente positivados e referenciais para futuras normas, são hierarquizados³⁹.

O processamento derivado da historicidade foi chamado por Schumpeter de fluxo circular da vida econômica, defendendo que o sistema econômico alcançará o mesmo lugar, ainda que por outro caminho; ou seja, não é transmutado *por si*. Contudo, na prática, não é possível determinar o destinatário dos valores econômicos, uma vez que existe um nível de

³⁴ *Ibidem*, p. 116.

³⁵ *Ibidem*, p. 117.

³⁶ BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Op. cit.*, p. 96.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 96 e 97.

imprevisibilidade. A importância deste pensamento para o Direito se dá na medida em que a mudança do fluxo pode ser regida pela normatividade⁴⁰.

O fluxo circular resulta de um fenômeno jurídico cuja ideia inicial almeja ao equilíbrio econômico, todavia, tal equilíbrio é utópico, uma vez que há constante mudança e, conseqüentemente, tensão e luta em várias searas. A discussão a respeito desta tese se dá no conflito entre o positivado e a economia real.⁴¹

O sistema econômico do estado ideal jamais foi alcançado. A teoria está alicerçada na aplicação das conseqüências das mudanças causadas pela evolução dos dados.

Se a mudança ocorrer nos dados não sociais [...] ou nos dados sociais não econômicos [...], ou no gosto dos consumidores, não parece ser necessária nenhuma revisão fundamental nos instrumentos teóricos. Esses instrumentos só falham [...] quando a vida econômica em si mesma modifica seus próprios dados de tempos em tempos.⁴²

O Direito é um instrumento falho na resolução do problema, pois não há instrumentalização da pacificação social. Dessa forma, o Direito Econômico visa somente a regulamentar o problema.⁴³

A análise estática consegue apenas estudar o ponto de equilíbrio após o acontecimento das mudanças, não sendo capaz de prever os efeitos das revoluções e, nem mesmo, explicá-las.⁴⁴

3.1 Como funcionam os investimentos em inovação no setor energético nas economias mais desenvolvidas?

Hoje em dia, os sistemas de inovação, ciência e tecnologia tem mudado para uma estrutura de atividades de produção de conhecimento mais

⁴⁰ *Ibidem*, p. 97 e 98.

⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

⁴² SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*, p. 46.

⁴³ BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*, p. 46.

complexa e socialmente distribuída, que envolve uma grande diversidade de organizações. Claramente, uma sociedade voltada para conhecimento possui muitos gargalos institucionais, sociais e culturais para a assunção de riscos pelos empreendedores e para a destruição criativa.

É dizer, a dinâmica da inovação, do empreendedorismo, da destruição criativa, funciona melhor em um ambiente que premia a criatividade e a curiosidade do que em um ambiente que premia mais a segurança⁴⁵, como ocorre no Brasil.

Quando se pensa em investimentos, há que se perguntar quais serão os resultados destes, em termos de eficiência e efetividade. As empresas não estão interessadas em aumentar os gastos com P&D apenas pela pesquisa e pelo desenvolvimento, mas porque esperam que os novos processos produtivos, novos conceitos tecnológicos ou novos produtos respondam a necessidades do mercado, melhorando sua eficiência e sua competitividade no longo prazo⁴⁶.

De toda forma, com a globalização cada vez maior, a força-motriz de qualquer pesquisa e desenvolvimento relevantes provavelmente vai vir de fora⁴⁷. Por isso, é importante também facilitar a importação de tecnologia.

E como as nações desenvolvidas tratam a inovação no setor elétrico? Trabalharemos, aqui, com o exemplo dos Estados Unidos.

Naquele país, a *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) desempenhou papel importantíssimo na área de inovação tecnológica na década de 1990. Era uma agência vinculada à missão de segurança, mas, ainda assim, eventualmente, passou suas contribuições também para o setor civil⁴⁸.

No setor elétrico estadunidense, contudo, algumas adaptações foram necessárias, eis que, ao passo que o *Department of Defense* (DOD) trabalha em todos os estágios da inovação, desde as pesquisas básicas até a criação de um mercado inicial, o *Department of Energy* (DOE) para no estágio de protótipo. É um sistema de inovação incompleto, desconectado dos últimos

⁴⁵ SOETE, Luc. (2006). *A knowledge economy paradigm and its consequences*. Global Europe, Social Europe.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Luc Soete (*op. cit.*) fala disso estudando o mercado europeu, mas o mesmo se aplica ao Brasil.

⁴⁸ BONVILLIAN, William B. The new model innovation agencies: an overview. *Science and Public Policy* 41 (2014) p. 427.

estágios de implementação da inovação. Quando o DOE, já na primeira década do século XXI, passou pelos desafios da segurança energética e das mudanças climáticas, a missão de lançar novas tecnologias energéticas complicou muito. Apareceu um problema na área energética no qual, até então, o DOE não estava focado, qual seja, o problema do lançamento tecnológico⁴⁹.

O setor energético opera em um padrão político-econômico-tecnológico já estabelecido e esse paradigma precisa ser alterado com vistas a um novo sistema de energia com menor emissão de carbono.

Em 2009, então, é fundada a *Advanced Research Projects Agency—Energy* (ARPA-E), que, apesar de ser uma agência voltada para P&D, procura, conscientemente, se aprofundar no desenvolvimento de tecnologia. Trata-se de uma instituição muito focada em velocidade – rapidamente transformando pesquisas avançadas em tecnologias, por meio de um processo que ela chama de “imaginação-empenho-avaliação-estabelecimento-execução”⁵⁰.

Como a ARPA-E foi montada ligada ao DOE, foi necessário protegê-la e isolá-la de outras agências de P&D e da cultura burocrática do DOE. Assim como a DARPA, a ARPA-E almeja a operar nos dois lados da inovação: no nível institucional, fornecendo suporte para a inovação, e no nível pessoal cara-a-cara, propiciando grandes grupos de inovação⁵¹.

O que se percebe, portanto, é que o modelo estadunidense de inovação energética é baseado em investimento em projetos de inovação, sem embarçar o processo com burocracias e regulações demasiado complicadas. Aliás, é sobre a necessidade de simplificação da regulamentação o próximo subitem.

3.2 Simplificação da regulamentação como fomento à inovação no setor elétrico

A Economia tem um conceito interessante chamado *eficiência de Pareto*, para determinar se uma intervenção na política é eficiente. Se a intervenção aumentar a utilidade de, ao menos, uma pessoa, sem diminuir a utilidade de ninguém, atinge-se a *eficiência de Pareto*. Luigi Zingales traz esse

⁴⁹ *Ibidem*, p. 429.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 430.

⁵¹ *Idem*.

critério para as normas sociais: uma norma se justifica, do ponto de vista econômico, se, sendo seguida por todos, ela não piorar a situação de ninguém e melhorar a situação de, pelo menos, alguns⁵².

É claro que nem toda norma socialmente útil o será, também, do ponto de vista econômico. Em que pese boa parte dos economistas defenda a tributação e regulação para lidar com as consequências das atitudes econômicas dos particulares, Zingales prefere (quando praticável), confiar mais nas normas derivadas do consenso social do que do processo político, eis que mais simples e de *enforcement* mais fácil. O problema reside na identificação de quem teria interesse em criar esse consenso social⁵³.

Conforme dito alhures, a maioria dos economistas são favoráveis à regulação do mercado, mas a questão é que mesmo aqueles que são desfavoráveis não o são porque entendem que os mercados desregulados têm melhores resultados, mas porque não confiam no processo político que engendra a regulação. Afinal, se um processo regulatório for capturado por grupos de interesse, as soluções dadas pelo Direito podem piorar os problemas do mercado⁵⁴.

Assim, o autor entende que há vantagens importantes das normas sociais frente às leis vindas do Estado, sendo que cabe destacar, aqui, o fato de seu *enforcement* ser descentralizado. E os erros cometidos pelo “tribunal da opinião pública” custam menos caro do que aqueles cometidos pelos tribunais de justiça⁵⁵.

Além disso, quanto mais complexa é a regulação, mais suscetível ela é de sofrer a influência externa de grandes *players*, dificultando a entrada de novos atores no mercado. No mercado elétrico, há muito dominado pelos mesmos agentes, esse risco pode ser maior ainda. Assim, por menos eficiente no sentido econômico estreito que seja a regulação simples, ela merece ser imposta a despeito dessa ineficiência, eis que:

Quando incluímos o custo do *enforcement* e o custo da regulação na forma de lobby, muitas escolhas que inicialmente pareceriam ineficientes se tornam mais eficientes num sentido mais amplo. Assim, ao simplificar as

⁵² ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Bei Comunicação, 2015, p. 157.

⁵³ *Ibidem*, p. 158.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 167.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 168.

leis, talvez as tornemos menos eficientes em se tratando de limitar a distorção que desejamos conter, porém, na prática, reduzimos seu custo real e a tornamos mais transparentes. Ao ignorar o custo de *enforcement* e do lobby, os responsáveis pelas políticas com frequência caem na “falácia do Nirvana”, de comparar mercados do mundo real com regulação ideal. Regras simples permitem uma melhor comparação entre mercados realistas e regulação realista.⁵⁶

Como benefício adicional, temos a facilitação do *enforcement*, eis que a simplificação da regulação facilita que o povo se envolva com a fiscalização de seu cumprimento.

Conclusão

Já à giza de conclusão, podemos responder à pergunta-problema que nos foi colocada no início do texto no sentido de que o grande desafio da atividade regulatória do mercado elétrico é compatibilizar a proteção necessária aos investimentos em P&D, sem, contudo, prejudicar o livre mercado e sem legislar de maneira demasiado complexa, o que dificultaria o *enforcement* das normas e ainda deixaria a autoridade vulnerável ao *lobby*.

Portanto, entendemos que sim, uma regulação mais liberal e menos prolixa tende a ser um dos fatores – não o único, contudo – determinantes para melhorar a qualidade da matriz energética brasileira no século XXI.

Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Atuação do Estado no desenvolvimento econômico: a inovação tecnológica como eixo estruturante do desenvolvimento do Brasil*. 2017. 262 f. Tese (Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 183.

BONVILLIAN, William B. The new model innovation agencies: an overview. *Science and Public Policy* 41 (2014) p. 425-437.

BRAZ, Fabricio; MOREIRA, Leandro. Inteligência Artificial e energia: aplicações e ponderações ao contexto brasileiro. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin. *Inteligência artificial e direito. Ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Ano XXXV (Nova Série), n. 104, out./dez. 1996.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018 Fact Sheet. Tech*. Paris: Report, IEA, 2018.

MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. Utility of the Future. *MIT Energy Initiative*, 2016.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA, Leandro Caixeta. *Um novo mercado de energia elétrica para o Brasil*. 2016. 160 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Gestão do Setor Público) – Universidade de Brasília, Brasília.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Introdução de Rubens Vaz da Costa. Tradução: Maria Silvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SOETE, Luc. (2006). *A knowledge economy paradigm and its consequences*. Global Europe, Social Europe.

WOLAK, F. Economic and political constraints on the demand-side of electricity industry re-structuring processes. *Review of Economics and Institutions*, Università di Perugia, v. 4 (1), 2018.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: Bei Comunicação, 2015.



Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação

Germana Gabriela Silva de Barros¹

Resumo: A presente pesquisa analisará o aspecto constitucional do sistema econômico brasileiro, identificando o papel do Estado na economia, assim como os mecanismos estatais de intervenção na economia, desde as agências reguladoras até a tributação extrafiscal. Com isso, a pesquisa irá identificar a consistência da intervenção estatal diante do primado da livre iniciativa e da concorrência, diante de um sistema propriamente capitalista.

Palavras-chaves: Livre iniciativa. Concorrência. Papel do Estado. Desenvolvimento social e tributação.

Sumário: Introdução; 1. A ordem econômica na Constituição Federal; 2. A tributação no cenário brasileiro; 3. A intervenção estatal na economia pela tributação; Conclusão; Referências.

Introdução

É comum ouvir os brasileiros defendendo a intervenção do Estado na economia, assim como o apoio às políticas protecionistas sem ter uma visão coerente dos impactos desta intervenção. A verdade é que não se tem um conhecimento claro do texto constitucional e menos ainda do que seria a Ordem Econômica e Financeira, prevista no Título VII, da Constituição Federal.

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito de Concorrência” (CNPq) da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogada. E-mail: germanagabriela@hotmail.com.

A Constituição de 1988 estabelece diversos mecanismos que permitem o Estado intervir na economia, seja por meio da regulação, seja pela tributação. Deste modo, o Estado é entendido por muitos como o principal agente econômico capaz de delimitar o modo de produção do sistema capitalista, sendo, ainda, considerado como protagonista para regulação da economia e do sistema tributário.

No entanto, ao fazer uma leitura detida do texto constitucional, é possível concluir que o Brasil possui uma economia eminentemente capitalista, de modo que o Estado apenas estará legitimado a explorar a atividade econômica em razão dos imperativos da segurança nacional para proteção coletiva ou individual da sociedade em face de possíveis ameaças ou abuso ao direito ou, ainda, quando as circunstâncias revelarem a existência de interesse nacional de modo a atender de forma satisfatória a produção da riqueza.

Ou seja, o texto constitucional assenta a política econômica do País no sistema capitalista, adotando a valorização do trabalho e a livre iniciativa, assim como reforça o direito sobre a propriedade privada, trazendo conteúdo de liberdade de produção e mantendo a atuação do Estado como agente econômico voltado à intervenção estatal quando necessário para proteção da segurança nacional e interesse coletivo.

Neste sentido, o presente artigo tem por finalidade abordar o sistema econômico instituído pela Constituição Federal, os limites da intervenção estatal na economia, destacando os mecanismos utilizados pelo Estado para interferir no mercado, assim como tratar brevemente acerca da eficiência estatal.

1. A ordem econômica na Constituição Federal

Dentre as constituições que trouxeram conteúdo econômico, pode-se destacar a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de alemã de Weimar, trazendo diversos dispositivos sobre a ordem econômica e, nessa esteira, a Constituição brasileira de 1988 também elencou capítulo próprio sobre o assunto. Os artigos 170 ao 192 da Constituição estabelecem as diretrizes da ordem econômica. O artigo 170 dispõe que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, observando-se os seguintes princípios:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parafrazeando o BAGNOLI, trata-se de uma norma programática, cujo disposto enumera os princípios que devem atendidos pelo Estado para consecução dos objetivos sociais almejados pelo Estado². A ordem econômica trazida no artigo 170 da Constituição avoca indiscutível conteúdo de uma sociedade capitalista, conforme defende SILVA³:

a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque esta atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante. A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo.

Para corroborar, o legislador constituinte evidenciou a liberdade quanto aos meios de produção de riqueza, mitigando a atuação estatal ao

² BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 798.

dispor que “[...] ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A política econômica do Estado brasileiro está alicerçada no capitalismo. O artigo 170 da Constituição que dispõe acerca da ordem econômica fixa as suas diretrizes na valorização do trabalho e da livre iniciativa, seguindo a concepção do liberalismo, consistente na liberdade do indivíduo, cabendo ao Estado atuar apenas na resolução dos litígios. O Estado tem a função de garantir a liberdade econômica, sendo o indivíduo o principal agente econômico. A expressão *laissez faire, laissez passer*, advém das ideias liberais que buscaram defender a liberdade econômica. Nas palavras de MISES:

O liberalismo é uma doutrina inteiramente voltada para a conduta dos homens neste mundo. Em última análise, a nada visa senão ao progresso do bem-estar material exterior do homem e não se refere às necessidades interiores, espirituais e metafísicas. Não promete felicidade e contentamento aos homens, mas, tão somente, a maior satisfação possível de todos os desejos suscitados pelas coisas e pelo mundo exterior.⁴

Pela expressão francesa *laissez-faire*, os liberais concluíram que “o estado deve interferir a fim de efetuar a ‘justiça social’” – o que realmente queriam dizer era: a fim de presentear a mediocridade frustrada “de acordo com as suas necessidades”⁵.

Segundo BAGNOLI:

A ideologia político-econômica é a do liberalismo de Adam Smith, devendo o Estado estar ausente da economia, deixando que essa se regulasse livremente pela lei da oferta e da procura, inclusive com a liberdade total do homem para escolher o que melhor lhe interessar.⁶

Segundo KHAIR, o Estado exerce as políticas sociais no atendimento das pessoas que de algum modo estão impossibilitadas de exercer atividade

⁴ MISES, Ludwig von. *Liberalismo segundo a tradição clássica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 36.

⁵ MISES, Ludwig von. *A mentalidade anticapitalista*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 70.

⁶ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

laboral. Os liberais defendem o gasto mínimo da máquina pública, bem como que a área social deve ser atendida pela iniciativa privada, independentemente do lucro obtido. Caberia ao Estado na visão liberal tão somente atender aquelas atividades que a iniciativa privada não tivesse interesse por entender que o privado empenna maior eficiência e menor gastos, ou seja, trata-se de um Estado mínimo⁷.

O artigo 173 da Constituição Federal estabelece duas formas de intervenção no domínio econômico, a primeira quando o Estado disputa diretamente com o setor privado, quando há imperativos de segurança nacional ou ainda no caso de relevante interesse da coletividade, cuja intervenção se dará na administração das condutas dos agentes econômicos. Além disso, o Estado pode atuar na atividade econômica por meio da instituição de tributos como forma de fomentar ou desestimular determinados segmentos da economia.

Desta forma, o Estado possui diversos mecanismos que possibilitam a sua atuação como agente normatizador, fiscalizador e regulador da atividade econômica, de modo que a sua atuação tem por finalidade propiciar oportunidades para que a sociedade se desenvolva por meio do trabalho, atuando em conjunto com a economia para produção de riquezas. Vale dizer, a atuação do Estado visa permear “não só a segurança jurídica necessária para o indivíduo empreender, mas também toda a infraestrutura necessária para estimulá-lo a empreender e, com isso, promover a circulação das riquezas” (BAGNOLI, 2013, p. 77).

2. A tributação no cenário brasileiro

No cenário brasileiro o posicionamento jurídico constitucional da ordem econômica está alicerçada na valorização do trabalho e na livre iniciativa de forma a atender a justiça social. A Constituição de 1988 confere ao Estado diversos mecanismos para intervir no âmbito econômico como meio de alcançar os objetivos fundamentais da República para construir uma sociedade livre e justa, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza e promover o bem de todos, que pode ser exercido por meio da tributação.

⁷ KHAIR, Amir. *A questão fiscal e o papel do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013, p. 22.

Ao analisar o contexto histórico brasileiro, pode se observar que o processo de industrialização iniciado no Brasil ocasionou o aumento acelerado de despesas e, em contrapartida, o Estado não dispunha de receitas suficientes para custear o crescimento industrial. A arrecadação tributária não acompanhava o crescimento da indústria que despontava e os recursos financeiros eram escassos. Com isso, viu-se na reforma tributária uma ferramenta importante para a resolução da questão orçamentária. Com isso em 1963, foi criada a Comissão da Reforma do Ministério da Fazenda com a finalidade de organizar o setor fiscal no país. Segundo Varsano:

O objetivo fundamental do sistema tributário foi elevar o nível de esforço fiscal da sociedade de modo que não só se alcançasse o equilíbrio orçamentário como se dispusesse de recursos que pudessem ser dispensados, através de incentivos fiscais à acumulação de capital, para impulsionar o processo de crescimento econômico. Ao privilegiar o estímulo ao crescimento acelerado e à acumulação privada – e, portanto, os detentores da riqueza – a reforma praticamente desprezou o objetivo de equidade. (VASRSANO, 1996, p. 9)

Naquele período o Estado estava imerso no déficit fiscal, de modo que o resultado negativo de suas contas levava ao escoamento das atividades estatais, não podendo fazer frente aos compromissos assumidos e, ainda, gerando o aumento incontrolável das despesas.

A reforma tributária naquele período proporcionou melhoria na administração fazendária, elevando substancialmente a arrecadação tributária, de modo que ao final da década de 1960 a carga tributária representou aproximadamente 25% do Produto Interno Bruto (PIB)⁸. Ou seja, a reforma trouxe ao Estado a possibilidade de adequar o sistema tributário à nova política de industrialização do país, por isso

a primeira preocupação dos gestores da área econômica era racionalizar o sistema tributário, tornando-o adequado à economia industrial que se consolidara nos anos 1950 e garantindo também a capacidade de o Estado fazer frente aos gastos de infraestrutura demandados pela urbanização crescente. Desta forma, a eliminação de impostos em cascata ou de impostos “destituídos de funcionalidade econômica” representava consenso entre a maior parte dos economistas e gestores públicos. (MATTOS; BASTOS; BARONE, 2015, p. 8, 9-10)

⁸ *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 25-50, 1998.

Segundo Varsano (1996), a estratégia adotada naquele período era de que caberia ao Estado o controle do processo de crescimento e a centralização das decisões econômicas, sendo que no setor privado as decisões do Estado deveriam ocorrer por meio de incentivos fiscais e no setor público era necessária a centralização do comando dos impostos como instrumentos de políticas econômicas. No entanto, a partir da reforma tributária foi se adotando uma política de concessão de incentivos fiscais, o que acabou por enfraquecer a arrecadação tributária.

Na década de 80, a economia brasileira sofreu uma onda de estagnação econômica, alta inflacionária e baixo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), assim como o aumento da dívida externa e interna, decorrente da política expansionista adotadas pelo governo da época. Além disso, observa-se nesse período o enfraquecimento da indústria nacional ocasionado pelas políticas econômicas adotadas no mercado nacional.

Com o fim da ditadura no Brasil, a sociedade demandava a instalação de uma política participativa, iniciando-se um processo de redemocratização. A Constituição Federal de 1988, embora fosse fruto dos anseios da sociedade desgastada pelo período militar, atendendo diversos interesses atinentes às questões sociais e garantias e liberdades individuais, acabou por estruturar um sistema tributário sem considerar o contexto econômico e as distorções ocorridas após a reforma tributária de 1963, notadamente no setor político, e que estavam impactando na receita do Estado, de modo que o desequilíbrio orçamentário permaneceu.

O novo texto constitucional ampliou a autonomia fiscal dos Estados e Municípios, partilhou o produto da arrecadação do Impostos sobre Produtos Industrializados e do Imposto de Renda ao Fundo de Participação dos Estados e Municípios, assim como reduziu de 8 (oito) para 2 (duas) as faixas de rendas tributáveis da pessoa jurídica e reduziu a alíquota máxima de 45% (quarenta e cinco por cento) para 25% (vinte e cinco por cento) e elevou a alíquota mínima de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento), o que impactou ainda mais o sistema de tributário já debilitado.

Na década seguinte, houve uma ruptura no processo de industrialização no Brasil, abandonando-se as políticas desenvolvimentistas, assim como foi utilizada a taxa de câmbio como mecanismo para conter a inflação, o que deixou a economia brasileira exposta aos impactos e reflexos externos. Foi nesse período que se iniciou as privatizações ocasionadas pela pressão das classes dominantes e de “novos grupos financeiros, pelo novo capital estrangeiro

atraído pela privatização dos serviços públicos, exportadores industriais e, sobretudo, o *agrobusiness* e, no plano das ideias, por um ‘livre-cambismo com qualificações’ na feliz expressão de Furtado” (MEDEIROS, 2004, p. 172).

Vale dizer, o governo passou a adotar políticas liberalizantes no setor econômico e ao mesmo tempo iniciou o processo de privatizações no país. Uma modificação que se observou no sistema tributário na década de 90 foi a extinção da tributação sobre lucros e dividendos da base de cálculo da pessoa física, por meio da Lei nº 9.249/1995, passando a tributação exclusivamente na fonte. Na Exposição de Motivos que resultou a mencionada Lei, restou consignado que a justificativa para a extinção da tributação era a equiparação de tratamento tributário entre pessoa física e jurídica e a simplificação de controles e inibição de evasão:

Com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-se quando do recebimento pelos beneficiários. Além de simplificar os controles e inibir a evasão, esse procedimento estimula, em razão da equiparação de tratamento e das alíquotas aplicáveis, o investimento nas atividades produtivas.⁹

A década de 90 também foi marcada por altas inflacionárias, crises cambiais e desemprego elevado, sendo adotado pelo governo do Fernando Henrique Cardoso uma

visão liberal e o diagnóstico ortodoxo de que o *deficit* público era a causa da inflação. Criou um novo regime fiscal, baseado na redução do papel do Estado, no controle das finanças dos governos subnacionais e na subordinação da política fiscal à defesa da sustentabilidade da dívida pública. (LOPREATO, 2015)

Entre os anos de 2002 a 2016, o governo federal foi presidido por membros do Partido dos Trabalhadores – PT, momento em que se observa a ascensão da classe baixa com o aumento da renda e poder aquisitivo dos mais pobres por meio da implementação do programa de redistribuição de renda do Bolsa Família. Contudo, a política adotada pelo o governo deste período foi pouco expressiva no combate à desigualdade, sendo que a melhoria

⁹ <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicao-demotivos-149781-pl.html>.

experimentada pela classe baixa ocorreu em desfavor da classe média que suportou os prejuízos causados pela má administração da máquina pública, enquanto que os mais ricos no Brasil não tiveram qualquer impacto na sua renda (PIKETTY, 2020).

No governo Lula, o país passou por um momento de estabilização econômica, assim como aproveitou o ambiente internacional favorável para a economia e a valorização das *commodities*. Nos governos subsequentes a economia brasileira desacelerou, a política foi palco de diversos escândalos de corrupção, envolvendo contratos entre o poder público e o setor privado, levando o país para uma recessão que foi agravada ainda pela pandemia da COVID-19.

Com isso, em 2019, o Brasil foi classificado como um dos países que possui um dos maiores índices de concentração de riqueza no mundo, ocupando o 2º lugar no ranking divulgado pela Organização das Nações Unidas¹⁰, o qual indicou que 1% (um por cento) mais rico possui 28,3% (vinte oito inteiros e três décimos por cento) da riqueza do país, resultante de uma tributação regressiva focada exclusivamente nos impostos indiretos que recaem sobre bens e serviços em detrimento de outras fontes de riqueza como a propriedade, herança, doações e dividendos.

Outro aspecto importante acerca da tributação no âmbito econômico refere-se à aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal, o qual estabelece que a “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. Embora haja expressa previsão constitucional para instituição de lei complementar para estabelecer critérios de tributação objetivando prevenir desequilíbrios da concorrência, ainda não há a regulamentação do mencionado dispositivo, sendo que atualmente, está em trâmite o Projeto de Lei do Senado 284/2017.

Diante das complexidades que envolvem a tributação no Brasil, atualmente, existem 3 (três) propostas de reforma tributária em trâmite no Congresso Nacional: a PEC 45/2019, a PEC 110/2019 e a PL 3887/2020. A PEC 45/2019, de autoria da Câmara dos Deputados, propõe um modelo de substituir o IPI, do ICMS, do ISS, da Cofins e do PIS por um único imposto sobre bens e serviços (IBS). A PEC 110/2019, proposta pelo Senado Federal, visa a extinção do IPI, IOF, PIS/Pasep, Cofins, Salário-Educação, CIDE-Combustíveis, ICMS e ISS, substituindo-os pelo Imposto sobre Operações

¹⁰ <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>.

com Bens e Serviços (IBS). Já a PL 3887/2020, de autoria do Governo Federal, cria a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, unificando o PIS e a COFINS.

Neste contexto, verifica-se que a reforma tributária da década 60 foi importante para a política econômica adotada pelo Estado, enquanto que o texto Constitucional de 1988 que em nada aprimorou o sistema tributário, sendo que as políticas liberalizantes no âmbito econômico acabaram por tornar a arrecadação cada vez mais regressiva. Embora estejam em trâmite a PEC 45/2019, a PEC 110/2019 e a PL 3887/2020, tendo como principal justificativa simplificação da carga tributária diante do atual cenário econômico, muitas discussões ainda circundam o tema, não sendo possível prever quais os efetivos impactos que ocasionarão para os contribuintes e para a economia brasileira.

Assim, do ponto de vista histórico, a tributação no Brasil tem-se revelado cada vez mais regressiva, incidindo principalmente sobre bens e serviços. De um lado tem o empresário tentando adimplir a elevada carga tributária e as excessivas obrigações acessórias e do outro lado tem o contribuinte que precisa usufruir de bens e serviços seja para a sua própria sobrevivência, seja para sua atividade laboral, suportando o onus tributário.



3. A intervenção estatal na economia pela tributação

O sistema tributário consiste na arrecadação de fundos para proporcionar a receita necessária para possibilitar a execução das típicas funções estatais. É dotado de mecanismo que impõe ao contribuinte o dever de contribuir com a arrecadação ao erário público. O artigo 3º do Código Tributário Nacional define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. A natureza jurídica do tributo é determinada pelo evento que deflagra a respectiva obrigação tributária independentemente da sua denominação e destinação legal do produto da arrecadação, nos termos do artigo 4º, do mesmo diploma legal.

A ingerência do Estado no patrimônio privado se dá com limitações, garantindo-se constitucionalmente as hipóteses em que não haverá tributação, tais como o princípio da capacidade contributiva, previsto no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, o qual determina que os impostos terão

caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte, assim como as limitações ao poder de tributar, as quais dispõem sobre verdadeiras restrições ao Estado para tributar nas matérias tratadas nos artigos 150 ao 152, da Constituição Federal. As proteções ao poder de tributar podem ser consideradas como proteções às liberdades econômicas, nas palavras de CARVALHO:

Note-se que as próprias limitações ao poder de tributar são basicamente proteções à liberdade econômica do indivíduo: capacidade contributiva, não confisco e mesmo as que preservam a segurança jurídica, como a estrita legalidade, a irretroatividade e a anterioridade.¹¹

Segundo CARVALHO a presença do Estado na economia pode se dar das seguintes formas:

- 1) Estado como dirigente, quando as trocas econômicas são totalmente controladas por ele, determinando quem, o quanto e o que se consome. Nesse regime totalizante, onde o Estado e o setor econômico fundam-se em uma só ordem, a produção de bens e serviços é monopólio estatal. Exemplos são a antiga União Soviética, e, até hoje, Cuba e Coreia do Norte;
- 2) Estado como agente econômico, competindo com agentes privados no mercado. São situações onde empresas estatais ou de economia mista atuam em determinados setores, juntamente com empresas privadas. Exemplos são empresas públicas de produção e distribuição de energia ou bancos de varejo, como ocorre no Brasil;
- 3) Estado como regulador do setor econômico, por meio de normas jurídicas. A regulação se dá de forma direta (regras que obrigam ou proíbem comportamentos), ou de forma indireta (regras que facultam comportamento).¹²

Neste aspecto, CARVALHO explica que a intervenção no mercado pressupõe “a participação, em maior ou menor grau, do Estado como agente econômico e intervenção sobre o mercado significa regulação, direta ou indireta. As normas tributárias extrafiscal têm relevância enorme para essa última espécie de regulação” (CARVALHO, 2018, p. 165).

Assim, em linhas gerais, o tributo pode ser classificado como fiscal ou extrafiscal. Tem-se por tributo fiscal aquele que possui característica estritamente arrecadatória, ou seja, trata-se de uma invasão estatal na esfera patrimonial

¹¹ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 191.

¹² CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 165.

do contribuinte, outorgada por lei, com o viés de trazer receita aos cofres públicos. Já o tributo extrafiscal tem por finalidade intervir ou regular determinado comportamento social ou estimular o desestimular certas condutas na economia, de modo que a arrecadação acaba se tornando uma mera consequência na instituição do tributo, pois a sua principal função é regular a economia.

Como ensina CARVALHO:

Além da função fiscal dos tributos, sumamente arrecadatória, outra menos frequente, mas de grande importância para os Estados, é a utilização de tributos com o fim de alterar a alocação dos recursos. Tal função é *extrafiscal*, que significa utilizar normas tributárias com o intuito de gerar incentivos para que os contribuintes ajam de determinada forma, por exemplo, consumir mais ou menos determinado produto.¹³

No âmbito Federal, a União possui competência para instituir impostos sobre importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; propriedade territorial rural e; grandes fortunas, a ser implementado por meio de lei complementar, nos termos do artigo 153 da Constituição Federal.

Já na esfera Estadual e Distrital, estes entes federados tem competência tributária para instituir impostos sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e; propriedade de veículos automotores, nos termos do artigo 155 da Constituição Federal.

Os Municípios podem instituir impostos sobre propriedade predial e territorial urbana; transmissão “intervivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição e; serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar, conforme dispõe o artigo 156 da Constituição Federal.

Cabe destacar que o §4º, inciso II, do art. 182, da Constituição Federal estabelece a possibilidade dos Municípios instituírem IPTU com progressividade

¹³ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 166.

extrafiscal no tempo. O objetivo desta progressividade extrafiscal é justamente desestimular condutas de abandono e improdutividade de determinada propriedade urbana, como forma de assegurar a função social da propriedade.

No âmbito Federal, são exemplos de impostos extrafiscais o Imposto sobre Importação (II), Imposto sobre Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), todos previstos no artigo 153 da Constituição Federal:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – renda e proventos de qualquer natureza;

IV – produtos industrializados;

V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI – propriedade territorial rural;

VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar. (negritou-se)

Os impostos extrafiscais previstos no referido dispositivo podem ter a sua alíquota alterada consoante estabelece o parágrafo primeiro do artigo 153: “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”. Desta feita, o Poder Executivo pode majorar ou reduzir a alíquota como forma de regular determinada atividade. A título de exemplificação, cabe lembrar que nos anos de 2012 e 2013 o governo entendeu por bem reduzir a alíquota do IPI para veículos automotivos (carros e caminhões), visando fomentar a economia e manter o mercado aquecido. Também, no ano de 2013, o Ministro da Fazenda reduziu a alíquota do IOF para 0% para investimento estrangeiro nas aplicações de renda fixa. Tais iniciativas do Governo visaram estimular a economia por meio dos impostos extrafiscais.

Além dos impostos, o Estado também exerce a intervenção sob o domínio econômico por meio da instituição de contribuições que também tem por finalidade a regulação de determinados setores da economia. Trata-se das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, previstas no artigo 149 da Constituição Federal:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas,

observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. [...]

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II – poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III – poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

As CIDEs são tributos de natureza extrafiscal e também de arrecadação vinculada. São extrafiscais porque visam atuar na regulação da economia e a arrecadação fica vinculada ao setor para o qual a contribuição foi destinada. Observe que o artigo 177, §4º, II, da Constituição Federal estabelece que nas atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível o produto da arrecadação serão destinados para:

(a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; (c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transporte.

Conforme menciona SILVA:

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade;

normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência.¹⁴

São contribuições de competência exclusiva da União, sendo por meio delas que o Estado atua de forma a intervir na economia, desempenhado a função do setor privado. Neste contexto, o Estado busca regular o mercado para trazer equilíbrio econômico, como forma de capacitar o setor, estabilizar oferta e procura de bens e serviços, assim como preservar taxas bancárias.

Esses tributos no cenário brasileiro foram instituídos nas atividades (i) do petróleo e gás natural, denominada CIDE-Combustível previstos no §4º no art. 177 da Constituição Federal, e atualmente regida pela Lei nº 10.336/2001, sendo que parte da sua arrecadação está destinada ao setor de transporte público para melhor a infraestrutura; (ii) da marinha mercante por meio do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFR-MM), instituída por pelo Decreto-lei nº 2.404/1987 e posteriores modificações Decreto-lei nº 2.414/1088 e pelas Leis nº 7.742/1989 e nº 8.032/1990 e nº 10.893/2004, que visa proporcionar o desenvolvimento da indústria de construção naval; (iii) nas tarifas portuárias, denominada Adicional de Tarifa Portuária (ATP), instituída pela Lei nº 7.700/1988, sendo posteriormente extinta pela Lei nº 9.309/1996; (iv) na produção de açúcar e do álcool, por meio da Contribuição ao Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), com previsão no Decretos-leis nº 308/1967, nº 1.712/1979 e nº 1.952/1982; (v) na exportação de café, denominada Contribuição ao Instituto Brasileiro do Café – IBC, instituído no Decreto-lei nº 2.295/1986; e (vi) na educação por meio da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o apoio à Inovação, que tem por finalidade estimular o desenvolvimento tecnológico, por meio de programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

As CIDEs têm como papel primordial o estímulo e desenvolvimento de determinado setor da economia, cabendo ao Estado observar os ditames estabelecidos na ordem econômica e financeira estabelecido no artigo 170 da Constituição Federal.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 819-820.

Mas será que a tributação no atual contexto permite a atuação do Estado para exercer intervenção econômica capaz de atender os objetivos fundamentais da República?

A Constituição de 1988 confere ao Estado diversos mecanismos para intervir na economia, mas o questionamento que se faz gira em torno da eficiência desta intervenção, pois em que medida a intervenção estatal se torna capaz de regular, normatizar e fiscalizar a economia e ainda permitir que as relações privadas sejam orientadas pela livre concorrência.

No cenário brasileiro, o que se observa é justamente a ineficiência estatal para atuar no setor econômico. A história mostra que o Estado por meio de seus gestores emprega uma política pautada na corrupção, faz alianças para beneficiar determinados setores com a perspectiva de obter vantagens indevidas, enfraquecendo o Estado Democrático de Direito, burlando a livre concorrência e desmoralizando conceitos fundamentais dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Nas palavras de ZINGALE:

Numa economia socialista, o sistema político controla os negócios; num sistema de capitalismo de compadrio desse tipo, os negócios controlam o processo político. A diferença é pequena: todo modo, a concorrência está ausente e a liberdade diminui. Sem concorrência, a vida econômica se torna injusta, favorecendo os bem-relacionados.

A concorrência é o ingrediente mágico que faz o capitalismo funcionar para todos.¹⁵

Por meio da tributação o Estado concede benefícios que muitas vezes acabam favorecendo determinados grupos sociais que detêm maior poder político. Isso é facilmente perceptível porque a tributação como forma de regular a economia não reflete, por exemplo, no pequeno empresário ou mesmo em melhorias dos serviços públicos à população. Conforme menciona ZINGALE: “As deduções que conseguem ser incorporadas à legislação costumam ser aquelas que beneficiam os grupos de maior poder político”, e também “a proliferação das deduções fiscais desgasta a base da arrecadação e força uma alta alíquota marginal”¹⁶.

¹⁵ ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEA Comunicação, 2015, p. 25.

¹⁶ ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEA Comunicação, 2015, p. 185.

Nessa linha, verifica-se que a intervenção do Estado precisa ser reduzida para que a economia se autorregule, para que a livre concorrência seja o pilar do sistema econômico do país, como estabelece a própria Constituição Federal no inciso IV do artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência”. Como ZINGALE assevera:

A solução não é limitar a concorrência e os mercados, mas sim reforçá-los, e não apenas no setor privado, onde os banqueiros das firmas grades demais para falir, os produtores pouco econômicos de açúcar e etanol ou os produtores de energia “limpa” menos eficientes fazem lobby pesado para desfrutar de ganhos à custa do restante da população.¹⁷

Assim, é possível observar que as barreiras protecionistas do Estado por meio da tributação parecem não trazer a solução para a regulação da economia. No atual sistema brasileiro é possível observar que a sociedade é marcada pela desigualdade social, resultado da má gestão estatal e não do sistema capitalista, sendo que quanto mais aumenta os níveis de desigualdade, mais aumentam as intervenções no Estado na economia, piorando cada vez mais a situação do povo brasileiro.

Analisando a intervenção estatal na econômica sob o prisma dos tributos fiscais, embora estes não tenham propriamente a função de intervir na economia, cabe destacar que a função arrecadatória do Estado possui reflexos diretos no sistema econômico do País. Isso ocorre porque a arrecadação tributária tem por finalidade social a promoção do bem comum e com isso confere ao Estado a prerrogativa de intervir no setor privado para instituir tributos sobre os bens e serviços que são produzidos. E essa prerrogativa estatal, por óbvio, resvala na forma como as empresas atuam no mercado, seja na maneira como estabelecem as contratações de serviços, de funcionários diretos e indiretos, seja na fixação de preços dos produtos e também na escolha do regime tributário e até mesmo no adimplemento de suas obrigações fiscais.

O mercado é influenciado pelas inovações tecnológicas e, com isso, as empresas precisam se adaptar as modificações comportamentais da economia, fazendo-se necessário que a legislação tributária também acompanhe as

¹⁷ ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEC Comunicação, 2015, p. 25.

modificações mercadológicas com a finalidade de propiciar a livre iniciativa, a valorização do trabalho e da concorrência, institutos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Mas não é somente o empresário que acaba sendo impactado pela política econômica e fiscal. Os consumidores de bens e serviços, que representam o maior percentual da classe assalariada, sofre o maior impacto quando a concorrência é suprimida ou quando há aumento do ônus fiscal. Por isto, cabe ao Estado zelar pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, permitindo que concorrência seja imperativa no mercado e a intervenção do Estado na economia seja efetivamente a exceção.

Nessa linha, o sistema tributário precisa ser capaz de acompanhar as mudanças na economia e os incentivos muitas vezes concedidos pelo Estado não cumprem com o seu papel social, impossibilitando que a iniciativa privada exerça satisfatoriamente os meios de produção de riqueza do país, impedido a livre concorrência.

Conclusão

Diante das considerações trazidas neste artigo pode-se concluir que a intervenção do Estado na economia por meio da tributação no atual contexto brasileiro não permite que sejam atingidos os objetivos fundamentais da República. O tema provoca reflexão acerca do desalinhamento do Estado com os princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho e da concorrência.

Ora, embora o Brasil seja um país eminentemente de economia capitalista, devendo zelar pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamento da República, é possível observar que o cenário Constitucional brasileiro estabelece diversas formas de o Estado intervir na economia, seja por meio dos órgãos administrativo, seja por meio da tributação.

É possível observar que o sistema econômico brasileiro é extremamente intervencionista e acaba se distanciando dos conceitos fundamentais da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho, assim como do próprio sistema liberal. Apesar do artigo 173 da Constituição estabelecer que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, o Estado acaba interferindo na economia seja por seus órgãos, seja por meio da tributação, seja impossibilitando a autorregulação do mercado.



Muito embora seja evidente que as ideias liberais acabam por melhorar a desigualdade social é possível observar diversas inconsistências no âmbito político e uma tentativa de desestimular a livre iniciativa, impossibilitando o pleno exercício da livre concorrência do mercado.

Como menciona ZINGALES a concorrência possibilita o controle de lucros extraordinários, assim como garante que os consumidores possam ter mais benefícios com os produtos e serviços que estão a sua disposição e ainda a “concorrência cria pressão no sentido da eficiência e, portanto, da meritocracia, sistema no qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como prêmio justo”.¹⁸

Por estas razões, o “objetivo é reduzir a intervenção do governo na economia, reservando-a somente aos casos em que se tem mais chances de obter resultados melhores”, além disso, reduzir os incentivos do governo permitiria o combate ao compadrio e a indústria buscaria manter o controle sob os impostos.¹⁹

Nessa linha, a ilusão acerca da intervenção estatal na economia acaba por mover ideias protecionista a ponto de impedir que a livre concorrência atinja a sua plenitude, ocasionado excessivas barreiras regulatórias e escorçante tributação, impossibilitando o crescimento econômico e social, assim como a criação de novas tecnologias.



Referências

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Almedina, 2018.

KHAIR, Amir. *A questão fiscal e o papel do Estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013, p. 22.

MATTOS, Fernando Augusto Mansor; BASTOS, Pedro Paulo Zahluth; BARONE, Ricardo Strazzacappa. *As reformas estruturais promovidas pelo PAEG e seus efeitos distributivos*. Textos para discussão IE-UNICAMP, n. 254, 2015.

¹⁸ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015, p. 24.

¹⁹ ZINGALES, Luigi. Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015, p. 227.

MEDEIROS, Carlos Aguiar de. Desenvolvimento econômico, heterogeneidade estrutural e distribuição de renda no Brasil. *Revista Economia e Sociedade*, São Paulo, v. 13, n. 2 (23), p. 169-174, 2004.

MISES, Ludwing von. *A mentalidade anticapitalista*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MISES, Ludwing von. *Liberalismo segundo a tradição clássica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 25-50, 1998.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11º V. São Paulo: Dialética, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VARSAÑO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: IPEA, 1996. (Textos para Discussão IPEA, n. 405).

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo – Reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI Comunicação, 2015, p. 24.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicaodemotivos-149781-pl.html>.

A liberdade sindical e as práticas antissindicais: um estudo sobre o fracasso da criação de um sindicato de trabalhadores da Amazon no Alabama, EUA

*Giovana Aiello Soares da Costa*¹
*Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante*²

Resumo: O objetivo deste artigo é apresentar a situação dos trabalhadores da Amazon no Alabama (EUA), analisar a tentativa de criação de um sindicato pelos trabalhadores e como práticas antissindicais contribuíram para fracassar a tentativa de sindicalização de uma das maiores empresas de *eCommerce* no mundo – a Amazon.com, Inc.

Palavras-chave: Amazon. Entidades sindicais. Liberdade sindical. Práticas antissindicais.

Sumário: Introdução; 1. Amazon: uma gigante da tecnológica e sua dimensão laboral; 2. A liberdade sindical e as empresas de plataformas; 3. A tentativa de criação e de sindicalização dos trabalhadores da Amazon em Bessemer no Alabama; Considerações finais; Referências.

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. O Professor Doutor Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante não cursou a matéria Teoria Jurídica do Mercado, porém apoiou a discente Giovana na produção deste artigo.

Introdução

O presente artigo é um estudo de caso sobre a tentativa de criação e de sindicalização dos trabalhadores da Amazon.com, Inc. (Amazon) na cidade de Bessemer, localizada no estado do Alabama, nos EUA em 2021.

A tentativa de criar um sindicato para os mais de 6.000 trabalhadores da fábrica de Bessemer chamou a atenção da mídia nacional e internacional, tendo em vista que há inúmeros relatos e denúncias de condições de trabalho insalubres e a intensa vigilância e controle da empresa frente aos seus empregados. Além disso, importante destacar que seria a primeira vez que uma *gig economy* teria um sindicato de trabalhadores para negociar melhores condições de trabalho.

A Amazon é uma das marcas mais valiosas do mundo, cujo lucro exorbitante se intensificou durante a pandemia do COVID-19. Desde 1995 até o presente momento, suas atividades se expandiram ao redor do mundo sobretudo por meio de inteligência artificial, computação em nuvem, automação etc., que permitiram a possibilidade da colonização tecnológica e o desrespeito aos direitos trabalhistas de seus empregados.

Em que pese o sucesso empresarial da Amazon, com destaque para eficiência da logística de entregas rápidas, atendendo uma variedade de produtos (desde alimentos até livros, roupas e eletrônicos) e empregando milhares de pessoas ao redor do mundo, principalmente nos EUA, a liberdade econômica não deverá afetar negativamente as condições de trabalho, sobretudo em relação à saúde física e mental do trabalhador. Assim, a atuação empresarial deve estar em harmonia com o sistema de proteção social e laboral e não o contrário.

Nesse aspecto, a liberdade sindical é um direito fundamental do trabalhador que tem o direito de decidir sobre a criação ou não de uma entidade sindical, de se filiar ou não se filiar ao sindicato. Direito esse que não pode sofrer ingerência por parte do empregador ou até mesmo do Estado (práticas antissindicais).

1. Amazon: uma gigante da tecnológica e sua dimensão laboral

Jeff Bezos é conhecido pelo sucesso em seus negócios empresariais. Afinal, somente no primeiro trimestre de 2021, sua companhia registrou

lucro líquido de US\$ 8,11 bilhões, aumento de 219,8% comparado ao mesmo período do ano de 2020 (BARROS). Durante a pandemia do COVID-19, período em que houve uma perda equivalente a 255 milhões de postos de trabalho no ano de 2020 e a intensificação da desigualdade social³ (OIT, 2021), a Amazon surpreendeu o mercado anunciando o lucro de US\$ 21,3 bilhões, crescimento de 84,1% nos últimos 12 meses (NOBREGA).

Amazon foi criada em 1995, em Seattle, para vender livros e hoje é uma das maiores companhias de *eCommerce* do mundo que comercializa diversos produtos. É um exemplo de como “nem sempre empresa, empresário e mercado funcionam exatamente nos termos que a teoria neoclássica espera” (SANTOS).

Na visão de Edith E. T. Pensore, em sua obra *Teoria do Crescimento da Firma* (2006), a inteligência de mercado e a estratégia da tomada de decisões feitas por Jeff Bezos e demais diretores podem ser destacadas como a de um “bom empresário”, especialmente em razão da diversidade de serviços e produtos que possibilitam o crescimento da empresa e o aumento do aprendizado, superando a teoria neoclássica da economia.

Para Schumpeter (2017), a “mudança revolucionária” da empresa não se baseia apenas na necessidade de atender a demanda dos consumidores, os quais estão cada vez mais exigentes e ansiosos, mas que as mudanças devem iniciar a partir da própria indústria, que inovam e implementam tecnologias para auxiliar o processo produtivo e majorar lucros. Isso se dá por meio de combinações de novos materiais e de forças que estão ao alcance do empresário, os quais definem a execução na esfera econômica.

O que fez a Amazon se tornar uma *gig economy* e uma das mais valiosas empresas do mundo se deu pelo fato de que a sua atividade econômica se adaptou a nova estrutura de mercado demandada pela “4ª Revolução Industrial”, em ambiente em que inovações tecnológicas e a inteligência artificial são fundamentais para o *core business* e o alcance de milhões de consumidores. Tudo isso foi resultado de uma série de combinações de serviços, automação da produção e reservatório de recursos e a coleta de informações (PENSORE).

No início do século XXI, com a disseminação da *internet* às casas dos cidadãos, Jeff Bezos viu uma oportunidade de expandir seus negócios na

³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILO Monitor: covid-19 and the world of work. COVID-19 and the world of work*. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf. Acesso em: 08 maio 2021.

world wide web e soube exatamente como aproveitá-la. Como empreendedor, assumiu os riscos do mercado e trabalhou para uma administração competente e estudou afundo o mercado de livros e as vantagens e desvantagens de vendê-los em lojas físicas e em lojas virtuais. Uma das grandes diferenças encontradas por Jeff Bezos foi justamente a diversidade de catálogo de títulos: enquanto uma livraria física poderia disponibilizar 175 mil cópias, a loja virtual poderia facilmente disponibilizar milhões de opções ao consumidor (SANTOS *apud* BRANDT, 2013). Além disso, na loja virtual não haveria necessidade de estocar produtos, possuir imóveis, além de contratar um número mínimo de empregados – os custos de uma loja virtual seriam baixos em relação à loja física.

Acrescente-se a isso questões tributárias, vez que, em 1992, a Corte Americana decidiu que “os varejistas online só teriam de cobrar impostos sobre as vendas de mercadorias vendidas nos estados onde possuíssem presença física, dando a eles uma vantagem ao preço final cobrado ao cliente” (SANTOS).

A ambição de Jeff Bezos fez com que aprofundasse nos estudos de mercado *online*, de tal forma que integrou o *know-how* da expansão de negócios além dos livros e CDs: hoje, após investimento em áreas setoriais distintas e na área administrativa a companhia, a Amazon vende produtos de diversos seguimentos.

No aspecto econômico, observa-se o crescimento e expansão da produção da Amazon ocorreu de forma global. O processamento da indústria inteligente permitiu o desenvolvimento de novos produtos, garantindo uma maior vantagem comercial em relação aos concorrentes, pois a automação utilizada na cadeia produtiva otimiza o tempo, com baixo consumo de energia e diminuição de erros.

As exigências de competitividade no mercado e a demanda de consumidores fazem com que empresas como a Amazon, busquem soluções tecnológicas para suprir as demandas para organização a sua cadeia produtiva – mais eficiente e mais rápida – para que a digitalização dos processos produtivos nas fábricas por meio de sensores e sistemas de informação que têm como meta a transformação dos processos produtivos para torná-los mais eficientes (ROCHA; ZAVANELLA).

Após diversas pesquisas, fracassos financeiros e tentativa de investimento em setores administrativo, tecnológico e logístico, atualmente, a Amazon integra o acrônimo “GAFA”, as quatro maiores companhias da *internet* e

de tecnologia em geral: Google, Amazon, Facebook e Apple.⁴ Em que pesem as empresas lucrarem milhões (ou bilhões) de dólares anualmente e terem suas marcas como uma das mais desejadas no mercado, importante destacar que há diversas críticas quanto às práticas empresariais adotadas pelas companhias, sobretudo em relação à prática da livre concorrência, pagamento de tributos e direitos trabalhistas, como destacado por Steve Andriole (2018):

We loved everything about them, their leadership, their logos, their stores, their products and even their style. Always there, always cool. We looked the other way when critics pointed to offshore manufacturing, controversial labor practices, fake news, ruthless price wars, offshore cash and even questions about planned obsolescence. Love is blind.⁵

Em 2020, a Amazon possuía cerca de 1.125.300 empregados ao redor do mundo, sendo que, em épocas festivas aos finais do ano, a empresa contrata outros 100.000 empregados temporários para auxiliar na demanda, dos quais 280.000 estavam localizados nos EUA (SAINATO). No Brasil, a empresa possui cerca de 650.000 empregados distribuídos em quatro armazéns na Grande São Paulo (MACIEL).

Nos EUA, os empregados recebem salário de US\$ 15,00 por hora (equivalente a R\$ 84,00) – valor considerado acima do mercado em comparação a outros varejistas regionais, como o Walmart.

Na visão de Luigi Zingales (2015), CEO's de grandes empresas, como é o caso de Jeff Bezos, são considerados “valiosos”, na medida em que “devem ser recompensados na medida certa: esse é um dos princípios fundamentais

⁴ O acrônimo “GAFAM” foi criado pela jornalista Cécile Ducourtieux em uma matéria publicada no jornal francês *Le Monde*, em 20/12/2016. Nesta matéria, a jornalista critica as quatro gigantes da internet, eis que referidas empresas não pagam impostos suficientes ao redor do mundo. DUCOURTIEUX, Cécile. *La France esquisse des pistes pour faire payer plus d'impôts aux géants du Web*. 2016. Disponível em: https://www.lemonde.fr/economie/article/2012/12/20/la-france-esquisse-des-pistes-pour-faire-payer-plus-d-impots-aux-geants-du-web_1808875_3234.html#phG4PG6GzUfRm9Br.99. Acesso em: 08 maio 2021.

⁵ Tradução livre: “Amamos tudo sobre eles, sua liderança, seus logotipos, suas lojas, seus produtos e até mesmo seu estilo. Sempre lá, sempre legal. Olhamos para o outro lado quando os críticos apontaram para a fabricação *offshore*, práticas trabalhistas controversas, notícias falsas, guerras de preços implacáveis, dinheiro offshore e até mesmo questões sobre a obsolescência planejada. O amor é cego”. ANDRIOLE, Steve. *Big trouble for Facebook, Amazon, Google and Apple in 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/steveandriole/2018/01/03/big-trouble-for-facebook-amazon-google-apple-in-2018/?sh=21eae1a4d87>. Acesso em: 08 maio 2021.

da meritocracia e de uma economia capitalista”. No entanto, vale destacar que um CEO pode “facilmente se apropriar de uma parcela desproporcional do valor gerado pela organização como um todo”, intensificando a “desigualdade de renda e também a percepção de injustiça, situação essa que enfraquece o apoio aos livres mercados” (ZINGALES)⁶.

Sendo assim, considerando a quantidade elevada de número de empregados, importante destacar que uma empresa de grande porte – como ocorre no presente caso – deverá ficar atenta ao cumprimento das relações trabalhistas para a garantia de um ambiente salubre de trabalho.

Apesar disso, existem diversas denúncias e controvérsias trabalhistas envolvendo a Amazon, sobretudo em razão de assédio moral e de práticas antissindicais que afetam a união dos empregados e o próprio diálogo transparente com a empresa. Os problemas não se limitam apenas aos EUA, onde está localizada sua sede, mas em todos os países em que a companhia está presente.

2. A liberdade sindical e as empresas de plataformas

Durante a 26ª Conferência Geral da OIT (1944), foi aprovada a Declaração Referente aos Fins e Objetivos da OIT, instrumento conhecido como “Declaração da Filadélfia”, no qual se reafirmaram os princípios fundamentais sobre os quais repousa a OIT.

Nessa ocasião, a Conferência reafirmou os princípios fundamentais: (a) trabalho não é mercadoria; (b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um processo ininterrupto; (c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; (d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e empregados discutam, em igualdade com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando ao bem comum.

Enquanto, genericamente, suas finalidades são: (a) o pleno emprego e a melhoria do nível de vida dos trabalhadores; (b) o emprego dos trabalhadores em ocupações em que possam encontrar sua plena realização e, assim,

⁶ ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

contribuir para o bem comum; (c) o fomento da formação profissional; (d) o incremento da possibilidade de os trabalhadores participarem de forma equitativa nos frutos do progresso em matéria de salários, assegurando um salário mínimo vital; (e) a negociação livre e efetiva dos contratos coletivos de trabalho; (f) a segurança social; (g) a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores, em todas as suas ocupações; (h) a proteção da infância e da maternidade; (i) um nível adequado de alimentação, de vida e de cultura; (j) a garantia de uma igualdade de oportunidades nos campos profissional e educativo.

Em 1946, na 29ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, foi aprovada a Constituição da OIT, a qual acabou por incorporar a Declaração da Filadélfia.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10/12/1948, prevê:

Art. XXIII

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus direitos.

Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Art. XXV

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Os direitos consagrados pela Declaração Universal do Homem foram regulamentados pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelo Pacto dos Direitos Civis e Políticos e aprovados pela Assembleia-Geral da ONU em 1966.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969), em seu art. 16, ao cuidar do direito de associação, garante a todas as pessoas o direito de se associar livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

Internacionalmente, a Convenção da OIT 84 (1947) trata do direito de associação nos territórios não metropolitanos.

A Convenção da OIT 87 (1948) dispõe sobre a liberdade sindical, reconhecendo aos trabalhadores e empregadores um amplo direito de se organizarem em associações para defesa de seus interesses, sem a interferência direta ou indireta do Estado (art. 2º).

Em 1949, foi aprovada a Convenção 98, disciplinando: a proteção aos trabalhadores contra atos de discriminação antissindical; proteção das associações sindicais de empregados e empregadores contra ingerências recíprocas; e incentivos à negociação coletiva. O conteúdo da Convenção 98 não se aplica aos servidores públicos por disposição expressa (art. 6º).

Posteriormente, além de outras Convenções da OIT, a Convenção 151 (1978) tratou, de forma específica, da sindicalização no setor público, prevendo estímulo aos procedimentos de negociação coletiva e estendeu a proteção contra a discriminação antissindical e ingerência recíproca na organização de pessoal do serviço público.

A OIT, em 1998, divulgou a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, reafirmando a necessidade de os Estados-Membros, ainda que não tenham ratificado importantes Convenções, de terem o compromisso, derivado do fato de integrarem essa Organização, de respeitar, promover e tornar realidade de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, entre eles, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (item 2, *a*). Trata como princípios fundamentais.

A Declaração do Centenário da OIT (2019) destaca a preocupação com as transformações no mundo do trabalho decorrentes das Revoluções Tecnológicas e enfatiza a necessidade de uma proteção do futuro do trabalho centrada no ser humano e no trabalho decente.

Além disso, no cenário internacional, a liberdade sindical também faz parte da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) (art. 11), Carta Social Europeia (1961) (arts. 5º e 6º) e Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989)

(art. 11). A liberdade dos trabalhadores é reafirmada pelo Tratado de Amsterdã (1997).

Amauri Mascaro Nascimento (2003)⁷ considera que a liberdade sindical

é manifestação do direito de associação. Pressupõe a garantia, prevista no ordenamento jurídico, da existência de sindicatos. Se as leis de um Estado garantem o direito de associação, de pessoas com interesses profissionais e econômicos, de se agruparem em organizações sindicais, essas serão leis fundantes da liberdade sindical. Assim, liberdade sindical, no sentido agora analisado, caracteriza-se como o reconhecimento, pela ordem jurídica, do direito de associação sindical, corolário do direito de associação, portanto, liberdade sindical, nessa perspectiva, é o princípio que autoriza o direito de associação, aplicado ao âmbito trabalhista.

Ao analisar o tema, José Francisco Siqueira Neto (1999)⁸ afirma que o direito à liberdade sindical decorre do direito de reunião e de coalizão. Assim, a liberdade sindical “é, na verdade, um dos direitos fundamentais do homem, integrante dos direitos sociais, componente essencial das sociedades democráticas-pluralistas”.⁹

Em tempos implementação de inteligência artificial e automação da produção, o sindicato é uma entidade relevante para conter a precarização do ambiente de trabalho.

No entanto, desde a década de 1980, os sindicatos estavam cientes dos possíveis efeitos negativos da implementação tecnológica nas relações trabalhistas, bem como a decadência do modelo sindical. As entidades buscavam que as tecnologias fossem utilizadas como um instrumento de melhoria das funções, um benefício aos empregados, garantindo-lhes “segurança do emprego, a melhoria e condições de trabalho, a redução das horas de trabalho e a conclusão de acordos de tecnologia entre bancos e sindicatos”¹⁰.

As constantes transformações da sociedade e, conseqüentemente, das inovações e exigências do mercado, possibilitaram uma atenuação da crise do sindicalismo e uma alteração das relações de trabalho.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 3. ed., p. 140-141.

⁸ SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*, p. 29.

⁹ SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Ob. cit.*, p. 68.

¹⁰ Organização Internacional do Trabalho – OIT. *Les partenaires sociaux face au changement technologique 1982-1985*, p. 117.

Para Ricardo Antunes (2016), a diminuição do número de trabalhadores filiados em entidades sindicais “é encontrado no fosse existente entre os trabalhadores ‘estáveis’, de um lado, e aqueles que resultam de um trabalho precarizado etc., de outro”, de tal forma que “com o aumento desse abismo social no interior da própria classe trabalhadora, reduz-se fortemente o poder sindical, historicamente vinculado aos trabalhadores ‘estáveis’ e, até agora, incapaz de aglutinar os trabalhadores parciais”.

Ou seja, o modelo sindical “antiquado”, “tradicional”, moldado ao sistema corporativista não atende as necessidades dos trabalhadores engajados em uma nova Era Industrial altamente tecnológica e conectada. O modelo sindical não consegue abranger àqueles que não possuem emprego fixo, que dependem exclusivamente de um aplicativo de *smartphone* para ganhar seu salário ou que estão inseridos no desemprego estrutural.

Não há mais a união dos trabalhadores, pois estes estão cada vez mais distantes e dispersos entre si – há uma individualização do trabalho. Na visão de Ricardo Antunes (2016), “a fragmentação, heterogeneização e complexificação da *classe-que-vive-do-trabalho* questiona na raiz o sindicalismo tradicional e dificulta a organização sindical de outros segmentos que compreendem a classe trabalhadora”.

O processo de automação e outros avanços tecnológicos como a robótica e inteligência artificial contribuíram para emancipar a crise sindical, “desde que não seja regida pela lógica destrutiva do sistema produtor de mercadorias, mas sim pela sociedade do tempo disponível e da produção de bens socialmente úteis e necessários” (ANTUNES, 2016). Ricardo Antunes complementa, ainda, citando Mandel (2016, p. 105):

Marx opõe o potencial emancipador da automação e da robótica, sua capacidade de aumentar grandemente o tempo livre para ser humano, que se refere ao tempo para o florescimento da personalidade humana em sua totalidade, frente às suas tendências opressivas sob o capitalismo. E acrescenta que numa sociedade de classes, a apropriação do sobreproduto social pelos produtores associados significará, ao contrário, uma redução radical do tempo do trabalho (do trabalho necessário) para todos, um aumento radical do tempo livre para todos e, portanto, a desapareção da divisão social do trabalho entre administradores e produtores, entre aqueles e aquelas que têm acesso a todos os conhecimentos e aqueles e aquelas que estão separados da maior parte do saber.

Diante da fragilidade do modelo sindical no atual cenário do mercado, sobretudo com o advindo de novas tecnologias e conseqüentemente, de

novas formas de trabalho, é necessário compreender a importância do papel dos sindicatos no diálogo entre trabalhadores e as grandes empresas de plataforma e de tecnologia, como é o caso da Amazon.

As negociações coletivas devem estar pautadas nas reais necessidades dos trabalhadores, sobretudo em razão da prevenção e manutenção de um ambiente de trabalho sadio, que respeite a dignidade do empregado.

3. A tentativa de criação e de sindicalização dos trabalhadores da Amazon em Bessemer no Alabama

A pequena cidade de Bessemer, localizada no estado do Alabama (EUA), foi palco de discussão mundial no início do ano de 2021. Com 26.472 habitantes em 2019, Bessemer foi eleita a “A Pior Cidade do Alabama Para se Viver” pelo portal de notícias financeiras *24/7 Wall Street*, destacando que 29,7% da população se encontra na linha da pobreza, além dos altos índices de violência e criminalidade na região (STEBBINS).

Mas foi justamente nessa cidade que a Amazon anunciou a construção de um novo centro de distribuição de 74.000 m² no valor de US\$ 325 milhões em junho de 2018. A oportunidade foi recebida com muito entusiasmo por parte dos governantes e moradores da região, já que inicialmente criaria 1.500 novos postos de trabalho.

Atualmente, a Amazon emprega cerca de 6.000 empregados somente em Bessemer, com o salário de US\$ 15 dólares por hora, considerado elevado comparado ao salário-mínimo do Alabama, além de fornecer um plano de assistência médica.¹¹

Em que pese o entusiasmo da geração de novos empregos e o desenvolvimento regional, diversos empregados passaram a denunciar em redes sociais e em portais de notícias as condições insalubres no ambiente de trabalho, bem como o constante assédio moral e práticas antissindiais adotadas descaradamente pela companhia.

¹¹ “Under the Alabama Jobs Act, Amazon will receive a jobs credit and an investment credit from the state to facilitate the project, along with workforce development assistance. The estimated value of the jobs credit is \$15.5 million over 10 years. The investment credit has an estimated value of \$26.2 million over 10 years.” EDGEMON, Erin. *The deal is done: Amazon to bring 1,500 jobs to Bessemer.* . 2019. Disponível em: https://www.al.com/news/birmingham/2018/06/the_deal_is_done_amazon_to_bri.html. Acesso em: 15 maio 2021.

O jornal espanhol *El País*, em matéria publicada no dia 28/02/2021 pela jornalista María Antonia Sánchez-Vallejo, relata que os empregados de Bessemer reportaram que a Amazon retira os celulares durante os turnos, há uma intensa fiscalização de idas ao banheiro e o período de intervalo para refeições, os atrasos são descontados e podem desencadear uma demissão por justa causa.¹²

Outros empregados denunciaram ao jornal *The Intercept* que a Amazon tinha ciência de que seus entregadores urinam em garrafas e defecam em sacolas plásticas em razão da excessiva cobrança por cumprimento de metas: “a prática era conhecida pela gerência, que a identificou como uma infração recorrente, mas nada fez para aliviar a pressão responsável por tais situações” (KLIPPENSTEIN).

Na matéria publicada no jornal inglês *The Guardian* (2019), o jornalista Michael Sainato entrevistou alguns trabalhadores que relataram a necessidade de criar um sindicato para combater as precárias condições de trabalho as quais são submetidos. Um deles, o selecionador Rashad Long afirmou que os empregados são sobrecarregados de tarefas em longos turnos de trabalho, há muita pressão para cumprimento de metas e falta de segurança nos corredores dos centros de distribuição. Na matéria, Long comenta:

We are not robots. We are human beings. We cannot come into work after only four hours of sleep and be expected to be fully energized and ready to work. That's impossible. I feel like all the company cares about is getting their products out to the customers as quickly humanly as possible, no matter what that means for us workers in the end.¹³

Há relatos que o processo de automação impede que os empregados tenham pausas para descanso e até para beber água. Darryl Richardson, empregado do setor de no almoxarifado, foi um dos pioneiros no movimento sindical e explica que a execução da tarefa feita pelo robô é tão rápida que

¹² SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. *A luta sindical que a Amazon quer sufocar*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-02-28/a-luta-sindical-que-a-amazon-quer-sufocar.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹³ Tradução livre: “Nós não somos robôs. Nós somos seres humanos. Eles não podem esperar que estejamos totalmente energizados e prontos para trabalhar depois de apenas quatro horas de sono. Isso é impossível. Eu sinto que toda a empresa se preocupa em levar seus produtos aos clientes o mais rápido possível, não importa o que isso signifique para nós, trabalhadores, no final?”. <https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/01/amazon-fulfillment-center-warehouse-employees-union-new-york-minnesota>.

“you go get some water, you can't pause your time, and you get docked, because you aren't scanning”.¹⁴

Em verdade, as denúncias de violações de direitos trabalhistas percorrem em outros centros de distribuição em escala global da Amazon. Em novembro de 2020, greves foram organizadas em Bangladesh, Índia, Austrália, Espanha, Polônia, Reino Unido e Alemanha com a bandeira “Make Amazon Pay”.

Para Luigi Zingales (2015), quem responde pela apropriação desproporcional do valor gerado pela empresa por parte de seus altos executivos são os trabalhadores, considerados pelo autor como “perdedores”. Segundo o economista:

Como os perdedores responderão? Até o momento, a resposta política foi bastante abafada, pois a maior parte do fardo suportado por trabalhadores de baixa qualificação, sem ensino superior, que contam com uma voz política relativamente fraca. Essas foram as pessoas afetadas de maneira negativa pela concorrência estrangeira e terceirização, e menos beneficiadas pelas grandes recompensas distribuídas numa economia de superastros.¹⁵

Mesmo após inúmeras denúncias e tentativas fracassadas de sindicalização em 2014 e em 2020 nos EUA, vale destacar que a até hoje nenhum empregado estadunidense da Amazon está filiado a uma entidade sindical.¹⁶

Na visão de Jan Pełkala, que exerce a função motorista de empilhadeira da Polônia, a falta de organização sindical se dá justamente pela política de “rotatividade dos trabalhadores” dentro da empresa.¹⁷ Quando há grande rotatividade de empregados, ocorre uma maior individualização e o afastamento do pensamento do “bem coletivo”.

¹⁴ Tradução livre: “Você vai buscar um pouco de água, não pode pausar seu tempo e é encaixado, porque não está digitalizando”. DZIEZA, Josh. *Alabama warehouse workers prepare to face down Amazon in union vote*. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/2/8/22272213/amazon-union-bhm1-alabama-rwdsu-vote-begins>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁵ ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

¹⁶ Vale ressaltar que em 2020, apenas 10,8% dos estadunidenses são filiados a um sindicato e não são obrigados a contribuir com uma taxa assistencial – número em decadência comparado os últimos 50 anos (SÁNCHEZ-VALLEJO).

¹⁷ LENNARD, Natasha. *Trabalhadores da Amazon estão organizando uma luta global*. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/12/08/trabalhadores-da-amazon-estao-organizando-uma-luta-global/>. Acesso em: 11 maio 2021.

Após um ano de inauguração do centro de distribuição de Bessemer e após o aumento de casos de COVID-19, em outubro de 2020, os empregados resolveram se unir na tentativa de criar um sindicato para representar seus interesses em negociações coletivas e garantir melhores condições de trabalho. É maior “tentativa sindical na empresa desde a sua fundação em 1995”, e por tal razão, o movimento chamou a atenção ao redor do mundo.¹⁸

A Amazon não aprovou a iniciativa dos trabalhadores. A empresa alega, entre outras coisas, que “já oferece aos seus empregados o que os sindicatos exigem: subsídios, oportunidade de desenvolvimento e um salário que parte dos 15 dólares (84 reais) por hora”¹⁹. Por isso, a empresa já oferece todos os benefícios necessários e as melhores condições de trabalho.

Em que pese o salário de US\$ 15 por hora ser considerado elevado em comparação aos salários de outras empresas do Alabama, que é em média US\$ 7,25 por hora, isto não significa necessariamente que as demais condições de trabalho serão igualmente vantajosas. Para a empregada Lafonda Townsend, a empolgação do salário “foi antes de ver como é difícil. A sala de descanso fica muito longe e é preciso comer como um prisioneiro, super-rápido, para voltar a tempo porque se você chega um minuto atrasado, conta como uma hora que não te pagam”²⁰.

Com isso, a Amazon começou adotar práticas tidas antissindicais, com violação do princípio da liberdade sindical, ou seja, a adotar as práticas que afetam ou prejudicam o exercício da atividade sindical em qualquer uma das suas dimensões (URIARTE). Internacionalmente, entre as diversas práticas antissindicais, tem-se a cláusula *yellow dog contracts* (o empregado se compromete a não se filiar ao sindicato para ser admitido ou para se manter no emprego), *company unions* (sindicatos de trabalhadores controlados pelo empregador), *closed shop* (empresas que só contratam empregados

¹⁸ SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. *A luta sindical que a Amazon quer sufocar*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-02-28/a-luta-sindical-que-a-amazon-quer-sufocar.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹ SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. *A luta sindical que a Amazon quer sufocar*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-02-28/a-luta-sindical-que-a-amazon-quer-sufocar.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁰ FRANCE-PRESSE, Agence. *Votação histórica sobre primeiro sindicato da Amazon nos EUA chega ao fim*. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2021/03/29/votacao-historica-sobre-primeiro-sindicato-da-amazon-nos-eua-chega-ao-fim.htm?cmpid=copiaccola>. Acesso em: 15 maio 2021.

sindicalizados), *union shop* (contratação de empregado não sindicalizado ou que se sindicaliza depois de um certo lapso de tempo), *maintenance of membership* (o empregado deve manter-se filiado ao sindicato durante a vigência de uma convenção coletiva) etc.

Nos EUA, Alice Monteiro de Barros (1999) compreende que as “práticas desleais” e a intervenção patronal são proibidas por lei:

Por outro lado, as práticas desleais, cuja origem encontra-se na Lei Nacional de Relações de Trabalho, de 1935, nos EUA, conhecida como lei Wagner, são determinadas condutas patronais, entre elas atos de ingerência nas organizações dos trabalhadores, obstrução do exercício dos direitos sindicais, atos de discriminação antissindicais e recusa de negociar coletivamente, hipóteses ampliadas pela jurisprudência. Em seguida, a lei Taft-Hartley inclui entre as práticas desleais, determinadas condutas das organizações de trabalhadores, em prejuízo desses últimos, entre elas o uso da violência, da intimidação, da represália e da recusa em negociar. Aponta-se como um dos traços distintivos entre o “foro sindical” e as “práticas desleais”, a bilateralização ocorrida nestas e, em geral, ausente naquele, cuja técnica é unilateral, fruto de legislação escrita de cunho tutelar. [...] Nos EUA, as sanções compreendem ainda a publicidade nos locais de trabalho ou em jornais, das decisões administrativas ou judiciais sobre atos de discriminação antissindicais para que o fato seja divulgado e cessem as condutas dessa natureza.

Para burlar a Convenção nº 98, da OIT, a Amazon foi nas entrelinhas da Lei Taft-Hartley²¹ para buscar meios de intervenção da organização sindical. Uma das táticas adotadas pela empresa é realizar reuniões denominadas “audiências cativas” que os empregados eram obrigados a participar durante o expediente, oportunidade em que lhe eram informadas as “vantagens” da não filiação a um sindicato. Para Benjamin Sachs (2021), professor de Trabalho e Indústria da Faculdade de Direito de Harvard, explica que “parte do problema é que a lei dá ao empregador muita latitude para interferir [...] portanto, o sindicato não pode contestar muito do que a Amazon fez, como reuniões, porque a lei diz que o empregador tem o direito de fazer isso”.²²

²¹ A Lei das Relações de Gestão do Trabalho, ou Lei Taft-Hartley, é uma lei federal de 1947 que proíbe determinadas práticas antissindicais.

²² BRANDOM, Russell. *Unionizing Amazon warehouses was never going to be easy*. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/4/10/22377142/besmer-amazon-labor-union-loss-warehouse-rwdsu>. Acesso em: 15 maio 2021.

O Sindicato do Varejo, Atacado e Loja de Departamentos (“RWD-SU”) denunciou no Conselho Nacional de Relações de Trabalho que a Amazon estaria ameaçando alguns empregados com demissões arbitrárias caso votassem pela formação de sindicato, bem como de encerrar as operações em Bessemer. Em resposta, a empresa alegou que estava apenas exercendo seu poder diretivo, sem qualquer óbice à lei trabalhista.²³

Outra tentativa de “convencer” seus empregados a não aderirem à ideia e se sindicalizarem foi abordar o assunto financeiro. No final de dezembro, a empresa lançou uma campanha massiva com o *slogan* “#doitwithoutdues” (“faça isto sem taxas”, em tradução livre) e no *site* <https://www.doitwithoutdues.com/> (atualmente fora do ar) onde constava a seguinte mensagem:

Hey BHM1 DOERS, why pay almost \$500 in dues? We've got covered with high wages, health care, vision, and dental benefits, as well as a safety committee and an appeals process. There's so much MORE you can do for you career and your Family without paying dues. VOTE NOW.²⁴

Em que pese o *site* da campanha estar atualmente fora do ar, usuários da plataforma de discussão *online* Reddit salvaram alguns *slogans* voltados aos “Doer” (como denominam os empregados da Amazon)²⁵, senão vejamos:

²³ WILLIAMS, Annabelle. *Union objects to Amazon election and accuses the company of threatening layoffs ahead of the vote. Amazon says it followed all laws*. 2021. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/union-files-objections-against-amazon-over-union-vote-bessemer-alabama-2021-4>. Acesso em: 12 maio 2021.

²⁴ Tradução livre: “Ei, BHM1 DOERS, por que pagar quase US\$ 500 em dívidas? Temos altos salários, assistência médica, visão e benefícios odontológicos, bem como um comitê de segurança e um processo de apelação. Há muito MAIS que você pode fazer por você e sua família sem pagar dívidas. VOTE AGORA”.

²⁵ https://www.reddit.com/r/LateStageCapitalism/comments/l62ggs/amazon_antiunion_website_doitwithoutduescom/. Acesso em: 16 maio 2021.

Figura 1. “Faça isto sem taxas” (tradução livre).



Fonte: Reddit, 2021.

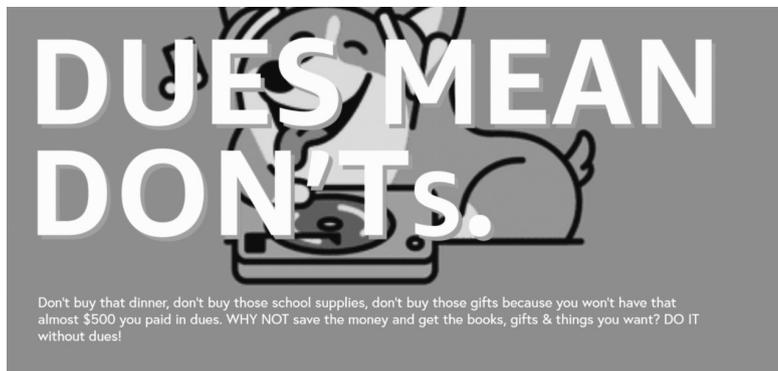
Figura 2. “Seja um DOER, não um devedor” (tradução livre).



Fonte: Reddit, 2021.

Se você estiver pagando taxas... será **RESTRITIVO**, o que significa que não será fácil ser tão prestativo e sociável uns com os outros. Portanto, seja um **DOER**, seja amigável e faça as coisas em vez de pagar as taxas.

Figura 3. “Taxas significam *não fazer*” (tradução livre).



Fonte: Reddit, 2021.

Não compre aquele jantar, não compre aqueles materiais de escola, não compre esses presentes porque você não terá aqueles quase US\$ 500 que pagou em taxas. POR QUE NÃO economizar dinheiro e comprar os livros, presentes e coisas que deseja? FAÇA-O sem dívidas!

O principal objetivo da campanha é convencer os empregados do “desperdício de dinheiro” com as contribuições sindicais, pois teoricamente a Amazon oferece todos os benefícios necessários, não havendo necessidade de negociação coletiva. Note-se que Amazon aposta no próprio sistema capitalista – da capacidade de compra do empregado – para conquistar o bem material que deseja, o qual estaria em primeiro lugar em relação ao bem-estar coletivo.

Além do *site*, em diversos locais do centro de distribuição de Bessemer, a Amazon reproduzia uma série de avisos contra a iniciativa de sindicalização, inclusive nos banheiros, reiterando que a companhia oferece todos os benefícios necessários para os seus empregados²⁶:

²⁶ <https://monkeyviral.com/amazon-must-not-interfere-with-us-union-effort-say-investors/>. Acesso em: 16 maio 2021.

Figura 4. “Sindicatos não podem. Nós podemos” (tradução livre).



Fonte: Monkey Viral News, 2021.

Diariamente a empresa encaminhava mensagens de texto aos celulares pessoais dos empregados, dizendo-lhes para votar “não” na filiação do sindicato, pois a entidade é um negócio que tira dinheiro de seu contracheque para se financiar e outras mensagens antissindicais, de acordo com imagens obtidas pelo *The Verge*²⁷.

A Amazon também tentou impedir a votação via *internet*, mas a Justiça estadunidense recusou o pedido²⁸.

A votação inclusive teve apoio de políticos como o senador Bernie Sanders o atual presidente Joe Biden, no qual se manifestou favorável ao movimento sindical: “Vou ser claro: não cabe a mim decidir se alguém deve ou não se filiar a um sindicato. Mas vou ser ainda mais claro: isso também não cabe ao empregador. A decisão é apenas dos trabalhadores”.²⁹

²⁷ DZIEZA, Josh. *Alabama warehouse workers prepare to face down Amazon in union vote*. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/2/8/22272213/amazon-union-bhm1-alabama-rwdsu-vote-begins>. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁸ SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. *A luta sindical que a Amazon quer sufocar*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-02-28/a-luta-sindical-que-a-amazon-quer-sufocar.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁹ BARROS, Carlos Juliano. *Por que o mundo está de olho no sindicato de funcionários da Amazon nos EUA*. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/>

Finalmente, em 30/03/2021, iniciou-se a votação da criação do Sindicato do Varejo, Atacado e Loja de Departamentos (“RWDSU”), com representação dos trabalhadores da Amazon nos EUA, cuja contagem de votos findou em 09/04/2021. O resultado da votação poderia abrir precedentes para as demais gigantes da tecnologia.

O resultado surpreendeu o mundo: em que pesem as diversas denúncias de violações trabalhistas no ambiente de trabalho, a grande maioria dos empregados optou por não se filiar a um sindicato. A Junta Nacional de Relações Trabalhistas constatou que dos 3.215 votos, 1.798 empregados votaram “não”, o que corresponde cerca de 70%, em face de demais 738 que votaram em “sim”, além de outras 500 cédulas foram consideradas “inelegíveis”.³⁰

A central sindical RWDSU, que liderou o movimento, atribuiu a derrota à massiva campanha antissindical adotada pela empresa e, de acordo com seu presidente, Stuart Appelbaum, os fiscais federais deverão investigar a Amazon “por criar uma atmosfera de confusão, coerção e/ou medo de represálias” e que vai recorrer na justiça. O “terrorismo” psicológico, discriminação e o medo do desemprego deixaram diversos trabalhadores inseguros da filiação. Ainda, Stuart Appelbaum, “o nosso sistema [sindical] está quebrado, e a Amazon tirou proveito disso”.³¹

Outro motivo que pode ter contribuído para o resultado negativo foi a indecisão dos votos dos empregados mais jovens que não estão acostumados com o movimento sindical.³²

Após o resultado das eleições no Alabama, o CEO Jeff Bezos se pronunciou por meio de uma carta aberta e admitiu que a *eCommerce* deverá oferecer um melhor ambiente de trabalho para seus empregados. Para o líder sindical Stuart Appelbaum, o pronunciamento de Bezos “demonstra o que temos dito sobre as condições do local de trabalho está correto”, mas

carlos-juliano-barros/2021/03/16/por-que-o-mundo-esta-de-olho-no-sindicato-de-funcionarios-da-amazon-nos-eua.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 07 maio 2021.

³⁰ TRABALHADORES, União Geral dos. *Mesmo com apoio do Partido Democrata, trabalhadores fracassam em criar primeiro sindicato da Amazon nos EUA*. 2021. Disponível em: <https://ugt.org.br/post/37500-Mesmo-com-apoio-do-Partido-Democrata-trabalhadores-fracassam-em-criar-primeiro-sindicato-da-Amazon-nos-EUA>. Acesso em: 16 maio 2021.

³¹ *Op. cit.*

³² MEDINA, Daniel A. *Some younger Amazon workers in Bessemer, new to unions, are still undecided*. 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2021/03/23/amazon-union-bessemer-bernie-sanders/>. Acesso em: 08 maio 2021.

acredita que “não mudará nada, os trabalhadores precisam de um sindicato, não apenas mais um esforço de relações públicas da Amazon no controle de danos”.³³

Vale destacar que, conforme previsto o art. 1º da Convenção nº 98 da OIT, nenhum trabalhador está obrigado a se filiar a uma entidade sindical. Esta escolha é de caráter personalíssimo, ou seja, o trabalhador tem o livre arbítrio para se filiar com base em seus próprios princípios e avaliar se sente representado pelo sindicato. A escolha de não se filiar a um sindicato *também é liberdade sindical* – o que não pode ocorrer, todavia, é a pressão externa do Estado ou de seus empregadores, como ocorreu no caso da Amazon no Alabama.

Para Firmino Alves Lima (2015), a Convenção nº 98 da OIT abrange aspectos da *common law* e *civil law*, “enunciada em dois grupos de condutas antissindicais principais”:

O primeiro é aquela conduta contra o indivíduo propriamente dito, ou seja, proteger o trabalhador de atitudes que lhe venham a prejudicar seus direitos, aí incluído o dirigente sindical. O segundo protege contra os atos que ameacem, senão inviabilizem, a instituição sindical, também conhecido como atos de ingerência ou práticas desleais.³⁴

Evidente que as práticas antissindicais adotadas pela *eCommerce* trouxeram dúvidas e desgaste aos trabalhadores, eis que foram altamente influenciados pelo medo e insegurança de perder emprego ou de serem discriminados, sobretudo em período de pandemia.

Em verdade, o sistema sindical está em um processo de falência desde a década de 80. No entanto, dado aos abusos e a expansão descomunal das empresas gigantes de tecnologia, o diálogo sindical entre trabalhadores e empregadores é essencial para a garantia do bem-estar do ambiente de trabalho.

³³ GREENE, Jay. *Bezos acknowledges Amazon needs to do 'a better job' for employees after union vote*. 2021. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/04/15/amazon-bezos-employees-bessemmer/>. Acesso em: 04 maio 2021.

³⁴ LIMA, Firmino Alves. A repressão dos atos antissindicais na ótica da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, v. 46, n. 0, p. 145-168, jun. 2015. Semestral. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100766/2015_lima_firmino_repressao_atos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 maio 2021.

O direito à informação também é importante para garantir a transparência das relações de trabalho. Nesse aspecto, o direito de informação³⁵ deverá abranger, desde os projetos de implementação tecnológica, alterações do processo de produção, uso de inteligência artificial que de alguma forma possa impactar na estrutura funcional empresarial, na vida profissional e a dignidade dos trabalhadores.

Uma empresa que no primeiro trimestre de 2021 registrou lucro líquido histórico de US\$ 8,11 bilhões deveria se preocupar com a saúde física e mental de seus empregados, como bem alertou o CEO Jeff Bezos. A liberdade econômica da empresa não poderá ser mais importante do que a saúde do trabalhador.

Diante dos inúmeros problemas estruturais da Amazon e seus impactos laborais, o sindicato seria um importante ator social para a garantia de melhores condições de trabalho, inserindo na pauta de reivindicação e modernizarem o processo de diálogo com o empregador.

É claro que o modelo sindical atual deverá passar por algumas reformas, sobretudo na questão da organização interna e a intensificação da representatividade dos trabalhadores, mas ainda é considerado um ator social fundamental para a manutenção das relações de emprego.

As relações de trabalho já mudaram com as inovações tecnológicas e a luta obreira não pode ficar atrelada a uma realidade encoberta por uma falsa sensação e que “está tudo sob controle” (do empregador). Se o trabalhador confia mais no empregador do que seus próprios colegas de classe, *há algo de podre no reino da Dinamarca*.

Considerações finais

A votação da sindicalização dos trabalhadores da Amazon na cidade de Bessemer, no estado do Alabama, EUA, foi um movimento social

³⁵ Para a OIT, o acesso às informações nas negociações coletivas de trabalho está previsto na Recomendação 163 (1981). O direito de os representantes dos trabalhadores serem informados e consultados em caso de dispensa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos está previsto no artigo 13 da Convenção 158 (1982). A Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, prevê que os Estados-membros se comprometem a garantir a negociação coletiva entre empregadores e os trabalhadores além dos esforços na aplicação de sistemas justos e eficientes de consulta e de colaboração entre os setores da produção, considerando a proteção dos interesses de toda a sociedade (art. 45, “c” e “d”).

histórico e é considerado como a primeira tentativa de organização sindical de uma *gig economy* estadunidense, sendo um destaque na mídia nacional e internacional.

A Amazon é uma das empresas mais valiosas do mundo e sua expansão comercial é um *case* de sucesso. A utilização de tecnologias e inteligência artificial, aliada a uma inteligência de mercado, proporcionaram à empresa lucros substanciais, que deixaram o CEO Jeff Bezos no pódio do homem mais rico do mundo.

No entanto, o imperialismo tecnológico da Amazon é marcado por inúmeras denúncias das péssimas condições de trabalho. Diversos empregados se queixaram do constante assédio moral, vigilância, cobrança excessiva de metas e a não usufruição do intervalo para descanso e refeição.

Em que pese o sucesso empresarial da Amazon, que revolucionou o *eCommerce* ao redor do mundo, a liberdade econômica não deverá afetar negativamente as condições de trabalho, sobretudo em relação à saúde física e mental do trabalhador. Desta forma, compete ao empregador garantir as melhores condições de trabalho aos seus empregados, respeitando sua dignidade, inclusive se os trabalhadores optarem por formar um sindicato que dialogue diretamente com a empresa.

A liberdade sindical é um direito fundamental dos trabalhadores em criarem ou não uma entidade sindical, bem como se filiar ou se desfiliar dos sindicatos, a qual não pode sofrer pressão ou influência por parte do empregador (prática antissindical).

As inovações tecnológicas proporcionaram a criação de novas empresas e novos meios de produção e comercialização de produtos. Consequentemente, também mudaram as relações de trabalho. Ao contrário do que faz crer algumas companhias, em que pese o desgaste do modelo atual, que deverá passar urgentemente por uma reforma, o sindicato continua sendo um importante ator social para a garantia de melhores condições de trabalho, reivindicando e modernizando o processo de diálogo com o empregador.

A tentativa de sindicalização dos trabalhadores do centro de distribuição da Amazon na cidade de Bessemer foi um importante começo da luta dos trabalhadores frente à exploração das gigantes tecnológicas. Em que pese a derrota neste primeiro momento, o mundo foi testemunha que os trabalhadores podem se unir para contestar seus direitos que vão muito além de um salário de US\$ 15 por hora.

Referências

ANDRIOLE, Steve. *Big trouble for Facebook, Amazon, Google and Apple in 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/steveandriole/2018/01/03/big-trouble-for-facebook-amazon-google-apple-in-2018/?sh=21eae1a4d87>. Acesso em: 08 maio 2021.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?*: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. Condutas anti-sindicais – procedimento. *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 59, n. 29, p. 29-44, jun. 1999. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_59/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

BARROS, Carlos Juliano. *Por que o mundo está de olho no sindicato de funcionários da Amazon nos EUA*. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/carlos-juliano-barros/2021/03/16/por-que-o-mundo-esta-de-olho-no-sindicato-de-funcionarios-da-amazon-nos-eua.htm?cmpid=co-piaecola>. Acesso em: 07 maio 2021.

BRANDOM, Russell. *Unionizing Amazon warehouses was never going to be easy*. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/4/10/22377142/bes-sumer-amazon-labor-union-loss-warehouse-rwdsu>. Acesso em: 15 maio 2021.

CHOHFI, Thiago; CHOHFI, Marcelo Chaim. *Relações sindicais e negociações trabalhistas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DUCOURTIEUX, Cécile. *La France esquisse des pistes pour faire payer plus d'impôts aux géants du Web*. 2016. Disponível em: https://www.lemonde.fr/economie/article/2012/12/20/la-france-esquisse-des-pistes-pour-faire-payer-plus-d-impots-aux-geants-du-web_1808875_3234.html#ph-G4PG6GzUfRm9Br.99. Acesso em: 08 maio 2021.

DZIEZA, Josh. *Alabama warehouse workers prepare to face down Amazon in union vote*. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/2/8/22272213/amazon-union-bhm1-alabama-rwdsu-vote-begins>. Acesso em: 10 maio 2021.

EDGEMON, Erin. *'The deal is done': Amazon to bring 1,500 jobs to Bessemer*. 2019. Disponível em: https://www.al.com/news/birmingham/2018/06/the_deal_is_done_amazon_to_bri.html. Acesso em: 15 maio 2021.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *A proteção contra os atos anti-sindicais*. Tradução: Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

FRANCE-PRESSE, Agence. *Votação histórica sobre primeiro sindicato da Amazon nos EUA chega ao fim*. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2021/03/29/votacao-historica-sobre-primeiro-sindicato-da-amazon-nos-eua-chega-ao-fim.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 15 maio 2021.

GREENE, Jay. *Bezos acknowledges Amazon needs to do 'a better job' for employees after union vote*. 2021. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/04/15/amazon-bezos-employees-bessemer/>. Acesso em: 04 maio 2021.

KLIPPENSTEIN, Ken. *Amazon sabe que os entregadores urinam em garrafas e defecam em sacolas, diz documento*. 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2021/03/29/amazon-entregadores-urinam-em-garrafas/>. Acesso em: 16 maio 2021.

LENNARD, Natasha. *Trabalhadores da Amazon estão organizando uma luta global*. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/12/08/trabalhadores-da-amazon-estao-organizando-uma-luta-global/>. Acesso em: 11 maio 2021.

LIMA, Firmino Alves. A repressão dos atos antissindicais na ótica da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, v. 46, n. 0, p. 145-168, jun. 2015. Semestral. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100766/2015_lima_firmino_repressao_atos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 maio 2021.

MACIEL, Luiz. *Conheça a chefe do RH da Amazon, que comanda 650 mil funcionários*. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/11/quanto-mais-desafios-melhor.html>. Acesso em: 12 maio 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MEDINA, Daniel A. *Some younger Amazon workers in Bessemer, new to unions, are still undecided*. 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/2021/03/23/amazon-union-bessamer-bernie-sanders/>. Acesso em: 08 maio 2021.

NOBREGA, Ighor. *Lucro da Amazon salta 120% no 4º trimestre de 2020*. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/tecnologia/lucro-da-amazon-salta-120-no-4o-trimestre-de2020/#:~:text=2020%20positivo,6%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019>. Acesso em: 07 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. *Convenção nº 87, de 04 de julho de 1950*. São Francisco, [1950]. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao087.pdf>. Acesso em: 12 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. *Convenção nº 98, de 18 de julho de 1951*. Genebra, [1951]. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao098.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILO Monitor: covid-19 and the world of work*. COVID-19 and the world of work. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf. Acesso em: 08 maio 2021.

PENROSE, E. *Teoria do crescimento da firma*. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

ROCHA, Marcelo Oliveira; ZAVANELLA, Fabiano (Org.). *O primeiro ano de vigência da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): reflexões e aspectos práticos*. São Paulo: LTr, 2018.

SAINATO, Michael. *'We are not robots': Amazon warehouse employees push to unionize*. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/01/amazon-fulfillment-center-warehouse-employees-union-new-york-minnesota>. Acesso em: 12 maio 2021.

SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia. *A luta sindical que a Amazon quer sufocar*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-02-28/a-luta-sindical-que-a-amazon-quer-sufocar.html>. Acesso em: 10 maio 2021.

SANTOS, Vinicius Batista dos. *Desenvolvimento das empresas de internet: estudo de caso da amazon.com*. 2013. 46 f. TCC (Graduação) – Curso de Economia, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1733/1/VBSantos.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

SCHUMPETER, J. A *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

STEBBINS, Samuel. *Worst city to live in every state*. 2019. Disponível em: <https://247wallst.com/special-report/2019/07/22/worst-cities-to-live-in-every-state-4/2/>. Acesso em: 15 maio 2021.

TRABALHADORES, União Geral dos. *Mesmo com apoio do Partido Democrata, trabalhadores fracassam em criar primeiro sindicato da Amazon nos EUA*. 2021. Disponível em: <https://ugt.org.br/post/37500-Mesmo-com-apoio-do-Partido-Democrata-trabalhadores-fracassam-em-criar-primeiro-sindica-to-da-Amazon-nos-EUA>. Acesso em: 16 maio 2021.

URIARTE, Oscar Ermida. *A proteção contra os atos antissindicais*. São Paulo: LTr, 1989.

WILLIAMS, Annabelle. *Union objects to Amazon election and accuses the company of threatening layoffs ahead of the vote. Amazon says it followed all laws*. 2021. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/union-files-objections-against-amazon-over-union-vote-bessemer-alabama-2021-4>. Acesso em: 12 maio 2021.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. Tradução: Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.



Cartel em licitação

*Isabella Galbieri Agria*¹

Resumo: O Estado Brasileiro realiza contratações de empresas particulares para fornecer produtos e serviços através de licitações abertas ao público, as quais devem garantir isonomia e igualdade de condições a todos os concorrentes. Isso porque o objeto deverá ser licitado sempre pelo menor preço viável para, então, o produto ou serviço ser implementado na sociedade e realocado da maneira mais apropriada e precisa possível, sem favorecer qualquer empresa, respeitando-se elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência. Faz-se, portanto, fundamental que as licitações sejam transparentes e econômicas, o que não ocorre quando identificamos a ocorrência de cartéis nos certames públicos, a partir dos quais empresas que deveriam concorrer entre si se coadunam com o intuito de fraudar a licitação, lesar o erário e a sociedade, favorecendo-se em detrimento do desenvolvimento social por meio de diversas práticas e condutas que serão abordadas no presente estudo.

Palavras-chave: Cartel. Licitação pública. Contratações públicas. Competitividade.

Sumário: Introdução; 1. A concorrência como forma de garantia dos princípios basilares do estado democrático de direito; 2. Cartel em licitação: licitantes como protagonistas desta espécie de fraude vitimando o Estado; 3. Os princípios administrativos violados quando da formação de cartel em licitação; 4. Formas de praticar cartel em licitação; 5. Casos práticos da

¹ Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduação em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. <http://lattes.cnpq.br/6467635499729816>. E-mail: isabellagalbieriadv@gmail.com.

identificação de cartel em licitação; 5.1. Cartel das Ambulâncias; 5.2 Cartel do Lixo; Considerações finais; Referências.

Introdução

No Brasil, quando o Poder Público se vê necessitado de um serviço ou de um produto que precisa ser fornecido ou prestado por um particular, é aberto um procedimento licitatório que, via de regra, precisa proporcionar aos candidatos igualdade de condições competitivas para que a oferta mais vantajosa seja eleita e o particular que a ofertou se sagre vencedor do certame. Isso porque, anualmente, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, todos os entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), designam um expressivo volume de recursos para adquirir bens e serviços necessários para o desenvolvimento de suas atividades. Trata-se, portanto, de “compras que permitem ao Estado cumprir suas funções primordiais nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras”², e na grande maioria das vezes o seu fornecimento precisa ser feito por um particular, dado que o Estado não tem condições de fazê-lo através de seus próprios recursos.

É dessa forma que o Estado poderá, então, destinar os recursos angariados e empregá-los nos setores que precisam de investimentos e garantir o desenvolvimento das searas sociais que demandaram a abertura do procedimento licitatório em primeiro lugar, beneficiando a sociedade e realocando os recursos conseguidos a partir da contribuição da população.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao lecionar sobre as especificidades dos certames, explica que referido processo acaba por ser um

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se submetem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.³

² BRASIL. Ministério da Justiça. *Cartilha de combate a cartéis em licitações*. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Certo, portanto, que a Administração Pública se edifica sobre “os poderes que lhe são conferidos para a consecução do interesse público e das restrições que lhe são impostas para preservá-lo de atos imorais, discriminatórios e pessoais”.⁴ A atividade administrativa, assim, delinea-se, em tese, com base em dois princípios, a saber: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Esse seria o cenário ideal no qual o Estado poderia empregar seus recursos de maneira apropriada, de forma a garantir boa qualidade de produtos adquiridos e serviços contratados a partir de um baixo custo, proporcionando isonomia de condições de competição entre os candidatos que ofertaram suas propostas à Administração Pública, destinando-os aos setores da sociedade que necessitam desse investimento.

Ocorre, porém, que essa não é a realidade que se verifica no Brasil atualmente, pois tanto os licitantes quanto o Poder Público não colaboram para garantir a lisura do certame, dado que o não atendimento aos princípios e às regras da licitação pode ser favorável a ambas as partes quando o desvirtuamento do propósito legal é combinado entre elas e pode, de alguma forma, favorecê-las. Quando essa prática ilícita ocorre, muitos princípios legais implícitos e explícitos são violados, afetando diretamente os valores que norteiam os atos administrativos.

1. A concorrência como forma de garantia dos princípios basilares do estado democrático de direito

A livre concorrência é um princípio constitucional que encontra guarida no texto expresso da Constituição Federal de 1988, especificamente no inciso IV do artigo 170, e possui como conjectura a justa competição entre aqueles se dispõe a compor o mercado, pois, sem referida competição, haver-se-ia a possibilidade de ocorrer a restrição ou a limitação de um mercado a determinados agentes econômicos que ostentassem maior poder de mercado.

Conforme assinala Vicente Bagnoli:

Em uma economia de mercado, na qual estão envolvidos diversos relacionamentos econômicos (trocas), a concorrência é algo fundamental, uma vez

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 48.

que ela, além de possibilitar uma maior variedade de produtos e o aprimoramento na qualidade dos mesmos, contribui diretamente para a redução dos preços.⁵

Luís Cabral de Moncada entende que

o objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir a melhor satisfação das necessidades dos consumidores e ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível de produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objetivo de política económica.⁶

A livre concorrência possui dois lados, sendo que ambos são favoráveis e benéficos aos que usufruem dela, a saber: é por causa dela que são colocados no mercado, à disposição dos consumidores, bens e serviços para que eles escolham os que melhor lhes convier, a seus exclusivos critérios; enquanto que, ao mesmo tempo, a livre concorrência é responsável por estimular os fornecedores e comerciantes a manterem os preços de seus serviços e produtos em níveis economicamente apropriados e convenientes sem prejudicar aqueles que os adquirirão.

Sobre o tema, Calixto Salomão Filho ensina que

o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas. Muitas vezes é apenas através da proteção da “instituição”⁷ concorrência que seu interesse será protegido. Como visto, o interesse institucional – consistente na proteção da concorrência – destaca-se como um interesse dotado de objetividade jurídica própria de instrumentos de tutela.⁷

⁵ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 313.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas na teoria concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-52.

Imperioso trazer à baila o entendimento de Lafayette Josué Petter, o qual afirma que em um mercado onde não prevaleça a livre concorrência,

[...] todos saem perdendo: os consumidores, que não têm acesso aos melhores produtos, pois as circunstâncias concorrencias não estarão, ao menos em sua totalidade presentes; os demais agentes econômicos, que, a despeito de operarem em um mercado onde deva vigorar a livre iniciativa e a livre concorrência, se veem na contingência de enfrentar ou suportar dificuldades, barreiras, imposições e outras restrições decorrentes da falta de concorrência; perde o País, pois num regime de livre concorrência as empresas brasileiras estarão em condições de ter uma melhor atuação performática no mercado internacional, o que reconduz, de todo modo, ao princípio da soberania, no seu matiz econômico, tal como principiologicamente previsto no inciso I do art. 170 da Constituição Federal.⁸

É a partir da proteção à livre concorrência que se busca garantir a igualdade de condições a todos aqueles que se propõem a entrar no jogo do mercado, impedindo-se que haja a deslealdade nas oportunidades que são concedidas a todos os que concorrem dentro do livre mercado, coibindo-se a competição desleal e injusta que causaria tanto prejuízo a todos os envolvidos.

Assim, dentre tantos outros princípios basilares e estruturantes, que se estabelece a ordem econômica consagrada pela Constituição Federal de 1988, a qual sustenta o ordenamento jurídico-econômico nacional a partir da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

Nesse diapasão, ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior que é

importante assinalar que livre iniciativa (CF, art. 170, caput) e livre concorrência (CF, art. 170 IV), esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa.⁹

É, portanto, com base nessa concepção principiológica que a Constituição edificou sua finalidade política e econômica com vistas a garantir a existência digna da população, conforme orientações da justiça social, que é a característica mais marcante da Constituição Federal de 1988.

⁸ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 225.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso do poder econômico. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, n. 9, p. 125-138, jan./mar. 2006.

A ordem econômica, então, edificou-se com base nesses preceitos sociais, sem os quais a finalidade precípua do Estado não poderia ser atingida, o que macularia seus princípios basilares e fundamentais. A livre concorrência se enquadra nessa garantia justamente por estar inserida em um contexto econômico que possui, de igual forma, uma faceta social que não pode ser olvidada.

E no Poder Público não poderia ser diferente. Considerando que quando o Estado precisa realizar uma contratação ou adquirir algum produto de um particular para aloca-lo na sociedade ele precisa fazê-lo por meio de uma licitação, aos concorrentes do certame precisa ser assegurada a concorrência prevista na Constituição Federal, pois, conforme visto, sem ela, a ordem econômica constitucionalmente prevista não seria garantida.

2. Cartel em licitação: licitantes como protagonistas desta espécie de fraude vitimando o Estado

Dentre as condutas mais comuns em que o Poder Público age ativamente para fraudar o certame, de acordo com doutrinadores como Anderson de Oliveira e Geraldo José Lopes Macedo¹⁰, e conforme dados obtidos junto ao TCU¹¹, estão: o preço inexequível, o direcionamento da licitação, o jogo de planilha, o superfaturamento, a corrupção dos servidores públicos, o aceite e recebimento de material de qualidade inferior ao contratado e previsto no edital e convite, as “vistas grossas” às empresas fantasmas, a simulação de licitação e, por fim, a inexistência e dispensa forçadas da licitação.

Afunilando-se as condutas acima destacadas, mas ainda tratando daquelas praticadas pelo Estado, e rumando àquelas que prejudiquem e atinjam diretamente a concorrência que deveria ser garantida pelo certame, temos a prática a partir da qual o Estado pode fraudar a competitividade de uma

¹⁰ MACEDO, G. J. L. *Licitações: competições ou fraudes – realidades, mitos e combate*. 2009. 81 f. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília – DF.

¹¹ MENDONÇA, Bárbara Maria Serrano de. *Análise das principais fraudes ocorridas no processo licitatório na esfera federal e suas medidas preventivas*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Tecnologia em Gestão Pública, da Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, Paraíba, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/1840/1/BMSM2882017.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 29.

licitação restringindo intencionalmente, já no edital, o objeto a ser licitado, trazendo especificidades exacerbadas e desnecessárias que não permitirão que muitos candidatos compitam naquele procedimento licitatório.

Com isso, aquela licitação será direcionada a empresas específicas que possuam determinado produto para fornecer, de forma que as demais empresas não poderão ser classificadas por não cumprirem esse item do edital, já que são incapazes de ofertar esse bem. Ou seja, o certame não poderá ser disputado por vários concorrentes, pois nem todos serão considerados aptos a concorrerem, dadas as especificidades propositais trazidas no edital.

Embora essa seja apenas uma das formas de violação ao princípio da competição – que será adiante explicitado, que viola, por consequência, diretamente o Direito da Concorrência e afeta de forma crucial o mercado e as contratações públicas, o objetivo do presente estudo é analisar o conchavo realizado entre os competidores da licitação, e que não necessariamente tenha ligação direta com a atuação estatal.

Quando os concorrentes se unem para fraudar as licitações por diversas formas, beneficiando-se dessa prática em detrimento da concorrência e da lisura do certame, afetando diretamente a contratação do Administração Pública que é o ente diretamente, mas não o único, lesado pela prática ilícita dos concorrentes em conluio, ocorre a prática do cartel.

Por definição, cartel é um acordo horizontal realizado entre empresas independentes que atuam em um mesmo mercado, no sentido de adotarem decisões sobre políticas comuns quanto a um determinado aspecto de suas atividades. A partir desta conduta, “as empresas cartelizadas resguardam a sua autonomia e apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação”.¹²

Impende consignar que, muitas vezes, fraude à licitação e cartel são tratados como sinônimos de um mesmo ato ilícito, mas na verdade não o são, embora possam coincidir em diversas ocasiões. A fraude à licitação encontra guarida no art. 46 da Lei do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), no art. 337-L do Código Penal e no art. 337-I da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), de forma que o cartel em

¹² BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Fraudes em licitações e contratos*. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social – CAO-PP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html#cap6. Acesso em: 24 abr. 2021.

licitação acaba sendo uma espécie de fraude à licitação, mas não sinônimo de sua ocorrência.

A definição de cartel, contudo, não se limita a um simples acordo subjetivo entre as empresas que deveriam concorrer entre si. O procedimento em si é de fato mais complexo que isso. Conforme entendimento já consolidado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a identificação do simples paralelismo de preço entre as empresas licitantes é insuficiente para a caracterização do cartel, de forma que isso, por si só, é incapaz de conferir àquele ato a característica de ilícita.¹³

Vê-se, desta feita, que para a definição, tipificação e identificação dessa conduta como tal, ainda que fora da seara criminal e adstrita ao campo administrativo, há que se levar em consideração diversas outras características que merecem ser reputadas e ponderadas, tais como as consequências advindas dessa prática.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, os cartéis:

[...] causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais pela quantidade que compram, o que possibilita, mesmo sem saber, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional.¹⁴

Afunilando-se essa definição à Administração Pública, temos que o tema cartel em licitação ocorre quando os licitantes entram em conluio entre si para eliminar ou restringir a concorrência que seria inerente aos

¹³ “Quanto ao delito contra a ordem econômica, objeto da denúncia, para sua caracterização não basta simplesmente a prática de preços similares ou o chamado alinhamento de preços, mas sim que esse alinhamento ou similaridade de preços decorra de efetivo ajuste entre os comerciantes, de modo a fixar artificialmente os preços, eliminando assim a concorrência entre eles, o que sabidamente é nocivo aos consumidores em geral” (TJRS, Apelação n. 70017858093, 4ª Cam., Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, DJ 12.4.2007).

¹⁴ Tradução livre de “Hard Core Cartels”, preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): 2003, p. 8.

processos de contratação de bens e serviços realizados pela Administração Pública, seja combinando a oferta de preços mais elevados, seja propondo serviços e bens de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor à desejada.

Para que tenhamos um mercado perfeitamente competitivo, há necessidade de serem preenchidos cinco pressupostos, a saber: inexistência de informação assimétrica entre consumidores e produtores; inexistência de economias de escala de longo prazo; maximização de sua própria utilidade pelos consumidores e de seu próprio lucro pelos produtores; atuação de produtores como tomadores de preço e preços correspondem ao custo marginal de produção.¹⁵ Assim, a partir do momento em que os licitantes – que deveriam competir entre si – optam por se sobrepor às regras de mercado e transpô-las em favor de seus próprios interesses, eles deixam de cumprir e atingir estes pressupostos, tornando o certame nada competitivo e a contratação pública lesiva ao Estado.

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia responsável pela defesa da livre concorrência, cuja responsabilidade é de coibir as condutas que violem a competitividade no mercado brasileiro, é enfática ao dispor que

no caso de cartéis em licitações o incremento de preços acontece às custas dos cofres públicos, o que reduz a possibilidade de o poder público prestar maior volume de serviços ou reduzir o custo dos disponibilizados. Através de acordos prévios e variadas estratégias, os cartéis acabam por impedir que a Administração adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições possíveis.¹⁶

Inegável que essa prática sabota os esforços envidados pelo Estado ao tentar empregar, de forma eficiente, eficaz e econômica, os seus recursos,

¹⁵ VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79-80. Para descrição das diferentes estruturas de mercado, vide: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 159-165.

¹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país.

3. Os princípios administrativos violados quando da formação de cartel em licitação

É certo que as licitações precisam ser transparentes e econômicas, pois essas características estão umbilicalmente relacionadas à concorrência em um certame. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas “facilitam a participação do maior número de licitantes, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, resultando em propostas mais vantajosas”¹⁷ à administração pública, e quando essas características estão acompanhadas das demais particularidades dos atos administrativos, o desfecho deveria ser positivo.

Conforme leciona Alexandre Mazza, “ao ordenar à Administração Pública que seus contratos sejam precedidos de processo de licitação, a Constituição Federal (art. 37, XXI) enfatiza que seja assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes”.¹⁸ Certo, portanto, que a partir do momento que não há atendimento a esta finalidade igualitária, viola-se uma característica estrutural dos certames, eivando o procedimento e maculando-o como um todo.

Além disso, e assim como todo ato ou procedimento administrativo, a licitação também precisa atender a outros princípios e regras constitucionais que deveriam, via de regra, garantir a lisura e a seriedade do certame, mas mesmo sua previsão legal específica não garante seu cumprimento por parte dos licitantes.

Sobre o tema, Celso Antonio Bandeira de Mello assim dispõe:

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Guia de Combate a cartéis em licitação*. 2019. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 5.

¹⁸ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/42175169/Manual_de_Direito_Administrativo_Alexandre_Mazza. Acesso em: 03 maio 2021, p. 445.

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁹

Dentre os princípios que regem todo o procedimento licitatório temos o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, sendo certo que todos eles visam atingir sempre o interesse público e o bem comum, conforme prevê o artigo 5º Lei nº 14.133, nova Lei de Licitações que revogará a atual Lei nº 8.666/93, estando em total consonância com o art. 37 da Constituição Federal de 1988, o qual regulamenta os princípios que regem a Administração Pública.

O entendimento trazido pelo Tribunal de Contas da União também espelha a defesa destes princípios, especialmente aqueles que garantam a defesa concorrência, pois a partir de suas decisões e pareceres podemos verificar que há destaques no sentido de que a “competição e consequente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória”²⁰.

Nessa esteira, e considerando que o certame deve sempre respeitar altos padrões de eficiência e de qualidade e prezar pelo não favorecimento a nenhum dos concorrentes, pois nenhuma forma de favorecimento deveria ser tolerada, é certo que um dos princípios mais afetados pelo conluio entre os participantes é o princípio da competição.

Impende consignar que este princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado,

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 483.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.615/2008-Plenário. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

de forma que a Lei de Licitações veda nos editais convocatórios exigências “que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação”²¹, sendo certo que o ideal é que o procedimento licitatório sempre ocorra para que haja o atendimento à eficiência e qualidade sem favorecer nenhum dos participantes.

Sobre referido princípio, Victor Aguiar Jardim de Amorim assim discorre:

Deriva do princípio da isonomia e tem seu fundamento no art. 3º, § 1º, I, da LGL (BRASIL, 1993), preconizando que os agentes públicos devem sempre privilegiar a mais ampla competitividade nas licitações, abstendo-se de incluir, nos editais, cláusulas ou condições irrelevantes e impertinentes que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo dos certames.²²

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN, em 29/11/2007, comunga deste mesmo entendimento e consolidou a visão de que o princípio da competição e sua perfeita garantia é algo que precisa ser consagrado em qualquer licitação, como parte integrante, pelo que se transcreve parte do acórdão que merece o seguinte destaque:

[...] 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Senado Federal. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 29.

²² AMORIM, Victor Aguiar Jardim de Amorim. *Licitações e contratos administrativos: Teoria e jurisprudência*. 1. ed. Brasília: Senado Federal. Biênio 2017-2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533714/licitacoes_e_contratos_administrativos_1ed.pdf?se=quence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 maio 2021, p. 34.

igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...].²³

Frustrar a concorrência e diminuir a competitividade entre os licitantes como forma de fraudar o certame, através do conluio entre os licitantes, portanto, configura uma limitação artificial e ilegítima da concorrência.

4. Formas de praticar cartel em licitação

A identificação do cartel, embora seja tarefa árdua para os órgãos competentes, é algo a ser apontado uma vez que as empresas licitantes deveriam, na realidade, competir entre si. Quando não o fazem, elas se utilizam concomitantemente de estratégias comuns e ditam os contornos do mercado por meio de alocação de carteiras de contratos, órgãos contratantes, áreas geográficas, faturamento, dentre outros critérios, visando à distribuição dos lucros adicionais advindos da redução da pressão competitiva.

Os cartéis estão associados a três tipos de ineficiências econômicas, a saber: alocativa, produtiva e a dinâmica. A primeira, ineficiência alocativa, faz alusão à alocação ineficiente dos recursos sociais, especialmente em razão do aumento dos preços e da ocorrência restritiva de oferta. Já a ineficiência produtiva está relacionada ao fato de que os agentes econômicos “operam com custos mais altos do que teriam na ausência do arranjo colusivo”²⁴.

Finalmente, a terceira e, neste estudo, mais importante forma de ineficiência econômica, é na qual se encontra o cartel, pois é aquela em que está relacionada à perda do bem-estar social movida pela minimização dos incentivos da inovação. O cartel faz com que os agentes de mercado (aqueles que deveriam ser os concorrentes) aprimorem seus processos produtivos deixem

²³ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN, Relator: Ministro Eros Graus. Julgado em 29/11/2007, Tribunal Pleno. Publicado em DJe-165 19/12/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754661/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3070-rn>. Acesso em: 21 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento de Econômico. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. *Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas*. 2014. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf. Acesso em: 03 maio 2021, p. 7.

de lançar novos produtos e serviços no mercado, aumentando as barreiras e a competitividade no mercado.

Nos certames públicos, as práticas mais comuns adotadas pelos competidores que fraudam a licitação por meio dos cartéis são: fixação de preços; apresentação de propostas de cobertura; quebra de sigilo das propostas; direcionamento privado da licitação; divisão do mercado; supressão de propostas; apresentação de propostas pro forma; rodízio; e subcontratações.

Em todas essas condutas os participantes fazem um conchavo a partir do qual o “perdedor” do certame tem a garantia de que será recompensado ao final, pois o esquema ao qual optou por fazer parte o beneficiará em posterior oportunidade, seja naquele mesmo certame (através da subcontratação, quando ele será contratado pela vencedora para ser o fornecedor dela no fornecido do produto da licitação cartelizada, por exemplo), seja no próximo, quando, por exemplo, chegará a sua vez de ser o escolhido no chamado “rodízio”.

Por fixação de preços temos a prática na qual os supostos concorrentes fazem um conluio entre si para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.

Já a apresentação de propostas de cobertura é a prática por meio da qual há a oferta de um preço cotado e um preço para “cobertura” que deveria ser superior àquele que seria o vencedor. São, portanto, estabelecidos os valores de cobertura e até mesmo o somatório das quantidades atribuídas a cada participante do acordo.

Por quebra de sigilo das propostas temos a prática na qual os concorrentes, que deveriam preservar suas propostas e deixar que apenas a Administração Pública verificasse os valores e condições ofertados, as tornam “públicas” para que os supostos concorrentes (que na realidade são seus partícipes e participam do conluio) para que, entre eles, não haja propostas muito díspares e distantes entre si. Ou seja: não há mais privacidade e nem sigilo, que seriam condições essenciais para que houvesse atendimento aos princípios da concorrência na licitação.

O direcionamento privado da licitação é a definição específica de quem irá se sagrar vencedor de certa licitação ou de vários procedimentos licitatórios em sequência, bem como as condições nas quais aquelas licitações serão vencidas, quais serão os preços e valores ofertados.

A divisão do mercado nada mais é do que a segmentação de um conjunto de certame entre membros do mesmo cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada um deles. Em uma licitação específica, por exemplo, realizada no Brasil, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.

Supressão de propostas, por sua vez, é a modalidade na qual os concorrentes que eram esperados naquele certame não aparecem ou, se o fazem, retiram suas propostas para favorecer um licitante específico previamente escolhido, mesmo que aquele concorrente que não compareceu ou que se retirou tenha qualificação suficiente e esteja em condição de vencer a licitação.

Por apresentação de propostas “pro forma” temos as condutas a partir das quais alguns competidores formulam propostas com preços deveras elevados para serem aceitos e incompatíveis com o edital, ou entregam propostas com vícios que sabem ser desclassificatórios, com o objetivo de direcionar a licitação para um concorrente em especial que apresentará uma proposta totalmente conforme. Com isso, eles sabem que suas propostas jamais serão aceitas e somente a proposta de seu suposto concorrente (que na verdade é participante do cartel junto com ele) estará em conformidade com o edital e, portanto, somente ela poderá se sagrar vencedora.

Já o rodízio é o pacto a partir do qual os licitantes revezam entre si os vencedores de uma licitação específica. A título de exemplo, temos: as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.

E, finalmente, e como já acima esboçado acima, nas subcontratações as concorrentes simplesmente lançam mão de suas propostas, desistindo de concorrer do certame, ou sequer entram na licitação, a fim de serem subcontratados por aqueles competidores que se sagrarão vencedores ao final. O vencedor ganha a licitação a um preço “supracompetitivo”, isto é, a um preço do qual praticamente não teve concorrência alguma, e divide o “sobrepço” com o subcontratado, ou seja, o que “sobrar”/remanescer daquilo que superfaturou com sua oferta será repartido com o subcontratado por meio da subcontratação.

Como visto, o fato é que os únicos perdedores nos casos em que há ocorrência de cartel em licitação é o Poder Público e a sociedade, pois embora algumas dessas condutas sejam mais elaboradas do que outras, todas elas

violam diretamente a concorrência e a evitam que o Estado consiga realizar uma contratação transparente, econômica e que lhe seja justa e benéfica.

Vale dizer, ainda, que a ocorrência de uma dessas condutas não impede a prática concomitante de outra, pois o cometimento de uma delas não é óbice para a ocorrência simultânea de qualquer outra.

Por exemplo, os concorrentes podem praticar o rodízio junto com a divisão de mercado (os licitantes combinam a alternância dos vencedores em um grupo de licitações para fazer parecer uma efetiva concorrência), e o direcionamento da licitação pode ser implementado pela apresentação de propostas inviáveis e complementado por subcontratação.

Independentemente da situação e de quais práticas estão sendo cometidas de forma simultâneas, é certo que o resultado sempre é o aumento dos preços pagos pelo Poder Público e a conseqüente transferência ilegítima de recursos para os membros do cartel, enriquecendo-os e favorecendo seus ganhos em detrimento dos investimentos nos setores da sociedade que demandaram a abertura do procedimento licitatório em primeiro lugar.



5. Casos práticos da identificação de cartel em licitação

5.1 Cartel das Ambulâncias

O caso conhecido como “Cartel das Ambulâncias” aconteceu em 2005, quando as concessionárias General Motors, HMD Distribuidora e Itororó Diadema Veículos participaram da licitação pública realizada pela Secretaria de Saúde de São Paulo que precisava adquirir 200 (duzentas) ambulâncias.

A licitação foi aberta na forma de pregão presencial e ocorreria em duas etapas: na primeira, cada candidato enviaria uma proposta secreta e o adquirente selecionaria tanto a de menor preço quanto as que superassem a de menor valor em até 10%. Em caso de não haver outras propostas dentro dessa margem, os três lances mais baixos seriam selecionados.

Na segunda etapa, ocorreria um leilão verbal entre as concorrentes selecionadas na primeira etapa em sessão única, oportunidade em que se tornariam públicas as propostas ofertadas. Nesse momento se caracteriza o ambiente de concorrência mais importante e mais acirrado.

Ocorre, porém, que a GM, a HMD e a Itororó combinaram as propostas dentro da margem dos 10% previstos no edital da primeira etapa, e

no dia da sessão pública da segunda fase, as distribuidoras retiraram suas propostas, de forma que a GM fosse a vencedora da disputa com o lance proposto na etapa anterior.

A Secretaria de Saúde de São Paulo passou, então, a desconfiar da lisura dos atos praticados pelos licitantes, suspeitando das seguintes ocorrências: a participação das três empresas alinhadas oferecendo o mesmo produto; as propostas da primeira fase estavam exatamente dentro do intervalo de 10%; e a não oferta de lances na segunda etapa.

Foi então que, diante de suspeitas levantadas, as empresas foram acusadas de fraudar o caráter competitivo do processo pela própria Secretaria e, em seguida foram investigadas e condenadas. O Processo Administrativo levou a identificação nº 08012.003931/2005-55, e ficou a cargo da relatoria do então conselheiro Alessandro Octavianni, resultando no firmamento de acordos entre as representadas e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

5.2 Cartel do Lixo



O Cartel do Lixo foi um caso emblemático por ter envolvido as seguintes empresas de pequeno porte: Simpex, Wambass e Coletare, que não ostentam altos padrões financeiros ou de mão de obra. Mas mesmo assim, a prática de cartel adotada por elas foi a considerada como “padrão”, pois as estratégias utilizadas para fraudar a concorrência foram as mais básicas e comuns identificáveis para aumentar o lucro dos integrantes do conluio.

As empresas supramencionadas estabeleceram um “preço base” para cada serviço que seria prestado, sendo que o mercado de lixo inclui tanto a coleta quanto o transporte de diversos tipos de resíduos, de forma que os licitantes teriam diferentes serviços a prestar. Desta forma, os agentes combinavam um preço que colocariam como sendo o mínimo ofertável em cada serviço a ser prestado, sendo que ele corresponderia a um valor superior ao que seria justo pela prestação.

Ainda, as empresas também dividiram o mercado tanto no setor de produtos quanto na seara geográfica, segregando pela definição do vencedor de cada pregão. Assim, aquelas empresas que não estivessem definidas entre elas para serem as vencedoras de determinado certame, deveriam ofertar lances falsos, o que caracteriza a proposta de cobertura.

Com isso, identificou-se o rodízio de vencedores dentro de uma área geográfica específica englobando cidades do nordeste do Rio Grande do Sul. Por consequência, em cada leilão ocorrido em uma cidade, era uma licitante diferente que se sagrava vencedora. Dentro de todo esse esquema, foi identificada, ainda, subcontratação de outras das empresas que não eram escolhidas para serem as prestadoras dos serviços.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE/RS) conseguiu as provas necessárias para a identificação do cartel por meio de interceptação telefônica, troca de e-mails em que eram agendadas reuniões sempre entre os mesmos representantes, e planilhas com informações obtidas por meio de busca e apreensão judicialmente autorizadas.

Foi então que se abriu o Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13, e o Tribunal do CADE condenou as empresas mencionadas, de forma que, após o trâmite processual, o valor da condenação da pena de multa chegou a R\$ 1.200.000,00, e os representantes das empresas foram, inclusive, punidos criminalmente e responderam a processo judicial competente.



A partir do momento em que o Estado assume ser incapaz de prover à sociedade a partir de seus próprios recursos os investimentos básicos e necessários nas áreas de segurança, infraestrutura, saúde, educação, lazer, etc., mesmo cobrando impostos e taxas dos contribuintes para tanto, ele passa essa incumbência a um particular que, muitas vezes, presta o serviço diretamente em seu nome.

Mas ainda que não seja de forma direta e que a forma pela qual o particular faça as vezes do Estado seja pelo fornecimento de produto, o ordenamento jurídico pátrio determina que a escolha desse particular seja feita de forma justa e igualitária na qual tenha sido garantida a todos os interessados igualdade de condições na competição.

Conforme demonstrado, não é o que ocorre na prática, pois os próprios competidores lançam mão da competição justa para se unirem e fraudar a licitação por diversas maneiras, dentre as quais está a prática do cartel, seja por meio de rodízio, seja por subcontratação, seja por meio de divisão de mercado, entre tantas outras formas.

A similaridades dessas práticas reside no fato de que o benefício gerado às licitantes fraudulentas suprime a competitividade e afasta as

características primordiais dos certames públicos, que são a transparência, a economicidade e a própria competição lícita, gerando dano ao erário e prejuízo à sociedade, pois a contratação, que deveria ser feita sob as melhores condições e pelo melhor preço, beneficiará os licitantes em detrimento da alocação dos recursos na sociedade.

Além disso, em que pese a prática do cartel não ser atual e tampouco novidade para as licitações públicas, é certo que os órgãos responsáveis por sua identificação encontram cada vez mais dificuldade em fazê-lo, dadas as especificidades das ocorrências e os aprimoramentos das empresas que têm aderido a essas práticas, especialmente diante da possibilidade de cometer este ilícito por meio de outros mais graves, como corrupção e lavagem de dinheiro.

Ainda assim, é certo que as diversas formas de se realizar o cartel são condutas que incidem diretamente na concorrência e impedem uma contratação feita com base nos pilares da contratação pública, lesando o erário, a sociedade e impedindo o atingimento da finalidade precípua de uma contratação pública, que é a prestação de um serviço público ou fornecimento de um produto de forma eficiente e visando o bem estar social.

Não é à toa que os estudiosos da matéria enxergam a formação de cartel como o pior prejuízo a quem é lesado, pois os danos causados à concorrência e ao mercado competitivo são de grande monta, de forma que podem ter consequências irreversíveis.

Justamente por isso é que o ordenamento jurídico pátrio cuidou de tratar dessa modalidade de ilícito em diversas esferas, tanto cível, quanto administrativa e criminal, sendo imperioso consignar que a união se esforços, tanto dos órgãos competentes quanto dos licitantes honestos, para a identificação destas práticas nos certames públicos é de suma importância para que esta ocorrência não se perpetue e deixe de ser adotada pelo bem do Estado, das contratações públicas e da sociedade.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de Amorim. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 1. ed. Brasília: Senado Federal. Biênio 2017-2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533714/licitacoes_e_contratos_administrativos_1_ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 maio 2021.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Combate a cartéis em licitação*. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/guia-de-carteis-em-licitacao-versao-final.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Brasília, 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Guia de Combate a cartéis em licitação*. 2019. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Superintendência pede condenação de cartel em licitação de ambulâncias*. 20 maio 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia- pede-condenacao-de-cartel-em-licitacao-de-ambulancias>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Fraudes em licitações e contratos*. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social – CAO-PP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.ht ml#cap6. Acesso em: 24 abr 2021.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento de Econômico. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. *Aplicação do direito da concorrência a licitações públicas*. 2014. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.615/2008-Plenário*. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de

Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Senado Federal. *Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF. Acesso em: 21 abr. 2021.

COLACINO, Lucas D'Angelo. *Cartel em concorrências públicas e corrupção: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado (Universidade Federal do Rio de Janeiro), 2016. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/imagens/IE/PPGE/disserta%C3%A7%C3%B5es/2016/LUCAS%20D%C2%B4A%20NGELO%20COLACINO.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. *Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Dissertação de Mestrado (Universidade Presbiteriana Mackenzie), 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062085.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Práticas tributárias e abuso do poder econômico*. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, n. 9, p. 125-138, jan./mar. 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACEDO, G. J. L. *Licitações: competições ou fraudes – realidades, mitos e combate*. 2009. 81 f. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília – DF.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/42175169/Manual_de_Direito_Administrativo_Alexandre_Mazza. Acesso em: 03 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, Bárbara Maria Serrano de. *Análise das principais fraudes ocorridas no processo licitatório na esfera federal e suas medidas preventivas*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Tecnologia em Gestão Pública, da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/1840/1/BMSM2882017.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas na teoria concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2003.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN*, Relator: Ministro Eros Graus. Julgado em 29/11/2007, Tribunal Pleno. Publicado em DJe-165 19/12/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754661/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3070-rn>. Acesso em: 21 abr. 2021.

VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 79-80.

Plataformas digitais e mobilidade em São Paulo: um levantamento dos instrumentos jurídicos à disposição e de suas deficiências frente à realidade urbana paulistana

Marcelo Pezzolo Farina¹

Resumo: O presente artigo busca responder à questão sobre quais instrumentos jurídicos existentes quanto à regulação e regulamentação dos aplicativos de caronas pagas, e quais lacunas são encontradas neste âmbito. Isso será realizado com a finalidade de potencializar os efeitos positivos de sua introdução na cidade de São Paulo. Em um primeiro momento, por meio da coleta de dados, serão identificados os principais problemas de mobilidade da capital paulista. Em seguida, estes dados serão utilizados também para demonstrar quais foram os efeitos da desregulação parcial do mercado de táxis, tanto os convencionais quanto os aplicativos de caronas pagas, classificados como “táxi não convencional” nessas estatísticas. Por fim, serão indicados, a partir desses dados, sem pretensão à totalidade, problemas e soluções jurídicas que podem ser encontradas no ordenamento existente.

Palavras-chave: Instrumentos jurídicos. Mobilidade. Aplicativos. Regulação do espaço urbano. São Paulo.

Sumário: Introdução; 1. Problemas paulistanos de mobilidade; 2. Os aplicativos de transporte em São Paulo; 3. Legislação: práticas e propostas; Considerações finais; Referências.

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Introdução

Na década de 2010, o Brasil vivia um contexto de crescimento econômico e resultante intensificação da circulação nas vias urbanas. Os carros e motocicletas foram grandes responsáveis tanto por impulsionar esse crescimento, como por trazer à pauta os problemas da urbanização brasileira (ROLNIK, 2017, p. 72-73). Ao contrário das promessas feitas, o governo federal do PT abandonou as políticas públicas sobre o tema, em prejuízo da população em geral (MARICATO, 2013, posições 379-385). Nesse contexto de crise de imobilidade das grandes cidades brasileiras é que foram introduzidos os aplicativos ditos de “caronas pagas”.

O mercado de taxi era altamente regulado por meio de exigência do Condutox (Cadastro Municipal de Condutores), que pressupõe uma série de exigências quanto ao carro, à sua idade e local de fabricação, quanto à própria pessoa do taxista, e quanto à aquisição de Carteira Nacional de Motorista com permissão específica para condução de veículos coletivos. O próprio tamanho da frota é limitado pelo Condutox. Os processos para obter licença para taxi costumam ser burocráticos a ponto de existir mercados oficiais e paralelos de compra de licenças.

Então, quando da chegada das caronas pagas ao Brasil, o grande dilema era se seria aprovada sua circulação nas cidades sem qualquer regulamentação/regulação, e que tipo de regulamentação/regulação seria essa.

A classe dos taxistas convencionais, por exemplo, advogou primeiro pela proibição peremptória dos aplicativos, depois pela aprovação de um marco regulatório abrangente, tão restritivo quanto aquele existente para os taxis convencionais. Segundo eles, a Uber “quebraria” todos os taxistas, reduziria sua renda a patamares insustentáveis, e incentivaria o “trabalho informal e mal remunerado”. Por outro lado, alguns consumidores se sentiram no paraíso. O atendimento dos aplicativos era (e é) considerado pelos consumidores de melhor qualidade e mais barato.

Com isso, muitos também disseram que a Uber e suas concorrentes viriam para ajudar a população, dando acesso a um mercado que até então era restritivo. Também seria um apoio ao transporte coletivo de passageiros, precário e superlotado. Além disso, alguns previram, com base em experiência estrangeira, o controle do espraiamento da cidade.

Fato é que, ao menos na esfera federal e em São Paulo, até o momento, os legisladores permanecem silentes. Nenhuma lei foi aprovada

especificamente regulando o uso dos aplicativos, apesar do território ainda está em disputa, principalmente no campo trabalhista. A CLT, para os trabalhadores que usam aplicativos, não apenas de caronas pagas, é uma demanda que está para ser resolvida – e talvez não tenha sido encaminhada, pelas sucessivas Reformas Trabalhistas em curso, da melhor forma.

De qualquer maneira, a questão que se busca responder por meio do presente artigo é que tipos de instrumentos jurídicos existentes poderiam ser utilizados para construir uma política que apoiasse a demanda de mobilidade, por meio dos aplicativos de táxi e caronas pagas em São Paulo.

Primeiro, no entanto, deve-se tentar uma aproximação de quais os problemas de mobilidade encontrados na cidade de São Paulo e qual foi o efeito da introdução dos aplicativos no mercado paulistano, até o presente.

Portanto, a seção 1 será dedicada a uma breve revisão dos problemas de mobilidade mais pungentes na realidade paulistana, para em seguida ter-se em conta, na seção 2, qual foi o impacto real da introdução dos aplicativos no mercado paulistano. Por fim, na seção 3, fazendo um apanhado sobre os impactos jurídico-econômicos, se coletará da revisão de bibliografia e do estudo documental quais as formas existentes e possíveis de intervenção estatal neste mercado em São Paulo.



1. Problemas paulistanos de mobilidade

Os indicadores de mobilidade da cidade de São Paulo são, numa avaliação geral, ruins, acompanhando (e encabeçando, por vezes) a carência nacional dos sistemas de transporte.

Ainda que tenha números um pouco superiores a outras metrópoles da América do Sul e do Brasil em vários fatores, como, por exemplo, emissões de carbono por habitante (CEBR, 2017), não possui posição vantajada em relação a países centrais. O IPEA levantou o tempo médio de deslocamento casa-trabalho em 30 regiões metropolitanas no mundo (IPEA, 2013, p. 13). Os tempos mais altos foram os de Xangai, São Paulo, e Rio de Janeiro, nessa ordem. Segundo Censo e PNAD (2010), a cidade de São Paulo era a que tinha maior tempo gasto nesse tipo de deslocamento, totalizando 42,8 minutos (IPEA, 2013, p. 13). Logo atrás, o tempo gasto no Rio de Janeiro era de 42,6 minutos, enquanto na terceira colocada, Belo Horizonte, o tempo era de 34,4 minutos.

Se os problemas diminuíram desde o último censo, não se esgotaram. A pesquisa origem-destino do metrô apontou uma redução do tempo de deslocamento médio da cidade – de 42 para 37 minutos (METRÔ, 2019, p. 58). Porém, a redução é parcialmente explicada pelo aumento do número de deslocamentos por habitante, de 2,07 a 2,12, considerando-se apenas os residentes, ou de 1,95 para 2,02, contando os residentes no entorno e não residentes, com maior índice de mobilidade nos distritos mais bem servidos (CIDADE DE SÃO PAULO, 2019, p. 2).

Da mesma forma, entre 2007-2019, o fato de o trânsito no horário do pico da tarde ter sido reduzido, segundo dados municipais (Observa São Paulo), de 129 km para 91 km, é absorvido pelo incremento de congestionamento ao meio dia, que ultrapassou os horários tradicionais de pico (METRÔ, 2019, p. 125).

O resultado é uma redução da velocidade média do trânsito paulistano de 20,7 km/h, em 2000 para 17,05, em 2018, segundo os dados da Companhia de Engenharia de Trânsito de São Paulo (CET, 2000 e 2018).

Algo que preocupa muito no caso de São Paulo é que esse trânsito é sentido de forma desigual pelos habitantes da cidade.

Segundo levantamento da Rede Nossa São Paulo com base nos mesmos dados da pesquisa Origem-Destino, se o tempo médio de deslocamento é de 37 minutos, a média de deslocamentos por distrito é de 56,2 minutos (Rede Nossa São Paulo, 2020). Os tempos mais curtos estão concentrados nas regiões mais ricas e mais centrais, tendo no topo o distrito do Brás, com 31,3 minutos, enquanto em Marsilac o tempo de deslocamento médio é de 124,7 minutos.

O deslocamento também tem a ver com a disponibilidade de emprego formal nos distritos. A taxa de oferta de emprego é de 113,8 por 10 habitantes na Sé, seguida de longe pelos distritos da Barra Funda (52,8), Saúde (41,8), e Itaim Bibi (35,7). Em apenas 22 distritos esse número é maior que 10, o que significa que, nos demais 74 distritos, parte da população é obrigada a se deslocar para outros lugares, ainda que todas as vagas produzidas fossem preenchidas por quem fosse daquele mesmo distrito.

Outros dados da pesquisa da Rede Nossa São Paulo são importantes. Em Cidade Tiradentes, os trabalhadores são obrigados a realizar 2,7 transferências, contra 1,2 transferências para a Consolação. O acesso a estações de metrô a menos de 1 km de casa é garantido a 88% da população da República, mas é negado a toda a população de 29 distritos. Nestes, apenas dois deles situados na zona oeste e nenhum na região central. O mesmo padrão se

aplica ao acesso às ciclovias, que abrange de forma mais acentuada os distritos do centro, apesar de sua mancha na cidade ser um pouco mais homogênea.

Verifica-se pelas tabelas elaboradas pela Rede Nossa São Paulo que os distritos mais distantes do centro são os mais afetados, e os bairros do centro antigo estão acompanhados, em regra, pelos bairros de classe mais alta.

E é fato ainda que a mobilidade vinha tendo, até 2010, pelo menos, piora expressiva, e que as melhoras pontuais desde então não recompuseram o estado da malha urbana, assim como outros fatores socioeconômicos em queda podem trazer impactos positivos artificiais para os números.

Maricato indicava as transformações no perfil das cidades antes da realização da Copa do Mundo, com a expulsão dos “pobres para a periferia da periferia”, que levavam cada vez mais tempo para chegar ao trabalho, atravessando distâncias cada vez maiores (MARICATO, 2013, posições 379-385). Como visto, desde então o tempo de deslocamento parou de crescer, mas sem melhoras representativas de longo prazo.

E alguns destes números tendem a estagnar novamente, à medida que não há construção de ciclovias desde 2016, após um período entre 2010 e 2016 durante o qual praticamente toda a rede cicloviária atual, de 130,2 km, foi instalada. Também o número de novas faixas de ônibus (512 km) não cresce desde 2015 (OBSERVA SÃO PAULO, 2020). O volume de recursos da FUN-DURB liquidados em projetos de mobilidade caiu fortemente após 2016.

Os planos do governo estadual sobre o metrô e a CPTM também não se concluíram, com a ausência de previsão sobre a construção da linha 6-laranja, a paralização das obras de monotrilho, o cancelamento da linha que levaria ao ABC, e o atraso dos demais projetos. Novos projetos de expansão não foram levados a efeito.

Baseado na pesquisa OD, o informe urbano elaborado pela Prefeitura Municipal de São Paulo mostrou que a implantação de corredores de ônibus e de estações da CPTM provocou um aumento da proporção de viagens por transporte coletivo em relação às realizadas em transporte individual nos distritos. O processo foi o inverso em áreas nas quais a malha urbana não foi ampliada. Essa expansão explicou em grande parte a alteração de algumas estatísticas (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2019, p. 4-5).

Igualmente, o crescimento do uso de bicicletas no período tem a ver com a instalação da rede cicloviária, apesar de representando pequeno percentual por conta de sua abrangência e de nem sempre se apresentar adequada; e o aumento de motocicletas, com os incentivos para produção e

aquisição desses veículos – o que gerou também problemas relacionados ao incremento de acidentes graves (VASCONCELLOS, p. 12; p. 35).

Não se trata de um problema meramente social. Os problemas de mobilidade se traduzem em perdas diretas e indiretas ao PIB nacional bastante acentuadas. Vianna e Young estimaram perdas totais de 2,6% do PIB no ano de 2010 diretamente relacionadas à imobilidade urbana. A simples melhora dos problemas em regiões metropolitanas, levando-as ao patamar de cidades e centros urbanos menores, pouparia uma perda de 1,8% do PIB (2015, p. 414).

Isso denota a urgência de contínuo investimento público para ampliação da malha de forma mais uniforme, assim como um pensamento sobre outras políticas públicas nesse sentido.

A política de mobilidade a ser considerada, e focalizada pelo presente trabalho, é a da inserção dos aplicativos de caronas pagas como complemento do transporte público.

2. Os aplicativos de transporte em São Paulo

O primeiro aplicativo de caronas pagas introduzido em São Paulo foi o Uber, em 2014, que começou a oferecer suas atividades no Rio de Janeiro cerca de um mês antes. Seu crescimento, como se verá, foi exponencial. Essa rapidez do processo se deu principalmente por atender uma demanda represada por conta dos muitos anos de regulação do mercado de táxi e pelos problemas de mobilidade existentes, já vistos na seção acima, assim como por um mercado de trabalho com taxas de desemprego e informalidade que já voltavam crescer.

Assim, boa parte dos desempregados ou trabalhadores informais encontraram na Uber uma forma de voltar a ganhar remuneração de forma simples. Por outro lado, alguns dos que sofriam com problemas de mobilidade como limitações de horário e alcance da cobertura da rede de transporte público, acesso a vagas de estacionamento, e congestionamento em horários de pico, passaram a usar as ditas caronas pagas como alternativa.

Na sequência, estimulados pelo sucesso da Uber e pela relativa simplicidade do *software* necessário, vários outros aplicativos foram desenvolvidos ou ingressaram no mercado nacional. Os mais relevantes, hoje, são o Cabify, o 99 táxi, o Easy táxi, e Vá de táxi. Outros de carona gratuita também foram introduzidos, como BlaBlaCar, Waze Carpool, Zumpy e Wunder. Esses não

serão analisados no presente artigo, por serem menos frequentes e por não estarem diretamente referenciados nas estatísticas oficiais. Além disso, eles suscitam outra série de considerações.

Como revelam Albuquerque Neto *et al.*, “a Uber atualmente é a maior do segmento e possui o maior número de usuários ativos, de acordo com a empresa são em média 75 milhões de usuários e 3 milhões de motoristas parceiros” (2019, p. 900).

Como notou o informe nº 40 do Município de São Paulo, analisando o mercado de táxis, incluindo aí os convencionais e as caronas pagas, que trabalham com plataformas digitais, classificados como táxis não convencionais, entre 2007 e 2017:

Merece destaque o expressivo crescimento na utilização do taxi no município (326,7%), evidenciando o forte impacto do surgimento dos serviços de taxis não convencionais a partir de 2014. Se considerarmos apenas os taxis convencionais esse crescimento foi bem menos expressivo (7,8%), praticamente acompanhando a taxa de crescimento da população. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2019, p. 5)

Assim, ao contrário do que esperado pela classe de taxistas quando da introdução da Uber no mercado brasileiro, isso não significou redução da utilização de taxi convencional, que saltou do patamar de 90.000 viagens para 100.000 viagens anuais (dados da OD, 2019). Já o taxi não convencional, que não existia, passou a realizar em torno de 280.000 viagens ao ano, número bastante superior ao do táxi convencional.

Esses números expressam, portanto, que o ingresso de aplicativos no mercado atendeu a uma demanda represada por mobilidade que o táxi convencional não conseguia atender. Mesmo com políticas direcionadas especificamente ao táxi convencional, como a permissão de uso de faixa exclusiva de ônibus, seus números foram menos expressivos.

As grandes diferenças sentidas na utilização dos táxis em geral, segundo o relatório da pesquisa Origem-Destino (OD) por modos, foram a faixa de renda familiar e a motivação (METRÔ, 2017).

Em 2007, a faixa que mais utilizava os táxis era a 5, com renda familiar de mais de R\$ 11.448,00. Já em 2017, a faixa 3, com renda entre R\$ 3.816,00 e R\$ 7.632,00 se tornou a preponderante.

E, apesar do motivo trabalho continuar a ser preponderante (29% das viagens), o motivo lazer foi o que mais cresceu (de 8% para 15%) (Metrô, 2009a,

p. 10/11). O dado foi acompanhado por uma maior participação da faixa etária com menos de 30 anos (18% para 32%) e das mulheres (60% para 66%).

Em outras palavras, há certas necessidades não atendidas pelos taxis-tas convencionais, por conta dos horários, dos locais, ou preços.

Esse mesmo dado foi confirmado pelas pesquisas de COELHO *et al.* (2017, p. 15). Utilizando-se de *surveys*, os autores perguntaram a motivação das viagens por Uber, em âmbito nacional. Segundo os autores, 45,6% dos entrevistados utilizavam o serviço para lazer, e apenas 15,1% para ir ao trabalho. Além disso, a grande maioria dos que usaram o serviço tinham entre 16 e 36 anos (76,3%).

Coelho *et al.* (2017, p. 7) ainda disseram que 30,2% dos usuários vieram do transporte público. Em boa parte, porém, a Uber induziu novas viagens, principalmente com finalidade de lazer. Isso significa que não houve alívio significativo do transporte público.

Lima *et al.* (2019, p. 07-08), alunos da FATEC Zona Leste, também obtiveram resultados interessantes para a cidade de São Paulo com a mesma metodologia e menor amostra. Segundo os entrevistados, a maior parte não utilizava com frequência os aplicativos (75,7%), utilizavam majoritariamente a Uber (71,3%) porque é o com maior disponibilidade na região que moram (44,2%) ou por ter mais conhecidos que utilizam (36,5%).

Esses resultados são iluminados por ainda outros dados, fornecidos pela Uber, quanto à região de maior concentração de seus veículos. A abrangência maior é na região central (Sé e República) e nas regiões de concentração de escritórios administrativos (Pinheiros, Jardim Paulista, Itaim Bibi e Vila Olímpia). O padrão é bem parecido com o da concentração de sedes de bancos, de agências, e de empregos bancários (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2021, p. 9-10).

O que esses dados apontam é que o fenômeno, ao menos em São Paulo, é circunscrito por faixa de renda e por região da cidade, excluindo uma grande parte da população ainda submetida aos problemas tradicionais de imobilidade.

Apesar de sua presença não ser significativa a ponto de impactar positiva ou negativamente a mobilidade urbana em geral, os aplicativos têm importância para um setor menos estratificado da população do que o táxi convencional, funcionando melhor como complemento do sistema de transporte público.

Pesquisa da Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP) mostrou que grande parte das viagens nos bairros periféricos tem como

origem ou destino estações de metrô ou CPTM (ANTP, 2017). O que revela, também, que a ideia do caráter de complementariedade com o transporte público pode ser uma realidade, ainda que no momento um tanto quanto distante. Além disso, revela que não é só a classe alta que pode ser beneficiada, contanto que o mercado de aplicativos não seja a única instância de escolha das prioridades nesse campo.

3. Legislação: práticas e propostas

Como visto, por suas características, os problemas de mobilidade não têm sido reduzidos de forma significativa pela introdução dos aplicativos de táxi e de carona paga. Algumas preocupações também não foram confirmadas ao longo do tempo.

A realização de uma política pública pode ser importante para que as oportunidades sejam aproveitadas, sem gerar tantas externalidades. Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apontou para duas preocupações quanto à externalidade do uso de aplicativos de caronas pagas/táxi: espraiamento urbano e complementariedade do transporte público de passageiros (CADE, 2015, p. 12-13).

Em primeira linha, esses aplicativos então teriam como consequência a possibilidade de combater ou de agravar o problema do espraiamento, à medida que as pessoas poderiam se mover pela cidade com maior facilidade e os custos de estacionamento, por exemplo, poderiam ser reduzidos.

Como visto, os aplicativos ainda não chegam a ter alcance tão representativo nesses dois quesitos, à medida que estão circunscritos geográfica e demograficamente.

Além disso, a ausência de previsão de políticas para os aplicativos de carona paga nos planos de mobilidade e diretor estratégico de São Paulo (MARTINS *et al.*, 2019, p. 257) é fator que impede uma regulação do solo urbano para um impacto de redução de espraiamento.

Seria necessário, então, incluir considerações práticas sobre os aplicativos nos referidos planos para a possibilidade de alcance de objetivos que melhorem o acesso das pessoas a oportunidades. O maior efeito identificado nos dados expostos na seção 2 foi a substituição de parte das viagens por transporte público nas próprias regiões centrais. Assim, o maior efeito positivo é de facilitar o acesso a oportunidades para parte da classe média (lazer e

trabalho), sem afetar tão positivamente o acesso das classes mais baixas. Isso se reflete, porém, para as classes D/E, apenas indiretamente e de forma negativa, como aumento das tarifas de transporte (ANTP, 2019, p. 34/35; 38).

Também não houve impacto tão significativo na complementariedade do serviço público de transporte ainda, ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos, onde

o aplicativo Uber aumenta o alcance e flexibilidade de rotas fixas do transporte público e conseqüentemente aumenta seu uso. Adicionalmente, o estudo revela que o aplicativo Uber tem um efeito sobre bem-estar social através do encorajamento do uso de transporte público. (HALL *et al.*, 2019, *apud* ALBUQUERQUE NETO *et al.*, 2019, p. 904)

Porém, a multimodalidade é sim uma perspectiva, seguindo-se, como visto, que boa parte das viagens de Uber nas regiões mais afastadas da cidade são direcionadas para as estações de metrô e CPTM (ANTP, 2017).

Assim, uma possibilidade cogitada pelo governo municipal paulistana é interessante. O Município lançou seu próprio aplicativo, o SP táxi, em 2018, com a finalidade de incentivar o uso de táxis em detrimento tanto dos aplicativos de carona paga, quanto. Os táxis então podem se cadastrar e usar esse aplicativo, sendo obrigado a pagar apenas uma taxa de 8,95%. Essa foi uma das respostas do Poder Público às demandas dos taxistas, que incluíram também a permissão de utilização de faixas exclusivas de ônibus. Porém, há a reclamação frequente de usuários e motoristas sobre a qualidade do aplicativo, motivo pelo qual acabam por escolher outros softwares em detrimento do SP táxi, mesmo que este cobre tarifas menores.

Para incrementar a proposta, seria importante que o próprio Poder Público investisse em inovação, seja comprando tecnologia, seja por meio das leis existentes, como a lei de inovação, a lei do Bem, e o Código de CT&I. Assim, ficaria possibilitada sua atuação nesse mercado, concorrendo com a iniciativa privada nos termos do art. 173² da Constituição Federal. Isto também poderia incentivar o desenvolvimento de novos concorrentes no setor de tecnologia da iniciativa privada.

Aliás, a justificativa para essas formas múltiplas de intervenção e regulação pelo Estado é o caráter de utilidade pública inerente às plataformas

² Constituição Federal. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

digitais, que se estruturam de maneira bem próxima, muitas vezes, aos bens públicos de uso comum (BAGNOLI, 2020, p. 905).

Por isso mesmo, no que toca à questão dos dados coletados, poderiam se tornar mais públicos e ajudar o sistema de mobilidade – entes públicos e privados – a identificar questões urbanas e formas de solucioná-las. Com a abertura dos dados à utilização comum, o valor resultante de sua coleta é compartilhado, e a partir deles é possível a todos, agentes econômicos, pesquisadores, e o cidadão em geral, entender quais os padrões da cidade e quais seus problemas.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entretanto, apenas garante a privacidade do usuário, sem garantir o uso pelo Poder Público dos dados coletados por empresas, sequer aquelas prestadoras de serviços de interesse público, como o transporte de passageiros. As normas da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), instituição criada pela referida lei, e por essa investida de competência normalizadora, nada podem fazer quanto a isso, uma vez que, expedidora de meros regulamentos, não pode inovar no ordenamento. Nesse ponto, seria necessária a introdução legislativa de uma normativa específica.

A estratégia já é utilizada por outros países. A Uber, por exemplo, informa em seu *report de impacto socioeconômico* que cidades como Las Vegas, Denver e Ontário assinaram acordos com a Uber para que a empresa identificasse e cobrisse lacunas do sistema de transporte dessas cidades, principalmente relativas a regiões pouco atendidas e serviços noturnos.

Já a 99 táxi tomou a iniciativa de produzir, com os dados coletados, um índice de congestionamento nas 10 metrópoles em que mais atua, incluindo São Paulo. O Poder Público poderia utilizar detalhamentos desses dados para melhorar os diagnósticos sobre os problemas de mobilidade, realizados hoje por pesquisas que tem periodicidade muito maior ou alcance de detalhes menos precisos.

Outro ponto é a remuneração dos motoristas. Os aplicativos que atuam apenas no mercado não regulado tendem a praticar taxas maiores, mesmo tendo (ou porque têm) uma frota maior associada a eles e maior alcance. Uber e Cabify recolhem 25% do valor de cada corrida, bem acima dos aplicativos 99 Táxi (17,5%) e Easy Táxi (15%). As taxas das empresas multinacionais é quase três vezes a praticada pela SP táxi.

Quanto maior o alcance desses aplicativos, maior a taxa que praticam. É o que Jean Tirole chama de externalidade de rede: para sobreviver no mundo dos aplicativos, “nós devemos estar na mesma rede que as pessoas com as quais queremos interagir” (2020, p. 413).

Além da possibilidade de praticar taxas em dimensões extorsivas, a Uber e a 99 Táxi, no caso de São Paulo, ganham com os “rendimentos de escala” (TIROLE, 2020, p. 413). O fato de ter de baixar vários aplicativos impede os usuários de fazer viagens por mais de um deles. Mesmo sites facilitadores, que indicam o melhor preço por viagem, não contribuem muito para o quadro, por terem menos adesão nessas viagens cotidianas do que no caso das passagens de avião ou das hospedagens de hotel. Isso fora o problema de serem mais uma camada extratora de valor. Desta maneira, conseguem um alcance quase universal, e acabam por concentrar porcentagens esmagadoras do mercado.

Bagnoli também explica que mesmo serviços gratuitos são “monetizados” por meio da compra – e posterior venda a anunciantes – de dados. Quem cobra algo do consumidor, como no caso dos aplicativos de carona paga, encontra mais essa frente de lucro. Não há, de fato, muita opção ao consumidor quanto a isso. Ou o consumidor aceita os termos de uso – sem lê-los, por falta de tempo e conhecimento sobre as consequências reais do aceite –, ou deixa de usar aplicativos que vão se tornando essenciais para a vida contemporânea (BAGNOLI, 2016, p. 86).

Aplicativos como Uber exploram as duas vias de lucratividade, com a mesma liberdade, visto que não possuem barreiras competitivas para tanto.

Alguns dos comportamentos dos aplicativos mais usados podem ser classificados por meio dos incisos do art. 36³ da lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011). Os órgãos responsáveis devem estar atentos para diminuir os efeitos da concentração do mercado. Tirole, observando que “os raciocínios tradicionais do direito da concorrência não valem mais”, propõe ainda que sejam buscadas alternativas regulatórias adequadas para cada caso, ante a variedade de práticas que surgem com a inovação no ambiente digital (2020, p. 416).

Ligado ainda a isso falta uma regulação trabalhista mais inteligente, que dê uma resposta para o problema do trabalho 4.0. Como sublinha Evgeny Morozov, os aplicativos tendem a explorar o trabalho diretamente do usuário, e, mesclando consumo e trabalho, disfarçar a relação como simples economia de compartilhamento (2018, p. 75-80). Jean Tirole mostra que as plataformas

³ Lei 12.529/2011. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

bifaces, como chama esses tipos de aplicativo que mediam a relação entre o consumidor do serviço e o prestador, tendem a praticar preços baixos de um lado, unidos a altas taxas aos anunciantes prestadores (2020, p. 401).

Exemplificando o nível de exploração resultante, Ribeiro, Berardinelli e Peixoto concluíram que, em Brasília, retirando os custos operacionais, um motorista ganha em média R\$ 1.285,83 por mês, apesar de declararem para a Receita Federal valor maior, que exclui algumas despesas como internet (2017, p. 5). Esse valor tende a ser parecido em São Paulo, que tem números semelhantes em termos de congestionamento e de volume de clientes por motorista. Por outro lado, esse trabalho funciona bem como complemento de renda, uma vez que um trabalho extra de 2h rende 0,7 salários mínimos ao motorista, com custos operacionais que já seriam arcados em parte no deslocamento ao local da ocupação principal (*idem*, p. 7).

A aplicação pura e simples dos regimes de emprego estabelecidos pela CLT engessaria o mercado de forma que todo o segmento se tornasse inviável. E é importante mantê-lo funcionando, porque atende a uma demanda reprimida dos habitantes da cidade.

Por outro lado, mantê-lo totalmente desregulado tende a trazer prejuízos para a competição entre as empresas, mas principalmente para os trabalhadores em si. Um dos caminhos, inclusive, é o próprio controle pelo CADE das políticas de preço e de taxas cobradas dos motoristas, mas também de outras práticas que tendam a impactar a competitividade e incrementar modos espoliativos de redução do preço, com transferência das perdas aos motoristas/proprietários.

Considerações finais

Ao contrário do imaginado inicialmente, no que toca ao direito público, conclui-se que o Estado detém formas jurídicas para intervenção e regulação no âmbito dos aplicativos. Elas estão presentes para políticas de estímulo à inovação, por meio das Lei de inovação e da Lei do Bem, para ampliação da multimodalidade, tais como concessões, incentivos fiscais, financiamento a novas empresas competidoras etc. A nova lei de licitações veio a reforçar a permissão de compras públicas para fins de inovação, possibilitando uma rapidez maior para o setor de inovação estatal.

As dificuldades, nesse ponto, são de aplicação dos instrumentos. A contratação de concessões e compras públicas esbarra na forma como se interpreta a legislação de licitações. O problema tende a continuar com a nova lei de licitações, por ser mais sistêmico do que propriamente de inflexibilidade normativa.

Por outro lado, a ausência de previsão das caronas pagas nos planos diretor estratégico e de mobilidade pode dificultar a interação entre essas políticas e o desenvolvimento e regulação do uso do solo urbano.

No que diz respeito ao direito privado os dilemas são mais profundos, principalmente quanto ao marco legal para o uso de dados e ao direito trabalhista. As leis ou tratam de realidades superadas, ou são demasiadamente pontuais. Quanto à LGPD, apenas assegura a privacidade do usuário, sem se preocupar com o caráter de utilidade pública das plataformas. A lei trabalhista não é adequada à nova realidade, variando as interpretações, a partir dela, entre a inviabilidade econômica (real, não apenas imaginada, como em outros setores) e a total desproteção do trabalhador.

Já o marco concorrencial talvez não precise de ajustes legislativos, mas as autoridades regulatórias precisam ter capacidade de adaptação para que respondam a cada prática nova surgida com as inovações. Sem um grau de concorrência maior, a concentração do mercado tende a ser especialmente radical nesses setores que usam plataformas digitais, que funcionam no princípio do “winner takes all”, diminuindo a possibilidade de uso adequado deles para cumprir objetivos públicos, incluindo urbanísticos.

Sintetizando, existem dificuldades objetivas no campo jurídico para as caronas pagas. Elas lucram muito, em um mercado de contínua concentração, e não devolvem, necessariamente, resultados satisfatórios – por mais que tentem passar uma imagem de sustentabilidade e de “eficiência econômica”. Soluções podem ser adaptadas da legislação existente, o que não suprirá uma nova concepção legislativa em várias áreas.

Referências

ALBUQUERQUE NETO, Genezio dos Santos; SILVA, Juliana Pereira de Souza; PORTUGAL, Licínio da Silva. Uma análise do uso de aplicativos de transporte individual e remunerado: uma revisão de literatura. *Anais do XXXIIIº Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes*, Recife: ANPET, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES PÚBLICOS (ANTP). *Estudo do impacto potencial do transporte por aplicativo no transporte público por ônibus*: Estudos de caso: São Paulo e Belo Horizonte. São Paulo: ANTP, 2020.

BAGNOLI, Vicente. Digital platforms as public utilities. München: Max Planck Institute for Innovation and Competition, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 51, 2020, p. 903-905.

BAGNOLI, Vicente. The Big Data relevant market. Milano: Giuffrè, *Concorrenza e Mercato*: Antitrust, Regulation, Consumer Welfare Intellectual Property, v. 23/2016.

BUENO, Alexandre; TORKOMIAN, Ana Lúcia Vitale. Financiamentos à inovação tecnológica: reembolsáveis, não reembolsáveis e incentivos fiscais. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 153-158, out./dez. 2014.

Centre for Economics & Business Research Exploration (CEBR). *Urban Mobility Index*. London, abril de 2017. Disponível em: <https://www.qualcomm.com/media/documents/files/urban-mobility-index-report.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COELHO, Luis Antonio; SILVA, Laíze Andrea; ANDRADE, Maurício Oliveira de; MAIA, Maria Leonor. Perfil socioeconômico dos usuários da Uber e fatores relevantes que influenciam a avaliação desse serviço no Brasil. *Anais do XXXIº Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes*, Recife: ANPET, 2017.

ESTEVES, Luiz Alberto. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Documentos de trabalho 001/2015*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 2015.

LIMA, Gabriel Kuestra Macário de; ALVES, Alexandre; BARROS, Douglas; LELIS, Eliacy Cavalcanti; BUENO, Marcos José Corrêa. *X FATECLOG – Logística 4.0 e a sociedade do conhecimento*. Guarulhos: FATEC Guarulhos, 2019.

MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido!. *In*: HARVEY, David et al.. *Cidades rebeldes* (Coleção Tinta Vermelha). Boitempo Editorial. Edição do Kindle, 2013.

MARTINS, Douglas Lima; MEIRA, Leonardo Herszon; MAIA, Maria Leonor; BRASILEIRO, Anísio. Perfil socioeconômico dos usuários da Uber e fatores relevantes que influenciam a avaliação desse serviço no Brasil. *Anais do XXXIIIº Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes*, Recife: ANPET, 2019.

METRÔ. Companhia do Metropolitano de São Paulo. *Pesquisa Origem e Destino 2017: 50 anos; a mobilidade urbana da Região Metropolitana de São Paulo em detalhes*. v. 4. São Paulo: Metrô, 24 jul. 2019. Disponível em: <http://www.metro.sp.gov.br/pesquisa-od/>. Acesso em: 04 maio 2021.

MOROZOV, Evgueny. *Big Tech: A ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Concentração do setor bancário na cidade de São Paulo. *Informes Urbanos nº 40*. São Paulo, 2021.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. O que mudou na mobilidade no município de São Paulo entre 2007 e 2017? *Informes Urbanos nº 40*. São Paulo, 2019. Disponível em: https://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/40_IU_OD_2019_final.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

PEREIRA, Rafael Henrique Moraes; SCHWANEN, Tim. Tempo de deslocamento casa – trabalho no Brasil (1992-2009): diferenças entre regiões metropolitanas, níveis de renda e sexo. *Texto para discussão 1813* – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&cid=16966. Acesso em: 27 mar. 2021.

RIBEIRO, Hugo Alves Silva; BERARDINELLI, Leonardo Moy Alves; PEIXOTO, Nathane Eva Santos. Uber: transporte para complementação de renda. *21º Congresso Brasileiro de Transporte e Trânsito*, São Paulo: ANTP, 2017.

SOUSA, Caio Jardim; PAZ, Huri; LIMA, Márcia *et al.* Desigualdades raciais de mobilidade e acesso a serviços de saúde de alta complexidade em São Paulo. *Informativos Desigualdades Raciais e Covid-19*, AFRO-CEBRAP, n. 2, nov. 2020. Disponível em: https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Informativo-2_f.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. Edição do Kindle.

UBER. *ESG report*. San Francisco: Uber, 2020.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana* (Breve Companhia). São Paulo: Companhia das Letras, 2015. Edição do Kindle.

VIANNA, Guilherme Szczerbacki Besserman; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Em busca do tempo perdido: Uma estimativa do produto perdido em trânsito no Brasil. *Revista de Economia Contemporânea*, 2015, v. 19, t.3, p. 403-416. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rec/v19n3/1415-9848-rec-19-03-00403.pdf>. Acesso em: 04 maio 2021.





Monetização dos dados e competição analítica no mercado financeiro digital

Milena Fório¹

Resumo: O presente artigo pretende analisar as particularidades dos mercados digitais e a importância da circulação dos dados como meio de fomentar a concorrência no mercado financeiro digital, na medida em que pode reduzir a assimetria informacional do mercado, considerando ainda os limites impostos pelo poder do estado para a coleta, tratamento, compartilhamento, circulação e monetização dos dados pessoais ou não, em especial a Lei do Sigilo Bancário e a Lei Geral de Proteção de Dados. Para tanto abordará temas importantes para essa discussão tais como: os dados como principal ativo para os modelos de negócios digitais; a análise das particularidades concorrências no mercado de Big Data; as regulamentações europeias de livre circulação de dados e iniciativas como a do Open Banking e do Cadastro Positivo, além de princípio de livre acesso aos dados e direito de portabilidade previstos na Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Sistema financeiro. Tecnologia digital. *Big Data*. Assimetria informacional. Concorrência.

Sumário: Introdução; 1. Particularidades dos mercados digitais; 1.1 Dados como o principal ativo; 1.2 Impactos na concorrência; 2. Importância de circulação dos dados e vantagem competitiva; 2.1 A preocupação da EU com

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; pós-graduada em Direito e Economia pela Fundação Getulio Vargas/RS; pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil/RS; graduada em Direito pela Universidade de São Paulo; professora convidada em cursos de pós-graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie e na Fundação Instituto de Administração; advogada especializada em Direito Digital e Proteção de Dados. E-mail: milena.forio@me.com.

a livre circulação dos dados em mercados digitais; 2.2 Lei Geral de Proteção de Dados – Princípio do livre acesso a dados e direito de portabilidade; 2.3 Open Banking e Cadastro Positivo; 2.4 Caso CADE – Bradesco e GuiaBolso; 3. Limites impostos pelo poder do estado na circulação e monetização dos dados; 3.1 Sigilo bancário; 3.2 Lei Geral de Proteção de Dados – privacidade, transparência e relatório de impacto; Conclusão; Referências.

Introdução

Indubitável que o mercado financeiro está cada dia mais digital, bancos digitais, plataformas de investimentos, meios de pagamentos digitais e diversos outros modelos de negócios estão aparecendo com uma velocidade impressionante, graças à capacidade e facilidade crescentes de processamento de dados.

Com isso, criou-se um mercado de serviços de informação que visa processar os dados em operações analíticas, obtendo resultados que promovam tais modelos de negócios digitais no mercado financeiro.

Também incontestável que o mercado financeiro no Brasil, atualmente, é um mercado bastante concentrado e que centraliza a maioria do poder econômico em poucos grandes agentes.

Nesse cenário, o Banco Central do Brasil, regulador do setor, contempla em seu planejamento estratégico de busca de eficiência no Sistema Financeiro Nacional, a Agenda BC², que tem como uma de suas dimensões de atuação a competitividade, buscando a adequada precificação dos produtos e serviços, bem como o acesso competitivo aos mercados com a redução de barreiras de entrada e permanência.

Diante dessa realidade, o presente artigo contempla um estudo sobre a circulação dos dados por meio de monetização das informações em serviços de tratamento analítico, ou seja, utilizando-se de algoritmos aplicados aos bancos de dados (“Big Data”) como forma de dar acesso democrático aos agentes de mercado, reduzindo a assimetria informacional e, portanto, as barreiras para os demais agentes ainda não plenamente estabelecidos.

² Para saber mais sobre a agenda BC, acesse o conteúdo disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag>. Acesso em: 08 maio 2021.

Muito se fala sobre os perigos e riscos da utilização do big data e algoritmos como execução do poder econômico e, principalmente, a possibilidade de agentes com poder dominante se utilizarem de tais métodos para prática de condutas unilaterais anticoncorrenciais.

Mas esse artigo busca entender se o compartilhamento de informações, em especial, informações trabalhadas de forma analítica por empresas de serviços de informação, não seria um caminho que viabilizaria diversos modelos de negócios e, portanto, fomentaria uma competição analítica no mercado financeiro, ou se a sua utilidade se prestaria apenas ao abuso de poder econômico e a manutenção de posição dominante de alguns agentes.

O método de abordagem utilizado será o *hipotético dedutivo*. Tal metodologia se propõe a (i) fazer observações construídas a partir de investigações preliminares, (ii) transformar tais observações em hipóteses, (iii) testar tais hipóteses quando expostas a situações diferentes e (iv) fazer previsões e demonstrações baseadas nos testes das hipóteses³.

Tendo em vista a atualidade e a novidade do tema, o método eleito parece ser o mais adequado, na medida em que será proposta, sempre que possível, uma investigação empírica, com base em casos, dados e legislações existentes e situações práticas do mercado a exemplo das iniciativas de Open Banking e Cadastro Positivo, além de serão analisadas possíveis conjecturas futuras plenamente possíveis diante da dinamicidade do mercado digital.

A contribuição deste artigo, para a comunidade antitruste brasileira, está na abordagem do tema por um outro enfoque que além de analisar as particularidades dos mercados digitais, buscará entender a importância da circulação dos dados para possibilitar uma vantagem competitiva e em que medida os limites já impostos pelo poder do Estado são capazes de garantir o conforto necessário para que não se faça o uso indevido das informações, resguardando o sigilo bancário das operações, bem como os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados e os direitos dos titulares dos dados, em especial sua privacidade.

Para tanto, esse estudo foi dividido em três capítulos, além da presente introdução e da conclusão. O primeiro capítulo abordará as particularidades dos mercados digitais sob a ótica do direito concorrencial, destacando o fato do dado ser o principal ativo desse mercado e que a monetização dos dados é um modelo de negócio em expansão. Serão tratados ainda os fatores

³ FACHIN, Odília. *Fundamentos da metodologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

que impactam a concorrência em mercados digitais como a definição de mercado relevante e seus desdobramentos.

No segundo capítulo, o estudo será sobre a importância da circulação dos dados para uma competição saudável e para redução de barreiras e sobre as diversas regulamentações europeias que estão seguindo esse entendimento, bem como as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados que também seguem essa linha. Após, serão ilustradas iniciativas de compartilhamento de informações como o Open Banking e o Cadastro Positivo e o caso concreto analisado, recentemente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre o acesso aos dados de instituições financeiras pelo aplicativo de gerenciamento financeiro GuiaBolso.

Por fim, o terceiro capítulo busca analisar se os limites impostos pelo Poder do Estado para a circulação e monetização dos dados já são suficientes para trazer a segurança jurídica necessária no que tange ao uso devido e adequado das informações como forma de reduzir assimetria informacional do mercado e o incentivo a competição, garantindo a livre concorrência, a livre iniciativa e o funcionamento regular do mercado financeiro.

Nesse contexto, destacar-se a proteção ao sigilo das informações de operações financeiros conferida pela Lei do Sigilo bancário (Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001) e os princípios de privacidade, transparência e a necessidade de avaliação de impactos ao titular nos tratamentos massivos de dados previstos na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018).

1. Particularidades dos mercados digitais

Diversos estudos sobre o tema⁴ já mostraram que os mercados digitais apresentam algumas particularidades em relação aos demais mercados, particularidades essas que impactam na análise concorrencial desses mercados e levam a uma forma diferente de conduzir o tema, ampliando o escopo e considerando outros fatores além dos tradicionalmente analisados sobre a ótica do Direito Concorrencial.

O primeiro destaque que merece ser feito é que os mercados digitais têm uma sede insaciável de obtenção e tratamento de dados pessoais ou não,

⁴ Para saber mais, verificar referências bibliográficas utilizadas nesse trabalho.

levando a uma dinâmica peculiar que coloca os dados como o principal ativo desses mercados, conferindo uma maior vantagem competitiva.

Um outro aspecto relevante é a velocidade e o dinamismo com que o mercado e seus agentes se movimentam e perdem espaço nos mercados digitais, assim, os modelos de mercados digitais não inibem a inovação mesmo com menor concorrência, ao contrário de mercados tradicionais em que a baixa concorrência leva à completa ausência de estímulo para a inovação.

E ainda como já explorado em trabalhos específicos, tem-se uma dificuldade de se estabelecer o mercado relevante nos mercados digitais utilizando da metodologia e dos indicadores usuais. Assim, necessário que outros indicadores sejam considerados para o devido entendimento da dinâmica competitiva desses mercados.

1.1 Dados como o principal ativo

Como já mencionado nos mercados digitais as empresas têm uma ânsia pela captura de dados, seja para aprimorar seus próprios produtos ou serviços, seja para destinar a atividades econômicas de terceiros, que com mais informação podem tomar decisões melhores e mais assertivas. Assim, o mercado já entende o valor das informações como um ativo intangível das empresas.

Nesse passo, os dados pessoais de usuários dos serviços e produtos digitais se transformam rapidamente em um ativo econômico, na medida em que as informações extraídas e processadas por operações analíticas viabilizam agregar valor e aprimorar produtos e serviços, além da visualização preditiva de tendências do mercado.

Tanto a coleta dos dados quanto o cruzamento dos dados coletados para geração de resultados diversos são realizados de forma automatizada por computadores, e não por humanos. A participação humana limita-se à configuração dos comandos capazes de determinar uma sequência detalhada de ações a serem executadas para a realização da atividade desejada, o que se conhece como programação de algoritmos, que são os códigos responsáveis por tratar a informação e apresentar os resultados pretendidos.

A utilização da tecnologia para esta finalidade tem o objetivo de trazer velocidade à obtenção de um resultado que, se dependesse de mão de obra exclusivamente humana, demoraria muito para ser entregue, e, portanto, acelerar a tomada de decisão.

Vale destacar que os dados coletados de forma bruta já estão caminhando para um valor menor, quase que uma mercadoria *commodities*,⁵ uma vez que os dados não trabalhados já estão amplamente difundidos e não agregam tanto valor quanto um dado trabalhado de forma analítica, tais como a formação de perfis que passou a ser vista com maior valor, pois viabilizou o mapeamento de preferências de determinados tipos de público, sendo possível classificar os indivíduos em categorias de acordo com seus interesses, gênero, faixa etária, escolaridade, raça ou etnia, religião, região em que residem, dentre outras características.

Ademais, com a intensa possibilidade de customização dos tratamentos de dados para obtenção de resultados mais direcionados, os serviços de informação passaram a ser, praticamente, um mercado de matching, algo muito parecido com o que ocorreu com o café. O grão pode até ser uma comoditização como insumo, mas a diferenciação do produto café servido tem claramente valor agregado e destacado.⁶

E foi a partir da criação de perfis do indivíduo que se constituíram os primeiros modelos econômicos de monetização de dados. Inicialmente, para atender expectativas publicitárias de empresas e depois para melhor análise e tomada de decisões em vários segmentos. Nota-se que os modelos de monetização de dados trazem muitos benefícios para o mercado, para o consumidor e para o desenvolvimento da economia em dimensões globais, tendo em vista o reflexo no aumento das vendas e na facilidade de conexão entre vendedores e compradores (matching), além de uma entrega mais personalizada para o consumidor e adequada aos seus gostos e necessidades sem que haja qualquer esforço adicional da sua parte.

Para Zanatta e Abramovay⁷, os dados abrem espaço para três pontos inéditos do capitalismo contemporâneo: (i) o primeiro é que os próprios produtos e serviços comercializados já são preparados para coletar e transmitir

⁵ Originado na Câmara de Comércio de Chicago, fundada em 1848, em função da necessidade de melhorias na comercialização do trigo que chegava em Chicago de trem vindo das fazendas das Grandes Planícies. Para saber mais ler ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado*; tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

⁶ ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

⁷ . ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. *Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo da economia digital*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142019000200421&script=sci_arttext&tling=pt#B19. Acesso em: 08 maio 2021.

dados pessoais, como os televisores domésticos, carros autônomos, celulares, computadores, todos, por padrão, conectados à internet, aqui se tem o cenário da Internet das Coisas; (ii) o segundo é a chamada publicidade de precisão, ou seja, capacidade de criação de perfis de personalidade e comportamento de consumidores, a categorização social, por meio da análise analítica dos dados coletados de diversas fontes e (iii) e o terceiro é a capacidade das empresas de anteciparem comportamentos dos indivíduos e, assim, determinar atividades econômicas, originando o mercado orientado pelos dados [*data-driven markets* ou *data-driven economy*].⁸

1.2 Impactos na concorrência

Como visto no tópico acima, os mercados digitais têm particularidades que acabam por gerar uma peculiar dinâmica competitiva. A conclusão de que os dados seriam o ativo principal tem impacto na análise concorrencial, podendo levar ao entendimento de que há elevada barreira à entrada no mercado, necessitando de investimentos em captura, armazenamento e processamento dos dados em maior intensidade e velocidade, que só poderia ser arcado pelos agentes que detenham poder econômico.

No tocante ao poder detido por alguns agentes de mercado, cita-se a posição de Bagnoli⁹:

Seja qual for a forma de o poder se manifestar, trata-se de uma relação assimétrica, cuja consequência é uma subordinação. Quem tem poder o exerce, con vence, manda; quem não possui poder subordina-se, é convencido, obedece. Por sua característica o poder é algo que seduz, atrai, envolve, engrandece, mas também cega, corrompe, ultrapassa limites éticos e morais.

A doutrina especializada¹⁰ defende que o mercado de dados representa um novo paradigma para a análise concorrencial, e demanda especial

⁸ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. p. 4. Disponível em: <https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf> Acesso em: 08 maio 2021.

⁹ BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. São Paulo: Elsevier, 2008.

¹⁰ Vide BAGNOLI, Vicente. The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data. In: BAGNOLI, Vicente. *Concorrência e inovação*:

entendimento do seu funcionamento. A apropriação de bases de dados é uma vantagem concorrencial extremamente poderosa, que promove respostas rápidas e eficientes ao negócio, o que pode intensificar condutas anticompetitivas, aumentar barreiras de entrada e consolidar a dominação de mercado.

Bagnoli¹¹ ainda coloca que os grandes mercados de dados são identificados por 6 Vs, a saber: seu (i) volume; (ii) velocidade; (iii) variedade; (iv) valor; (v) veracidade; e (vi) validação. Assim, precisamente, os algoritmos permitem a visualização, compreensão e o consumo dos benefícios do Big Data.

E o mesmo autor ainda chama a atenção para o fato de que na era do Big Data, as empresas não devem apenas ser sensíveis à forma como lidam com informações ao consumidor, mas também devem considerar os efeitos no mercado de fornecer seu Big Data para terceiros.

Por esses motivos¹², o autor defende que a análise do mercado relevante seja feita também com base na concentração das bases de dados pelas empresas, o que denomina de *Big Data Relevant Market* (BDRM). Sustenta que o tema é de relevância empírica e que afeta as interpretações dos conceitos de poder de mercado, de barreiras de entrada, de abusos de dominação de mercado, de concentrações verticais, e do exercício de posição dominante.

Por outro lado, também se pode analisar o cenário, a partir de um ciclo virtuoso para a empresa, pois quanto melhor a condição econômica do agente, maior o investimento que esse realiza na coleta e nas tecnologias de tratamento de dados pessoais, o que tende a ampliar de forma continuada o

Anais do Congresso Internacional para a promoção de debates acerca do Direito da Concorrência e Inovação Tecnológica diante da realidade e desafios da Economia Digital. São Paulo: Scortecci, 2018, p. 21-29, e PITRUZZELLA, Giovanni. *Big Data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*. Disponível em: <http://dream.luiss.it/files/2017/02/Pagine-da-Giovanni-Pitruzzella.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

¹¹ BAGNOLI, Vicente. The Big Data relevant market. *Concorrenza e Mercato*, v. 23/2016, Big data e Concorrenza. Giuffrè Editore, 2016.

¹² Vide BAGNOLI, Vicente. The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data. In: BAGNOLI, Vicente. *Concorrência e inovação*: Anais do Congresso Internacional para a promoção de debates acerca do Direito da Concorrência e Inovação Tecnológica diante da realidade e desafios da Economia Digital. São Paulo: Scortecci, 2018, p. 21-29.

número de consumidores, a qualidade dos seus produtos e serviços e, conseqüentemente, a sua participação no mercado.

Assim, deduz-se que os agentes de mercado podem conquistar, por meio do tratamento dos dados, um domínio natural do mercado, o qual tende a ser ampliado na medida em que maiores investimentos são realizados na captura e na inteligência que sustenta o tratamento e a extração de valor das informações.

O rápido desenvolvimento dos mercados digitais dimensiona as oportunidades, aumenta a concorrência e torna os mercados mais transparentes, reduzindo os custos de pesquisa dos consumidores, expandindo as fronteiras e facilitando o surgimento de novos modelos de negócios.

Mas, voltando à conclusão de que esse fenômeno pode acarretar em barreiras de entrada para pequenas empresas ou novos entrantes no mercado, pois esses podem não conseguir competir efetivamente por clientes, em razão da lacuna existente entre a quantidade de dados pessoais obtida pelas empresas que dominam o nicho e a quantidade claramente menor de dados nas bases de dados da empresa entrante, nota-se então a necessidade e a importância do acesso aos dados e da comercialização de dados analíticos por empresas de serviços de informação, como forma de fomentar a competitividade e viabilizar a queda das barreiras comentadas, como será abordado no capítulo seguinte.

2. Importância de circulação dos dados e vantagem competitiva

Como anteriormente explicitado, os dados são o ativo principal dos mercados digitais, logo, o amplo acesso a tal ativo assume uma importância bastante relevante nesses mercados. Nota-se que a detenção de bases de dados e, principalmente, a possibilidade de tratar esses dados por meio de operações analíticas leva a ampliação dos horizontes dos agentes e gera uma vantagem competitiva que ainda não se sabe se é ilícita ou abusiva.

Vanberg e Ünver¹³ já ensinavam que, no mercado digital os dados são considerados recursos essenciais para o desenvolvimento de novos negócios,

¹³ VANBERG, Ayser Diker; ÜNVER, Mehmet Bilal. The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? *European Journal of Law and Technology*. 2017. p. 08. Disponível em: https://arro.anglia.ac.uk/701565/1/Diker%20Vanberg_2017.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

cabendo até a aplicação da doutrina econômica e concorrencial das “infraestruturas essenciais” (*essential facilities doctrine*), por analogia. Denominada também de doutrina do “bem de produção essencial” uma *essential facility* consiste em um recurso imprescindível para o exercício da atividade econômica, na medida em que o agente econômico não consegue sustentar a sua competitividade sem acesso ao recurso, abalando a sua capacidade de permanecer no mercado.

Assim, algumas nações já têm apresentado uma crescente preocupação com a regulação da facilitação da circulação dos dados e com a ampliação de acesso a tal recurso. Aqui se destaca a União Europeia, que vem tratando o tema de forma bastante específica e direta, conforme será abordado no tópico seguinte.

Já no caso brasileiro, não se percebe ainda um movimento tão focado e direto, mas a própria LGPD traz conceitos de facilitação de acesso aos dados de forma seguro, é claro. Além de se poder observar iniciativas, em especial, no mercado financeiro, que visam impulsionar a circulação e o tratamento dos dados para fomentar a concorrência do setor, tais como: Open Banking e o Cadastro Positivo.

E a temática já chegou até o CADE que analisou o caso do GuiaBolso, aplicativo de gerenciamento financeiro que buscou caminhos para acesso aos dados das instituições financeiras sob a alegação de poder oferecer melhores serviços para a sociedade, evitando o superendividamento.

2.1 A preocupação da EU com a livre circulação dos dados em mercados digitais

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, inclusive de serviços de tratamentos de dados. Entretanto, entendeu-se que a prestação destes serviços estaria dificultada por disposições nacionais, regionais ou locais que exigem que os dados estejam localizados em um território específico ou determinem requisitos específicos, gerando obstáculos à livre circulação de serviços de tratamento de dados.

Ademais, a mobilidade de dados na EU é também afetada por restrições de natureza privada como questões contratuais, jurídicas e técnicas que

prejudicam ou impedem os utilizados de serviços de tratamento de dados de aplicarem a portabilidade de seus dados de um prestador para outro.

Esses obstáculos levaram a falta de concorrência entre os prestadores de serviços em nuvem, por exemplo, e uma redução considerável na mobilidade dos dados. Nesse sentido, a fim de eliminar esses obstáculos ao comércio e reduzir as distorções da concorrência resultantes das divergências das legislações nacionais, o Parlamento Europeu adotou o Regulamento (UE) 2018/1807 de 14 de novembro de 2018 – relativo a um regime para livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, estabelecendo as regras relativas aos requisitos de localização dos dados, à disponibilidade dos dados para as autoridades competentes e à portabilidade dos dados para os utilizadores profissionais.¹⁴

A Consideranda 11 do referido regulamento bem resume a intenção do normativo:

A fim de criar um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União, e as bases para desenvolver a economia dos dados e para reforçar a competitividade da indústria da União, é necessário estabelecer um regime jurídico claro, abrangente e previsível para o tratamento dos dados, que não sejam dados pessoais, no mercado interno. Uma abordagem baseada em princípios, que permita a cooperação entre os Estados-Membros e a autorregulação, deverá assegurar que esse regime seja suficientemente flexível para ter em conta a evolução das necessidades dos utilizadores, dos prestadores de serviços e das autoridades nacionais na União. A fim de evitar o risco de sobreposições com os mecanismos em vigor, evitando assim uma maior sobrecarga tanto para os Estados-Membros como para as empresas, não deverão definir-se normas técnicas pormenorizadas.

O mencionado regulamento ainda lembra que o Regulamento (EU) 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR) prevê que os Estados-Membros não podem restringir nem proibir a livre circulação de dados pessoais no interior da União alegando motivos de proteção das pessoas singulares no que diz respeito aos tratamentos de dados pessoais. Além de a GDPR dispor que os responsáveis pelo tratamento de dados deverão ser encorajados a desenvolver formatos interoperáveis que permitam a portabilidade dos dados.

As Diretrizes Europeias colocam o direito à portabilidade como uma ferramenta importante para suportar o fluxo livre de informações entre as

¹⁴ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1807>. Acesso em: 11 maio 2021.

empresas e fortalecer a competição, facilitando ao titular a troca entre diferentes fornecedores de produtos e serviços, bem como estimulando a inovação e o desenvolvimento de novos serviços e produtos no contexto da economia digital. Trata-se, portanto, de uma estratégia singular de mercado que almeja reequilibrar a distribuição de poder (e de dados) entre as empresas (do mesmo setor ou não), e entre empresas e titulares.¹⁵

E o tema da circulação de dados afetando a concorrência no mercado digital parece estar mesmo no centro das atenções na União Europeia que estuda propostas de regulamentos do parlamento europeu e do conselho relativos à equidade e ao mercado único no setor digital.

A Proposta de Regulamento do Parlamento COM/2020/842 – Digital Markets Act – relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital¹⁶ considera que as práticas desleais e a falta de disputabilidade conduzem a resultados ineficientes no setor digital, nomeadamente preços mais elevados, uma qualidade inferior e uma menor escolha e inovação, em detrimento dos consumidores.

A norma institui um agente que denomina controlador de acesso que pode ser determinado tendo como referência dados quantitativos claramente circunscritos e adequados, que podem servir de presunções ilidíveis para determinar os prestadores específicos enquanto controladores de acesso, ou com base numa avaliação qualitativa caso a caso o âmbito de uma investigação de mercado.

A proposta de regulamento tem como objetivo permitir às plataformas desbloquear todas as suas potencialidades, dando uma resposta às situações mais proeminentes de práticas desleais e a fraca disputabilidade do mercado digital para permitir, aos demais agentes utilizadores, tirar pleno partido da economia de plataformas e da economia digital em geral, em um meio disputável e equitativo.

Assim, para salvaguardar a equidade e a disputabilidade dos serviços essenciais de plataforma prestados por controladores de acesso, propõem-se a prever um conjunto de obrigações para esses serviços. Dado o dinamismo e a rápida evolução dos mercados digitais, bem como o poder económico substancial dos controladores de acesso, entende o Parlamento que seja

¹⁵ Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁶ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:52020PC0842>. Acesso em: 11 maio 2021.

importante que estas obrigações sejam efetivamente aplicadas e não sejam objeto de evasão.

E a Proposta de Regulamento do Parlamento COM/2020/825 – Digital Services Act – relativo a um mercado único de serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE¹⁷, também tem uma forte preocupação com as responsabilidades e limitações dos prestadores de serviços digitais e a criação de um mercado saudável, dinâmico, inovador e competitivo.

Com base nos princípios fundamentais estabelecidos na Diretiva Europeia sobre o comércio eletrônico, que continuam a ser válidos atualmente, essa proposta procura assegurar as melhores condições para a prestação de serviços digitais inovadores no mercado interno, contribuindo para a segurança e para a proteção dos direitos fundamentais e criando uma estrutura de governação sólida e duradoura para a supervisão eficaz dos prestadores de serviços.

Dito isso, notório que a União Europeia tem focada atenção na questão de viabilizar uma concorrência sadia e um mercado digital minimamente regulado com regras harmonizadas visando um bom funcionamento e evitando as condutas que possam dificultar a inovação e o acesso às informações.

2.2 Lei Geral de Proteção de Dados – Princípio do livre acesso a dados e direito de portabilidade

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais consagrou entre seus 10 princípios o princípio do livre acesso aos dados, o qual garante aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento¹⁸e, garantiu o direito a portabilidade dos dados para outros agentes¹⁹.

Assim, o princípio do livre acesso aos dados, dá ao titular diversos direitos de requisição de informações, passando a poder requisitar, a qualquer momento, para o responsável pelo tratamento dos dados pessoais: a

¹⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁸ Refere-se ao artigo 6º da Lei, mais especificamente ao inciso IV – “IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais”.

¹⁹ Refere-se ao artigo 18º da Lei, mais especificamente ao inciso V – “V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial”.

confirmação da existência de tratamento; o acesso aos seus dados tratados; a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade; a eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; a informação das entidades públicas e privadas com as quais a empresa realizou uso compartilhado de dados; informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; revogação do consentimento; e, por fim, o direito à portabilidade dos dados do titular a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial.

Ademais, percebe-se que aliado ao princípio da autodeterminação informativa está o fundamento legal do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação²⁰. Assim, a norma estabelece uma dialética normativa de conciliação entre os conceitos da proteção dos dados pessoais e da defesa da liberdade econômica, da livre concorrência e da proteção dos segredos comercial e industrial, o que demonstra a preocupação do legislador em apresentar uma norma à sociedade que observe determinados aspectos da economia, para proteção do mercado e dos indivíduos, sem a intenção de inviabilizar ou prejudicar o desenvolvimento de novos negócios e tecnologias que envolvam o tratamento de dados pessoais.

Aqui cabe destaque o fato de que assim como nas diretrizes europeias, o regulador brasileiro pode vislumbrar um caminho para que o direito à portabilidade dos dados também beneficie a concorrência, sem tornar desinteressante o investimento em tecnologias e na inteligência de tratamento de dados para a extração de informações valiosas para o mercado, na medida em que poderá delimitar os dados que devem ser transferidos para empresas terceiras.

O tema ainda pende de regulação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, mas a tendência deverá ser a adotada na União Europeia, que estabelece que deverão ser portados apenas os dados pessoais fornecidos pelo titular à plataforma (dados cadastrais, dados de navegação ou de atividade na aplicação). E não deverão ser portados aqueles dados que, apesar de pessoais, são inferidos ou derivados da aplicação de operações analíticas de tratamento de dados pessoais, tais como resultados de análises

²⁰ Refere-se ao artigo 2º da Lei, mais especificamente aos incisos V e VI: “V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor”.

comportamentais ou financeiras por meio de algoritmos programados pelo responsável pelo tratamento.

Portanto, o direito à portabilidade contribui para o equilíbrio do mercado, pois ajudará a minimizar as barreiras de entrada no mercado, todo o esforço para a circulação facilitada e livre dos dados seja em qualquer uma dessas iniciativas contribuirá para o aumento da competitividade.

2.3 Open Banking e Cadastro Positivo

E ainda no cenário brasileiro, cumpre observar duas iniciativas no mercado financeiro relacionadas ao aumento de acesso aos dados visando o aumento da competitividade e a melhoria da experiência dos indivíduos com o oferecimento de serviços muito mais adequados e mais bem precificados aos seus consumidores a partir do conhecimento gerado pelas operações analíticas realizadas com dados.

A primeira delas é a implementação do Open Banking pelo Banco Central do Brasil²¹, assim entendido como um ecossistema que visa o compartilhamento seguro, ágil e conveniente de produtos, serviços e dados entre seus participantes, após o consentimento de seus clientes e por meio de interfaces de programação de aplicativos (APIs).²²

Malavasi²³ elucida quatro vantagens no uso do *Open Banking*:

1. Engajamento com usuários: APIs em bancos são o caminho para novas ideias, um mar de possibilidades. Assim, a marca do banco estará sempre presente em vários momentos do dia a dia do usuário, fazendo com que a instituição consiga obter até mesmo um maior número de clientes pelas facilidades que o *Open Banking* traz;
2. Monetização de serviços: uma característica das APIs em negócios é abrir novas oportunidades de receita. E o melhor: o

²¹ Para saber mais sobre Open Banking no Brasil, acessar: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/openbanking> e <https://openbankingbrasil.org.br/>.

²² Segundo a *Euro Banking Association* (EBA) (2016, p. 7), o termo *Open Banking* pode ser definido como: Compartilhamento seguro, ágil e conveniente dos produtos, serviços e dados das entidades do setor financeiro, a critério de seus clientes, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de TI [Tecnologia da Informação] dos prestadores de serviços financeiros.

²³ MALAVASI, Eike. O que é Open Banking? Promovendo o futuro dos bancos com APIs. *Sensedia*, Campinas, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://sensedia.com/blog/negocios-digitaais/o-que-e-open-banking/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

modelo de cobrança pode ser extremamente diversificado. Algumas empresas fazem programas de afiliados, enquanto outras cobram os seus parceiros pela quantidade de acessos. Pode ser definido um limite de chamadas por um aplicativo, por dia, e, quando esse limite for ultrapassado, uma taxa deve ser paga; 3. Posicionamento inovador: no mercado, não importa o segmento, ser referência de tecnologia e inovação é uma posição muito privilegiada. O lançamento de serviços diferentes de seus concorrentes garantirá sempre um melhor posicionamento, pois a integração com o maior número de aplicativos (ou melhor, com os aplicativos certos para o seu público) poderá assegurar um caminho longo e próspero de inovação; e 4. Evitar que outras empresas realizem o seu serviço: não apenas pela posição de marca inovadora, as *fintechs*, *startups* do mercado financeiro, vieram para mudar a forma como a massa de clientes usa os serviços financeiros. Sendo assim, é inevitável o lançamento de APIs por parte desses *players* de mercado, visto que hoje mesmo já existem diversas empresas que conseguem oferecer pequenas parcelas de serviços que os bancos prestam de forma aprimorada e especializada.

Assim, além das vantagens para os consumidores, vislumbram-se oportunidades para o fomento da concorrência e a geração de novos negócios e produtos, contribuindo para um mercado mais sólido, competitivo e inovador.

Sabe-se que o compartilhamento de dados estimula a oferta de uma variedade de serviços, além de possibilitar modelos de negócios diferenciados e customizados que buscam atender às expectativas dos clientes. Com essas novas frentes, as instituições poderão aumentar a competitividade.

Destarte, as implicações do *Open Banking* são representativas na medida em que essa iniciativa representa uma inovação, que unirá instituições bancárias, *fintechs* e outras companhias do setor financeiro, com o objetivo de integrar as iniciativas de abertura desse mercado, dando mais agilidade e uniformidade aos procedimentos adotados, ou seja, estimulará a entrada de novos agentes oferecendo produtos e serviços que antes só estavam sob a responsabilidade e possibilidade das instituições que guardavam os dados dos clientes.

A segunda iniciativa que se relaciona a necessidade de compartilhamento de dados é a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011)²⁴ que foi alterada pela Lei Complementar n. 166/2019 para prever a inclusão

²⁴ Para saber mais sobre o funcionamento do Cadastro Positivo acessar: https://www.consumidorpositivo.com.br/cadastro-positivo/?gclid=Cj0KCQjwh_eFBhDZARIsALHjIKctjGGrRFv4xrEOfoADN7Hez8nm4fxWb394owdki2N2uLaU3iHrUaAivpEALw_wcB.

automática dos dados dos consumidores nos bancos de gestores de bancos de dados e ampliar o acesso de instituições financeiras ao cadastro positivo de crédito.

A principal mudança aqui se dá pelo fato de que, antes do advento da LC 166/2019, a autorização do consumidor para a abertura de seu cadastro positivo nos órgãos de proteção ao crédito era imprescindível, mas, agora, a inclusão tornou-se automática para todas as pessoas físicas e jurídicas que possuam empréstimos, financiamentos, compras a prazo ou contas de consumo.

Assim, a inclusão compulsória acelera a construção de perfil dos consumidores, automatizando o histórico de crédito e permitindo que os agentes do mercado forneçam produtos e serviços customizados, direcionados e mais bem precificados, com ampliação do acesso ao crédito e promovendo a concorrência no mercado de crédito.

2.4 Caso CADE – Bradesco e GuiaBolso

Para corroborar com a temática da importância de circulação dos dados (incluindo sua monetização) para uma competição analítica no mercado financeiro, vale mencionar o caso que o CADE enfrentou, recentemente, sobre a disputa judicial entre o Bradesco e o GuiaBolso (Processo Digital n.º 1027396-67.2016.8.26.0100) que, em apertado resumo, é uma medida promovida pelo Bradesco que visa que o GuiaBolso se abstenha de coletar os dados dos clientes do banco acessados por meio do internet banking (tanto por dispositivo móvel quanto pelo navegador) e apague os dados já coletados.

Sobre o assunto, a então Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, pertencente ao Ministério da Fazenda (SE-PRAC), elaborou o Parecer SEI n.º 1/2018/GABIN/SEPRAC-MF, no qual explicita a possibilidade de aspectos concorrenciais estarem relacionados à ação judicial acima mencionada. Parecer este que motivou a abertura de Processo Administrativo pelo CADE em face do Bradesco por suposta conduta anticompetitiva, alegando que o banco, ao requer um segundo fator de autenticação para que correntistas acessem, eletronicamente, as suas contas nas aplicações do Banco, estaria dificultando ou impedindo as atividades econômicas de auxílio de gestão financeira exercidas pelo GuiaBolso e dificultando de entrada no mercado de serviços financeiros e de disponibilização de

serviços complementares que concorrem com parte dos serviços oferecidos pelo Banco.

Em relação ao mérito, o Bradesco alegou que a conduta a ele imputada não configurava infração à ordem econômica, pois, o Banco não detém posição dominante nos mercados supostamente afetados pela conduta sob investigação; a implantação do segundo fator de autenticação resultou do cumprimento, pelo Bradesco, de um dever legal de proteção e segurança das informações, e não há qualquer outro motivo; e não há indícios de que a conduta sob investigação tenha produzido efeitos negativos efetivos ou potenciais ao ambiente concorrencial.

Nesse ponto, destaca-se dentro as alegações finais do Bradesco a análise da abertura e flexibilização do mercado financeiro:

Não bastasse isso, o mercado brasileiro de concessão de crédito passa por inédita abertura e flexibilização, resultantes (i) da pressão competitiva exercida pelo segmento de meios eletrônicos de pagamento, com ofertas de operações de antecipação de recebíveis de cartões de crédito por tais agentes econômicos; (ii) da criação, pelo BCB, das figuras jurídicas da Empresa Simples de Crédito (ESC), das Sociedades de Empréstimo entre Pessoas (SEP) e das Sociedades de Crédito Direto (SCD)²⁰; e (iii) de iniciativas legislativas e regulatórias relevantes, tais como a edição da Lei Complementar nº 109/2019, que tornou automática a adesão de consumidores ao cadastro positivo de crédito, e a instituição, pelo BCB, do Sistema de Pagamentos Instantâneos (SPI), esperada para o final deste ano.

Em 07 de outubro de 2020, o Plenário do CADE homologou Termo de compromisso de Cessação (TCC) firmado pelo Bradesco no âmbito do processo administrativo para encerrar o caso sem admitir qualquer irregularidade, mas se comprometendo a pagar uma multa de R\$ 23,8 milhões de reais e interromper as condutas investigadas, além de desenvolver e disponibilizar em 90 dias interfaces de conexão que permitam que o GuiaBolso acesse de forma segura os dados dos clientes mediante o devido consentimento. No termo, o GuiaBolso, por sua vez, compromete-se a responsabilizar-se pela guarda criptografada dos dados dos clientes.²⁵

Alexandre Barreto²⁶ afirmou em despacho:

²⁵ Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/bradesco-firma-acordo-com-cade-em-investigacao-de-pratica-anticompetitiva-contra-guiabolso>. Acesso em: 12 maio 2021.

²⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Bradesco firma acordo com Cade em investigação de prática anticompetitiva contra GuiaBolso*. Disponível em: <https://www.gov>.

Na linha do exposto pela SG/Cade, entendo que o presente acordo, ao viabilizar uma solução acordada e imediata, anterior à plena vigência do open banking no Brasil, gerará efeitos potencialmente benéficos e pró-competitivos no mercado de serviços financeiros brasileiro, ao ir ao encontro do planejado pelo regulador para este mercado com a política supracitada, a qual visa, sobretudo, o incremento da concorrência no setor em destaque, em benefício dos consumidores brasileiros.

Seja como for, parece aqui que a tendência de interpretação da autoridade antitruste seguia a linha de que eventual criação de empecilhos para a circulação dos dados seria entendida como uma conduta anticompetitiva e de abuso do poder econômico detido pela instituição que tinha a base de dados dos clientes.

Ademais, sem prejuízo das questões concorrenciais envolvidas no caso em comento, frisa-se que, sob a ótica da regulação financeira, deve-se mencionar a questão da transferência dos dados de forma segura, abordando os aspectos técnicos na especificação de interfaces que venham a ser usadas em implementações, incluindo aqueles relacionados à segurança cibernética e às formas mais eficientes para a autenticação e o acesso seguro aos dados dos clientes e usuários das instituições, em observância a normativos do Conselho Monetário Nacional e da Lei Complementar 105/2001 sobre sigilo das operações de instituições financeiras.

3. Limites impostos pelo poder do estado na circulação e monetização dos dados

Assim como em diversas outras situações, o Estado também atua aqui como regulador e com a função de dar condições para o mercado se desenvolver com segurança, por meio da imposição de alguns limites para a circulação e monetização dos dados, visando, em especial, a proteção do sigilo das informações e da privacidade dos indivíduos, conceitos que, aliás, não devem ser confundidos.²⁷

br/cade/pt-br/assuntos/noticias/bradesco-firma-acordo-com-cade-em-investigacao-de-pratica-anticompetitiva-contra-guiabolso. Acesso em: 08 maio 2021

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. 1993. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 88, p. 439-459. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>.

No sistema financeiro brasileiro, duas regulamentações se destacam nessa seara: (i) a Lei Complementar n. 105/2001 que dispõe sobre sigilo bancários das operações de instituições financeiras e impede o compartilhamento das informações salvo em hipóteses específicas e bem restritas previstas na referida norma e (ii) a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

Ambas as normas não visam impedir a inovação, o desenvolvimento do mercado e a utilização dos dados pessoais ou de operações financeiras, mas, preocupadas com privacidade, sigilo e segurança, impõem limites para a livre circulação e monetização dos dados conforme será abordado nos tópicos seguintes.

Esses limites parecem promover uma estrada segura e adequada para a livre circulação das informações e a monetização dos dados com a operação de tratamento analítico e formação de resultados pelas empresas que prestam serviços de informação no mercado digital, gerando um equilíbrio interessante entre os benefícios que essas iniciativas podem trazer à sociedade e ao mercado (fomentando a concorrência) com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

3.1 Sigilo bancário

A Lei Complementar nº 105 de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras foi editada no contexto de um mercado financeiro em que a tecnologia ainda era focada apenas na velocidade dos processamentos dos dados, sem considerar os resultados que poderiam ser obtidos por meio do tratamento das informações que optou por determinar o sigilo.

Por meio da leitura da norma infralegal, é possível verificar que a ideia subjacente a essa construção é a de que, através do conhecimento das operações financeiras realizadas por uma pessoa, torna-se possível devassar a sua vida, acessando aspectos íntimos de sua existência, que o indivíduo tem o direito de manter em segredo.

Entretanto, não se observa, até porque assim não era possível sequer imaginar, que tenha sido levado em consideração a possibilidade de que o tratamento das informações das operações de instituições financeiras poderia

servir a diversos interesses públicos bastante importantes, em que pese o disposto no §3º do artigo 1º da Lei Complementar 105/2001 e que a utilização de informações de forma trabalhada possa ser útil para fomentar a concorrência em um mercado financeiro cada vez mais digital.

Na era digital em que vivemos, o tratamento das informações não se dá apenas pelo mero compartilhamento da informação de forma aberta, com todos os dados disponibilizados no formato em que foram recebidos. A tecnologia bem-sucedida já é capaz de trabalhar as informações iniciais e delas obter resultados como dados derivados de diversos formatos (utilização de “data mining” e “inteligência artificial”, por exemplo), além de aplicar recursos tecnológicos para proteger a privacidade e a intimidade dos indivíduos.²⁸

Assim, percebe-se que, caso o tema não seja endereçado de forma eficiente, as limitações impostas pelo Estado em nome da proteção à privacidade do indivíduo poderão inibir ou até mesmo proibir a utilização das ferramentas tecnológicas para tratamento das informações protegidas pelo sigilo bancário, de forma que delas sejam aproveitados os resultados disponíveis para beneficiar o mercado, a concorrência e a sociedade como um todo.

Nessa linha de raciocínio, o tratamento dos dados protegidos pelo sigilo bancário e o compartilhamento dos resultados desse tratamento poderiam se compatibilizar com as limitações impostas pelo Estado, frente à ponderação de qual interesse estaria envolvido e os benefícios gerados para o mercado e a sociedade.

Não há que se falar em limitação do uso da tecnologia e do tratamento dos dados – visto que esse cenário implicaria em impedir a inovação e a fruição dos benefícios decorrentes de tal evolução –, mas na adequação da interpretação a ser conferida a garantia do sigilo bancário, à nova realidade que se apresenta, com o objetivo de garantir a segurança jurídica.

Com efeito, atividades como a apreciação, avaliação e classificação do cliente, com a finalidade de conhecer o seu perfil de risco e a sua capacidade econômico-financeira, por exemplo, não constituem meras funcionalidades à disposição das instituições financeiras e demais agentes intermediários. Pelo contrário, é clara a tendência da regulação do mercado financeiro e de capitais, no sentido de converter tais atividades em imperativos voltados à preservação da segurança e da higidez do próprio mercado.

²⁸ BOWMAN, Courtney; GESHER, Ari; GRANT, John K.; SLATE, Daniel. *The architecture of privacy*, O'Reilly, 2015, eBook edition.

Nesse sentido, pode-se intuir que essa limitação imposta pelo Estado deve ser bem ponderada e interpretada para que exerça uma função importante, qual seja, delimitar o âmbito e a forma da circulação e do uso das informações protegidas pelo sigilo bancário para que não seja devassada a privacidade dos indivíduos e que o sigilo das informações seja observado, mas com a devida flexibilização para que não inviabilize a utilização das informações para o atingimento dos benéficos de seu uso para a sociedade e para o fomento da competitividade, em especial, em um mercado bastante concentrado como é o mercado financeiro brasileiro.

3.2 Lei Geral de Proteção de Dados – privacidade, transparência e relatório de impacto

Após anos de discussão no congresso brasileiro, em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados tendo com objetivo principal a regulamentação do tratamento dos dados pessoais, visando como um de seus fundamentos o respeito à privacidade dos indivíduos, nos termos do artigo 2º, inciso I. Para tanto, elenca no artigo 6º os princípios que devem ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais, dentre eles, destaca-se, no inciso VI, o princípio da transparência²⁹.

Sempre importante distinguir o princípio da transparência da base legal do consentimento, confusão que tem sido frequente no mercado. O princípio da transparência visa garantia, aos titulares, informações claras e objetivas sobre o que a empresa está fazendo com os dados dele, para qual finalidade e envolvendo quais agentes de tratamento. Ou seja, a preocupação aqui é que o titular tenha acesso à informação da realização do tratamento.

Já o consentimento é uma das dez hipóteses de tratamento de dados pessoais previstos na LGPD e que depende de um ato de vontade positivo do indivíduo. Portanto, ainda que se utilize de qualquer uma das outras nove hipóteses de tratamento previstas no artigo 7º da lei em comento, devem ser observados os princípios previstos no artigo 6º da mesma norma.

²⁹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

Por outro lado, o princípio da transparência não pressupõe o consentimento para ser cumprido.

Assim, parece que, ao realizar o tratamento com observância aos ditames da LGPD, em especial, ao respeito à privacidade e o princípio da transparência, além do cumprimento de uma das hipóteses reguladas, as empresas provedoras de serviços de informações poderiam monetizar seus dados e seus processos de inteligência para promover novos serviços e produtos, além de possibilitar a tomada de decisões mais acertadas e, então, fomentar a concorrência no mercado, sem, entretanto, abuso de seu poder e ultrapassar os limites impostos pelo Estado.

Além disso, outro freio relevante para o controle de tal cenário é a previsão pela LGPD da necessidade de elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, sempre que os agentes de tratamento, públicos ou privados, identificarem que um processo de tratamento de dados pessoais oferece riscos para os titulares dos dados pessoais.³⁰

Este relatório tem como uma de suas finalidades obrigar o agente de tratamento a analisar os seus processos de negócio, dando visibilidade de potenciais reflexos negativos ocasionados aos titulares dos dados, determinando a adoção de medidas de mitigação e remediação para contornar ou eliminar a possibilidade de violação de direitos.

A ANPD ainda deverá regulamentar a aplicação do relatório, determinando quais agentes de tratamento devem elaborá-lo, bem como qual conteúdo este documento deve apresentar, o que deve contribuir para uma fiscalização mais efetiva. Essa regulamentação, vinculada ao poder de auditoria concedido à Autoridade, deve mitigar os desafios da investigação dos atos irregulares das empresas no mercado digital.

No âmbito da União Europeia, a avaliação de impacto à proteção de dados pessoais (DPIA – Data Protection Impact Assessment) também é prevista na GDPR e as Guidelines para a aplicação da avaliação de impacto à proteção de dados emitidas pela European Data Protection Board³¹, preveem:

³⁰ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XVII – relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco.

³¹ Tradução nossa: “DPIAs are important tools for accountability, as they help controllers not only to comply with requirements of the GDPR, but also to demonstrate that appropriate

A avaliação de impacto à proteção de dados é uma importante ferramenta de auditoria, visto que ajuda os agentes de tratamento não só a atender as exigências da GDPR, mas também a demonstrar que medidas de mitigação de riscos apropriadas foram adotadas para assegurar o compliance com a regulação. Em outras palavras, o DPIA é um processo de construção e demonstração de compliance.

Em que pese o foco dessa ferramenta ser a análise de riscos à privacidade, deve-se realizar tal mapeamento visando a identificação de outras espécies de riscos. Ao analisar processos de negócio sob o aspecto da proteção dos dados, os agentes de tratamento podem, como consequência, identificar outras ameaças aos consumidores ou ao mercado que necessitam ser mitigados ou remediados, considerando o potencial descumprimento de regulamentações nacionais ou a violação de normas e políticas da empresa.³²

Assim, vislumbra-se que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais pode ser a ferramenta para garantia da transparência, capaz de diminuir a assimetria de informações existente entre as empresas e as autoridades, o que por vezes impede ou dificulta as investigações de abusos praticados por meio do tratamento de dados pessoais.

Ademais, como os requisitos que demandam a elaboração do Relatório pelos agentes de tratamento de dados (tratamento massivo de dados pessoais e violação das liberdades civis e direitos fundamentais) são os mesmos que viabilizam as práticas de dominação de mercado e a prática de abusos econômicos pelos agentes do mercado digital, o Relatório de Impacto à

measures have been taken to ensure compliance with the Regulation (see also article 24). In other words, a DPIA is a process for building and demonstrating compliance". Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236. Acesso em: 11 maio 2021.

³² Conforme Consideranda 84, da GDPR: A fim de promover o cumprimento do presente regulamento nos casos em que as operações de tratamento de dados sejam suscetíveis de resultar num elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo seu tratamento deverá encarregar-se da realização de uma avaliação de impacto da proteção de dados para determinação, nomeadamente, da origem, natureza, particularidade e gravidade desse risco. Os resultados dessa avaliação deverão ser tidos em conta na determinação das medidas que deverão ser tomadas a fim de comprovar que o tratamento de dados pessoais está em conformidade com o presente regulamento. Sempre que a avaliação de impacto sobre a proteção de dados indicar que o tratamento apresenta um elevado risco que o responsável pelo tratamento não poderá atenuar através de medidas adequadas, atendendo à tecnologia disponível e aos custos de aplicação, será necessário consultar a autoridade de controlo antes de se proceder ao tratamento de dados pessoais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 11 maio 2021.

Proteção de Dados Pessoais deve facilitar as fiscalizações, as investigações e a repressão de irregularidades.

Conclusão

O tamanho e a relevância das empresas no mercado digital e a quantidade de empresas de serviços de informação focados no mercado financeiro reafirmam o elevado valor monetário dos dados pessoais ou não e a importância destes na construção de novos modelos econômicos, os quais desafiam os conceitos tradicionais do mercado. Sem dúvida, estamos diante de uma nova dinâmica econômica, com diferentes estratégias de preços, rápidos ciclos de inovação, disputa pela obtenção e pelo acúmulo de dados pessoais, e criação de grandes bases de dados que garantem a previsibilidade das tendências de mercado.

Apesar desse modelo, por vezes, prestar-se à manutenção de uma posição vantajosa no mercado, ou até uma posição dominante, vimos que há caminhos para que a monetização dos dados e o livre acesso às informações, com o aumento da circulação de dados, tem um papel essencial para a diminuição da assimetria informacional entre os participantes do mercado e, portanto, fomenta a concorrência ao reduzir as barreiras de entrada de outros agentes.

Até por tudo isso que se tem assistido a uma crescente preocupação da União Europeia com o incentivo e a regulação da livre circulação dos dados em mercados digitais, além de um mercado único e com facilidades para a troca de informações entre os participantes. No Brasil, o legislador e os reguladores também têm mostrado serem partidários do entendimento de que as informações, sejam os dados brutos (que estão se tornando commodities) mas, em maior importância, os dados trabalhados por operações analíticas, tem uma contribuição para o aumento da eficiência do Sistema Financeiro Nacional, com o estímulo e a viabilidade de promover maior concorrência no mercado.

O princípio de livre acesso aos dados e o direito à portabilidade trazidos pela LGPD, bem como iniciativas como as do Open Banking e Cadastro Positivo e a análise e o acordo firmado pelo Bradesco junto ao CADE no caso envolvendo o GuiaBolso, deixam tal sinalização muito evidente.

Embora esse pareça ser um caminho sem volta, necessário que seja um caminho seguro e que o Estado imponha limites para que não sejam

afetados os direitos fundamentais dos indivíduos, a proteção do consumo, a livre iniciativa comercial e a regulação adequada do mercado, por meio das regras de concorrência. Nessa linha, a Lei do Sigilo bancário pode ser um bom parâmetro, além da observância do direito à privacidade e o princípio da transparência previstos na LGPD.

Por fim, a necessidade de realização de Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais pode ser a ferramenta para garantia da transparência e controlar as empresas de serviços de informação, estipulando os limites e as formas de uso das informações brutas ou trabalhados por meio de operações analíticas para o alcance do equilíbrio entre a monetização dos dados e uma competição analítica que estimule os diversos agentes do mercado financeiro digital.

Referências

Livros

BAGNOLI, Vicente. *Concorrência e inovação: Anais do Congresso Internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. São Paulo: Scortecci, 2018.

BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. São Paulo: Elsevier, 2008.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERNABÈ, Franco. *Liberdade vigiada: Privacidade, segurança e mercado na rede*. Tradução: Davi Pessoa Carneiro. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Elisabeth; BRAGA, Fabiane. *Inteligência competitiva em tempos de Big Data: Analisando informações e identificando tendências em tempo real*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUSDEO, Fábio. *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROTH, Alvin E. *Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado*. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and competition policy*. New York: Oxford Press, 2016.

Artigos

BAGNOLI, Vicente. Competition for the effectiveness of Big Data benefits. *IIC. International Review of Industrial Property and Copyright Law*, v. 46, p. 629-631, 2015.

BAGNOLI, Vicente. Concorrência na era do Big Data. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Org.). *Evolução do antitruste no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Singular, 2018, v. 1.

BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. *Concorrenza e Mercato: Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual Property*, v. 23, p. 73-94, 2016.

BAGNOLI, Vicente. The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data. In: BAGNOLI, Vicente (Org.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1. ed. São Paulo: Scortecci, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. 1993. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 88, p. 439-459. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>.

FIDELIS, A. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition, *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, 2017.

FRAZÃO, Ana. *Big Data e Concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial*, p. 4. Disponível em: http://anafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-11-29-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

GRAEF, Inge; VERSCHAKELLEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. *Putting the right to data portability into a competition law perspective*. 2013. p. 7. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/281092445_Putting_the_right_to_data_portability_into_a_competition_law_perspective. Acesso em: 05 maio 2021.

MALAVASI, Eike. O que é Open Banking? Promovendo o futuro dos bancos com APIs. *Sensedia*, Campinas, 18 nov. 2016. Disponível em: <https://sensedia.com/blog/negocios-digitais/o-que-e-open-banking/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. *Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais*. Disponível em: http://ricardoabramovay.com/wp-content/uploads/2019/08/Zanatta-e-Abramovay_Estudios-Avançados-96_2019-1.pdf. Acesso em: 07 maio 2021.

Documentos jurídicos, relatórios científicos e consultas públicas legislativas

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Complementar nº 105/2001*. Lei do Sigilo das operações bancárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.414/2011*. Lei do Cadastro Positivo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12414.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.529/2011*. Lei de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.965/2014*. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.709/2018*. Legislação Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov>.

br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Portal Legislativo. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>. Acesso em: 07 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Portal Legislativo. *General Data Protection Regulation*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 08 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Portal Legislativo. *Proposta de Regulamento do Parlamento 2020/0374 (COD) – Digital Markets Act – relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/HIS/?uri=CELEX:52020PC0842>. Acesso em: 08 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Portal Legislativo. *Proposta de Regulamento do Parlamento 2020/0374 (COD) – Digital Services Act – relativo a um mercado único de serviços digitais – altera a Diretiva 2000/31/CE*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>. Acesso em: 08 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Portal Legislativo. *Regulamento (UE) 2018/1807 de 14 de novembro de 2018 – relativo a um regime para livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1807>. Acesso em: 08 maio 2021.

Trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses

ESTEVINHO, Luís Miguel João. *A “Big Data” nos mercados digitais*. 2018. 54 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/26465>. Acesso em: 08 maio 2021.

Outros textos em meios eletrônicos

BAGNOLI, Vicente; MADI, Maria Fernanda. Concorrência na economia digital. *Valor Econômico*, São Paulo, 08 ago. 2017.

BAGNOLI, Vicente; MADI, Maria Fernanda. Concorrência na era do Big Data para o bem-estar do consumidor. *CONJUR – Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 nov. 2015.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. p. 4. Disponível em: <https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf>. Acesso em: 05 maio 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Bradesco firma acordo com Cade em investigação de prática anticompetitiva contra GuiaBolso*. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/bradesco-firma-acordo-com-cade-em-investigacao-de-pratica-anticompetitiva-contraguiabolso>. Acesso em: 08 maio 2021.



Programas de compliance e contratações públicas

*Paulo Henrique Gomiero*¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo contribuir para o debate sobre a adoção de programas de *compliance* por entidades que pretendam licitar e contratar com o poder público enfatizando as novidades trazidas pela Lei 14.133/2021 em tal aspecto. Para tanto, o estudo contextualizará os programas de *compliance* na realidade brasileira e sua guinada após os recentes escândalos de corrupção que restaram por trazer os temas relacionados a controles para a ordem do dia nas entidades privadas em suas contratações e demais aspectos operacionais, e que agora também possuem caráter relevante para licitar e contratar com o poder público. A novidade legislativa, contudo, trouxe um aparente conflito sistêmico de normas, qual seja, a definição de obra de grande vulto como parâmetro para exigência para a adoção de programas de *compliance* para o licitante vencedor, os quais também serão avaliados por este estudo.

Palavras-chave: Compliance. Programas de integridade. Licitações públicas. Contratações públicas. Conflito de normas.

Sumário: Introdução; 1. Breve contextualização dos programas de *compliance* na realidade brasileira; 2. Contratações públicas e mecanismos de controle; 3. Conflito aparente de normas e uma crítica ao sistema; Conclusão; Referências.

¹ Advogado; Especialista em Direito Tributário pelo IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais; LLM em Direito Tributário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa; Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Introdução

A busca por um ambiente de negócios ético e transparente, mormente nas relações entre entidades privadas e o poder público é uma exigência global tendo em vista que os custos para com a corrupção podem afetar de maneira acentuada a economia de um país, tanto no presente quanto no futuro. Diversos são os fatores internos e externos, que corroboram com este entendimento tais como: a desconfiança de investidores estrangeiros e a conseqüente fuga de capitais, já que investir em um país que tolera práticas de corrupção não se mostra seguro, os impactos no cenário competitivo, na medida em que empresas não competem no mesmo setor pelos mesmos contratos em paridade de armas, que leva a deterioração do ambiente empresarial, dentre outros que levam por afetar o desempenho e sustentabilidade econômica.

De acordo com dados publicados pelo Fórum Econômico Mundial², o custo da corrupção em países em desenvolvimento soma mais de um trilhão de dólares, valores estes que deixam de ser investidos e/ou reinvestidos no país causando ainda mais deterioração do sistema. Na realidade brasileira o custo da corrupção também é bilionário³ afetando de maneira direta setores como saúde, educação, habitação, saneamento e infraestrutura e ano após ano a percepção da situação brasileira no ranking de corrupção divulgado pelo Instituto Transparência Internacional⁴, não coloca a nação em uma situação favorável, o que mantém o impacto na casa dos bilhões de reais.

Para mudar este cenário, embora haja um componente cultural envolvido em diferentes nações, fato é que a legislação exerce um papel fundamental na medida em que atribui a penalização respectiva aos seus transgressores além de criar mecanismos outros que contribuam para um controle

² *Corruption costs developing countries \$ 1.26 trillion every year – yet half of EMEA think it's acceptable*. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/corruption-global-problem-statistics-cost/>. Acesso em: 07 set. 2021.

³ FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. DECOMTEC. Questões para discussão, 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/attachment/custo-e-economico-da-corrupcao-final/>. Acesso em: 07 set. 2021.

⁴ O Brasil ocupa a posição 94 no ranking conforme relatório. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>. Acesso em: 07 set. 2021.

preventivo dos ilícitos. É neste contexto que surgem então os chamados programas de conformidade – os programas de *compliance*.

Adiante, o estudo aprofundará a contextualização dos programas de compliance no Brasil, a sua aplicação nas contratações públicas e, ainda, abordará um panorama de um aparente conflito de normas trazidas pela nova legislação sobre o tema.

1. Breve contextualização dos programas de compliance na realidade brasileira

A gestão de riscos empresariais no Brasil conexas ao combate à corrupção e outros ilícitos conexos não é um movimento recente. Muito embora tenha havido uma intensificação a partir do ano de 2013 com a edição da Lei 12.846/2013 que dispôs sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, que lhe deixou conhecida como “lei da empresa limpa” ou “lei anticorrupção”, é preciso reconhecer que este marco, embora relevante, não foi o ponto de partida um sistema de combate à corrupção no Brasil.

Desde a promulgação da constituição de 1988, a moralidade administrativa já é um princípio imperativo da administração pública e para conferir efetividade a tal princípio, o código penal, a lei de improbidade administrativa, as leis que definem os crimes de responsabilidade, a lei da ficha limpa, além de outros compromissos firmados pelo Brasil no âmbito internacional⁵ que otimizaram e alteraram disposições das leis nacionais a respeito do tema.

Sob este prisma, em 2013 o sistema brasileiro de combate à corrupção foi engrandecido com a promulgação da Lei 12.846/2013 e suas previsões de responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a administração pública. Muito embora a lei de improbidade administrativa já possua previsão de responsabilização civil de pessoas jurídicas que se beneficiem de atos ímprobos, ainda que na qualidade de terceiros⁶,

⁵ O Brasil ratificou a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE pelo Decreto 3.678/2000; ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA pelo Decreto 4.410/2002; ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da ONU pelo Decreto 5.687/2006.

⁶ Vide Recurso Especial 1.122.177/MT, DJE 27/04/2011.

o fato é que a lei anticorrupção aumentou significativamente este espectro, além de prever responsabilidade objetiva das empresas, representando uma mudança de paradigmas.

No ano de 2014, o início da vigência da lei anticorrupção coincidiu com o início da conhecida operação da polícia federal denominada “Lava-Jato”⁷, que investigou diversos crimes dentre os quais aqueles conexos a contratações públicas, contribuindo para um movimento empresarial de adaptação aos mandamentos da lei anticorrupção, visando estabelecer os mecanismos de controle capazes de prevenir ilícitos, bem como eventualmente se beneficiar das atenuantes previstas na legislação para as empresas que tenham tais mecanismos.

O mecanismo em questão são os conhecidos programas de *compliance* que a lei se referiu como “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo a denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.⁸ Regramentos posteriores como o Decreto 8.420/2015, além de manuais editados pelas entidades de controle⁹ que detalhou parâmetros para os programas de integridade, ainda que passível de críticas visto que a lei tentou uniformizar o *compliance* para diferentes realidades de negócios.

Este contexto do surgimento dos programas de *compliance* no Brasil difere de certa maneira de outras realidades estrangeiras, tal como dos Estados Unidos. Na realidade norte-americana é possível a responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos criminais ao passo que no Brasil, somente crimes ambientais podem gerar esta responsabilização. Esta diferença é marcante, pois o impacto de sanções cíveis/administrativas e criminais é bastante sensível e ao passo que nos Estados Unidos ambas as sanções são possíveis, no Brasil a parte criminal fica excluída.

Se por um lado esta questão criminal embasou nos Estados Unidos uma evolução dos programas de *compliance*, tendo em vista a possibilidade de celebração de acordos com o Estado ou outros mecanismos capazes de afastar ou arrefecer a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas que

⁷ O histórico da Operação Lava Jato está disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>. Acesso em: 07 set. 2021.

⁸ Artigo 7º, inciso VIII da Lei 12.846/2013.

⁹ Vide Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 07 set. 21.

possam demonstrar um efetivo programa de *compliance*, além de melhorar o cenário de pessoas físicas gestoras das empresas e que estabeleçam mecanismos necessários para prevenir os ilícitos¹⁰, o Brasil ao seu turno, trilhou seu caminho no sentido de impor um sistema punitivo para empresas e conferir o papel do *compliance* de redutor de eventuais sanções pecuniárias a que uma empresa esteja sujeita, não guardando conexões com as pessoas físicas e até mesmo pelas responsáveis pelo *compliance* neste aspecto.

Na experiência norte-americana os sistemas de *compliance* trazidos em regramentos como FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) editado em 1977 como resposta do congresso estado-unidense no escândalo do *water-gate* onde se descobriu um esquema de fundos escusos com propósito de influenciar eleições¹¹, e também a lei *Sarbanes Oxley* editada em 2002 como reação a escândalos financeiros envolvendo as empresas *Enron*, *WorldCom* entre outras¹² contemplam diversos regramentos para combate a práticas de corrupção além de conferir maior transparência na governança corporativa e relacionamento com os investidores. O *compliance*, portanto, abrange uma série de mecanismos, formando um verdadeiro microsistema dentro da realidade empresarial privada e também na relação público-privada.

Ainda que no Brasil seja possível fazer esta crítica de que o sistema de *compliance* é de fato um mero instrumento de controle para que as empresas mostrem uma adaptação ao sistema punitivo estabelecido nas relações com o poder público, não abrangendo relações privadas em muitos aspectos, o fato é que tais programas estão previstos em normas legais e obrigam a empresas de diferentes maneiras, inclusive a contratação pública.

2. Contratações públicas e mecanismos de controle

Os sistemas de controle, como visto, passaram a ser uma espécie de exigência para o setor privado mormente para aquelas entidades que realizavam negócios para com o poder público. Isto porque como a lei anticorrupção

¹⁰ GADINIS, Stravos; MIAZAD, Amélia. *The hidden power of compliance*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3123987>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹¹ MARTINS, Tiago do Carmo. O impacto das *Fake News* nas políticas públicas. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021.

¹² ZHANG, Ivy Xiyang. Economic consequences of the Sarbanes-Oxley Act of 2002. *Journal of Accounting and Economics*, p. 74-115.

estabeleceu todo um regramento punitivo para aqueles que violem suas regras na relação com a administração pública, a obrigatoriedade de estabelecer mecanismos de controles capazes de demonstrar a sua adaptação a princípios éticos e de controle, indiretamente passou a ser uma obrigação.

Após a edição da lei 12.846/2013, ascendeu-se o debate sobre uma potencial transferência da responsabilidade ao setor privado para o estabelecimento de mecanismos de controle, tendo em vista que todo o regramento neste sentido obrigava as empresas a este papel e não o poder público¹³. Esta discussão parece ter se encerrado com a edição da lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista nas esferas da União, Estados e Municípios.

Por força do artigo 9º desta lei, semelhantes exigências são feitas agora também para os entes públicos, equilibrando a balança na relação público-privada na medida em que ambas as partes devem se atentar a mecanismos de controle. Da mesma forma, o sistema punitivo também foi balanceado na medida em que as empresas estatais também passaram a estar sujeitas a sanções da lei anticorrupção por ausência de *compliance*, conforme artigo 94 da lei, ainda que com exceções que se coadunam com as exigências de direito público.

Sob este panorama, é possível notar que ainda que o arcabouço legislativo existente até o ano de 2021 não exigisse expressamente os programas de integridade como requisito para licitações e contratações públicas, uma vez que tanto o setor privado quando o setor público estão obrigados a adotarem tais medidas em nome da adaptação a um sistema punitivo existente¹⁴, é fato que a existência de tais programas passaram a ser uma exigência para aqueles que pretendam licitar com o poder público, não como decorrência da lei, mas como decorrência lógica dos próprios sistemas de controles das entidades. Ademais, diversas já eram as normas estaduais que já exigiam programas de integridade para a contratação pública independentemente da lei geral federal¹⁵.

¹³ Uma discussão à época dos fatos pode ser encontrada em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-29/lei-anticorruptao-valer-tambem-estatais-restricoes>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁴ Importante ressaltar que a lei 13.303/2016 em seu artigo 9º, contém a expressão “adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno” o que demonstra uma obrigatoriedade a esta implementação. A lei 12.846/2013 ao seu turno não coloca como imperativo a adoção de medidas de controle para as pessoas jurídicas privadas.

¹⁵ Exemplos como a lei 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro, lei 15.228/2018 do Estado do Rio Grande do Sul, lei 4.730/2018 do Estado do Amazonas, lei 20.489/2019 do Estado de Goiás e lei 6.308/2019 do Distrito Federal.

Embora a edição lei 14.133/2021 tenha elevado a importância dos programas de integridade no âmbito das contratações públicas, colocando inclusive como obrigatória a existência de tais programas para licitantes em contratações de grande vulto, é importante reconhecer que esta exigência e importância já era implícita e praticada, porém agora com um nível maior de segurança jurídica por estar positivada em lei, seja para a contratação em si, como para critério de desempate de licitantes dentre outras questões.

3. Conflito aparente de normas e uma crítica ao sistema

Um ponto de destaque na novel legislação está justamente na obrigatoriedade de implementação dos programas de integridade em contratações públicas de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto gerando uma aparente contradição no sistema. Isto porque a lei 14.133/2021 define obras de grande vulto como aquelas em que o valor estimado supera o valor de duzentos milhões reais o que pode não ser um valor adequado quando se trata de contratações feitas por Estados e Municípios.

Como a lei de licitações e contratos administrativos possui o caráter de lei nacional, ou seja, impõe o regramento não apenas para a União, mas também para Estados e Municípios, aparentemente ao trazer um valor base para contratações que exijam a implementação dos programas de integridade, cria-se uma perplexidade quando analisadas em face de outras legislações da federação, colocando em dúvida sobre a revogação tácita ou não destas normas¹⁶ na medida em que estas disciplinam valores menores para a definição de contratações que exijam programas de integridade.

Porém este conflito de normas é aparente e não deve gerar maiores percalços até mesmo nos tribunais. Isto porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda quando da análise da antiga lei de licitações e contratos e seus regramentos reconheceu que determinados pontos da norma geral são de fato regras específicas e aplicáveis somente à União. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 927 que em seu bojo reconheceu que parte

¹⁶ As já mencionadas leis 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro, lei 15.228/2018 do Estado do Rio Grande do Sul, lei 4.730/2018 do Estado do Amazonas, lei 20.489/2019 do Estado de Goiás e lei 6.308/2019 do Distrito Federal que possuem valores de contratação de grande vulto com valores muito mais módicos variando entre um milhão e meio de reais a cinco milhões de reais.

do dispositivo da lei 8.666/93, a então lei de licitação e contratos, no que tange a doações de bens imóveis e permutas de bens móveis, são aplicáveis somente no âmbito da União Federal¹⁷.

Sendo assim, a norma geral em contratações públicas que exigem os programas de integridade em contratações de grande vulto deverá ser complementada com a realidade de cada Estado ou Município com as suas legislações específicas. A competência para legislar da União para normas de licitação e contratação não impedem que os demais entes federativos editem suas normas regulando as suas realidades locais e regionais – e isto envolve estabelecer o que é contratação de grande vulto em cada uma destas particularidades, sendo o valor estabelecido na lei 14.133/2021 aplicável somente à União.

Neste ponto também é possível estabelecer um pensamento crítico. Se a exigência de programas de integridade são consectários lógicos de toda uma atuação ética e transparente na relação público-privada, ainda mais considerando o sistema punitivo posto, não existe uma razão jurídica ou social para tornar obrigatório os programas de integridade de licitantes apenas em contratações consideradas de grande vulto. A ética e transparência na administração pública é decorrência lógica dos princípios expressos na constituição federal em seu artigo 37¹⁸ e não deveria ser uma exigência apenas para contratações que excedam determinado valor, a transparência deveria aplicar-se a todas as relações sem distinção. Ainda que se venha a expandir o raciocínio de mostrar que a lei traz incentivos aos programas de integridade, tais como os já mencionados critérios de desempate ou outros, fato é que a obrigatoriedade está somente nas contratações de maiores vultos ou ainda na remediação das punições estabelecidas. Há uma evolução a ser trilhada neste tocante.

Conclusão

Os programas de integridade e os sistemas de controles internos têm evoluído no Brasil nos últimos anos. Seguindo a esteira de países

¹⁷ ADI 927 MC/RS – Rio Grande do Sul / Julgamento em 03/11/1993.

¹⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

desenvolvidos, o Brasil a sua maneira incrementa seu arcabouço legislativo com o objetivo de trazer relações público-privadas mais transparentes e com isto diminuir o impacto bilionário que a corrupção causa, desviando recursos que devem ser reinvestidos em prol da população para interesses de pessoas específicas/camadas específicas da sociedade.

Ao dizer que o Brasil implementa tais medidas a sua maneira, significa dizer que diferentemente de outros países, que possuem um sistema de responsabilização cível, administrativa e criminal tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas, o Brasil opta por não estabelecer a responsabilidade criminal para as pessoas jurídicas (exceto para crimes ambientais) o que torna de certa maneira os programas de integridade como meros redutores de penalidades pecuniárias nas relações empresas e administração pública já que as penalidades são restritas, em última análise aos campos Administrativo e cíveis. Isto acarreta a diminuição da força com que instrumentos como acordos de leniência, acordos de não persecução penal podem ajudar no combate a ilícitos conexos a atividade de corrupção *lato sensu* bem como altera a própria responsabilidade daqueles que detém o controle sobre os programas de integridade já que estes não possuem uma responsabilidade específica.

A crítica, contudo, não tem o condão de desmerecer a evolução do assunto e os novos regramentos trazidos pela nova lei de licitações e contratos administrativos tem sua relevância ao positivar os programas de integridade, tanto em sua obrigatoriedade quando se trata de contratações de grande vulto, como também quando incentiva a adoção de tais programas para que funcionem como critério de desempate e que possam amenizar penalidades. Esta relação entre incentivo e punições poderá ter o efeito desejado de que todas as entidades, sejam públicas ou privadas, estabeleçam relações que primem pela transparência e pela ética na forma de conduzir negócios.

Por fim, há um apontamento de conflito aparente de normas trazido pela novel legislação, qual seja, o valor para se definir o que é uma contratação de grande vulto capaz de atrair a necessidade de um programa de integridade de parte licitante. Este conflito se diz aparente, pois já há precedente no Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar que normas nacionais de caráter geral podem conter em seu bojo determinados regramentos aplicáveis somente à União Federal e, valendo-se do mesmo racional, o valor estabelecido na lei 14.133/2021 deve servir somente para a União e não aos Estados e Municípios.

Chamar a atenção para este conflito aparente de normas importa somente para trazer uma nova crítica ao sistema – que é a exigência de programas de integridade apenas para a parte licitante em contratações de grande vulto quando em verdade, todas as contratações com o poder público deveriam conter essa exigência, independentemente do tamanho do licitante, é possível exigir do mesmo um sistema de controle e integridade que garanta a ética e transparência, uma evolução a ser perseguida.

Referências

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Corrupção e o legado do mensalão e da Lava Jato*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/239707/corruptao-e-o-legado-do-mensalao-e-da-lava-jato--por-luis-roberto-barroso>. Acesso em: 07 set. 2021.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas – Lei 12.846, de 2013*. 1. ed. São Paulo: RT, 2014.

FIESP. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. DECOMTEC. *Questões para discussão*, 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/attachment/custo-economico-da-corrupcao-final/>. Acesso em: 07 set. 2021.

GADINIS, Stravos; MIAZAD, Amelia. *The hidden power of compliance*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3123987>. Acesso em: 07 set. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança corporativa e integridade empresarial, dilemas e desafios*. Saint Paul Editora: 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Tiago do Carmo. O impacto das Fake News nas políticas públicas. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021.

MORENO, Maís; AVELAR, Mariana Magalhães; BORTOLINI, Rodrigo. *O programa de integridade no Rio de Janeiro: a nova lei 7.753, de 17 de outubro de 2017*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267591/o-programa-de-integridade-no-rio-de-janeiro--a-nova-lei-7-7-753--de-17-de-outubro-de-2017>. Acesso em: 07 set. 2021.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALMON, Walter J.; CALDWELL, Philip; POUND, John. *Experiências de governança corporativa – Harvard Business Review*. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2001. Tradução de: On Corporate Governance.

ZHANG, Ivy Xiyang. Economic consequences of the Sarbanes-Oxley Act of 2002. *Journal of Accounting and Economics*, p. 74-115.





A interação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Renan Clemente Gutierrez¹

Resumo: Este artigo pretende analisar, sem esgotar o tema, a necessidade e o limite da interação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – e a Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Para tanto, analisará o papel atribuído aos dois órgãos, apontando a flagrante diferença entre os seus objetos. Com isso, cumpre demonstrar que as atribuições de competência originária da ANPD ao CADE não é uma medida econômica razoável, nem eficiente. Entretanto, como será demonstrado, é cabível a intervenção do órgão de defesa da concorrência apenas quando o tratamento e uso dos dados ferir a livre concorrência, com a prática de ilícitos concorrenciais, de forma que a existência do nexa causal é indispensável para que se atribua as competências originárias da ANPD ao CADE.

Palavras-chave: CADE. Integração. ANPD. Direito concorrencial. Mercado. Concorrência.

Sumário: Introdução; 1. Estrutura organizacional para a proteção dos dados em face da criação de agências reguladoras; 2. Criação e função das agências reguladoras; 3. Tratamento dos dados no âmbito da União Europeia e a interação entre a Autoridade de Proteção de Dados e a Autoridade da

¹ Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui cursos de extensão em Tributos Indiretos e Processo Tributário Analítico, ambos ministrados pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), e Capacitação em Tributos, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado tributarista, atualmente compondo a banca do escritório Bergamini Advogados.

Defesa da Concorrência – European Data Protection Board (EDPB); 4. O princípio da eficiência da Administração Pública e a interação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e Conselho Administrativo de Defesa Econômica; 5. Eventos que autorizam a intervenção eficiente do CADE e o afastamento de atuação do órgão em meras infrações contra a LGPD; Conclusão; Referências.

Introdução

O avanço tecnológico havido nas últimas décadas suscitou maior atenção quanto à participação do Estado na regulação do mercado digital, visando coibir os chamados abusos de mercado, que ferem a concorrência e afetam a sociedade de maneira geral. Nota-se, de início, conflito de interesses tutelados pelos direitos fundamentais, porquanto o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal, preveem a inviolabilidade e sigilo dos dados, que representa um direito fundamental, onde já é possível identificar a delicadeza que o estudo sobre o tema denota. Por outro lado, também o Texto Constitucional assegura a livre concorrência.

É fato que existe uma interação entre o Direito Digital e o Direito da Concorrência, pois todas as áreas do Direito interagem, buscando privilegiar o sobre princípio constitucional da segurança jurídica e para dar mais eficiência às regras do ordenamento posto.

Entretanto, o fato é que os dois ramos do Direito possuem objetivos distintos, não sendo justificável e eficiente a incorporação das atribuições da ANPD ao CADE.

É neste ponto que nasce a controvérsia do presente artigo, que será esmiuçada no sentido de demonstrar o conflito de interesses e a distinção entre o objeto do CADE e ANPD, objetivando a proteção da livre concorrência.

Pois bem. A Constituição Federal estabelece uma série de princípios que vinculam a Administração Pública, de forma que a sua observância é obrigatória para os atos administrativos.

Dentre tais princípios, contidos no *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional, está o princípio da eficiência da Administração Pública, cuja importância para este tema é enorme, tendo em vista que a incorporação das atribuições da ANPD ao CADE, na opinião reinante sobre o tema, não é econômica, eficiente e razoável. Não sendo razoável, não cumpre o

objetivo da Administração Pública de, dentre outras atribuições, atuar com extrema eficiência.

Entretanto, é cabível a intervenção do CADE quando verificada uma situação: a prática de abusos concorrenciais com o uso e tratamento dos dados, pois tal fato macula a livre concorrência e afeta diretamente o objeto do órgão. Havendo nexos de causalidade entre o ilícito com o uso e tratamento de dados, e a prática de ilícitos concorrenciais, o CADE deve intervir para coibir os abusos concorrenciais decorrentes da prática a que se busca combater.

O tema é novo.

Em agosto de 2020, como será demonstrado com maior detalhes, houve proposta do Governo Federal para incorporar as atribuições da ANPD ao CADE, o que chamou a atenção de especialistas sobre o tema, apontando pelo equívoco daquela pretensão – já superada.

1. Estrutura organizacional para a proteção dos dados em face da criação de agências reguladoras

Como já adiantado, este artigo irá analisar a questão da competência para apoio, acompanhamento e punições referentes às políticas públicas que envolvam o uso e armazenamento de dados pessoais, matéria disciplinada pela Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que imprimiu efetividade ao direito fundamental² novo no direito brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal³, em julgamento datado de 06 e 07 de maio de 2020, reconheceu a proteção dos dados pessoais como direito fundamental, garantindo proteção constitucional à matéria.

Em apertada síntese, Laura Schertel Mendes⁴ consigna que “pode-se dizer que o direito fundamental à proteção de dados enseja tanto um direito subjetivo de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva), como um dever de proteção estatal (dimensão objetiva)”. E conclui: “Isso significa que os atos do Estado passam a ser controlados tanto por sua ação, como também por sua omissão”.

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas. p. 60.

³ MC-ADI 6387, 6388, 6389 e 6390 – suspendeu a aplicação da MP 954/2018.

⁴ MENDES, Laura Schertel. *Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental a proteção de dados pessoais*.

Ainda, o julgamento tratou sobre a insuficiência do atual quadro normativo-institucional para a proteção de dados, como a entrada em vigor de um plexo normativo para tratar sobre o tema, quanto à criação de uma autoridade competente para fiscalização das infrações no tocante à matéria.

Com efeito, tanto a LGPD entrou em vigor naquele mesmo ano, quanto também houve a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) para a fiscalização de violações quanto ao uso, compartilhamento e coleta de dados pessoais. Esse movimento gerou balizas para os *players* do mercado no tocante ao uso, compartilhamento e coleta dos dados pessoais mantidos em suas bases, visando evitar máculas na livre concorrência, como será mais bem desenvolvido adiante.

Toda a análise do presente se dará sob o enfoque do princípio da eficiência da Administração Pública, esculpido no caput do artigo 37 do Texto Constitucional. Quando houver alguma infração à LGPD que envolva ilícito concorrencial, ante o enfoque do princípio da eficiência, a qual estrutura deve ser destinada a responsabilidade para fiscalizar e punir o agente que praticar o(s) delito(s)?

No âmbito de defesa da concorrência, existe a estrutura do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), cujas atribuições são todas voltadas para a matéria concorrencial, prestigiando a livre concorrência. Por outro lado, como será esmiuçado no decorrer do presente, a LGPD criou a ANPD, como uma agência reguladora, a quem é atribuída a responsabilidade de auxiliar o Estado no campo disciplinado pela lei.

Para tanto, é importante registrar, de pronto, os seguintes questionamentos: o CADE deve receber a responsabilidade sobre a LGPD no âmbito de suas atribuições, incorporando integralmente a ANPD? Caso negativo, é somente a própria ANPD quem deve receber tais atribuições? Como uma terceira via, existe a possibilidade de uma interação entre o CADE e a ANPD para proteção dos dados e da concorrência a um só tempo?

2. Criação e função das agências reguladoras

O Estado, em sua estrutura, cria integrantes da Administração que objetivam a prestação de serviços públicos e exploração de atividades

econômicas, cujo objetivo é a prestação de serviços públicos com maior eficiência.

Isso se deve ao fato de que a criação de uma instituição para atuar especialmente sobre um determinado tema pressupõe que, a médio e longo prazo, tal integrante da administração se torne um *expert*⁵, importando na melhoria na prestação do serviço.

Para exercer o *mister*, são criadas as chamadas Autarquias, dentre as quais destacamos as agências reguladoras, órgãos criados para regular e normatizarem atividades de interesse público.

Para Celso Spitzcovsky e Caio Bartine⁶, as agências reguladoras podem ser compreendidas como “espécies de autarquias cujos objetivos são a regulamentação, o controle e a fiscalização da execução dos serviços públicos transferidos ao setor privado”. Especificamente sobre a livre concorrência, a figura de uma agência reguladora auxilia o Estado na fiscalização das atividades das empresas, evitando-se abusos que maculem um ambiente concorrencial adequado.

Isso ocorre pelo fenômeno da descentralização do Estado, que objetiva a especialização das atividades por ele desempenhadas, tudo em nome do princípio da eficiência da Administração Pública. É no campo das autarquias em regime especial que encontramos as chamadas agências reguladoras. Nas palavras de Quezia Lopes Carvalho Custódio⁷, as agências reguladoras:

Gozam de poder normativo, por poderem regulamentar e normatizar diversas atividades de interesse coletivo que obrigam os prestadores de serviços, buscando assim o interesse público [...] As Agências Reguladoras possuem autonomia financeira devido à garantia de receitas vinculadas. Gozam de poder normativo, por regulamentar e normatizar diversas atividades de interesses.

Com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), vinculada à

⁵ O princípio da especialização tem o poder de engessar os administradores de tais instituições de se afastarem dos objetivos principais descritos em lei para os órgãos criados.

⁶ SPITZCOVSKY, Celso; BARTINE, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 104.

⁷ Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/agencias-reguladoras-e-o-seu-papel-no-brasil>.

Administração Pública federal, mais especificamente em seu artigo 55-A⁸, com autonomia técnica e decisória⁹.

A ANPD foi criada no intuito de auxiliar o Estado na proteção dos dados e recebe a atribuição de fiscalizar como as empresas ou órgãos públicos tratam os dados pessoais mantidos em suas estruturas. O Estado deve ser eficiente e mirar sempre o desenvolvimento econômico, e tais órgãos se prestam para buscar esse fim.

Com o avanço da era digital, a questão da privacidade dos dados ganha destaque, mais detidamente por se tratar de direito fundamental para seus titulares, bem como defesa no uso adequado dos dados para não ferir a concorrência. Para sintetizar, cabe trazer à baila as considerações de Martha Leal¹⁰ sobre as atribuições da ANPD:

Incumbe à ANPD, nas suas atribuições como agência reguladora, o desafio no desempenho da proteção do direito à privacidade e a autodeterminação informativa, entre outros, sem olvidar-se do desenvolvimento econômico, tecnológico e da inovação, fundamentos estabelecidos no artigo 2º, I, II e V da Lei Geral de Proteção de Dados.

Com efeito, a ANPD repousa no centro deste artigo, pois o órgão ganha um papel importantíssimo: fiscalização e regulamentação da Lei Geral de Proteção de Dados, conforme constante no artigo 1º de seu Regimento Interno. Por outro lado, no cenário da concorrência, surge a figura do CADE, órgão responsável pela fiscalização e regulação, dentre outras atribuições.

O CADE tem a função precípua defender a livre concorrência, postulado do artigo 170 da Constituição Federal¹¹, conferindo obrigação ao Estado de coibir abusos do poder econômico, nos termos do artigo 173, § 4º.

⁸ Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

⁹ Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

¹⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/martha-leal-expectativas-anpd-frente-contexto-europeu/>.

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência.

Em outras palavras, cabe ao CADE tratar de questões atinentes à concorrência, visando coibir abusos e ilícitos que culminem em práticas anticompetitivas e operações societárias que possam culminar principalmente em monopólios, oligopólios, trustes e cartéis, bem como acompanhar os movimentos das empresas no que atine às atividades no âmbito concorrencial.

Para Vicente Bagnoli¹², a concentração econômica tem o condão de afetar negativamente um ambiente efetivamente competitivo, maculando a livre concorrência. Essa deve ser a preocupação do CADE. Nas palavras do citado autor:

Na era do Big Data, os benefícios trazidos por esta revolução só serão efetivos ao consumidor com a implementação de medidas de proteção de dados, mas, sobretudo, com a existência de um ambiente necessariamente competitivo, onde a livre concorrência será capaz de conter eventuais abusos do poder econômico.

Isso porque, em breve síntese, o Estado zela por um mercado competitivo saudável, livre de abusos concorrenciais. Nesse cenário, várias empresas competem em similar igualdade sobre os preços e consumidores, de forma que estes poderão contar com diversas opções de escolha dentro de suas necessidades e realidades econômicas.

Os abusos concorrenciais, que devem ser coibidos pelo CADE, nascem quando um número reduzido (ou até único) de agentes econômicos possui o monopólio/oligopólio do mercado¹³, afetando, assim, a competitividade e o poder de eleição dos consumidores sobre os produtos preteridos. Dessa forma, é possível identificar que o CADE trabalha com a função preventiva, repressiva e educativa para a defesa da concorrência.

É de se notar, desde já, que o órgão já possui atribuições específicas, por vezes de difícil resolução, e é “bem atarefado”, enquanto é facultada ao Estado a criação de agências reguladoras para lhe auxiliar em outras políticas públicas (como o caso da ANPD para tratamento dos dados).

¹² BAGNOLLI, Vicente. *Concorrência na era do Big Data para o bem-estar do consumidor*. 13 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrancia-big-data-favorece-consumidor>.

¹³ Também são práticas anticompetitivas e que maculam a concorrência: formação de cartéis e os chamados trustes (operações societárias de fusões/incorporações visando controlar o mercado).

Cabe registrar, de imediato, que isso não exclui a interação entre a ANPD com o CADE, objeto de estudo do presente artigo. O problema nasce com a atribuição de novas e estranhas responsabilidades ao CADE que, como exposto, já seriam tratadas exclusivamente pela ANPD.

No próximo tópico, vamos analisar a interação entre órgãos de proteção de dados em questões concorrenciais no âmbito da União Europeia. Como exemplo, este artigo irá apresentar a solução dada pelo European Data Protection Board em um recente evento (2018), visando a defesa da concorrência, e se tal política deveria ser aplicada no Brasil entre ANPD e CADE.

3. Tratamento dos dados no âmbito da União Europeia e a interação entre a Autoridade de Proteção de Dados e a Autoridade da Defesa da Concorrência – European Data Protection Board (EDPB)

No cenário da União Europeia, existe órgão que busca conferir o trato uniforme dos dados disciplinados pelo regulamento europeu de proteção de dados – GDPR, denominado European Data Protection Board – EDPB.

O EDPB requereu participação ativa na investigação da Comissão Europeia que tratou sobre os impactos concorrenciais no âmbito do mercado Europeu decorrente da aquisição da Shazam pela Apple¹⁴.

Em apertada síntese, a União Europeia, com a referida Comissão, avaliou se a Apple, com a prestação de serviço de *streaming* de música, pretendia a obtenção de dados dos clientes de seus concorrentes para captar tais clientes para a sua plataforma e serviço, o que afetaria a livre concorrência no mercado Europeu no oferecimento do serviço de *streaming* de música.

Assim, o EDPB requereu a sua intervenção para analisar se as empresas, quando coletam os dados e promovem o seu armazenamento em suas estruturas, poderiam cometer abusos do poder econômico com a concentração de mercado. O órgão julga indispensável, para a defesa da concorrência, analisar quais os efeitos, a longo prazo, sobre o uso e compartilhamento de dados pessoais no mercado quando ocorrer fusão,

¹⁴ Integra do documento publicado pelo EDPB, intitulado como “Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration”, disponível em: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf.

aquisição ou *joint venture*, identificando se a operação não tem como objetivo o abuso de posição dominante¹⁵.

É possível observar, portanto, a existência de uma interação entre as autoridades de defesa da concorrência e autoridade de proteção de dados no âmbito da União Europeia. Cumpre analisar, no cenário nacional, se é possível essa integração no âmbito da ANPD e do CADE, e qual a forma mais racional e efetiva, sob a nossa ótica, de conciliar os papéis destes órgãos na defesa da concorrência e proteção dos dados.

4. O princípio da eficiência da Administração Pública e a interação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A Administração Pública, para o seu perfeito desempenho, está submetida aos princípios expressos e inexpressos no Texto Constitucional, cuja aplicação visa garantir: o respeito ao ordenamento legal, à isonomia, à coisa pública, ao Estado Democrático de Direito e acesso às informações não sigilosas e, por fim, o respeito à economia existente entre tempo e resultado.

Tais princípios estão expressos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, sendo os seguintes: *(i)* princípio da legalidade; *(ii)* princípio da isonomia; *(iii)* princípio da moralidade; *(iv)* princípio da publicidade e, por fim, *(v)* o princípio da eficiência.

É sobre esse último que o presente artigo traz seu enfoque, visto que os órgãos integrantes da Administração Pública devem atuar sempre visando à eficiência administrativa, que objetiva “a busca pelo aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços, como forma de chegar à preservação dos interesses que representa” (SPITZCOVSKY; BARTINE; 2012; p. 51).

A eficiência, em síntese, configura em empregar menor tempo e recursos também mais economicamente possíveis para a prestação mais adequada de determinado um serviço público pela Administração.

Na hipótese de cometimento de ilícito contra a LGPD, a quem deve ser atribuído o dever de fiscalização e até mesmo de punição do agente que

¹⁵ Após as diligências da Comissão Europeia, a operação da Apple foi devidamente aprovada em setembro de 2018.

infringiu a lei? A resposta precisa deste questionamento demanda uma avaliação sobre a espécie de ilícito cometido.

Como visto, o CADE é o órgão que tem como incumbência principal cuidar da concorrência, incumbido de prevenir, fiscalizar e reprimir os abusos e ilícitos que venham a infringir a concorrência saudável prevista pelo artigo 170 do Texto Constitucional. Para tanto, é conferida ao CADE uma série de atribuições, que culminam em um órgão muito requisitado e em intensa movimentação para a salvaguarda da livre concorrência no mercado nacional.

Por outro lado, houve a criação da ANPD pela própria legislação atinente aos dados. Eis, então, o órgão responsável pela gestão dos dados no Brasil, cujas atribuições evidentemente implicam em verificar e até mesmo coibir ilícitos sobre o uso indevido dos dados¹⁶.

Portanto, não é nada econômico, e muito menos eficiente, manter a ANPD com as suas atribuições e, ainda, conferir ao CADE atribuições no tocante à proteção de dados em sentido amplo, gerando-lhe mais tarefas do que as que já sustentam a existência e manutenção do órgão.

A questão gerou um impasse e chegou a ser proposto pelo próprio CADE, em agosto de 2020, a incorporação da ANPD¹⁷. A proposta recebeu crítica de diversos especialistas sobre o tema, porquanto seria necessária uma readequação na norma de regência dos dados, suprimindo artigos da Lei nº 13.709/2018, bem como sobre a Lei de Concorrência (12.529/2011) para adequação a esta nova realidade.

Ainda, existe, sob a nossa ótica, conflito entre o fim dos órgãos, pois a ANPD foi criada para interpretar, aplicar e executar punições em virtude de ilicitudes cometidas em descumprimento à Lei Geral de Proteção de Dados, enquanto o CADE possui outra atribuição, sendo a “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”.

Cumprе assinalar que o CADE é uma autarquia federal que, com eficiência reconhecida, desempenha o seu papel para a proteção de uma concorrência saudável no mercado, prevenindo, fiscalizando e punindo abusos decorrentes dos cartéis, dos trustes e monopólios/oligopólios que culminem em mácula à livre concorrência.

¹⁶ Importante anotar que tais ilícitos podem não ser econômicos, o que já tem o condão de afastar atuação do CADE.

¹⁷ Por não ser mérito do presente, este autor registra apenas em nota de rodapé que o CADE justificou a pretensão de incorporação da ANPD, cuja operação resultaria em uma economia de mais de cem milhões de reais.

São dois objetivos e funções distintas.

Entretanto, é certo que a ANPD, no que atine ao direito concorrencial, acaba por interagir com o CADE, que já interage com outras Agências Reguladoras, não sendo diferente com a ANPD, que interage com o CADE através de acordo para compartilhamento de informações.

A própria Lei de Defesa da Concorrência¹⁸ determina que o CADE poderá requerer que órgãos e entidades públicas ou privadas lhe enviem relatórios e informações, visando uma efetiva cooperação entre as entidades. Inclusive, é de se assinalar que ambas as legislações (Direito Concorrencial e Direito Digital) visam o bem estar dos administrados, sendo a livre concorrência um princípio da LGPD.

A LGPD assegura o fluxo no tratamento dos dados, empregando especial cuidado quanto aos direitos de seus titulares, pois o armazenamento dos dados pode gerar certo risco junto ao seu titular, principalmente quando por processos tidos como automatizados. Nesse sentido, assinalou Danilo Doneta (2010, p. 39):

O risco se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade de estes dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular, em sua utilização por terceiros sem o conhecimento de seu titular.

Por outro lado, a LGPD não se serve para uma regulação do mercado onde tais dados estão inseridos e transacionados, ocasião em que se faz necessária presença do Direito da Concorrência. Insta salientar que a Lei da Concorrência se direciona a qualquer atividade econômica, enquanto a LGPD cuida apenas do tratamento dos dados que não necessariamente podem estar inseridos no campo das atividades econômicas.

Neste âmbito é possível concluir que a infração à LGPD não representa, necessariamente, infração ao Direito da Concorrência.

As autoridades da concorrência devem intervir, por exemplo, na ocasião em que se configure poder abusivo de mercado pelo trato dos dados por determinada empresa, pois quanto maior o número de armazenamento de

¹⁸ Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XVIII – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.

dados na estrutura de uma empresa, potencialmente aumenta também o seu poder de mercado.

É nesse momento que as autoridades dos dados e da concorrência devem interagir. Para tanto, é preciso avaliar se há nexo de causa entre a violação do uso de dados e prejuízo para a livre concorrência.

5. Eventos que autorizam a intervenção eficiente do CADE e o afastamento de atuação do órgão em meras infrações contra a LGPD

No tópico anterior, quedou ressaltado que nem todas as infrações à LGPD representam ofensas ao direito da concorrência, de forma que a incorporação da ANPD pelo CADE já poderia representar, sob uma ótica mais crítica, uma ineficiência quanto aos objetivos precípuos dos órgãos.

A autoridade concorrencial deve ser invocada para intervir e reprimir condutas ilícitas quando essas representarem exercício de poder abusivo de mercado. Esse é, inclusive, o fim precípuo de sua criação. Para resolver esse tipo de problema o CADE poderá¹⁹, por exemplo, determinar que uma empresa em posição dominante compartilhe os seus dados com empresas que estão ingressando no mercado (empresas entrantes), visando evitar que essa empresa adquira posição dominante.

Tal movimento, inclusive, acelera e alimenta a competitividade no mercado, afastando a indevida posição dominante da empresa detentora de tais dados. A eliminação de concorrentes, ou criação de dificuldades para novo entrante no mercado, afeta a concorrência no átimo de que a empresa em posição dominante poderá estabelecer preços a seu critério e, inclusive, deixar de apresentar inovações ou melhorias em seus produtos²⁰.

Todavia, isso não quer dizer que o CADE tenha total liberdade para tais determinações, pois a autoridade deverá considerar a previsão contida no artigo 6º, III²¹, da Lei Geral de Proteção de Dados (princípio da necessidade) para minimizar o impacto na proteção dos dados.

¹⁹ Deve ser justificado pelo princípio da necessidade, como veremos adiante.

²⁰ Esse evento pode ocorrer na figura dos monopólios, oligopólios, trustes e cartéis.

²¹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

O objetivo das autoridades reguladoras deve girar em torno de verificar os agentes que visam eliminar os competidores ou dificultar a sua manutenção e entrada no mercado para concorrer, daí a necessidade de observância do princípio. Com essas práticas, quem sofre são os consumidores e titulares dos dados, eis que ficam completamente sem opções para aquisições/consumo, bem como vinculados aos preços determinados pela empresa em posição dominante.

São essas as modalidades de práticas ilícitas com uso de dados que ferem a concorrência e devem invocar a presença do CADE para interagir com a ANPD. A palavra chave deve ser a concorrência, e não os dados pessoais em sentido lato. Daí o entrave na incorporação da ANPD pelo CADE.

A inserção de mais atribuições ao CADE, inclusive alheias aos seus objetivos precípuos, poderá representar não somente uma distorção quanto à sua essência, mas também acarretará em prejuízo no que atine à eficiência da prestação do serviço público por ele desempenhado.

Extraímos as considerações de Pedro Zanotta²² sobre o tema, em artigo publicado recentemente sobre a incorporação da ANPD pelo CADE. O raciocínio que segue sintetiza toda a ideia trazida por este artigo, pois ambos têm como fundamento se evitar que o CADE receba desnecessariamente um volume de trabalho alto como aquele demandado pela LGPD.

Segue:

Assim, concentrar mais atividades poderá resultar em prejuízo às atividades regulares do CADE e ao seu reconhecimento, hoje unânime, como uma das agências mais eficientes do mundo. Sem dúvida, essa incorporação de funções deverá trazer aumento de equipe no Cade, como consta da proposta, mas o julgamento das sanções a serem aplicadas, em decorrência da LGPD, será pelo mesmo Tribunal e pelos mesmos conselheiros que hoje se dedicam apenas à defesa da concorrência.

Assim, as duas estruturas possuem distintos enfoques que, evidentemente, podem causar conflitos, e a questão da eficiência de ambos os órgãos restaria completamente prejudicada, o que vai à contramão da lógica constitucional-administrativa de Estado.

Ainda, é sabido que o CADE possui interação com outras agências reguladoras nas matérias atinentes à concorrência, o que faz pressupor que

²² Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/332259/advogados-questionam-proposta-do-cade-para-incorporar-anpd>.

a ANPD conta com o apoio do CADE nas questões em que as violações da LGPD que possam culminar em prejuízos à concorrência.

A questão ganhou força. Tanto que, em 02/06/2021, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) firmaram um Acordo de Cooperação Técnica, formalizando uma inter-relação entre as respectivas autoridades, visando coibir atividades lesivas à ordem econômica e livre concorrência especificamente nos serviços tutelados pela proteção de dados pessoais.

Ante a configuração donexo causal entre a ofensa à LGPD e à concorrência, faz-se necessária a intervenção do CADE para verificar, coibir e reprimir o abuso que determinada empresa tenha cometido através de sua estrutura de dados para macular a livre concorrência e obter posição favorável no mercado. Outras questões atinentes a infrações à LGPD, dada ausência de mácula na concorrência, devem ficar sob o patrocínio da ANPD, estrutura criada com o fim de proteção dos dados (ainda que sem força econômica).

A iniciativa acompanha o raciocínio traçado no presente artigo, eis que busca uma verdadeira integração entre as competências para, em conjunto, garantirem o saudável controle dos seus dados em face à livre concorrência, coibindo os atos lesivos à ordem econômica, como ocorre nos casos de concentração de mercado operada pela transferência de dados.

Tal movimento prestigia o princípio da efetividade da Administração Pública, esculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, contribuindo para uma administração mais racional e efetiva.

Conclusão

O ilícito em face da Lei de Proteção de Dados, por si só, não tem o condão de representar um ilícito também na área concorrencial. Já existe um órgão responsável sobre o cuidado com a proteção dos dados no Brasil, que é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, cujas atribuições foram conferidas pela própria Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

É inegável, entretanto, que existem práticas ilícitas com o uso dos dados pelas empresas que os detém. E tais abusos podem desencadear em práticas anticompetitivas e anticoncorrenciais, configurando abusos de

poder de mercado/abuso de posição dominante, consequência de violações à LGPD.

É neste momento que entendemos conveniente invocar a intervenção do CADE para apurar e até mesmo reprimir as condutas anticoncorrenciais decorrentes de violações à LGPD.

Ou seja, para a intervenção do CADE, é necessário que se configure nexo de causalidade entre as disposições contidas na LGPD e o ato ilícito cometido sob o enfoque da autoridade concorrencial.

Por fim, diante da necessidade de integração entre os órgãos com eficiência, foi celebrado Acordo de Cooperação Técnica entre o CADE e a ANPD, visando o fortalecimento da troca de informações referentes aos dados pessoais, buscando-se evitar o uso de dados pessoais para a formação de atos lesivos à ordem econômica. Assim, quedaram respeitadas as atribuições das Agências Reguladoras, em especial a ANPD, e a intervenção do CADE é cirúrgica e privilegia o princípio da eficiência.

Referências



BAGNOLLI, Vicente. *Concorrência na era do Big Data para o bem-estar do consumidor*. P. em 13 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrenca-big-data-favorece-consumidor>.

BRASIL; Presidência da República. *ANPD e CADE assinam Acordo de Cooperação Técnica*. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-cade-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>.

CUSTÓDIO, Kezia Lopes de Carvalho. *Agências reguladoras e o seu papel no Brasil*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/agencias-reguladoras-e-o-seu-papel-no-brasil/>.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. *RDP*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81; maio/jun. 2020.

LEAL, Martha. *Expectativas da ANPD frente ao contexto europeu*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/martha-leal-expectativas-anpd-frente-contexto-europeu/>.

MARIOTTO, Camila; NUNES, Simone. *Economia digital, proteção de dados e concorrência*. Disponível em: <https://www.levysalomao.com.br/publicacoes/artigo/economia-digital-protecao-de-dados-e-concorrencia>.

MENDES, Laura Schertel. *Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>.

MIGALHAS. *Advogados questionam proposta do CADE para incorporar ANPD*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/332259/advogados-questionam-proposta-do-cade-para-incorporar-anpd>.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas.

SILVA; Leonardo Peres da Rocha. *Proteção de dados, defesa da concorrência, ANPD e CADE: considerações sobre coordenação entre agentes públicos e segurança jurídica*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298556/protecao-de-dados--defesa-da-concorrencia-anpd-e-cade--consideracoes-sobre-coordenacao-entre-agentes-publicos-e-seguranca-juridica>.

SOUZA, Alexandre Barreto de; MAHON, Ana Luiza Lima. *Proteção de dados e concorrência*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protecao-de-dados-e-defesa-da-concorrencia-16042021>.

SPITZCOVSKY, Celso; BARTINE, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook

Vicente Bagnoli¹

Resumo: Em 3 de outubro de 2014, a Comissão Europeia (CE) concluiu a análise da operação pela qual o Facebook, Inc. (“Facebook”, EUA) adquiriu o WhatsApp Inc. (“WhatsApp”, EUA) por meio de uma compra de ações no valor de US \$ 19 bilhões, o que contribuiu para a estratégia do Facebook em focar seus negócios no desenvolvimento de aplicativos (Processo nº COMP / M.7217). Em sua decisão, a CE declarou que a operação não suscitaria problemas de concorrência e autorizou a proposta de aquisição do WhatsApp pelo Facebook, concluindo que o Facebook Messenger e o WhatsApp não são concorrentes próximos e que os consumidores continuariam a ter uma ampla variedade de alternativas para aplicativos de comunicação após a aquisição. A CE analisou possíveis problemas de concentração de dados apenas dentro do escopo em que a aquisição poderia prejudicar a concorrência no mercado de publicidade on-line. As preocupações relacionadas à privacidade, devido ao aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie nos programas de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência – GEDC-Mack. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador Visitante no Instituto Max Planck de Inovação e Concorrência – Munique (Pós-Doutorado). Mestre em Direito Político e Econômico e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor para o Brasil da ASCOLA – *Academic Society for Competition Law*. Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP (2013-2015). Presidente do Comitê Jurídico e Membro da Diretoria da Câmara Ítalo-brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura – ITALCAM. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. Consultor temporário do *World Bank Group* e da *World Intellectual Property Organization*. Consultor não governamental da *International Competition Network* – ICN. Sócio de Vicente Bagnoli Advogados. Autor de artigos e livros. E-mails: bagnoli@vicentebagnoli.com.br; vicente.bagnoli@mackenzie.br.

por causa do acordo com o WhatsApp, não seriam um problema da legislação concorrencial da UE. Não obstante, apenas alguns meses após a decisão, duas autoridades nacionais da concorrência (Alemanha e Itália) abriram procedimentos contra o Facebook. Na Alemanha, o Bundeskartellamt iniciou em março de 2016 um processo contra o Facebook – Facebook Inc., EUA, subsidiária irlandesa da empresa, e Facebook Germany GmbH, Hamburgo – por suspeita de que o Facebook tivesse abusado de seu poder de mercado por infringir as regras de proteção de dados com seus termos de serviço específicos sobre o uso de dados do usuário. Na Itália, em maio de 2017, a Autoridade Garante da Concorrência e Comércio (AGCM) multou o WhatsApp em 3 milhões de euros por ter forçado seus usuários a compartilhar seus dados pessoais com o Facebook como conclusão de duas investigações iniciadas em outubro de 2016 sobre infrações ao Código do Consumidor. O presente artigo propõe responder a três questões principais relacionadas à decisão da CE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook: (i) a CE aplicou as melhores ferramentas para analisar o caso?; (ii) a CE poderia ter adotado uma decisão que, de alguma forma, interferiria no campo da privacidade?; e (iii) os procedimentos na Alemanha e na Itália poderiam ter sido evitados?

Palavras-chave: Facebook. WhatsApp. Big Data. Lei da concorrência. Privacidade. Proteção de dados.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Processo M.7217 – Aquisição do WhatsApp pelo Facebook. 3. Dimensionando a decisão da UE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook. 3.1. Serviços de comunicação ao consumidor. 3.2. Rede Social. 3.3. Serviços de publicidade online. 4. Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook. 4.1. A CE aplicou as melhores ferramentas para analisar o caso? 4.2. A CE poderia ter adotado uma decisão que de alguma forma interferisse no campo da privacidade? 4.3. Os procedimentos na Alemanha e na Itália poderiam ter sido evitados? 5. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Concorrendo nos mercados ou pelos mercados, as empresas fazem aquisições para aumentar suas linhas de produtos ou serviços, adquirindo

novas tecnologias ou ativos para aumentar seu poder de mercado ou simplesmente restringir a concorrência de concorrentes em potencial que, de alguma forma, representam uma ameaça aos seus negócios.

Na economia digital², onde a concorrência nos mercados digitais tem características próprias, incluindo tendências como “o vencedor leva tudo”, efeitos de rede, mercados de dois lados, mercados múltiplos lados, plataformas³, inovação em ritmo acelerado e grandes somas de investimento, os dados representam um ativo importante para qualquer empresa por lidar com uma variedade de dados e de diversas formas. Um enorme conjunto de dados digitais⁴ mantidos por empresas, governos e organizações que analisa extensivamente por meio de algoritmos⁵ é conhecido como Big Data.

Aplicando-se as tecnologias corretas, o Big Data pode antecipar e resolver problemas de negócios, conhecendo melhor os consumidores e prevendo oportunidades, tornando-se mais competitivo. Os dados gerados a cada segundo podem ser dados estruturados, aqueles com padrões estritos pré-estabelecidos ou dados não estruturados⁶, como e-mails, imagens, vídeos, áudio e documentos. Esses dados podem aumentar a exposição da privacidade pessoal⁷, informações corporativas e segredos dos Estados⁸. Como afirmou o escritório executivo do presidente dos Estados Unidos, “bem utilizada, a análise de big data pode aumentar a produtividade econômica, impulsionar serviços aprimorados ao consumidor e ao governo, impedir terroristas e salvar vidas”⁹.

² OECD, *The Digital Economy*, 2012, 5.

³ J. S. Frank. *Competition Concerns in Multi-Sided Markets in Mobile Communication*. In G. Surblyté, *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, v. 23 (Berlin: Springer, 2015), 85.

⁴ OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>, 450.

⁵ R. Cumbley and P. Church, “Is big data creepy?”, *Computer Law & Security Review* 29 (2013), 601-609.

⁶ J. Fishleigh, *A Non-Technical Journey into the World of Big Data: An Introduction*. (Cambridge: Legal Information Management, 2014), 150.

⁷ T. Craig and M. E. Ludloff, *Privacy and Big Data*. (Sebastopol, CA: O’Reilly, 2011).

⁸ H. Moon and H. S. Cho. “Big data and policy design for data sovereignty: A case study on copyright and CCL in South Korea”, *Social Com*, 2013, 1026-1029.

⁹ The White House: Executive Office of the President, *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, 2014, https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf, 5 (tradução livre).

Desde o início em 2001¹⁰, o Big Data foi identificado como um modelo de 3V's, mas, especialmente a partir de uma perspectiva legal de análise, adota-se outras três características¹¹ que podem melhor identificar o Big Data virtuoso como um modelo de 6V's.

O modelo dos 6 V's que descreve o Big Data é: (i) volume (grande volume) e captura de dados em massa; (ii) velocidade (geração rápida, processamento de dados), a oportunidade de captura rápida de dados para maximizar sua utilidade; (iii) variedade (várias modalidades, tipos de dados) os diversos formatos de dados, a saber, estruturados, semiestruturados e não estruturados; (iv) valor, que significa extrair valor de um enorme volume de dados por meio de alta velocidade na captura e análise; (v) veracidade, a confiabilidade dos dados obtidos para garantir a verdade em suas análises e obter informações precisas; e (vi) validação, a capacidade de garantir que várias fontes de dados, quando agrupadas, façam sentido¹².

Conforme explicado pela OCDE¹³, os arranjos colaborativos das empresas que combinam suas ofertas individuais para criar soluções coerentes e personalizadas para o cliente no Big Data, visto que o ecossistema de dados é visto como “uma combinação de camadas correspondentes às principais funções dos atores, onde as camadas subjacentes fornecem bens e serviços para as camadas superiores”. O ecossistema global de dados está crescendo rapidamente devido ao número crescente de participantes, muitos deles desempenhando várias funções no mercado de Big Data. De acordo com um relatório da *International Data Corporation* (IDC) e da *Open Evidence*¹⁴, o valor do mercado de dados na Europa, estimado em 60 bilhões de euros em

¹⁰ M. Chen, S. Mao, Y. Zhang and V.C.M. Leung, *Big Data: Related Technologies, Challenges and Future Prospects* (London: Springer, 2014), 3-4.

¹¹ C. Agnellutti. *Big Data: An Exploration of Opportunities, Values and Privacy Issues* (New York: Nova Science Pub Inc., 2014).

¹² In 2017 Tom Shafer published in the Elder Research blog that the world now operates in an ever more sophisticated world of analytics, and to keep up with the times, he has presented an updated 2017 list: *The 42 V's of Big Data and Data Science*. The vast list, notwithstanding, seems an overstatement and consists in many V's that do not represent the V's for characterising the Big Data, especially from a legal perspective, such as: Version Control; Vet; Vexed; Vibrant; Viral; Vogue; Voodoo; Voyage; and Vulpine. Accessed November 21, 2018. <https://www.elder-research.com/company/blog/42-v-of-big-data>.

¹³ OECD (2015), *Data-Driven Innovation*, 34 (tradução livre).

¹⁴ “Big data: Interim report in the context of the joint inquiry on ‘Big data’ launched by the AGCOM deliberation No. 217/17 / CONS17”. 2018. Accessed November 27, 2018. <https://>

2016, será de 106 bilhões de euros em 2020, impactando toda a economia continental, que atingir 4% do PIB.

A importância das vantagens competitivas dos dados vinculados à coleta e exploração de dados é um assunto significativo, onde o papel das informações que fluem através deles e como elas são traduzidas em decisões pode ser entendido como a principal diferença entre os mercados convencionais e os ricos em dados¹⁵.

Os efeitos da rede¹⁶ e a evolução da economia digital com sua concorrência dinâmica são baseados em ciclos contínuos de inovação, desenvolvimento e rupturas, bem como na concentração de mercado, envolvendo diferentes atores com posições dominantes. Isso levou a um crescente desequilíbrio entre grandes empresas, por um lado, e pequenas e médias empresas e consumidores, por outro.

Os dados pessoais como um ativo podem ser compreendidos em duas perspectivas: do lado do consumidor e do lado comercial.

A recusa de um consumidor em aceitar os termos e condições impostos por uma empresa para o acesso e uso de um produto, como um aplicativo, pode resultar em que o consumidor não se relacione mais com outras pessoas, o que significa que alguém pode ser excluído das redes sociais ou mesmo afastadas das relações profissionais.

O jornal NY Times afirmou que, na era do capitalismo da Internet, as pessoas estão em uma inevitável relação com uma das empresas de tecnologia americanas que dominam grande parte da economia global, mencionada pelo jornal como *Frightful Five*: Amazon, Apple, Facebook, Microsoft e Alphabet, a *holding* do Google. O crescimento dessas empresas levou a pedidos de maior regulamentação e intervenção antitruste¹⁷.

www.agcom.it/documents/10179/10875949/Allegato+4-9-2018/f9befcb1-4706-4daa-ad-38-c0d767add5fd?version=1.0, III.

¹⁵ V. Mayer-Schönberger and T. Ramge, *Reinventing Capitalism in the Age of Big Data* (New York: Basic Books, 2018), 7.

¹⁶ S. Vezzoso, "Internet competition and e-books: Challenging the competition policy acquis?", in G. Surblyté, *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, v. 23, Berlin: Springer, 2015, 33.

¹⁷ "Tech's Frightful Five: They've Got Us". *The NY Times*, May 10, 2017. Accessed May 30, 2017. https://www.nytimes.com/2017/05/10/technology/techs-frightful-five-theyve-got-us.html?_r=0.

A perspectiva de negócios capacitada por fusões, aquisições e domínio do mercado, especialmente plataformas, afeta diretamente a concorrência de *players* menores, que dificilmente podem competir com aqueles que atuam em diferentes níveis do mercado e têm o Big Data em seu benefício¹⁸.

Os dados são a mercadoria que gera uma indústria lucrativa e de rápido crescimento, que leva os reguladores antitruste a intervir para restringir aqueles que controlam seu fluxo, conforme relatado no *The Economist*. As gigantes que lidam com dados, o petróleo da era digital, são Alphabet (Google), Amazon, Apple, Facebook e Microsoft, as cinco empresas listadas mais valiosas do mundo.

Seus lucros estão aumentando: eles coletivamente acumularam mais de US \$ 25 bilhões em lucro líquido no primeiro trimestre de 2017. A Amazon captura metade de todos os dólares gastos on-line nos Estados Unidos. Google e Facebook foram responsáveis por quase todo o crescimento da receita de publicidade digital na América no ano passado [2016].¹⁹

As circunstâncias em que uma empresa – especialmente a detentoras de poder de mercado – controla a coleta de dados do consumidor em um mercado em que os dados são uma contribuição considerável para os produtos e serviços ofertados é sem dúvida mais preocupante para os usuários finais e, em algumas circunstâncias específicas, podem assegurar a intervenção antitruste²⁰. No entanto, como observado pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD)²¹, a verdade é que ainda está por ser realizada uma análise completa do mercado para qualquer um dos serviços digitais “gratuitos”.

Isso resume porque as empresas decidem se unir ou porque as empresas são adquiridas na Economia Digital. Essas observações preliminares

¹⁸ V. Bagnoli. “Competition for the effectiveness of big data benefits”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 46, no. 6 (2015): 629-631.

¹⁹ “The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, *The Economist*, May 6, 2017. Accessed May 21, 2017. <http://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource> (tradução livre, ensaiu-se colchete).

²⁰ G. Pitruzzella. “Big data, competition and privacy: A look from the antitrust perspective”. *Concorrenza e Mercato*, 23 (2016), special edition *Big Data e Concorrenza*, 15-27.

²¹ EDPS, “Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy”, 2014, 26.

ajudarão a compreender alguns motivos que motivaram o caso M. 7217 e as questões que surgiram desde a decisão da UE sobre a aquisição do Facebook / WhatsApp, inclusive pela perspectiva brasileira do Direito da Concorrência.

1. O Processo M.7217 – Aquisição do WhatsApp pelo Facebook

Em 29 de agosto de 2014, a Comissão Europeia (CE) recebeu uma notificação da concentração proposta pela qual o Facebook, Inc. (“Facebook”, EUA) adquiriu o WhatsApp Inc. (“WhatsApp”, EUA) por meio de uma compra de ações US \$ 19 bilhões, o que contribuiu para a estratégia do Facebook de focar seus negócios no desenvolvimento de aplicativos para celulares²².

O Facebook é um provedor de *sites* e aplicativos para dispositivos móveis (“aplicativos”) que oferecem redes sociais, comunicação com o consumidor e funções de compartilhamento de foto / vídeo, além de fornecer espaço para publicidade on-line. Oferece a plataforma de rede social chamada “Facebook”, o aplicativo de comunicação com o consumidor “Facebook Messenger” e a plataforma de compartilhamento de fotos e vídeos “Instagram”. O WhatsApp é um provedor de serviços de comunicação do consumidor por meio do aplicativo móvel chamado “WhatsApp”, mas não vende espaço publicitário.

A análise da Comissão se concentrou em três setores: (i) serviços de comunicação com consumidores, (ii) serviços de redes sociais e (iii) serviços de publicidade on-line.

²² Pursuant to Council Regulation (EU) no. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (the EU Merger Regulation), in its Article 3.1 a concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from: (a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or (b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings. Following a referral pursuant to Article 4.5 with regard to a concentration as defined in Article 3 which does not have a Community dimension within the scope of Article 1 and which is capable of being reviewed under the national competition laws of at least three Member States, the persons or undertakings referred to in paragraph 2 may, before any notification to the competent authorities, inform the Commission by means of a reasoned submission that the concentration should be examined by the Commission.

Os serviços de comunicação do consumidor são soluções de comunicação multimídia que permitem que as pessoas alcancem outros contatos em tempo real. No início, esses serviços eram desenvolvidos e oferecidos como aplicativos de *software* para computadores pessoais (“PCs”), mas foram progressivamente deslocados dos PCs para dispositivos móveis inteligentes, especialmente smartphones e tablets, tornando-se “aplicativos de comunicação do consumidor” que permitem a comunicação de várias formas, como mensagens de voz e multimídia (texto, foto ou vídeo), bate-papo por vídeo, bate-papo em grupo, chamada de voz e compartilhamento de local. Os serviços de comunicação do consumidor podem estar relacionados a “produtos gratuitos”, pois muitos desses aplicativos têm “custo zero” para os consumidores.

Os serviços de rede social são geralmente definidos como serviços que permitem que os usuários se conectem, compartilhem, se comuniquem e se expressem on-line ou por meio de um aplicativo móvel, geralmente fornecidos sem encargos monetários – “produtos gratuitos”, mas normalmente monetizados através de publicidade, encargos por serviços premium e, importante destacar, por meio de dados pessoais.

As atividades do Facebook em serviços de publicidade on-line consistem na prestação de serviços na plataforma de redes sociais do Facebook, mas não incluíram nenhum anúncio no aplicativo Facebook Messenger no momento da análise da CE no negócio do Facebook / WhatsApp.

Em 3 de outubro de 2014, a CE concluiu que a operação não suscitaria preocupações de concorrência e autorizou a proposta de aquisição do WhatsApp pelo Facebook, entendendo que o Facebook Messenger e o WhatsApp não eram concorrentes próximos e que os consumidores continuariam a ter uma ampla escolha de alternativa para aplicativos de comunicação após a concentração. A CE²³ observou que os aplicativos de comunicação são caracterizados por efeitos de rede e a análise da aquisição proposta mostrou que o Facebook e o WhatsApp, mesmo unificados sob um mesma empresa, continuariam enfrentando concorrência suficiente no mercado.

²³ “Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”, 2014, under “Press Release Database”, Press-release_IP-14-1088. Accessed June 01, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.

2. Dimensionando a decisão da UE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook

A Comissão Europeia (CE) na aquisição do WhatsApp pelo Facebook^{24 25} decidiu não se opor à transação e declara-la compatível com o mercado interno e com o Acordo EEA (*European Economic Area*)²⁶ focada em três setores considerados significativos, definindo o mercado relevante como: (i) serviços de comunicação com consumidores; (ii) redes sociais; e (iii) serviços de publicidade online.

A CE focou sua avaliação nos serviços de comunicação ao consumidor em aplicativos para smartphones e concluiu que o Facebook Messenger e o WhatsApp não são concorrentes próximos, já que o Facebook Messenger é um aplicativo independente integrado à rede social do Facebook e o acesso ao WhatsApp é fornecido por meio de números de telefone. Apesar de suas popularidades, o WhatsApp e o Facebook Messenger já possuem grandes bases de clientes. A CE²⁷ observou que vários fatores atenuam os efeitos da rede neste caso específico: (i) o mercado de aplicativos de comunicações ao consumidor está crescendo rapidamente e caracterizado por curtos ciclos de inovação nos quais as posições de mercado são frequentemente reorganizadas; (ii) o lançamento de um novo aplicativo é razoavelmente simples e não requer tempo e investimento significativos; e (iii) os clientes podem e usam vários aplicativos ao mesmo tempo e podem alternar de um aplicativo para outro sem dificuldade.

A CE concluiu que os limites de mercado da empresa em serviços de redes sociais estão em constante evolução, e o Facebook e o WhatsApp são concorrentes distantes nessa área, e “se o WhatsApp é ou não considerado uma rede social, é improvável que a concorrência seja afetada negativamente pela fusão de tais serviços”²⁸.

²⁴ Commission decision of 6 October 2014, pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.

²⁵ In the published version of the decision used for the analysis and development of the present article, some information has been omitted pursuant to Article 17(2) of Council Regulation (EC) No. 139/2004 concerning non-disclosure of business secrets and other confidential information.

²⁶ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 191.

²⁷ Press-release_IP-14-1088.

²⁸ Press-release_IP-14-1088 (tradução livre).

Por fim, a decisão determinou que, embora o WhatsApp não esteja ativo no mercado de publicidade on-line, se o Facebook introduzir publicidade no WhatsApp e / ou começar a coletar dados do usuário do WhatsApp, a fusão não suscitará preocupações de concorrência, já que: (i) um número suficiente de fornecedores alternativos ao Facebook para o fornecimento de publicidade direcionada ainda estaria disponível; e (ii) o Facebook não possui controle exclusivo sobre uma grande quantidade de dados de usuários da Internet, valiosos para fins publicitários.

Vale ressaltar que a investigação conduzida pela CE analisou possíveis problemas de concentração de dados apenas no escopo em que eles poderiam reduzir a concorrência no mercado de publicidade on-line. Quaisquer preocupações relacionadas à privacidade decorrentes do aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook como resultado do acordo com o WhatsApp não seriam uma questão para o direito da concorrência da UE.

2.1 Serviços de comunicação ao consumidor

A CE determinou a segmentação do mercado por funcionalidade, plataforma ou sistema operacional. O mais relevante para a avaliação da operação Facebook / WhatsApp é a segmentação baseada em plataformas, porque o WhatsApp é oferecido apenas para smartphones e não há planos de expandir sua oferta para outras plataformas. Portanto, como observou a CE, “o presente caso pode ser avaliado com base em um mercado de produto relevante, incluindo apenas aplicativos de comunicação do consumidor para smartphones”²⁹.

A análise da CE apontou que diferentes serviços, como mensagens de texto, mensagens de foto ou vídeo ou chamadas, podem adotar abordagens diferentes para facilitar a comunicação do consumidor. Isso, no entanto, não coloca esses serviços em diferentes mercados ou segmentos de mercado, e havia uma série de concorrentes cujas funcionalidades se sobrepuseram muito às oferecidas pelo Facebook e WhatsApp.

A CE avaliou os efeitos do acordo no mercado de produtos relevante mais restrito para serviços de comunicação do consumidor quando empregou o mercado de aplicativos de comunicação do consumidor para

²⁹ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 21 (tradução livre).

smartphones. Os aplicativos de comunicação com o consumidor são oferecidos principalmente gratuitamente e sem preço por mensagens. Eles consideraram que a posição combinada do Facebook e WhatsApp seria atenuada em um mercado, incluindo serviços tradicionais de comunicações eletrônicas, como chamadas de voz, SMS, MMS ou e-mails.

É necessário destacar que a CE não fez menção ao Big Data e seu impacto nos aplicativos de comunicação do consumidor para smartphones.

A definição do mercado geográfico para aplicativos de comunicação do consumidor também não considerou que determinados aplicativos de comunicação do consumidor desfrutam de um alcance maior do que outros em determinadas regiões do mundo. Isso é contrário à análise realizada pela CE, que revelou que não existem grandes diferenças na oferta de aplicativos de comunicação com consumidores em todo o mundo. Os aplicativos de comunicação do consumidor oferecidos não diferem dependendo da região ou do país em questão, seja em termos de preço, funcionalidades, plataformas ou sistema operacional.

Nesse contexto, embora haja indícios de que o escopo geográfico do mercado de aplicativos de comunicações para consumidores possa ser global, a Comissão considera que o mercado geográfico relevante para a avaliação do caso está em todo o EEA, de acordo com uma abordagem mais conservadora.³⁰

Mais uma vez, é preciso enfatizar que a CE não fez menção ao Big Data e suas preocupações com os aplicativos de comunicação do consumidor para smartphones. Se houver substitutos entre os aplicativos, deve-se avaliar as características de uma economia digital, como os “efeitos de rede” e os custos de transação para substituir um aplicativo mesmo com “custo zero” para os consumidores. Todos eles podem caracterizar uma barreira à entrada e à existência de uma posição dominante.

A análise da CE sobre a avaliação competitiva dos serviços de comunicação do consumidor considerou que o Facebook e o WhatsApp operam dois aplicativos de comunicação do consumidor, o Facebook Messenger e o próprio WhatsApp. Eles concorrem com vários outros *players* em todo o mundo, como LINE, Viber, Threema, Telegram, Snapchat e WeChat. Esses *players*, por sua vez, competem com empresas que fornecem hardware e sistemas operacionais para smartphones como Apple com iMessage, BlackBerry

³⁰ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 40 (tradução livre).

com BBM, Samsung com ChatON, Google com Google Hangouts e a plataforma de mensagens Android, Microsoft com Skype.

A interação competitiva entre aplicativos de comunicação do consumidor parece ser uma tentativa de oferecer a melhor experiência de comunicação e constantes aprimoramentos, buscando a maior base de usuários que é um dos principais impulsionadores da inovação.

Por um lado, um aplicativo de comunicação com o consumidor é percebido como uma tendência entre os usuários e um fator importante para atrair outros usuários, o que molda o ambiente competitivo. Por outro lado, o preço é um fator que contribui fortemente para a popularidade de um aplicativo de comunicação com o consumidor, uma vez que os usuários em geral são muito sensíveis ao preço, pois esperam um aplicativo gratuito.

Nesse ponto, percebe-se uma forte correlação entre “efeitos de rede” e “produtos gratuitos”.

A CE decidiu que altas participações de mercado não eram necessariamente indicativas de poder de mercado, pois não determinaram danos permanentes à concorrência devido ao recente e rápido crescimento do setor, caracterizado por frequentes entradas no mercado e curtos ciclos de inovação.

Isso contradiz os números³¹ que mostram que a participação combinada do Facebook e do WhatsApp no mercado do EEE para aplicativos de comunicação do consumidor em smartphones iOS e Android no período entre novembro de 2013 e maio de 2014 foi de cerca de [30-40]% (WhatsApp: [20-30]%; Facebook Messenger: [10-20]%), seguido pela plataforma de mensagens do Android ([5-10]%), Skype ([5-10]%), Twitter ([5-10]%), Google Hangouts ([5-10]%), iMessage ([5-10]%), Viber ([5-10]%), Snapchat ([0-5]%) e outros *players* do mercado com uma participação de [0-5]% ou menos.

A CE concluiu que a capacidade dos consumidores de trocar de fornecedor não implicava custos significativos que poderiam impedir os consumidores de mudarem entre diferentes aplicativos de comunicação. No entanto, os provedores de comutação podem não ser tão fáceis em termos de conveniência devido à necessidade de os usuários reconstruírem sua rede.

O mercado de aplicativos de comunicação com o consumidor foi caracterizado por inovações disruptivas e não existem barreiras convencionais

³¹ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 99.

significativas à entrada para que um novo aplicativo de comunicação com o consumidor esteja acessível para *download*.

Algumas informações coletadas pela análise desenvolvida pela CE indicaram que os obstáculos à entrada seriam representados pela falta de portabilidade e interoperabilidade de dados entre os aplicativos de comunicação do consumidor. No entanto, a CE observa que o acordo só teria impacto nas questões de interoperabilidade se o Facebook decidisse mesclar as duas plataformas ou permitisse a comunicação entre plataformas.

Por fim, a CE concluiu que a operação Facebook / WhatsApp não gera sérias dúvidas de compatibilidade no mercado interno da UE em relação ao mercado de aplicativos de comunicação para consumidores.

2.2 Rede social

O serviço de rede social do Facebook consiste em: (i) perfil do usuário (identidade on-line do usuário), informações sobre empregos, escolas e universidades frequentadas, status de relacionamento, aniversário, eventos da vida e gostos e interesses, como música e filmes; (ii) *news feed*, que consiste em histórias personalizadas atualizadas regularmente, como postagens, fotos, informações de amigos, páginas e entidades às quais o usuário está conectado; e (iii) linha do tempo, que permite aos usuários organizar e exibir eventos e atividades como interesses, fotos, educação, histórico de trabalho, status de relacionamento e informações de contato. O WhatsApp não é ativo nas redes sociais e tem como foco principal facilitar comunicações rápidas e simples entre e entre os usuários. Outros *players* do serviço de rede social são Google+, LinkedIn, MySpace, Pinterest e InterNations.

As diferenças nos serviços de rede social e nos aplicativos de comunicação do consumidor estão se tornando indistintas, pois cada serviço adota funcionalidades tradicionais do outro, como a troca de conteúdo de mensagens de texto, vídeo, áudio e fotos. Mas o raciocínio da CE afirma que “em um nível geral, os serviços de rede social tendem a oferecer uma experiência social mais rica em comparação aos aplicativos de comunicação do consumidor”³².

³² Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 54 (tradução livre).

Seguindo essa linha de raciocínio, a conclusão sobre a definição de mercado de produtos adotada pela CE foi que, como a operação Facebook / WhatsApp não suscitaria sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno sob qualquer definição alternativa de mercado relevante, um mercado potencial pode ser deixado em aberto.

A definição do mercado geográfico adotada pela CE foi uma abordagem mais conservadora para considerar o mercado de serviços de redes sociais em todo o EEA, mesmo com indicações de que poderia ser global.

A análise de avaliação competitiva da CE observou que o Facebook opera – no momento da análise – a maior rede social do mundo, que conecta mais de 1,3 bilhão de usuários em todo o mundo e de 200 a 300 milhões no EEA.

Se aplicativos de comunicação do consumidor, como o WhatsApp, estiverem incluídos no mercado de serviços de redes sociais, o número de provedores de serviços alternativos será alto. Não obstante, a CE concluiu que esses provedores não são concorrentes próximos no mercado potencial de serviços de redes sociais devido às diferenças significativas entre as funcionalidades e o foco do Facebook e do WhatsApp.

É importante destacar que a CE considerou que a integração do WhatsApp poderia fortalecer a posição do Facebook no mercado potencial de serviços de redes sociais. No entanto, como evidenciado durante a análise, nada sustentou uma integração futura e, de qualquer forma, uma integração do WhatsApp com o Facebook seria atenuada pelo fato de muitos usuários ativos do WhatsApp já serem usuários do Facebook, eliminando qualquer ganho líquido potencial em termos de novos membros.

Em suma, a CE considerou que a operação Facebook / WhatsApp “não suscitaria sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno no que diz respeito ao mercado potencial para a prestação de serviços de redes sociais”³³.

2.3 Serviços de publicidade online

O Facebook coleta e analisa dados sobre os usuários de sua plataforma de rede social para fornecer anúncios em nome dos anunciantes. Cada

³³ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 163 (tradução livre).

usuário é direcionado, mas os dados não são vendidos e o Facebook não fornece serviços de análise de dados a anunciantes ou terceiros como um produto separado do próprio espaço publicitário.

Durante o período da investigação, o WhatsApp não vendeu nenhuma forma de publicidade, nem armazenou ou coletou dados sobre seus usuários que seriam valiosos para fins publicitários, além de mensagens que não são armazenadas nos servidores do WhatsApp, mas apenas nos dispositivos móveis dos usuários ou em *nuvens* escolhidas pelo próprio consumidor.

O raciocínio da CE sobre o fornecimento de dados ou serviços de análise de dados não foi investigar nenhuma definição de mercado possível, pois nem o Facebook nem o WhatsApp estavam ativos nesses dois mercados em potencial.

A conclusão sobre a definição de mercado de produto adotada pela CE foi que a publicidade on-line constitui um mercado relevante separado da publicidade off-line e

se segmentos desse mercado constituem mercados relevantes por si só podem ser deixados em aberto para os fins desta decisão, porque a transação não suscitaria sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno em qualquer definição mais restrita do mercado do produto.³⁴

O raciocínio da CE na definição do mercado geográfico era definir o mercado de publicidade on-line e seus possíveis subsegmentos como de escopo nacional ou ao lado de fronteiras linguísticas no EEA. Eles consideraram que alguns fatores como clientes – preferências de compra, idiomas dos clientes e presença de redes de suporte e vendas estavam localizados em nível nacional.

A análise de avaliação competitiva desenvolvida pela CE considerou a potencial concentração de dados para reforçar a posição do Facebook no mercado de publicidade on-line ou em qualquer subsegmento do mesmo.

É importante observar que a CE considerou que quaisquer preocupações relacionadas à privacidade decorrentes do aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook por causa da aquisição do WhatsApp seriam o escopo das regras de proteção de dados da UE e não das regras do direito da concorrência da UE.

Como o WhatsApp não participava da prestação de serviços de publicidade on-line, nenhuma sobreposição horizontal foi verificada. Além disso,

³⁴ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 79.

considerando que o WhatsApp não coleta dados de seus usuários nem armazena o conteúdo das mensagens, são gerados dados não valiosos para fins publicitários, o que significa que o acordo não aumenta a quantidade de dados potencialmente disponíveis para o Facebook para fins publicitários. No entanto, para verificar se o acordo com o WhatsApp poderia aumentar a posição do Facebook no mercado de publicidade on-line, a CE analisou duas principais teorias possíveis de danos: (i) introdução de publicidade no WhatsApp e / ou (ii) uso do WhatsApp como fonte potencial de usuários dados para melhorar o direcionamento das atividades de publicidade do Facebook fora do WhatsApp.

A eventual teoria do dano da introdução de publicidade no WhatsApp seria possível pela análise dos dados coletados dos usuários do WhatsApp e o resultado fortaleceria a posição do Facebook no mercado de publicidade on-line ou em seus subsegmentos. Não obstante, apesar de introduzir publicidade no WhatsApp, a CE concluiu que “continuará a haver um número suficiente de outros concorrentes reais e potenciais que estão igualmente bem-posicionados como o Facebook para oferecer publicidade direcionada”³⁵.

Finalmente, a segunda teoria do dano em usar o WhatsApp como uma fonte potencial de dados do usuário para melhorar o direcionamento das atividades de publicidade do Facebook fora do WhatsApp. Embora os únicos dados que o WhatsApp tenha sobre seus usuários sejam seus nomes e os números de telefone celular associados às contas, vários entrevistados, conforme informado pela CE, esperam que o aumento da quantidade de dados que estará sob o controle do Facebook resultante da operação com o WhatsApp reforçará materialmente a posição do Facebook na prestação de serviços de publicidade online.

Pelo raciocínio da CE, mesmo que o Facebook começasse a utilizar os dados do usuário do WhatsApp para melhorar a publicidade direcionada na rede social do Facebook, continuaria havendo um número significativo de participantes no mercado que coletam dados do usuário e que não estão sob o controle exclusivo do Facebook, como Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe e Yelp.

Em conclusão, a CE considerou que a operação Facebook / WhatsApp “não suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado

³⁵ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 179.

interno no que diz respeito ao mercado de prestação de serviços de publicidade on-line, incluindo seus potenciais subsegmentos”³⁶.

3. Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook

Apesar de as autoridades da concorrência começarem a analisar, caso a caso, os possíveis problemas de concorrência que possam surgir da posse e uso de dados, ao final ainda nada havia sido determinado em um caso específico, conforme conclusão da *Autorité de la Concurrence* e do *Bundeskartellamt*³⁷. No entanto, embora muitos serviços de internet sejam fornecidos gratuitamente aos consumidores, na prática eles envolvem a coleta de dados pessoais³⁸.

Isso estimulou novas discussões sobre o papel dos dados nas relações econômicas, bem como na aplicação do direito da concorrência a essas relações, em particular no que diz respeito à avaliação dos dados como um fator de poder de mercado.³⁹

Desde a decisão da Comissão Europeia (CE) de não se opor à operação Facebook / WhatsApp e declará-la compatível com o mercado interno e com o Acordo EEA, algumas investigações foram iniciadas pelas autoridades nacionais de concorrência e uma investigação pela CE.

Em dezembro de 2016, a CE enviou uma declaração de objeções ao Facebook, uma vez que constatou que, ao contrário das declarações do Facebook no processo de revisão de fusões de 2014, a possibilidade técnica

³⁶ Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp, paragraph 190 (tradução livre).

³⁷ *Autorité de la Concurrence* and *Bundeskartellamt*, *Competition Law and Data*, 10th May, 2016, 3. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

³⁸ “If a market for personal data could be defined in the abstract, the next decisive step would be the delineation of the exact boundaries of this market and by that the identification of the relevant players in terms of significant competitive interactions”. S. Vezzoso, “Pro-competitive regulation of personal data protection in the EU”, in J. Drexel and V. Bagnoli, *State-Initiated Restraints of Competition* (Cheltenham: Edward Elgard, 2015), 2014.

³⁹ *Autorité de la Concurrence* and *Bundeskartellamt*, *Competition Law and Data*, 10th May, 2016, 3 (tradução livre).

de corresponder automaticamente às identidades dos usuários do Facebook e WhatsApp já existia em 2014 e que a equipe do Facebook estivera ciente de tal possibilidade. Em agosto de 2016, o WhatsApp divulgou atualizações dos seus termos de serviço e política de privacidade, incluindo a possibilidade de vincular os números de telefone dos usuários do WhatsApp às identidades dos usuários do Facebook.

O Regulamento de Concentração da UE⁴⁰ obriga as empresas em uma investigação de concentração a fornecer informações corretas que não sejam confusas ou falsas, pois isso é essencial para a CE revisar fusões e aquisições de maneira oportuna e eficaz. Este dever se aplica independentemente de a informação ter impacto no resultado final da avaliação da fusão.

Em maio de 2017, a CE multou o Facebook em 110 milhões de euros por fornecer informações incorretas ou enganosas durante a investigação da CE de 2014, de acordo com o Regulamento de Concentração da UE da aquisição do WhatsApp pelo Facebook⁴¹. No que diz respeito aos três serviços, a CE realizou sua avaliação competitiva em: (i) serviços de comunicação com consumidores; (ii) serviços de redes sociais; e (iii) publicidade on-line – também assumindo um cenário em que a correspondência automática (*matching*) de usuários seria possível.

A CE declarou que, mesmo nesse cenário de correspondência, suas conclusões quanto à ausência de efeitos anticoncorrenciais do acordo proposto permaneceriam.

Na Alemanha, o Bundeskartellamt iniciou em março de 2016 um processo contra o Facebook – Facebook Inc., EUA, subsidiária irlandesa da empresa, e o Facebook Germany GmbH, Hamburgo – por suspeita de abuso de poder de mercado por violar regras de proteção de dados com seus termos específicos de serviço sobre o uso de dados do usuário.

A suspeita inicial era de que o Facebook havia abusado de sua posição possivelmente dominante no mercado de redes sociais por violar as disposições de proteção de dados no uso de termos e condições ilegais que poderiam representar uma imposição abusiva de condições injustas aos usuários.

⁴⁰ The EC Merger Regulation. Accessed November 11, 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>.

⁴¹ “Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover”, 2017, under “Press Release Database”, Press-release_IP-17-1369. Accessed November 11, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

Segundo o Bundeskartellamt, algumas indicações de análise de mercado mostram que o Facebook tem uma posição dominante no mercado distinto de redes sociais. Por meio da coleta de uma grande quantidade de dados pessoais de usuários de várias fontes e a criação de perfis de usuários, o Facebook facilita seus clientes de publicidade a direcionarem seus negócios de maneira acentuada.

Para ter acesso à rede social do Facebook, os usuários devem concordar com a coleta e o uso de seus dados pelo Facebook, aceitando os termos de serviço. Mesmo que possa ser considerada uma questão de lei de proteção de dados, conforme observado pelo Bundeskartellamt, “se houver uma conexão entre tal violação e domínio do mercado, isso também poderá constituir uma prática abusiva sob o direito da concorrência”⁴².

Como afirma Mundt:

As empresas dominantes estão sujeitas a obrigações especiais. Isso inclui o uso de termos de serviço adequados, desde que sejam relevantes para o mercado. Os dados do usuário são extremamente importantes para anunciar serviços de Internet financiados, como o Facebook. Por esse motivo, é essencial também examinar, sob o aspecto do abuso de poder de mercado, se os consumidores estão suficientemente informados sobre o tipo e a extensão dos dados coletados.⁴³

Em dezembro de 2017, o Bundeskartellamt informou o Facebook de sua avaliação legal preliminar no processo de abuso de posição dominante. O Bundeskartellamt assume que o Facebook é dominante no mercado alemão de redes sociais. Na opinião da autoridade da concorrência, o Facebook está abusando dessa posição dominante, condicionando o uso de sua rede social a permitir a acumulação ilimitada de todos os tipos de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclando-os à conta do usuário no Facebook.

Finalmente, em fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt impôs ao Facebook restrições de longo alcance no processamento de dados do usuário⁴⁴.

⁴² “Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules”, 2016, Pressemitteilungen/2016/02_03_2016. Accessed December 26, 2018. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3599398 (tradução livre).

⁴³ *Ibidem* (tradução livre).

⁴⁴ “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 2019. in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

A decisão na Alemanha abrange diferentes fontes de dados: (i) Apesar de serviços de propriedade do Facebook como WhatsApp e Instagram poderem continuar a coletar dados, a atribuição de dados às contas de usuário do Facebook está sujeita ao consentimento voluntário dos usuários. O não consentimento implica que os dados permanecem no respectivo serviço e não podem ser processados em combinação com os dados do Facebook. (ii) Os usuários devem dar um consentimento voluntário para a coleta de dados de *sites* de terceiros e atribuí-los a uma conta de usuário do Facebook.

O Facebook terá que restringir substancialmente sua coleta e combinação de dados quando não for concedido consentimento para dados de serviços de propriedade do Facebook e *sites* de terceiros.

Segundo o Bundeskartellamt, “a medida em que o Facebook coleta, mescla e utiliza dados em contas de usuário constitui abuso de posição dominante”⁴⁵.

Na Itália, em maio de 2017, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) multou o WhatsApp em 3 milhões de euros por ter forçado seus usuários a compartilhar seus dados pessoais com o Facebook, encerrando duas investigações iniciadas em outubro de 2016 sobre violações do Código do Consumidor.⁴⁶

Uma investigação alegou que o WhatsApp obrigou seus usuários a aceitar integralmente os novos Termos de Uso, especificamente a condição de compartilhar seus dados pessoais com o Facebook. Segundo o AGCM, o WhatsApp induziu seus usuários a acreditar que, sem conceder tal aprovação, o serviço seria bloqueado. A outra investigação consistiu em uma suposta natureza injusta de algumas cláusulas contratuais incluídas nos “Termos de Uso” do WhatsApp e, portanto, considerou os termos do contrato ilícitos.

Pitruzzella observou que

empresas maiores têm acesso a conjuntos de dados maiores e, portanto, podem oferecer serviços mais bem-sucedidos aos consumidores, o que, por sua

⁴⁵ “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 2019. in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilung/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2, p. 2.

⁴⁶ “WhatsApp fined for 3 million euro for having forced its users to share their personal data with Facebook”, 2017, Press-releases/2380. Accessed June 06, 2017. <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-WhatsApp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html>.

vez, permite-lhes coletar ainda mais informações e dados. Esse mecanismo de reforço automático pode ser semelhante a um efeito de rede que impulsiona a concentração do mercado.⁴⁷

Apesar de a base jurídica das decisões da AGCM serem leis do consumidor, a análise levou em consideração as decisões da CE sobre o processo M.7217 – Facebook / WhatsApp. É importante considerar que o AGCM desempenha um papel de concorrência e autoridade do consumidor. Já o Bundeskartellamt mencionou em seu comunicado à imprensa que havia aberto a investigação contra o Facebook como uma violação da lei de proteção de dados relacionada ao domínio do mercado, o que poderia representar uma conduta abusiva sob a lei da concorrência.

Como pode ser observado, as investigações na Alemanha e na Itália trazem alguns desafios para as autoridades de concorrência que de alguma forma já haviam sido mencionados na aquisição do WhatsApp pelo Facebook. Isso levanta uma suspeita sobre se a análise abrangeu todas as complexidades relacionadas aos dados na economia digital. Em outras palavras, três questões principais surgiram desde a decisão da CE sobre a aquisição do Facebook / WhatsApp: (i) a CE aplicou as melhores ferramentas para analisar o caso?; (ii) a CE poderia ter adotado uma decisão que, de alguma forma, interferiria no campo da privacidade?; e (iii) os procedimentos na Alemanha e na Itália foram evitados?

3.1 A CE aplicou as melhores ferramentas para analisar o caso?

O acesso a um grande volume e variedade de dados é uma vantagem competitiva no mercado. Portanto, a coleta de dados pode indicar barreiras de entrada para novos empreendedores que não têm acesso ao mesmo tipo de dados que as empresas já estabelecidas, coletando ou pagando pelos dados⁴⁸.

A definição de um mercado de insumo adicional para dados é útil para avaliar as circunstâncias competitivas além dos mercados relevantes para os serviços existentes oferecidos a usuários e anunciantes. Isso é notável ao

⁴⁷ G. Pitruzzella. *Big Data, Competition and Privacy*, 19 (tradução livre).

⁴⁸ Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10th May, 2016, 11.

avaliar as aquisições propostas e a conduta de fornecedores de plataformas on-line sob padrões de fusão e abuso de domínio. Nesse sentido, enquanto analisava a aquisição da Nest pelo Google, aprovada pela *US Federal Trade Commission* em 2014, Graef conclui que o FTC “poderia avaliar essas preocupações definindo um mercado relevante para dados”⁴⁹.

Como afirma a *European Data Protection Supervisor* (EDPS),

a definição do mercado relevante é a primeira fase da análise jurídica de casos de acordos anticoncorrenciais, fusões e abusos de posição dominante no mercado. Isso permite que os reguladores da concorrência identifiquem os operadores de mercado, ou seja, fornecedores, clientes e consumidores, e calculem o tamanho total do mercado e a participação de mercado de cada fornecedor com referência ao produto ou serviço relevante na área relevante.⁵⁰

Levando em conta que o Big Data não é um conjunto de dados indistinto, pois pode haver um tipo diversificado de informação que satisfaça as diferentes necessidades de uma variedade de empresas, Pitruzzella afirma que “a definição de mercados relevantes para dados leva à necessidade de realizar uma análise de substitutibilidade para identificar um mercado relevante de dados (serviços) e avaliar a restrição competitiva entre as partes”⁵¹.

A complexidade subjacente à cadeia de valor determina um cenário de mercado muito variado e articulado para Big Data, onde nem sempre é fácil identificar os atores participantes do mercado.

No entanto, o ecossistema de Big Data apresenta um grau de interconexão entre as várias partes envolvidas, dificultando a identificação de mercados individuais bem definidos; conseqüentemente, a complexidade resultante determina um cenário no qual os vários segmentos do sistema oferecem uma possível representação, muitas vezes estão intimamente relacionados. Isso determina uma estrutura de mercado na qual (poucas) grandes empresas

⁴⁹ I. Graef. “Market definition and market power in data: The case of online platforms”. *World Competition* 38, no. 4 (2015): 494 (tradução livre).

⁵⁰ EDPS, “Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data. The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy”, 2014. Accessed December 26, 2018. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf (tradução livre).

⁵¹ G. Pitruzzella. *Big Data, Competition and Privacy*, 20 (tradução livre).

multinacionais, caracterizadas por um alto grau de integração vertical, diagonal e horizontal em todas (ou quase todas) as fases do ecossistema, operam ao lado de uma miríade de pequenas empresas especializadas que frequentemente, após período de *start-up*, são adquiridos pelos maiores.⁵²

Compreender toda a estrutura do mercado relevante de Big Data facilita a compreensão de como ele realmente funciona. Determinar os atores que atuam em cada nível ou estágio do mercado, se os dados disponíveis conferem uma vantagem competitiva significativa ou até mesmo poder de mercado para o proprietário e se esses dados são um recurso essencial para novos participantes ou para concorrentes que permanecem no mercado.⁵³

O ciclo do Big Data começa com a geração de dados, sejam dados estruturados, como pesquisas científicas ou dados não estruturados, como *e-mails* enviados e recebidos. Seu objetivo é o uso ou consumo desses dados, uma vez processados em informações valiosas para empresas, redes de varejo e governos, por exemplo. Eles os utilizam de várias maneiras, desde o desenvolvimento de políticas públicas até uma vantagem competitiva para conquistar clientes e expandir a participação de mercado. Tanto o início quanto o final do Big Data, por analogia, seriam o início de uma atividade econômica na própria natureza, neste caso, os dados e terminam com o consumidor final, o que significa o uso ou consumo das informações geradas pelo Big Data.

A estrutura do mercado de Big Data, portanto, pode ser segmentada em três partes, onde de fato ocorre o processo de Big Data, a saber: (i) captura de Big Data – *Big Data capture*; (ii) armazenamento de Big Data – *Big Data storage*; e (iii) análise de Big Data – *Big Data analytics*. Em cada uma dessas fases (ou etapas ou níveis), a cadeia produtiva ou atividade econômica que é o mercado de Big Data inclui consumidores, empreendedores, instituições públicas, organizações sem fins lucrativos e governos, entre outras. Enquanto alguns desses participantes estão envolvidos em apenas um ou alguns setores desse mercado, outros concorrentes estão envolvidos em toda a

⁵² “Big data: Interim report in the context of the joint inquiry on ‘Big data’ launched by the AGCOM deliberation No. 217/17 / CONS17”. Accessed November 27, 2018. <https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Allegato+4-9-2018/f9befcb1-4706-4daa-ad-38-c0d767add5fd?version=1.0> (tradução livre).

⁵³ Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10th May, 2016, 15-16.

cadeia, atuando nos diferentes estágios do chamado Mercado Relevante de Big Data – *Big Data Relevant Market* (BDRM).

O *Big Data Capture* é o primeiro nível ou estágio do Mercado Relevante do Big Data, onde os dados são capturados, tanto pessoais quanto públicos, a partir do uso de mecanismos desenvolvidos para esse fim. Esse processo, às vezes chamado de coleta, acesso ou aquisição de dados, é o registro de dados que entra em um sistema de computador.

Esse processo de captura de dados ocorre em todos os setores da economia e os dados são coletados de várias fontes. Alguns exemplos de captura de dados são: (i) empresas de telefonia celular, que possuem dados detalhados sobre os clientes, incluindo sua localização e registro de chamadas; (ii) empresas de serviços de Internet que possam ter acesso a informações detalhadas de uso da Internet por seus clientes; (iii) redes de lojas, companhias aéreas e postos de gasolina, que, por exemplo, mantêm suas informações detalhadas do consumidor, como perfis de compra, em cartões e programas de fidelidade.

O *Big Data Storage* é o segundo nível ou estágio do Mercado Relevante do Big Data, onde os dados capturados são armazenados e que serão acumulados, agregados em grandes quantidades, organizados e armazenados em conjuntos de dados para uso posterior.

Um serviço de armazenamento de dados com espaço (ou capacidade ou volume) suficiente precisa fornecer uma interface de acesso eficaz para analisar uma grande quantidade de dados, como transações por cartão de crédito ou débito, contas, logins, detalhes autênticos, contatos pessoais, comentários em redes sociais, fotos e vídeos publicados, armazenados para uma ampla gama de serviços de provedores, como instituições financeiras e companhias telefônicas, empresas de transporte, hospitais ou clínicas médicas e agências governamentais.

O *Big Data Analytics* é o terceiro nível ou estágio do Mercado Relevante do Big Data, onde a análise dos dados capturados que foram armazenados em conjuntos de dados e combinados com outras informações ocorre para mostrar tendências para a análise e desenvolvimento de perfis, registros e macro tendências e que é aplicada a uma variedade de propósitos. Nesse mercado, os dados são mesclados de diferentes fontes públicas e privadas, como consumidores, empresas, instituições, agências governamentais e inferem analiticamente informações valiosas.

O potencial gerado com a agregação e análise de dados e as informações obtidas pode ser traduzido em novas oportunidades, novas ideias e novas soluções e se tornar uma vantagem competitiva para as empresas, levando ao poder de mercado. Entre os *players* tradicionais, existem varejistas, prestadores de serviços de gerenciamento para clientes, *software*, sistemas de inteligência de negócios e programas de fidelidade. Novos *players* que começam a operar no mercado são empresas envolvidas em publicidade on-line, empresas de pesquisa de mercado e especialistas em análise de dados, fornecedores e corretores de dados (*data brokers*).

A definição do Mercado Relevante do Big Data⁵⁴ (ou simplesmente BDRM) pode explicar todo o cenário desse mercado em seus diferentes estágios. Além disso, “o uso de big data está se tornando uma maneira essencial para as empresas líderes superarem seus pares”⁵⁵. Essa definição também oferece considerações sobre o poder de mercado e o abuso de posição dominante como prática de exclusão, uma vez que por tratar de competição sua análise vai além da inovação e do bem-estar.

Embora a definição de mercado relevante de Big Data ainda não tenha sido testada em nenhum caso analisado por uma autoridade da concorrência, a análise precisa do BDRM em três submercados ou estágios pode ajudar a avaliar toda a estrutura do mercado com mais precisão e estimar o poder de mercado das empresas.

Isso é ainda mais significativo se considerado que as informações e conhecimentos originados do Big Data não estão disponíveis para todos na mesma quantidade e qualidade. A acessibilidade a essas tecnologias pode dar um excedente competitivo para quem as possui. A identificação precisa dos *players* e suas respectivas ações na captura, no armazenamento e na análise do Big Data pode explicar melhor como o BDRM funciona e como está concentrado. É importante considerar que um *player* pode realizar seus negócios em apenas um, em vários ou mesmo nos três estágios do BDRM.

O BDRM sinaliza que o ciclo de Big Data não lida apenas com sobreposições em bases horizontais, mas também em bases verticais, revelando aprimoramentos existentes ou potenciais do poder e dominância do mercado.

⁵⁴ V. Bagnoli. “The big data relevant market”. *Concorrenza e Mercato* 23 (2016), special number *Big Data e Concorrenza*, 73-94.

⁵⁵ McKinsey Global Institute. “Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity, May 2011, Report”, 2011, <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>, 6 (tradução livre).

Identificar e entender a estrutura de Mercado Relevante do Big Data (captura de Big Data, armazenamento de Big Data e análise de Big Data) pela perspectiva do Direito da Concorrência também pode levar a uma melhor compreensão do desempenho das empresas no mercado de Big Data e a verificar problemas precisos de concorrência, como poder de mercado, barreiras à entrada e abusos de posição dominante.

A definição do mercado relevante é o início de qualquer análise competitiva. Isso identifica com quais produtos ou serviços as pessoas estão lidando, quais *players* estão nesse mercado, como produtores, distribuidores e até consumidores, seus interesses, o tamanho total do mercado, a existência de barreiras à entrada e a possibilidade de poder de mercado e posição dominante. Mas a CE considerou o Mercado Relevante do Big Data como uma ferramenta para a análise do caso Facebook / WhatsApp?

A decisão da UE (COMP / M.7217) na operação Facebook / WhatsApp se concentrou em três setores considerados significativos, definindo o mercado relevante como: (i) serviços de comunicação ao consumidor; (ii) redes sociais; e (iii) serviços de publicidade online; mas, ao mesmo tempo, mostrou que não foi realizada uma análise precisa do Big Data, pois não especificou qual poderia ser o Mercado Relevante do Big Data.

A CE considerou que a operação não provocou sobreposições horizontais e analisou a potencial concentração de dados apenas na medida de um possível fortalecimento da posição de mercado no mercado de publicidade on-line ou em qualquer subsegmento do mesmo, uma vez que apenas o Facebook era um provedor ativo de serviços de publicidade online.

Outras duas teorias possíveis de danos foram levantadas para verificar se o Facebook poderia fortalecer sua posição na publicidade online: (i) introduzindo publicidade no WhatsApp; e (ii) usar o WhatsApp como um potencial fornecedor de dados do usuário para melhorar as atividades de publicidade do Facebook.

Em relação à primeira teoria possível de dano, a CE concluiu que: “independentemente de a entidade resultante da concentração introduzir publicidade no WhatsApp, continuará havendo um número suficiente de outros concorrentes reais e potenciais que estão igualmente bem posicionados como o Facebook para oferecer publicidade direcionada”⁵⁶. Em relação à segunda teoria possível de dano, o raciocínio da CE foi o seguinte:

⁵⁶ Case no. COMP/M.7217, Facebook/Whatsapp, paragraph 179 (tradução livre).

Independentemente de a entidade resultante da concentração começar a usar os dados do usuário do WhatsApp para melhorar a publicidade direcionada na rede social do Facebook, continuará havendo uma grande quantidade de dados do usuário da Internet que são valiosos para fins publicitários e não estão sob o controle exclusivo do Facebook.⁵⁷

A relevância do Big Data nas investigações de concentrações, como afirma Pitruzzella, não se restringe à maneira como os dados são negociados no mercado, mas inclui como as empresas coletam e analisam uma grande quantidade de dados e os usam como insumo para fornecer bens e serviços a usuários finais e empresas.

O fato de não existir um mercado de dados não significa que os dados sejam um fator irrelevante na avaliação dos efeitos de uma concentração. A alegação de que o Big Data raramente tem algo a ver com a definição do mercado relevante ou efeitos competitivos, porque geralmente não é negociado no mercado é, portanto, infundado.⁵⁸

A estrutura de Mercado Relevante do Big Data, segmentada em *Big Data capture*, *Big Data storage* e *Big Data analytics* pela perspectiva da lei de concorrência também pode levar a compreender melhor o desempenho das empresas no mercado do Big Data e verificar problemas concorrenciais na operação Facebook / WhatsApp, mais precisamente como poder de mercado, barreiras à entrada e abusos de posição dominante.

A CE focou sua avaliação nos serviços de comunicação do consumidor em aplicativos para smartphones e concluiu que o Facebook Messenger e o WhatsApp não são concorrentes próximos, já que o Facebook Messenger é um aplicativo independente integrado à rede social do Facebook e o acesso ao WhatsApp é fornecido por meio de números de telefone. A CE concluiu nos serviços de rede social que os limites do mercado estão em constante evolução, e o Facebook e o WhatsApp são concorrentes distantes nessa área e é improvável que a concorrência seja afetada negativamente pela operação. Embora o WhatsApp não seja ativo na publicidade on-line, o raciocínio da CE era que, se o Facebook introduzisse publicidade no WhatsApp e/ou começasse a coletar dados do usuário do WhatsApp, a operação não suscitaria preocupações concorrenciais.

⁵⁷ Case no. COMP/M.7217, Facebook/Whatsapp, paragraph 189 (tradução livre).

⁵⁸ G. Pitruzzella. *Big Data, Competition and Privacy*, 20 (tradução livre).

No entanto, considerando que o Facebook e o WhatsApp eram de alguma forma concorrentes no estágio do *Big Data Capture*, uma vez que o Facebook também atua nos segmentos de *Big Data Storage* e *Big Data Analytics*, e ponderando sobre qualquer fortalecimento do domínio no mercado de publicidade on-line resultante da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, a operação pode ser considerada uma concentração vertical no Mercado Relevante do Big Data. Além disso, se o WhatsApp pudesse representar – mesmo como potencial *player* – uma empresa para capturar dados pessoais, isso poderia reforçar o desempenho do Facebook em anúncios on-line ou a própria operação poderia simplesmente representar uma exclusão de um possível concorrente do mercado.

A decisão da UE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, portanto, poderia ter sido diferente se fossem considerados na análise concorrencial os ciclos do BDRM – captura, armazenamento e análise.

3.2 A CE poderia ter adotado uma decisão que de alguma forma interferisse no campo da privacidade?

Em sua decisão, a CE declarou que a operação não suscitaria preocupações de concorrência e autorizou a proposta de aquisição do WhatsApp pelo Facebook, entendendo que o Facebook Messenger e o WhatsApp não são concorrentes próximos e que os consumidores continuariam a ter uma ampla variedade de alternativas para aplicativos de comunicação após a operação. A CE analisou possíveis problemas de concentração de dados apenas no escopo em que poderia reduzir a concorrência no mercado de publicidade on-line. Quaisquer preocupações relacionadas à privacidade decorrentes do aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook por causa da aquisição do WhatsApp não seriam uma questão da Lei da Concorrência da UE.

Apesar de seu raciocínio, ou ausência dele, de lidar com questões de privacidade e de consumidores, caso a CE tenha verificado quaisquer preocupações relacionadas à privacidade devido ao aumento da concentração de dados, deveria ter abordado a questão.

Fusões e aquisições são investigações *ex ante* que contam com previsões do efeito da entidade concentrada no mercado. Considerar questões concorrenciais relacionadas à privacidade é essencial para obter respostas para

a análise competitiva de um caso. Em seguida, avaliar em que medida uma concentração de duas empresas competindo pelos mesmos dados impediria a concorrência ou afetaria a transparência das políticas de privacidade e a motivação para investir em tecnologias de aprimoramento da privacidade contribuiria para a melhor compreensão desse caso.

Considerando que, no processo C-32/11, Allianz Hungaria, o TJEU reconheceu que uma violação de uma área do direito poderia ser um fator para decidir que também teria havido uma violação do direito da concorrência e que era possível que uma violação da lei de proteção de dados pode constituir uma violação do direito da concorrência. No processo C-238/05, Asnef-Equifax, o TJEU decidiu que, no que diz respeito à troca de informações pessoais sobre solvência e mérito do crédito, quaisquer possíveis questões relacionadas à sensibilidade dos dados pessoais não são um problema para o direito da concorrência, pois podem ser resolvidos com base nas disposições relevantes que levam à proteção de dados.

Como observado em 2014 pela EDPS,

o Tratado de Lisboa criou uma obrigação positiva das autoridades da concorrência, incluindo a Comissão, de defender os direitos fundamentais, e essa proteção à privacidade merece uma atenção semelhante à preservação da pluralidade dos meios de comunicação.⁵⁹

Em dezembro de 2018, a AGCM anunciou a decisão de uma investigação iniciada em abril de 2018 por supostas violações da Lei do Consumidor pelo Facebook Ireland Ltd. e sua empresa controladora Facebook Inc⁶⁰. Ficou entendido que o Facebook violou o Código do Consumidor por enganar consumidores a se registrarem na plataforma do Facebook, sem informar de forma adequada e imediata durante a criação da conta que os dados fornecidos seriam usados para fins comerciais.

⁵⁹ EDPS, “Report of EDPS workshop on privacy, consumers, competition and big data”, 2014. Accessed December 26, 2018. https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/reports/report-edps-workshop-privacy-consumers-competition-and_en, 6 (tradução livre).

⁶⁰ “Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers’ data for commercial purposes”, 2018, Press-releases/2018/12. Accessed December 17, 2018. <http://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes>.

O Facebook enfatizou a natureza livre do serviço; no entanto, não ficou claro sobre os objetivos comerciais subjacentes à prestação do serviço de rede social para o uso de dados para personalizar o serviço e para a realização de campanhas publicitárias. Isso induziu os usuários a tomarem decisão transacional que eles provavelmente não teriam tomado.

A AGCM também considerou que o Facebook violou o Código do Consumidor por praticar uma conduta agressiva, a saber, o exercício de influência excessiva no registro de consumidores sem consentimento expresso e prévio e a transmissão inconsciente e automática de seus dados a terceiros (*sites* e aplicativos) para fins comerciais. O valor total da multa aplicada ao Facebook por essas violações foi de 10 milhões de euros.

A interface de Dados e Proteção ao Consumidor foi observada pela AGCM em sua decisão⁶¹. Mesmo que uma empresa esteja em conformidade com a legislação de privacidade, ela também deve cumprir as regras de práticas comerciais. A política de privacidade garante a proteção de dados pessoais, definidos como informações relacionadas a uma pessoa (física ou jurídica) e qualificadas como direitos fundamentais. Cabe à Autoridade de Proteção de Dados Pessoais aplicar penalidades por violação de dados. No campo das práticas comerciais desleais, o Direito do Consumidor visa proteger o consumidor das escolhas econômicas induzidas por práticas enganosas e agressivas que não são regulamentadas em disciplinas específicas. Os dados e a defesa do consumidor têm um escopo diferente e buscam interesses distintos. Consequentemente, não há conflito entre as duas disciplinas, integrando as mesmas de maneira complementar.

O Bundeskartellamt em sua decisão de fevereiro de 2019 também destacou as disposições de proteção de dados como um padrão para examinar os abusos de exploração. Nesse sentido, de acordo com a Autoridade Alemã da Concorrência, os termos de serviço do Facebook e a maneira e a extensão em que ele coleta e usa dados violam as regras europeias de proteção de dados em detrimento dos usuários. Observando os problemas de proteção de dados envolvidos, o Bundeskartellamt concluiu que a conduta do Facebook representa um abuso exploratório.

⁶¹ AGCM, “PS11112 – Uso dei dati degli utenti a fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook”, 2018, datAllegati-news/PS11112. Accessed December 17, 2018. http://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf, items 45 and 46.

As empresas dominantes não podem usar práticas de exploração em detrimento do lado oposto do mercado, ou seja, neste caso, os consumidores que usam o Facebook. Isso se aplica, acima de tudo, se a prática de exploração também impedir os concorrentes que não são capazes de acumular um tesouro de dados. Essa abordagem baseada no direito da concorrência não é nova, mas corresponde à jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça segundo a qual não apenas preços excessivos, mas também termos e condições contratuais inadequados constituem abuso de exploração (os chamados termos de exploração da empresa).⁶²

As abordagens da UE em matéria de proteção de dados, concorrência e proteção do consumidor compartilham objetivos comuns, incluindo a promoção do crescimento, a inovação e o bem-estar de consumidores individuais. Isto foi afirmado pela EDPS. Um diálogo mais estreito entre reguladores e especialistas sobre limites de políticas pode não apenas ajudar a aplicação das regras de concorrência e proteção do consumidor, mas também estimular o mercado de serviços de aprimoramento da privacidade⁶³.

O direito da concorrência tem sido de importância central para a UE. Evoluiu ao impedir obstáculos públicos ao comércio interestadual, a fim de garantir o controle das fusões corporativas e a liberalização dos setores da economia pública. Os seus principais objetivos são melhorar a eficiência do mercado interno, o bem-estar e a escolha disponíveis aos consumidores. No entanto, a EDPS declara que o objetivo final do direito da concorrência é garantir que o mercado interno satisfaça todos os desejos razoáveis dos consumidores em termos de concorrência, incluindo não apenas o desejo de preços competitivos, mas também o desejo de variedade, inovação, qualidade e outros benefícios não relacionados ao preço, incluindo proteção de privacidade.

Mesmo que o Tribunal de Justiça Europeu raramente se refira ao bem-estar do consumidor em seus julgamentos sobre casos de concorrência, a interface de Dados, Consumidor e Concorrência certamente está permitindo que a CE tome uma decisão que possa de alguma forma interferir no campo da privacidade.

⁶² “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 2019. in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilunggen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2, p. 3 (tradução livre).

⁶³ “Report of EDPS workshop on privacy, consumers, competition and big data”, 3.

[A própria] comissão reconhece em suas diretrizes sobre a aplicação de regras sobre abuso de posição dominante, o bem-estar é determinado não apenas pelo preço, mas também por outros fatores, como qualidade e escolha do consumidor, o que também é uma preocupação relevante para a proteção de dados.⁶⁴

Como salientado pela EDPS, no que diz respeito às interfaces entre direito da concorrência, proteção do consumidor e proteção de dados, é possível concluir que:

- O mercado de serviços gratuitos em um número crescente de setores da economia digital ainda precisa ser analisado, mas claramente o poder é alcançado por meio do controle de grandes volumes de dados sobre os serviços de usuários.
- A possibilidade de abuso de domínio do mercado e danos ao consumidor por meio da recusa de acesso a informações pessoais e políticas de privacidade opacas ou enganosas pode justificar um novo conceito de dano ao consumidor para a aplicação da lei de concorrência na economia digital.
- A aplicação de regras de concorrência aos mercados digitais tem o potencial de promover serviços de aprimoramento da privacidade e maior controle do consumidor sobre seus próprios dados.⁶⁵

Por esse motivo, em casos relacionados a concentrações, como o Facebook / WhatsApp analisados pela CE, e se alguma violação ou restrição à concorrência for detectada, a Autoridade da Concorrência deve aplicar todos os recursos considerados possíveis para tratar de questões relacionadas à privacidade do consumidor e de dados. Tal como salientado pela EDPS, em casos de concorrência que envolvam empresas na economia digital, também podem ser consideradas outras opções de reparação que abordam os danos à privacidade dos indivíduos.

O Conselho Europeu de Proteção de Dados (*European Data Protection Board* – EDPB), em sua declaração sobre os impactos da concentração na proteção de dados, observa que o aumento da concentração nos mercados digitais tem o potencial de ameaçar o nível de proteção e liberdade de dados desfrutado pelos consumidores de serviços digitais. Considerando que

⁶⁴ “Report of EDPS workshop on privacy, consumers, competition and big data”, 19 (tradução livre, inseriu-se colchete).

⁶⁵ “Report of EDPS workshop on privacy, consumers, competition and big data”, 26 (tradução livre).

autoridades independentes de proteção de dados podem ajudar na avaliação de possíveis abusos de posição dominante, bem como em fusões de empresas, que podem acumular significativo poder de informação,

a identificação de condições ou soluções (remédios) para mitigar impactos negativos na privacidade e em outras liberdades, pode ser separada ou integrada na análise realizada pelas autoridades da concorrência durante sua avaliação nos termos do direito da concorrencial.⁶⁶

As intenções da CE de analisar os efeitos de uma maior concentração de dados comercialmente sensíveis sobre os dados pessoais dos clientes no contexto de sua investigação foram reforçadas com a proposta da aquisição do Shazam pela Apple. Com a aquisição, a CE preocupou-se com o fato de a Apple obter acesso a dados comercialmente sensíveis sobre os clientes de seus concorrentes para a prestação de serviços de *streaming* de música. O acesso a esses dados pode permitir que a Apple atinja diretamente os clientes de seus concorrentes e incentive-os a mudar para o Apple Music⁶⁷.

O EDPB considera “essencial avaliar implicações de longo prazo para a proteção da economia, proteção de dados e direitos do consumidor sempre que uma fusão significativa for proposta, particularmente em setores de tecnologia da economia”⁶⁸.

Conforme apontado pelo Instituto Max Planck de Inovação e Concorrência, em sua declaração de posição sobre a consulta pública da CE sobre a construção da economia europeia de dados (*Public consultation on Building the European Data Economy*), casos em que atores privados buscam acesso aos dados de outros atores apenas com o objetivo de fortalecer seu próprio poder decisório é uma questão muito complexa que constitui a área original da política de concorrência. No entanto, considerando a introdução de um direito de acesso a dados para os beneficiários do uso de dispositivos nos quais os sensores estão embutidos, “podem ser concebidos regimes de acesso, desde

⁶⁶ EDPB, “Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration”, 2018. Accessed December 26, 2018. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf.

⁶⁷ “Mergers: Commission opens in depth investigation into Apple’s proposed acquisition of Shazam”, 2018, under “Press Release Database”, Press-release_IP-18-3505. Accessed December 26, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3505_en.htm.

⁶⁸ “Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration” (tradução livre).

que esses regimes sejam direcionados a uma falha de mercado identificável e aumentem a concorrência”⁶⁹.

É preciso observar os desafios e as dificuldades para aplicar a lei da concorrência em cada caso, uma vez que esses problemas estão se tornando características generalizadas dos mercados digitais. Drexl⁷⁰ argumenta fortemente a favor de tomar medidas legislativas adicionais fora do âmbito do direito da concorrência, mas essa legislação deve ser orientada para a concorrência.

Os mercados digitais são frequentemente muito dinâmicos e caracterizados por altos níveis de inovação e, ao mesmo tempo, altamente concentrados por alguns grandes players. Os dados, ou “Big Data”, podem ser de grande importância e revelar uma tarefa central para as autoridades da concorrência na economia digital, que é “manter os mercados abertos em relação a empresas poderosas ou dominantes para garantir que inovadores recém-chegados e concorrentes menores tenham uma chance de ter sucesso”⁷¹. Explicando a nova tarefa do Bundeskartellamt em proteção ao consumidor, que complementa as possibilidades de investigar a economia digital, Mundt⁷² diz que, para tornar a proteção ao consumidor ainda mais eficaz, faria sentido para a autoridade da concorrência também obter poderes de execução nessa área. Para proteger a concorrência e os consumidores, a autoridade alemã da concorrência usará todos os seus esforços para acompanhar a economia digital.

Se a autoridade da concorrência se deparar com uma situação em que um problema competitivo afeta a privacidade ou uma questão de privacidade interfere na livre concorrência, ela deve emitir uma decisão no campo da privacidade. Nessas situações, a autoridade da concorrência geralmente acaba atuando como reguladora, mas sempre focada nas questões da concorrência.

⁶⁹ J. Drexl *et al.* *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s “Public Consultation on Building the European Data Economy”*, 13 (tradução livre).

⁷⁰ J. Drexl, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices Study on Behalf of the European Consumer Organisation*. Brussels: BEUC, 2018.

⁷¹ Andreas Mundt, “Sixty years and still exciting: The Bundeskartellamt in the digital era”. *Journal of Antitrust Enforcement* 6, no. 1 (2018). <https://academic.oup.com/antitrust/article/6/1/1/4904570> (tradução livre).

⁷² Mundt, “Sixty years and still exciting”, 1-4.

3.3 Os procedimentos na Alemanha e na Itália poderiam ter sido evitados?

Ao analisar o capitalismo do século XXI, a *The Economist*⁷³ compreendeu que é realmente necessária uma revolução para liberar a concorrência e reduzir os lucros extraordinariamente altos de hoje para garantir que a inovação possa prosperar amanhã. Sob os holofotes dessas novas empresas de capitalismo, encontram-se (principalmente) o Facebook e o Google, que fornecem serviços populares sem custo para os consumidores, mas aumentam sutilmente os custos de outras empresas por meio de publicidade.

O Facebook, por exemplo, distorce a concorrência usando as montanhas de dados que coleta sobre os usuários para favorecer determinados parceiros. Isso lhes dá acesso especial à sua plataforma e pune rivais percebidos como ameaças, cortando seu acesso. Documentos divulgados por um comitê parlamentar britânico que investigava informações desconstruídas online mostram “como principais executivos trabalhavam para consolidar a posição do Facebook como a rede social dominante no mundo”⁷⁴.

Com certeza, as autoridades da concorrência têm um papel central a desempenhar, especialmente quando enfrentam o poder econômico. A *The Economist*⁷⁵ apontou três maneiras de combater o poder do mercado. Primeiro, os regimes de dados e propriedade intelectual devem ser usados para impulsionar a inovação, em vez de proteger os operadores históricos. Segundo, os governos devem remover barreiras à entrada, como cláusulas de não concorrência, requisitos de licenciamento ocupacional e regulamentos complexos e desnecessários. Terceiro, as leis da concorrência devem ser criadas para se adequarem ao século XXI. Os reguladores precisam prestar atenção à saúde competitiva geral dos mercados e aos retornos sobre o capital. Os reguladores devem ter poderes suficientes para investigar mercados que estão se tornando disfuncionais. “As grandes empresas de tecnologia devem achar muito mais difícil neutralizar possíveis rivais de longo prazo,

⁷³ “The next capitalist revolution”. *The Economist*, November 15, 2018. <https://www.economist.com/leaders/2018/11/15/the-next-capitalist-revolution?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/11/15n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/167098/n>.

⁷⁴ “Facebook used people’s data to favor certain partners and punish rivals, documents show”. *The NY Times*, December 05, 2018. <https://www.nytimes.com/2018/12/05/technology/facebook-documents-uk-parliament.html> (tradução livre).

⁷⁵ “The next capitalist revolution”. *The Economist*.

como o Facebook fez quando adquiriu o Instagram em 2012 e o WhatsApp em 2014.”⁷⁶

Uma questão que sempre desafia as autoridades da concorrência é se deve-se intervir nos mercados digitais dinâmicos. Na Alemanha, o Bundeskartellamt conduziu um processo contra o Facebook por manter uma posição dominante no mercado de redes sociais e abusar dessa posição impondo condições comerciais injustas. O Facebook depende do uso de sua rede social para coletar ilimitadamente todos os tipos de dados de terceiros e combiná-los com a conta do usuário no Facebook. Isso não se aplica apenas aos dados coletados por serviços de propriedade do Facebook, como o WhatsApp, mas também aos dados coletados por *sites* ou aplicativos de outras operadoras que o Facebook pode acessar. O processo não diz respeito à coleta e uso de dados na própria rede do Facebook. Tendo tal domínio de mercado, os usuários do Facebook não têm alternativa adequada. A extensão e a forma da coleta de dados violam os princípios europeus obrigatórios de proteção de dados. Mundt observa que

o trabalho das autoridades da concorrência mostra que o direito da concorrência geralmente é flexível e suficiente para lidar com as novas questões dos mercados digitais. No entanto, precisamos pensar em como refinar e afiar nossa caixa de ferramentas.⁷⁷

Na Itália, em maio de 2017, a AGCM considerou o WhatsApp culpado de ter forçado seus usuários a compartilhar seus dados pessoais com o Facebook. Pitruzzella observou que “a extensão em que o Big Data é a fonte de vantagem competitiva e uma barreira à entrada não é uma questão de teoria, mas uma questão empírica que deve ser abordada com relação a mercados individuais e circunstâncias específicas”⁷⁸.

Uma vez que o processo foi declarado pela CE compatível com o mercado interno e com o Acordo EEA, foram iniciadas algumas investigações pelas autoridades da concorrência. As investigações já mencionadas na Alemanha e na Itália confirmam de alguma forma que a decisão da UE sobre a operação Facebook / WhatsApp lança dúvida sobre a precisão com que foi tomada.

⁷⁶ “The next capitalist revolution”. *The Economist* (tradução livre).

⁷⁷ Mundt, “Sixty years and still exciting”, 1-4 (tradução livre).

⁷⁸ G. Pitruzzella, *Big Data, Competition and Privacy*, 19 (tradução livre).

Importante observar que a CE considerou que quaisquer preocupações relacionadas à privacidade decorrentes do aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook por causa da aquisição do WhatsApp seriam do escopo das regras de proteção de dados da UE e não uma questão de direito da concorrência da EU.

Ao concluir que o aumento da concentração de dados sob o controle do Facebook não era um problema para a análise concorrencial, mas sim para as regras de proteção de dados da UE, a CE se eximiu de analisar os efeitos sobre a concorrência decorrentes dessa concentração. E, ao não abordar o problema, a CE não conseguiu evitar problemas concorrenciais decorrentes de preocupações relacionadas à privacidade relacionadas ao aumento da concentração de dados que afetam o direito do consumidor e a proteção de dados. Tanto na Alemanha quanto na Itália, os procedimentos contra o Facebook / WhatsApp poderiam ter sido evitados se a CE tivesse lidado com o viés competitivo da concentração de dados.

Conclusão

A economia digital oferece grandes avanços para a humanidade, especialmente com o uso de Big Data. Mais especificamente no campo da concorrência, o Big Data é uma importante vantagem competitiva para as empresas que o possuem e, conseqüentemente, podem extrair os melhores resultados de seu uso.

Devido à relevância do Big Data como uma vantagem competitiva, várias aquisições ocorreram e estão ocorrendo nos mercados digitais, provavelmente com foco na concentração de Big Data.

Essa nova realidade fomentou uma questão que as autoridades da concorrência ainda estão aprendendo a lidar e aplicar nos respectivos casos. A aquisição do WhatsApp pelo Facebook é um exemplo da necessidade de as autoridades da concorrência estarem cientes dessa nova realidade e encontrar as ferramentas adequadas para lidar com as peculiaridades e interfaces existentes e emergentes.

A decisão da UE sobre a aquisição do WhatsApp pelo Facebook poderia ter sido diferente se tivesse considerado os ciclos do Mercado Relevante do Big Data (BDRM): captura, armazenamento e análise. Além disso, a decisão poderia ter sido diferente se o WhatsApp tivesse sido considerado um



player para capturar dados pessoais, o que poderia reforçar o desempenho/domínio do Facebook em anúncios on-line. A decisão também poderia ter sido diferente se a aquisição do WhatsApp fosse entendida como a exclusão de um concorrente do mercado.

Caso a autoridade da concorrência se depare com uma situação em que um problema competitivo afeta a privacidade ou se um problema de privacidade restringe a livre concorrência, ela deve decidir mesmo que a sua decisão interfira no campo da privacidade. Nessas situações, a autoridade da concorrência acaba atuando como um regulador focado na concorrência.

Prevenir problemas concorrenciais decorrentes de preocupações relacionadas à privacidade devido ao aumento da concentração de dados que podem afetar o direito do consumidor e a proteção de dados é um dever das autoridades da concorrência. Caso a CE tivesse tentado lidar com o viés competitivo da concentração de dados, tanto na Alemanha quanto na Itália, os procedimentos contra o Facebook/WhatsApp poderiam ter sido evitados.

Referências



“Big data: Interim report in the context of the joint inquiry on ‘Big data’ launched by the AGCOM deliberation No. 217/17 / CONS17”. 2018. Accessed November 27, 2018. <https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Allegato+4-9-2018/f9befcb1-4706-4daa-ad-38-c0d767add5fd?version=1.0>, III.

“Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules”, 2016, [Pressemitteilungen/2016/02_03_2016](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3599398). Accessed December 26, 2018. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3599398.

“Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources”, 2019. in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

“Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers’ data for commercial purposes”, 2018,

Press-releases/2018/12. Accessed December 17, 2018. <http://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-99-data-for-commercial-purposes>.

“Facebook used people’s data to favor certain partners and punish rivals, documents show”. *The NY Times*, December 05, 2018. <https://www.nytimes.com/2018/12/05/technology/facebook-documents-uk-parliament.html>.

“Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook”, 2014, under “Press Release Database”, Press-release_IP-14-1088. Accessed June 01, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.

“Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover”, 2017, under “Press Release Database”, Press-release_IP-17-1369. Accessed November 11, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm.

“Mergers: Commission opens in depth investigation into Apple’s proposed acquisition of Shazam”, 2018, under “Press Release Database”, Press-release_IP-18-3505. Accessed December 26, 2018. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3505_en.htm.

“Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook’s collection and use of data from third-party sources is abusive”, 2017, *Pressemitteilungen/2017/19_12_2017*. Accessed July 14, 2018. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=3591568.

“Tech’s frightful five: They’ve got us”. *The NY Times*, May 30, 2017. https://www.nytimes.com/2017/05/10/technology/techs-frightful-five-theyve-got-us.html?_r=0.

“The next capitalist revolution”. *The Economist*, November 15, 2018. <https://www.economist.com/leaders/2018/11/15/the-next-capitalist-revolution?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/11/15n/owned/n/n/nw/n/n/LA/167098/n>.

“The world’s most valuable resource is no longer oil, but data”, *The Economist*, May 6, 2017. Accessed May 21, 2017. <http://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>.

“WhatsApp fined for 3 million euro for having forced its users to share their personal data with Facebook”, 2017, Press-releases/2380. Accessed June 06, 2017. <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-WhatsApp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html>.

AGNELLUCCI, C. *Big Data: An Exploration of Opportunities, Values and Privacy Issues*. New York: Nova Science Pub Inc., 2014.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, “PS11112 – Uso dei dati degli utenti a fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook”, 2018, datAllegati-news/PS11112. Accessed December 17, 2018. http://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf.

Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. May, 2016, 3. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

BAGNOLI, Vicente. “Competition for the effectiveness of big data benefits”. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 46, no. 6 (2015).

BAGNOLI, Vicente. “Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook”. in *Market and Competition Law Review* / volume iii / no. 1 / april 2019, p. 15-51.

BAGNOLI, Vicente. “The big data relevant market”. *Concorrenza e Mercato* 23 (2016), special number *Big Data e Concorrenza*.

CHEN, M.; MAO, S.; ZHANG, Y.; LEUNG, V. C. M. *Big Data: Related Technologies, Challenges and Future Prospects*. London: Springer, 2014.

Commission decision of 6 October 2014, pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case no. COMP/M.7217, Facebook/WhatsApp. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.

CRAIG, T.; LUDLOFF, M. E. *Privacy and Big Data*. Sebastopol, CA: O’Reilly, 2011.

CUMBLEY, R.; CHURCH, P. “Is big data creepy?”. *Computer Law & Security Review* 29, 2013.

DREXL, J. *Data Access and Control in the Era of Connected Devices Study on Behalf of the European Consumer Organisation*. Brussels: BEUC, 2018.

DREXL, J. et al. *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy"*.

European Data Protection Board, "Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration", 2018. Accessed December 26, 2018. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf.

European Data Protection Supervisor, "Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data. The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy", 2014. Accessed December 26, 2018. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

European Data Protection Supervisor, "Report of EDPS workshop on privacy, consumers, competition and big data", 2014. Accessed December 26, 2018. https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/reports/report-edps-workshop-privacy-consumers-competition-and_en.

FISHLEIGH, J. *A Non-Technical Journey into the World of Big Data: An Introduction*. Cambridge: Legal Information Management, 2014.

FRANK, J. S. "Competition concerns in multi-sided markets in mobile communication". In G. Surblyté. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, v. 23. Berlin: Springer, 2015.

GRAEF, I. "Market definition and market power in data: The case of online platforms". *World Competition* 38, n. 4 (2015): 473-506.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.; RAMGE, T. *Reinventing Capitalism in the Age of Big Data*. New York: Basic Books, 2018.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. "Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity, May 2011, Report", 2011, <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>.

MOON, H.; CHO, H. S. “Big data and policy design for data sovereignty: A case study on copyright and CCL in South Korea”. *Social Com*, 2013.

MUNDT, Andreas, “Sixty years and still exciting: The Bundeskartellamt in the digital era”. *Journal of Antitrust Enforcement* 6, no. 1 (2018). <https://academic.oup.com/antitrust/article/6/1/1/4904570>.

OECD. *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: OECD Publishing, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

OECD. *The Digital Economy*, 2012.

PITRUZZELLA, G. “Big data, competition and privacy: A look from the antitrust perspective”. *Concorrenza e Mercato* 23 (2016), special edition *Big Data e Concorrenza*.

SHAFER, T. “The 42 Vs of big data and data science”. Elder Research – Data Science and Predictive Analytics. <https://www.elderresearch.com/company/blog/42-v-of-big-data>.

Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration. Accessed December 26, 2018. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf.

The White House: Executive Office of the President. *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, 2014.

VEZZOSO, S. “Internet competition and e-books: Challenging the competition policy acquis?”. In G. Surblyté. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, v. 23. Berlin: Springer, 2015.

VEZZOSO, S. “Pro-competitive regulation of personal data protection in the EU”. In J. Drexler; V. Bagnoli. *State-Initiated Restraints of Competition*. Cheltenham: Edward Elgard, 2015.





www.graficascortecci.com.br

Artigos que compõem obra:

1. Economia, mercados e direito do trabalho, de André Eduardo Dorster Araujo
2. Estrutura econômica para novas obras intelectuais no Brasil, de Bruno Lagana Falqueiro
3. Critérios ESG – Impactos nos mercados financeiros e de capitais, de Daniella Navarro Lourenço
4. Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-A da Constituição Federal, de Dilson José da Franca Junior
5. O cartel em licitações como medida prejudicial ao direito de livre concorrência, de Edcarlos Alves Lima
6. Formação de cartel e fraude à licitação: concurso necessário de delitos?, de Eduardo Manhoso
7. Desafios da inovação em matéria de inteligência artificial frente às mudanças na matriz energética, de Gabriel Oliveira de Aguiar Borges
8. Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação, de Germana Gabriela Silva de Barros
9. A liberdade sindical e as práticas antissindicais: um estudo sobre o fracasso da criação de um sindicato de trabalhadores da Amazon no Alabama, EUA, de Giovana Aiello Soares da Costa e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante
10. Cartel em licitação, de Isabella Galbieri Agria
11. Plataformas digitais e mobilidade em São Paulo: um levantamento dos instrumentos jurídicos à disposição e de suas deficiências frente à realidade urbana paulistana, de Marcelo Pezzolo Farina
12. Monetização dos dados e competição analítica no mercado financeiro digital, de Milena Fório
13. Programas de compliance e contratações públicas, de Paulo Henrique Gomiero
14. A interação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de Renan Clemente Gutierrez
15. Questionamentos concorrenciais a partir da concentração WhatsApp Facebook, de Vicente Bagnoli