

Transformações do Direito Administrativo: novas tecnologias e alternativas regulatórias

Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça
(Organizadores)



 **FGV DIREITO RIO**

**Transformações do Direito Administrativo:
novas tecnologias e alternativas regulatórias**

Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/diretorio

**Transformações do Direito Administrativo:
novas tecnologias e alternativas regulatórias**

EDIÇÃO FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2017

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: Andreza Moreira

Diagramação: Andreza Moreira

1ª revisão: Erika Alonso

2ª revisão: Marcia Glenadel Gnanni

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Transformações do direito administrativo: novas tecnologias e alternativas regulatórias /
Organizadores Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça . - Rio de Janeiro :
Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.
283 p.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-9597-015-1

1. Direito regulatório. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Direito
administrativo. I. Leal, Fernando Angelo Ribeiro. II. Mendonça, José Vicente Santos de.
III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD - 341.3

SUMÁRIO

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Novas Tecnologias e Alternativas Regulatórias”	6
<i>Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça</i>	
1. A desconstitucionalização da análise de impacto regulatório como estratégia para sua implementação	9
<i>Alexander Leonard Martins Kellner</i>	
2. Contratações públicas como engrenagem para inovação: por uma nova regulação	28
<i>Ana Luíza Fernandes Calil e Renato Toledo Cabral Junior</i>	
3. A relicitação da lei nº 13.448/2017: reflexões sobre os incentivos de adesão e possibilidade de participação do antigo acionista	63
<i>Anderson Márcio</i>	
4. A proposta de regulação pelo banco central das plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas	78
<i>Bernardo Krueel</i>	
5. Os efeitos concorrenciais do <i>big data</i> e a portabilidade de dados pelos usuários	97
<i>Bernardo Peterli</i>	
6. Uma perspectiva econômica sobre o princípio do poluidor-pagador	113
<i>Bianca Borges</i>	
7. A era digital no poder público já começou, e o que os algoritmos têm a ver com isso	130
<i>Carina Castro e Fernanda Morgan Pimentel de Oliveira</i>	
8. Assimetria da informação entre eleitores e candidatos na era da internet: um olhar regulatório	145
<i>Denilson Ribeiro de Sena Nunes</i>	
9. A arbitragem como uma alternativa regulatória para a resolução de conflitos de tarifas de interconexão no setor de telecomunicações	176
<i>Gabriela Borges Silva</i>	
10. Regulação de entrada: uma metodologia alternativa para a contagem do tempo para abertura de empresas	199
<i>José Aderson Cerezoli</i>	
11. Deferência judicial <i>vis-à-vis</i> às limitações regulatórias: reflexões sobre o modelo institucional brasileiro de regulação ambiental	225
<i>Júlia Massadas Romeiro Fraga</i>	
12. A economia do compartilhamento como possível solução para a ociosidade dos bens públicos no Brasil	246
<i>Pedro de Hollanda Dionísio</i>	
13. A apropriação das agências reguladoras por grupos de interesse: uma análise das teorias clássicas	267
<i>Thiago Barbosa Gil</i>	

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Novas Tecnologias e Alternativas Regulatórias”.

Fernando Leal

José Vicente Santos de Mendonça

A presente obra reúne os trabalhos apresentados pelos discentes participantes do II Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e da Faculdade de Direito da UERJ.

Seguindo o bem-sucedido formato do encontro de 2016, no dia 14 de novembro de 2017, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, e vários alunos dos dois programas, reuniram-se para trocar impressões sobre pesquisas em andamento. Assim como no ano anterior, os professores apresentaram suas ideias e elas foram questionadas, com espaços para réplicas e tréplicas. Um diálogo, como indicado na apresentação da primeira obra da série “Transformações do Direito Administrativo”, aberto entre iguais, sem a força da autoridade, que já determina, de antemão, o vencedor com base em credenciais externas ao argumento. Um debate, e não uma disputa em dois *rounds* em que um fala, outro diverge, e a audiência tira suas próprias conclusões – conclusões que, muitas vezes, equivalem às opiniões que se trouxe de casa.

Os textos dos alunos foram lidos e debatidos entre professores e os próprios alunos. Além de quatro professores envolvidos nos debates da manhã (nós dois e as professoras Patrícia Baptista, da UERJ, e Patrícia Sampaio, da FGV Direito Rio), o professor Leandro Molhano Ribeiro, da FGV, assim como em 2016, participou dos debates. A todos somos imensamente gratos. Cinco professores, todos, ao mesmo tempo, comentando trabalhos lidos previamente. Para muitos, ter cinco docentes nessa posição é ocasião que se limita à defesa de tese de doutorado. Para os presentes, seguindo a tradição que os seminários de integração inauguraram,

foi oportunidade singular de vivência no país de um tipo diferente de academia. O resultado dessas interações pode ser visto nas próximas páginas, que reúnem as versões finais dos trabalhos selecionados e discutidos.

O fio condutor desta segunda edição do evento foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nas novas tecnologias e alternativas regulatórias. A partir desta proposta surgiram treze artigos, cuja menção nominal, neste e no próximo parágrafo, justifica-se por sua alta qualidade. Alexander Kellner propõe o uso da ferramenta da análise de impacto regulatório sem que venha a se constitucionalizar, por meio de estratégia *top down*, e operada pela ciência econômica. Ana Calil e Renato Toledo sugerem que as contratações públicas - seara clássica do Direito Administrativo - possam ser operadas como ferramentas de inovação. Para tanto, urgiria reforma de seu marco regulador com inspiração nas recomendações da OCDE. Anderson Márcio identifica a relicitação trazida pela Lei nº 13.448/2017 como técnica capaz de evitar conflitos judiciais e longos processos administrativos. Bernardo Krueel estuda a proposta do Banco Central para regular as plataformas eletrônicas de créditos entre pessoas. Bernardo Peterli analisa os possíveis efeitos (anti) concorrenciais do uso de *big data* e vê a portabilidade de dados como possível solução a alguns dos problemas ali identificados. Bianca Borges apresenta a noção do poluidor-pagador, comum no Direito Ambiental, mas informa que ela nem sempre é alternativa racional para lidar com externalidades negativas advindas da atividade econômica: por vezes, diz a autora, assegurar adequadamente direitos de propriedade pode ser mais eficiente.

Carina Castro e Fernanda Morgan tratam de assunto contemporâneo e de uso corrente na Administração Pública - os algoritmos -, mas destacam que é necessário elaborar mecanismos de garantia de sua responsividade. Denilson Ribeiro Nunes crê que a internet seja capaz de reduzir a assimetria de informações entre eleitores e candidatos. Gabriela Borges Silva realiza exercício empírico e verifica que a arbitragem tem sido exitosa para resolver conflitos a respeito das tarifas de interconexão de redes de telecomunicações arbitradas pela ANATEL. José Aderson Cerezoli

sugere que a metodologia do Banco Mundial, em seus estudos sobre panorama de negócios nos países, poderia ser aperfeiçoada com o uso de dados reais obtidos em juntas comerciais e órgãos de licenciamento administrativo. Júlia Massadas Romeiro Fraga sugere que, em matéria ambiental, se, em princípio, o Judiciário deve ser deferente à decisão administrativa, fato é que, se o regulador não possui condições institucionais para regular de modo adequado, a justificação da deferência fica parcialmente esvaziata. Pedro Dionísio propõe o compartilhamento como solução para a ociosidade de bens públicos no Brasil. Por fim, Thiago Barbosa Gil revisita teorias clássicas da regulação – a do “interesse público” e da “captura” –, e, ao refutar a do interesse público, observa que a da captura, para ser aceita, exigiria maiores investigações empíricas.

Assim como na primeira edição, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das duas instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em direito público no país.

A desconstitucionalização da análise de impacto regulatório como estratégia para sua implementação

Alexander Leonard Martins Kellner

1

A desconstitucionalização da análise de impacto regulatório como estratégia para sua implementação

Alexander Leonard Martins Kellner¹

“Desconstitucionalização, noutras palavras, não implica inconstitucionalidade. Na acepção original, desconstitucionalização significa institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências a normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente, aplicação do direito segundo a teoria.”

Luís Fernando Schuartz

Resumo

Encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.539/2015 que objetiva estabelecer a obrigatoriedade da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. A AIR é uma análise prospectiva consequencialista. O objetivo do presente artigo será investigar se a AIR pode ser objeto de uma aplicação teórica que, sem referências a normas constitucionais, almeja a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do Direito. Trata-se da ideia de desconstitucionalização já introduzida por Luís Fernando Schuartz no campo do Direito da Concorrência.

Palavras-chave: Análise. Impacto. Regulação. Prospecção. Posner. Schuartz. Consequencialismo. Agências Reguladoras.

Abstract

The Bill of Law nº 1.539/2015, which aims to establish the obligation to carry out Regulatory Impact Analysis (AIR) by Regulatory

¹ Mestrando em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Escola de Direito do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Administrativo na EMERJ, na qualidade de aluno egresso. Bolsista Capes/PROSUP em regime de dedicação exclusiva.

Agencies within the scope of the Federal Administration, is being processed before the Chamber of Deputies. The AIR is a prospective, consequentialist analysis. The objective of this paper will be to investigate whether the AIR can be the object of a theoretical application that without references to constitutional norms seeks the acquisition of normative premises for use in processes of application of the law. This is the idea of deconstitutionalization already introduced by Luís Fernando Schuartz in the field of Competition Law.

Keywords: Analysis. Impact. Regulation. Prospecting. Posner. Schuartz. Consequentialism. Regulatory Agencies.

1. Introdução

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento ordenado de tomada de decisão regulatória. O referido procedimento surge como uma recomendação do Comitê de Política Regulatória da OCDE² a respeito de políticas regulatórias e governança. No mesmo sentido, o próprio Banco Mundial desenvolveu um projeto específico nº P106880³ cujo objeto de estudo foi a AIR. Ambos os órgãos internacionais possuem opinião favorável e recomendam a implementação do referido instituto.

O suposto diferencial da AIR fundamenta-se em uma teoria consequentialista em sentido amplo que objetiva avaliar os possíveis efeitos de uma determinada decisão regulatória. Decisão regulatória aqui é considerada gênero que engloba inclusive a elaboração de normas regulatórias abstratas.

Ainda, deve se destacar o trâmite perante a Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 1.539/2015, de autoria do Deputado Eros Biondini, que objetiva estabelecer a obrigatoriedade

2 Confira-se a Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança. "(4) Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os *trade offs* das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa." Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2017.

3 Para fins de acesso ao referido Projeto nº P106880, ver <<http://projects.worldbank.org/P106880/regulatory-impact-analysis-ria?lang=en>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

de realização de AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal.

O objetivo do presente artigo será investigar se a AIR pode ser objeto de uma aplicação teórica que, sem referências a normas constitucionais, almeja a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do Direito. Trata-se da ideia de desconstitucionalização já trabalhada por Luís Fernando Schuartz no Direito de Defesa da Concorrência.

A AIR aparenta possuir algumas características semelhantes ao Direito Concorrencial, fato que sugere a adoção de uma teoria consequencialista forte, em sentido mais restritivo. Um consequencialismo forte se exterioriza por meio da supremacia de um critério valorativo de consequências em relação a eventuais critérios de correção considerados relevantes.

Deve ser ressaltado, no entanto, que não se trata de um critério valorativo de consequências jurídicas, e sim econômicas, como eficiência lastreada em Pareto. Análises prospectivas baseadas em consequências jurídicas não parecem fazer sentido metodologicamente, uma vez que a aplicação do Direito costuma ser fundamentada em uma análise retrospectiva.

A primeira seção do artigo contextualizará de forma sucinta a ideia de Richard Posner a respeito da existência de duas formas de raciocínio jurídico para solução de problemas jurídicos sob a perspectiva da autoridade judicante. Tratam-se das teorias normativas *top-down* e *bottom-up*.

A segunda seção do artigo será responsável por destacar as principais características de uma teoria consequencialista na visão de Luís Fernando Schuartz.

A terceira seção do artigo será utilizada para averiguar os principais argumentos para se fundamentar a desconstitucionalização da AIR e a adoção de uma teoria normativa *top-down* como melhor estratégia para implementação do instituto.

1. Duas estratégias para a solução de problemas jurídicos

Em um artigo escrito em 2008⁴, Luís Fernando Schuartz, baseado na ideia de Richard Posner a respeito da existência de duas formas de raciocínio jurídico para solução de problemas jurídicos, introduz ao Direito público brasileiro as teorias normativas *top-down* e *bottom-up*. Tratam-se de duas estratégias distintas para a solução de problemas jurídicos sob a perspectiva da autoridade judicante, e não do ponto de vista do estado planejador.

A primeira forma de raciocínio jurídico que Richard Posner identifica é a forma *top-down*, de cima para baixo. Trata-se da postulação de uma finalidade, de um objetivo a ser perseguido e realizado e da dedução da solução jurídica para o caso concreto, a partir da identificação da decisão mais adequada para realizar essa finalidade ou objetivo. Para fins de precisão, “a diferença entre estas duas estratégias de teorização não corresponde à diferença entre as teorias “dedutivas” e “não dedutivas”.⁵ Confira-se:

A diferença entre teorias normativas *top-down* e *bottom-up* ficaria mais precisa se pensássemos na separação entre métodos dedutivos e não dedutivos em um contínuo de estratégias de construção de critérios normativos, onde “elementos” de uma ou outra origem fossem *preponderantes em maior ou menor grau*, e a ele acrescentássemos uma *segunda* dimensão metodológica, referente ao peso que, nesta construção, se concedesse à *análise de sentido dos textos de direito positivo prima facie aplicáveis*. Neste espaço bidimensional, representado graficamente na figura abaixo, uma determinada teoria será tanto mais *top-down* quanto maior for a predominância de elementos dedutivos, e menor for o peso da análise do sentido dos

4 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 761-780.

5 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 762.

textos de direito positivo aplicáveis, na aquisição de seus critérios normativos⁶.

Luís Fernando Schuartz define a noção *top-down* como uma estratégia preponderantemente dedutiva de solução de problemas jurídicos a partir da identificação dos meios mais adequados para solucionar o caso concreto com o atingimento de um objetivo considerado como normativamente relevante e devido.

No caso específico de Posner, o objetivo seria justamente a eficiência econômica. A maximização da eficiência econômica é postulada como um objetivo normativo a ser realizado e a separação entre decisões corretas e incorretas sob o ponto de vista jurídico é determinada pela contribuição que a referida decisão e eventuais alternativas poderiam contribuir para a realização da eficiência econômica. Pode ser uma visão problemática a depender de sua implementação⁷.

No ponto, uma ressalva. Richard Posner ao utilizar a terminologia *top-down* não está se referindo à noção de hierarquização do ordenamento jurídico. Ou seja, não se trata de uma observância preferencial em ordem decrescente. A ideia não é se analisar primeiramente a constituição para ver como seu texto dispõe a respeito do caso concreto e então de forma sucessiva analisar a disciplina legislativa a respeito da matéria.

A ideia de *top-down* não se identifica com a noção de que o magistrado ao aplicar a legislação seria obrigado e vinculado a respeitar as normas hierarquicamente superiores que definem sua competência e restringem seu espaço de atuação funcional.

A segunda forma que tradicionalmente caracteriza o pensamento jurídico para a solução de problemas concretos é a forma *bottom-up* (de baixo para cima). Aqui uma segunda ressalva. A forma *bottom-up* não significa necessariamente um raciocínio indutivo. A ideia aqui se lastreia na percepção de que o jurista

6 Ibid., p. 763.

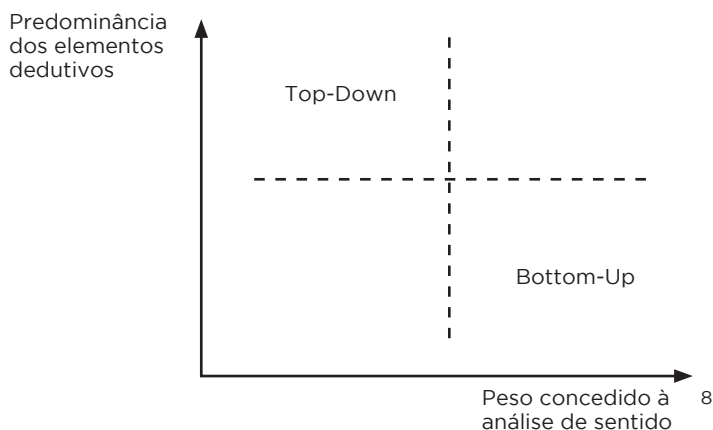
7 Sobre problemas no consequentialismo ou "consequentialismo festivo" confira-se: Schuartz, Luís Fernando: Consequentialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo, p. 383-418, 2011.

toma o texto normativo como dados e se preocupa em construir abstrações a partir desses dados, no caso os textos preexistentes. Entrementes, deve se ressaltar que texto não é norma. A norma é uma construção interpretativa a partir dos referidos textos e sua literalidade. Os referidos textos são tomados pelos juristas como dados.

A busca pelo teor normativo dos textos seria uma noção típica dogmática jurídica. Ou seja, a tentativa de construir através de intelecto, de forma racional com a utilização de métodos tradicionais do pensamento jurídico o sentido das normas jurídicas. Assim, a partir do referido sentido construído, preparar premissas jurídicas normativas para a solução dos casos concretos.

O ponto de partida nessa segunda forma seriam os textos, e não um objetivo normativamente postulado, a exemplo da eficiência econômica de Posner ou em casos antagonistas a essa visão de justiça distributiva. Confira-se, nesse sentido, a representação gráfica do referido espaço *bi-dimensional*:

ESPAÇO DAS ESTRATÉGIAS



8 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 763.

Inclui-se na noção de textos normativos, para fins de análise de sentido, as previsões legais decorrentes do legislador e seu exercício como parlamentar, jurisprudência, a exemplo de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e, ainda, precedentes administrativos como decisões do Tribunal de Contas da União (TCU).

Como será visto, o objetivo do artigo é apontar se existem vantagens no caso de adoção de uma estratégia *top-down* em análises consequencialistas, a exemplo da AIR.

2. Consequencialismo e a Análise de Impacto Regulatório - (AIR)

A AIR é uma análise consequencialista⁹. Uma teoria consequencialista “quer dizer que a teoria define os critérios de correção das soluções propostas enquanto decisões para os casos concretos por referência à sua contribuição para a obtenção de um estado de coisas positivamente valorado segundo a teoria”¹⁰. Confira-se Luís Fernando Schuartz:

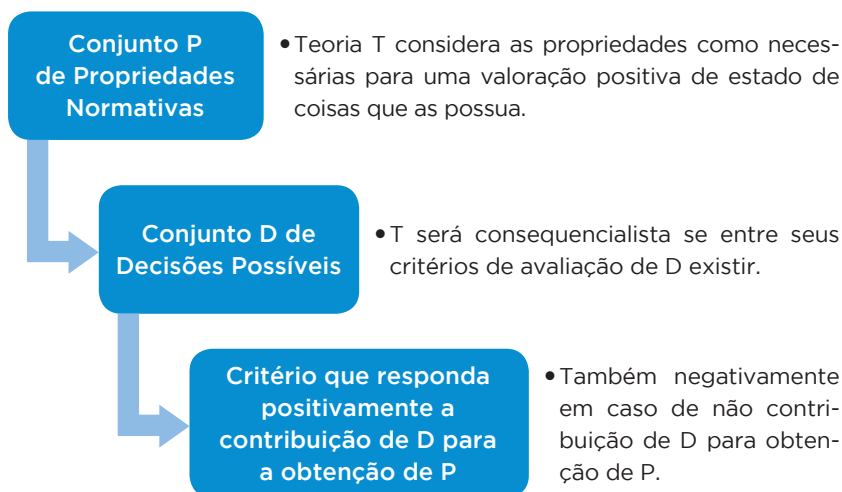
Em geral, dados um conjunto P de propriedades normativas que uma dada teoria t especificar como necessárias para uma valoração positiva de um estado de coisas que as possua, e um conjunto D de decisões possíveis, diremos que t é consequencialista se, entre os critérios de correção definidos em t para avaliação das decisões em D , existir ao menos um que responda (i) positivamente, a contribuições positivas das decisões em D para obtenção de um estado de coisas com as propriedades normativas especificadas em P ; e (ii) negativamente, na hipótese

9 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: **A crise e o direito público**: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013, p. 115. A associação entre avaliação de riscos e regulação representa um contributo das tendências doutrinárias que apontam para um modelo de *risk - based regulation*. Neste horizonte, exige-se que as autoridades reguladoras estabeleçam prioridades, *i. e.*, definam quais os objetivos da política regulatória que intendem prosseguir e, em consonância com essa definição, desenvolvam as respetivas atuações, tendo por base uma avaliação, à luz de juízos de ponderação e de probabilidade, dos riscos que os comportamentos dos regulados possam colocar relativamente à satisfação daqueles objetivos prefixados.

10 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 769.

contrária. Noutras palavras, uma determinada teoria jurídica será consequencialista se algum dos critérios de correção (jurídica) definidos na teoria em questão para avaliação de decisões (jurídicas) for “monotonicamente sensível” às consequências das decisões¹¹.

Ou seja, uma teoria jurídica ou um instituto jurídico será considerado consequencialista quando um dos critérios de correção definidos para fins de avaliação de cursos de ação for sensível às consequências da referida ação. Para fins de maior compreensão, confira-se o esquema abaixo:



A AIR também é uma análise prospectiva. Uma análise prospectiva pode ser conceituada como processo sistemático que objetiva vislumbrar o futuro da ciência, da tecnologia, da economia, do meio ambiente e da sociedade, identificando os potenciais riscos e resultados de eventuais cursos de ação a serem escolhidos e seus impactos para o desenvolvimento de interesses sociais e econômicos¹². Nesse sentido, confira-se José Vicente Santos de Mendonça:

11 Id.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57. Ora, uma dessas decorrências (em lista não fechada) da globalização é a pluralização contemporânea das fontes de Direito - que hoje se desdobram em *fontes societais, estatais e mistas*, estas em expansão - contribuindo todas para densificar o que se poderia denominar de uma juridicidade expandida [...].

Resumindo as ideias em termos usuais no discurso jurídico brasileiro, numa tentativa de *definição*, poder-se falar que a Análise de Impacto Regulatório é *procedimento administrativo, prévio ou concomitante à eventual prática de atos regulatórios, por intermédio do qual o Poder Público identifica e avalia os possíveis efeitos de sua atuação, e, então, deixa de agir, age como pretendido, ou corrige o rumo de sua atuação*. Ainda não há, no Brasil, lei geral ou ato normativo que sirva de marco das AIRs – tudo o que temos são referências normativas esparsas e experiências em agências reguladoras. Trata-se de prática administrativa de raiz utilitarista, empregada por economistas próximos a tal pensamento, compatível com uma teoria padrão de análise econômica do Direito. Ela é o que o bom senso de um economista médio recomendaria fazer: coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir de resultados¹³.

O principal motivo de implementação de análises de impacto regulatório é fomentar transparência e previsibilidade econômica¹⁴ aptas a atrair investimentos externos. Trata-se de mitigar a ideia de risco regulatório. Nesse sentido, “estimativas sugerem que o risco regulatório é responsável por 2 a 6 pontos percentuais adicionais no custo do capital investido em infraestrutura na América Latina, implicando um aumento superior a 20% – em média – nas tarifas dos serviços de infraestrutura”¹⁵.

A implementação e efetiva aplicação da AIR possui como objetivo de segunda ordem diminuir o custo do capital a ser investido no Brasil. Na próxima seção, serão introduzidos os dois principais argumentos em prol da desconstitucionalização da AIR.

13 MENDONÇA, José Vicente. **Direito constitucional econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 427.

14 MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2009, p. 37.

15 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Relatório do grupo de trabalho interministerial. **Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**. Brasília, 2003, p. 7.

3. A desconstitucionalização da análise de impacto regulatório como estratégia para sua implementação

A defesa da desconstitucionalização da AIR se fundamenta na capacidade da teoria de induzir decisões que lidem com incertezas de modo juridicamente racional, na medida em que a racionalização de fato é possível. A presente seção do artigo analisará dois argumentos basilares à ideia de desconstitucionalização aqui proposta.

Uma análise consequencialista possui um componente descritivo ou positivo e outro normativo. Aqui existem significativas diferenças em termos de racionalidade de cada um dos componentes. Nesse sentido, o componente descritivo prospecta, para cada decisão possível, sua consequência. Por outro lado, o componente normativo ordena com base em um critério valorativo as consequências previamente determinadas pela parte descritiva. Assim:

Cada parte desta estrutura dual está sujeita a condições de racionalidade distintas. Dos critérios valorativos, que caracterizam a parte normativa do argumento, poder-se-á cobrar a *consistência interna* e, no máximo, a não contradição e a compatibilização com normas e valores aceitos como devidos por uma *comunidade jurídica particular*. A pretensão que acompanha a componente descritiva do argumento consequencialista, por sua vez, é universal ou “*erga omnes*”, pois presta contas à “razão instrumental” e às regras (de validação de hipóteses) vigentes na *comunidade científica* tematicamente pertinente¹⁶.

Uma objeção que resta evidente é que existem características estruturais de uma análise consequencialista, baseadas na ciência econômica moderna, que seriam aparentemente incompatíveis com a função de generalização e estabilização de expectativas normativas própria e indissociável do Direito. “De fato, a estabilização de um processo decisório orientado para o futuro depende

16 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 770.

essencialmente da incorporação de métodos de tomada de decisão em outras áreas da ciência, uma vez que o direito é fundamentalmente retrospectivo e a metodologia jurídica se baseia nisso”¹⁷.

Com base no texto anterior, chega-se ao primeiro argumento em prol da desconstitucionalização da AIR. A Constituição de 1988 é composta por princípios e regras¹⁸. A despeito de suas variadas formas de aplicação, trata-se de institutos sujeitos à metodologia jurídica e, como já visto, a mesma é uma metodologia retrospectiva, e não prospectiva. Assim, parece que, para fazer sentido, a aplicação da AIR deve ser blindada de eventuais interpretações jurídicas. O consequencialismo que faz algum sentido é o consequencialismo fundamentado em argumentos não jurídicos.

Assim, o que viria a substituir o raciocínio tipicamente jurídico na AIR? Três características basilares, no caso “(i) a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica; (ii) o consequencialismo forte; e (iii) elevada capacidade de diferenciação interna tendo em vista a preservação da diferença entre direito e ciência aplicada”¹⁹.

Em resumo, a AIR deve ser interpretada tendo em vista exclusivamente alguma medida de bem-estar econômico, como a maximização dos excedentes do produtor e do consumidor ou um critério de eficiência lastreado na Superioridade de Pareto²⁰ ou na definição de Kaldor-Hicks²¹. Qualquer valoração consequencialista baseada em fundamentos jurídicos parece não fazer sentido.

17 LEAL, Fernando. **Ziel und Autorität Zu den Grezen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 249-250. Tradução livre do seguinte trecho: “Ein vorausblickendes Entscheidungsverfahren zu stabilisieren hängt in der Tat wesentlich von der Inkorporation von Entscheidungsmethoden anderer Wissenschaftsbereiche ab, da das Recht grundsätzlich rückblickend ist und sich hieran auch die Rechtsmethodologie orientiert”.

18 Para uma visão contrária à referida distinção, confira-se: ALEXANDER, Larry. **What are principles? Do they exist?** In: University of San Diego Legal Research Paper Series. v. 13. n. 119, p. 1-15, 2013.

19 SCHUARTZ, Luis Fernando. Op. Cit.,p. 771.

20 PONSER, Richard. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), p.243-252. “A change in allocation is Pareto superior only if the change makes at least one person better off and no one worse off, Pareto superiority is a widely used concept of efficiency but is not (as Dworkin states) the only “normal professional sense” of the term efficiency.”

21 Id. “Under the Kaldor-Hicks definition of efficiency, which is also widely used by economists, a reallocation of resources is efficient if it enables the gainers to compensate the losers, whether or not they actually do so. This is equivalent to wealth maximization.”

Um outro ponto que merece ser abordado trata das dificuldades epistêmicas inerentes a qualquer análise prospectiva. O futuro é incerto. O futuro imaginado hoje não necessariamente é o presente no futuro. Nesse sentido, confira-se Fernando Leal:

A primeira objeção enfoca os possíveis problemas epistêmicos que afetam a fase positiva de uma análise teleológica ou orientada em resultados. Isso levanta a questão de saber se todos os efeitos possíveis de cada alternativa de decisão podem ser determinados. Essa incerteza, decorrente principalmente da natureza contingente do futuro imaginável, afeta a racionalidade de um procedimento de raciocínio teleológico, na medida em que a identificação dos estados associados a cada alternativa de decisão é uma condição necessária para sua posterior avaliação²².

Esforços em prol da determinação de possíveis consequências advindas de uma decisão e as futuras e múltiplas configurações de realidade resultantes de seus efeitos empíricos dificilmente são gerenciáveis. No mesmo sentido, a dificuldade aumenta quando à análise dos efeitos colaterais e às consequências de cada alternativa de decisão é adicionada a determinação das possíveis consequências decisórias. Diversas teorias externas ao Direito se dedicam a estudar a dificuldade epistemológica acima exposta. Poderíamos citar, como exemplo, a Geometria fractal e o Caos determinístico, no campo da Matemática; a Dinâmica não linear, na Engenharia; os Sistemas adaptativos complexos, na modelagem de Computação científica; e a Emergência, na Biologia e nas Ciências Sociais. No ponto, confira-se Isaac José Obadia:

Um sistema começa a apresentar comportamento complexo quando as suas partes constituintes

22 LEAL, Fernando. **Ziel und Autorität Zu den Grezen teleologischen Rechtsdenkens.** Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 246. Tradução livre do seguinte trecho: "Der erste Einwand konzentriert sich auf die möglichen epistemischen Probleme, die die positive Phase einer teleologischen oder folgenorientierten Analyse betreffen. Dabei stellt sich die Frage, ob alle möglichen Effekte jeder Entscheidungsalternative wirklich festgestellt werden können. Diese Ungewissheit, die grundsätzlich aus dem kontingenten Charakter der heute vorstellbaren Zukunft entsteht, beeinträchtigt die Rationalität eines teleologischen Begründungsverfahrens, indem die Identifikation der mit jeder Entscheidungsalternative verbundenen Zustände eine notwendige Bedingung für ihre nachfolgende Bewertung ist".

interagem de forma não linear. Enquanto um sistema complicado é aquele formado por muitas partes funcionais distintas mas que são preditivas, o sistema complexo interage com o ambiente de forma não linear e seus componentes possuem propriedades que os tornam não preditivos dentro de uma determinada janela de tempo²³.

No âmbito teórico, o Direito pode ser considerado um sistema complicado, uma vez que é formado por muitas partes funcionais distintas, porém preditivas. A Constituição, a Lei e a Jurisprudência são responsáveis por essa possibilidade de previsão, a despeito de interpretações variadas.

Por ser um sistema abstratamente preditivo, o Direito não se encontra metodologicamente equipado para lidar com previsão de consequências futuras, se não se valer do conhecimento de outros campos científicos. Aparentemente, defender a constitucionalização da AIR implicaria a perda de suas propriedades relevantes, uma vez que a mesma tenta derivar um modelo de um sistema complexo, no caso o mercado regulado. Os critérios econômicos aparentemente são mais indicados do que os critérios jurídicos constitucionais para descrever um número limitado de parâmetros ou variáveis aptos a fundamentar uma decisão regulatória prospectiva²⁴. O objetivo aqui é uma decisão que esteja fundamentada em argumentos que não retirem do mercado regulado suas funções globais essenciais, no caso sua não linearidade. A utilização de argumentos jurídicos para fundamentar uma AIR parece incompatível com as referidas funções essenciais.

Luís Fernando Schuartz ao tratar da desconstitucionalização do Direito da Concorrência introduziu um argumento adicional, retirado da comparação hipotética dos desempenhos da teoria oficial do

23 OBADIA, Isaac José. **Sistema de Gestão Adaptativo para Organizações com Tecnologia Perigosa**: A Cultura de Segurança como Pressuposto de Excelência Nuclear. Rio de Janeiro, COPPE/UFRJ, tese de D. Sc., Engenharia de Produção, 2004. p. 35.

24 A econometria é talvez o maior exemplo. Ela é baseada no desenvolvimento de métodos estatísticos para estimar relações econômicas, testar teorias, avaliar e implementar políticas de governo e de negócios. Para um aprofundamento, confira-se: WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Introdução à econometria**: uma abordagem moderna. Tradução Priscilla Rodrigues da Silva Lopes e Livia Marina Koeppel; revisão técnica Heloisa Pinna Bernardo. São Paulo, SP: Cengage Learning, 2016. p. 2.

Direito de Defesa da Concorrência e de uma teoria normativa rival que advogasse por sua ampla constitucionalização. Assim, de um lado uma teoria oficial que adote a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica, fortemente consequencialista e com elevada capacidade de diferenciação interna tendo em vista a preservação da diferença entre Direito e Ciência Econômica aplicada. De outro, um tipo ideal de teoria *top-down* com inclinação fortemente constitucionalizante. A ideia de constitucionalização aqui engloba a determinação de normas infraconstitucionais por meio de normas constitucionais e uma questão metodológica de pluralidade de princípios e interesses e valores constitucionais que devem ser ponderados. A questão metodológica da ponderação entre uma pluralidade de princípios é um problema para análises consequencialistas, uma vez que “determinar as possíveis consequências de uma ação e as futuras configurações de realidade resultantes de seus efeitos empíricos dificilmente são gerenciáveis. Além disso, a dificuldade aumenta quando a análise dos efeitos colaterais e consequências de cada alternativa de decisão é adicionada a essas análises”²⁵. Pluralidade de princípios, valores e regras remete a uma pluralidade de variáveis que aumentam a referida dificuldade.

A respeito da dificuldade metodológica que a pluralidade constitucional fomenta, confira-se Luís Fernando Schuartz:

Os problemas da seleção da decisão adequada e do controle da sua racionalidade ficam bem mais complexos no âmbito da Teoria Alternativa. Para exemplificar, tome-se o caso, relativamente mais simples, de previsão de *dois* valores ou princípios a realizar, digamos P1 e P2. Neste caso, a escolha da decisão mais adequada requer a determinação não mais de apenas *uma* consequência para cada decisão possível, mas *quatro*, a saber, as consequências de cada decisão para P1, P2, P1 via realização de P2,

25 LEAL, Fernando. Ziel und Autorität Zu den Grezen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 246. Tradução livre do seguinte trecho: “Die möglichen Konsequenzen einer Handlung und die aus ihren empirischen Effekten resultierenden künftigen Gestaltungen der Wirklichkeit zu bestimmen, ist kaum überschaubar. Die Schwierigkeit erhöht sich darüber hinaus, wenn zu diesen Analysen auch die Berücksichtigung von Nebenfolgen und Folgesfolgen jeder Entscheidungsalternative hinzugefügt wird”.

e P2, via realização de P1. A explicação para este incremento de complexidade está no fato de que, agora, as consequências relevantes também deverão incluir eventuais *trade-offs* entre a realização de um princípio ou valor e a dos demais princípios ou valores. Em geral, se n denota o número de princípios ou valores considerados na teoria como relevantes para a decisão, então o número de relações de determinação a serem examinadas previamente à tomada da decisão é igual a n^2 ²⁶.

Aqui, outros argumentos poderiam se basear na dificuldade metodológica que a pluralidade constitucional fomenta para enfraquecer a demanda pela constitucionalização da AIR. Um bom exemplo seria o problema de unidades de medida para avaliação do melhor curso de ação, “qual utilizar para mensurar as contribuições negativas ou positivas de uma dada decisão para a realização, e.g., dos princípios da função social da propriedade ou da liberdade de iniciativa?”²⁷. Tal dificuldade se alastra para a construção formal dos instrumentos aptos à realização das referidas medições. Trata-se de uma tarefa extremamente complexa e exigente no que diz respeito à informação e em termos de processamento dos dados.

No ponto, possui relevância o tema de capacidades institucionais para fins de processamento de informação. No mesmo sentido, poderíamos tratar de racionalidade limitada e heurísticas no trato da referida pluralidade de informações. Juízes, economistas e engenheiros estão sujeitos a heurísticas²⁸.

Claro que existem críticas quando da adoção de um único critério econômico, sendo que as principais giram em torno das capacidades ou incapacidades epistemológicas aqui mencionadas.

26 SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 775.

27 Id.

28 KAHNEMAN D., TVERSKY A. (1972) Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: D. Kahneman, P. Slovic, & A. Tversky (Eds.), **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases** (p. 463-490). Cambridge: Cambridge University Press. “The biasing effects of representativeness are not limited to naive subjects. They are also found (Tversky & Kahneman, 1971, 2) in the intuitive judgements of sophisticated psychologists”.

Seria o juiz apto aplicador da eficiência de Pareto? Seria o regulador? No entanto, em termos quantitativos, uma teoria desconstitucionalizada para fins de implementação da AIR, por apresentar menos variáveis potenciais, possui aptidão para melhor viabilizar de forma epistêmica a mencionada análise consequencialista.

O argumento, no entanto, é comparativo, fato que não o exime de críticas, no entanto, parece estar empiricamente comprovado pela experiência do Direito da Concorrência no Brasil.

4. Conclusão

A AIR pode ser objeto de uma aplicação teórica que sem referências a normas constitucionais almeja a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do Direito. A desconstitucionalização da AIR parece fazer sentido, em razão da problemática axiológica de fixação de valores e determinação de sentido de normas infraconstitucionais por meio de normas constitucionais. A referida desconstitucionalização também parece fazer sentido em termos metodológicos, fato que decorre das dificuldades epistêmicas decorrentes da pluralidade de princípios, interesses e valores constitucionais e seus diferentes modos de aplicação, no caso ponderação ou subsunção.

No ponto, a substituição de métodos de interpretação constitucional seriam substituídos por três características basilares no âmbito da AIR. A primeira característica seria a adoção da estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica, com a adoção de um critério único, a exemplo da Superioridade de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

A segunda característica basilar seria a noção de um consequencialismo forte com a preponderância e supremacia de um critério de valoração de consequências. Por fim, a terceira característica se fundamenta no fato de que a metodologia jurídica é essencialmente retrospectiva. Por tal razão, a AIR deve ser institucionalizada com elevada capacidade de diferenciação interna, tendo em vista a preservação da diferença entre Direito e Ciência Econômica Aplicada. De forma coloquial, trata-se de tirar a AIR da interpretação jurídica e dos juristas constitucionalistas.

A adoção da referida tríade parece contribuir para a produção, difusão e estabilização de termos técnicos, vocabulários e diretrizes metodológicas aptas a domar a aplicação da AIR.

Conclui-se que o Direito da Concorrência parece ter demonstrado empiricamente o sucesso de sua desconstitucionalização. Tal fato, inclusive, pode ser comprovado através da base reputacional de *accountability* do CADE.

Por fim, se os argumentos desenvolvidos no presente artigo não são suficientes para convencer o leitor da importância de se blindar a AIR de eventuais interpretações jurídicas, o mesmo, ao menos, tem força para criar um ônus argumentativo de demonstração empírica de sucesso de abordagens de constitucionalização completa ou constitucionalização parcial em outros ramos jurídicos.

5. Referências

- ALEXANDER, Larry. **What are principles? Do they exist?** In: University of San Diego Legal Research Paper Series. v. 13, n. 119, 2013.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Relatório do grupo de trabalho interministerial. **Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**, Brasília, 2003.
- KAHNEMAN D., TVERSKY A. (1972) Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, & A. TVERSKY (Eds.), **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases** (p. 463-490). Cambridge: Cambridge University Press.
- LEAL, Fernando. **Ziel und Autorität Zu den Grezen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003. Disponível em: <<http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- MENDONÇA, José Vicente. **Direito constitucional econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa. In: **A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público**. Pedro Gonçalves e Carla Amado Gomes (Coord.). Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Outubro de 2013, p. 115.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OBADIA, Isaac José. **Sistema de Gestão Adaptativo para Organizações com Tecnologia Perigosa: A Cultura de Segurança como Pressuposto de Excelência Nuclear**. Rio de Janeiro. COPPE/UFRJ, tese de D. Sc., Engenharia de Produção, 2004.

PONSER, Richard. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), p.243-252.

SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: Binenbojm, Gustavo; Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 761-780.

_____: Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**, São Paulo, p. 383-418, 2011.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Introdução à econometria: uma abordagem moderna**. Tradução Priscilla Rodrigues da Silva Lopes e Livia Marina Koepl; revisão técnica Heloisa Pinna Bernardo. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

Contratações públicas como engrenagem para inovação: por uma nova regulação

Ana Luíza Fernandes Calil
Renato Toledo Cabral Junior

2

Contratações públicas como engrenagem para inovação: por uma nova regulação

Ana Luíza Fernandes Calil¹
Renato Toledo Cabral Junior²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto regulatório das contratações públicas no Brasil para a promoção do desenvolvimento da inovação e da tecnologia, a fim de propor sugestões para seu aprimoramento. Na primeira parte, serão analisadas as disposições da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e da Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004), com enfoque nas suas potencialidades para promoção da inovação. Na segunda parte, serão descritas as Recomendações para as Contratações Públicas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ou Económico (OCDE), com foco no tema da inovação, para proposição de alterações no marco regulatório brasileiro. Por fim, o trabalho traz o diagnóstico sobre a questão, com apontamentos propositivos.

Palavras-chave: Licitação. Contratações Públicas. Inovação. Lei de Inovação.

Abstract

The present paper aims to analyze the regulatory context of public contracts in Brazil to promote the development of innovation and technology, in order to propose suggestions for its improvement. In the first part, the provisions of the Public Procurement Law (Law 8,666/1993) and of the Technological Innovation Law (Law 10,973 / 2004) will be analyzed, focused on their potential to promote innovation. In the second part, the Procurement Recommendations of the Organization for

1 Mestranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Económica da UERJ. Advogada associada do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia. Graduada em Direito pela UERJ.

2 Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro-fundador do Laboratório de Regulação Económica da UERJ. Advogado associado do escritório Binenbojm & Carvalho Britto Advocacia. Graduado em Direito pela UERJ.

Economic Cooperation and Development (OECD), on the theme of innovation, will be described, to point out possible changes in the Brazilian regulatory framework.

Keywords: Bidding procedure. Public Procurement. Innovation. Innovation Law.

1. Introdução

Em 1988, o Governo da Suécia lançou um programa para desenvolvimento do programa de eficiência energética. O objetivo do programa era reduzir a demanda nacional por eletricidade até o ano 2000, por meio da troca da fonte energética do país e por meio da readaptação de seu equipamento. No intuito de promover a inovação tecnológica no setor energético, o Governo promoveu um procedimento público de contratação, a fim de receber propostas acerca dos materiais, com indicações a respeito dos critérios de eficiência utilizados. Foram recebidas cinco propostas, das quais três foram aproveitadas pelo Poder Público. A proposta vencedora, ao final, foi capaz de desenvolver um equipamento 60% mais eficiente do que o comumente usado na Suécia, gerando economia além do previsto para o setor energético³.

O caso ilustra o enorme potencial para as contratações públicas na promoção da inovação nos ordenamentos nacionais. Apesar da potencialidade em questão, entretanto, o contexto atual do Brasil, no que se refere ao tema, não é promissor. A afirmativa se comprova por uma análise dos marcos regulatórios relativos à correlação entre contratação e inovação no país. A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) não possui um modelo específico de procedimento e de contratos para a inovação e se limita a prever hipótese de dispensa, mesmo após a edição da Lei de Inovação Tecnológica (Lei nº 10.973/2004).

Com base nisso, o presente artigo é dividido em duas partes centrais. A primeira parte tem por objetivo descrever o panorama nacional, relativo à regulamentação do tema, no intuito de

3 EDQUIST, Charles; ZABALA-ITURRIAGAGOITI, Jon Mikel, **Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy**, Research Policy 41 (2012) 1757 - 1769, p. 1764.

confirmar o diagnóstico tratado no parágrafo anterior, de modo a demonstrar a atual insuficiência do modelo brasileiro. Serão destacados os pontos centrais da evolução do sistema, desde antes da Lei de Inovação até o momento atual. A segunda parte, por sua vez, tratará das Recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ou Económico (OCDE) para as contratações públicas, com a análise focada no tema da inovação. O intuito é demonstrar que o anacronismo do ordenamento brasileiro e das soluções para o tema, indicando potenciais caminhos a serem seguidos para o aprimoramento das contratações públicas na promoção da inovação.

Por fim, a conclusão traz apontamentos com o diagnóstico final decorrente da análise, bem como propostas de alteração para enfrentamento dos desafios descritos.

2. Contratações públicas e inovação no Brasil

2.1 A inovação como objeto da contratação. Dispensa de licitação como meio para promoção da inovação

A inovação como objeto das contratações públicas sempre foi marcada pela ausência de uma legislação sistemática sobre o tema⁴. De fato, por muito tempo, o regramento relacionado às contratações públicas no setor de inovação contava com poucos dispositivos próprios. No campo da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), por exemplo, ainda no século passado, apenas os incisos XIII⁵ e XXI⁶ do art. 24 previam hipóteses de dispensa de licitação para contratação de instituições ou bens necessários ao desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas.

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 307.

5 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

6 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.” (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

O tema passou a ganhar relevo após a edição da Lei nº 10.973/2004, a chamada Lei de Inovação Tecnológica. O diploma em questão, no que importa ao objeto de estudo do presente trabalho, ressaltou a importância dos contratos administrativos para a promoção da inovação⁷. Em seu art. 4º, a Lei previa que uma Instituição Científica e Tecnológica (ICT)⁸ poderia firmar contratos e convênios para compartilhar ou permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações⁹. No art. 6º, previa-se a possibilidade de celebração de contratos pelas ICTs para transferência ou licenciamento de uso ou exploração de tecnologia por ela desenvolvida, que demandava a publicação de um edital caso a contratação fosse exclusiva¹⁰. O art. 9º, por sua vez, possibilitava a celebração de acordos de parceria pelas ICTs para realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo, com instituições públicas e privadas.

Para além das ICTs, o art. 20 da Lei de Inovação previa a possibilidade de que órgãos e entidades da administração pública contratassem empresas, consórcios de empresas e entidades de direito privado sem fins lucrativos para realização de atividades

7 É o que dispunha o art. 19 do diploma em sua redação original: “Art. 19. A União, as ICT e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura, a serem ajustados em convênios ou contratos específicos, destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento, para atender às prioridades da política industrial e tecnológica nacional”.

8 À época, definida como “órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico” (redação original do art. 2º, inciso V da Lei nº 10.973/2004).

9 Art. 4º As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:

I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite. Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas (redação original).

10 “Art. 6º É facultado à ICT celebrar contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida.

§ 1º A contratação com cláusula de exclusividade, para os fins de que trata o caput deste artigo, deve ser precedida da publicação de edital.” (redação original).

de pesquisa e desenvolvimento, para solução de problema técnico específico ou para obtenção de produto ou processo inovador¹¹.

Ocorre que, embora a contratualidade administrativa tivesse relevo no campo da inovação, a Lei nº 10.973/2004 pouco tratou sobre os procedimentos a serem seguidos nessas contratações. Os dispositivos em questão demandavam, portanto, uma leitura conjunta das regras previstas na Lei de Inovação e na Lei nº 8.666/1993. A principal dúvida que surgia nesse contexto era se permanecia o dever de licitar nos contratos cujo objeto envolvia aspectos tecnológicos ou de inovação¹². Apenas no caso do art. 6º da Lei de Inovação a resposta era segura. Isso porque a Lei de Inovação também inseriu no rol de hipóteses de dispensa de licitação um novo inciso (art. 24, XXV da Lei nº 8.666/93)¹³, que previa a contratação direta para ajustes que envolviam a transferência de tecnologia e o licenciamento de direito de uso ou exploração de criação protegida¹⁴.

A questão veio a ser parcialmente pacificada com a edição da Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/2010. O referido ato normativo promoveu intensas modificações na Lei nº 8.666/1993, tornando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades

11 “Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.” (redação original)

12 Confira-se, por exemplo, as indagações feitas por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Campos: “Deveras, o art. 20 da Lei de Inovação tem o mérito de definir um objeto contratual específico, mas dele não é possível extrair em que condições a contratação ali referida será entabulada. Tratar-se-ia de hipótese de dispensa de licitação? Ou seria caso de inexigibilidade? Ou, ainda, estar-se-ia diante de situação propícia à realização de licitação, do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”? Em tese, todas as alternativas são possíveis? As respostas a tais questionamentos não decorrem diretamente do texto do art. 20. É preciso, isso sim, examinar em que situações cada uma das hipóteses acima aventadas, previstas na Lei nº 8.666/1993, tem cabimento” (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, dez. 2006, versão digital, p. 2).

13 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida” (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004).

14 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 311.

expressas das licitações públicas¹⁵. Dentre suas disposições, a MP em questão inseriu nova hipótese de dispensa de licitação para contratações que envolvem diversos aspectos da Lei de Inovação (art. 24, inciso XXXI)¹⁶. O objetivo do legislador, nesse caso, era expressamente afastar o dever de licitar para viabilizar o surgimento, o fortalecimento e a multiplicação de empresas inovadoras brasileiras¹⁷.

Como é possível notar, o discurso legislativo do momento já encarava a inovação e as regras licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993 como opostos, em um processo crescente de fuga do regime da Lei Geral de Licitações. Foi justamente nesse contexto que surgiu o Projeto de Lei da Câmara nº 2.177/2011 (no Senado Federal, PLC nº 77/2015), proposto por diversos Deputados Federais¹⁸, que veio a resultar na edição da Lei nº 13.243/2016. Um dos seus objetivos principais, com efeito, era reforçar a utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação¹⁹.

15 Sobre o assunto, v. GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. **Revista de Direito Administrativo**, nº 260. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 231-254.

16 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes” (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).

17 “As medidas consubstanciadas no inciso XXXI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, demonstram o claro intuito de potencializar as ações autorizadas pela Lei nº 10.973, de 2004, a denominada Lei de Inovação. Desta forma, a proposição reúne elementos para fortalecer setores industriais e serviços nacionais voltados à inovação e para alavancar o desenvolvimento tecnológico, por meio de empresas estimuladas e apoiadas a para atingir tais objetivos. Registre-se, ademais, que o referido mecanismo de estímulo, na forma proposta, não se contrapõe às normas da Organização Mundial do Comércio - OMC. Especificamente, no que tange às encomendas tecnológicas, referenciadas no artigo 20 da Lei nº 10.973, de 2004, é importante frisar que a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição dos produtos contemplados sob esta modalidade, reúne condições para viabilizar o surgimento, o fortalecimento e a multiplicação de empresas inovadoras brasileiras, notadamente de empreendimentos atuantes em setores com amplo impacto na economia e que podem, com esse estímulo, promover efetiva autonomia tecnológica no País” (Parecer que subsidiou a edição da Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/2010).

18 A saber, os Deputados Federais Bruno Araújo, Antonio Imbassahy, Ariosto Holanda, Carlinhos Almeida, Izalci, José Rocha, Miro Teixeira, Paulo Piau, Rogério Peninha Mendonça e Sandro Alex.

19 É o que se extrai do Parecer elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal: “Com relação à parte de estímulos à ciência, tecnologia e inovação (CT&I), o Projeto, em seu art. 2º, altera diversos dispositivos da Lei de Inovação, bem como acrescenta outros, de forma a estabelecer princípios norteadores das medidas de incentivo às atividades de CT&I, como: (i) a promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, o setor público e o privado e entre empresas; (ii) estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs); (iii) promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional; (iv) simplificação de procedimentos para a gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e a adoção de controle por resultados em sua avaliação; e (v) **utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação**” (Parecer elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal sob a relatoria do Senador Jorge Viana no PLC nº 77/2015, p. 2. Grifou-se).

Em sua redação original, o Projeto de Lei pretendia criar um novo regramento de contratações públicas relacionadas à inovação com o escopo de afastar-se da Lei nº 8.666/1993. Isso porque, segundo sua exposição de motivos, a Lei de Licitações tinha procedimentos morosos que obstaculizavam e inviabilizavam “um sem-número de projetos científicos e de inovação que poderiam resultar em inimagináveis ganhos diretos e indiretos para a sociedade”²⁰. Na minuta do projeto, era prevista uma nova modalidade licitatória denominada “Seleção”, que seria regida por um amplo rol de dispositivos legais. O PL previa, em síntese, seções que dispunham regras sobre (i) o conteúdo dos editais, margens de preferência e procedimentos de contratações diretas (arts. 35 a 41); (ii) formalização e execução dos contratos (arts. 42 a 46); (iii) previsões sobre garantias (art. 47); (iv) recursos (arts. 48 e 49); (v) inexecução e rescisão contratual (arts. 50 a 53); (vi) sanções contratuais (art. 54 a 60); e, por fim, (vii) crimes e penas (art. 61 a 71). Embora seu intuito explícito tenha sido afastar a incidência da Lei nº 8.666/1993, grande parte de suas disposições originais eram nela inspiradas ou replicadas – “porém com alterações com o objetivo de atender as necessidades específicas do setor”.²¹

O PL nº 2.177/2011 contou com amplo debate na Câmara dos Deputados, com a realização de audiências e consultas públicas²². Destaca-se, nesse ponto, a participação de Fernando Menezes Dias de Almeida. À época, o Professor Titular de Direito Administrativo na Universidade de São Paulo sugeriu a criação de um regime de compras “efetivamente diferenciado”, que afastasse qualquer hipótese de interpretação à luz da Lei nº 8.666/1993. Segundo ele, seria desejável que o legislador diminuísse a quantidade de regras, reforçando os

20 “O regramento para aquisições e contratações, no âmbito da CT&I, deve ser mais célere e descomplicado, **afastando-se do setor a incidência da atual Lei Federal de Licitações, cuja morosidade de procedimentos vem obstaculizando, senão inviabilizando, um sem-número de projetos científicos e de inovação que poderiam resultar em inimagináveis ganhos diretos e indiretos para a sociedade.** [...] O Poder Público tem a oportunidade de se tornar, de maneira eficaz e efetiva, o condutor, o indutor e o elo entre os diversos parceiros no setor de CT&I, para que se alcance no Brasil a excelência na gestão e operação do conhecimento, rumo à *economia crescentemente sustentável*” (Exposição de motivos ao Projeto de Lei da Câmara nº 2.177/2011. Grifou-se).

21 Parecer lavrado pela Comissão Especial destinada a avaliar o PL nº 2.177/2011, de relatoria do Deputado Federal Sibá Machado, p. 5.

22 Para mais detalhes, confira-se o Parecer elaborado pela Comissão Especial destinada a avaliar o PL nº 2.177/2011, de relatoria do Deputado Federal Sibá Machado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1240923&filename=PRL+2+PL217711+%3D%3E+PL+2177/2011>. Acesso em: 4 nov. 2017.

critérios de autonomia do gestor público, o que contribuiria sobremaneira para o desenvolvimento tecnológico do Brasil²³⁻²⁴. De um modo geral, havia um consenso razoável de que a Lei Geral de Licitações era o maior empecilho às contratações públicas de inovação – não só por suas regras, mas também pelo modo que os controladores públicos as interpretavam²⁵, impressões estas que também foram confirmadas no processo legislativo perante o Senado Federal²⁶⁻²⁷.

23 Informações extraídas do parecer lavrado pela Comissão Especial destinada a avaliar o PL nº 2.177/2011, de relatoria do Deputado Federal Sibá Machado, p. 28-29.

24 Outras propostas interessantes foram sugeridas. Destaca-se a participação da professora Maria Paula Dallari, que sugeriu a ampliação de sistemas de autorregulação no setor de inovação. Confira-se: “Dando início ao debate sobre estratégias jurídicas, a Sra. Maria Paula Dallari, professora associada da Faculdade de Direito da USP e assessora jurídica da Agência USP de Inovação, conclamou a necessidade de criação de uma identidade jurídica da pesquisa, com tratamento jurídico próprio, que possa garantir maior autonomia e a ampliação das experiências de autorregulação. E segundo a palestrante, o coração dessa autorregulação está na transferência de recursos e na maior liberdade de compras. Ela citou as práticas adotadas na Fapesp que, segundo sua análise, está mais baseada no costume e na cultura dos entes envolvidos do que em uma previsão expressa de autonomia contida na lei. Desse modo, o princípio da autorregulação deveria ser aplicado de forma autoevidente no conjunto da legislação, devendo os órgãos de controle serem mais sensíveis ao detectarem essa autonomia na cultura de financiamento de pesquisa. Maria Paula Dallari também enfatizou que a autorregulação demanda um sistema próprio de controle, no qual as regras estabelecidas em lei têm caráter mais geral e programático, com todas as pormenorizações contidas em regulamento” (Parecer lavrado pela Comissão Especial destinada a avaliar o PL nº 2.177/2011, de relatoria do Deputado Federal Sibá Machado, p. 27).

25 “A Sra. Helena Náder (SBPC e Academia Brasileira de Ciências) lembrou que a Lei de inovação já permite que o profissional de dedicação exclusiva pode se ausentar da instituição, mas que os órgãos de controle não aceitam esse dispositivo. As instituições de pesquisa estão devolvendo dinheiro para a Finep por causa da judicialização das licitações. Se para a Copa do Mundo flexibilizaram-se as regras de contratação, por que não para a CT&I? Hoje, o cientista perde tempo com gestão e tem medo dos órgãos de controle” (Parecer lavrado pela Comissão Especial destinada a avaliar o PL nº 2.177/2011, de relatoria do Deputado Federal Sibá Machado, p. 5).

26 “Outras leis também são alteradas pelo PLC nº 77, de 2015, para tornar as ICTs mais dinâmicas. Destacamos a reclamação difundida de que a Lei de Licitações não é adequada para o meio acadêmico, representando uma série de dificuldades que prejudicam demasiadamente a condução da pesquisa científica e tecnológica de ponta. Assim, a proposição simplifica procedimentos e dispensa a licitação para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento. Na mesma linha, inclui as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Essas medidas são cruciais para acelerar a geração de conhecimentos científicos e tecnológicos essenciais para o Brasil se aproximar do estado da arte sobre o tema” (Parecer elaborado pela Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal sob a relatoria do Senador Jorge Viana no PLC nº 77/2015, p. 8).

27 “[O projeto] aprimora a redação do art. 20 da Lei de Inovação, que trata do uso do poder de compra do Estado, ao dispor que os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente empresas de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador. Também é dispensada a licitação para a compra da inovação resultante, em escala ou não. Ademais, corrige uma deficiência existente na lei atual ao determinar que o pagamento decorrente da contratação seja efetuado proporcionalmente aos trabalhos executados no projeto, e não aos resultados, já que são projetos que necessariamente envolvem riscos tecnológicos” (Parecer elaborado pela Comissão de Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sob a relatoria do Senador Cristovam Buarque no PLC nº 77/2015, p. 7).

A criação do procedimento de Seleção, contudo, não foi aprovada na Câmara dos Deputados. É que, no decorrer da votação do PL, foi criado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC – Lei nº 12.462/2011), que previa regras licitatórias mais flexíveis, distintas do regime fechado da Lei Geral de Licitações. Daí porque, no substitutivo do projeto apresentado, preferiu-se a inserção das contratações dedicadas à inovação no âmbito do RDC em vez de criar uma nova modalidade de licitação.

A estratégia de dispensa de licitação, contudo, não foi abandonada. Com efeito, a Lei nº 13.243/2016 ampliou o escopo da hipótese de contratação direta prevista no inciso XXI do art. 24 da Lei nº 8.666/1993²⁸, além de confirmar a dispensa para a alienação de ativos prevista no art. 5^o²⁹ e para as contratações previstas no art. 20, §4^o da Lei de Inovação³⁰.

Trata-se, segundo José Vicente Santos de Mendonça, de um caso notório de *by-pass* institucional³¹, por meio do qual cada vez mais o legislador tira a importância da Lei Geral de Licitações sem que, para tanto, seja necessário revogá-la. Há uma nova faceta da consensualidade administrativa por meio de ajustes diretos³². Cada vez mais se constata uma, assim, incompatibilidade entre a Lei nº 8.666/93 e a era das parcerias,

28 Sua redação passou a estabelecer dispensa para casos de “aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do **caput** do art. 23”. Por sua vez, incluiu-se no art. 6^o da Lei uma definição ampla de produtos para pesquisa e desenvolvimento: “bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante”.

29 “Art. 5^o, § 3o A alienação dos ativos da participação societária referida no **caput** dispensa realização de licitação, conforme legislação vigente.”

30 “Art. 20, § 4o O fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas na forma do **caput** poderá ser contratado mediante dispensa de licitação, inclusive com o próprio desenvolvedor da encomenda, observado o disposto em regulamento específico.”

31 José Vicente de Mendonça, replicando os ensinamentos de Mariana Mota Prado, explica que o *by-pass* institucional “é o recurso da nova instituição para evitar os problemas associados à instituição já existente, sem, no entanto, extingui-la” (v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 175, jul./set. 2017).

32 CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. Administração pública consensual – uma nova tendência nos acordos de parceria para promover tecnologia e inovação. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, out. 2012.

conforme destacado por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani³³. Esse contexto de dispensa é utilizado como estratégia regulatória de promoção da inovação, que se expande inclusive para outros setores, se personalizando. Hoje, por exemplo, conta-se com hipóteses específicas de contratações por dispensa de transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS – art. 24, inciso XXXII da Lei nº 8.666/93)³⁴⁻³⁵ e para o setor de defesa nacional (art. 24, XXVIII da Lei de Licitações)³⁶, que exige alta capacitação tecnológica e também é dependente das compras governamentais baseadas em inovação³⁷.

Curioso notar, neste contexto, que o PLC nº 77/2015, já em sua redação aprovada pelo Congresso Nacional, tinha o objetivo de criar nova hipótese de dispensa de licitação por meio da inclusão do art. 20-A à Lei de Inovação. O referido dispositivo pretendia instituir a contratação direta de microempresas e de empresas de pequeno e médio porte para prestação de serviços ou fornecimento de bens elaborados com aplicação sistemática de conhecimentos científicos

33 Confira-se: “Medida importante para viabilizar as parcerias estratégicas incentivadas pela Lei de Inovação como um todo foi o afastamento da exigibilidade de processo licitatório, tal como disciplinado pela Lei de Licitações (no 8.666, de 21 de junho de 1993), para que fossem constituídas. O legislador nacional tem se mostrado resolutivo no seu empenho em declarar “dispensável” a licitação para a celebração de tais parcerias. Nesse sentido, já aprovou nada menos do que três acréscimos ao rol do art. 24 da Lei de Licitações (incs. XXV, XXI e XXII, oportunamente examinados neste estudo), todos eles atinentes a hipóteses de dispensa de licitação para viabilizar parcerias estratégicas contempladas na Lei de Inovação” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. In: **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2013, n. 264, versão digital, p. 2, set./dez. 2013).

34 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.” (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

35 Sobre o assunto, v. SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. In: **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2013, n. 264, set./dez. 2013.

36 “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão” (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

37 VIEIRA, André Luís. Inovação tecnológica e contratação pública: uma análise do setor de defesa brasileiro. In: **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 45, mar./ago. 2015.

e tecnológicos³⁸⁻³⁹. No entanto, o artigo em questão foi vetado pela Presidência da República, sob o fundamento de que a dispensa de licitação é *excepcional* e que a abertura textual do dispositivo criaria uma ampla margem de utilização da contratação direta, inclusive em casos em que o procedimento licitatório seria justificável⁴⁰⁻⁴¹.

Mas em que casos a licitação seria justificável, considerando o amplo rol de hipóteses de dispensa de licitação já existentes para o setor de inovação? A questão é de difícil resposta. Tanto o é que nem mesmo o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União sabe respondê-la. Segundo a entidade, as interações entre a Lei de Licitações e a Lei de Inovação Tecnológica compõem um ambiente de ineditismo no qual é tênue a linha que separa as percepções sobre ser, ou não, determinado objeto licitável ou dispensável.⁴² Assim, embora se tenha elevado a segurança jurídica com a previsão de dispensas de licitação⁴³, fato é que ainda subsiste certa insegurança.

38 Confira-se a redação: “Art. 20-A. É dispensável a realização de licitação pela administração pública nas contratações de microempresas e de empresas de pequeno e médio porte, para prestação de serviços ou fornecimento de bens elaborados com aplicação sistemática de conhecimentos científicos e tecnológicos, que tenham auferido, no último ano-calendário, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais), oriunda de: I - cooperação celebrada com a contratante para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico para a melhoria de produto e processo ou para o desenvolvimento de fonte alternativa nacional de fornecimento; II - atividades de pesquisa fomentadas pela contratante nas ICTs. § 1º As atividades de que trata o inciso I poderão ser desenvolvidas pela contratada em parceria com outras ICTs ou empresas”.

39 Segundo o processo legislativo, “[o] projeto adiciona à Lei de inovação o art. 20-A para dispensar a realização de licitação pela administração pública, em determinadas condições, nas contratações de empresas de micro, pequeno e médio portes, para prestação de serviços ou fornecimento de bens elaborados com a aplicação sistemática de conhecimentos científicos e tecnológicos. Com isso, deseja-se estimular empresas de menor porte a se engajarem em atividades inovadoras, garantindo-lhes a demanda do Estado” (Parecer elaborado pela Comissão de Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sob a relatoria do Senador Cristovam Buarque no PLC nº 77/2015, p. 7).

40 Confirmam-se as razões do veto ao Projeto de Lei nº 77/2015 (nº 2.177/2011 na Câmara dos Deputados): “A ampliação de hipóteses de dispensa de licitação para a contratação com órgãos e entidades da administração pública apenas se justifica em caráter bastante excepcional. Da forma como redigido, os elementos para caracterizar a excepcionalidade ficaram excessivamente amplos, permitindo a utilização da dispensa em hipóteses que justificariam o procedimento licitatório”.

41 O veto em questão, no entanto, nem sequer diminuiu as hipóteses de dispensa. Pelo contrário: apenas tirou uma vantagem que havia sido conferida às micro e pequenas empresas. Daí porque é possível afirmar que as razões de veto apresentadas pela Presidência da República são incongruentes com o ordenamento legal.

42 Conforme manifestação relatada no âmbito do Processo nº TC-032.863/2012-8 (TCU, Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017).

43 Tal como Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Campos sugeriram ainda em 2006: “uma possível solução em prol do aumento da segurança jurídica seria a instituição de uma nova hipótese de dispensa de licitação, envolvendo as contratações do Poder Público cujo objeto seja aquele previsto no art. 20 da Lei de Inovação”. SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, versão digital, p. 4, dez. 2006.

Essa insegurança é destacada porque, mesmo na ausência de hipóteses de dispensa, cogitar-se-ia a própria inviabilidade de competição para esses tipos de contratação⁴⁴. Como se sabe, a inexigibilidade de licitação decorre de pressupostos fáticos⁴⁵, sendo desnecessária qualquer previsão legal específica para ampará-la. No caso dos contratos que envolvem inovação, a complexidade do objeto⁴⁶ ou a incerteza quanto ao resultado da contratação inviabiliza a comparação entre diversos bens disponíveis para aquisição⁴⁷. É dizer: mesmo que algum nível de competitividade seja possível, o caráter atípico e experimental desse tipo de contratação pode vir a demandar o afastamento da licitação (ou ao menos das regras da Lei nº 8.666/1993) para a satisfação dos objetivos estatais de promoção da inovação⁴⁸. Outro elemento que eleva a insegurança é a previsão de possibilidade de licitação para contratações de inovação no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 1º, inciso X da Lei nº 12.462/2011), o que indica a existência de um dever de licitar ainda que à margem das hipóteses de dispensa previstas em lei⁴⁹ – sem que se saiba definir exatamente quais tipos de contratação estariam abrangidos pelo dever de licitar. Ao fim e ao cabo, a prática administrativa e seu respectivo controle nos darão respostas no futuro. Até o momento, é possível afirmar, no entanto, a existência de uma *prevalência*

44 Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 307.

45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 356.

46 Segundo Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani, “poderia mesmo assim existir caso de verdadeira inexigibilidade de licitação, na qual a competição sequer seria possível. Parcerias estratégicas com múltiplos objetos, articulados entre si, com certa complexidade, exigindo parceiros escolhidos por longa negociação, não são passíveis de constituição por licitação” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. In: **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2013, n. 264, versão digital, p. 16, set./dez. 2013).

47 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 384.

48 Id.

49 Há outras previsões nesse sentido, tal como a possibilidade da contratação integrada para contratações que envolvam inovação (art. 9º, inciso I do RDC; e art. 42, §1º, incisos I, “c” e IV da Lei nº 13.303/2016 – o denominado Estatuto Jurídico das Empresas Estatais). O PL nº 6814/2017, em votação na Câmara dos Deputados (e já aprovado no Senado Federal), pretende incluir, por sua vez, a figura do diálogo competitivo para esses tipos de contratação (cf. art. 29, §1º, inciso I do projeto). Sobre diálogos competitivos no setor de inovação, v. TELLES, Pedro. Competitive dialogue and innovation: the case of the Spain health sector. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The applied law and economics of public procurement**. Londres: Routledge, 2013, p. 28-39.

da contratação direta nos casos que a inovação é o elemento central do objeto da contratação.

Pois bem. É relevante destacar que a criação de casos de dispensa de licitação como estratégia regulatória vem sofrendo revezes. Joel de Menezes Niebuhr, por exemplo, considera esse amplo rol de dispensas de licitação injustificável, clientelista, antirrepublicano e, portanto, inconstitucional⁵⁰. Outros autores, embora destaquem a importância de fuga à Lei nº 8.666/1993, reconhecem, por outro lado, que as regras previstas no art. 26 da Lei Geral de Licitações são insuficientes para alcançar plenamente os objetivos da Administração Pública em promover a inovação.

De fato, é possível reconhecer, de um lado, que a Lei nº 8.666/1993 é inadequada para as contratações públicas que envolvem inovação. Por outro lado, não é possível afirmar que a melhor resposta para tanto seja dispensá-la unicamente. Há outras respostas possíveis, em que a inovação possa ser promovida sem o total afastamento da competitividade. Até porque, como se sabe, a competição também gera externalidades positivas. Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pinto de Campos:

Não basta, contudo, instituir hipótese de dispensa de licitação. Faz-se necessário, adicionalmente, criar mecanismos inovadores de condução do procedimento de contratação por parte do Poder Público, evitando-se que o mero enquadramento de uma série de instituições na nova hipótese de dispensa confira ao administrador ampla discricionariedade para escolher aquela que será contratada. É preciso inovar também nesse ponto, estabelecendo-se, por exemplo, um processo de ‘seleção pública de propostas’, por meio do qual a Administração tenha condições de escolher, dentre todos

50 “Trocando-se em miúdo, o inciso XXXI do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 desfaz a obrigatoriedade de licitação pública, de alçada constitucional, para praticamente tudo que envolve pesquisa e inovação tecnológica. Trata-se de absurdo, de normativo abertamente inconstitucional, clientelista, antirrepublicano, que atira ao limbo o princípio da isonomia e a parte inicial do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Não há qualquer rastro de justificativa plausível para afastar de maneira tão abrangente da obrigatoriedade de licitação pública contratos da área de tecnologia” (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 312).

os interessados em contratar com dispensa de licitação, aquele que mais se preste a atingir o interesse público objetivado pela contratação⁵¹.

No setor de defesa, por exemplo, André Luís Vieira recomenda a realização de chamamentos públicos com vistas a conferir ampla transparência e isonomia a esses procedimentos de contratação direta – o que encontra guarida, inclusive, em práticas internacionais⁵². Marçal Justen Filho preleciona o mesmo entendimento ao comentar a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII⁵³–⁵⁴, XXV⁵⁵ e XXXI⁵⁶, todas envolvendo o setor de inovação. Segundo o autor, na existência de diversas instituições capazes de cumprir o objeto contratual, cabe à Administração Pública promover um processo seletivo simplificado, de modo a selecionar a melhor proposta entre esses potenciais contratados.

É paradigmático, neste diapasão, o julgamento firmado pelo Tribunal de Contas da União no Processo TC-032.863/2012-8. O caso versava sobre contrato firmado por dispensa de licitação (art. 24, XXV da Lei nº 8.666/1993) entre a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), como Instituição Científica e Tecnológica (ICT), e a empresa SIG Software e Consultoria em Tecnologia da

51 SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. “Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica”. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, versão digital, p. 4, dez. 2006.

52 VIEIRA, André Luís. Inovação tecnológica e contratação pública: uma análise do setor de defesa brasileiro. In: **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 49/52, mar./ago., 2015.

53 “Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá um procedimento seletivo simplificado para selecionar aquela que apresente a melhor proposta – ainda que essa proposta deva ser avaliada segundo critérios diversos do ‘menor preço’. [...] Então, a Administração não pode privilegiar certa instituição, de modo injustificado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente. Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia, a solução será produzir um processo seletivo que assegure tratamento igualitário a todas as possíveis interessadas” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 372).

54 “[...] o art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, privilegia, quando das contratações públicas, as instituições brasileiras sem fins lucrativos incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, em detrimento de organizações que visam ao lucro. Entretanto, esse artigo é inaplicável a contratações em áreas onde operam exclusivamente entidades sem fins lucrativos; caso contrário, fere-se o princípio da isonomia insito nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e 3o, caput, da Lei nº 8.666/93” (TCU, Acórdão nº 1.731/2003, Rel. Min. Iram Saraiva, 1ª Câmara, julgado em 05/08/2003).

55 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 397.

56 *Ibid.*, p. 566.

Informação Ltda. Seu objeto consistia no licenciamento para outorga de direito de uso e de exploração, em caráter não exclusivo, de determinados sistemas desenvolvidos na UFRN. Essa contratação culminou na representação promovida Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio Grande do Norte (Secex/RN)⁵⁷.

Segundo a representação, seria possível justificar a ausência do procedimento licitatório ante as dificuldades de compatibilizar a transferência do direito de exploração de uma tecnologia com as formalidades da licitação. No entanto, apontou o dever da Administração Pública “de dar conhecimento aos potenciais interessados da sua intenção de promover a alienação”⁵⁸, assegurando a igualdade de tratamento a todos os possíveis adquirentes⁵⁹.

Na oportunidade, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.003/2017, acatou as razões de justificativa dos representados, muito em razão das incertezas advindas das relações normativas entre a Lei de Inovação e a Lei de Licitações⁶⁰.

57 Cf. Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017.

58 Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017, p. 4.

59 Foram propostos, assim, os seguintes parâmetros: “Desse modo, deverá ser feita determinação/ciência para que, no presente caso e doravante, a UFRN defina, nos contratos de licenciamento, limites financeiros e operacionais prudenciais e lastreados em critérios técnicos e objetivos de contratação do ente que receberá a tecnologia licenciada, com fundamento nos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade (art. 37, **caput** e inciso XXI, da CRFB) – e de modo a conciliar: a) o interesse público (no tocante a atrair as propostas mais vantajosas para a Administração e a afastar riscos desnecessários); b) a essência da Lei 10.973/2004 (Lei de Inovação Tecnológica, qual seja, capacitação e alcance da autonomia tecnológica e desenvolvimento industrial do País); e c) a oportunidade igual para todos” (Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017, p. 6).

60 “80. Antes de concluir, cumpre ressaltar que a LIT trouxe em seu bojo mudanças significativas nos procedimentos a serem adotados por Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs, com o objetivo de fomentar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. 81. Nestes autos, apesar de restringir-me ao exame das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência, verifiquei, até pelo teor dos vários pareceres constantes dos autos e das alegações dos responsáveis que, mesmo após doze anos de sua edição, muitas dúvidas ainda persistem em sua implementação, que podem levar tanto a práticas ilegais quanto à não utilização plena dos mecanismos por ela trazidos. 82. Tais dúvidas, muitas vezes, estão associadas à adequada interação com as leis de licitações, de propriedade intelectual e de acesso à informação, bem como com os princípios constitucionais da isonomia, da publicidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. 83. Admito, de outra parte, que existe um caminho tênue entre a interpretação teleológica dos comandos legais e a necessidade de não se criar embaraços ou empecilhos no propósito maior da lei de inovação, que é o de promover de forma sustentável o desenvolvimento tecnológico do país. 84. Nesse ponto, registro que vários dispositivos da Lei 10.973/2004 sofreram alterações com a recente Lei nº 13.243/2016. Penso que o debate sobre tais mudanças poderia ser interessante não só para nortear a ação dos atores envolvidos como também a atividade de fiscalização do Tribunal” (Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017, p. 67/68).

No entanto, também acolheu as razões da Secex/RN no sentido de (i) declarar inconstitucional o art. 7º, § 6º, do Decreto no 5.563/2005, que dispensava a publicação de edital nos casos de contratação direta previstos na Lei de Inovação sem caráter de exclusividade; e (ii) cientificar as ICTs quanto à necessidade de garantir ampla publicidade aos interessados quanto à possibilidade de contratação, mesmo nos casos de dispensa de licitação⁶¹.

À guisa de conclusão, é possível concluir que, junto à tendência de fuga do regime da Lei nº 8.666/93, nota-se um processo gradual de criação de procedimentos simplificados de seleção pública, extraíveis diretamente do dever de transparência e isonomia (art. 37, *caput* da Constituição Federal).

2.2 A inovação como elemento a ser considerado nas contratações públicas

Mesmo uma contratação que não abranja a inovação como seu objeto central tem impactos no mercado. Como bem explicam Uyarra e Flanagan, decisões implicando preços, quantidades e padrões de qualidade afetam a inovação, positiva ou negativamente, em um grupo de indústrias envolvido em contratações públicas⁶². Daí porque é importante estabelecer um arcabouço jurídico em que, mesmo em licitações ordinárias (i.e., aquelas que não envolvem propriamente dito um objeto inovador), possa se promover a inovação como um fim mediato.

A Lei de Inovação não ignorou essa premissa. Veja-se, nesse sentido, que o art. 27 da Lei nº 10.973/2004 já previa, em sua

61 "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...]

9.3. dar ciência à Casa Civil da Presidência da República que o art. 7º, § 6º, do Decreto no 5.563/2005 se contrapõe ao princípio da publicidade previsto da Constituição Federal, ao considerar desnecessária a publicação de edital quando da contratação direta para fins de exploração de criação que dela seja objeto, na hipótese de não exclusividade ao receptor de tecnologia ou ao licenciado;

9.4. determinar ao Ministério da Educação que oriente as Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs acerca da necessidade, quando da celebração de contrato de licenciamento de tecnologia, sem exclusividade, de publicação de edital disciplinando a análise dos requisitos da regularidade jurídica e fiscal e da qualificação técnica e econômico-financeira do contratado, previstos no art. 7º, § 6º, do Decreto no 5.563/2005, bem como estabelecendo os direitos e as obrigações das partes, de forma a dar tratamento isonômico a todos os potenciais interessados no licenciamento do mesmo produto;" (Acórdão nº 1.003/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 17/05/2017, p. 69).

62 UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron. Understanding the innovation impacts of public procurement. In: *European Planning Studies*, v. 18, nº 1, p. 128, 2010.

redação original, a possibilidade de dar tratamento preferencial às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. Sua leitura conjunta com o art. 3º, §2º, inciso IV da Lei nº 8.666/1993⁶³ – dispositivo incluído no diploma apenas em 2005 – permitia concluir que esse tratamento preferencial se daria como critério de desempate. Contudo, como bem ressaltavam Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pinto Campos à época, esse tratamento preferencial era praticamente inócuo no plano dos fatos, na medida em que os regramentos licitatórios praticamente inviabilizam a ocorrência de empates reais⁶⁴.

Essa questão veio a ser resolvida com a edição da Lei nº 12.349/2010, que instituiu margens de preferência a empresas relacionadas ao desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (cf. art. 3º, §6º, III da Lei nº 8.666/93). A partir de então, empresas que inovassem em suas atividades garantiam uma vantagem competitiva ainda maior nas contratações públicas, elevando suas possibilidades de vencer um certame.

De fato, a inovação tem reflexos relevantes na competitividade dos certames. Para além do tratamento conferido aos licitantes, a inovação pode vir a ampliar ou reduzir a competição, a depender do contexto e da metodologia em que é inserida. Nesse ponto, destaca-se a vedação imposta ao Poder Público em estabelecer, nos instrumentos convocatórios, barreiras injustificadas à

63 Art. 3º, § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: [...] IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

64 E concluem: "Uma primeira alternativa possível consiste em promover alterações na Lei nº 8.666/1993, a fim de nela inserir um rol de definições atinentes, pelo menos, aos seguintes temas: a) conteúdo da contratação capaz de gerar benefícios às empresas que investem em P & D, isto é, que tipos de objetos (obras, serviços, compras, alienações, etc.), quando licitados, poderiam ser abarcados pelo privilégio; de pronto, vale sublinhar que não parece interessante tornar o privilégio aberto a todos os objetos previstos na lei de licitações, na medida em que isso poderia levar a casos de inexistência de relação concreta entre o investimento em P & D realizado pelo licitante e o objeto do contrato por ele almejado; b) valor conferido ao tratamento preferencial, ou seja, com que ênfase o investimento em P&D poderia ser pontuado, em um certame licitatório, comparativamente, por exemplo, ao preço das propostas apresentadas pelos licitantes; c) conceito de "investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País", é dizer, que tipos de atividades de P & D tornariam as empresas por elas responsáveis aptas a receber tratamento privilegiado em uma licitação" (SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, versão digital, p. 6, dez. 2006).

entrada⁶⁵ nas licitações públicas (cf. art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93)⁶⁶⁻⁶⁷. Em razão disso, entende-se que a inovação deve servir para, preferencialmente, *ampliar* a competitividade do certame, e não para *restringi-la*. Por decorrência, a inovação não pode, salvo expressas exceções, servir de pretexto para *restringir* o número potencial de licitantes a pretexto de ampliar a qualidade de determinado objeto licitado.

Caso interessante que ilustra essa questão foi a recente decisão do Tribunal de Contas da União que, por meio do Acórdão nº 1223/2017, considerou que a exigência da prestação de serviços terrestres por meio exclusivo de táxi, tal como definido pelo Ministério de Planejamento do Governo Federal, restringe indevidamente a competitividade do certame, devendo ser consideradas novas tecnologias como o Uber e o Cabify na fase interna da licitação⁶⁸.

Como é possível notar, a inovação ganhou representatividade crescente nas contratações públicas ordinárias. No Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por exemplo, um dos objetivos das contratações por ele regidas é o incentivo a inovações tecnológicas (art. 1º, §1º, inciso III da Lei nº 12.462/2011)⁶⁹. E pretende-se, na reforma da Lei Geral de Licitações, incluí-lo como objetivo geral em todas as contratações públicas no Brasil⁷⁰. Nesse ponto, surgem reflexões sobre como promover tais objetivos, sobretudo se considerados os entraves existentes para a inovação nas contratações públicas.

65 Por barreiras à entrada, entende-se como “limites alternativos ou cumulativos com relação à entrada ou permanência de agentes econômicos em um determinado mercado” (in casu, o mercado de contratações com o Poder Público). Sobre o assunto, v. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 150.

66 “Art. 3º. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

67 Tal questão já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência mantém o entendimento de que “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” (STF, ADI 2716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 07/03/2008).

68 TCU, Acórdão nº 1.223/2017, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, julgado em 14/06/2017.

69 “Art. 1º, § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes”;

70 PL nº 6814/2017: “Art. 9º O processo licitatório tem por objetivos: I - [...] III - incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento socioeconômico”.

Quanto aos entraves, pode-se considerar a centralidade do pregão como um dos principais obstáculos para a evolução da inovação nas licitações ordinárias no país. Adotada em mais de 90% das contratações públicas promovidas pela União no sistema eletrônico⁷¹, a modalidade é destinada apenas para a contratação de *bens e serviços comuns*, assim definidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 10.520/2002). Dessa forma, a própria definição do objeto pelo gestor público não abre muitas margens à inovação, que ficará sempre limitado ao que já existe para delimitar o que se quer. Além disso, o pregão apenas admite o critério de julgamento das propostas de *menor preço* (art. 4º, inciso X da Lei nº 10.520/2002)⁷² – verdadeira “cláusula pétrea” nas licitações⁷³ – que afasta soluções privadas que, ao agregar soluções inovadoras para determinada demanda pública, torna o produto mais caro apesar de mais eficiente. Nesse ponto, veja-se que, quando a inovação é objeto da contratação, o critério de julgamento preferencial é o de *técnica e preço* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 20, §1º, inciso I da Lei nº 12.462/2011)⁷⁴⁻⁷⁵, do que se conclui que a existência de uma margem de apreciação técnica é sempre desejável quando se quer estimular a inovação.

71 Informações extraídas do Painel de Compras do Governo Federal. Disponível em: <<https://painelcompras.planejamento.gov.br>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

72 Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...]X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

73 SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, versão digital, p. 6, dez. 2006.

74 “Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório. §1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos: I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou [...]”

75 Essa previsão é replicada no Projeto de Lei nº 6.814/2017 “Art. 33. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no instrumento convocatório, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. § 1º O critério de julgamento de que trata o caput poderá ser utilizado nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual ou de inovação tecnológica ou técnica, caso em que esse critério de julgamento deve ser empregado preferencialmente;”

Alia-se a isso uma verdadeira cultura de controle denominada de “direito administrativo do medo”⁷⁶. Entidades de controle, apegadas a leituras formalistas da legislação e com aversão a soluções criativas, tendem a criar desincentivos à inovação no setor público.

3. Movimentando a engrenagem: parâmetros para transformação do sistema brasileiro

3.1 Reconhecendo a insuficiência do modelo brasileiro

Tal como assinalado ao final do tópico anterior, a tradição brasileira no campo das licitações públicas é formalista. Como a legislação concernente ao tema não sugere soluções inovadoras, que permitam o aproveitamento das capacidades institucionais e, considerando o contexto atual de contenção do Administrador Público, é preciso repensar o marco regulatório das contratações públicas para inovação no Brasil.

O tema do desenvolvimento tecnológico se intensificou nos últimos anos e, no âmbito da Administração Pública Federal, ganhou um novo marco em 2016. O Governo Federal brasileiro editou, em janeiro daquele ano, o Decreto n.º 8638⁷⁷, o qual institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O Decreto formaliza uma preocupação evidente em promover a inovação em âmbito nacional, por meio da absorção de tecnologias que possibilitem o maior envolvimento da sociedade civil na elaboração de políticas públicas e na ampliação do acesso à informação.

Apesar da iniciativa positiva na promoção da inovação no âmbito governamental, o Decreto se mostra insuficiente. Isto porque os mecanismos de implementação dos objetivos estratégicos fixados⁷⁸ poderiam ser explorados de forma mais eficiente

76 A expressão é de Fernando Guimarães em GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. In: **Colunistas**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 8 out. 2017.

77 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8638.htm> Acesso em: 4 nov. 2017.

78 Os objetivos estratégicos foram categorizados em três eixos: acesso à informação, prestação de serviços e participação social. Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016- 19 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação. – Brasília: MP, 2016, p. 15.

e diversificada pelo Poder Público. Não há, no Decreto e nas Estratégias para a Governança Digital, qualquer menção à utilização de contratações públicas para promoção da inovação. Apesar de haver marco regulatório no ordenamento brasileiro que institua a possibilidade, tal como exposto no tópico anterior, o mesmo não foi aproveitado para as contratações.

Contratação pública e inovação não devem seguir caminhos separados. A função regulatória da licitação, ou sua utilização instrumental, é fato já reconhecido pela doutrina nacional. O procedimento de contratação pública não atende apenas ao seu objetivo direto (ou interesse público primário) – a seleção de proposta mais vantajosa para administração de determinado bem ou serviço –, mas atende a uma ou diversas finalidades públicas mais abrangentes (interesse público secundário). São diversos os exemplos em que tal função é promovida: fomento ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, licitações sustentáveis, dentre outros, nos quais se inclui a licitação para o desenvolvimento e promoção tecnológica⁷⁹, como já salientado anteriormente.

O reconhecimento do potencial das contratações públicas para desenvolvimento da inovação foi desenvolvido no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ou Económico (OCDE). A OCDE é organização internacional dedicada ao estudo e à pesquisa no desenvolvimento de políticas públicas e expede, por meio de seu Conselho, documentos de Recomendação a serem observados pelos Estados-membros. Inclusive, recentemente, em maio de 2017, o Brasil formalizou o pedido de adesão à OCDE e está em processo de aprovação, que exige a avaliação dos atuais países integrantes. Justamente pelo interesse do Brasil em ingressar na organização, as recomendações e pesquisas da OCDE acerca das contratações públicas são adequado ponto de partida para compreensão do tema. Serão utilizadas como referências, nos parágrafos a seguir, as Recomendações para as Contratações Públicas de 2015 (*Recommendation of the*

79 GARCIA, Flavio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações Públicas Sustentáveis, p. 234-235, **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

Council on Public Procurement)⁸⁰ e a publicação de estudo realizado em 2017 sobre Contratações Públicas para Inovação (*Public Procurement for Innovation*)⁸¹.

3.2 Recomendações da OCDE para Contratações Públicas

O preâmbulo das Recomendações da OCDE para as Contratações Públicas de 2015 possui redação que dialoga diretamente com o art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988⁸², após a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998. O texto das recomendações vincula a necessidade de se buscar eficiência nas contratações e, por conta disso, é preciso que a sua modelagem seja sofisticada para contribuir o desenvolvimento de políticas de governo. Dessa forma, aponta a necessidade de modernizar os procedimentos de contratação, aliando-os a elementos de governança estratégica e boas práticas, mitigando riscos de ineficiência e corrupção.

As Recomendações da OCDE possuem doze eixos principais: i) transparência; ii) integridade; iii) amplo acesso; iv) equilíbrio entre os objetivos primários e secundários; v) promoção à participação de *stakeholders*; vi) eficiência; vii) utilização de tecnologias; viii) capacidade; ix) avaliação dos sistemas de contratação; x) identificação dos riscos e estratégias; xi) mecanismos de suporte do controle; e xii) integração com o orçamento e os planos financeiros. Para o propósito do presente trabalho, descreveremos em linhas gerais as recomendações, destacando os pontos em que estão ligadas à promoção da função regulatória das licitações no tema da inovação.

A *transparência* é referente a todas as etapas da licitação e após a contratação, cujos dados e informações devem ser disponibilizados em portal eletrônico, com visibilidade dos recursos envolvidos

80 Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

81 OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#.Wf9QEWhSzlU#page3>. Acesso em: 3 nov. 2017.

82 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 e, também, ao seguinte: [...].

e disponível a todos os interessados. Iniciativa do Governo Federal que se aproxima à recomendação da OCDE é o Portal da Transparência, canal digital de acompanhamento de utilização dos recursos federais, o qual é controlado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União⁸³. A iniciativa do Governo Federal está de acordo com o previsto na Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011, nos termos de seu art. 3º, II⁸⁴ e é derivado do dever de publicidade dos atos do Poder Público, previsto na Constituição Federal de 1988⁸⁵. As críticas ao modelo brasileiro têm por foco a ausência de disponibilização qualitativa das informações, que muitas vezes estão desatualizadas ou não são devidamente sistematizadas, o que dificulta sua compreensão⁸⁶.

A segunda recomendação é a *integridade nas contratações*, seja por parâmetros gerais seja pela existência de mecanismos de salvaguarda. Os apontamentos da OCDE direcionam medidas tanto para o Poder Público – treinamento de pessoal, responsabilização de pessoal de servidores por improbidade, dentre outros – bem como exigências para os privados que interagem com os entes públicos. A Recomendação cita medidas de *compliance*, programas anticorrupção e monitoramento. Um exemplo de adoção de iniciativa similar no Brasil é a exigência de programa de integridade para as empresas privadas se habilitarem a contratar com o Estado do Rio de Janeiro, exigência instituída pela Lei Estadual nº. 7.753/2017, que entrará em vigor em 17 de novembro de 2017. A medida estadual é uma imposição nos procedimentos de contratação de grande porte, com base na Lei nº. 8.666/1993. Em nível federal, não há exigência similar⁸⁷.

⁸³ Os dados sobre o Portal da Transparência podem ser acessados em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/portal-da-transparencia>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

⁸⁴ Brasil, Lei nº 12.527/2011: “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: [...] II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;”.

⁸⁵ CRFB/88, art 5º, XIV e XXXIII; art. 37, §3, II; art. 49, IX; art. 84, XI e XXIV; art. 74, I e II; e art. 216, §2.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à Informação: Os Princípios da Lei nº 12.527/2011, **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 8, nº. 3, p. 1751, 2015.

⁸⁷ Embora não haja lei aprovada sobre o tema, há projetos de lei em andamento no Senado Federal e na Câmara dos Deputados que tratam da instituição de programas de integridade em partidos políticos (PLS 60/2017) e em empresas para mitigar o efeito de sanções administrativas (PLS 435/2016).

A terceira recomendação diz respeito ao *amplo acesso à licitação*, ligado ao princípio da universalidade. Para consecução desta recomendação, a OCDE propõe um marco regulatório para as contratações que seja claro e simples, que evite conflito ou sobreposição com regulações já existentes e que tratem de maneira equitativa os licitantes.

Como quarta recomendação, o documento aponta que deve haver *equilíbrio entre os objetivos primários e secundários*, ponto que é crucial para o objetivo do presente trabalho. O Poder Público deve procurar aliar objetivos de política pública mais amplos com os de contratações, por meio do desenvolvimento de uma estratégia adequada e desenvolvimento de metodologias de análise de impacto para a efetividade das contratações no atendimento ao interesse público secundário.

A política de promoção da inovação é, sem dúvidas, um objetivo secundário que pode ser perseguido por meio das contratações públicas. A inovação é um dos pilares para o desenvolvimento tecnológico do país e se aplica a diversos ramos no ordenamento, contendo comando geral expresso que uma das funções do Estado é promoção tecnológica, como bem assinala a Constituição Federal, em seu art. 218⁸⁸. Logo, sua inclusão como interesse secundário a ser perseguido possui chancela constitucional⁸⁹. Portanto, há possibilidade expressa da sua persecução na condução dos procedimentos licitatórios.

A quinta e a sexta recomendações estão ligadas à *participação de stakeholders* e à *eficiência das contratações*. A primeira tem por base o desenvolvimento de sistemas de participação de interessados na regulação, por meio de consultas e audiências públicas, especialmente em caso de mudanças. Visa também à persecução do diálogo com o mercado e com a sociedade, para entendimento das necessidades e possibilidade de realização de contratações mais realistas. Isso contribui para o objetivo da sexta recomendação, visto que a melhor compreensão das necessidades auxilia

88 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.”

89 VIEIRA, André Luis; ALVARES, João Gabriel. Política de Inovação Tecnológica como escolha pública. **R. bras. de Dir. Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 219-239, abr./jun. 2017.

a promoção da eficiência dos contratos. A OCDE propõe que os seus membros reavaliem os processos de contratação e seus sistemas, a fim de identificar a ineficiência dos modelos e suas causas. Além disso, propõe a criação de processos para monitoramento dos contratos, por meio de recursos adequados e expertise.

A sétima recomendação da OCDE trata do *uso de tecnologias* para o procedimento de contratações, denominado “*e-procurement*” pela organização. A expressão é derivada de outra similar, “*e-government*”, a qual é utilizada para uso intensivo ou generalizado de tecnologias na esfera governamental –, para o aprimoramento da gestão pública e promoção de valores democráticos⁹⁰. Estudos demonstram que a utilização da tecnologia contribui para o aumento da eficiência operacional, ao reduzir custos e aumentar a produtividade, bem como concede melhor qualidade dos serviços promovidos pelos órgãos de governo⁹¹.

A questão central é que nem sempre o Governo possui recursos suficientes para desenvolvimento de sistemas de *e-procurement* (ou *e-licitação*, em tradução literal). Os sistemas devem ser simples e eficientes, na visão da OCDE. Para seu desenvolvimento, no contexto brasileiro seria recomendável a realização de um procedimento de contratação técnica e preço, que permita a competição entre diversos sistemas possíveis e sua melhor escolha – o que, no contexto atual, provavelmente não aconteceria, em virtude da recorrente aplicação da dispensa para licitações de inovação.

A existência de sistemas eletrônicos exige ainda a *capacitação de servidores*, o que é, justamente, a nona recomendação. A estruturação de garantias aos servidores é importante para o monitoramento dos contratos e sistemas e constante aprimoramento das ferramentas dos sistemas.

As recomendações seguintes estão interligadas à necessidade de monitoramento, controle, avaliação de riscos do procedimento de contratações públicas e sua integração ao planejamento financeiro do Estado. A importância de tais elementos para

90 GIL-GARCIA, J. Ramón; PARDO, Theresa A., **E-government success factors: mapping practical tools to theoretical foundations**, *Government Information Quarterly*, n. 22, 2005, p. 188.

91 Id.

as contratações visa à garantia de sua efetividade, seja na realização de uma contratação individualmente ou do sistema de contratações públicas como um todo, especialmente para evitar a corrupção e o desvio de finalidade das contratações⁹².

3.3 Recomendações da OCDE sobre as contratações públicas para inovação

O panorama das Recomendações da OCDE constitui a primeira parte do seu quadro normativo para promoção da inovação nas contratações públicas⁹³. As Recomendações constituem diretrizes a serem observadas, mas não determinam a adoção de medidas concretas pelos Estados. Por conta disso, a OCDE propõe nove áreas⁹⁴ nas quais ações poderiam ser desenvolvidas para concretização das diretrizes.

O passo inicial é o envolvimento do Estado na promoção da inovação como política pública, por meio de um plano de ação definido nesse sentido. A OCDE entende que deve haver envolvimento horizontal (entre entidades de um mesmo órgão) e vertical (de órgãos diferentes, hierarquizados). No contexto brasileiro, não parece haver um real envolvimento do Estado para promoção da inovação por meio das contratações públicas. Como já mencionado, poderia tê-lo feito por meio do recente decreto de Governança Digital, que poderia promover, por exemplo, técnicas de licitação e contratação eletrônicas no ordenamento. Outro ponto relevante é a falta de articulação entre os entes federativos no aproveitamento de experiências, que poderia contribuir para o ambiente institucional.

Caso interessante, exemplo de utilização conjugada entre política pública e inovação, é o da Espanha. No contexto espanhol, as entidades públicas, por meio de diferentes acordos,

92 Sobre o tema, a OCDE possui publicação específica, a qual traz mecanismos de prevenção à corrupção nas contratações públicas. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

93 OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, p. 63.

94 Políticas Estratégia e metas, marco regulatório, administração e liderança na Administração, suporte financeiro, profissionalismo, conhecimento e engajamento dos *stakeholders*, monitoramento de riscos e avaliação dos impactos, parâmetros para contratações de inovação, *e-procurement*.

foram estimuladas a beneficiar nas contratações públicas as empresas que se utilizam de inovação e que promovem o seu desenvolvimento. Como retorno, as empresas não só seriam contratadas, caso vencedoras, mas também receberiam suporte para a inovação⁹⁵.

O segundo passo é a revisão do marco regulatório para inovação nas contratações, que será objeto de estudo no tópico seguinte do presente trabalho. A existência de um modelo e um procedimento específico para as contratações de inovação pode contribuir para sua simplificação. Contribui, ainda, para transparência e para tornar mais fácil o monitoramento das contratações. Após analisar o marco regulatório brasileiro no tópico anterior, fica evidente que este é o problema central. As leis atuais não atendem à complexidade inerente ao campo da inovação e a saída pela dispensa parece ser antieiciente, quando existem múltiplas empresas e entidades que poderiam competir para desenvolver propostas que promovessem a inovação no país.

Em seguida, a OCDE propõe que haja pessoal suficientemente treinado para realização das atividades de coordenação e cooperação necessários para desenvolver e suportar a implementação das contratações públicas voltadas para promoção da inovação. Este também parece ser um *issue* relevante para o contexto brasileiro, já que não há capacitação devida em todos os níveis do serviço público. A expertise não pode nem deve estar concentrada nos postos de comando, mas deve ser irradiada em outros patamares.

Outro tema tratado pela OCDE é relativo ao financiamento. A organização destaca que a ausência de apoio financeiro aos projetos, por meio de incentivos como redução de tributos ou isenção, concessão de empréstimos, dentre outros, possa ser um problema para o desenvolvimento da inovação.

No Brasil, as diretrizes relacionadas às políticas de financiamento público à inovação foram coordenadas pelo Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia especialmente no período 1999-2008. Dentro da Política de Ciência e Tecnologia desenvolvida pelo Conselho, houve ampliação de concessão de benefícios

⁹⁵ OECD, *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, **OECD Public Governance Reviews**, OECD Publishing, Paris, p. 69.

fiscais, criação de novos mecanismos de financiamento, fundos setoriais, dentre outros⁹⁶. A política do financiamento para inovação, inaugurada em 1999, teve por objetivo corrigir uma deficiência dos períodos anteriores⁹⁷. Em 2016, o Conselho se reuniu após dois anos de hiato, para implementação das políticas nacionais de desenvolvimento tecnológico, com a previsão de financiamento para iniciativas de inovação de 101 projetos⁹⁸.

Há outras iniciativas para o financiamento de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico, dirigidas pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), que é secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) –, pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pelas Agências Financeiras Oficiais de Fomento, nos termos do art. 3º-A da Lei de Inovação.

As iniciativas de financiamento devem vir apoiadas de outras para que sejam efetivas e eficientes, não se sustentando de forma independente. É preciso, para o sucesso do projeto de aprimoramento da inovação, efetivo controle e monitoramento, bem como outros fatores, conforme indica a OCDE. Outras previsões para concretização das Recomendações envolvem o profissionalismo, o engajamento de *stakeholders*, o monitoramento de riscos, o cálculo de impactos e o *e-procurement*. Dentre essas medidas, as ações do Governo Federal dirigidas à inovação não representam alto grau de desenvolvimento sistematizado que permitam análise mais detida. Já no tocante aos parâmetros para os contratos de inovação, a Lei Geral de Licitações e mesmo a Lei de Inovação não desenvolveu modelo específico ou *guidelines* elaboradas diretamente para o setor. Embora existam iniciativas de mudança, não se pode dizer que há estruturação nesse sentido para os contratos.

Com base nas Recomendações e proposições da OCDE, há um longo caminho a ser seguido para as contratações públicas de

96 CORDER, Solange. A política de financiamento à inovação no Brasil. **Revista Economia & Tecnologia** –Ano 4, v. 14, p. 88, jul./set., 2008.

97 Ibid., p. 96.

98 Os dados sobre a política promovida pelo Governo Federal estão disponíveis em <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/imagens/2016/conselho-nacional-de-ciencia-e-tecnologia>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

inovação no Brasil. Deve-se sair da zona de conforto da dispensa de licitação para, então, traçar novas rotas para o desenvolvimento tecnológico do país. O estudo de tais diretrizes permite um planejamento dirigido à produção de resultados e que abre um leque de possibilidades apto a trazer novas ideias para as contratações.

3.4 Por uma nova regulação

Diante das diversas iniciativas existentes no âmbito da OCDE, é possível afirmar que a dispensa de licitação não pode e nem deve ser a única solução para a inovação. Embora haja previsão no RDC de sua utilização para realização de contratações que envolvam desenvolvimento tecnológico, não há registros de sua utilização – o que reflete, portanto, que a única alternativa utilizada é, de fato, a dispensa.

A conclusão, portanto, é que a Lei Geral de Licitações, o RDC e a Lei de Inovação, em seu estado atual, não são suficientes para a promoção da inovação no cenário nacional. É necessária, portanto, uma mudança efetiva do arcabouço legislativo que conduza à melhoria da gestão pública por meio de desenhos institucionais que a favoreçam⁹⁹.

Propõe-se, assim, um novo marco normativo para as licitações envolvendo inovação, tal como ocorre, no Brasil, para as contratações de serviços de publicidade. Em razão de sua complexidade, tais licitações foram regulamentadas em um sistema apartado, inaugurado pela Lei nº 12.232/2010¹⁰⁰. Trata-se de um regramento licitatório que valoriza a técnica inclusive por meio de normas específicas que definem o critérios de avaliação e a própria composição da Comissão de Licitação. O mesmo deveria ser feito para as licitações que envolvem inovação.

⁹⁹ É o que sugere Carlos Ari Sundfeld: “O que os administrativos têm que fazer é trabalhar no aperfeiçoamento tanto teórico como normativo dos outros mecanismos jurídicos que não a vinculação da Administração ao legislador. Precisam contribuir mais na discussão sobre quais são os arranjos institucionais administrativos capazes de garantir os valores democráticos e os direitos, quando da tomada de decisões” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 254).

¹⁰⁰ As licitações para contratação de serviços de publicidade pelo Poder Público são figura recente, regulamentadas no ordenamento por meio da Lei nº 12.232/2010. Cf. REISDORFER, Guilherme F. Dias, Licitação e contratação de serviços de publicidade – Reflexões sobre a Lei nº 12.232/2010 em face do direito das licitações e alguns aspectos práticos, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 59.

Bom exemplo do direito comparado é extraído da recente Diretiva 2014/24/EU, no qual a União Europeia passou a regulamentar a figura da “parceria para a inovação”¹⁰¹. O art. 31º da Diretiva estabelece regras gerais para a contratação de produtos e serviços que não podem ser adquiridos livremente no mercado, cabendo ao Estado procurar por novas soluções por meio de procedimentos específicos.

De um modo geral, o art. 31º da Diretiva 2014/24/EU estabelece (i) um dever de amplo acesso ao procedimento de contratação, do qual poderá resultar a contratação de um ou mais parceiros (31.1), com igualdade de tratamento de todos os proponentes (31.4); (ii) a necessidade de serem estabelecidos, entre as autoridades adjudicantes e os participantes do procedimento, os níveis de desempenho e custos máximos da contratação (31.2.); (iii) a possibilidade de negociação entre o Poder Público e os proponentes no decorrer do processo licitatório (31.3), que poderá ocorrer em fases sucessivas, desde que previsto previamente no edital (31.5); e (iv) a preferência por critérios de qualidade técnica dos candidatos na seleção (31.6), em uma análise final de custo-benefício (ou relação qualidade/preço) da contratação (*consideranda* 49).

Como se nota, trata-se de um tipo de contratação que adota *standards* gerais, muito similar ao procedimento de competição com negociação (também regulado pela Diretiva 2014/24/EU), mas que não procura apresentar respostas definitivas em relação ao rito a ser seguido. Garante-se, assim, margem de flexibilidade para o gestor público adaptar os editais de acordo com a contratação a ser

¹⁰¹ Confira-se os “consideranda” da Diretiva em questão: “ (49) Quando as soluções já disponíveis no mercado não permitirem o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores nem a posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, as autoridades adjudicantes deverão ter acesso a um procedimento de contratação específico em relação aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva. Este procedimento específico deverá permitir às autoridades adjudicantes instituir uma **parceria para a inovação** a longo prazo tendo em vista o desenvolvimento e posterior aquisição de produtos, serviços ou obras novos e inovadores, desde que estes produtos, serviços ou obras inovadores possam ser disponibilizados de acordo com níveis de desempenho e custos previamente acordados, sem haver necessidade de um procedimento de contratação separado para a aquisição. A parceria para a inovação deverá basear-se nas regras processuais aplicáveis ao procedimento concorrencial com negociação, e os contratos deverão ser adjudicados unicamente com base na melhor relação qualidade/preço, o que facilita a comparação das propostas de soluções inovadoras. Independentemente de se tratar de projetos de inovação de grande ou de pequena escala, a parceria para a inovação deverá ser estruturada de forma a proporcionar a ‘procura do mercado’ necessária, incentivando o desenvolvimento de uma solução inovadora sem excluir outros produtos do mercado”.

firmada¹⁰². Trata-se de um desafio para o cenário brasileiro, na medida em que as medidas legislativas até então adotadas possuem tendências maximalistas¹⁰³ que encaram de maneira negativa a flexibilidade dos procedimentos e a abertura para definição do contrato em mútuo acordo entre a Administração Pública e os licitantes.

A proposição do presente artigo, portanto, é a de alteração legislativa, tanto na Lei Geral de Licitações como na Lei de Inovação, que estabeleçam, minimamente, a (i) preponderância do critério “técnica” nas licitações de inovação, a fim de garantir a qualidade do bem ou serviço licitado; (ii) a possibilidade de constituição de Comissão Especial de Licitação, na qual os avaliadores deveriam possuir critérios mínimos de qualificação e/ou aderência ao objeto licitado; (iii) desenvolver capacitação de servidores para o monitoramento dos contratos de inovação, garantindo sua transparência por meio de portal eletrônico – a capacitação poderia, por exemplo, se tornar um encargo do privado vencedor da licitação, para compreensão do objeto do contrato; e (iv) prever, sempre que possível, a promoção de interesses públicos secundários por meio dos contratos, incluindo na Política de Governança Digital do Governo Federal disposição similar nesse sentido.

4. Conclusão

O contexto regulatório brasileiro, no que concerne às contratações públicas como propulsoras do desenvolvimento da inovação, não se encontra em um estágio de desenvolvimento coerente com as múltiplas iniciativas tecnológicas existentes. Destaca-se no ordenamento brasileiro, como alternativa, praticamente única, uma verdadeira tendência à fuga do regime da Lei nº 8.666/1993, por meio da criação de sucessivas hipóteses de dispensa de licitação para contratações públicas que promovam a inovação. Neste ponto, é evidente a conclusão que a Lei nº 8.666/1993 e as outras leis relacionadas aos procedimentos de contratação não são suficientes e adequadas para o aproveitamento do potencial das contratações públicas como instrumental para inovação.

¹⁰² TELLES, Pedro; BUTLER, Luke. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU. In: F Lichere, R Caranta e S Treumer (Ed.). **Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement**. Djof Publishing, 2014. p. 37-38.

¹⁰³ A expressão é de André Rosilho em ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

A experiência brasileira não pode nem deve se resumir à instituição assistemática de procedimentos simplificados de seleção como forma de observância aos deveres de transparência e isonomia em relação aos potenciais interessados, atendendo aos preceitos previstos na Constituição. Além disso, a inovação, considerada como um elemento das contratações públicas ordinárias, também tem papel acentuado na competitividade das licitações. Fora da hipótese de dispensa, há previsão de margens de preferência às empresas que adotam soluções inovadoras, mas esta aparenta ser mera solução legislativa, da qual não se tem estudos sobre seu efetivo impacto na promoção da inovação.

O relato histórico descrito indica as sucessivas e descoordenadas alterações que foram sendo promovidas em ambos os diplomas com vistas a reduzir gradualmente o escopo de aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 no campo das contratações para inovação. Disso resultou, conforme destacado pela doutrina e pelo Tribunal de Contas da União, um ambiente de *incerteza* quanto ao dever de licitar em alguns casos; e, mesmo em casos em que a contratação direta é inequivocamente aplicável, há uma zona de vazio normativo que gera *insegurança* ao aplicador da norma.

A incompatibilidade da Lei nº 8.666/1993 com as contratações para a inovação não encontram na dispensa de licitação a única resposta como solução. Propõe-se, assim, um novo marco normativo para as licitações envolvendo inovação, tal como ocorre, por exemplo, no âmbito da Diretiva 2014/24/EU, da União Europeia, que prevê a figura da “parceria para a inovação”, com regras personalizadas para este mercado, tal como ocorre no Brasil nas contratações para os serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). A fim de estruturar as mudanças no sistema e desenvolver um marco ideal para a inovação no Brasil, é essencial a observância dos parâmetros e diretrizes da OCDE, que podem servir de guia para ao planejamento do Poder Público e do legislador no que se refere o tema. É preciso, portanto, uma verdadeira reforma na base para permitir a evolução das contratações públicas em inovação no país.

5. Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à Informação: Os Princípios da Lei nº 12.527/2011. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 8, nº. 3, 2015.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. Administração pública consensual - uma nova tendência nos acordos de parceria para promover tecnologia e inovação. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 11, n. 130, out, 2012.
- CORDER, Solange. A política de financiamento à inovação no Brasil. **Revista Economia & Tecnologia**, ano 4, v. 14 - jul./set., 2008.
- EDQUIST, Charles; ZABALA-ITURRIAGAGOITI, Jon Mikel, Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy, *Research Policy* 41 (2012) 1757-1769.
- GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 260. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 231-254.
- GIL-GARCIA, J. Ramón; PARDO, Theresa A., **E-government success factors: mapping practical tools to theoretical foundations**, *Government Information Quarterly*, n. 22, 2005.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. In: **Colunistas**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 8 out. 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jul./set. 2017.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- OECD, **Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies**, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/public-procurement-for-innovation_9789264265820-en#.Wf9QEWhSzlU#page3>. Acesso em: 3 nov. 2017.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- REISDORFER, Guilherme F. Dias, Licitação e contratação de serviços de publicidade - Reflexões sobre a Lei nº 12.232/2010 em face do direito das licitações e alguns aspectos práticos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 44.

- ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 60, dez. 2006, versão digital.
- _____; SOUZA, Rodrigo Pagani. Parcerias para o desenvolvimento produtivo em medicamentos e a Lei de Licitações. In: **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2013, n. 264, set./dez. 2013, versão digital.
- TELLES, Pedro. Competitive dialogue and innovation: the case of the Spain health sector. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The applied law and economics of public procurement**. Londres: Routledge, 2013, p. 28-39.
- _____. BUTLER, Luke. Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU In: F Lichere, R Caranta e S Treumer (Ed.). **Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement**, Djof Publishing, 2014.
- UYARRA, Elvira; FLANAGAN, Kieron. Understanding the innovation impacts of public procurement. In: **European Planning Studies**, v. 18, n. 1, 2010, p. 128.
- VIEIRA, André Luís. Inovação tecnológica e contratação pública: uma análise do setor de defesa brasileiro. In: **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago, 2015.
- _____. ALVARES, João Gabriel. Política de Inovação Tecnológica como escolha pública. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 219-239, abr./jun. 2017.

A relicitação da lei nº 13.448/2017: Reflexões sobre os incentivos de adesão e possibilidade de participação do antigo acionista

Anderson Márcio

3

A relicitação da lei nº 13.448/2017: Reflexões sobre os incentivos de adesão e possibilidade de participação do antigo acionista

Anderson Márcio¹

Resumo

A Lei nº 13448/17 trouxe um importante mecanismo para a rescisão contratual amigável para os seguintes setores de infraestrutura: rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Com essa nova legislação, passa a ser possível o distrato amigável entre o concessionário e o Poder Concedente nos casos em que não houver viabilidade econômico-financeira de continuidade da concessão. Este artigo tem o objetivo de analisar dois aspectos da nova legislação, quais sejam: os incentivos para a adesão à relicitação e a possibilidade de participação do antigo concessionário no novo certame. A relicitação vem suprir uma lacuna legislativa, passando a figurar como mais uma hipótese de extinção contratual e pode ser considerada uma importante ferramenta capaz de evitar conflitos judiciais e longos processos administrativos para decretação de caducidade. Sendo assim, torna-se premente a necessidade de aprofundamento, pela comunidade jurídica, do debate sobre sua utilização, a fim de viabilizar sua efetiva aplicação.

Palavras-chave: Concessão. Rescisão amigável. Relicitação.

Abstract

The Law nº13448/17 has brought an important mechanism to friendly terminate contracts in the logistics sector, mainly for infrastructure sectors: road, railway and airport. With this new law, it is possible to friendly terminate contracts between dealer and grantor in case of economic-financial unfeasibility to continue concession. This article aims to assess two aspects from the new Law, which are: incentives to adherence to rebidding and the possibility of old dealer participation in the new contest. Rebidding comes to meet a gap in

¹ Advogado do BNDES. Atualmente é Diretor de Programa na Secretaria de Parceria de Investimento/Presidência da República. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito do Estado e Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro – FGV Direito Rio. Mestrando em Direito da Regulação na FGV-RIO.

the law. It is another hypothesis to contract termination and can be considered an important tool capable of avoiding glaw suits and long management processes to terminate contracts. Therefore, it becomes compelling the need to deepen the debate on the matter by the legal community to enable its effective use.

Keywords: Friendly terminate. Rebidding. Logistics sector.

1. Introdução

Em 27 de julho de 2017 o jornal **Valor Econômico** trouxe a seguinte notícia²:

Triunfo e UTC já consideram devolver concessão de Viracopos

Diante do aperto financeiro pelo qual estão passando e da frustração com as perspectivas do negócio, os controladores do aeroporto internacional de Viracopos (SP) – Triunfo Participações e Investimentos e UTC – já consideram a possibilidade de devolver a concessão, segundo apurou o Valor com fontes ligadas aos acionistas privados. Se essa hipótese for levada adiante, Viracopos poderá inaugurar o mecanismo previsto na MP nº 752, medida provisória convertida em junho na Lei 13.448 e que introduz a devolução “amigável” ao governo como alternativa para concessões de infraestrutura problemáticas.

A edição da Medida Provisória (MP) nº 752/2016, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017 trouxe uma importante inovação para a resolução amigável de conflitos, no âmbito dos contratos de concessão, para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. Conforme a notícia acima reproduzida, apesar de não se tratar do desfecho desejado para uma concessão, a utilização da nova legislação já é aventada como possível solução para contratos no setor aeroportuário.

² Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5053990/triunfo-e-utc-ja-consideram-devolver-concessao-de-viracopos>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Tal novidade é a criação de uma nova modalidade de rescisão contratual que faculta ao concessionário a iniciativa de romper o contrato. Até a edição da referida lei, a única forma do concessionário deixar um contrato de concessão, por iniciativa própria, seria por meio de um processo judicial necessitando, inclusive, de sentença transitada em julgado³. Tal hipótese só seria possível no caso de haver inadimplemento do poder concedente, ou seja, inexistia, na legislação, a possibilidade de um distrato amigável.

A devolução da concessão enseja o início de um processo de relicitação pelo Poder Concedente, o qual promoverá novos estudos e um novo procedimento licitatório. Trata-se de uma importante inovação no sistema jurídico brasileiro que poderá possibilitar a relicitação de relevantes ativos de infraestrutura, os quais estão com dificuldades de cumprimento das obrigações contratuais.

Antes da efetiva utilização desta nova ferramenta algumas questões merecem ser mais bem discutidas, no intuito de que a implementação obtenha resultados satisfatórios. No intuito de ajudar neste debate serão analisados neste artigo dois aspectos trazidos na novel legislação, quais sejam: criação de incentivos à adesão por parte do concessionário e a possibilidade de participação do antigo concessionário.

Tendo em vista tratar-se de um mecanismo consensual, no qual é necessária a adesão por parte do concessionário, que necessita aceitar as condições impostas para a realização da relicitação, é imprescindível que sejam criados incentivos para sua efetiva participação. Em verdade, o processo de relicitação tem que ser menos custoso e mais eficiente para ambas as partes quando comparados ao processo de caducidade.

Outro ponto que merece debate é a possibilidade de participação dos acionistas da concessão entregue. Tendo em vista que sua inviabilidade pode ter sido ocasionada por culpa desses acionistas, faz sentido deixar que o acionista permaneça na nova concessão?

3 Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado. (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

2. Relicitação – aspectos gerais

O contrato de concessão é o instrumento jurídico que formaliza a delegação contratual e remunerada da execução do serviço público ao particular que irá explorar por sua conta e risco, devendo obedecer às exigências contratuais. O concessionário será remunerado pelo usuário e findo o prazo previsto deverá devolver os bens afetos à atividade, retornando ao patrimônio do poder público⁴.

A modalidade de extinção contratual mais desejável e menos traumática entre o concessionário e a Administração Pública é a que ocorre pela chegada do termo contratual. Nesta hipótese, a possibilidade de litigiosidade entre as partes é remota, seja porque houve o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes, seja porque é esperado que os investimentos realizados estejam todos amortizados não havendo, portanto, que se falar em indenização.

Ocorre que a relação estabelecida num contrato de concessão pode ser desfeita antes do final do prazo estabelecido naquele instrumento. As possibilidades de extinção contratual estão elencadas no art. 35 da Lei nº 8.987/95 e são as seguintes: i) advento do termo contratual; ii) encampação; iii) caducidade; iv) rescisão; v) anulação; e vi) falência ou extinção da empresa concessionária.

Um distrato consensual entre o concessionário e o poder concedente, por tratar-se de um ato com natureza dispositiva, pressupõe a existência de uma autorização legislativa⁵. Não é possível imaginar que sem a permissão legal o administrador público possa livremente abrir mão de um contrato de concessão.

Nesse sentido, a edição da Lei nº 13.448/2017 veio a preencher esta lacuna legislativa e permitir que fosse realizado um procedimento de devolução amigável da concessão e a realização de um novo procedimento licitatório.

O conceito trazido para a relicitação é o seguinte: procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em

4 ARAGÃO, Alexandre do Santos. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 542.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit., p. 617.

novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

Importante destacar que a ocorrência da relicitação ficou restrita a determinados setores de infraestrutura logística, quais sejam: ferroviário, rodoviário e aeroportuário. A sua aplicação é possível apenas nas concessões em que as disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente⁶.

Outro requisito para a aplicação da relicitação prevista na Lei nº 13.448 é que os empreendimentos estejam qualificados no Programa de Parceria de Investimentos (PPI). A qualificação no PPI deverá ser específica para este fim. Para a efetiva qualificação do empreendimento é necessária a avaliação do projeto pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos⁷ e posterior expedição de decreto pelo Presidente da República.

Percebe-se, assim, que existe uma governança no processo de relicitação, sendo necessária a avaliação prévia por um órgão colegiado do Poder Executivo para sua efetiva aplicação. Apenas após a aprovação pelo CPPI e com concordância do Presidente da República o processo de relicitação poderá ser iniciado.

Trata-se, portanto, de medida excepcional e pontual, cuja aplicabilidade dependerá da avaliação de conveniência e oportunidade de análise de vários órgãos governamentais como as agências reguladoras, o CPPI e, por fim, o Presidente da República.

⁶ Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

⁷ O PPI foi criado pela MP nº 727, de junho de 2016, convertida na Lei nº 13.334, de setembro de 2016. O conselho do PPI tem a seguinte composição: I - o Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República; II - o Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; III - o Ministro de Estado da Fazenda; IV - o Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil; V - o Ministro de Estado de Minas e Energia; VI - o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; VII - o Ministro de Estado do Meio Ambiente; VIII - o Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); IX - o Presidente da Caixa Econômica Federal; e X - o Presidente do Banco do Brasil.

3. Incentivos para adesão à relicitação

Conforme afirmado, a relicitação é um acordo amigável entre as partes envolvidas⁸, concessionário e poder concedente. Trata-se, portanto, de uma modalidade de extinção na qual não há imputação de culpa por nenhuma das partes. Seria o reconhecimento por ambos os envolvidos da impossibilidade da continuidade da avença.

Tal afirmação tem lastro nos incentivos para adesão por parte do concessionário, previstos na Lei nº 13.448/17. Esses incentivos são necessários, pois se a relicitação imputasse ao concessionário as mesmas responsabilidades de um processo de caducidade, não teria adesão pelos possíveis interessados.

Especificamente sobre os incentivos à adesão da relicitação há dois pontos que merecem destaque, quais sejam: i) uma vez qualificado o empreendimento para fins de relicitação, ficam suspensas as medidas que poderiam gerar a penalidade de caducidade do contrato – art. 14 § 3ª; e ii) ficam suspensas as obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do contrato aditivo – art. 15, II.

Em relação ao primeiro ponto, suspensão das medidas que possam gerar caducidade, tem-se que caso haja em andamento na agência reguladora processo de verificação de inadimplemento contratual este deverá ser suspenso no momento em que o empreendimento for qualificado para fins de relicitação. Com esta medida não pode ser imputado ao concessionário qualquer responsabilidade enquanto perdurar o processo de relicitação.

Importante destacar que a lei restringe à suspensão apenas para os casos que possam acarretar a caducidade contratual, portanto, não se trata de suspender todas as medidas sancionatórias, mas apenas aquelas que podem acarretar a extinção contratual por caducidade.

Ocorre que a caducidade é na verdade a penalidade imposta por inadimplemento contratual por parte do concessionário. É a última medida a ser tomada numa concessão, tendo em vista tratar-se de extinção do vínculo contratual.

8 Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo.

Analisando o art. 38⁹ da Lei nº 8987/95, a declaração de caducidade é uma faculdade do Poder Concedente nos casos ali listados. O dispositivo da Lei nº 13.448/2017 pode ensejar duas interpretações. A primeira seria mais ampla e abarcaria qualquer medida que futuramente possa ensejar a caducidade. Tem-se como exemplo o atraso na entrega de uma determinada obra. Tal inadimplemento inicialmente poderia ter como penalidade a aplicação de multa, mas a depender da gravidade poderia também ensejar a aplicação da pena de caducidade tendo em vista as consequências desse atraso.

Se for aplicada uma interpretação mais extensa do dispositivo, a verificação pela agência reguladora de tal evento ficaria suspensa em qualquer caso, pois, conforme afirmado, não existe um processo específico para declaração de caducidade, tendo em vista tratar-se de pena a ser declarada no final do processo.

A instauração de um processo sancionatório inicia-se com a verificação do fato e ao seu final é definida qual a penalidade será aplicada. Sendo assim, não existe de início um processo para aplicação da caducidade. Parte-se do pressuposto que o processo sancionatório não elencou no seu início as penas a que estaria sujeito o concessionário.

Partindo-se de outra interpretação mais restrita haveria a suspensão das medidas sancionatórias apenas nos casos em que a Administração já anteveja a aplicação da caducidade. Seria, por exemplo, o caso de já terem sido aplicadas reiteradas multas contratuais sem que o concessionário tivesse voltado a adimplir e a Administração decide pela aplicação da pena de caducidade.

9 Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

- o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
- a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sob a ótica da Administração Pública, a interpretação mais restrita parece ser a mais adequada, tendo em vista que a impossibilidade de verificação de qualquer fato que pudesse ensejar a caducidade faria com que a Administração Pública não pudesse agir para qualquer caso de inadimplemento contratual.

Dessa forma, para efetiva aplicação desse dispositivo, faz-se necessário que seja indicado desde o início do processo administrativo a possibilidade de aplicação de caducidade. Apenas nestes casos haveria a suspensão das medidas de investigação.

Cabe ressaltar que a finalização de um processo de caducidade não é simples, impondo à Administração Pública a observância prévia de certas formalidades, como o recebimento de comunicação e prazo para sanar a irregularidade¹⁰. Faz-se necessária, ainda, a corroboração da pena pela diretoria da agência reguladora, e sua aplicação depende de expedição de decreto presidencial¹¹.

Sob a perspectiva do concessionário e o incentivo para atraí-lo para esse processo de relicitação, a suspensão das medidas sancionatórias deveria ser interpretada de maneira ampla, assim, qualquer medida de verificação de inadimplência que possa gerar a caducidade em um dado momento deve ser sobrestada até o final da relicitação.

Neste caso, o Poder Público abre mão de aplicar medidas sancionatórias, no caso de inadimplemento contratual, que possam em um dado momento acarretar uma penalidade de caducidade.

Tal medida pode ser vista com um risco para o processo de relicitação, uma vez que pode ensejar a ideia de impunidade no concessionário, incentivando-o a não cumprir com as obrigações contratuais originalmente previstas.

Reitera-se, portanto, que os processos administrativos para verificação de inadimplemento contratual devem, sempre que possível, deixar claro desde o início a possibilidade de imposição da caducidade.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 159.

11 Art. 38 da Lei nº 78987/95 §4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

Uma possível solução para este problema é que no contrato de concessão a ser assinado no período transitório fiquem explícitas quais as hipóteses de suspensão das penalidades e quais continuam a existir durante o período da relicitação.

Outro ponto que traz benefícios para o concessionário é a suspensão dos investimentos em obrigações viscendas. Em outras palavras, com a assinatura do contrato de transição o concessionário não precisa mais adimplir com as obrigações anteriormente contratadas. Trata-se de uma medida que tem por finalidade dar maior fôlego econômico-financeiro ao atual concessionário. O concessionário permanece com a obrigação de investir para a manutenção do serviço. Essa medida de suspensão, portanto, refere-se apenas a novos investimentos.

É razoável que diante da perspectiva da devolução do ativo novos investimentos sejam suspensos. Questão que se coloca para os investimentos que foram iniciados e ainda não finalizados. É o caso, por exemplo, da construção de um novo terminal num aeroporto ainda não concluída que deveria ficar pronta no prazo máximo de cinco anos. Ocorre que o pedido de relicitação foi realizado no ano 3. Tal obrigação pode ser considerada viscenda? Essa questão traz mais um desafio de aplicação da lei e não possui uma resposta simples.

Suponhamos que, de acordo com exemplo dado, a construção esteja com 70 % da obra concluída. O prazo de finalização do novo terminal contratualmente previsto era de cinco anos, assim a obrigação está diluída no tempo. No ano 3 a obrigação ainda não chegou a seu termo, portanto, não pode ser considerada vencida.

Uma possível solução seria a suspensão da obra no estágio em que se encontrar e conjuntamente fosse imposta a obrigação do atual concessionário mantê-la em boas condições para que seja retomada pelo futuro concessionário.

Percebe-se que essas soluções precisarão constar nos contratos de transitório que será firmado entre o concessionário e o poder concedente. Pela natureza negocial desse novo contrato ambas as partes deverão estar dispostas a fazer concessões. É importante que sejam dados os incentivos corretos para não se criar situações de risco moral e seleção adversa.

Importante destacar que todo o esforço feito durante o período de transição é no intuito de que a relicitação seja bem-sucedida e que um novo concessionário assuma a concessão. Assim, se no final do processo a licitação restar frustrada persiste ao atual concessionário a obrigação de permanecer na concessão. O resultado mais provável, caso isso ocorra, é a instauração ou prosseguimento de um longo processo para declaração de caducidade.

4. Da possibilidade de participação do antigo concessionário

Feita uma análise dos incentivos para que o concessionário opte pela entrega do ativo e a realização de um novo procedimento licitatório, será analisada a seguir a previsão que permite ao atual concessionário a possibilidade de participar do leilão.

Não é difícil imaginar que os acionistas da Sociedade de Propósito Específico (SPE), responsável pela operação do negócio, não pudessem participar no novo processo licitatório, tendo em vista que podem ter dado azo à devolução da concessão¹². Tratar-se-ia de uma medida salutar uma vez que obrigaria aos acionistas da SPE agir com maior responsabilidade e acuidade tanto no momento de oferecer proposta no leilão quanto durante a operação da concessão no intuito de manter sua boa saúde financeira.

A permissão para que o atual acionista participe do novo certame gera um perigoso incentivo e a premissa de que este goza da prerrogativa de permanecer num negócio em que no primeiro momento foi responsável pela sua inexecutabilidade.

Especificamente à vedação de participação no novo processo licitatório, a referida lei previu no seu art. 16 as seguintes hipóteses:

Art. 16. São impedidos de participar do certame licitatório da relicitação de que trata esta Lei:

- o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução do contrato de parceria;

¹² Cite-se como exemplos de culpa do concessionário: a oferta de lances que tornam inviáveis as concessões; a perda da capacidade de obter financiamento, tendo em vista o envolvimento da empresa em escândalos de corrupção, por exemplo a Operação Lava-Jato.

- os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação.

Parágrafo único. As vedações de que trata este artigo também alcançam a participação das entidades mencionadas:

I - em consórcios constituídos para participar da relicitação; II - no capital social de empresa participante da relicitação; III - na nova SPE constituída para executar o empreendimento relicitado.

Merece destaque a vedação existente para o atual acionista da concessionária. Apenas os acionistas com participação maior que 20% (vinte por cento) estão impedidos de participar da futura relicitação. Esta regra tem o intuito de salvaguardar os demais acionistas, com participação em percentual menor que 20% (vinte por cento) que teriam, em tese, menos poderes diretivos na empresa concessionária.

Tal suposição nem sempre estará correta, tendo em vista a possibilidade de existirem acordos societários que outorguem poderes de condução do negócio independentemente do percentual acionário.

O modelo ideal seria a absoluta vedação de todos os acionistas independentemente de sua participação acionária. Ocorre que numa SPE os acionistas são de variados tipos, tais como: fundos de pensão, seguradoras, empreiteiras e fundos de investimentos.

Cada um desses acionistas possuem diferentes objetivos quando participam do certame. Os fundos de pensão, são um exemplo de investidor que permanecerá na concessão por todo seu período, tendo em vista a natureza do capital investido que se caracteriza com investimento de longo prazo. A ideia seria manter esses fundos como possíveis participantes na próxima concessão.

Ao que parece, a solução adotada na legislação tenta conciliar a visão desses diversos investidores e tenta salvaguardar aquele acionista que, em tese, teve menos poder de direção do negócio.

Assim, apesar de não ser a vedação ideal, pode ser considerada uma medida salutar no intuito de inibir comportamentos oportunistas e impedir que o atual concessionário devolva a atual concessão e possa participar da nova licitação a qual terá uma modelagem distinta da primeira¹³.

Importante lembrar que a Lei nº 13.448 veio num momento posterior à promoção dos leilões, portanto, suas regras são expostas aos contratos vigentes. Assim, o corte de 20% tem o fito de preservar o acionista da SPE que pretende manter seu investimento na próxima licitação, como no caso dos fundos de pensão. O cenário de absoluta vedação tiraria do próximo leilão importantes investidores no mercado de concessões.

5. Conclusão

Dada que a previsão legal de relicitação é bastante recente e ainda não há regulamentação específica, não existe nenhum caso concreto de sua aplicação. Apesar disso, é possível afirmar que se trata de uma inovação que pode oportunizar devoluções amigáveis de concessão que estão com problemas de cumprimento das obrigações contratuais.

Significa, portanto, a existência de mais um instrumento à disposição da Administração Pública e do concessionário para a rescisão contratual de forma menos traumática do que um processo litigioso, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.

A ideia da nova legislação é que concessões com problemas financeiros de cumprimento das obrigações possam ser devolvidas ao Poder Concedente e ser relicitadas em condições mais adequadas para sua efetiva concretização.

Exemplos para sua possível aplicação são os aeroportos, que estão com dificuldade de obtenção de financiamento, dada a brusca queda da demanda, e o setor rodoviário, cuja 3ª etapa exigiu a duplicação do prazo de cinco anos. Os concessionários alegam que a atual situação econômica do país gerou um desequilíbrio nos contratos e não é possível realizar os investimentos nos prazos determinados.

¹³ Esta nova modelagem poderá melhorar as condições no negócio como a previsão de maior valor de tarifa ou a redução do valor de outorga.

A relicitação foi criada para dar solução às concessões que vêm enfrentando problemas financeiros, como, por exemplo, obtenção de empréstimos de longo prazo. Figura-se, portanto, como uma resposta do governo ao enfrentamento de um problema real que poderia gerar sérios problemas para a infraestrutura do país, especialmente no momento em que o Brasil passa por sérias dificuldades econômicas.

Neste sentido, essa “inovação” legislativa tem como escopo atualizar o direito administrativo no intuito de dar respostas aos problemas reais, causados essencialmente por frustração de demanda, propostas de licitação sem viabilidade econômica, Operação Lava-Jato, em que as maiores empreiteiras nacionais foram envolvidas no escândalo de corrupção acarretando redução do seu rating para obtenção de empréstimos de longo prazo.

Importante ressaltar que após a instituição da relicitação foram editadas duas medidas provisórias. A primeira é a MP nº 779, que estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário, e a MP nº 800, que estabelece as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais e dá outras providências.

Ambas medidas provisórias têm o escopo de permitir que os atuais concessionários tenham seu contrato de concessão revisto, no intuito de dar continuidade à prestação dos serviços sem necessidade de se recorrer à relicitação.

Assim, a relicitação está inserida num contexto mais amplo de garantir a efetiva prestação de serviços e apesar de ser um caminho possível para evitar celeumas administrativas e judiciais sua utilização deve ser feita com parcimônia, tendo em vista que a melhor forma de extinção contratual continua a ser a chegada do seu termo inicialmente pactuado.

A efetiva aplicação da relicitação dependerá dos incentivos que serão dados para a adesão por parte do concessionário. O processo de relicitação deve garantir maiores benefícios para o atual concessionário do que um processo de caducidade.

Foram analisados neste artigo dois incentivos: a suspensão de medidas sancionatórias e a suspensão da obrigação de investir. Não está claro na legislação a extensão desses benefícios para o concessionário. Espera-se que tal problema seja solucionado na regulamentação ainda não publicada.

De qualquer maneira, o contrato transitório terá papel fundamental para o processo de relicitação. Na medida em que terá que ser aceito por ambas as partes, seus termos devem espelhar a solução mais adequada para a realização da relicitação.

Por fim, reitera-se a crítica para a permissão legal de participação do atual acionista num futuro processo licitatório. Entende-se que tal previsão tem o fito de preservar determinados tipos de investidores, no entanto, sua existência pode gerar incentivos errados, conforme se permitir a continuidade do acionista num negócio em que deu causa para sua devolução.

6. Referências

Livros:

ARAGÃO, Alexandre do Santos. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

PORTUGAL, Maurício. **Comentários à Lei de PPP**. São Paulo: Malheiros, 2010.

Artigos:

LEI Nº 13.448/2017: Procedimento de Relicitação de Concessões de Serviço Público. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/financiamento-de-projetos-e-infraestrutura-ij/lei-n-13-448-2017-procedimento-de-relicitacao-de-concessoes-de-servico-publico>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Jornais:

Valor Econômico. Edição digital de 26 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/5053990/triunfo-e-utc-ja-consideram-devolver-concessao-de-viracopos>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

Legislação:

BRASIL. Lei nº 13.448/2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Lei nº 8987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Acesso em: 20 jun. 2017.

A proposta de regulação pelo banco central das plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas

Bernardo Kruei

4

A proposta de regulação pelo banco central das plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas

Bernardo Kruehl¹

Resumo

O presente trabalho visa analisar as plataformas eletrônicas de crédito e a proposta de regulação dessa atividade pelo Banco Central do Brasil (BCB). Dessa forma, há uma revisão bibliográfica sobre as principais características e preocupações internacionais sobre o tema e o histórico de atuação dessas plataformas no Brasil. Por fim, há uma análise dos principais pontos trazidos pela consulta pública do Banco Central (BC).

Palavras-chave: Banco Central. Regulação. Plataformas eletrônicas de crédito.

Abstract

This paper aims to analyze the peer-to-peer lending platforms and the proposed regulation of this activity by Brazilian Central Bank. Thus, there is a review about the international characteristics and concerns about the theme and the history of these platforms in Brazil. Finally, there is an analysis of the main points brought by the public consultation of the Brazilian Central Bank.

Keywords: Brazilian Central Bank. Regulation. Peer-to-peer Lending Plataforms.

1. Introdução

As plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas são uma realidade existente no Brasil e no exterior. De acordo com dados apresentados pelo *Financial Stability Board* (FSB), o volume de novos créditos emitidos via plataforma eletrônica (em 2015) na China foram de 99.7 bilhões de dólares, nos Estados Unidos 34.3 bilhões de dólares e no Reino Unido 4.1 bilhões de dólares².

1 Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro - FGV Direito Rio. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO).

2 Financial Stability Board – FinTech credit Market structure, business models and financial stability implications, (2017), p. 11. Disponível em: <<http://www.fsb.org/2017/05/fintech-credit-market->

Essa também é uma realidade no Brasil, havendo diversas plataformas eletrônicas (com diferentes formas de atuação), concedendo a oportunidade de pessoas emprestar ou tomar emprestado recursos diretamente, sem utilizar, em princípio, a intermediação bancária³.

O BC estabeleceu, internamente, um grupo de trabalho para elaborar estudos sobre inovações tecnológicas digitais relacionadas com as atividades no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e do SPB (Sistema de Pagamentos Brasileiro) e de avaliar potenciais impactos sobre o funcionamento desses sistemas. Assim, o BC prepara-se para lidar com o desafio de acompanhar as transformações do sistema financeiro, ao mesmo tempo em que oferece estímulos às instituições locais para que permaneçam na fronteira de seu desenvolvimento.

Em agosto de 2017 o Banco Central do Brasil (BCB) publicou o Edital de Consulta Pública nº 55/2017, que “dispõe sobre a constituição e o funcionamento da sociedade de crédito direto e da sociedade de empréstimo entre pessoas e disciplina a realização de operações de empréstimo entre pessoas por meio de plataforma eletrônica” (“Edital BCB”)⁴. Dessa forma, o Edital BCB visa regular as operações de empréstimo entre pessoas realizado pelas plataformas eletrônicas por meio da constituição de dois novos tipos de instituições financeiras.

O presente artigo tem a intenção de analisar o Edital BCB nos seus principais pontos, fazendo uma comparação, quando pertinente, com a regulação realizada em outras jurisdições e com os princípios que regem essas operações. Para tanto, o presente artigo se divide nos seguintes tópicos: (i) definição e delimitação do tema; (ii) vantagens e riscos do modelo de *P2P Lending*; (iii) histórico nacional das plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas; (iv) análise das principais propostas do Edital BCB; e (v) conclusão.

structure- business-models-and-financial-stability-implications/>. Acesso em: 3 nov. 2017.

3 Essa afirmação não é totalmente correta, uma vez que as plataformas financeiras atuam como correspondentes bancários, como será verificado adiante. Entretanto, a intenção dessa frase era tentar indicar que as plataformas eletrônicas de empréstimo não estão vinculadas com as instituições financeiras tradicionais (embora nada vede essa vinculação), o que gera uma nova forma de concessão e intermediação financeira, sem os custos e regras das instituições financeiras.

4 Edital disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetailharAudilanciaPage?3>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

2. Definição e delimitação do tema

Em primeiro lugar, é necessário definir o que são as plataformas eletrônicas de empréstimo entre pessoas e, especialmente, como a literatura internacional analisa essa figura, incluindo suas vantagens e riscos, assim como eventuais preocupações regulatórias⁵.

A operação de empréstimo entre pessoas é denominada na literatura internacional como *peer-to-peer lending* (ou *P2P Lending*). Não há uma definição única para o *P2P Lending*, mas sim uma indicação de suas características. De acordo com a *International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, o *P2P Lending* é um modelo de negócios que permite que investidores, sozinhos ou em conjunto, realizem empréstimo para terceiros. De acordo com a IOSCO, a novidade desse modelo é que o empréstimo pode ser realizado por diferentes pessoas, desde pessoas físicas até investidores institucionais⁶.

O FSB, ao seu turno, define o *P2P Lending* como o mercado *online* que permite que os emprestadores negociem diretamente com os tomadores de empréstimo⁷. Nessa definição, as plataformas eletrônicas teriam como função realizar uma análise de crédito e estabelecer uma avaliação sobre o mesmo, de forma a auxiliar os possíveis investidores. Os contratos de empréstimo são realizados diretamente entre tomadores e emprestadores sem que a plataforma seja intermediária (isto é, não há risco de crédito da plataforma), e há segregação entre os recursos da plataforma eletrônica e dos investidores.

5 É importante destacar que a intenção desse item não é analisar como cada jurisdição trata do tema, mas sim identificar questões e problemas comuns entre elas e como estes estão sendo endereçados pelos reguladores.

6 No original: "P2P lending is a business model that in many cases allows investors, alone or with others, to provide financing to borrowers. The novelty of this business model is that financing may be obtained from many different lenders/ investors ranging from individuals to institutional investors." IOSCO, **IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech) - February 2017**, p. 11. Disponível em: <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

7 No original: "The overarching idea of P2P lending platforms is to provide an online market that allows lenders to trade directly with borrowers. (...)The P2P lending process begins with a prospective borrower applying or registering for a loan on a platform. Borrowers provide a range of credit information, which is posted on the platform after it has been verified and approved by the platform. Prospective creditors can choose to fund loans available on the market. Importantly, individual loan contracts are established between borrowers and creditors, rather than with the platform. Funds and contractual loan repayments are segregated from the platform's own account, with the platform operator earning its revenue from fees levied on the transacting parties, such as those for account setup, loan origination and ongoing loan repayment." FSB, Op. Cit., p. 11.

O FSB⁸ ainda apresenta algumas subdivisões sobre o *P2P Lending*, tais como: (i) modelo básico, que significa a plataforma simples de encontro (*pure match model*) entre emprestadores e tomadores de empréstimo; (ii) modelo de notário (*notary model*), no qual a plataforma eletrônica junta emprestadores e tomadores de empréstimo, mas os créditos são gerados por instituição financeira e repassados aos investidores; (iii) o modelo garantido (*guaranteed return model*), por meio do qual a plataforma eletrônica garante o valor do capital investido e/ou dos juros da operação; (iv) modelo de financiamento próprio, por intermédio do qual a plataforma origina e retém os empréstimos por meio do seu próprio balanço; e (v) desconto de recebíveis (*invoice trading model*) pelo qual a plataforma adquire recebíveis de empresas por meio do desconto de créditos futuros.

Independentemente do modelo, o *P2P Lending* pode ser caracterizado como plataforma eletrônica que oferece crédito a pessoas, podendo ou não permitir que investidores possam adquirir e financiar terceiros.

Dentre as suas características comuns, está (i) a utilização de avanços tecnológicos, em especial a utilização da função de *marketplace*, que reduz os custos de transação, (ii) possuem habilidade para operar em grandes escalas, em decorrência da necessidade baixos custos incrementais de investimento, possibilidade de padronizar contratos, e (iii) custos menores frente às instituições financeiras (o que, dependendo da forma como são, ou não, reguladas podem gerar uma arbitragem regulatória).

O FSB também indica que o novo tipo de demanda dos usuários pode ser um fator que destaca a atuação das plataformas eletrônicas. De acordo com esse organismo, os consumidores atuais buscam maior conveniência, velocidade e custos, o que gera uma tendência a melhor aceitação das plataformas eletrônicas.⁹

É importante destacar que as jurisdições estrangeiras não são harmônicas no que se refere à forma de regulação do *P2P Lending*, nem mesmo como deve ser abordado o tema. A IOSCO entende

8 FSB, Op. Cit., p. 11.

9 FSB, Op. Cit., 4.

que o *P2P Lending* é uma espécie de *crowdfunding*¹⁰, enquanto o FSB analisa esse fenômeno sobre a visão bancária e eventuais riscos ao sistema financeiro. Dessa forma, há visões diferentes de como deve ser regulada essa figura. De acordo com o FSB, não há uma forma única e padrão de se regular o *P2P Lending*, sendo que cada país adota suas medidas para mitigar riscos¹¹:

There are no internationally agreed financial regulatory standards or policies for FinTech credit lending. In a number of jurisdictions where FinTech credit markets have emerged, authorities have acted to address risks and to promote benefits, in line with their respective mandates. Some authorities have acted within existing frameworks, while other authorities have put in place rules specifically for FinTech credit. In some cases, there have been public sector policies (eg tax policies) to promote FinTech credit or influence its development.¹²

Pelo exposto, o modelo de *P2P Lending* é uma ferramenta que pode ser constituída por diversas formas, permitindo empréstimo a pessoas, sem haver, necessariamente, uma intermediação financeira. O modelo de regulação ainda é debatido nos fóruns internacionais e cada país adota o modelo dentro da sua estrutura.

10 Crowd-funding is an umbrella term describing the use of small amounts of money, obtained from a large number of individuals or organisations, to fund a project, a business or personal loan, and other needs through an online web-based platform. Peer-to-peer lending is a form of crowd-funding used to fund loans which are paid back with interest. Equity crowd-funding is the raising of capital through the issuance of stock to a number of individual investors using the same method as crowd-funding." IOSCO, **Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast**, (2014), p. 8. Disponível em: <<http://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

11 A IOSCO também chega a essa conclusão, embora faça uma análise das entidades reguladoras de cada jurisdição: "In jurisdictions where financial market supervision is conducted by one integrated regulator, all investment crowdfunding activities fall under the remit of the single regulator. Conversely, in jurisdictions that have adopted a twin-peaks regulatory model, the two regulators usually share responsibility for the oversight, each within its own remit. In other jurisdictions supervisory responsibilities in the financial sector are divided on the basis of the type of entity and the activity conducted, and/or the financial product offered. In this context, there may be a number of responsible authorities with its specific remit for the securities market, or the banking, or the insurance and/or pension funds sectors. There may be also a mixture of twin peaks and sectorial-based division of responsibilities." IOSCO (2017), p. 19.

12 FSB, Op. Cit., p. 35.

3. Vantagens e riscos do modelo de P2P Lending

As plataformas eletrônicas de crédito apresentam uma série de vantagens para o mercado, tais como (i) a concessão de empréstimos a pessoas (incluindo pequenas e microempresas) que não têm acesso a crédito junto às grandes instituições financeiras; (ii) possuem custos operacionais inferiores às das instituições financeiras; (iii) permitem uma diversificação de investimento para potenciais investidores; (iv) os investidores podem investir pequenas somas em vários empréstimos, a um custo baixo¹³.

Correlacionado com esses itens, está a possibilidade de inclusão financeira, permitindo que pessoas que atualmente estão fora do sistema bancário consigam, inicialmente crédito, mas posteriormente um ambiente para realizar transações financeiras.

Comparando com as instituições financeiras existentes, o FSB indica que as plataformas eletrônicas de crédito podem ser benéficas, uma vez que permitem uma opção frente ao financiamento bancário, há pouca interconexão entre o sistema bancário e as plataformas eletrônicas (isto é não há exposição entre as plataformas como há nas instituições financeiras), e elas podem ajudar na concessão de crédito em momentos de crises bancárias¹⁴.

Uma das questões mais importantes dos modelos das plataformas eletrônicas de crédito é que, em função de as plataformas não assumirem risco de crédito (que é repassado diretamente para os possíveis investidores), não há relação entre captação e empréstimo, ou mesmo risco de eventuais saques de depósitos, tal qual ocorre com as instituições financeiras. Isto é, não há possibilidade de descasamento entre os investimentos e a maturidade dos empréstimos concedidos. Dessa forma, as plataformas eletrônicas de crédito poderiam ser resilientes no caso de choques de liquidez. De acordo com o FSB:

In contrast to the traditional banking model where term lending is funded by on-demand deposits and shorter-maturity funding, the matching of loan

¹³ IOSCO (2017), p. 15.

¹⁴ FSB, Op. Cit., p. 31.

terms under the traditional P2P lending model (Section 4.1.1) does not entail maturity mismatch. While investors can choose not to roll over maturing claims, they (generally) cannot redeem claims early. Consequently, FinTech lending platforms could enhance the resilience of credit provision in the economy to pure liquidity shocks, provided that the end investors understand that platforms are not providers of liquidity, and that end investors are not (solely) traditional banks. In addition, FinTech platforms may be less exposed to international shocks than banks because they are more domestically focused in both their credit extension and fund-raising activities.¹⁵

Dentre os possíveis riscos das plataformas eletrônicas de crédito, é possível citar o risco de falta de informação. No caso das plataformas, tendo em vista que, geralmente, elas realizam a análise de crédito dos possíveis investidores, assim como há uma padronização de contratos, é possível que os investidores não tenham todas as informações sobre as operações que estão sendo oferecidas e os riscos correspondentes. Além disso, pela falta e regulação, as plataformas eletrônicas de crédito podem não informar sobre o índice de inadimplência dos créditos concedidos pelas plataformas, o que torna a decisão do investidor mais arriscada¹⁶.

Adicionados a esse ponto, há sempre o risco da realização de fraudes e/ou colapso de alguma plataforma, que pode impactar a percepção dos clientes sobre esse ambiente de negócios. Com relação a esse ponto já foram identificados alguns escândalos sobre esse tipo de operação, como nos casos do *Lending Bank*, nos EUA, o *TrustBuddy*, na Suécia, e o *Ezbaao*, na China. Embora cada

¹⁵ FSB, Op. Cit., p. 31

¹⁶ A IOSCO ressalta que as plataformas eletrônicas de crédito ainda não passaram por um ciclo de expansão e contração de crédito, nem de mudanças das taxas na economia, razão pela qual a taxa e inadimplência pode ser falsa, especialmente em cenários de aperto econômico. "P2P lending platforms have not gone through a full economic cycle of expansion and contraction, and cyclically adjusted default percentages are therefore not available. One of the implications is that average default rates could be higher than anticipated when, for example, interest rates rise or economic growth falters." IOSCO (2017), p. 17.

um tenha ocorrido por diferentes razões, a falta de uma regulação pode permitir alguns abusos.

Com relação aos investidores, ainda há o risco da inexistência ou a existência limitada de um mercado secundário para os ativos adquiridos. Isso é, caso um investidor tenha interesse em vender seu ativo (crédito) antes do prazo final da operação, pode ser que ele não encontre compradores, ou os encontre em operações desvantajosas (para o investidor). Dessa forma, há uma limitação de liquidez para os investidores, o que também pode ser considerada uma desvantagem sobre o modelo de depósitos bancários.

Outro ponto diz respeito ao modelo de negócios das plataformas eletrônicas de crédito. Como a maioria (com a exceção do modelo de financiamento próprio) atua como um modelo de agenciamento, isto é, juntando investidores e as pessoas que buscam crédito, e sua remuneração é uma taxa sobre o empréstimo, há a possibilidade de um risco moral, uma vez que (i) as plataformas têm interesse em efetivar o maior número de empréstimo; e (ii) eventualmente buscar realizar os empréstimos para os piores devedores, o que pode gerar uma taxa maior do que outros empréstimos.

Esse é um ponto importante e foi debatido durante a crise financeira de 2008, em especial sobre a utilização em larga escala de securitização de recebíveis (ou ao menos o modelo de originar operações e distribuí-las a terceiros. Nesse caso, nos modelos de agência, o interesse da plataforma é realizar o maior número de operações, já que o risco de crédito não fica com ela.

Isso pode levar a comportamentos indevidos e não ocorre (ou ao menos não deveria ocorrer) com as instituições financeiras, uma vez que como essas últimas mantêm o risco de crédito em seus balanços, eles tenderiam a ser mais cuidadosos e cautelosos na concessão de empréstimos.

Realizadas essas considerações mais genéricas, vamos, no próximo item, analisar o histórico nacional com relação a essas plataformas eletrônicas de crédito.

4. Histórico nacional das plataformas eletrônicas de crédito entre pessoas

Antes de iniciar a análise do Edital BCB que vai regular as plataformas de empréstimo de crédito no Brasil, é necessário realizar um histórico sobre a atuação dessas plataformas no país e como elas operam frente à regulação atual, e quais podem ser os impactos frente à nova regulação.

O primeiro caso a ser analisado é o ocorrido em 2010. Uma empresa estabeleceu uma plataforma que tinha como negócio a seguinte estrutura:

- a de intermediação, e não a de empréstimo direto de valores, ou seja, cobra apenas pelos serviços de aproximação, avaliação e verificação necessários para que os empréstimos se realizem. As taxas de remuneração são negociadas diretamente entre os participantes por meio de um mecanismo de leilão, favorecendo o tomador de empréstimos já que apenas as melhores taxas são aceitas;
- pessoas com necessidades de crédito preenchem seus cadastros e solicitam empréstimos, informando as taxas e os valores pretendidos;
- pessoas interessadas em dispor de seus recursos financeiros devem criar uma conta na Fairplace e se cadastrarem como investidores, requerendo-se saldo na conta para se fazer os lances nos leilões;
- após a verificação de informações e do comportamento de crédito no mercado e a atribuição de uma pontuação pela Fairplace, as ofertas são publicadas no sítio e tem-se início o processo de leilão, em que vários investidores fazem suas ofertas de empréstimos aos candidatos ao crédito, vencendo os investidores que oferecerem as melhores taxas [...]¹⁷

¹⁷ Dados retirados do Recurso Voluntário nº 13925, julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro – CRSFN em 28 de junho de 2016.

Dessa forma, essa plataforma eletrônica de crédito montou uma estrutura por meio da qual atuava como agente entre investidores e tomadores de empréstimo, realizando a análise de risco dos proponentes. Não havia vínculo com nenhuma instituição financeira e os créditos gerados eram realizados totalmente apartados do sistema financeiro nacional.

O BCB instaurou um processo administrativo para investigar possível infração aos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595/64¹⁸, isto é, se essa plataforma eletrônica atuou como instituição financeira sem a prévia e necessária autorização do BCB, em função de coletar, intermediar e aplicar recursos financeiros, com o fim lucrativo, a habitualidade, o caráter público da oferta e a exploração do dinheiro como mercadoria.

A empresa argumentou, dentre outras alegações, que (i) não faz concessão direta de empréstimos, financiamentos, crédito direto, aplicações financeiras vinculadas ou garantidas, investimentos ou operações assemelhadas, não podendo ser vista como instituição financeira sob o controle do Banco Central do Brasil; (ii) na intermediação direta proposta pela sua forma de atuação, não assume o risco, diferentemente dos bancos, que emprestam dinheiro de terceiros em nome próprio, responsabilizando-se pela solvabilidade do crédito; (iii) diante da inovação trazida por seu modelo negocial, aliada à inexistência de regulamentação específica para empréstimos *peer-to-peer*, e possuindo autonomia privada, tem atuado de modo regular e em observância ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC); (iv) a plataforma funciona como um *marketplace* virtual, ou seja, um espaço que visa ao fomento de negócios entre membros de sua comunidade *on-line*, divulgando, de forma eficiente, oportunidades de investimentos, que serão assumidas por cada um, por sua conta e risco; (v) apenas prepara os documentos que viabilizarão o empréstimo, gerencia os pagamentos originados da operação e administra os

¹⁸ Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

efetivos recebimentos – terceiriza os serviços de cobrança judicial e extrajudicial a empresas especializadas –, agindo sempre por conta e ordem dos interessados, na qualidade de mandatária; (vi) é remunerada pelo mutuante, pelos serviços terceirizados de *rating*, *matching* e cobrança, e pelo mutuário, por auxiliar na localização dos recursos que este pretende obter.

A dúvida existente é se o fato de a plataforma eletrônica juntar emprestadores e pessoas que querem obter empréstimo, sem que aceite qualquer tipo de depósito ou mesmo tenha qualquer risco de crédito, poderia ser considerado como intermediação financeira. Na sua decisão o BCB entendeu que:

7. Assim, diferentemente do alegado pela defendente, a Fairplace não se limitava a aproximar pessoas com intenção de celebrar contratos de mútuo. Observa-se que os recursos financeiros envolvidos nos empréstimos efetivamente transitavam pela empresa.

[...]

9. Diante do apresentado, constata-se que, não obstante a inexistência de risco para a indiciada, a Fairplace, mediante remuneração, realizava a aproximação entre indivíduos que buscavam aplicar recursos (agentes econômicos superavitários) e indivíduos que buscavam receber recursos por empréstimo (agentes econômicos deficitários). Assim, ao relacionar a oferta do emprestador e a demanda do tomador de crédito, fica caracterizada a intermediação financeira, prevista no caput do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964¹⁹.

Dessa forma, o entendimento do BC foi de que o fato de uma empresa aproximar ofertantes e demandantes de crédito seria uma atividade exclusiva de instituições financeiras, necessitando a respectiva autorização do regulador para funcionar.

¹⁹ Recurso Voluntário nº 13925, julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro – CRSFN em 28 de junho de 2016.

Com base nisso, as plataformas eletrônicas de crédito tiveram que estar vinculadas a instituições financeiras existentes ou se tornar uma instituição financeira. A maioria delas se tornou correspondente bancário²⁰ de uma instituição financeira existente, que é a responsável por gerar os contratos de empréstimo. Uma das vantagens desse modelo é permitir a originação de crédito sem estar vinculado à Lei da Usura (Decreto nº 22.626/33).

Em razão do exposto, no Brasil não é permitida a criação do modelo básico de plataforma e *P2P Lending*, denominado pelo FSB como *pure match model*. Todas as plataformas eletrônicas de crédito utilizam o modelo de notário (*notary model*).

Um dos modelos existentes no Brasil é o de financiamento próprio. Nesse caso, a plataforma oferece crédito a pessoas que se cadastram no site e fazem uma requisição de empréstimo. Com base nessas informações a plataforma eletrônica faz uma análise de crédito e pode aceitar (total ou parcialmente) o pedido de empréstimo.

Sendo aceito o pedido de empréstimo, os recursos são depositados na conta corrente do requisitante do cliente (e no banco deste, e não na da instituição financeira na qual a plataforma é correspondente) e as parcelas do empréstimo são debitadas mensalmente na própria conta corrente do devedor.

Esse tipo de plataforma financeira de empréstimo tem a função de originar créditos que são realizados por uma instituição financeira, mas o risco de crédito se mantém com a instituição financeira ou com terceiro (no caso de o crédito ser cedido). Em razão disso, não há nesse modelo a busca por investidores; a plataforma já tem o *funding*

20 De acordo com a Resolução do CMN nº 3.954/11, a atividade de correspondente bancário pode englobar as seguintes funções: (i) recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante; (ii) realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante; (iii) recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros; (iv) execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários; (v) recepção e encaminhamento de propostas de operações de crédito e de arrendamento mercantil concedidas pela instituição contratante, bem como outros serviços prestados para o acompanhamento da operação; (vi) recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante; (vii) recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e (viii) realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, observado o disposto no art. 9º.

necessário para realizar as operações de crédito e não busca (nem oferece) a oportunidade de qualquer pessoa financiar uma operação.

As plataformas eletrônicas de crédito que oferecem possibilidade de investimento para terceiros dependem do financiamento de terceiros para realizar suas operações de crédito. Nesse sentido, as pessoas que buscam crédito se cadastram no *site* da plataforma e aguardam que terceiros aceitem realizar aquele financiamento.

Os financiadores também se cadastram na plataforma e selecionam o projeto que querem investir (ou em um portfólio, como será visto a seguir). Caso o valor necessário para o projeto seja satisfeito há a transferência de recursos para o devedor e mensalmente o credor recebe os juros referentes a essa operação.

Em algumas plataformas eletrônicas de crédito o que é ofertado é uma cesta de crédito, e não um único específico. Nesses casos, os investidores adquirem um percentual de vários créditos que compõem a carteira oferecida, mitigando os riscos de inadimplência. Nesses casos, a plataforma eletrônica de crédito realiza uma das funções da instituição financeira que é diversificação de riscos, de forma a evitar uma concentração excessiva em um único cliente.

Note-se que o investidor fica com todo o risco de crédito da operação (ou do portfólio), não tendo a plataforma eletrônica de crédito qualquer risco de crédito. Nesses casos, a plataforma é responsável por fazer uma avaliação de crédito dos devedores e fica responsável por recolher e realizar os pagamentos dos juros e amortizações.

Para estruturar essas operações, os investidores usualmente recebem um Recibo de Depósito Bancário (RDB) ou um Certificado de Depósito Bancário (CDB). Entretanto, para repassar integralmente o risco da operação para o investidor e este não ter o risco de crédito da instituição financeira (a qual a plataforma eletrônica está vinculada como correspondente), é realizada uma Operação Ativa Vinculada, regida pela Resolução do CMN nº 2921/02.

Essas operações vinculam a rentabilidade do título recebido pelo investidor (RDB ou CDB) à performance da dívida gerada pelo título do credor (CCB) e por causa dessa subordinação não há garantia do Fundo Garantidor de Crédito (FGC).

5. Análise das principais propostas do edital BCB

Em primeiro lugar, é importante verificar a razão pela qual o BC está regulando essa atividade, e não a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Em algumas jurisdições, tal qual os Estados Unidos, há o entendimento de que a oferta de crédito seria considerada uma oferta de valores mobiliários.

Essa dúvida também existia no Brasil, uma vez que o art. 2º, IX da Lei nº 6.385 define como valor mobiliário:

quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Em função dessa definição ampla, era possível o entendimento de que a operação da plataforma eletrônica de crédito permitia um contrato de investimento que gera direito de remuneração, o que levaria a competência para a CVM. Entretanto, a CVM, quando publicou a audiência pública da instrução que regulamenta o *crowdfunding*, entendeu que as operações de P2P Lending não configuram como valores mobiliários. Nos seus próprios termos:

Faz-se também a ressalva que as modalidades de empréstimos aos pares realizadas por meio da rede mundial de computadores (P2P e P2B, peer-to-peer e peer-to-business lending) não são objeto da presente regulamentação por não representarem oferta de títulos enquadrados na definição de valor mobiliário²¹.

Em razão do exposto e do entendimento do BC de que a criação de plataforma eletrônica que junte credores e devedores é intermediação financeira, há o entendimento de que o BC é competente para regular essa atividade.

21 EDITAL DE AUDIÊNCIA PÚBLICA SDM Nº06/2016, disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2016/sdm0616edital.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2017.

A proposta de resolução prevê a criação de instituições especializadas em operações de empréstimo por meio de plataforma eletrônica, sendo-lhes facultada também a prestação de um rol limitado de serviços, tais como análise de crédito e atuação como preposto de corretor de seguros na distribuição de seguro relacionado com as operações de empréstimo.

O BC está propondo a criação da Sociedade de Crédito Direto (SCD) e da Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP), sendo que ambas serão classificadas como instituições financeiras, deverão ser constituídas sob a forma de sociedade anônima, de capital aberto ou fechado, e deverão observar permanentemente o limite mínimo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em relação ao capital social integralizado e ao patrimônio líquido²².

Essas sociedades, embora sejam classificadas como instituições financeiras, não terão que cumprir requisitos de Basileia e requerimentos de capital (com exceção do anteriormente indicado), o que deve torná-las mais simples. Além disso, só podem realizar suas operações por meio de plataformas eletrônicas, não podendo ter agências físicas de atendimentos e recebimento de usuários.

Nos termos do art. 3º da proposta do BC, a SCD é a instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio, sendo vedada a captação de recursos perante o público.

Ao seu turno, a SEP é a instituição financeira que tem por objeto a realização das operações de empréstimo entre pessoas por meio de plataforma eletrônica, isto é “as operações de intermediação em que recursos financeiros coletados dos credores são direcionados aos devedores, após negociação em plataforma eletrônica”²³.

Aparentemente, o Banco Central quis segregar as plataformas eletrônicas que realizam operações de crédito com recursos

²² Arts. 21 e 22 do Edital BCB.

²³ 22 Art. 7º do Edital BCB.

próprios daquelas que fazem as operações com recursos de terceiros. Essa disposição evita que ocorra uma mistura entre recursos próprios e de terceiros e evita um risco moral que é a plataforma selecionar as melhores operações para seus sócios e ofertar as piores para o público.

No caso da SEP, o art. 9º, §2 e art. 12, II do Edital BCB veda que a plataforma eletrônica seja garantidora ou, de qualquer forma, se coobrigue pela operação de crédito. E o art. 12, III também veda que a SEP exponha-se, “direta ou indiretamente, inclusive por meio de fundos de investimento, ao risco de crédito das operações realizadas”.

O art. 8º, parágrafo único estipula que “as operações mencionadas no caput devem ser realizadas sem retenção de riscos por parte da SEP, seus controladores e empresas controladas ou coligadas”. Essa vedação ressalta a preocupação do BC em evitar, de qualquer forma, que a SEP utilize recursos próprios ou de pessoas vinculadas para realizar as operações de crédito.

Como forma de evitar exposição para as pessoas físicas (e buscar protegê-las), o BC Central exige que a SEP deve, antes da contratação da operação de empréstimo, assegurar que o total da exposição de um mesmo credor, considerando o somatório dos saldos devedores das operações realizadas por sociedades de empréstimo entre pessoas, seja de, no máximo, R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ainda com relação à proteção de investidores, o BC exige, nos arts. 15 e 16, que a SEP preste informações a seus clientes e usuários sobre a natureza e a complexidade das operações contratadas e dos serviços ofertados, em linguagem clara e objetiva, de forma a permitir ampla compreensão sobre o fluxo de recursos financeiros e os riscos incorridos, devendo informar (i) os fluxos de pagamentos previstos; (ii) a taxa de juros pactuada; (iii) os tributos; (iv) as tarifas; (v) os seguros; e (vi) outras despesas.

É necessário destacar uma preocupação que pode colocar em risco a existência das plataformas eletrônicas de crédito. Há algumas decisões judiciais que determinaram a redução dos juros, da

correção monetária e dos demais encargos cobrados com base em Cédula de Crédito Bancário (CCB), em razão da cessão do crédito à entidade não financeira.

No julgamento da Apelação nº 0007386-22.2012.8.26.0597, o TJ-SP entendeu que a cessão da CCB para entidade não integrante do Sistema Financeiro Nacional (SFN) impede a cobrança dos juros, da correção e dos demais encargos previstos na cédula por parte do cessionário, porque tais encargos seriam próprios de instituições financeiras. A decisão indica que apenas a realização de endosso, prevista na Lei nº 10.931/04, permite a cobrança das taxas e acessórios praticados na originação da operação de crédito.

6. Conclusão

As plataformas eletrônicas de crédito já são uma realidade no país e a proposta de regulação do BC parece benéfica para os investidores, uma vez que ficam mais claras as informações que devem ser prestadas e dá mais segurança para a realização dessas operações.

As plataformas eletrônicas podem ajudar em uma maior bancarização dos brasileiros, o que deve ter um aspecto positivo. Por ser uma atividade ainda recente, ainda não temos um histórico para verificar eventuais problemas decorrentes da inadimplência e como serão processadas eventuais cobranças de devedores inadimplentes.

De qualquer forma, a proposta do BC demonstra que a autarquia está atenta às inovações tecnológicas e à utilização das plataformas eletrônicas como auxiliares das instituições financeiras (o que alguns denominam como desbancarização). Essa é uma tendência no mundo todo e o Brasil parece estar caminhando na direção correta.

7. Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Edital de Consulta Pública 55/2017, de 30 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudenciaPage?3>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Edital de Audiência Pública SDM N° 06/2016. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/audiencias_publicas/ap_sdm/anexos/2016/sdm0616e_dital.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2017.

FINANCIAL STABILITY BOARD. FinTech credit Market structure, business models and financial stability implications, (2017). Disponível em: <<http://www.fsb.org/2017/05/fintech-credit-market-structure-business-models-and-financial-stability-implications/>>. Acesso em: 3 de nov. de 2017.

IOSCO, IOSCO. Research Report on Financial Technologies (Fintech) - February 2017. Disponível em: <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

_____. **Crowd-funding: An Infant Industry Growing Fast,** (2014). Disponível em: <<http://www.iosco.org/research/pdf/swp/Crowd-funding-An-Infant-Industry-Growing-Fast.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

Os efeitos concorrenciais do *big data* e a portabilidade de dados pelos usuários

Bernardo Peterli

5

Os efeitos concorrenciais do *big data* e a portabilidade de dados pelos usuários

Bernardo Peterli¹

Resumo

Os avanços tecnológicos dos últimos anos permitiram que as empresas passassem a ter a possibilidade de acumular e processar por meio de algoritmos dados em quantidades inéditas, o que aperfeiçoou a possibilidade de leitura, compilação e uso deles. A esse novo fenômeno da atualidade se deu o nome de *Big data*, o qual vem revolucionando o mercado e a forma de atuação das empresas. Contudo, o advento dessa nova realidade leva a preocupações com relação à possibilidade de abuso de posição dominante pelos agentes detentores desses dados e ao surgimento de um ambiente anticompetitivo e com fortes barreiras à entrada para novos agentes. Nesse sentido, buscaremos delinear como essa nova realidade deve ser analisada, considerando os efeitos anticompetitivos que eles podem ocasionar e como relativizá-los. Ao final, comentaremos a experiência da União Europeia para a portabilidade dos dados e como esse mecanismo poderá ser útil para mitigar o potencial anticoncorrencial do *Big data*.

Palavras-chave: *Big data*. Defesa da concorrência e portabilidade.

Abstract

The technological advances of the last years allowed companies to have the possibility to accumulate and process through algorithms data in unpublished quantities which improved the possibility of reading, compiling and using them. This new phenomenon of the present time has been called Big Data, which has revolutionized the market and the way companies operate. However, the advent of this new reality leads to concerns about the possibility of abuse of a dominant position by agents holding such data and the emergence of an anti-competitive environment with strong barriers to entry

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro – FGV Direito Rio. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

for new agents. In this sense, we will try to delineate how this new reality should be analyzed considering the anticompetitive effects that it can cause and how to relativize them. In the end, we will comment on the European Union's experience with data portability and how such a mechanism could be useful in mitigating Big Data's anti-competitive potential.

Keywords: *Big data*. Antitrust and portability.

1. Introdução

O emprego de dados sempre foi um instrumento muito utilizado pelos agentes econômicos para conhecer os costumes, preferências ou hábitos dos seus consumidores com o intuito de aperfeiçoar as suas vendas ou a prestação dos seus serviços. Não é por outro motivo que existem sistemas de acompanhamento de pós-vendas ou pesquisas de opinião sobre possíveis lançamentos.

Ocorre que o armazenamento, a utilização e o processamento desses dados em razão dos avanços tecnológicos dos últimos anos têm levado à criação de novos mercados e, potencialmente, à possibilidade de práticas que podem afetar a defesa da concorrência.

O aumento da importância dos dados tem levado, inclusive, à criação de um novo termo: o *Big data*, o qual se diferencia da realidade para a utilização dos dados na forma em que os conhecíamos em razão da velocidade, variedade e volume pelos quais podem ser utilizados². Ou seja, os ganhos tecnológicos dos últimos anos mudaram a própria concepção de utilidade do dado que passa a ser o centro de uma atividade econômica própria. Tanto é assim que agora já se acrescenta uma nova qualificação a eles, qual seja: valor³. Há inúmeros exemplos de empresas que hoje comumente podemos enquadrar nessa categoria, tais como Facebook, Google, Alibaba, Amazon e tantas outras.

2 De Mauro, A., GRECO, M.; GRIMALDI, M. (2016), **A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features**, *Library Review*, v. 65, n. 3. Disponível em: <<http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/LR-06-2015-0061>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

3 STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. (2016), **Big Data and Competition Policy**, Oxford University Press, United Kingdom. Disponível em: <<https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy-9780198788133?cc=fr&lang=en&>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

A importância que os dados passam a ter para a consecução de seus negócios é tão premente que, inclusive, os serviços oferecidos aos usuários hoje, em muitos casos, nem sequer são cobrados, de modo a permitir que acumulem a máxima quantidade dessas informações, pois são esses dados que os diferenciam competitivamente.

É esse modelo de negócio baseado no acúmulo máximo de informações, capacidade de processamento e customização de acordo com o anseio do cliente final que leva a que tais empresas com serviços pretensamente gratuitos gerem lucros astronômicos⁴. Logo, os dados obtidos e a capacidade de processá-los que levam tais empresas a se diferenciarem no mercado.

De todo modo, o *Big data* avança hoje, inclusive, para mercados que já não dependem da estrutura de coleta de dados apresentados e não se limita, portanto, mais a sites de busca, rede sociais ou de compras que listamos anteriormente. Nesse momento, o mesmo vem avançando e sendo até mesmo uma realidade nos mercados de energia (*smart grids* são o maior exemplo), economia do compartilhamento (*AirBnb* ou *Uber*), seguradoras (*Youse*), ou transporte (*Waze*), além é claro do que se convencionou chamar de Internet das Coisas e que pode ser entendida como a possibilidade de obtenção de informações dos consumidores, as quais são repassadas diretamente pelos produtos por ele utilizados (a indústria automobilística é extremamente representativa dessa tecnologia).

Essa realidade faz com que ultrapassemos a discussão sobre *Big data* que vinha se limitando a debates sobre temas de privacidade com relação aos dados dos usuários para uma análise dos efeitos anticompetitivos que o acúmulo e processamento desses dados podem apresentar.

Buscaremos, dessa forma, apresentar quais são as consequências que podemos antever para o tratamento dos dados que são detidos por tais agentes e como se pode mitigar os efeitos anticompetitivos de uma eventual concentração de dados em um único agente.

4 Apenas o Facebook apresentou um lucro de mais de 3 bilhões de dólares no 1º trimestre de 2017 e uma receita de 8 bilhões de dólares. Fonte: <<http://www.valor.com.br/empresas/4956462/lucro-do-facebook-cresce-77-no-1-trimestre-para-us-3-bilhoes>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

2. Os efeitos pró-competição e eventuais efeitos anticompetitivos do *Big data*

O Big data pode ser apresentado como uma tecnologia disruptiva, já que: (i) não é um simples aprimoramento incremental em uma determinada atividade e, inclusive, pode levar à destruição ou redução de outros agentes atuantes no mercado (pensemos na diminuição de receita dos jornais com os anúncios de classificados depois dos sites de busca de imóveis, por exemplo) e; (ii) se apresenta como um novo modelo de negócio e não apenas um novo produto.⁵ Desse modo, o seu processo de consolidação ainda não foi concluído, porém os efeitos dele decorrentes já podem ser analisados.

Em primeiro lugar, um maior acúmulo de informações pelos agentes resulta necessariamente em que eles tenham um conhecimento mais amplo sobre como os seus produtos estão sendo aceitos, bem como a possibilidade de antecipar eventuais melhoras que possam ser de interesse de consumidores, o que naturalmente é um elemento pró-competitivo e que cria uma situação de melhor bem-estar coletivo.

O recebimento de tais informações pelos agentes pode ocorrer de forma ativa por meio de comentários deixados por consumidores em sites de compras, por exemplo, ou de forma indireta, como ocorre quando informações são repassadas por um sistema instalado no produto, tal como na Internet das Coisas anteriormente comentada.

É claro que isso gera um efeito potencial de se antecipar a problemas, hábitos e preferências dos consumidores, os quais resultam em uma melhora na prestação dos serviços e dos produtos ofertados. Há ainda a possibilidade do uso dos dados coletados para a criação ou viabilização de outros mercados como a criação de *playlists* temáticas por sites de disponibilização de músicas em razão das buscas realizadas em outros sites.

5 CHRISTENSEN, Clayton M. **The Innovator's Dilemma**: The Revolutionary Book That Will Change the Way You Do Business, Editora Harper Business, 4. ed. Para literatura no Brasil: RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do Direito Administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 70.

Por outro lado, tais vantagens podem tanto resultar na impossibilidade de ingresso de novos agentes quanto representar uma barreira para a entrada de novos agentes nos mercados por ela atingidos.

Adicionalmente, outro efeito decorrente dessa centralização do Big data em um agente é o de que há um efeito de fidelização dos consumidores, os quais acabam por se fidelizar a um determinado produto em razão justamente do diferencial ou comodidade por ele oferecido. Essa situação foi vivida em outros setores, como o de telefonia móvel no qual os consumidores quase não mudavam de companhia telefônica antes da possibilidade de realizar a “portabilidade” de seus números.

Essa situação demonstra que há um efeito anticompetitivo quando há uma determinada particularidade no produto ofertado que resulta em um diferencial ao consumidor que o faz ficar preso ao fornecedor original⁶. Pode-se exemplificar isso com usuários de um aplicativo como o Instagram, por exemplo, os quais se quisessem mudar de rede social teriam que novamente adicionar todos os seus amigos, aguardar o aceite deles e ainda transferir todas as suas fotos para que pudessem plenamente utilizar o novo aplicativo.

Ou seja, ainda que um novo agente conseguisse criar um algoritmo inovador que processasse melhor as informações, ele não conseguiria fazê-lo, pois lhe faltaria o insumo básico que são os dados a serem fornecidos pelos usuários.

Destarte, o *Big data* concentrado em um agente pode significar um diferencial que acarreta na criação de uma verdadeira barreira à entrada em determinado mercado, pois um entrante não terá condições para ofertar a mesma qualidade dos serviços prestados por aquele que já está instalado no mercado sem se valer do acesso ao diferencial ou insumo mantido por ele⁷.

Logo, vislumbramos claramente que há sim um efeito pró-mercado relacionado a um melhor atendimento dos anseios dos consumidores a partir de uma especialização de suas preferências ou hábitos. Por outro lado, contudo, o acúmulo dos dados realizados por

⁶ Esse fenômeno também é conhecido como *lock-in*.

⁷ RICHARD, A. Posner. **Antitrust Law**, 2. ed., p. 250.

um agente faz com que potencialmente se apresente uma barreira à entrada para novos agentes, já que os usuários das plataformas tendem a se fidelizar a tais plataformas em razão da dificuldade em migrar suas informações para outras plataformas e pelo próprio diferencial competitivo mantido pelo agente detentor de tais dados.

Sendo assim, trava-se hoje em dia uma discussão sobre se devem existir mecanismos que garantam acesso a tais dados por outros agentes de forma compulsória como ocorreria no caso de infraestrutura de redes ou ainda se não seria possível mitigar esses efeitos com a possibilidade de migração dos dados pelos consumidores.

3. A aplicação da doutrina das *Essential Facilities* para o *Big data*

Os dados mantidos por uma plataforma e o tratamento que eles recebem por meio de algoritmos são claramente o diferencial competitivo que ela apresenta em um determinado mercado. O que se vem discutindo na atualidade é se não haveria uma correlação entre essa nova situação fática e a construção jurisprudencial que levou ao surgimento da doutrina das *essential facilities*⁸ e a obrigação de contratar dela decorrente⁹.

Isso porque a recusa em contratar o acesso aos dados mantidos por um determinado agente pode ser uma prática excludente que ocasiona a impossibilidade de acesso de novos agentes àquele mercado e a duplicação de todos os dados por um agente concorrente seria antieconômico e socialmente desvantajoso¹⁰.

8 “A essential facility doctrine foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67, e ainda “A teoria das essential facilities, por sua vez, pode ser compreendida como o instituto jurídico pelo qual se reconhece a determinados agentes econômicos o direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas, reputadas indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica em regime de concorrência com os operadores já existentes no mercado”. NESTER, A. W. **Regulação e concorrência**: compartilhamento de infraestruturas e redes. São Paulo: Dialética, 2006, p. 64.

9 No CADE este tema está sendo analisado no Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 aberto contra a Google, o qual ainda se encontra sem resolução de mérito.

10 Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. Thompson/West, 3rd Ed, 2005.

Foi o que falamos anteriormente. Por mais que um agente criasse um algoritmo com um grande diferencial competitivo, ainda assim lhe faltaria o insumo básico: os dados.

Sendo assim, o que se vem colocando é se os dados mantidos por um determinado agente poderia ser comparado a um monopólio natural e, por conseguinte, passível de ser obrigatoriamente compartilhado com terceiros por meio da aplicação da doutrina das *essential facilities*. Essa seria a mesma lógica empregada em outras infraestruturas na qual a duplicação ou criação de ativos concorrentes desde um ponto de vista econômico não seria racional e tampouco benéfico para a sociedade, de modo que o compartilhamento dos dados faria com que todos os envolvidos estivessem em uma situação melhor se considerados coletivamente¹¹.

O *Big data*, contudo, não pode ser comparado a ferrovias, redes de distribuição de água ou de gás, pois não há qualquer impedimento para que outro agente possa iniciar o acúmulo dos mesmos dados ou crie um algoritmo que seja mais competitivo do que aqueles existentes¹².

Na verdade, a situação em que uma empresa se apresenta como um agente de destaque no setor de *Big data* decorre do diferencial competitivo que ela conseguiu lograr por meio de sua plataforma ou pelo processamento desses dados de forma a organizá-los de uma maneira coerente e competitiva.

A sua elevada participação em um mercado, portanto, decorre de sua estratégia bem-sucedida de atuação em um determinado mercado, e não da construção de um monopólio natural artificial. A sua ocorrência, portanto, não importa qualquer ilícito, conforme parágrafo primeiro do art. 36 da Lei nº 12.529/11:

11 É o conceito de Ótimo de Pareto desenvolvido pelos economistas e que implica que todos os recursos disponíveis são alocados da maneira mais eficiente e que se houver qualquer mudança em benefício de qualquer uma das partes todos considerados em conjunto estarão em uma situação pior.

12 An argument frequently posed by the opponents of the essential facilities doctrine is that data cannot be easily monopolised: it is non-rival and, they argue, non-exclusive, since there are no contracts preventing users from sharing their personal information with multiple companies. Furthermore, they argue that there are few entry barriers to new platforms, as data is relative inexpensive to collect, shorted-lived and abundant. However, as discussed previously, it may not be the collection of the data, as much as the ability to timely and swiftly extract useful information from a large volume and variety of data that leads to a competitive advantage being gained. OCDE. THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **BIG DATA: Bringing competition policy to the Digital Era**, p. 22. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

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.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Adicionalmente, obrigar o acesso de terceiros pode ser um desincentivo a que um agente tome o risco de desenvolver uma plataforma para “recolher” os dados, criar um algoritmo que os “processe” para ao final ainda correr o risco de que tais informações sejam atrativas ao mercado. Desse modo, permitir que qualquer um possa utilizar tais vantagens sem incorrer em tais riscos seria legitimar uma atuação oportunista e de um verdadeiro free rider, já que tais agentes poderão se valer de todo o esforço realizado pelo agente existente sem assumir qualquer risco¹³.

Por outro lado, é notório que há uma grande alteração no quadro de agentes participantes no setor o que parece ser um indicativo bastante razoável de que se está diante de um mercado extremamente competitivo o que mais uma vez corrobora a inaplicabilidade da doutrina das *essential facilities* para esses casos.

Note-se que os monopólios naturais, inclusive, costumam ter uma regulação ex ante de forma a não permitir que o monopolista extraia rendas do exercício de sua atividade além do que seria o ótimo desde um ponto de vista social considerando sempre o conceito de eficiência na alocação de recursos, o que novamente

13 “Indeed, forced sharing is inimical to general antitrust goals: it undermines the competitive market process of forcing firms to develop their own sources of supply. That remedy should never be offered where the development of alternative sources is feasible; in that case we have used the antitrust laws to undermine rather than foster competition.” HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy**. 3. ed., p. 299.

não conseguimos vislumbrar como sendo uma possibilidade para o caso do Big data e dos agentes nele envolvidos.

Não obstante, e diferentemente da aplicação da doutrina das *essential facilities* para o *Big data*, pode-se pensar em mecanismos regulatórios para o compartilhamento de informações detidos por agentes incumbentes que decorram de um privilégio em determinado mercado, e não de sua atuação mais eficiente propriamente dita.

Esse é o caso do mercado livre de energia elétrica, por exemplo, em que as distribuidoras acabam por saber a curva de consumo de todos os seus clientes, inclusive aqueles que podem ser enquadrados como consumidores livres, e com isso passam a ter uma vantagem competitiva com relação a outras comercializadoras. Nesse caso, a distribuidora de energia elétrica não teve qualquer ação para realizar a coleta dos dados, pois a aferição deles decorre da sua própria atividade que é o fornecimento de energia elétrica, porém essa informação se transforma em um diferencial anticompetitivo.

Desse modo, uma medida da autoridade concorrencial ou regulatória do setor obrigando o compartilhamento de tais dados pelas distribuidoras é uma medida de promoção da concorrência que permite maior eficiência ao setor sem afetar a atividade principal da distribuidora de energia elétrica e sendo assim não vemos qualquer impedimento para que se tome tal medida.

A não aplicação da doutrina das *essential facilities* para obrigar um agente a disponibilizar seus dados para terceiros, contudo, tampouco importa para a não aplicação de outras regras de promoção da concorrência já conhecidas como: (i) neutralidade de rede; (ii) a vedação de comercialização discriminatória de dados (caso esse seja o negócio da empresa) para terceiros; (iii) limitação aos direitos de exclusividade firmados entre companhias que impliquem um fechamento do mercado, o que poderia ocorrer no caso de um aparelho de celular que somente permitisse a instalação de um determinado aplicativo para acesso aos *e-mails* dos seus consumidores ou; (iv) a análise de efeitos anticoncorrenciais decorrentes de discriminação de preços considerando que o agente terá maior informação sobre os consumidores e poderá definir a sua atuação de forma anticoncorrencial (um supermercado, por exemplo, utilize informações de sua plataforma para fazer preços diferentes para os mesmos produtos

dependendo da região onde se localize o seu supermercado físico porque os consumidores estão dispostos a pagar mais seja por uma questão de preferência ou ausência de concorrentes).

O que, entretanto, não merece prosperar é uma situação em que um agente competitivo no mercado e que licitamente tenha conquistado uma parcela do mercado seja obrigado a abrir mão do seu principal ativo sem qualquer justificativa salvo por uma pressão maior concorrência no mercado, já que isso implicará uma estratégia oportunista dos outros agentes desincentivando a inovação no setor.

Outrossim, conforme demonstraremos a seguir, há outra medida que pode ser tomada para a promoção de competição e que tem menos desvantagens quando sopesados os problemas que podem ser causados pela obrigatoriedade de compartilhamento dos dados.

4. Uma solução intermediária: o direito de portabilidade dos dados pelos seus donos

A privacidade com relação aos dados dos usuários sempre foi um tema candente com relação ao *Big data* e nem poderia deixar de sê-lo, principalmente considerando que tais dados são obtidos comumente por meio do oferecimento de um serviço gratuito e sem a divulgação clara do tratamento que será empregado aos dados fornecidos.

Dessa forma, a existência de regras com conteúdo mínimo a ser seguido pelas plataformas tem como vantagem permitir que haja uma maior eficiência para os agentes envolvidos, pois pelo lado do consumidor seria inviável exigir a leitura por cada usuário de todo o conteúdo dos termos e condições disponível em cada plataforma por ele acessada e pelo lado das plataformas se criam padrões a serem seguidos pelas companhias o que lhes garante segurança jurídica para a execução de suas atividades. É claro que se pode pensar em formas de mitigar esse desequilíbrio tal como a elaboração de termos “amigáveis”, porém ainda assim é pouco factível acreditar que todos os usuários lerão tais regras. Em verdade, essa situação se assemelha em muito à velha e já discutida doutrina civilista relativa aos contratos de adesão.

Ou seja, tais regras acarretam na diminuição dos custos de transação envolvidos garantindo uma maior proteção e eficiência para as partes envolvidas nesse mercado.

A questão da privacidade, contudo, não encerra todas as discussões concernentes aos efeitos anticoncorrenciais e da própria liberdade dos consumidores com relação aos dados que tenham sido por eles fornecidos a eventuais plataformas. E a importância dessa discussão decorre especialmente do fato de que há um efeito de aprisionamento dos consumidores a determinada plataforma em razão do histórico decorrente da utilização dela por ele.

Uma medida para mitigar esse efeito poderia ser o compartilhamento dos dados mantidos pelos agentes a terceiros, o que como vimos apresenta uma série de restrições desde um ponto de vista da jurisprudência atualmente existente quanto pelo fato de que isso poderia implicar na própria destruição do seu negócio.

Contudo, nos parece que essa mesma regra não demonstra os mesmos problemas caso em vez de que se obrigue o compartilhamento dos dados pelas empresas envolvidas, passe-se a permitir que os dados sejam migrados pelos usuários das plataformas¹⁴.

Essa proposta implica uma mudança de paradigma, pois os dados passam a deixar de ser propriedade das empresas que os coletaram e passam a ser de titularidade dos seus usuários independentemente do direito que as plataformas tenham de usá-los.

Essa questão já foi levantada pela União Europeia por meio do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho,

¹⁴ Finally, rules on data portability play also an important role in restricting companies' market power, by reducing switching costs and allowing consumers to easily change to new and potentially better services. Taking the example of social networks, enabling consumers to transfer their profile's data and multimedia files across sites could promote market competition between incumbents and even encourage new entry. With this purpose, the European Commission has recently adopted a reform of the General Data Protection Regulation, 52 whose article 20 on right of data portability states: "The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance [...]". OCDE. THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **BIG DATA**: Bringing competition policy to the Digital Era. p. 27. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

de 27 de abril de 2016, a qual em seu artigo 20¹⁵ dispõe que o usuário poderá transmitir os dados de sua titularidade a outro agente.

A vantagem dessa medida, conforme dissemos, é que ela não implica transferência de toda a informação detida por um agente, mas permite ao consumidor a possibilidade de escolher outra plataforma diminuindo os esforços que teriam de realizar para fazê-lo. Novamente, trazemos o exemplo de uma rede social em que se tivesse que trasladar todas as novas amigas e fotos para um outro aplicativo.

Claro que dar a opção ao consumidor de migrar os seus dados não é igual a obrigar a que a companhia abra seus dados para qualquer agente. A primeira diferença é que a opção de um consumidor não afeta toda a base de dados da companhia e segundo que tais dados já são de titularidade do consumidor ou ao menos deve ser entendida como sendo compartilhada entre consumidor e a companhia.

Não obstante, é preciso que se definam os contornos da portabilidade dos dados para que tal seja efetiva.

A primeira colocação é com relação ao conteúdo dos dados que podem ser portados pelos consumidores. De nada adiantaria, por exemplo, somente a transferência dos dados cadastrais em um site de leilão, pois o seu principal diferencial são as avaliações dos agentes envolvidos. Logo, o conteúdo a ser portado tem que ser aquele que efetivamente implique uma situação igual para o consumidor na nova plataforma por ele escolhida.

Em segundo lugar, é imprescindível que os dados a serem transferidos sejam compatíveis com a nova plataforma. Nesse

15 Artigo 20 Direito de portabilidade dos dados:

1. O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se: a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9º, n.º 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6º, n.º 1, alínea b); e b) O tratamento for realizado por meios automatizados.
2. Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n.º 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.
3. O exercício do direito a que se refere o n.º 1 do presente artigo aplica-se sem prejuízo do artigo 17º. Esse direito não se aplica ao tratamento necessário para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.
4. O direito a que se refere o n.º 1 não prejudica os direitos e as liberdades de terceiros.

ponto, não se deve obrigar o agente que modifique ou trate os dados de modo que eles possam ser migrados para outra plataforma, porém o agente deve procurar apresentar os dados – ainda que em sua forma bruta – em uma qualidade que não impeça a sua utilização pelo entrante.

Em decorrência desse segundo ponto, é imprescindível que se coloque a necessidade de tratamento diferenciado entre os agentes do setor. Não se deve obrigar a uma plataforma que acaba de surgir que ela tenha um sistema tão eficiente de portabilidade de dados como aquela outra empresa que se apresenta como tendo uma posição dominante no mercado.

Desse modo, o terceiro contorno que propomos é que essa medida não represente na verdade um custo que impeça o próprio desenvolvimento de um sistema concorrente. A depender de como se desenhe a imposição da portabilidade pode ser que esse sistema se torne uma própria barreira à entrada para empresas menores.

Com isso, a portabilidade dos dados poderia ser uma possibilidade para solucionar a barreira à entrada de novos agentes e fomentar o desenvolvimento do setor, bem como ser um instrumento de garantia do direito de escolha do consumidor. Não que a portabilidade em si mesma seja a solução definitiva para os problemas anticoncorrências que vimos, porém a verdade é que ela pode sim ser um instrumento menos danoso do que aqueles relativos à clássica doutrina de compartilhamento de infraestrutura.

5. Conclusão

A ascensão do *Big data* tem criado uma situação em que os consumidores por meio do fornecimento de suas informações propiciam o surgimento de novos mercados e o aumento da eficiência das empresas no atendimento das demandas por ele levantadas. Esse cenário deve se desenvolver ainda mais rapidamente com o crescimento da Internet das Coisas, já que com ela o acúmulo de informações será facilitado.

Ocorre que dada a relação existente entre a prestação desses serviços e os dados que são fornecidos pelos consumidores

há a possibilidade de que eles se sintam presos a determinadas plataformas e sem opções de migrar para outros provedores em razão do histórico que é mantido pelo agente com o qual ele iniciou o seu relacionamento.

Nesse sentido, como forma de promoção da concorrência e a fim de que se evite a criação de barreiras à entrada e que se garanta um mercado eficiente faz-se imperioso que sejam adotadas medidas que permitam o acesso aos dados fornecidos pelos consumidores a novos agentes.

Entretanto, isso não pode ser feito retirando a própria competitividade da empresa detentora de tais dados, já que isso teria um efeito adverso no desenvolvimento do mercado.

Como medida alternativa, portanto, há a possibilidade de que tais plataformas sejam obrigadas a realizar a migração dos dados de um determinado consumidor a partir do seu pedido de portabilidade. Essa medida já foi adotada em outros mercados, como o de telefonia, e com grande sucesso, o que demonstra que ela poderia ser uma solução criativa e que não teria o mesmo efeito adverso de obrigar as empresas já instaladas a cederem todo o seu banco de dados para potenciais novos agentes de forma indiscriminada.

Contudo, para que essa possibilidade de migração seja eficiente faz-se necessário atentar para o conteúdo da informação que será disponibilizada e a qualidade dela. Por outro lado, esse instrumento não deve ser elaborado sem que se atente para os custos nele envolvidos, pois senão apenas estaremos alterando a barreira à entrada do mercado, o qual deixará de ser o acesso aos dados e passará a ser os custos elevados para criação de um sistema de migração de dados.

Espera-se assim que o *Big data* continue se mostrando como um instrumento importante para a melhora do ambiente econômico e de eficiência dos mercados sem que ao mesmo tempo surjam gigantes monopolistas que não poderão ser contestados, já que neste caso as eficiências decorrentes dessa nova tecnologia poderão ser suplantadas pelas práticas anticompetitivas desses agentes.

6. Referências

- CHRISTENSEN, Clayton M. **The Innovator's Dilemma: The Revolutionary Book That Will Change the Way You Do Business**. Editora Harper Business, 4. ed.
- DE MAURO, A., GRECO, M.; GRIMALDI, M. **A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features**, Library Review, v. 65, n. 3. Disponível em: <<http://www.emeraldinsight.com/doi/pdfplus/10.1108/LR-06-2015-0061>>. Acesso em: 1 nov. 2017.
- FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HOVENKAMP, H. Federal **Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice**. Thompson/West, 3rd Ed, 2005.
- NESTER, A. W. **Regulação e Concorrência: compartilhamento de infraestruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.
- OCDE. THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **BIG DATA: Bringing competition policy to the Digital Era**. p. 22. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>> Acesso em: 4 nov. 2017.
- RICHARD, A. Posner. **Antitrust Law**. 2. ed. [S.l.] [s.n.] [s.d.].
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. **Big Data and Competition Policy**, Oxford University Press, United Kingdom. Disponível em: <<https://global.oup.com/academic/product/big-data-and-competition-policy-9780198788133?cc=fr&lang=en&>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

Uma perspectiva econômica sobre o princípio do poluidor-pagador

Bianca Borges

6

Uma perspectiva econômica sobre o princípio do poluidor-pagador

Bianca Borges¹

Resumo

O princípio do poluidor-pagador surge com o intuito de corrigir a falha de mercado decorrente da presença de externalidades negativas. Juridicamente, o pensamento dominante é o de que os custos gerados por uma externalidade devem ser absorvidos por quem a provoca. Porém, o presente trabalho pretende demonstrar, por meio de abordagens advindas da análise econômica do Direito, a existência de outros arranjos que podem ser mais benéficos à coletividade.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. Direito Ambiental. Princípio do poluidor-pagador. Regulação ambiental.

Abstract

The polluter pays principle arises in order to correct the market failure caused by the presence of negative externalities. Legally, the dominant thought is that the costs generated by an externality must be absorbed by the person who causes it. However, this paper aims to demonstrate, through approaches stemming from the law and economics, the existence of other arrangements that may be more beneficial to the community.

Key-words: Law and economics. Environmental law. Polluter pays principle. Environmental regulation.

1. Introdução

O presente estudo tem o condão de relacionar o princípio do poluidor-pagador com a metodologia desenvolvida pela ciência econômica. A pertinência dessa abordagem se dá com base na própria natureza da referida norma jurídica, originada pela necessidade de corrigir uma falha de mercado.

¹ Mestranda em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro – Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pós-graduada em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

Inicialmente, o princípio será apreciado de forma destacada para que se compreenda sua origem e a distorção interpretativa que sofreu ao longo do desenvolvimento do Direito Ambiental. Considera-se importante assimilar essa evolução para que seja possível debater acerca da eficiência do princípio tanto economicamente quanto do ponto de vista do equilíbrio ecológico.

A ciência econômica realiza a análise de meios para otimizar a utilização de recursos em um universo em que eles são limitados. O Direito Ambiental, por sua vez, abrange um conjunto de normas que visam à proteção, manutenção e recomposição do meio ambiente, o qual é composto por bens naturais escassos. Daí por que teorias econômicas são relevantes para a solução de problemas ambientais.

Outra forma de se explicar tal conexão é que, por ser o direito ambiental um direito com raízes bastante distintas das tradicionais disciplinas jurídicas, que tem na ciência sua justificativa enquanto ramo autônomo e seu enfoque voltado para as relações entre pessoas e o meio natural, o estudo dos reflexos socioeconômicos da regulação ambiental passa a ser fundamental².

Juridicamente, o pensamento dominante é o de que os custos gerados por uma externalidade devem ser absorvidos por quem a provoca. Porém, ao se adentrar na análise econômica do Direito, observa-se que existem outros arranjos que podem beneficiar a coletividade. Aqui, tais possibilidades serão analisadas com fulcro nas ideias desenvolvidas por Ronald Coase e Guido Calabresi e A. Douglas Melamed.

Nesse contexto, é de extrema importância a existência de contornos claros que definam e delimitem direitos de propriedade. Pretende-se demonstrar que, diferentemente do que se aplica em geral, a atribuição de titularidades de direitos e a escolha correta de regras que as protejam são capazes de solucionar, em determinadas situações, a questão dos custos da poluição de forma mais eficiente e satisfatória para a sociedade.

2 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental**: doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011. p. 335.

2. Princípio do poluidor-pagador

Em um mercado equilibrado, uma negociação leva a trocas consideradas benéficas para todas as partes nela envolvidas. Eventualmente, porém, as consequências de uma atividade econômica podem afetar terceiros que não estão diretamente ligados a ela, fato que caracteriza uma externalidade.³ É nesse contexto que tem origem o princípio do poluidor-pagador, concebido com vistas à correção da falha de mercado decorrente da presença de externalidades.

O que se pretendeu com sua criação foi adequar a alocação de custos das relações econômicas geradoras de poluição, evitando que os custos decorrentes do controle e da degradação ambientais fossem arcados pela sociedade em vez de integrarem a cadeia de produção. Sendo assim, o objetivo precípua do princípio em questão era promover a internalização das consequências negativas geradas por atividades poluidoras⁴.

Ocorre que, com a evolução do Direito Ambiental, o princípio ganhou contornos distintos daquele inicialmente delineado, acabando por ter seu conceito desvirtuado e seu alcance ampliado. O princípio do poluidor-pagador, cuja natureza era eminentemente econômica⁵, passou a representar um instrumento de prevenção de danos ambientais e de promoção do desenvolvimento sustentável⁶.

O princípio deixou de ser um mecanismo de manutenção do equilíbrio mercadológico pelo qual as atividades causadoras de poluição internalizariam os custos ambientais negativos de seu funcionamento. O desdobramento de sua interpretação resultou no entendimento de que os agentes de atividades potencialmente poluidoras devem, mais do que corrigir eventuais externalidades, arcar, também, com os custos de precaução e prevenção da degradação do meio ambiente. Ou seja, transmutou-se em um verdadeiro dever de cautela.

3 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61.

4 MOREIRA, Danielle de Andrade. **Responsabilidade ambiental pós-consumo: prevenção e reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador**. São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2015. p. 85.

5 ARAGÃO, Maria Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. p. 55-57.

6 MOREIRA, Danielle de Andrade. Op.Cit., p. 90-95.

Considerar essa interpretação do princípio do poluidor-pagador, além de revelar uma redundância principiológica, uma vez que aproxima seu objetivo daqueles perseguidos pelos princípios específicos da prevenção e da precaução, possibilita a existência de relações economicamente ineficientes. Como será demonstrado na análise a seguir, deixar o caráter econômico em segundo plano pode gerar efeitos sociais mais indesejáveis do que suportar certo nível de impactos ambientais.

3. Análise econômica do Direito e dos impactos da poluição

A associação entre Direito e Economia, embora não seja recente e tenha sido tratada por economistas clássicos como Adam Smith⁷, ganhou força a partir dos anos 1960 nos Estados Unidos devido à correlação feita entre os métodos decisórios dos juízes e as bases teóricas que levam a escolhas econômicas. Percebeu-se que, em muitos casos, as decisões do Judiciário seguiam, intuitivamente, o raciocínio dos economistas ao fazer análises de custo-benefício.

O estudo do Direito tem como um de seus elementos principais a justiça, ao passo que as teorias econômicas demonstram-se valiosas quando seus métodos são aplicados no exame de instituições do sistema jurídico. A promoção de justiça por meio do Direito envolve inúmeros aspectos, dentre eles, sociais, culturais e políticos, mas essa complexidade não impede que seja levada em consideração a base científica trazida pela economia.

O estudo econômico é capaz de prever os efeitos que determinadas decisões, leis ou políticas públicas podem gerar e em que medida afetam comportamentos dos que estão a eles submetidos. Desse modo, podem ser avaliadas as reações possíveis a incentivos e sanções e, assim, auxiliar a tomada de decisão do agente público, seja ele o juiz, o legislador ou o administrador.

O ramo da ciência econômica que trata da forma pela qual indivíduos ou grupos específicos realizam escolhas frente a situações de escassez é a microeconomia e o contexto da escassez

7 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit., p. 17.

é justamente o que aproxima o Direito Ambiental da perspectiva econômica. É frente à realidade em que os recursos naturais são finitos que se dá a necessidade de garantir o uso sustentável deles. A questão a ser analisada reside no fato de que, de um lado, é desejável a manutenção das atividades econômicas geradoras de riqueza e, de outro, deve-se preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para proceder à análise econômica do Direito, particularmente do direito ambiental, realizando um estudo integrativo das duas ciências, é importante fazer a operacionalização dos conceitos de maximização, equilíbrio e eficiência, fundamentais para o entendimento da microeconomia.

Um comportamento é considerado maximizador quando escolhe a melhor opção dentre as alternativas viáveis para alcançar um objetivo. A escolha deve levar em consideração não só o que as alternativas oferecem, mas também as restrições que impõem ou às quais o tomador da decisão está sujeito⁸. Para a racionalidade econômica, toda escolha é feita visando à “ação cujas consequências são melhores para o caso em questão (definindo “melhor” de acordo com algum valor que o tomador de decisão detém)”⁹. Assim, “o tomador de decisão simplesmente classifica os resultados de possíveis ações de acordo com alguma escala de valor e escolhe a ação maximizadora - a ação que produz o maior valor”¹⁰.

Intrinsecamente ligado à maximização, está o conceito de equilíbrio. Em regra, todo comportamento maximizador leva as relações a um ponto de equilíbrio, que, quando estável, será mantido até que uma força externa intervenha. Um cenário de equilíbrio geral não é factível, pois todas as forças mercadológicas devem estar espontaneamente equilibradas para que ele ocorra. Porém, reconhecer quais seriam as condições necessárias para seu estabelecimento é relevante quando utilizadas como referenciais para a proposição de políticas públicas¹¹.

8 Ibid. p. 36-37.

9 VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, p. 607, 2005. Tradução nossa.

10 Ibid. p. 609. Tradução nossa.

11 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit., p. 51-56.

O terceiro conceito essencial é o de eficiência, o qual será abordado, aqui, por meio de duas definições. A primeira é a chamada eficiência ou ótimo de Pareto, pela qual alguém só pode sofrer melhora em sua condição caso outro indivíduo ou grupo não seja afetado negativamente¹². É uma situação eminentemente hipotética, pois, dada a escassez de recursos, é pouco provável que algo tenha sua utilidade melhorada sem que isso corresponda a uma perda para outrem.

Na tentativa de tornar mais factível o critério estabelecido por Pareto, desenvolveu-se a noção de que uma alocação de recursos é eficiente se for observado um benefício para a maioria dos indivíduos afetados. De acordo com tal critério de eficiência, o critério de Kaldor-Hicks, ainda que haja alguns prejudicados na relação, basta que os beneficiados tenham condições de superá-los numericamente para que um determinado cenário seja considerado eficiente¹³.

Feitas essas considerações, torna-se possível aprofundar o debate sobre soluções para o problema da poluição como externalidade negativa do sistema mercadológico. Com vistas à correção dessa falha de mercado, Ronald Coase, em seu artigo *The problem of social cost*, e Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, no artigo *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral*, desenvolveram estudos profundos que colocam em xeque a eficiência do princípio poluidor-pagador para esse fim.

3.1 Teorema de Coase

A abordagem de Ronald Coase no trato das externalidades foi inovadora, pois suscitou a possibilidade de que essa falha de mercado fosse corrigida por meio da negociação privada. Até então, prevalecia entre os economistas o entendimento de que uma solução deveria passar pela regulação governamental.

Para ele, em um contexto onde os direitos de propriedade estejam claramente definidos e não haja custos de transação, a livre negociação sempre levará à maximização do valor de produção, ou seja, as externalidades serão internalizadas como resultado da

¹² VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: princípios básicos. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 15.

¹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit., p. 64.

barganha realizada entre as partes negociantes. A custo zero, a solução eficiente sempre irá acontecer.

A regulação estatal demonstra-se eficiente apenas quando os custos transacionais são altos, por qualquer que seja o motivo: localização, negociação ou cumprimento¹⁴. Nesse caso, o valor despendido pelos agentes privados para resolver a questão é maior do que o valor do negócio. O custo da interferência no uso dos fatores de produção pela imposição de regras ou por decisões administrativas passa, então, a compensar quando comparado ao gasto que uma negociação privada pode gerar.

Coase vai além e observa que, identificada uma externalidade, a resposta não será encontrada necessariamente na responsabilização do agente causador de tal falha mercadológica. É dizer que, no caso da poluição, a melhor solução não será dada sempre pela mudança do comportamento do poluidor. Também deve ser analisada a vantagem de promover a mudança do comportamento daquele que sofre o dano.

Em vez de se pensar em como restringir os direitos do poluidor, deve-se atentar para a natureza recíproca da situação: quando se decide autorizar que uma pessoa cause prejuízo a outra, deve-se questionar por que esta última tem que arcar com o prejuízo. Isso porque, inevitavelmente, afastar um dano de X causa um prejuízo a Y e vice-versa. A questão paira mais em sobre qual o dano de maior gravidade do que sobre qual a forma de se coibir uma conduta considerada lesiva, pois em todos os casos haverá prejuízo a alguém como fruto da decisão¹⁵.

A fim de demonstrar a pertinência de seus argumentos, o autor avalia dois sistemas. O primeiro sendo de determinação de preços com responsabilidade pelos prejuízos que causa e, o segundo, sem responsabilidade por eles. A conclusão é a de que o resultado independe do tratamento legal recebido¹⁶. A regra jurídica pode variar, mas, na ausência de custos de transação, a solução será

14 COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Virginia, v. III, 1960. p. 14-15.

15 Ibid. p. 2.

16 Ibid. p. 2-8.

determinada pela alocação eficiente dos recursos e o bem migrará para aquele que mais o valoriza¹⁷.

Diferentemente do raciocínio jurídico tradicional, que leva em consideração questões de responsabilização, sob a perspectiva econômica, a relevância está na alocação ótima de recursos. Assim, não se deve ignorar o incômodo sofrido por nenhuma das partes, podendo haver mudança na alocação inicial de direitos com base no aumento do valor de produção.

De acordo com o teorema de Coase, a externalidade deve ser absorvida por aquele que a internaliza a custos menores, ainda que ele não seja o causador dela. Por essa ótica, o princípio do poluidor-pagador não faz sentido, uma vez que não leva em conta

17 Uma das formas pelas quais Ronald Coase ilustra a questão e defende seu argumento é a seguinte: "Let us first reconsider the case of *Sturges v. Bridgman* which I used as an illustration of the general problem in my article on "The Federal Communications Commission". In this case, a confectioner (in Wigmore Street) used two mortars and pestles in connection with his business (one had been in operation in the same position for more than 60 years and the other for more than 26 years). A doctor then came to occupy neighbouring premises (in Wimpole Street). The confectioner's machinery caused the doctor no harm until, eight years after he had first occupied the premises, he built a consulting room at the end of his garden right against the confectioner's kitchen. It was then found that the noise and vibration caused by the confectioner's machinery made it difficult for the doctor to use his new consulting room. "In particular... the noise prevented him from examining his patients by auscultations for diseases of the chest. He also found it impossible to engage with effect in any occupation which required thought and attention." The doctor therefore brought a legal action to force the confectioner to stop using his machinery. The courts had little difficulty in granting the doctor the injunction he sought. "Individual cases of hardship may occur in the strict carrying out of the principle upon which we found our judgment, but the negation of the principle would lead even more to individual hardship, and would at the same time produce a prejudicial effect upon the development of land for residential purposes." The court's decision established that the doctor had the right to prevent the confectioner from using his machinery. But, of course, it would have been possible to modify the arrangements envisaged in the legal ruling by means of a bargain between the parties. The doctor would have been willing to waive his right and allow the machinery to continue in operation if the confectioner would have paid him a sum of money which was greater than the loss of income which he would suffer from having to move to a more costly or less convenient location or from having to curtail his activities at this location or, as was suggested as a possibility, from having to build a separate wall which would deaden the noise and vibration. The confectioner would have been willing to do this if the amount he would have to pay the doctor was less than the fall in income he would suffer if he had to change his mode of operation at this location, abandon his operation or move his confectionery business to some other location. The solution of the problem depends essentially on whether the continued use of the machinery adds more to the confectioner's income than it subtracts from the doctor's. ⁹ But now consider the situation if the confectioner had won the case. The confectioner would then have had the right to continue operating his noise and vibration-generating machinery without having to pay anything to the doctor. The boot would have been on the other foot: the doctor would have had to pay the confectioner to induce him to stop using the machinery. If the doctor's income would have fallen more through continuance of the use of this machinery than it added to the income of the confectioner, there would clearly be room for a bargain whereby the doctor paid the confectioner to stop using the machinery. That is to say, the circumstances in which it would not pay the confectioner to continue to use the machinery and to compensate the doctor for the losses that this would bring (if the doctor had the right to prevent the confectioner's using his machinery) would be those in which it would be in the interest of the doctor to make a payment to the confectioner which would induce him to discontinue the use of the machinery (if the confectioner had the right to operate the machinery)". (Ibid. p. 8-10).

o valor necessário para corrigir a falha, mas tão somente a responsabilidade por sua ocorrência.

O que se propõe é uma modificação no tratamento dos cenários onde sejam verificados danos. É importante que se esteja atento ao efeito total gerado por uma decisão. Aparentemente, pode parecer que imputar uma sanção ao poluidor é a melhor resposta ao problema, mas, às vezes, pode acarretar em piora a outras situações indiretamente relacionadas.

Observe-se que, se os custos de operação de uma atividade, incluídos aqui os necessários à prevenção e/ou reparação de danos, for de tal forma maior que o valor de produção, a própria atividade pode ser condenada ao fim. Obviamente, os efeitos verificados nessa hipótese não são desejáveis para a sociedade.

É o caso de se assegurar não a completa erradicação da poluição, mas definir qual o nível de poluição é atrativo tanto para a economia quanto para a manutenção do equilíbrio dos recursos naturais. Em determinadas circunstâncias, pode ser que o desejável seja a adoção de medidas preventivas, quando os custos para tanto se demonstrem menores do que o valor do bem a ser preservado.

No entanto, pode-se chegar à conclusão de que é preferível permitir a livre ação do poluidor e a posterior compensação pelo dano. Nessa hipótese, a interpretação do princípio do poluidor-pagador como dever de cautela não se mostra eficiente, uma vez que o comportamento maximizador requer a renúncia do direito ao meio ambiente imune à poluição por ser o meio menos custoso de se alocar os recursos disponíveis.

3.2 Abordagem de Calabresi e Melamed

Calabresi e Melamed também tratam dos impactos da poluição a partir da definição de direitos relativos à propriedade. Porém, buscam a integração dessas regras com outras voltadas à responsabilidade e à inalienabilidade, pormenorizando os motivos que fazem uma regra ser considerada mais adequada para cada situação aventada.

Para se chegar à investigação das razões que levam a essa escolha, parte-se da importância da atribuição de titularidade de

direitos em um sistema legal. A decisão legal de primeira ordem é definir quem é o titular de um direito, quem deve ser favorecido por uma escolha. Feito esse arbitramento, ao Estado caberá reforçar a titularidade¹⁸.

A força da atuação estatal dependerá do tipo de regra a ser aplicada no caso concreto e, para os autores em questão, existem três tipos de proteção que podem se dar pelo Estado: via regras de propriedade, via regras de responsabilidade e via regras de inalienabilidade.

As regras de propriedade são as que requerem uma menor intervenção estatal e são as que mais se aproximam da abordagem de Coase. Para sua aplicação, o Estado se limita a atribuir a titularidade inicial do direito e as negociações quanto a valores e a possibilidade de sua troca deve ser feita pelas próprias partes. Sua escolha requer, então, que os custos de transação sejam baixos.

Quando os custos de transação forem altos o suficiente para colocar em risco a possibilidade de transferência da titularidade, deve-se optar pelo uso de regras de responsabilidade. Por meio delas, o Estado é que será encarregado de valorar a violação à titularidade inicial de um direito. A proteção, aqui, foge à negociação das partes.

Por fim, existem as regras de inalienabilidade, que, mais do que proteger, limitam a outorga da titularidade de um direito. Ainda que exista desejo em vender um bem e alguém disposto a pagar por ele, a transferência não é permitida.

Para o caso específico da poluição, cogitar de regras de inalienabilidade não parece ser muito relevante, tendo em vista que um contexto em que sejam proibidos quaisquer impactos ambientais é improvável¹⁹ e indesejado, inclusive, sob a ótica do desenvolvimento sustentável.

Como visto, tendo como fundamento os argumentos desenvolvidos por Coase, o problema de uma externalidade como a poluição pode ser resolvida pela definição clara de direitos de propriedade, o que leva a um comportamento eficiente quando

18 CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v. 85, p. 1089-1091, 1972. .

19 Ibid. p. 1123.

da sua negociação. Calabresi e Melamed, entretanto, consideram que preferências distributivas e razões de justiça, estas em geral ligadas ao que chamam de moralismos, possam levar à escolha de regras tanto quanto a eficiência econômica²⁰.

Não se nega, porém, que a razão mais lógica para determinar qual regra deve reger transferências de titularidades de direitos deve ser minimizar os custos de sua execução, ou seja, privilegiar um comportamento economicamente eficiente. Esse motivo requer uma escolha de titularidade que leve à distribuição ótima de recursos.

Portanto, sempre que for possível identificar a parte que absorverá o dano ao menor custo, devem ser aplicadas regras de propriedade. Ocorre que, na maioria das vezes, não existe clareza quanto a isso, seja pela dificuldade em se identificar os atingidos pelo dano, seja pela multiplicidade de seus agentes causadores seja pela ocultação das reais expectativas quanto ao valor envolvido na relação.

Na ausência dessas certezas, as regras de reponsabilidade devem ser aplicadas, pois considera-se que os custos administrativos para valorar as titularidades compensam os elevados custos da negociação privada. Com vistas à eficiência, a atuação estatal deverá se dar de forma que se aproxime ao máximo do julgamento do que é considerado mercadologicamente ótimo.

Todavia, uma sociedade pode considerar melhor atribuir a titularidade de direitos com justificativa em objetivos ligados à distribuição de bens e riqueza. Uma vez que toda atribuição leva a uma perda inevitável para outra parte, a sociedade deve eleger seus objetivos fundamentais para basearem suas escolhas.

Nesse ponto, Calabresi e Melamed convergem com o entendimento de Coase quanto à natureza recíproca de uma escolha, pois também afirmam que conceder uma titularidade tem como consequência, inevitavelmente, a privação dela por alguém. Assim, além de se observar a eficiência de uma relação, deve-se estabelecer em quais situações está o maior valor social. Se, ao permitir o direito à poluição, extirpa-se o direito a um rio contaminado, por exemplo, uma sociedade, ao estabelecer essa norma, distribui a

20 Ibid. p. 1098-1105.

riqueza de modo a deixar que poluidores se tornem mais ricos do que aqueles que não causam dano ao meio ambiente.

A questão da absorção das externalidades geradas por atividades poluidoras é, geralmente, analisada por meio de três possibilidades. Duas delas se baseiam em regras de propriedade: na primeira, proíbe-se a poluição, podendo ser dada a permissão posterior para que ela ocorra; e, na segunda, garante-se o direito a poluir, que só poderá ser cessado caso haja compensação para isso.

A decisão por uma ou outra recai na elucidação de qual parte, causador do dano ou vítima do dano, pode arcar com a externalidade ao menor custo. Desse modo, se os custos de o poluidor evitar o dano forem mais baixos que o de quem o sofre tentar afastá-lo ou corrigi-lo, a externalidade deve ser combatida com a imposição da regra que proíbe o ato de poluir. Do contrário, é o caso de resolução do assunto pela segunda possibilidade anteriormente descrita²¹.

A terceira possibilidade surge no contexto das regras de responsabilidade e se traduz na essência do princípio do poluidor-pagador. Como já destacado, essa espécie de norma jurídica foi concebida exatamente com o fim de coibir situações nas quais um agente poluidor internalizasse os lucros e repartisse os efeitos negativos de sua atividade. Esse é o sentido do terceiro mecanismo de solução de externalidades identificado por Calabresi e Melamed.

A opção por solucionar o problema por essa terceira via minimiza o aspecto da eficiência econômica ao partir do pressuposto de que, não sendo possível uma solução com base em regras de propriedade, é socialmente preferível, ou seja, mais valorizado um cenário em que o meio ambiente se encontre protegido. Em termos de responsabilidade, essa premissa é tomada como verdadeira por atender à maior parte dos casos que chegam à apreciação judicial.

No entanto, também pode-se suscitar uma hipótese de responsabilidade na qual seja permitido impedir o exercício de um direito titularizado desde que ele seja indenizado. Essa possibilidade dá margem para que alguém que não seja o titular do direito consiga levar eficiência ou distribuição de riqueza a uma situação de incerteza.

21 Ibid. p. 1118.

Em termos de políticas públicas, esse raciocínio é de grande valia, pois justifica os casos nos quais o Estado retira um direito a fim de alcançar algum objetivo social mais amplo²². Havendo grande incerteza quanto aos custos de prevenção ou reparação de um dano, pode-se cogitar da expropriação da titularidade atribuída inicialmente.

4. Conclusão

O princípio do poluidor-pagador surgiu com a finalidade específica de corrigir uma falha de mercado gerada pela presença de externalidades. Em alguns casos, de fato, ele cumpre sua função, mas existem diversas situações nas quais sua aplicação pode ter como consequência uma gama de resultados ineficientes, tais como custos sociais, financeiros, trabalhistas, que podem ser tão indesejáveis quanto a degradação do meio ambiente.

A economização do meio ambiente é um tema repleto de controvérsias, pois o Direito Ambiental é imbuído de forte ideologia preservacionista. Porém, por mais que tratar da questão da poluição em termos de custos possa parecer desagradável à primeira vista, essa é uma importante perspectiva a ser analisada. Um mundo sem impacto ambiental só existe no plano das ideias; logo, a melhor forma de combater o excesso no uso dos recursos naturais parece ser encarar a realidade do desenvolvimento humano e buscar soluções práticas.

Deve-se reconhecer que o ônus (prejuízo ambiental), na ineficiência do sistema puramente de normas e sanção, é de toda a sociedade, e o bônus (maximização da riqueza individual) da pessoa ou do setor que não internaliza (cumprindo com a norma ambiental) a externalidade negativa de sua atividade. Se no sistema puro de comando e controle o custo da garantia da eficácia via aplicação de sanções é suportado apenas indiretamente pela sociedade, pois que decorre de obrigação do Poder Público de fazer valer as suas normas e/ou do resultado da sua ineficiência coercitiva, quando mesclado com incentivos econômicos, o custo passa a ser compartilhado de forma mais direta, mas com ganho de eficiência. Seja qual for a opção normativa, sempre haverá um custo social que decorre inexoravelmente da premissa de que não há atividade sem impacto. O desafio do direito

22 Ibid. p. 1121.

ambiental, portanto, é reduzir as desigualdades na equação entre os que suportam o ônus, tanto da regulação quanto do prejuízo ao ambiente, e aqueles que usufruem do bônus, tanto da regulação quanto da maximização da riqueza²³.

Manter o discurso da precaução a qualquer custo é inócuo e sequer desejável, motivo pelo qual os esforços devem ser empreendidos no sentido de assegurar o nível de poluição a ser suportado pela coletividade, aquele que maximiza o valor de produção ao mesmo tempo em que atende às expectativas de distribuição de riquezas de uma sociedade. Não é interessante para uma sociedade que o custo para coibir a poluição supere todos os benefícios que advenham das variadas atividades econômicas necessárias ao desenvolvimento humano. Isso não quer dizer, por outro lado, que a equidade não deva ser buscada. A compensação pelos danos deve existir, mas é pertinente que ocorra dentro de limites economicamente viáveis.

Nesse sentido, pode-se afirmar que aplicar o princípio do poluidor-pagador nem sempre corresponde à melhor solução, em termos de eficiência econômica, para uma relação em que se observa um dano ambiental. O referido princípio deveria ser privilegiado apenas quando fossem verificados altos custos de transação ou quando restasse comprovado que a compensação do dano seria realizada pelo poluidor a custos menores do que se a externalidade fosse absorvida pela sociedade.

Ou seja, o problema da poluição como externalidade negativa pode ser mais bem solucionado por meio de direitos de propriedade bem definidos. A sobreposição de regras de Direito Administrativo ou decisões judiciais sobre regras de Direito Civil só merece ocorrer quando os custos de transação forem altos, impedindo que a negociação mantenha o caráter privado. Pelas considerações feitas no presente trabalho, observou-se que existem métodos mais favoráveis para a coletividade na correção da falha de mercado em questão e, portanto, nem todo impacto ambiental deve estar sujeito ao princípio do poluidor-pagador.

23 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental: doutrina e casos práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011. p. 345.

Entretanto, no que diz respeito aos problemas ambientais de natureza difusa, característicos da sociedade pós-moderna, os altos custos de transação seriam obstáculo intransponível para a resolução via barganhas entre pessoas. Logo, resta claro que o problema da solução privada proposta para internalização da externalidade ambiental esbarra na complexidade dos microbens tutelados, na dificuldade de caracterização do próprio dano ambiental nas esferas temporal e espacial, mas, sobretudo na natureza jurídica do direito ou interesse: bem público de uso comum de todos. Daí a importância das leis e regulamentos, como forma de gestão do Estado, de apropriação pelo Poder Público, para impor um regime coercitivo eficiente, administrar um sistema de concessões e equilibrar o direito ao meio ambiente saudável com outros direitos fundamentais igualmente garantidos pela Constituição Federal de 1988²⁴.

Assim, partindo, portanto, da necessidade de regulação do meio ambiente pela via das intervenções políticas, [...] esta poderia ser feita de duas formas, direta e indiretamente: (I) assumindo o Estado encargo de gerir diretamente os bens comuns ou (II) elaborando normas jurídicas que conduzem os agentes econômicos e cidadãos a comportamentos desejáveis em relação ao meio ambiente. Seja qual for a modalidade de intervenção estatal, seu elemento comum seria a imposição aos sujeitos que dão causa à poluição dos custos de controle da degradação ambiental. Esta seria a *solução possível para o problema das externalidades ambientais negativas: a fórmula do “poluidor-pagador*²⁵.

Reconhecida a necessidade de se utilizar o princípio do poluidor-pagador, é necessário, então, que se determine a abrangência de sua interpretação. Se tal princípio não demonstra ser a opção mais adequada para corrigir uma externalidade negativa em todos os casos em que ela é verificada, muito menos apropriado é o aumento de seu alcance para abarcar um caráter também preventivo.

24 Ibid. p. 373-374.

25 MOREIRA, Danielle de Andrade. **Responsabilidade ambiental pós-consumo: prevenção e reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador.** São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2015, p. 102-103.

Aqui, não se está defendendo a inexistência de valor dos mecanismos de prevenção e precaução, mas, sim, que os mesmos não podem ser confundidos com mecanismos de correção de externalidades negativas. O princípio do poluidor-pagador teve origem a partir da necessidade de se solucionar uma falha mercadológica, ou seja, ele corresponde a um comando de natureza econômica.

A confusão entre precaução e prevenção ambientais e correção de externalidade pode levar ao esvaziamento do conteúdo do princípio do poluidor-pagador. Com isso, pode-se prejudicar sua aplicação quando pertinente, além de transformá-lo em um verdadeiro impeditivo da promoção econômica e social. Isso porque, em vez de possibilitar a correção ou a composição de um dano, o caráter preventivo passa a objetivar a não ocorrência de impactos ambientais, ainda que estes possam se revelar em níveis ecologicamente aceitáveis e tenham como consequência benefícios consideravelmente relevantes para a coletividade.

5. Referências

- ARAGÃO, Maria Alexandra. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Virginia, v. III, p. 1-44, 1960.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v. 85, p. 1089-1128, 1972.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MOREIRA, Danielle de Andrade. **Responsabilidade ambiental pós-consumo**: prevenção e reparação de danos à luz do princípio do poluidor-pagador. São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2015.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental**: doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011.
- VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: princípios básicos. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- VERMEULE, Adrian. **Three Strategies of Interpretation**. San Diego Law Review, v. 42, 2005.

A era digital no poder público já começou, e o que os algoritmos têm a ver com isso

Carina Castro
Fernanda Morgan Pimentel de Oliveira

7

A era digital no poder público já começou, e o que os algoritmos têm a ver com isso

Carina Castro¹

Fernanda Morgan Pimentel de Oliveira²

“Todo conhecimento humano é incerto, inexato e paradoxal.”

Bertrand Russell

Resumo

Big data, algoritmos e tomada de decisão automatizada ou semiautomatizada são cada vez mais frequentes no poder público. Como esses sistemas se tornam cada vez mais prevalentes, é necessário um debate público mais amplo sobre como garantir a boa governança e eventual controle democrático mais efetivo da Administração. Mas, para isso, é preciso entender que há obscurantismos: nem sempre é possível coordenar o uso desses métodos e modelos com valores públicos já estabelecidos no ordenamento jurídico, tal como transparência. É preciso debater sobre os efeitos perniciosos decorrentes do uso de algoritmos – o denominado viés do algoritmo, fenômeno pouco avaliado e que mostra, de forma clara, as zonas de colidência entre seu uso – desde a criação da sua base de dados até a forma de processamento dos dados – e os mecanismos de responsividade estatal para oportunizar aos cidadãos como algoritmos são formados e para que são aplicados.

Palavras-chave: *Big data*. Algoritmos. Inteligência artificial. Transparência.

Abstract

Big data algorithms and automated or semi-automated decision making are increasingly frequent. As these systems become

1 Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora substituta de Direito Constitucional/Administrativo da Faculdade Nacional de Direito. Mestre em Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

2 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

increasingly prevalent, a broader public debate on how to ensure good governance and eventual more effective democratic control of the Administration is needed. But for this, we must understand that there are obscurantisms: it is not always possible to coordinate the use of these methods and models with public values already established in the legal order, such as transparency. It is necessary to discuss the pernicious effects arising from the use of algorithms – the so-called bias of the algorithm, a phenomenon that is poorly evaluated and clearly shows the zones of collision between its use – from the creation of its database to the form of data processing – and the mechanisms of state responsiveness to entice citizens as algorithms are formed and to which they are applied.

Keywords: *Big data*. Algorithms. Machine learning. Transparency.

1. Introdução

Com os avanços no domínio da inteligência artificial³, tornou-se possível identificar padrões de troca de informações em rede e os principais hábitos de ação humana, por meio da convergência de dados acerca dos perfis de interesses e estilos de vida dos indivíduos (dando origem à chamada *big data*).

Nada disso é novidade para o Poder Público, que, há muito, incorpora o uso de *big data* para entender o padrão de comportamento de determinados grupos sociais. A par desta realidade, especialistas de governança e tecnologia digital, como Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier⁴, atribuem à análise algorítmica da chamada *big data* algumas das importantes conquistas no mercado financeiro e na área de saúde, indicando que a redução dos riscos nas transações e a antecipação dos focos

3 A ideia de big data tem dois componentes centrais: a natureza dos dados e a análise de dados colhidos. No presente artigo, toma-se para análise somente o segundo elemento, de modo a estimular a reflexão sobre a possibilidade de se desenvolver sistemas de aprendizado por softwares que sejam construídos e alimentados com dados processados em big data (o que usualmente se denomina de machine learning). Sob essa perspectiva, o que se pretende investigar, ao longo deste artigo, são as formas pelas quais a big data é (ou pode vir a ser) instrumentalizada pelo homem, tomando forma de inteligência artificial. Ver **Government as a Platform: Public Values in the Age of Big Data**. Oxford Internet Institute. As reflexões ora propostas, portanto, não terão como enfoque os questionamentos ligados à coleta e/ou tratamento da informação que compõe a big data.

4 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think**. Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt, 2014.

da gripe H1N1, bem como a prosperidade econômica de diversas empresas, foram resultado do emprego de cálculos algorítmicos acerca do comportamento humano. Ao lado deles, Alex Pentland é também um otimista quanto às potencialidades de estruturação da sociedade por meio da *big data* e da previsão de catástrofes, guerras e epidemias (*data-driven society*)⁵.

Acontece que tais *algoritmos*⁶ são altamente complexos e consistem em milhares – talvez milhões – de linhas e colunas que operam como uma seção do cérebro humano, com uma autonomia tão impressionante que nem os especialistas de tecnologia de *big data* conseguem acompanhar seu funcionamento. Ou seja, mesmo sendo o responsável por dar início ao processamento de dados, o homem não tem o controle sobre a integralidade das operações algorítmicas, nem sobre o enquadramento das pessoas nestas ou naquelas categorias de análise – ficando sujeito, portanto, às decisões tomadas pela máquina. Essas linhas traduzem, de forma muito simplória, o fenômeno da criação de “inteligências artificiais”.

Trata-se, assim, de uma seara em que a inteligência artificial pode tomar rumos desconhecidos pelo próprio agente criador, desafiando a capacidade humana de interagir com a máquina e com os seus iguais. Isso porque as experiências demonstram que os sistemas de algoritmos alcançam os mais variados campos de atividade humana, já que a abrangência de informações disponíveis em plataformas *on-line* é imensa.

Se, por um lado, o Estado foi chamado a atuar positivamente no atendimento às demandas sociais e às exigências de eficiência na concreção dos interesses públicos, por outro lado, a realização de serviços *on-line* e a navegação na internet tornaram-se uma constante na vida das pessoas. Assim, as novas tecnologias – a exemplo dos *softwares* de algoritmos, da internet banda larga e da telefonia móvel – alcançaram os mais diversos processos decisórios, possibilitando que os indivíduos no âmbito público e privado desfrutassem dos benefícios da inteligência artificial.

5 PENTLAND, Alex. **Social Physics: How Social Networks Can Make Us Smarter**. Penguin Books, 2015.

6 O recorte metodológico do presente artigo considera algoritmos relacionados a um processo de tomada de decisão em âmbito digital e de relevância pública.

É hora, contudo, de se discutir sobre os contornos e limites que devem ser impostos ao poder estatal de influência das máquinas sobre a vida dos cidadãos. Mas é bom frisar que o enfoque das discussões não deve residir nos possíveis impactos que a inteligência artificial por conta própria causará à sociedade. O que se quer debater, neste artigo, são apenas as possíveis contingências dos algoritmos pela Administração Pública e a compreensão de que não há necessariamente algo de bom ou ruim que seja intrínseco ao mecanismo: tudo depende de como ele é construído e para que verdadeiramente se destina⁷.

Grande parte da tecnologia que confronta a autonomia e a dignidade humana já está sendo desenvolvida por empresas no intuito de capturar e vender dados⁸. Por isso, neste trabalho, daremos especial atenção ao *viés cognitivo do algoritmo*, no intuito de contribuir para a proteção de direitos fundamentais e para o núcleo intransponível de autonomia decisória dos indivíduos.

O que se tem como resultado parcial é que o algoritmo, como recém-surgida inovação tecnológica, ainda não permite juízos de valor genéricos e extremados quanto ao aspecto positivo ou negativo do seu uso pelo Poder Público. De fato, sua instrumentalização parece problemática. O obscurantismo informacional que os algoritmos carregam em si não parece ser aderente à pauta pública de transparência e publicidade, por exemplo. No entanto, podem ser instrumentos eficientes na busca de objetivos específicos de economicidade e de maior eficácia de políticas regulatórias, atingindo essencialmente algum padrão de comportamento imprescindível para o sucesso de alguma finalidade pública, como foi o caso de antecipação dos focos da gripe H1N1, tal qual referido anteriormente. Enfim: é preciso entender melhor os processos que envolvem a construção de algoritmos para que se possa pensar nas suas eventuais aplicações e extrair juízos de valor⁹.

7 Neste ponto, é curioso perceber que a maioria das pessoas, quando se mostram receosas à inteligência artificial, costuma invocar imagens de robôs humanoides. Acontece que, muito mais urgente do que se preocupar com a invenção de um “exterminador do futuro”, é o questionamento atual acerca de como os agentes e grupos econômicos que estão no poder usam a inteligência artificial para manipular as comunidades. Em outras palavras, como a elaboração de dado e sua utilização podem conduzir a formas de manipulação.

8 O Brasil ainda não avançou na promulgação de ato normativo que forneça proteção a dados pessoais. Ver Projeto de Lei nº5276/2016.

9 O presente trabalho também não emite juízo de valor sobre a necessidade ou não de regular. O posicionamento subjacente defendido é de que a regulação pública precisa compreender os processos e dinâmicas de determinado objeto em momento prévio à sua construção. Portanto, em princípio, é necessário compreender mais elementos componentes sobre a construção de algoritmos e de *big data* para tão somente depois verificar se há efeitos perniciosos (comissivos ou omissivos) que precisem ser remediados por meio de regulação pública.

2. Caracterização do viés do algoritmo e exemplificações

Como todo e qualquer viés deflagrador de atalhos mentais, o viés do algoritmo, segundo a *behavioral economics*, atua sobre as percepções das pessoas acerca do correto e do bom, levando-as a formular julgamentos semi-intuitivos da realidade. Isso se dá porque o padrão de racionalidade – que confere maiores chances de acerto a uma escolha do que a adoção de atalhos mentais – pode, frequentemente, parecer inviável ou desnecessário em contextos em que a abreviação da tomada de ação seja uma solução satisfatória para o indivíduo.

Já se sabe, por estudos da economia comportamental, que os atalhos mentais criados pelo cérebro humano encurtam os espaços de tempo entre pensar-agir, implicando a adoção de decisões rápidas, em detrimento de processos mentais suficientemente refletidos. Dessa forma, por serem rápidos, os processos cognitivos que antecedem os julgamentos semi-intuitivos – conhecidos como heurísticas –, tendem a levar os indivíduos ao erro por falta ou ausência de tempo de reflexão.

Por isso, pesquisadores comprometidos com métodos da economia comportamental e com o estudo da racionalidade limitada¹⁰ dedicaram-se à investigação dos diferentes tipos de vieses cognitivos que podem ensejar os atalhos mentais no sistema cognitivo automático. Dentre os vieses que já se descobriu existir, um deles é justamente o objeto deste trabalho: *o do algoritmo*.

Os algoritmos, além de impulsionar o consumo de bens e serviços, definindo as expressões e os anúncios que primeiro devem aparecer nos mecanismos de buscas e nas páginas da *web*, são capazes de influenciar o comportamento e as decisões dos indivíduos dos agentes públicos, dificultando o provimento jurisdicional com justiça e a devida fundamentação das decisões jurídicas.

O sistema de algoritmos matemáticos utilizado pela justiça criminal estadunidense é um exemplo emblemático do quão impactante pode ser seu uso. Para determinar o grau de periculosidade das

¹⁰ Ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgement under uncertainty: heuristics and biases*. **Science, New Series**, n. 4157, 1974; THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.

pessoas que estão sendo processadas criminalmente, alguns Estados norte-americanos valem-se de algoritmos que podem reduzir ou aumentar as chances de condenação, bem como as penalidades impostas, caso o indivíduo seja, de fato, condenado.

Com efeito, a classificação do indivíduo, com a ajuda de um algoritmo matemático, como um agente de risco para a comunidade, pode levar a conclusões equivocadas sobre a suposta prática de um crime ou a aplicação de penalidades rigorosas, com base em informações enviesadas e discriminações odiosas quanto à origem étnica, racial ou orientação sexual do acusado.

Afinal, as avaliações algorítmicas dos réus – considerando a região onde moram, os lugares que frequentam e situações pré-teritas de sua vida que supostamente indiquem a probabilidade maior ou menor de reincidência na prática do crime – podem gerar injustiças de cunho moral irreversíveis, caso resultem na condenação de um inocente ou no aumento de pena desvinculado de uma justificativa racional que, de fato, fundamente o ato decisório.

A situação é alarmante, principalmente porque não é difícil conceber situações em que o cálculo matemático – para decidir se a pessoa será condenada ou não; se terá direito à liberdade condicional; se poderá, ou não, responder à acusação em liberdade mediante o pagamento de fiança; entre outras possíveis decisões no âmbito da justiça criminal – possa fortalecer preconceitos enraizados na sociedade e desfavorecer as minorias.

Aliás, se os magistrados, mesmo sem se valer de algoritmos, não estão imunes à propensão de julgar com complacência indivíduos de posição social e etnia semelhantes, o que dirá se, além das suas naturais pré-compreensões, tiverem o aval de algoritmos para fortalecer diferenciações odiosas entre os perfis de acusados.

É possível e até provável que, nesses casos, os magistrados sejam rígidos diante de situações ou de acusados que não lhes despertem qualquer familiaridade ou compromissos de grupo que constituam as suas respectivas identidades. Ora, se tais magistrados já tinham vieses de afeto ligados à compreensão de que a complacência com “os próximos” seria a forma correta de agir, imagine se incentivados por um sistema de algoritmos de alta complexidade e inteligência a manter tais concepções enviesadas.

A tendência é que, de fato, perpetuem discursos discriminatórios e, pior, acreditem estarem lastreados em dados científicos.

Ou seja, colocar a justiça criminal sob a influência de uma máquina, além de não amenizar as dificuldades envolvidas na apreciação das peculiaridades de um caso concreto, cria ainda um outro dificultador que gira em torno do superdimensionamento dos riscos inerentes a indivíduos cujos interesses e preferências destoem da cultura *mainstream*.

Neste ponto, vale mencionar que a opressão praticada por grupos privilegiados, ao assumir as próprias opiniões e comportamentos como posições universais, consubstancia-se na universalização daquilo que, na verdade, é particular. Essa é uma crítica que tem sido comumente atribuída ao chamado “ideal de imparcialidade” – ideal este que legitima estruturas decisórias autoritárias e antidemocráticas de poder com o argumento de que os agentes que decidem questões morais e políticas decidem melhor do que as outras pessoas simplesmente por serem imparciais.

Ora, se os algoritmos partem de uma base enviesada sobre gênero, raça ou classe, devido à seleção de dados imbuídos de preconceitos contra minorias, não é de se espantar que a experiência e os padrões particulares dos privilegiados sejam considerados normais (porque universais) pelos cálculos matemáticos, enquanto que as concepções dos grupos minoritários sejam tidas como inferiores aos padrões de referência e silenciadas por categorizações que as marginalizem.

Desse modo, ainda que as operações algorítmicas sejam capazes de compreender o ambiente em que as pessoas estão inseridas e trazer avanços ao conhecimento científico e empresarial, é certo que, ao categorizar pessoas e coisas, tais operações se tornam propulsores de estigmas, justamente porque prezam por um ideal de imparcialidade que “legitima as hierarquias no processo decisório e permite que o ponto de vista dos privilegiados apareça como universal. A combinação dessas funções muitas vezes leva a decisões concretas que perpetuam a opressão e a desvantagem de alguns grupos e o privilégio de outros”¹¹.

11 YOUNG, Iris Marion. O ideal da imparcialidade e o público cívico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 9. Brasília, p.193-194, 2012.

Assim, os sistemas de algoritmos acabam replicando vieses cognitivos de maneira sistemática e contribuindo para o cometimento de erros pelos agentes que estão no poder, sejam os magistrados ou demais agentes públicos que decidem.

Contudo, a atenção para esse problema não pode descambar numa demonização das plataformas digitais que, como já mencionado propiciam um ótimo valor à sociedade, contribuindo para a aproximação entre as pessoas ao redor do mundo e para o fortalecimento dos movimentos sociais. Não se quer aqui dizer – longe disso – que o *Facebook*, o *Google* ou as empresas de tecnologia de *big data* estão deliberadamente tentando tornar a sociedade mais polarizada e incentivar preconceitos. Na verdade, nem sequer importa, para o presente trabalho, qual seja a intenção daqueles que figuram no setor de tecnologia. O importante, por ora, é o reconhecimento de que as estruturas e os modelos de inteligência artificial que estão sendo construídos *vis-à-vis*, “meras” arquiteturas de persuasão do *Facebook*, não apenas estimulam o consumo como também interferem nos gostos políticos das pessoas e até mesmo na forma como o Estado persegue fins públicos desejáveis. Esse é o núcleo do problema.

Mas, claro, esses aspectos negativos, por mais negativos que sejam, não afasta o poder da computação de *big data* em contribuir para o crescimento de empresas e evolução de importantes campos da ciência. No campo da medicina, por exemplo, o uso da inteligência artificial na elaboração de programas-piloto em questões relacionadas ao câncer tem experiências de sucesso. É o caso da aplicação da tecnologia de *big data* ao sistema do hospital *Memorial Sloan Kettering*, de Nova York, que foi treinado com milhões de artigos acadêmicos sobre o câncer e foi capaz de formular o mesmo diagnóstico que os médicos em 99% dos casos em uma amostra de 1.000 pacientes, além de recomendar tratamentos mais eficientes em 30% destes diagnósticos (tratamentos estes que haviam escapado da percepção humana).

Do mesmo modo, no âmbito empresarial, é fora de dúvida que o desenvolvimento da inteligência artificial representa ganhos de eficiência às companhias, ao atrelar as vendas de produtos ou serviços a sistemas cognitivos que entendem o que os consumidores estão

procurando. Assim, mediante a simples programação do *software* e definição do código fonte dos algoritmos, aumenta-se a capacidade de expansão cognitiva quanto às formas de atuação da empresa no mercado e quanto às estratégias concorrenciais.

A grande dificuldade é que os algoritmos não diferenciam a venda de produtos na internet da prolação de sentenças de justiça criminal ou quaisquer outras decisões jurídicas. Ao categorizar as pessoas a partir dos dados provenientes de alguma base governamental ou de mídias sociais como *Facebook* ou *Google*, os algoritmos simplesmente não fazem a diferença entre um acervo informacional ou outro. Quer dizer, os mesmos algoritmos que tornam os anúncios flexíveis, possibilitando que uns apareçam primeiro que outros e que tenham o conteúdo adequado ao perfil de quem está acessando a *web*, são os algoritmos que organizam os fluxos de informações políticas, pessoais e sociais, e que têm sido utilizados para restringir o direito à liberdade de algumas pessoas.

Já foi mencionado o caso dos EUA. Mas há outros países que também utilizam os dados sobre os seus cidadãos para fins altamente controversos. Na China, por exemplo, já se está usando tecnologia de detecção de rosto para identificar e prender pessoas. Uma estrutura de vigilância altamente autoritária resultante dos mesmos algoritmos usados para fazer com que as pessoas cliquem em anúncios. E, talvez, o fato de este autoritarismo ser silencioso, sem que os membros da sociedade percebam que estão sendo observados, julgados e, principalmente, manipulados em suas fraquezas por algoritmos, torne-o mais difícil de ser combatido, porque, dessa forma, as pessoas não se dão conta de que os algoritmos não servem apenas para persuadir. Pelo contrário, muitas continuam a acreditar que os perigos da inteligência artificial residem no que ela pode vir a representar no futuro, ao adquirir uma espécie de vida alheia a qualquer controle humano. Esquecem-se, porém, que certas estratégias de vigilância e de autoritarismo, adotadas por quem está no poder, podem ser mais prejudiciais à autonomia dos indivíduos do que robôs que aterrorizem a todos.

Afinal, os vieses e preconceitos de toda a sorte – sexistas, racistas e classistas – estão sujeitos à replicação pelos algoritmos e tendem a perpetuar os erros humanos caso não se comece a pensar, desde já,

em maneiras de se reestruturar o modo de operação da tecnologia digital e, em especial, dos códigos algorítmicos. É preciso, então, que se construa uma inteligência artificial verdadeiramente voltada para o aprimoramento das decisões humanas e suficientemente respeitosa aos direitos individuais e coletivos. Isso, com toda a certeza, não será fácil, já que, em uma sociedade multifacetada, os objetivos perseguidos e os valores subjacentes a eles são diversos.

Mas se não reconhecemos, o quanto antes possível, que os algoritmos estão contribuindo para tomadas de decisões do governo e de grupos econômicos que ferem minorias e veiculam estigmas, nem o primeiro passo estará sendo dado. Particularmente em matéria de justiça – e de justiça criminal, em que o bem tutelado é a liberdade das pessoas – a questão é ainda mais sensível, na medida em que estão em jogo direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República e que não estão sendo ameaçados por “exterminadores do futuro”. Mas por “meras” plataformas digitais que vendem os dados das pessoas sem que elas saibam o que está sendo vendido e como estão sendo controladas no que podem ou não fazer.

3. Contingências dos algoritmos – o problema dos ruídos na tomada de decisão

Um estudo datado de 1989 desenvolveu experimento em que se comparou a precisão dos julgamentos profissionais com a precisão de modelos estatísticos muito simples. A conclusão de Paul Meehl, pesquisador responsável pelos experimentos, é de que as regras muito simples tendem a desempenhar melhores decisões do que os indivíduos per si. Foram realizados quase 250 estudos que analisaram esta questão. Em 50% deles, o algoritmo é claramente melhor, e nos demais 50%, decisões humanas profissionais e algoritmos estão empatados¹².

Por que os algoritmos aparentam ser superiores às pessoas na tomada de decisões?

Isso ocorre porque os algoritmos são livres de ruído. E o que são ruídos?

¹² Ver em MEEHL, Paul; DAWES, Robyn; FAUST, David. Clinical versus actuarial judgement. *Science*, 247:146-147, 1989.

Os processos podem levar a tomadas de decisões inconsistentes e estas podem ter um alto custo para o poder público. Os julgamentos humanos podem ser influenciados por fatores irrelevantes, como humor e até o tempo. São essas circunstâncias variáveis que são denominadas pela economia comportamental como ruídos.

Com os resultados da pesquisa, a ideia de Meehl de criar um modelo estatístico que preveja o que os avaliadores profissionais farão pode se tornar interessante do ponto de vista operacional de gestão. Assim, identificar padrões inconsistentes ou erráticos de decisão resultariam em menos custos.

Mas, afinal, de que custos se tratam? Custos econômicos que desencadeiam maior economicidade quando contingenciados? Custos políticos? Construir modelos com base em algoritmos seria uma forma de aperfeiçoamento das instituições e, em decorrência, traria maior benefício aos indivíduos?

Daniel Kahneman e outros afirmam que sim, mas que o algoritmo não é modelo que deva ser seguido irrestritamente¹³. Em muitas situações os algoritmos não serão práticos, uma vez que são menos propensos a serem úteis para julgamentos ou decisões que envolvam múltiplas dimensões ou dependem da negociação com outra parte. Mesmo quando uma solução algorítmica está disponível em princípio, as considerações organizacionais às vezes impedem a implementação. A substituição de funcionários existentes por *software* é um processo doloroso que enfrentará resistência a menos que liberte esses funcionários para tarefas mais agradáveis.

Parece pairar um fetichismo em torno do uso de algoritmos. Tanto dos que os demonizam quanto dos que os defendem. Se o maior benefício do seu uso está em diminuir falhas sistemáticas da tomada de decisão, de outro giro, parece que não consegue suprir em seu modelo de processamento *inputs* que sejam altamente subjetivos. Se os estudos sobre ruídos mostram que, mesmo com pouco tratamento ou diminuição, o processo de tomada de decisão humana ainda deverá subsistir em diversos campos

13 KAHNEMAN, Daniel; ROSENFELD, Andrew; GANDHI, Linnea; BLASER, Tom. Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making. **Harvard Business Review**, October 2016.

essenciais. Se assim é, por qual motivo ainda se pensa em fortes processos de automatização ou semiautomatização da tomada de decisão no poder público?

4. Conclusões parciais – em busca de uma boa pergunta (ou várias)

A introdução de *big data* nas atividades desempenhadas pelo Poder Público suscitam diversas questões morais e éticas. O óbvio não escapa: o grande volume de informação gera algum poder de dominação e manipulação. Há evidentes riscos de aprofundar assimetria informacional entre grupos políticos e econômicos organizados, de força significativa, perante a sociedade. De outro giro, são detectáveis as significantes mudanças que podem acontecer no Poder Público a partir do momento em que se tem informações mais apuradas e completas sobre determinado fenômeno: a atuação pública pode se tornar menos onerosa e mais eficaz.

Então, qual é o grande problema da *big data*?

O ponto sensível da questão não está no que é a *big data*, e sim nos usos e aplicações que são feitos a partir e com base nas informações tratadas e construídas. Há prováveis momentos em que ocorrerão choques entre valores públicos concorrentes. E como afirmar um valor sobreposto a outro? O que ou quem definirá como e qual deles deverá prevalecer?

Muito ainda será debatido, principalmente com a sobrevivência de ato normativo que regulamentará a proteção de dados pessoais no Brasil. A decisão sobre em qual nível a sociedade está preparada para aceitar um processo de tomada de decisão automatizada ou semiautomatizada deve ser feita em âmbito político, e indício dessa decisão está por vir no Projeto de Lei nº 5276/2016.

De tudo, fica uma certeza: aplicações de *big data* em sistema automático ou semiautomático de tomada de decisão no Poder Público são uma aposta arriscada, que só tem chance de êxito se conjugadas com investimento robusto em transparência de dados,

tratados de forma adequada para que sejam inteligíveis e permitam verificar sua usabilidade¹⁴.

Intuitivamente, é possível asseverar que será necessário – e talvez custoso – fazer com que seja possível entender como se dão as técnicas de processamento de dados, para capacitar a autonomia dos cidadãos e o controle social – ainda que mínimo – das inevitáveis *machine learnings* que se constroem no Poder Público.

Por isso, o momento é propício para se pensar em instituir uma economia digital em que os direitos dos indivíduos sejam levados a sério e as tecnologias de *big data* não intensifiquem os vieses discriminatórios implícitos nos dados de análise. É preciso que haja governança digital, com *accountability*, e transparência quanto aos códigos fontes dos algoritmos utilizados pelas empresas e pelos governos. Afinal, se já se sabe que uma base de dados enviesada pode ampliar preconceitos, a melhor saída é que a própria sociedade possa auditar os algoritmos, regulando-os em favor da melhoria dos processos decisórios. Contudo, o que será ou não considerado sigiloso, em nome da proteção de segredos comerciais e de estratégias de segurança de governo, compõe um terreno que há de ser continuamente explorado, conforme forem surgindo novas soluções de governança e de exercício legítimo do controle social dos algoritmos.

5. Referências

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de; SIMÕES, Raquel de Oliveira Miranda. A Política Suricato de Fiscalização Integrada do TCEMG: rumo à eficácia dos serviços prestados e ao aperfeiçoamento da democracia. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, set./out. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=248607>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a Right to Explanation. In: **2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning**. New York, NY: ArXiv e-prints, 2016.

14 Conforme propõe o Decreto Federal nº 8.777/2016.

KAHNEMAN, Daniel; ROSENFELD, Andrew; GANDHI, Linnea; BLASER, Tom. Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making. **Harvard Business Review**, October 2016.

OSOBA, Osonde; WELSER IV, William. **Na intelligence in our image** - the risks of bias and erros in artificial intelligence. RAND Corporation, 2017. Disponível em: <www.rand.org/t/RR1744>. Acesso em: 4 nov. 2017.

VAN HAASSTERT, Hugo. **Government as a Platform: Public Values in the Age of Big Data**. Oxford Internet Institute, 2016.

Assimetria da informação entre eleitores e candidatos na era da internet: um olhar regulatório

Denilson Ribeiro de Sena Nunes

8

Assimetria da informação entre eleitores e candidatos na era da internet: um olhar regulatório

Denilson Ribeiro de Sena Nunes¹

Resumo

A proposta deste artigo é identificar como a regulação poderia contribuir para que a internet seja utilizada para a redução do déficit de informação dos eleitores sobre os candidatos às vagas nos Poderes Executivo e Legislativo. Para dar conta desse objetivo, em primeiro lugar, o autor faz uma abordagem sobre os sistemas de busca da internet para correlacioná-los às escolhas eleitorais. Em seguida, apresenta os limites e os desafios para a utilização da internet como incremento do processo eleitoral. Logo após, examina as normas jurídicas que disciplinam as informações na internet, de onde conclui que há uma parcela das informações que ainda demanda tratamento. Em consequência, destaca haver espaço para um olhar regulatório para enfrentar problemas decorrentes das atividades desenvolvidas no âmbito da internet. Fundamentado em uma análise regulatória racional e estruturada dos problemas verificados e na correspondente ponderação com os benefícios ofertados pela internet, conclui pela possibilidade da adoção de algumas medidas para que a internet reduza a assimetria da informação.

Palavras-chave: Regulação. Internet. Eleições. Assimetria da informação. Alternativas regulatórias.

Abstract

The purpose of this article is to identify how regulation could contribute to the Internet being used to reduce voter information deficits on candidates for positions in the executive and legislative branches. To account for this goal, first, the author takes an approach on internet search systems to correlate them to election

¹ Advogado do BNDES. Especialista em Direito da Empresa e da Economia, com MBA na área pela EPGE/FGV. Mestrando em Direito da Regulação na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro - FGV Direito Rio.

choices. It then presents the limits and challenges for us using the Internet as an increment in the electoral process. Soon after, it examines the legal norms that discipline the information on the Internet, from which it concludes that there is a portion of the information that still demands treatment. As a consequence, there is room for a regulatory look at problems arising from activities carried out on the internet. Based on a rational and structured regulatory analysis of the problems verified and the corresponding weighting with the benefits offered by the internet, it concludes by the possibility of adopting some measures for the Internet to reduce the information asymmetry.

Keywords: Regulation. Internet. Elections. Asymmetry of information. Regulatory alternatives.

1. Introdução

No Brasil, o desconhecimento de uma parcela significativa dos eleitores acerca da vida pregressa e das propostas dos candidatos às vagas nos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a incompreensão a respeito do papel que cabe aos governantes e aos parlamentares, revelam um amplo déficit de informação nos sucessivos processos eleitorais.

Não por outra razão as estratégias de marketing político desenvolvidas nas últimas décadas têm por objetivo, em primeiro lugar, tornar o candidato conhecido pelo eleitorado. Somente após atingida essa meta, os candidatos se preocupam em apresentar propostas ou planos de governo.

Naturalmente, o desconhecimento é mais evidente quando falamos das eleições para os parlamentos brasileiros, mas que não se diga o contrário das candidaturas aos cargos do Poder Executivo que, mesmo com mais tempo disponível para a exposição de ideias nos períodos de propaganda eleitoral gratuita, as campanhas comumente privilegiam a exposição da imagem do candidato em detrimento da apresentação de propostas estruturadas.

Esse déficit de informação fez, historicamente, serem eleitas algumas personalidades que jamais tiveram qualquer relação com o meio político ou realizaram trabalhos em prol da coletividade

ou demonstraram, ainda, interesse em fazê-lo, como jogadores de futebol, atores de novela e outras *celebridades* televisivas.

E o que a internet mudou nesse cenário? No momento inicial em que os candidatos passaram a se comunicar pela *web*, os partidos políticos limitavam-se a reproduzir em *sites* e *blogs* conteúdos que, de certa forma, já estavam expostos nas mídias tradicionais como a televisão, rádio e jornais. Ou seja, a internet era apenas mais uma mídia.

No entanto, com o advento das redes sociais, e toda sua possibilidade de interação, as estratégias se alteraram e já se mostraram decisivas em alguns países. Um case de sucesso foi a eleição de Barack Obama para presidente dos Estados Unidos da América (EUA), em 2008, que por meio da internet causou grande impacto com um novo tipo de campanha eleitoral. De acordo com o relato de Graeff (2009), a “chegada de Obama à presidência dos EUA coroou o uso da rede e das mídias sociais como ferramenta de comunicação para candidatos e partidos”.

Essa experiência internacional foi vista e reproduzida no Brasil e é cada vez mais comum candidatos utilizarem a internet para se fazerem conhecidos e exporem suas ideias.

Ocorre que já há quem defenda que a internet tem gerado efeitos negativos para os processos eleitorais, como o PhD em psicologia pela Universidade Harvard e pesquisador sênior do Instituto Americano para Pesquisa Comportamental e Tecnologia Robert Epstein. Em entrevista concedida em 2015 à BBC Brasil, Epstein afirmou que os mecanismos de busca da internet poderiam definir eleições e, por essa razão, deveriam ser controlados².

Neste artigo, partiremos da hipótese de que a regulação poderia contribuir para que a internet seja utilizada para a redução da assimetria de informação entre candidatos e eleitores, para o que adentraremos nas discussões sobre os efeitos positivos e negativos da *web* nos processos eleitorais.

Portanto, para o desenvolvimento deste trabalho, demonstraremos como funcionam e qual a lógica dos sistemas de busca

2 Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150901_epstein_google_jf_1k>. Acesso em: 14 jul. 2017.

na internet, como podemos relacioná-los às escolhas eleitorais e quais seriam os limites e os desafios que se apresentam. Exporemos, ainda, como o Ordenamento Jurídico brasileiro disciplina o acesso às informações eleitorais³, em especial no ambiente *on-line* e verificaremos se o ambiente virtual é suficientemente regulado em termos de disponibilização dessas informações.

Por fim, analisaremos como a regulação⁴ poderia contribuir para a diminuição da assimetria da informação entre eleitores e candidatos na internet.

Iniciaremos este trabalho com uma abordagem acerca do tratamento das informações veiculadas na rede, com relevo para os sistemas de busca de conteúdo na internet, tema que está no centro das discussões sobre a influência da internet nos processos eleitorais.

2. Os sistemas de busca da internet: uma nova forma de fazer escolhas

Inicialmente, faremos uma abordagem sobre os sistemas de busca da internet e de seus algoritmos, muito em voga na sociedade contemporânea, para que possamos compreendê-los e correlacioná-los às escolhas feitas por indivíduos e pelas sociedades, entre as quais as escolhas eleitorais. Para isso, não nos debruçaremos sobre conceitos tecnológicos e preferiremos partir de um singelo exemplo que trará luz ao que pretendemos evidenciar.

Pensemos na estrutura organizacional de em um escritório de advocacia de médio porte do final do século XX. Poderíamos classificar seus profissionais em três grupos principais: os advogados sêniores (“donos” do escritório), os juniores (empregados ou sócios com uma pequena participação societária) e os estagiários. O que os diferenciava no que diz respeito ao *core business* da atividade advocatícia? Entre as muitas respostas possíveis decorrentes das

3 Neste trabalho, a expressão “informações eleitorais” terá uma acepção ampla e se referirá a toda e qualquer informação sobre pessoas e instituições que possa, de alguma forma, interferir na opinião ou decisão dos eleitores acerca de candidatos ou partidos políticos.

4 Adotaremos o termo “regulação” em sentido mais amplo do que o tradicionalmente utilizado no campo da Economia ou do Direito econômico (enquanto regulação de serviços públicos ou controle concorrencial de mercados).

diversas realidades encontradas nesse vasto universo, proporemos destacar três elementos marcantes consistentes (i) na quantidade e qualidade de informação jurídica adquirida da leitura de obras científicas e julgados relevantes, bem com a advinda da prática forense; (ii) no acesso à clientela e a consolidação do relacionamento estabelecido ao longo dos anos de trabalho; e (iii) na habilidade para a realização de negócios jurídicos oriunda dessas informações e dos relacionamentos consolidados (*know-how*).

Agora, reportemo-nos para os dias atuais para o que é necessário considerar todo o conhecimento disponibilizado na internet. Como se sabe, um jovem advogado recém-formado tem acesso a quase tudo que se produziu no mundo do Direito na *web*. Pode se comunicar com qualquer cliente no mundo por meio de modernas ferramentas digitais e tem acesso a muitos modelos de negócio no mundo jurídico e aos procedimentos de como fazer os seus trabalhos (modelos de petição, procedimentos etc.). Então, mesmo com essa gama variada de informações, o que os diferencia ainda hoje dos velhos advogados do século XX? A resposta parece estar na capacidade de escolher as melhores informações.

Queremos demonstrar com esse exemplo que muita informação disponível não proporciona vantagens comparativas no mundo contemporâneo se não for possível realizar escolhas eficazes, mais apropriadas ao objetivo que se persegue. Ao contrário do antigo escritório advocatício, onde os experientes advogados detinham informação e os jovens lutavam para obtê-las, hoje, diante da infinidade de informações disponíveis, a sociedade tende a valorizar a habilidade para fazer boas escolhas.

Embora nos dias atuais o termo “algoritmo” esteja associado a programas de computador com bastante frequência, tal expressão acompanha o conhecimento humano há séculos e pode ser entendido como o conjunto de passos necessários para se realizar uma tarefa que pode ser executada por seres humanos diretamente ou por meio de máquinas. Poderíamos incluir nesse conceito todas as atividades em que precisamos adotar um procedimento para se atingir uma finalidade, das mais rudimentares atividades braçais até o desenvolvimento de complexas produções intelectuais.

Diferentes tarefas são realizadas por uma sequência distinta de atos, e, por óbvio, há mais de uma solução para um mesmo problema. Pensemos na quantidade de tarefas de nosso cotidiano, seja em nossos lares ou em nosso ambiente profissional: a vida ficará mais eficiente se encontrarmos os “algoritmos” mais inteligentes.

Na medida em que a sociedade foi se tornando complexa, o desafio passou a ser buscar meios mais rápidos e eficazes para a solução dos problemas. Pensemos, neste momento, na quantidade de informação que passamos a ter que trabalhar, como no exemplo que iniciamos este tópico. Historicamente, a quantidade de informação disponível pelos indivíduos e pelas sociedades sempre esteve associada ao número de alternativas de soluções que poderiam ser apresentadas, o que, inegavelmente, representa maiores possibilidades a quem as detém.

Mas com o crescimento exponencial da quantidade de informação e, sobretudo, de sua disponibilização, passamos a observar uma outra forma do exercício desse poder, colocando em posição de vantagem aquele que se apresenta em condições de escolher e reunir as informações de melhor qualidade.

Assim, ao mesmo tempo que a complexidade das informações apresenta um crescimento que tende ao infinito, a capacidade de escolha depende cada vez mais da utilização de fórmulas e recursos computacionais. Por isso verificamos o surgimento de uma gama variada de serviços disponíveis na internet dedicados a realizar as melhores escolhas por meio das chamadas *plataformas digitais*⁵.

Como é possível, com alguma facilidade, obter informações sobre prestadores de serviços e sobre seus consumidores na internet, notou-se que a intermediação entre esses dois lados das relações de consumo ou sociais poderia ser um grande negócio. Daí surgiram os *aplicativos* para escolha de filmes, de aluguel de imóveis, veículos, vestuários, para serviços médicos e até mesmo de advogados.

5 Aqui concebidas como soluções tecnológicas disponibilizadas na *web* que permitem a interação entre duas partes ou múltiplos grupos de usuários e possuem, dentre outras, finalidades sociais e comerciais.

Por trás dessas plataformas há um serviço que vai além da intermediação, pois compreende uma escolha: o exercício de uma curadoria. Diante de um enorme banco de dados de fornecedores de bens, serviços e informações, como escolher a melhor alternativa e o melhor preço? Os curadores das informações poderão apresentar alternativas avaliadas pelos próprios consumidores. E mais, a um preço bastante convidativo.

Logo, chega-se à evidência de que o salto evolutivo nessa seara está em se conseguir um procedimento, uma fórmula que revele boas escolhas aderentes às vontades sociais. Quanto melhor forem identificadas as vontades dos integrantes da coletividade, melhor terá sido realizado o trabalho da curadoria, que, por consequência, obterá mais êxito.

É inegável a sensação de conforto que esses algoritmos inteligentes oferecem aos usuários, pois, em geral, possuímos preferências sobre determinados tipos de produtos ou informações, sobretudo em razão da imensa gama de opções disponíveis em todas as áreas de entretenimento e serviços ofertados.

A filtragem de informações na internet ganhou relevo com o advento de *sites* de busca, tais como o Google, dando origem a uma teoria que ficou conhecida como *Filter Bubble* (“filtros-bolha”), que teve suas premissas elaboradas por Pariser (2011).

Segundo essa teoria, e conforme exposto por Eduardo Magrani (2014), os filtros-bolhas são “[...] um conjunto de dados gerados por todos os mecanismos algoritmos utilizados para se fazer uma edição invisível voltada à customização da navegação *on-line*”.

Dessa forma, empresas como a Google e o Facebook utilizam ferramentas ou mecanismos de busca para personificar os conteúdos da rede.

Essa personificação é possível a partir do rastreamento de elementos contidos na rede deixados pelos usuários, tais como a localização e dados de acesso dos mesmos, fruto da navegação nos ambientes *on-line*. Desta feita, pesquisas sobre determinada expressão (“democracia digital”, por exemplo) quando realizadas por pessoas de nacionalidade, idade, áreas de interesse acadêmico

distintas ou pertencentes a segmentos sociais ou com preferências culturais ou políticas diferentes desaguarão em resultados bastante diversos.

É importante ressaltar que a curadoria de informação pela mídia tradicional já representava a ideia de filtragem dos conteúdos selecionados, mas o que ocorre com os algoritmos nos ambientes *on-line* é uma amplificação do grau de personalização e direcionamento.

A questão, portanto, representa o encontro de dois interesses principais: a comodidade do usuário e os interesses dos sites de busca que utilizam a filtragem para comercializar produtos e serviços de maneira personificada.

Não obstante essa convergência de interesses, é importante observar, desde já, que tais direcionamentos podem gerar riscos a valores democráticos, tais como a privacidade, a diversidade, a igualdade, a liberdade de expressão e outros que abordaremos neste artigo (MAGALHÃES, 2016).

Essas questões ganham ainda mais relevo quando transportamos o tema da filtragem para os processos eleitorais, o que faz suscitar o questionamento sobre quais seriam os limites e desafios para a utilização das ferramentas e mecanismos eficientes disponíveis na internet para o aprimoramento das escolhas eleitorais.

3. Limites e desafios para o uso da internet no aprimoramento das escolhas eleitorais

Consideramos que a utilização da internet tem a capacidade ou o potencial para reduzir a assimetria da informação entre candidatos e eleitores e assim contribuir para o incremento do processo eleitoral.

Não obstante, para a efetividade e concretização desse potencial, deverão ser considerados os seguintes fatores que trataremos neste item do trabalho: (i) a falta de cultura de engajamento político *on-line*; (ii) restrições de acesso à internet e educação digital entre conectados e não conectados; (iii) a problemática que envolve o excessivo fluxo de informação e a neutralidade da rede que desafia a credibilidade das informações recebidas; (iv) os riscos à privacidade e à diversidade; (v) questões relacionadas

à polarização e fragmentação; e (vi) a ameaça à liberdade de expressão (MAGRANI, 2014).

3.1 O incipiente engajamento político *on-line*

Verifica-se no Brasil atual um crescente movimento de organização para o tratamento de questões de interesse coletivo no ambiente *on-line*. Embora ainda incipientes, é notória a mobilização para a busca conjunta de soluções para alguns problemas da coletividade.

Não há, ainda, trabalhos empíricos que revelem a exata dimensão desses movimentos, mas se pode afirmar que contam a seu favor as vantagens advindas do meio digital, como a celeridade no fluxo comunicativo, a capacidade de mobilização e uma organização mais fluida e na forma de rede, mais adaptáveis quando comparadas com movimentos tradicionais do mundo *off-line*.

De toda forma, apesar do exercício da cidadania no meio digital ser uma possibilidade, sobretudo no aspecto participativo (o que inclui a possibilidade de manifestação de opinião, de interlocução como poder público, entre outras formas), seu exercício em larga escala ainda é um desafio a ser enfrentado na busca de estabelecimento de metas comuns e de consenso em torno de temas que afetem toda a sociedade.

Como consequência, entendemos que a capacidade para a redução da assimetria da informação entre candidatos e eleitores ainda se encontra limitada e somente se tornará efetiva quando houver uma maior participação dos cidadãos em questões dessa natureza no ambiente virtual.

3.2 Restrições de acesso à internet e educação digital

O acesso dos cidadãos à internet é condição essencial para a redução da assimetria da informação entre candidatos e eleitores. Em países como o Brasil, isso consiste numa limitação ao ambiente virtual, em razão do ainda considerável número de pessoas que não possuem acesso à rede. Essa exclusão segue a mesma lógica da exclusão social, em que os analfabetos digitais são geralmente pessoas de baixo poder aquisitivo ou que vivem em lugares sem estrutura para o funcionamento da rede.

Acrescente-se a isto a ainda precária expansão da banda larga, ainda não disponibilizada em muitos locais pelas empresas que fornecem esse serviço, por serem considerados desinteressantes do ponto de vista econômico. Nesses locais, a velocidade dos serviços e o acesso aos conteúdos *on-line* ficam prejudicados, bem como a interação em plataformas que requerem uma velocidade maior de tráfego de dados.

Ivar Hartmann (2010) defende que o acesso à internet é um direito fundamental na ordem jurídica brasileira, como um direito implícito e decorrente do sistema e dos princípios fundamentais da Constituição Federal, o que significa que caberia ao Estado prover os cidadãos de acesso à rede mundial de computadores.

Ainda no que diz respeito ao acesso à internet, é igualmente necessário proporcionar a capacitação das pessoas para que estejam habilitadas ao uso da rede. É a chamada alfabetização digital. Sem essa capacitação, o acesso às informações sobre candidatos e partidos políticos no ambiente *on-line* se vê frustrado.

O tema da capacitação pertence, antes de tudo, à concretização do direito à educação e à garantia do direito ao trabalho, tendo em vista que, atualmente, qualquer profissão ou ocupação que envolva exercício intelectual requer habilidades para o acesso à rede.

3.3. Sobre a neutralidade

Se a exclusão digital e a falta de capacitação para o uso da internet representam obstáculos à redução da assimetria da informação entre candidatos e eleitores, o mesmo se pode dizer do excesso de informação, que gera nos usuários a dificuldade de selecionar as informações apresentadas. Essa dificuldade compromete a compreensão de uma determinada questão ou um problema e a capacidade dos usuários em tomar decisões. Para usarmos um exemplo, ao procurarmos a expressão “informações eleitorais” no *site* de busca do Google, surgem 1,06 milhões de resultados em 0,37 segundos.

Conforme já mencionado, esse excesso de informação levou à necessidade de se filtrar as informações que circulam na *web*, demanda que foi captada pelo mercado, que tem explorado a possibilidade de customização automática de conteúdos nas plataformas

digitais, inclusive com a comercialização de publicidade direcionada no âmbito dessa filtragem.

Por outro lado, essa filtragem também vem sendo considerada excessiva, limitando o potencial de debate ao deixar os usuários permanentemente em uma “bolha de filtragem” na internet, muitas das vezes fora do nosso controle e consciência.

Sobre os riscos advindos dessa filtragem, chama atenção a ameaça ao tratamento ideológico-partidário isonômico. Muito se tem falado no Brasil sobre mídias partidárias, simpatizantes de determinadas ideologias, ou de preferências sobre tendências econômicas, o que ganha destaque quando pensamos que não possuímos uma imprensa tão diversificada como em outros países. Sem adentrar nessa discussão, o que se quer ressaltar nesse aspecto é que a internet e sua propaganda neutralidade poderiam ser um antídoto para uniformizações de pensamento político, desde que todas as tendências fossem tratadas de forma igualitária.

Ocorre que, quando admitimos que filtros sejam estabelecidos por algoritmos – que são mecanismos invisíveis mencionados e legalmente considerados segredos industriais –, podemos colocar em risco o tratamento isonômico na apresentação dos dados em *sites* de busca.

Se fizermos uma busca sobre determinado candidato, poderão ser reveladas informações na ordem e segundo critérios que todos desconhecemos, o que tem despertado interesse por parte de pesquisadores sobre os efeitos negativos da internet nos processos eleitorais.

Podemos citar como exemplo as pesquisas realizadas por Robert Epstein, que o fizeram concluir que a Google, responsável pelo principal *site* de buscas no mundo, teria o poder de determinar o resultado de um quarto de todas as eleições nacionais do planeta (para presidente ou parlamento), principalmente as mais disputadas. Na véspera da eleição presidencial da Índia, em 2014, o pesquisador estudou a influência da empresa nas votações e revelou que 24% dos eleitores tinham propensão maior a votar nos candidatos cujos artigos positivos viam primeiro na ordem

indicada na busca. Em alguns grupos demográficos, o efeito atinha 72% dos participantes do estudo⁶.

Se antes da internet as pessoas não teriam condições igualitárias de acesso à informação, agora esse problema se apresentaria pela possibilidade de os curadores poderem fazer os filtros sem a neutralidade pretendida.

O fato é que, embora a internet esteja calcada na chamada neutralidade, com a qual se pretende conferir tratamento isonômico aos dados nela presentes, na prática, mesmo os mais avançados algoritmos seriam incapazes de tratar de maneira igualitária todas as informações nela constantes.

3.4 Privacidade e diversidade

A maior parte dos usuários de internet desconhece que são monitorados e, dentre os que conhecem, muitos parecem aceitar tal prática sem saber exatamente a profundidade do acesso aos dados particulares ou, em muitos casos, parecem ver esse processo como a *regra do jogo* posta e inquestionável, talvez imersos na sensação de conforto e na utilidade apresentada pelas novas ferramentas digitais.

No entanto, essa mesma dinâmica poderia ser utilizada para se ter acesso a informações que violam a privacidade dos cidadãos protegida pela Constituição Federal, fato que demanda um olhar mais acurado sobre essa questão. O mesmo se diga em relação às estratégias adotadas pelos candidatos e partidos políticos com vistas a atingir os seus eleitores por meio das quais são estabelecidas diretrizes para melhor obter êxito nos pleitos.

Assim como qualquer organização social, as agremiações políticas devem recolher informações por meio de pesquisas de mercado e da assessoria profissional nas áreas de marketing, gestão, economia e jurídica, para atingir os seus fins, o que consubstancia formas de agir que se assemelham a muitas atividades empresariais e que devem ser resguardadas para evitar que seus concorrentes obtenham vantagens indevidas, motivos pelos quais devem

⁶ Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150901_epstein_google_jf_lk>. Acesso em: 14 jul. 2017.

gozar da mesma privacidade conferida às organizações empresariais que veem em seus sigilos comerciais, industriais, bancários e fiscais a base de informação que, se conhecida por seus concorrentes, malograria parte do seu intento.

Outro valor colocado em risco é o da diversidade, que pode ser ameaçada pelo fato de passarmos a visualizar aquilo que, segundo o curador das informações, melhor condiria com a nossa forma de ser e pensar.

Enxergar a diferença existente entre os membros de uma mesma sociedade é fundamental para a democracia, pois exige um exercício de construção coletiva, necessário ao convívio harmônico, embora o embate faça parte dessa construção.

Os mecanismos de filtragem fazem com que a internet se torne um espaço no qual é mostrado o que se presume ser de nosso interesse, mas nos é ocultado aquilo que possivelmente desejaríamos ver ou que contribuiria para o nosso desenvolvimento e para o enriquecimento dos debates eleitorais.

Se somos bombardeados com informações que convirjam para os nossos próprios pensamentos, dificilmente teremos a capacidade de desenvolver a habilidade de conviver com ideias que se contrapõem às nossas, o que pode levar às radicalizações políticas, tão em voga nos dias atuais.

O enriquecimento de um processo eleitoral decorre da pluralidade de opiniões sobre todos os temas abordados no segmento político e os momentos que antecedem as eleições são oportunidades para que a coletividade tenha acesso à mais variada gama de visões de mundo, sendo importante que possam ser expostas todas as manifestações a respeito de temas que afetam a vida de todos, para que sejam discutidas e amadurecidas.

Por óbvio, um partido político e seus candidatos têm por objetivo finalístico ganhar a eleição e assumir o poder para fazer valer suas propostas que são contrapostas na disputa eleitoral. Mas, por outro lado, existe um subproduto gerado dessas disputas, que é o enriquecimento de ideias. A proposta derrotada de hoje poderá ser a solução para um problema em um momento futuro e isso só

pode ser atingido se os eleitores tiverem tempo de discussão no suceder dos anos, a fim de que possam reavaliar ideias que outrora pareciam inadequadas, mas que poderão ser adotadas e aperfeiçoadas com o passar do tempo. Aliás, não é por acaso que muitos candidatos e partidos se alternam no poder. A ideia ultrapassada de ontem poderá ser a solução do amanhã.

3.5 Polarização e fragmentação

Fenômenos conhecidos no mundo *off-line* e diretamente relacionados à diversidade, à polarização e à fragmentação de ideias encontram espaço propício em ambientes em que há a segregação de informações. Quando transportamos tais temas para a internet, observamos uma intensificação indesejada desses fenômenos.

Na medida em que o usuário da internet passa a ter acesso prioritário a ideias e informações que guardam pertinência com suas características individuais, a impressão que se pode ter é que a realidade está muito mais próxima de suas preferências do que de fato está.

Quando pensamos em milhões de pessoas navegando sob a égide dos algoritmos, a realidade parece muito mais homogênea, e, por consequência, o debate torna-se menos amplo. Todavia, provavelmente há muito menos consenso do que se apresenta.

Logo, as novas tecnologias podem estar fomentando o hábito de as pessoas ouvirem as vozes dos amigos mais próximos, criando verdadeiras *câmaras de eco on-line* (CARR, 2008).

Como dito, quando tratamos da filtragem, a customização é oferecida por empresas na internet como estratégia para seus negócios. Mas se as bolhas funcionam bem para o consumo, o mesmo não necessariamente se aplica às escolhas eleitorais.

Polarização e fragmentação de ideias pode levar a posições radicais e extremadas e até mesmo ao ódio e à violência, como temos visto diariamente nos noticiários.

As tecnologias não devem estimular o isolamento, mas, ao contrário, a busca de soluções conjuntas para os problemas vividos pela sociedade. Por essa razão, há quem defenda que a redução desses fenômenos deva ser preocupação do Estado Democrático

de Direito para garantir a comunicação entre diferentes grupos sociais e estimular a pluralidade. Segundo Hartmann (2010):

[...] para um Estado democrático a fragmentação viabilizada pela rede é altamente prejudicial. A formação de comunidades saudáveis para a democracia e o convívio social não é, frise-se, espontânea. Muito pelo contrário. Alguma força ou poder deve tomar medidas que estimulem a comunicação entre os desiguais e o sucesso de comunidades que cumprem uma função social de valor, como a discussão de temas políticos. Esse papel cabe ao Estado.

Ainda segundo o autor, como forma de minimizar a fragmentação e ampliar o potencial democrático da rede, o Estado poderia incentivar a criação de espaços propícios ao debate, como bibliotecas *on-line*, arquivos e compilações de informações, serviços de moderação de discussões, criação de fóruns para o debate de discussões técnicas e especializadas e mecanismos para sintetizar os diferentes argumentos apresentados.

3.6 Liberdade de expressão

Outro aspecto diretamente relacionado com a diversidade é a liberdade de expressão, que pode ser ameaçada pela ação de intermediários da informação com poderosos mecanismos editoriais no universo *on-line*.

Esse problema não é exatamente novo, uma vez que todos os canais de comunicação já possuem a possibilidade de direcionar o que será ou não publicado e ao que será conferido mais destaque. Mas chamamos a atenção para a intensa ampliação desse poder no ambiente *on-line*, sob o manto da neutralidade.

4. Aspectos normativos

Nesta etapa do trabalho, exporemos como o ordenamento jurídico brasileiro trata da veiculação de informações político-eleitorais no ambiente *on-line*, com uma preocupação especial para o tratamento das informações sobre candidatos e partidos políticos na internet.

4.1 A Constituição Federal

O preâmbulo do texto constitucional possui força interpretativa e enuncia princípios como a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, baseada na harmonia social e na solução pacífica das controvérsias. O art. 1º da Constituição Federal descreve a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo partidário. Preceitua, em consequência, a existência de eleições livres e amplas, possibilitando escolhas livres e que se vinculam às ideias apresentadas e debatidas, como premissas da democracia representativa.

Esses elementos norteiam as eleições e seus debates e fornecem diretrizes que são observadas no Código Eleitoral, na legislação eleitoral e nas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

A expressão do pensamento de forma livre, a comunicação e a proibição de censura são elementos basilares que norteiam as eleições, pois candidatos e representantes do povo devem se expressar livremente e apresentar suas propostas de governo sem interferência de terceiros ou de interesses políticos que possam prejudicar a lisura das eleições. A livre manifestação do pensamento, a comunicação social e a vedação de censura são princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal.

A liberdade de expressão e informação são ainda tuteladas pela Constituição Federal no art. 220, que dispõe, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[...]

Da leitura do texto constitucional, observa-se que qualquer controle sobre informações eleitorais deve ser realizado de forma repressiva (e não preventiva), no que diz respeito a eventuais abusos na veiculação de conteúdos político-partidários, sob pena de configuração de censura.

No que concerne à isonomia no âmbito eleitoral, pode-se afirmar que deve ser dada igualdade de oportunidade entre partidos, materializada na veiculação gratuita de propaganda nos meios de comunicação, embora distribuída proporcionalmente à representação na bancada legislativa federal, conforme prescreve o art.17,§ 3º, da Constituição Federal e regulamenta o art. 47 da Lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições⁷.

4.2 O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965)

A liberdade de expressão no âmbito eleitoral é objeto de disciplina no Código Eleitoral que, ao regulamentar a propaganda eleitoral, dispõe que ninguém poderá impedi-la, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados⁸.

Sobre a relevância da propaganda eleitoral como materialização da liberdade de expressão no processo democrático, cabe destacar os ensinamentos de Fávila Ribeiro (1998):

A liberdade de propaganda mereceu compatível tratamento, como condição básica do processo eleitoral, garantindo a persistência de seguro esquema para funcionamento da competição democrática. As normas protetoras da liberdade aparecem em funcional implicação com os postulados de igualdade. Com a liberdade erguem-se as defesas dos eleitores, dos candidatos e dos partidos, impedindo os cerceamentos provindos das agências estatais. Por sua vez, com a igualdade, as defesas são mobilizadas para enfrentar as situações privilegiadas, as dominações sociais que possam de alguma maneira embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático.

7 O art. 47 da Lei nº 9.504/1997 prevê o acesso compartilhado, proporcional à bancada federal, mas assegurado um mínimo de igualdade, que é de um terço, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, seguindo a máxima aristotélica.

8 Art. 248 do Código Eleitoral.

O legislador, além de aprimorar a tutela da liberdade de expressão consagrada constitucionalmente, disciplinou especificamente o direito à propaganda eleitoral, impondo sanções de natureza penal⁹ a quem imponha óbice ao seu exercício.

4.3 As alterações efetuadas na Lei nº 9.504/1997 pelas Leis nº 12.304/2009, nº 13.165/2015 e nº 13.488/2017

Embora os princípios e as disposições constitucionais e legais anteriormente mencionadas se apliquem ao meio virtual, fazia-se necessário o aprimoramento da disciplina para a propaganda eleitoral em razão das mudanças provocadas pelo avanço tecnológico e a disseminação em escala mundial da internet. Por essa razão, em 2009, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.034/2009, com o objetivo de alterar a Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral), disciplinando, dessa forma, a propaganda eleitoral na internet, cujo detalhamento faremos a seguir.

A Lei nº 12.034/2009 incluiu os arts. 57-A a 57-I na Lei nº 9.504/1997, prevendo expressamente a possibilidade¹⁰ da utilização da rede mundial de computadores como meio de divulgação e propaganda de campanhas eleitorais – embora os candidatos já fizessem uso dessa ferramenta no Brasil desde 2006 –, bem como explicitou que a liberdade de manifestação do pensamento é garantida na rede mundial de computadores durante a campanha eleitoral, assegurando o direito de resposta e vedando o anonimato¹¹.

Entre as inovações legislativas, foram previstas as formas de realização de propaganda eleitoral¹², quais sejam: (i) em sítio do candidato, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; (ii) em sítio do partido ou da coligação, com endereço eletrônico comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedor de serviço de internet estabelecido no país; (iii) por meio de mensagem eletrônica

⁹ Os arts. 331 e 332 do Código Eleitoral impõem pena de detenção e multa a quem inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado ou a quem impeça o exercício de propaganda eleitoral.

¹⁰ Art. 57-A da Lei nº 9.504/1997.

¹¹ Art. 57-D da Lei nº 9.504/1997.

¹² Art. 57-B da Lei nº 9.504/1997.

para endereços cadastrados gratuitamente pelo candidato, partido ou coligação; e (iv) por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidato, partido ou coligação ou de iniciativa de qualquer pessoa natural.

Nesse ponto, cabe salientar que a Lei nº 12.034/2009 não previu a possibilidade da realização de propagandas via malas diretas adquiridas por meio de empresas especializadas em banco de dados virtuais, bem como proibiu expressamente a venda de cadastro de endereços eletrônicos¹³.

A Lei nº 12.034/2009 acrescentou, ainda, dispositivo que aplica penalidades ao provedor de conteúdo e de serviços¹⁴ que hospedar a divulgação ilegal de propaganda eleitoral de candidato, partido ou coligação, desde que, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, aquele não adote as providências necessárias para fazer cessar a divulgação irregular¹⁵.

Outra inovação diz respeito à determinação para que as mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, devem dispor de mecanismos que permitam o cancelamento do cadastramento pelo destinatário, obrigando o remetente a providenciá-lo no prazo de quarenta e oito horas, sob pena de pagamento de multa¹⁶.

Um último aspecto da Lei nº 12.034/2009 que merece destaque é a possibilidade de que a Justiça Eleitoral, mediante requerimento de candidato, partido político ou coligação, determine a suspensão do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios de internet que deixarem de cumprir as disposições da Lei Eleitoral¹⁷.

A Lei nº 9.504/1997 foi posteriormente alterada pela Lei nº 13.165/2015 para evidenciar que não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de

¹³ Art. 57-E da Lei nº 9.504/1997.

¹⁴ A expressão adotada pela Lei é bastante abrangente e engloba os provedores responsáveis pelos serviços necessários à disponibilização de conteúdos na internet.

¹⁵ Art. 57-F da Lei nº 9.504/1997.

¹⁶ Art. 57-G da Lei nº 9.504/1997.

¹⁷ Art. 57-I da Lei nº 9.504/1997.

voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e a prática de determinados atos (participação em entrevistas, programas, encontros ou debates, entre outros eventos), que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet¹⁸.

Por fim, a Lei nº 9.504/1997 foi alterada pela Lei nº 13.488/2017 para estender a possibilidade de realização de propaganda eleitoral por *aplicações de internet* cujo conteúdo seja gerado ou editado por candidatos, partidos, coligações ou por pessoa natural¹⁹. A nova regra veda, ainda, o impulsionamento de conteúdos por pessoas naturais e proíbe o impulsionamento que altere o teor ou a repercussão de propaganda eleitoral, tanto próprios quanto de terceiros²⁰.

4.4 Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

O Código Eleitoral²¹ e a Lei nº 9.504/1997²², amparados pela Constituição Federal, atribuíram função normativa à Justiça Eleitoral, permitindo que, por meio de resoluções, o TSE expeça instruções para a execução dos referidos normativos.

Podemos citar, como exemplo, instruções criadas para auxiliar a execução de leis no ano das eleições, tal como a Resolução nº 23.457/2015, que dispôs sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2016.

As instruções do TSE sobre a propaganda eleitoral devem ser expedidas até 5 de março do ano da eleição e, em geral, consolidam a legislação que trata da matéria, permitindo a melhor compreensão das normas legais, muito embora pouco inove quanto ao conteúdo delas.

Da análise da Resolução nº 23.457/2015, no que diz respeito à regulamentação do uso da internet, observamos haver poucas novidades em relação ao texto legal, entre as quais podemos

18 Art. 36-A da Lei nº 9.504/1997.

19 Art. 57-B, inciso IV, da Lei nº 9.504/1997.

20 Art. 57-B, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

21 Art. 1º, parágrafo único, e art. 23, IX, do Código Eleitoral.

22 Art. 105 da Lei nº 9.504/1997.

mencionar as seguintes: (i) definição normativa concernente às formas de realização de propaganda eleitoral, com a conceituação de sítio, *blog*, sítio hospedado diretamente em provedor de internet e sítio hospedado indiretamente em provedor de internet;²³ (ii) definição do procedimento caracterizador do “prévio conhecimento” da existência de propaganda irregular por parte de provedor de conteúdo na internet ou de serviços multimídia, fato este ensejador de aplicação de penalidade;²⁴ e (iii) previsão de autorização para a reprodução virtual das páginas do jornal impresso na internet, desde que seja feita no sítio do próprio jornal, independentemente do seu conteúdo, devendo ser respeitado integralmente o formato gráfico e o conteúdo editorial da versão impressa²⁵.

No mais, a referida Resolução se limitou a transcrever de forma organizada e sistematizada as disposições do Código Eleitoral e da Lei nº 9.504/1997 que dizem respeito à propaganda eleitoral na internet.

4.5 O Marco Civil da Internet

Por meio da Lei nº 12.965/2014, foi estabelecido o Marco Civil da Internet, que disciplina direitos e liberdades dos cidadãos brasileiros no ambiente da rede e aborda temas como a liberdade de expressão, privacidade do direito dos usuários, responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, guarda de registro, além do tema associado à neutralidade da rede.

O Marco Civil da Internet foi fruto de intensa participação popular na internet quando da elaboração do seu texto, por meio de uma plataforma baseada em *software* livre, com a qual foi possível ao Ministério da Justiça e ao Centro de Tecnologia da FGV/RJ traçarem as coordenadas para promover um amplo debate a respeito do assunto.

O art. 7º do mencionado diploma prevê que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”, o que já demonstra a importância dessa ferramenta para a sociedade democrática.

23 Art. 22, § 1º, da Resolução nº 23.457/2015, regulamentando o art. 57-B, incisos I a IV, da Lei nº 9.504/1997.

24 Art. 26 da Resolução nº 23.457/2015, regulamentando o art. 57-F, parágrafo único, da Lei nº 9.504/1997.

25 Art. 30, § 5º, da Resolução nº 23.457/2015, regulamentando o art. 43, *caput*, da Lei nº 9.504/1997.

Um dos pontos mais debatidos no processo de aprovação do Marco Civil da Internet foi a neutralidade da rede, o que resultou no estabelecimento da *garantia da neutralidade* como um dos princípios do uso da internet no Brasil²⁶.

A lei traz o conceito de neutralidade da rede nos seguintes termos:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

[...]

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

A previsão da neutralidade garante, ao menos em tese, que todos usem os mesmos serviços com a mesma qualidade, garantindo isonomia e evitando a limitação na transmissão, recepção ou emissão de dados. Com a neutralidade, o caráter democrático da internet estaria preservado, porque todos os dados receberiam o mesmo tratamento e todos os usuários seriam beneficiados de forma isonômica.

Os arts. 10, 13 e 14 tratam da guarda de registro de conexão e de acesso a aplicações de internet e estabelecem responsabilidades para os provedores de conexão e de correio eletrônico.

Os provedores de conexão (ou de acesso) são pessoas jurídicas fornecedoras de serviços que possibilitam o acesso de seus consumidores à internet. Atualmente, os mais conhecidos no Brasil são a Net Virtua, Brasil Telecom, GVT e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro e Vivo.

Por sua vez, os provedores de correio eletrônico são pessoas jurídicas que fornecem serviços que possibilitam o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, mediante o uso de um

26 Art. 3º, inciso IV, do Marco Civil da Internet.

nome de usuário e senha exclusivos. Os provedores de correio mais conhecidos no Brasil são o Gmail (da Google), Yahoo e Hotmail (da Microsoft).

Nos termos do Marco Civil da Internet, tais provedores de conexão e de correio eletrônico somente são obrigados a liberar dados armazenados referentes aos usuários se houver decisão judicial nesse sentido, devendo prevalecer a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas²⁷.

Os referidos provedores de conexão são proibidos de registrar a atividade de seus clientes, como, por exemplo, os *sites* acessados por eles, o que, na prática, é de difícil fiscalização. São exatamente essas informações que possuem um grande valor, pois permitem que seus detentores conheçam as preferências dos usuários, conforme abordamos quando tratamos dos desafios relativos à privacidade²⁸.

O art. 15 do Marco Civil da Internet, por sua vez, prevê o dever de sigilo imposto aos provedores de aplicações de internet, responsáveis pelo fornecimento das funcionalidades que podem ser acessadas por meio de terminais conectados à internet, tais como os *sites*, portais e aplicativos. Tais provedores deverão manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança.

Por fim, cabe destacar os dispositivos do Marco Civil da Internet que tratam da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Segundo o normativo, os provedores de conexão à internet não serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes gerados por terceiros²⁹.

Já em relação aos provedores de aplicações de internet, o Marco Civil da Internet previu a possibilidade de responsabilização por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro na hipótese de, “após ordem judicial específica, não tomar as providências

²⁷ Arts. 10, *caput* e § 1º, e 13 do Marco Civil da Internet.

²⁸ Art. 14, *caput* e § 1º, do Marco Civil da Internet.

²⁹ Art. 18 do Marco Civil da Internet.

para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”. Isso significa que *sites* como o YouTube, Facebook e Google estão isentos de responsabilidade pelo conteúdo que hospedam se forem produzidos por terceiro. Eles apenas seriam responsabilizados em caso de desobediência a uma ordem judicial.

4.6 Conclusões parciais

Conforme podemos observar, as normas anteriormente mencionadas revelam a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro com o tratamento das informações publicadas na internet de cunho político-partidário.

No entanto, verificamos que a legislação eleitoral, ao tratar da propaganda eleitoral, dirige suas atenções principalmente para dois tipos de informação disponibilizada na rede:

(i) dados publicados pelos próprios candidatos em *sites*, *blogs* e outros; e (ii) notícias publicadas por terceiros relacionadas aos candidatos ou partidos políticos.

Embora a fiscalização para o cumprimento dessa legislação já demande um grande esforço da Justiça Eleitoral, há outro grupo de informação disponibilizada na rede que parece ainda merecer atenção. Referimo-nos às informações disponibilizadas na *web* que, embora não tenham cunho eminentemente eleitoral, aparecem nas buscas orgânicas dos *sites* de busca e que podem afetar indevidamente disputas eleitorais, conforme alertado pelo pesquisador Robert Epstein.

Creemos, portanto, ser pertinente, nesse ponto, destacar algumas contribuições que a regulação poderá realizar para o incremento da internet para torná-la um ambiente em que o processo comunicativo possa se realizar de forma plena, e, dessa forma, gerar condições para que o déficit de informações nos processos eleitorais seja reduzido.

5. Um olhar regulatório

Os inegáveis benefícios econômicos e a utilidade atribuída à internet não devem ocultar a existência de externalidades causadas

pelo mundo digital, problemas que, se enfrentados desde já, com a adoção de medidas adequadas, poderão tornar a *web* ainda mais benéfica para as disputas eleitorais em especial.

No ensinamento de Winholze Hodge (2013), a regulação vista sob o aspecto social deve corrigir os efeitos prejudiciais da atividade econômica e atingir determinados resultados socialmente desejados, tais como a justiça, a equidade, a razoabilidade, a coesão social, a solidariedade e o reforço da confiança.

Em razão das ideias aqui expostas, cremos haver espaço para um tratamento regulatório para enfrentar alguns dos problemas decorrentes das atividades desenvolvidas no âmbito da internet atualmente.

Segundo o filósofo francês Pierre Lévy, muitos de tais problemas seriam mitigados se os indivíduos e organizações se preparassem para desenvolver habilidades hoje muito pouco trabalhadas, para o que dá o nome de “competência informacional”. Ou seja, desenvolvendo-se o espírito crítico, obter-se-ia a capacidade de compreender, avaliar a confiabilidade das fontes das informações e compreender o que está por trás das informações³⁰.

Foi nesse sentido que apontamos a necessidade de formulação de políticas públicas e a implementação de ações que proporcionem aos cidadãos a mencionada “competência informacional”. Tais medidas, que têm forte impacto na educação dos cidadãos e na qualificação para o trabalho, devem contemplar a inclusão de disciplinas ligadas à tecnologia da informação nas grades educacionais, desde os primeiros anos escolares, com vistas à efetiva preparação do indivíduo para absorção dos conteúdos disponíveis na rede e para o desenvolvimento do exercício da cidadania no ambiente virtual, o que passa, como dito, pela capacidade de compreender as informações que dizem respeito à coletividade.

30 Lévy vê com otimismo os potenciais da internet, apesar do crescente monopólio dos fluxos de dados por determinadas empresas. Segundo o filósofo francês, estaríamos vivendo um período de conhecimento dessa nova realidade não apenas em países desenvolvidos, mas também no Brasil, e, em algum tempo, poderíamos lidar com a rede sem qualquer receio, ao contrário, poderíamos utilizá-la em busca do que procuramos afastando-nos da passividade diante do que é apresentado na ordem das buscas. Entrevista concedida ao site Brasil Econômico. Disponível em: <<http://brasileconomico.ig.com.br/mundo/2015-05-22/se-voce-entender-os-algoritmos-da-internet-tomara-o-poder.html>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Conforme mencionado, houve mudanças substanciais na forma como as informações são expostas para o grande público e observa-se a migração de canais de comunicação para a *web*. Mais uma vez, a opção pelo fornecimento de informação pela internet se apresenta como uma opção muito interessante, em razão de seu volume e facilidade de acesso, mesmo que diante do risco de haver algum viés na apresentação das informações. Mas devemos ter consciência que grande parte das informações, na prática, simplesmente não chegará aos cidadãos, pois ficarão retidas nos filtros dos *sites* de busca que, inevitavelmente, privilegiam determinados conteúdos ao estabelecer uma ordem de classificação de relevância.

É igualmente necessário o Estado prover todos os cidadãos de acesso à rede mundial de computadores, gerando incentivos para que provedores de conexão³¹ disponibilizem o serviço em todo o território nacional e promovam a expansão da banda larga que permita aos usuários o acesso aos conteúdos da rede.

Parece haver a necessidade de que as empresas que utilizam sistemas de busca sejam incentivadas a agir com maior transparência no que diz respeito aos filtros que utilizam, a fim de que o controle realizado seja visualizado pelos usuários. Se por um lado parece inevitável a utilização de filtros, o cidadão deve ter o direito de optar por não ser rastreado. Os usuários que se sentirem prejudicados em sua privacidade ou na personificação de seus conteúdos deverão ter o direito garantido de utilizar mecanismos³² que apaguem os seus rastros na *web*, ferramentas estas existentes em apenas alguns navegadores da rede.

Para amenizar os riscos relativos à polarização e fragmentação, ao citarmos Habermas, mencionamos importância de se fomentar a deliberação e procedimentos cada vez mais democráticos, bem como sugerimos a criação de incentivos para a criação de espaços para o debate *on-line*, a criação de fóruns para o debate e discussões e mecanismos para congregar as diferentes ideias discutidas.

31 Na lição do prof. Sérgio Guerra, as escolhas regulatórias podem se fundamentar “na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, com fundamentos técnicos e científicos. Estes devem atender ao interesse público substantivo, sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto (GUERRA, 2015).

32 Tais como o mecanismo denominado “do not track”, do navegador Mozilla Firefox, que impede que os rastros da navegação dos usuários sejam guardados.

6. Conclusão

Diante de um universo cada vez maior de informações disponíveis na rede, foi necessário trazer para o debate esclarecimentos sobre os sistemas de busca da internet, para evidenciar que a filtragem de dados proporcionada pelos algoritmos, apesar das vantagens conferidas aos usuários, faz com que decisões sejam baseadas em apenas parte da realidade, limitação que poderia se aplicar às escolhas eleitorais. Assim, quando pensamos na assimetria de informação entre eleitores e candidatos, poderíamos estar frente a um dilema que oscilaria entre não utilizar as informações disponíveis na *web* ou utilizá-las com o risco de haver algum viés na apresentação dessas informações.

Em seguida, passamos a tratar dos limites e desafios para a utilização das ferramentas e mecanismos eficientes disponíveis na internet para o aprimoramento dos processos eleitorais. Sugerimos, ao abordarmos o tema do “engajamento *on-line*”, haver uma relação direta entre a participação dos cidadãos em questões dessa natureza no ambiente virtual e a redução da assimetria da informação entre candidatos e eleitores.

Enfatizamos, igualmente, os desafios relativos à alfabetização digital e à disponibilização dos serviços de conexão. Portanto, nos pareceu claro que o desenvolvimento de cidadãos plenamente habilitados a navegar em uma rede, que possa ser conectada pela ampla maioria da população, bem como uma maior utilização dessa rede para tratar de assuntos de interesse coletivo seriam condições necessárias (mas não suficientes) para que haja redução do déficit informacional.

Logo após, expusemos os limites relacionados à neutralidade da rede, à privacidade, à diversidade, à polarização, à fragmentação e à liberdade de expressão, todos relacionados à presença do acesso, por terceiros, aos dados disponíveis na *web* ou às ações de filtragem das informações, procedimentos nem sempre bem conhecidos pelos usuários da internet. Esses limites traduzem-se em riscos a irrenunciáveis valores democráticos e, assim, poderia ser um paradoxo colocá-los em ameaça exatamente para mitigar a assimetria informacional que levaria ao aperfeiçoamento do processo democrático-eleitoral.

Para tentar solucionar essa aparente contradição, fizemos uma investigação sobre o tratamento normativo relativo aos temas democráticos no ordenamento jurídico brasileiro, chegando à conclusão de que, embora haja uma tutela para os valores da democracia, a legislação brasileira apresenta lacunas na disciplina de informações disponibilizadas na rede que poderiam afetar disputas eleitorais.

Em razão dessas lacunas existentes na legislação, passamos, sob o prisma regulatório, a propor medidas que pudessem mitigar essas externalidades advindas das atividades realizadas na *web*, tendo como principal norte o desenvolvimento de habilidades, pela população, para a compreensão e avaliação das informações disponíveis na internet.

Para tanto, seriam necessárias políticas públicas, inicialmente com vistas à alfabetização digital, aperfeiçoando-se, posteriormente, para a plena “competência informacional”, alcançando-se uma efetiva preparação do indivíduo para a absorção dos conteúdos disponíveis na rede e para o desenvolvimento do exercício da cidadania no ambiente virtual.

Também sugerimos medidas que ampliassem o acesso à rede, mediante a criação de incentivos para que os provedores de conexão disponibilizem o serviço em todo o território nacional e expandam a banda larga, bem como a geração de incentivos para que os *sites* de busca ajam com maior transparência em relação aos seus mecanismos de acesso às informações privadas e à filtragem.

Em complemento, frisamos a importância da criação de espaços para o debate *on-line* e de mecanismos que sistematizem, armazenem e disponibilizem os argumentos apresentados.

De todo modo, no âmbito das discussões que envolvem medidas regulatórias, é de suma importância que não se enverede para uma postura conservadora, baseada na resistência ao mundo virtual, com a fuga desse universo tecnológico, sem se saber exatamente do que se está protegendo. Tal postura decerto alijará o cidadão do ambiente *on-line*, privando-o do acesso aos recursos disponíveis para atender às suas necessidades com plenitude, de forma mais eficiente e a um menor custo.

Esperamos ter demonstrado com as informações e análises realizadas neste artigo ser possível que a regulação, ao proporcionar uma análise racional e estruturada dos problemas verificados no ambiente *on-line* e a correspondente ponderação com os amplos benefícios ofertados pela internet, poderá colaborar para que a sociedade utilize a internet para a redução da assimetria de informação entre candidatos e eleitores.

7. Referências

- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; MUSCAT, Marcel Machado. Aspectos Normativos da Propaganda Eleitoral na Internet. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 1, n. 2, jul./ dez. 2012.
- BRAGA, Sérgio Soares; França, Andressa Silvério Terra; Martins, Fernando Rafael Santos. **Internet, democracia e política num ano eleitoral**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29636-29652-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- CARR, N. **The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google**. W. W. Norton, 2008.
- CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- GRAEFF, Antônio. **Eleição 2.0. A Internet e as Mídias Sociais no Processo Eleitoral**. São Paulo: Publifolha, 2009.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. v. II.
- HARTMANN, Ivar. **E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- LEAL, Gabriel de Souza. **A propaganda eleitoral após as alterações introduzidas pelas Leis nº 12.891/2013 e 13.165/2015**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20012015-094628/pt-br.php>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- MAGALHÃES, João Carlos. **Democracia e internet: precisamos falar sobre algoritmos**. 2016. Disponível em: <<http://www.nexojornal.com.br/ensaio>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- MAGRANI, Eduardo. **Democracia Conectada**. Curitiba: Juruá, 2014.
- NEPOMUCENO, Carlos. **Gestão 3.0: A crise das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

- PARISER, Eli. **The filter Bubble**: What the internet Is Hiding from You. Penguin Press, 2011.
- PEIXOTO, Anna Carolina Finageiv. **Regulação da Internet**. Dissertação de Mestrado. USP. 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20012015-094628/pt-br.php>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- POMINI, Anderson. Implicações legais no período pré-eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, mai./ago., 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1599>>. Acesso em: 1 jun. 2017.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, Luciano Timoteo da; FERREIRA JUNIOR, Achiles Batista. Marketing político e sua importância através das mídias sociais. **Revista Temática**, ano IX, n. 8, ago./2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica/article/view/21645>>. Acesso em: 14 ago. 2017.
- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo**, set./dez. 2013.

A arbitragem como uma alternativa regulatória para a resolução de conflitos de tarifas de interconexão no setor de telecomunicações

Gabriela Borges Silva

9

A arbitragem como uma alternativa regulatória para a resolução de conflitos de tarifas de interconexão no setor de telecomunicações

Gabriela Borges Silva¹

Resumo

O esgotamento e a morosidade do Poder Judiciário causam a busca por alternativas à jurisdição estatal para a composição de controvérsias no âmbito das telecomunicações que sejam capazes de diminuir a litigiosidade e aumentar a legitimidade do resultado, oferecendo respostas de forma mais rápida, técnica e eficaz, acompanhando os avanços da tecnologia que permeiam o setor. O presente artigo tem por objetivo realizar um levantamento jurisprudencial do posicionamento do Poder Judiciário quanto às tarifas de interconexão de redes de telecomunicações arbitradas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a fim de, com isso, comprovar empiricamente a hipótese de que a implementação da arbitragem na ANATEL tem sido eficiente e alcançado os objetivos de política regulatória a que se propõe.

Palavras-chave: Regulação. Telecomunicações. Meios alternativos de solução de conflitos. Poder Judiciário.

Abstract

The exhaustion and slowness of the Brazilian Judiciary must find alternatives to state jurisdiction for a composition of disputes in telecommunications that are capable of reducing litigation and increasing the legitimacy of the result, offering answers in a faster, technical and efficient manner, accompanying the advances of technology that permeate the sector. The purpose of this article is to carry out a jurisprudential research of the position of the Judiciary and the rates of interconnection of arbitration telecommunications networks by ANATEL, in order to prove empirically a hypothesis

¹ Mestranda em Direito da Regulação na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro - FGV Direito Rio, com apoio financeiro da CAPES. Pós-graduanda em Direito Empresarial na FGV-RJ. Bacharel em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará. Pesquisadora do Centro de Direito e Economia da FGV.

of the implementation of arbitration in ANATEL has been efficient and reached the objectives of the proposed regulatory policy.

Keywords: Regulation. Telecommunications. Alternative means of conflict resolution. Judiciary.

1. Introdução

Durante os anos 1990, o setor de telecomunicações experimentou uma profunda reestruturação com a edição da Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações, que tinha como finalidade introduzir a concorrência do setor, conferindo a outorga da exploração dos serviços de telefonia à iniciativa privada.

A indústria de telecomunicações é estruturada em rede e cada empresa que atua nesse mercado necessita de uma rede para operar, isto é, de uma infraestrutura necessária à prestação de serviços de telecomunicações.

Assim, para que os usuários de diferentes prestadoras de serviços possam comunicar-se entre si é necessário que seja implementada a interconexão, que consiste basicamente na possibilidade de novos entrantes acederem às redes de outras empresas.

De acordo com o ordenamento brasileiro, isso só é possível em decorrência das mudanças ocorridas após a Constituinte e da legislação infralegal, que, por fim, estabeleceram que os compartilhamentos dessas redes seriam realizados por meio da cobrança de uma tarifa de interconexão pelas detentoras das infraestruturas de redes, a ser arbitrada livremente pelas empresas. Em caso de não haver acordo entre as empresas, a tarifa pode ser fixada pela ANATEL.

Desde então, muito tem sido debatido acerca das tarifas de interconexão de redes no setor de telecomunicações no Brasil (o valor e suas repercussões ao consumidor final); todavia, há pouca repercussão sobre as controvérsias que chegam ao Poder Judiciário quando a ANATEL fixa a tarifa em desacordo aos interesses dos agentes econômicos envolvidos ou, ao menos, de alguma das partes envolvidas.

É nesse contexto que se torna importante realizar o levantamento e o exame das decisões do Poder Judiciário com relação ao controle das decisões tomadas pela Comissão de Arbitragem de Interconexão da ANATEL, na fixação de tarifas de interconexão.

Este artigo tem por objetivo analisar decisões dos Tribunais Regionais Federais (TRF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) para traçar um diagnóstico do posicionamento do Judiciário no que concerne à matéria proposta. Além da pesquisa nos Tribunais, é imprescindível que se tenha uma compreensão sobre alguns aspectos da regulação econômica e do setor de telecomunicações, por isso, optou-se por dividir o artigo em duas partes.

Na primeira parte do artigo procura-se esclarecer alguns pontos do compartilhamento de infraestrutura de redes e da regulação econômica (tópico 2), para posteriormente tratar da arbitragem no setor de telecomunicações, em especial na definição das tarifas de interconexão (tópico 3). Na segunda parte do artigo, será realizada a explanação da pesquisa jurisprudencial levantada, com a finalidade de identificar o posicionamento dos tribunais com relação à fixação de tarifas de interconexão pela ANATEL.

2. Regulação econômica e compartilhamento de infraestrutura

As principais teorias de regulação dos setores em rede² identificam como características fundamentais desses segmentos a existência de condições propícias à formação de monopólios naturais e a tendência de proliferação de efeitos positivos de rede cujos custos podem não vir a ser adequadamente internalizados por produtores e consumidores³. Sob uma perspectiva econômica, Patrícia Sampaio⁴ aduz:

2 KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Systems Competition and Network Effects. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 8, n. 2, p. 93-115, 1994. ECONOMIDES, N. The Economics of Networks. **International Journal of Industrial Organization**, v. 14, p. 673-699, 1996.

3 FERNANDES, V. O. (2017). Regulação dos setores em rede para além dos valores econômicos. Uma análise das políticas de interconexão IP para suporte a serviços de voz na União Europeia a partir das Teorias do Interesse Público. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, 9(1), 143-166.

4 SAMPAIO, Patrícia R. P. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

Do ponto de vista econômico, em mercados que se caracterizam por serem monopólios naturais, o estado da arte tecnológico faz com que os elevados custos fixos e afundados levem ao seu funcionamento mais eficiente na presença de um só agente ofertante. Dados os elevados custos fixos afundados (infraestrutura), o custo médio de produção é superior ao custo marginal, de modo que o seu ponto de equilíbrio ocorre quando o agente econômico pode repartir o custo de produção por todo o mercado consumidor e, assim, o preço eficiente desse mercado é aquele equivalente ao custo médio de produção.

Conforme visto, o custo de formação comparado ao custo incremental é tão desigual, que a duplicação do investimento é economicamente inviável, ou seja, a duplicação do custo de formação pela oferta duplicada geraria um preço unitário de equivalência de cada unidade de uso maior do que aquele que seria obtido se existisse só uma infraestrutura de redes.

Isso envolve não apenas as indústrias que possuem características de monopólio natural, mas também outras indústrias, que mesmo sem serem monopólios naturais, têm uma condição de prevalência da detenção de um bem ou serviço que ainda que contestável traz uma vantagem concorrencial tão grande que interfere na oferta do bem ou do serviço. Portanto, as regulações de redes envolvem não apenas a detenção de monopólios naturais, como também a detenção de *essencial facilities*⁵.

A mudança na forma de organização das telecomunicações brasileiras se insere em um contexto mais amplo de revisão do papel do Estado. As políticas desenvolvimentistas no

5 A construção teórica da regulação de compartilhamento de infraestrutura faz-se em torno da doutrina das *essential facilities* ou como adaptada ao Brasil, a Teoria das Instalações Essenciais (*Essencial Facilities Doctrine*), que é muito utilizada como um meio para impedir as grandes concentrações e garantir o direito de acesso àquelas redes de infraestruturas. A Teoria das *Essencial Facilities* é uma construção da doutrina norte-americana e foi aplicada pela primeira vez no caso *Terminal Railroad*, julgado em 1912 pela Suprema Corte Americana, no entanto o julgamento de maior relevância acerca do assunto foi *MCI Communications v. AT&T*, realizado pelo Sétimo Circuito da Justiça Federal dos EUA, em que a empresa foi obrigada a dar acesso à sua rede de telefonia fixa, da qual tinha o monopólio, para aquela prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria AT&T, que também os prestava. Esta decisão foi de tamanha relevância, pois foi a primeira vez que foram externados pela primeira vez os requisitos básicos da aplicação das *essential facilities*.

Brasil tradicionalmente se basearam em ações tomadas a partir do Estado, o qual assumiu um papel nuclear na industrialização e no período ininterrupto de crescimento econômico durante as décadas de 1940-50. Com a crise fiscal dos anos 1980, verifica-se um crescente esgotamento da capacidade de investimento estatal e uma inaptidão para reverter a queda das taxas de crescimento econômico, o que impulsionava o processo inflacionário⁶.

O programa de reforma do Estado brasileiro foi uma resposta à crise fiscal, sendo marcado por uma ruptura com o modelo anterior de regulação e de desenvolvimento impulsionado pelo Estado. Conforme consta no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, preparado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado em 1995, o objetivo visado era o fortalecimento da função estatal de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social, deixando, porém, de ser o Poder Público o responsável direto por ele⁷.

Dessa forma, foi consagrado ao Estado o papel de agente normativo e regulador⁸ da atividade econômica, exercendo as funções de incentivo, fiscalização e planejamento. Floriano de Azevedo Marques Neto⁹ define regulação estatal como a:

atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendendo que o gênero regulação econômica (regulação estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como

6 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 41 e s., e também p. 112.

7 FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**: as Telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 41.

8 Ibid., p. 376.

9 MARQUES NETO, Floriano de A. **Telecomunicações**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 2.

a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas.

Diante desse cenário político e econômico de transformações paradigmáticas para o Brasil, implementou-se um amplo processo de desestatização. Até então, as atividades relacionadas aos setores de infraestrutura eram executadas em sua maioria por empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo a regulação e gerência dos setores atribuídas aos departamentos ministeriais subordinados aos ministros de Estado.

Este cenário viria a mudar, quando em 1990 foi criado o Programa Nacional de desestatização através da Medida Provisória nº 155/1990, que posteriormente foi convertida na Lei nº 8.031, de 1990. Nos termos dessa lei, a desestatização compreende

a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou por meio de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; e a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou por meio de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

Com a privatização e a inserção dessa concorrência nos serviços públicos, surgem algumas questões que suscitam amplo debate. Os serviços públicos normalmente são estruturados em redes e, em razão disso, são construídas as grandes obras de infraestruturas (redes de cabos de serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e de gás, entre outros) que, em sua maioria, são monopólios naturais¹⁰.

Anteriormente, as empresas encarregadas da implementação das grandes infraestruturas exploravam com exclusividade também os serviços, para compensar a onerosidade da construção das

¹⁰ “Ocorre quando o custo é minimizado, concentrando toda a produção do conjunto de bens e serviços de uma única empresa, do que distribuindo-a entre várias empresas. Diz-se que, nesse caso, a curva de custo exibe subaditividade.” In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 286.

redes. Hoje, a situação é diferente, a maioria das infraestruturas já se encontram construídas e impõe-se a necessidade de obrigação do compartilhamento dessas redes com os demais prestadores de forma a beneficiar o consumidor final. Com relação ao acesso às redes, Alexandre Aragão¹¹ manifesta-se afirmando que:

Sem a obrigação de o titular da gestão da rede permitir o acesso dos terceiros prestadores de serviços (*Third Party Access*), restaria totalmente frustrada a tentativa de implantar a concorrência nestas atividades juridicamente aptas a prestar o serviço, mas faticamente impossibilitadas por não terem acesso às infraestruturas, que constituem pressuposto essencial para a prestação do serviço – o acesso à rede é o acesso ao mercado.

Um dos mecanismos que o Estado detém para promover a concorrência é justamente a viabilização do acesso aos novos entrantes (*players*) por meio da obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura¹². Sendo assim, Marcos Juruena Villela Souto¹³ conclui ser fundamental:

neste modelo de regulação para a competição a concretização do livre acesso às redes, dutos, vias, como consequência do princípio da livre iniciativa e do livre acesso ao mercado, tratando-se tais bens, se for o caso [...] como *essential facilities*, cuja utilização deve ser regulada quanto às condições técnicas e econômicas de ingresso, sempre que a rede for a condição para tal ingresso no mercado para a competição (o que é mais frequente nas situações de monopólio natural, mas nem sempre ocorre devido ao incremento de novas tecnologias).

De tal forma, uma vez que as explorações dos serviços de telecomunicações não estão mais sob o regime de monopólio natural,

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Compartilhamento de Infraestruturas por Concessionários de Serviços Públicos: Disciplina e Natureza Jurídica. In: **Servidão Administrativa e Compartilhamento de Infraestruturas: Regulação e Concorrência**. São Paulo: Forense, 2005, p. 92.

12 SAMPAIO, 2013, *idem*, p. 37.

13 SOUTO, Marco Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35.

tendo-se inserido a concorrência, os serviços prestados ainda podem ser considerados *essencial facilities*, em razão da sua essencialidade para a sociedade, e, portanto, faz-se jus ao acesso de terceiros entrantes às redes e ao compartilhamento destas, se for o caso, para o benefício do usuário final.

Este aparato teórico faz-se necessário para uma melhor compreensão dos aspectos econômicos e políticos que permeiam o setor de telecomunicações e a obrigatoriedade de compartilhamento de infraestruturas inter e intrassetoriais, que virão a ser discutidos no próximo tópico.

3. O setor de telecomunicações e a arbitragem como alternativa regulatória

Antes do final da década de 1980, na maioria dos países, independentemente do caráter capitalista ou socialista de sua economia, as telecomunicações estavam sob o controle total dos governos como empresas estatais. A exceção mais notável do modelo estatal de monopólio foi a indústria de telecomunicações dos Estados Unidos, onde o principal *player* no mercado era a empresa privada AT&T¹⁴.

O setor de telecomunicações se desenvolveu a partir de regimes de monopólio natural, sendo que na maioria destes o Estado era o operador tanto das redes como dos serviços de telecomunicações. Como discutido no tópico anterior, as características que delimitam esse regime são a elevada escala mínima de operação e a necessidade de enormes investimentos com longo prazo de retorno.

No entanto, após um longo período do regime de monopólio natural, com alta concentração de poder em poucas empresas, em sua maioria, detentoras das infraestruturas de redes, a imposição de barreiras à competição ficou latente, dificultando e até inibindo a entrada de novos prestadores de serviços no mercado. Diversos estudos internacionais¹⁵ apontavam uma tendência

14 TRUBNIKOV, D. Regulation of Telecommunications: The Choice Between Market and Regulatory Failures. *The Law, State and Telecommunications Review*, v. 9, n. 1, p. 25-46, May 2017.

15 OCDE. Competition in Telecommunications. 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920287.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

mundial para o incentivo à concorrência como uma forma de possibilitar uma melhora dos serviços e sua maior universalização.

Diante desse cenário, o novo modelo de regulação de telecomunicações baseou-se no propósito de conferir maior espaço de atuação aos agentes privados, redução da prestação direta dos serviços por empresas estatais, assim como na tentativa de garantir a imposição de limites ao poder econômico mediante o fortalecimento dos mecanismos de mercado, como a concorrência¹⁶.

O primeiro marco normativo de implementação do novo modelo foi a Emenda Constitucional nº 8 de 1995, que alterou a redação do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal e eliminou o monopólio estatal na prestação de serviços de telecomunicações.

Dando sequência, seguiu-se a reforma com a promulgação da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações (LGT)), que marcou definitivamente o término da intervenção direta do Estado nas telecomunicações, ao autorizar a privatização do Sistema Telebrás e a criação da ANATEL, além de estabelecer os regimes de prestação dos serviços. Denomina-se de Lei Quadro do Setor de Telecomunicações, uma vez que procurou organizar de forma ampla e sistematizada o novo modelo institucional de telecomunicações.

As legislações decorrentes dessa reorganização do setor foram desenvolvidas considerando a dificuldade das empresas entrantes no mercado. Em razão disso, foram criadas assimetrias regulatórias, gerando condições de utilização das redes das empresas dominantes pelas novas entrantes e, ainda, condicionamentos no caso da verticalização de serviços para evitar práticas anticompetitivas, visando com isso reduzir as barreiras de entradas.

Para uma compreensão melhor da legislação setorial do compartilhamento de infraestruturas e acessos de redes de telecomunicações no Brasil, é preciso ir além da análise do texto constitucional; há de se levar em consideração também a legislação específica setorial.

Conforme Alexandre Ditzel Faraco “no caso brasileiro, adotou-se uma regulação setorial específica bastante extensa no que

¹⁶ FARACO, 2003, *ibid.*, p. 41.

concerne ao acesso às redes, visando-se a viabilização das condições necessárias à organização do setor em torno de um regime concorrencial¹⁷. Não obstante, deve-se esclarecer de antemão que dar-se-á enfoque ao tema do compartilhamento de redes e interconexão neste levantamento legislativo setorial.

O artigo 73 da LGT admite expressamente a possibilidade de compartilhamento de redes, estabelecendo que

as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadores de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Esse dispositivo também garante aos prestadores de serviços de telecomunicações o direito de exigir que qualquer empresa prestadora de serviços de interesse público conceda o acesso às suas infraestruturas para instalação de redes e equipamentos de telecomunicações.

O artigo 152 da LGT, que disciplina as redes de telecomunicações, dispõe que o provimento da interconexão entre os diferentes prestadores será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, assegurando preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Logo em seguida, o ar. 153 prevê que “as condições para a interconexão de redes serão objetos de livre negociação entre os interessados, mediante acordo e que, em caso de não haver acordo entre os interessados, caberá à ANATEL, mediante provocação de um deles, arbitrar as condições a serem aplicadas no caso (parágrafo 2º).

Por essa previsão implementou-se a possibilidade de utilização da arbitragem por parte da Administração Pública. Nesse sentido, o professor da UERJ, Gustavo Binenbojm (2008, p. 6) afirma, de maneira precisa, que:

17 FARACO, 2003, *ibid.*, p. 295.

[...] as transformações por que passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

3.1 Interconexão

O conceito do instituto da interconexão encontra-se no art. 146, parágrafo único, da LGT, que consiste essencialmente na “ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes se comuniquem com usuários de serviços de outra ou que acessem serviços nela disponíveis”.

É essencial a interconectividade entre as redes dos diferentes prestadores de serviços, sobretudo para os entrantes no mercado, visto que há pouca possibilidade de êxito se não houver comunicação entre seus usuários e os usuários das outras prestadoras de serviço. Isso sem mencionar que os altos custos envolvidos na construção de rede com cobertura inviabilizam a duplicação de redes.

O acesso à rede de determinada empresa é remunerado pela tarifa de interconexão e o valor dessa tarifa constitui, atualmente, um dos maiores embates entre as empresas de telefonia fixa, as empresas de telefonia fixa e as de serviço móvel, e entre essas empresas e a ANATEL.

As tarifas podem ser: a) tarifas de interconexão e chamadas de móvel para fixo (TU-RL), tarifa cobrada pelas concessionárias de telefonia fixa para a utilização de sua rede local para a origem ou terminação por outras empresas; b) tarifa de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M), que é devida pelas empresas de serviços de telecomunicações quando se conectam às redes prestadoras móveis.

Faz-se justa a menção da disputa entre as prestadoras de serviços locais e móveis no que diz respeito às operações de telefones

móveis pré-pagos. A democratização e acesso aos serviços de telecomunicações deu-se por meio do telefone celular pré-pago. Em razão de a grande maioria dos celulares pré-pagos não originar chamadas, atualmente entre 40% e 60% do faturamento das operadoras de telefonia celular decorre das tarifas de interconexão¹⁸.

As operadoras de telefonia fixa local reivindicavam à época a redução no valor das tarifas de interconexão em virtude do significativo impacto em seus faturamentos causado pela grande diferença de tráfego entre as redes. Do outro lado, as empresas de telefonia móvel sustentavam que somente com os valores de interconexão cobrados foi possível que as classes sociais de menor poder aquisitivo obtivessem acesso à telefonia por meio dos celulares pré-pagos.

Apesar de o Brasil possuir uma das maiores tarifas de interconexão no mundo, as mudanças tecnológicas (serviços Voip, OTT) estão causando transformações estruturais no setor. Em 2016, a ANATEL adotou medidas para a redução gradual¹⁹ dessas tarifas até 2019.

A diminuição das tarifas tem impacto direto no consumidor, uma vez que o custo de interconexão é repassado para a composição do valor final.

Ademais, no que diz respeito ao procedimento contratual do estabelecimento dessas tarifas, em âmbito infralegal, vigora o Regulamento Geral de Interconexão (aprovado pela Resolução 410, de 11 de junho de 2005, da ANATEL), que estabelece que as condições para a interconexão de redes são objeto de livre negociação entre as partes, sendo o acordo formalizado por contrato, cuja eficácia depende de homologação pela ANATEL.

Vencido o prazo de negociação e havendo impasse, a ANATEL arbitrará as condições para a interconexão, por solicitação de uma das partes. Abordaremos a seguir alguns aspectos desse procedimento de arbitragem.

18 CELLI JUNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia S. de. Telecomunicações No Brasil: Balanço e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 238: 1-15, 2004.

19 A tarifa de uso da rede local da telefonia fixa em 2016 será de R\$ 0,11 o minuto sem imposto para todas as concessionárias. Em 2019, será de R\$ 0,005 o minuto sem imposto para a Oi (área da Brasil Telecom), Algar (CTBC) e Sercomtel; de R\$ 0,006 para a Oi (área Telemar); e de R\$ 0,002 para a Vivo (Telefonica).

3.2 Arbitramento administrativo dos conflitos

O movimento de desregulação e abertura de mercados para a prestação de serviços de telecomunicações em âmbito mundial a partir da última década do século XX demandou a criação de órgãos reguladores do setor que buscassem resguardar o interesse público em meio à atuação dos entes privados.

O Brasil procedeu à criação da ANATEL e, entre os encargos oriundos do dever de garantir a competição, está o papel de resolver os conflitos entre operadoras. O papel do regulador é muito importante nesse sentido, principalmente quando se trata da necessidade de regulação concorrencial assimétrica, em que as operadoras já estabelecidas gozam de alto poder de mercado em virtude de possuírem a maior parte das redes de telecomunicações²⁰.

Não existe, no Brasil, um procedimento único de resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações que abarque todos os tipos de conflito. Entretanto, a disposição geral acerca da atuação da ANATEL nesse cenário está prevista no art. 19, XVII da LGT, que defere à agência a composição administrativa de conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações.

Com relação ao arbitramento das tarifas de interconexão, o art. 153, parágrafo 2º, LGT e Regulamento Geral de Interconexão previram que incumbe à ANATEL arbitrar as disputas referentes à interconexão de redes entre operadoras, preconizando, em seu § 2º, que, em caso de inexistência de acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrar as condições para a interconexão.

Tal procedimento decisório previsto no art. 153, § 2º da LGT foi regulamentado pela Resolução nº 410/2005 da ANATEL, que aprova o Regulamento Geral de Interconexão, estabelecendo em seu “Anexo III” o processo de “arbitragem” em interconexão (OLIVEIRA 2009, 138).

Esse processo tem como características principais: (i) o início a partir de requerimento de uma das partes, não sendo necessária a concordância da outra (art. 13); (ii) competência da Comissão

20 BEZERRA JÚNIOR, J. A. Entre a Arbitragem Brasileira e a Arbitragem Europeia: Um estudo acerca da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Office of Communications (OFCOM). **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 69-92, maio de 2017.

de Arbitragem, composta por três árbitros fixos, nomeados pelo Presidente da ANATEL (art. 2º); (iii) a possibilidade de utilização da arbitragem privada, cujo resultado deve ser avaliado e homologado pela ANATEL (art. 26); (iv) a publicidade como regra (art. 5º); (v) da decisão da Comissão de Arbitragem em Interconexão cabe recurso ao Conselho Diretor (art. 20) e da decisão do Conselho Diretor cabe pedido de reconsideração (art. 24); e (vi) a possibilidade de revisão judicial do mérito, pela ausência de vedação expressa na aludida Resolução.

Nos casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações, o Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura entre Prestadoras de Serviço de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 274/2001 da ANATEL, estabelece, em seu art. 27, que eventuais conflitos entre as prestadoras acerca da sua aplicação ou interpretação podem ser dirimidos pela ANATEL, por meio de processos de “mediação” e “arbitragem” administrativas²¹.

Nesse caso, o Regulamento, em seu art. 39, remete esses processos de “mediação” e “arbitragem” administrativas às disposições acerca da “arbitragem” e da “mediação” aprovadas pela ANATEL em seu Regimento Interno. O Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612/2013, elenca como tipos de procedimento administrativo de resolução de conflitos: o procedimento de “mediação” (art. 92, I) e o procedimento de “arbitragem” administrativa (art. 92, II).

A “arbitragem” é utilizada para a resolução de conflito de interesse entre prestadoras de serviços de telecomunicações (art. 95). Da decisão da autoridade competente (art. 96, – aqui, mais uma vez, trata-se de uma competência legal, de modo que as partes não escolhem o árbitro – cabe recurso administrativo ou pedido de reconsideração (art. 96). Pela falta de previsão expressa, também é possível a revisão judicial do mérito da decisão.

Em nenhuma dessas hipóteses há o exercício do juízo arbitral propriamente dito. Tanto nas disputas referentes à interconexão

21 DA SILVA SANTIAGO, Rafael. Arbitragem e regulação: uma análise da aplicação do juízo arbitral no setor das telecomunicações. **The Law, State and Telecommunications Review / Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, [S.I.], v. 6, n. 1, maio 2014.

de redes entre operadoras de telecomunicações quanto nos conflitos em compartilhamento de infraestrutura envolvendo agentes dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, nos casos de compartilhamento de infraestrutura entre prestadoras de serviços de telecomunicações e nas disputas diretamente reguladas pelo Regimento Interno da ANATEL, as características essenciais da arbitragem não estão presentes.

Nesse sentido, ressalta Aragão (2005, p. 129) “as próprias funções de composição de conflitos exercidas pelas autoridades reguladoras na matéria de acesso às redes não se enquadra na função arbitral em sentido estrito e próprio”.

4. Discussão de arbitramento de tarifa de interconexão em juízo

Após contextualização teórica, tratar-se-á em seguida da discussão da tarifa de interconexão em juízo. Essa discussão acerca das tarifas de interconexão alcançou os tribunais e buscou-se por meio de uma pesquisa jurisprudencial analisar qual o comportamento do Judiciário Brasileiro quanto à revisão das tarifas de interconexão estabelecidas nas Comissão de Arbitragem de Interconexão.

Com o intuito de compreender melhor o posicionamento do Judiciário brasileiro quanto à revisão das tarifas de interconexão, realizou-se uma pesquisa em todos os TRFs e e nos TSJs em busca de acórdãos que abordassem a revisão judicial de decisões administrativas da ANATEL com relação ao arbitramento das tarifas de interconexão de redes no setor de telecomunicações.

Considerando ser a ANATEL uma autarquia especial, criada pela LGT, Lei nº 9.472, foram excluídos dos parâmetros da presente pesquisa os Tribunais de Justiça estaduais, considerando que qualquer ação que tenha a ANATEL como parte atrai a competência da Justiça Federal.

A pesquisa foi realizada através do Portal da Justiça Federal mantido pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), com a utilização da ferramenta “Jurisprudência Unificada”, utilizando-se os seguintes parâmetros: “interconexão” e “anatel”.

Diante das 33 decisões encontradas, realizou-se a segunda etapa de análise da pesquisa. Para fins de filtragem, adotamos alguns critérios de relevância: foram desconsideradas decisões proferidas em agravo de qualquer natureza, bem como os acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração.

Procurou-se ater na pesquisa aos acórdãos que possuíam relação temática com o objeto central do estudo, qual seja, a efetiva revisão das tarifas de interconexão (excluindo-se também decisões que envolvessem questões tributárias).

Após a análise dos acórdãos, verificando-se os critérios adotados, foram encontrados apenas três acórdãos para análise, razão pela qual optou-se por focar na análise qualitativa das decisões.

Os acórdãos encontrados tratam sobre a diminuição dos valores cobrados pela VU-M (os recursos especiais: 1.334.843/DF, 1.275.859/DF e 1.171.688/DF). Os três recursos especiais derivam da mesma decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal na ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3, que conta com o pedido de interferência para baixar o valor cobrado pela VU-M em antecipação de tutela, cuja autora é a Global Village Telecom (GVT) em face de: (a) Agência Nacional De Telecomunicações - Anatel; (b) Tim; (c) Claro; (d) Telemig Celular; (e) Brt Gsm; (f) Ctbc Celular; (g) Sercomtel Celular; (h) Vivo; e (i) Oi, em que qual foi proferida a seguinte decisão, em sede de antecipação de tutela:

Trata-se de pedido formulado pela GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. - GVT, a fim de que este Juízo reconsidere a decisão proferida às fls. 1333/1339, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Consigno, inicialmente, que embora tenha indeferido o pedido antecipatório, não deixei de reconhecer a plausibilidade do direito alegado pela autora, quando na decisão em tela sustentei, dentre outros fundamentos, que a LGT, ao tratar da remuneração dos serviços de interconexão, o fez de modo a assegurar seu provimento em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do

serviço. Naquele momento, os pedidos cautelares formulados eram no sentido de revisão dos valores utilizados para remuneração da rede móvel (VU-M) pugnando pela fixação por esse Juízo, sem a prévia produção de prova pericial, de valores outros, inferiores aos cobrados pelas operadoras de SMP (atualmente num patamar médio de R\$0,393 líquidos de impostos - fl. 14) Em emenda à inicial, a GVT requereu a fixação cautelar de valor de VU-M em: R\$0,23 para a TIM; R\$0,17 para a CLARO e para a Oi; R\$0,24 para a VIVO; e, também, de R\$0,24 para as Rés TELEMIG CELULAR, BRT GSM, CTBC CELULAR E SERCOMTEL CELULAR. Remanesciam, também os pedidos alternativos de R\$ 0,1892, conforme estudo feito pela Price Waterhouse; de R\$0,2899, suficiente para estancar os prejuízos sofridos pela autora. Vem agora, em pedido de reconsideração, oferecer uma via alternativa, que não resulte necessariamente na revisão do valor do VU-M, mas no “depósito em juízo das diferenças de valores entre a VU-M arbitrada cautelarmente por V.Exa. e a VU-M atual”, objetivando, com essa medida, impedir que as rés “continuem usufruindo desse numerário para subsidiar as práticas ilegais que vêm desenvolvendo e que tanto prejudicam a Autora”, tendo referida medida “o condão de abreviar a Autora da penosa ‘via crucis’ de pedir sua repetição perante as rés ao cabo dessa demanda, vindo ela ser julgada procedente”. É inegável que, devido à alta complexidade da demanda, a realização da perícia, indispensável para a fixação de um valor de VU-M seguro e isento, é medida que se impõe. Entretanto, é também incontroverso que as operadoras de SMP, distanciadadas do modelo de custos apontado pela LGT, vêm utilizando o VU-M como fonte de receita, fato este reconhecido nos autos, sendo que a própria ANATEL, em documento técnico juntado aos autos pela GVT, reconhece que as operadoras de telefonia fixa estão, no quadro atual, trabalhando com prejuízos

no que tange às ligações realizadas por seus usuários para as operadoras de serviço móvel (especificamente as ligações tarifadas como VC-1), QUE PODEM CHEGAR A UM PREJUÍZO DE ATÉ R\$0,10 (dez centavos) POR MINUTO DE LIGAÇÃO. Ao proferir a decisão de fls. 1.333/1.339, aduzi, em forma de questionamentos, que a postergação da resolução dos inúmeros conflitos já instaurados perante a Agência Reguladora, somente a partir de 2010, poderia colocar em risco a livre concorrência entre os diversos atores do sistema de telecomunicações, na medida em que a perpetuação, do sistema de precificação atual, sem a direta e conclusiva intervenção da Agência Reguladora, poderá causar dano irreparável a um dos lados da relação, qual seja, o deficitário, até mesmo com a possibilidade de sua retirada do mercado. De outra parte, bem como asseverou a autora em seu pedido de reconsideração, devido à complexidade da matéria, a realização da perícia judicial poderá até mesmo ultrapassar o ano de 2010, o que poderá agravar ainda mais a sua situação, caso a solução a ser adotada pela ANATEL seja simplesmente esperar a solução final desta lide, pois a Resolução nº 480, de 11/08/2007, não definiu data certa para a fixação do Valor de Referência de VU-M (RVU-M), nos termos do art. 14 da Resolução nº 438/2006, mas, tão somente, fixou um marco temporal a partir do qual deverá ser fixado o RVU-M (art. 4º - a partir de 2010). Assim, é que tenho como razoável o pedido alternativo de reconsideração formulado, na medida em que se mantém a remuneração indiscutível dos custos de operação das prestadoras de SMP quando realizam a interconexão com as operadoras de telefonia fixa, ficando depositado em Juízo a diferença desse valor cautelar e o preço do VU-M atualmente cobrado pelas rés, operadoras do SMP. Dessa forma, reconsidero a decisão de fls. 1.333/1.339 a fim de ANTECIPAR OS

EFEITOS DA TUTELA, em CARÁTER²² CAUTELAR, fixando como VALOR CAUTELAR de VU-M a ser cobrado da autora pelas rés, operadoras de SMP, a quantia de R\$0,2899 por minuto de ligação VC-1 (líquido de impostos), valo este apontado pela autora como máximo a ser arcado para estancar a situação deficitária atual, devendo a diferença entre o valor suprafixado e o valor atualmente cobrado pelas rés a título de VU-M ser depositado em juízo. Intimem-se. Citem-se. (...) Brasília/DF, 15 de outubro de 2007. NAIBER PONTES DE ALMEIDA Juiz Federal Substituto da 4ª Vara/DF”.

O RESP 1.334.843 e o RESP 1.171.688 foram interpostos pela Tim Celular e Tim Brasil Serviços e Participações S.A, e o RESP 1.275.859 pela ANATEL contra acórdão proferido pelo Tribunal da 1ª Região que confirmava a liminar referida acima, que entendeu pela fixação de um Valor de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes na Comissão de Arbitragem de Interconexão através do processo de arbitragem nº 53500.028193/2005.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nos casos em que se discute a fixação dos valores cobrados das empresas prestadoras de serviços de telefonia fixa a título de Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M).

O Ministro Relator ressaltou que ao contrário da tendência mundial, o que se verifica no Brasil é um aumento dos valores de tarifas VU-M. Para se conectarem às redes móveis, as operadoras pagam em média R\$0,39 (VU-M)²³, ao passo que para se conectarem às redes fixas, as operadoras móveis pagam R\$0,03 pela tarifa Tarifa de Uso de Rede Local (TU-RL). Afirmou, ainda, que a LGT expressamente confere às concessionárias de telefonia

²² Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25913287&num_registro=201201493646&data=20121205&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 1 ago. 2017.

²³ A Comissão Europeia publicou uma recomendação orientando as operadoras da região a baixarem as tarifas entre 0,03 e 0,01 até o final de 2012. (Texto Para Discussão Nº 1104. A Remuneração De Redes Nas Telecomunicações E A Nova Orientação A Custos: Avaliação E Perspectivas Para A Telefonia Fixa Brasileira. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1104.pdf> . Acesso em: 3 ago. 2017).

relativa liberdade para fixar os valores das tarifas de interconexão VU-M, desde que tais valores não estejam em desacordo com os interesses difusos e coletivos envolvidos, consistentes na proteção dos consumidores e na manutenção das condições de livre concorrência no mercado. E ainda:

a discussão judicial desses valores não afasta a regulamentação exercida pela Anatel, visto que a atuação do referido órgão de regulação setorial abrange, sobretudo, aspectos técnicos que podem melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia fixa e móvel.

A partir desse entendimento, foi negado provimento aos recursos especiais e determinada a manutenção da antecipação de tutela concedida pela Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou a aplicação dos valores sugeridos por empresa de consultoria, mais condizentes com os interesses difusos envolvidos.

5. Conclusão

O esgotamento e a morosidade do Poder Judiciário impõem que a necessidade da busca por novos caminhos para a resolução de seus conflitos, mais propícios ao diálogo, à negociação, ao consenso e à redução da litigiosidade. O setor de telecomunicações não é alheio a esta tendência, notando-se a implementação de dispositivos legais que almejam soluções racionais das controvérsias.

O objetivo desta pesquisa foi realizar um diagnóstico do posicionamento do Poder Judiciário quanto às tarifas de interconexão de redes de telecomunicações arbitradas pela ANATEL e, se fosse o caso, se havia ou não revisão dessas tarifas pelo Judiciário, a fim de com isso comprovar empiricamente a hipótese proposta inicialmente de que a implementação da arbitragem na ANATEL tem sido eficiente e alcançado os objetivos de política regulatória a que se propõe.

A análise jurisprudencial evidenciou a baixa judicialização dos conflitos arbitrados na ANATEL em matéria de interconexão. Observou-se que, em geral, há uma negociação prévia acerca da

interconexão de redes ou do compartilhamento de infraestrutura e somente se as partes não conseguem chegar a um consenso, em virtude da falta de algum elemento para a formação do negócio jurídico, a agência, então, é chamada por uma ou ambas as partes para, exercendo seu poder, integrar o conteúdo dessa negociação. Ao arbitrar um conflito de interesses, a ANATEL não se utiliza da arbitragem propriamente dita. De modo diverso, a Agência, por meio de um processo administrativo e no exercício de um poder que lhe é conferido por lei e solicitado pelas partes, estabelece, de forma unilateral, o consenso nas negociações acerca de elementos de telecomunicações, sem que haja a marcante presença da autonomia da vontade das partes conferindo maior legitimidade a esse resultado.

Dessa forma, constatou-se que a arbitragem tem sido utilizada pela ANATEL como uma importante ferramenta de política regulatória apta a dinamizar o setor das telecomunicações, gerando incentivos à competição e reprimindo o abuso do poder econômico, retirando o litígio da morosidade do Poder Judiciário e trazendo como consequência uma melhor prestação de serviços aos usuários, constatado com uma diminuição progressiva das tarifas de interconexão nos últimos anos.

6. Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. **Compartilhamento de Infraestruturas por Concessionários de Serviços Públicos: Disciplina e Natureza Jurídica**. In: Servidão Administrativa e Compartilhamento de Infraestruturas: Regulação e Concorrência. São Paulo: Forense, 2005.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque (Coord.); AZEVEDO, Paulo Furquim de (Coord.); FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). **Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Singular, 2014.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2011.

- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et alli (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CELLI JUNIOR, Umberto. SANTANA, Cláudia S. de. Telecomunicações No Brasil: Balanço e Perspectivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2004.
- FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**: as Telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- _____; PEREIRA NETO, Caio Mario S; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014.
- GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: **Regulação no Brasil**: Uma visão multidisciplinar. (Org. Sérgio Guerra). Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de A. **Telecomunicações**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 2.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Há um déficit democrático nas Agências Reguladoras? In: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- NESTER, Alexandre Nester. **Regulação e Concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.
- PITOFISKY, Robert; Patterson, Donna; and Hooks, Jonathan, **The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law (2002)**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 346. In: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: Estudos e Pareceres. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUTO, Marco Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari, Estudo jurídico sobre o preço de compartilhamento de infraestrutura de energia elétrica. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 7, outubro, 2001.

**Regulação de entrada: uma
metodologia alternativa para a
contagem do tempo para abertura
de empresas**

José Aderson Cerezoli

10

Regulação de entrada: uma metodologia alternativa para a contagem do tempo para abertura de empresas

José Aderson Cerezoli¹

Resumo

Este estudo parte da ideia de que as instituições e, por conseguinte, a regulação empresarial são importantes no desenvolvimento econômico das nações. Este artigo tem por objetivo levantar uma discussão sobre a necessidade de elaboração de uma metodologia alternativa àquela utilizada pelo *World Bank* (Banco Mundial) na pesquisa *Doing Business* (Medindo a regulamentação de negócios) para medir o tempo de abertura de empresas no Brasil. O Banco Mundial realiza uma pesquisa anual em relação a 190 economias em todo o mundo, resultando num “ranking” dos países com regulação empresarial mais amigável à constituição de novas empresas. A metodologia utilizada pelo Banco Mundial torna-se muito subjetiva à medida que seus critérios são amplos a fim de abarcar o maior número de diferentes países. Disso decorre que essa metodologia não revela as peculiaridades dos países estudados, como ocorre com o Brasil, que vem se modernizando e implementando políticas públicas de racionalização e simplificação dos processos de registro e legalização de empresas. Com a adoção de sistemas informatizados de formalização de registros, a pesquisa poderia trabalhar com dados reais fornecidos pelas juntas comerciais de registro e pelos órgãos de licenciamento das prefeituras de demais entes estatais. Essa pesquisa revela-se de extrema importância ao passo que seus resultados são noticiados por todo o mundo e utilizados para a tomada de decisões de investimentos. Assim, conclui-se pela necessidade premente de que seja elaborada uma metodologia específica para medir o tempo e abertura de empresas no Brasil, que forneça resultados mais objetivos e confiáveis.

1 Mestrando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Pós-graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Pós-graduado em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade Cândido Mendes/Instituto A Vez do Mestre – Rio de Janeiro; Assessor da Procuradoria da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro; Diretor Presidente do Instituto Brasileiro de Registro Empresarial – IBREmp; e Advogado Consultor em Direito Empresarial no Rio de Janeiro, Brasil.

Palavras-chave: Banco Mundial. Medindo a regulamentação de negócios. Regulação de Entrada. Registro e Legalização de Empresas.

Abstract

This study starts from the idea that as institutions and therefore, business regulation are important in the economic development of nations. This work seeks to initiate a discussion about the need to elaborate an alternative methodology to that used by the “World Bank” in the “Doing Business” survey to measure the opening time of companies in Brazil. The World Bank conducts an annual survey of 190 economies around the world, resulting in a “ranking” of countries with corporate regulation more friendly to start-ups. The methodology used by the World Bank becomes very subjective as its criteria are broad to cover the largest number of different countries. It follows that this methodology does not reveal the peculiarities of the countries studied, as is the case with Brazil, which has been modernizing and implementing public policies to rationalize and simplify the registration and legalization processes of companies. With the adoption of computerized registration systems, the research could work with real data provided by the commercial registration boards and the licensing bodies of municipalities of other state entities. This research proves to be extremely important while its results are reported worldwide and used for investment decision making. Thus, it is concluded that there is a pressing need for a specific methodology to be used to measure the time and opening up of companies in Brazil that provides more objective and reliable results.

Key-words: World Bank. Doing Business. Regulation of Entry. Registration and Legalization of Companies.

1. Introdução

Este trabalho parte da premissa defendida por Douglass North² de que as instituições, neste caso o Direito, se revelam

2 “Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past

como mecanismo de desenvolvimento econômico, podendo aumentá-lo ou diminuí-lo conforme a qualidade dessas instituições³.

As instituições fornecem as regras do jogo e influenciam a escolha por uma organização econômica ou outra com o fim de reduzir incertezas. As organizações são escolhidas conforme satisfaçam de modo mais efetivo às necessidades num determinado contexto social, cultural e histórico⁴.

Nesse contexto, a regulação de entrada, no sentido utilizado pelos pesquisadores Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes e Andrei Shleifer, no estudo empírico intitulado *The Regulation of Entry (A Regulação de Entrada)*, publicado em 2002⁵, relativo às normas estipuladas pelo Estado para a abertura de novos negócios, revela-se uma ferramenta que pode promover ou inibir o desenvolvimento econômico.

Vários estudos foram empreendidos no sentido de se testar a hipótese de que as instituições são determinantes para o crescimento econômico. Este é o caso dos trabalhos, por exemplo, de Simeon Djankov, Garalee MacLiesh e Rita Ramalho⁶, e de Jamal

² with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline." (NORTH. Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**. v. 5, n. 1, p. 97/112, . 1991.).

³ Nesse mesmo sentido, Mario Gomes Schapiro destaca a necessidade de regras claras para o desenvolvimento econômico de um País: "A existência de regras claras, a proteção adequada da propriedade privada, a certeza do cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no funcionamento célere e independente do Poder Judiciário passaram a ser consideradas como os itens necessários a serem atendidos pelos atributos jurídico institucionais. Seriam estas, enfim, algumas das mais importantes variáveis para um bem-sucedido processo de desenvolvimento." (SCHAPIRO, Mario Gomes. Pensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista de Direito GV**, n. 11, São Paulo, p. 213/252, Jan-Jun 2010.).

⁴ "As organizações influenciam as instituições e são influenciadas pelas instituições. Enquanto regras do jogo, as instituições de um povo fornecem e delimitam as possibilidades de organização econômica, pois as instituições reduzem as incertezas "fornecendo uma estrutura para a vida cotidiana." As diferentes formas de organização, enquanto jogadores, são orientadas a satisfazer necessidades humanas no maior grau possível, dados os limites e as possibilidades organizacionais fornecidos pelas instituições. Nesse sentido, a função das organizações consiste em satisfazer as necessidades presentes em contexto social cultural e historicamente determinados" (CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212).

⁵ DJANKOV, Simeon, Et. al. The Regulation of Entry. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. CXVII. February, 2002. Issue 1. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/starting-a-business>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁶ DJANKOV, Simeon; MCLIESH, Garalee; e RAMALHO, Rita Maria. Regulation and growth. **Economics Letters**, v. 92, n. 3, p. 395-401, 2006. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165176506001108>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Ibrahim Haidar⁷. De acordo com os primeiros, “os países que tiveram melhores instituições políticas e econômicas no passado são mais ricos hoje”⁸. Para Haidar, “há um crescente consenso de que a qualidade da regulamentação empresarial e as instituições que a aplicam são um dos principais determinantes da prosperidade”⁹.

Tanto é assim que, anualmente, o *World Bank* (Banco Mundial) realiza pesquisa sobre o desenvolvimento das nações, apontando como um dos principais elementos para essa aferição a regulação empresarial de entrada, ou seja, o tempo despendido pelos empresários para abertura de uma empresa¹⁰.

Após a crise global de 2008 cresceram as preocupações com custos das empresas e com uma regulação mais eficiente dos mercados; há um movimento global de incremento de políticas regulatórias mais eficientes como forma de diminuir os efeitos da crise de 2008, como atesta o Banco Mundial em seu relatório¹¹.

7 Haidar, Jamal Ibrahim. The impact of business regulatory reforms on economic growth. **Journal of the Japanese and International Economies**, v. 26, n. 3, p. 285-307, 2012. Disponível em: <<https://hal-pse.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/717423/filename/12044.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

8 DJANKOV, Simeon. et al., 2006. Loc. Cit., p. 2.

9 Haidar. Loc. Cit., p. 4.

10 “Doing Business was designed with two main types of users in mind: policy makers and researchers. It is a tool that governments can use to design sound business regulatory policies. Nevertheless, the Doing Business data are limited in scope and should be complemented with other sources of information. Doing Business focuses on a few specific rules relevant to the specific case studies analyzed. These rules and case studies are chosen to be illustrative of the business regulatory environment, but they are not a comprehensive description of that environment. By providing a unique data set that enables analysis aimed at better understanding the role of business regulation in economic development, Doing Business is also an important source of information for researchers.” (THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development**, 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

11 “Efficient business regulation leads to greater market entry, job creation, higher productivity and improved levels of overall economic development. Even though the scope of the Doing Business indicators is limited by necessity, there is well-established evidence that moving from the lowest quartile of improvement in business regulation to the highest quartile is associated with significant increases in annual economic growth per capita. A large body of literature indicates that the simplification of business entry regulation results in higher numbers of new businesses and an increased rate of employment. Research covering 172 economies in the period from 2006 to 2010 shows that each additional business regulatory reform is associated with an average increase of 0.15% in economic growth. Indeed, business regulatory reforms might have helped to mitigate the effects of the 2008 global financial crisis since economies that undertook more reforms experienced higher economic growth rates.” (THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development**, 2017. p.

Essa pesquisa denominada *Doing Business* (Medindo Regulações de Negócios)¹² baseia-se na metodologia¹³ contida no trabalho *The Regulation of Entry* (A Regulação de Entrada), elaborada pelos pesquisadores Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes e Andrei Shleifer como mencionado anteriormente¹⁴.

O Banco Mundial busca comparar economias pelo mundo inteiro, a pesquisa estende-se por 190 países, da qual resulta em um “ranking” de economias mais afeitas aos investimentos e esses dados são utilizados por analistas e noticiados por todo o globo¹⁵.

Contudo, a metodologia utilizada na pesquisa do *Doing Business* estipula critérios muito genéricos a fim de abarcar o maior número e os mais diferentes regimes jurídicos, deixando escapar peculiaridades importantes para que os resultados se aproximem da realidade de cada país, como ocorre em relação ao Brasil¹⁶.

►11 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Cf. ACIOLY, Luciana; MATIJASCIC, Milko; CHERNAVSKY, Emilio; PIÑÓN, María; LEÃO, Rodrigo Pimentel Ferreira. Desdobramentos de curto e médio prazo da crise atual. N. 1441. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/90976/1/616158580.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

12 BANCO MUNDIAL. Dados. **Doing Business: Medindo Regulações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreconomies/brazil/>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

13 “Os dados sobre a abertura de empresas em todas as economias estão disponíveis em <<http://www.doingbusiness.org>>. A metodologia inicial foi desenvolvida por Djankov et al. (2002) e é adotada com pequenas modificações.” (BANCO MUNDIAL. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business: Medindo Regulações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

14 DJANKOV; Et. al. Op. Cit.

15 “Doing Business was designed with two main types of users in mind: policy makers and researchers. It is a tool that governments can use to design sound business regulatory policies. Nevertheless, the Doing Business data are limited in scope and should be complemented with other sources of information. Doing Business focuses on a few specific rules relevant to the specific case studies analyzed. These rules and case studies are chosen to be illustrative of the business regulatory environment, but they are not a comprehensive description of that environment. By providing a unique data set that enables analysis aimed at better understanding the role of business regulation in economic development, Doing Business is also an important source of information for researchers.” (THE WORLD BANK. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development**. 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

16 “ADVANTAGES AND LIMITATIONS OF THE METHODOLOGY The Doing Business methodology is designed to be an easily replicable way to benchmark specific aspects of business regulation. Its advantages and limitations should be understood when using the data (table 2.3). Ensuring comparability of the data across a global set of economies is a central consideration for the Doing Business indicators, which are developed around standardized case scenarios with specific assumptions. One such assumption is the location of a standardized business — the subject of the Doing Business case study — in the largest business city of the economy. The reality is that business regulations and their enforcement may differ within a country, particularly in

Embora se reconheça a grande utilidade e abrangência da pesquisa realizada pelo Banco Mundial, convém pontuar que os dados não são obtidos de forma objetiva, nos órgãos de registro e de legalização de empresas, mas mediante a aplicação de questionários¹⁷ respondidos por alguns desses órgãos, escritórios de advocacia especializados em Direito Societário e profissionais contábeis¹⁸.

Disso exsurtem pelo menos as seguintes perguntas: diante das peculiaridades do sistema de registro e licenciamento adotado, a metodologia utilizada pelo Banco Mundial seria a melhor forma de se medir o tempo de abertura de empresas no Brasil? Considerando a relevância da pesquisa para atração de investimentos estrangeiros, não seria o caso de se elaborar uma metodologia que possibilitasse a obtenção de resultados mais objetivos e realísticos para o caso brasileiro?

A pesquisa empírica, conforme Cary Coglianese, pode fornecer informações e dados para melhor compreensão do papel do Direito Administrativo na governança democrática e substrato para a busca de eficácia, eficiência e legitimidade regulatórias:

A pesquisa empírica pode contribuir para uma compreensão mais clara do papel que ao direito administrativo pode desempenhar na governança democrática. Também pode nos dar uma melhor ideia de

►16 federal states and large economies. But gathering data for every relevant jurisdiction in each of the 190 economies covered by Doing Business is infeasible. Nevertheless, where policy makers are interested in generating data at the local level, beyond the largest business city, Doing Business has complemented its global indicators with subnational studies (box 2.1). Coverage was extended to the second largest business city in economies with a population of more than 100 million (as of 2013) in Doing Business 2015. Doing Business recognizes the limitations of the standardized case scenarios and assumptions. But while such assumptions come at the expense of generality, they also help to ensure the comparability of data. Some Doing Business topics are complex, and so it is important that the standardized cases are defined carefully. [...]” (THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development.**, 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

17 THE WORLD BANK. Starting a Business: Questionnaire. **Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios. Doing Business 2017.** Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB17/DB17-SB-questionnaire-en.pdf?la=pt-BR>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

18 THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development.**, 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>> Acesso em: 22 out. 2017.

como as reformas às instituições reguladoras e aos processos para melhorar a eficácia, a eficiência e a legitimidade da governança regulatória. Assim como as mudanças substantivas na política de regulamentação devem ser julgadas pelo seu impacto na sociedade, também as mudanças no processo de regulamentação devem ser avaliadas pelos seus resultados. Dado o interesse constante em reformar o processo regulatório, a análise empírica pode ampliar-se de forma rentável e em novas direções. Bolsistas e políticos tem muito mais a aprender com o estudo empírico cuidadoso e sistemático do direito administrativo.

[...]

A análise empírica deve, portanto, acompanhar a implementação de qualquer reforma regulatória. Ao escolher estratégias de pesquisa adequadas e atender com cuidado a questões de validade empírica, os pesquisadores serão capazes de explicar melhor como a lei administrativa afeta o comportamento e os resultados das agências governamentais. A pesquisa empírica sobre direito administrativo tem potencial para avaliar e, em última análise, melhorar os esforços prescritos para projetar procedimentos administrativos de forma a contribuir para uma governança mais efetiva e legítima¹⁹.

Nesse contexto, o que se pretende aqui é abrir uma discussão acerca da necessidade de formulação de uma metodologia própria para a contagem do tempo de abertura de empresas no Brasil, que leve em consideração dados objetivos e reais, que produzam resultados mais condizentes com a realidade brasileira que o método de pesquisa utilizada pelo Banco Mundial²⁰.

19 COGLIANESE, Cary. Empirical Analysis and Administrative Law. *Universidade of Illinois Law Review*, 2002. 111-137. p. 1113 e 1137. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1977&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 9 nov. 2017.

20 THE WORLD BANK. *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development**, 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

Para se atingir o objetivo apresentado, na primeira parte do artigo será demonstrada a metodologia adotada pelo Banco Mundial na pesquisa Medindo Regulamentações de Negócios.

Na segunda parte, é apresentada a regulamentação básica de registro e licenciamento a serem cumpridas para abertura de empresas no Brasil, em específico na cidade do Rio de Janeiro (RJ).

Dessa análise, será extraída uma conclusão pela necessidade ou não da formulação de uma metodologia para o caso brasileiro, com vistas a se obter resultados consideravelmente mais objetivos e confiáveis do que aquela utilizada pelo Banco Mundial no caso do Brasil.

2. Da metodologia adotada pelo Banco Mundial

Como dito anteriormente, a metodologia criada pelos pesquisadores Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes e Andrei Shleifer é a utilizada pelo Banco Mundial, “com pequenas modificações”²¹.

A pesquisa empreendida por Djankov e sua equipe teve por base o estudo pioneiro de Hernando De Soto de 1990²², sobre a regulação de entrada no Peru, intitulado *The Other Path* (O Outro Caminho), com apoio da teoria da escolha pública divulgada nos trabalhos de Gordon Tullock; George J. Stigler e Sam Peltzman²³.

Essa teoria, segundo os autores, enxergaria o governo como menos benéfico e a regulação como socialmente ineficiente e se apresentaria sob duas formas: a teoria da captura regulatória de Stigler, segundo a qual “a regulação é capturada pela indústria e é projetada e operada principalmente para seu benefício”, e a teoria da cabine de pedágio (“the tollbooth theory”), a qual “sustenta que a regulação é buscada em benefício de políticos e burocratas”, de acordo com Fred. S. McChesney, Hernando De Soto, Andrei Shleifer e Robert. W. Vishny²⁴.

21 “Os dados sobre a abertura de empresas em todas as economias estão disponíveis em <http://www.doingbusiness.org>. A metodologia inicial foi desenvolvida por Djankov et al. (2002) e é adotada com pequenas modificações.” (BANCO MUNDIAL. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

22 DE SOTO, Hernando. The Other Path. **Boston College Third World Law Journal**. Volume 10. Issue 1, Article 9. 1-1-1990. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1344&context=twlj>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

23 DJANKOV, Simeon, et.al., 2002. Op. Cit., p. 4.

24 Ibid. p. 5.

Os autores colheram dados referentes a todos os procedimentos para obtenção de todos os registros e licenças perante a todas as autoridades regulatórias oficialmente exigidas para uma empresa começar a operar legalmente nos setores industrial ou comercial, bem como calcularam os custos oficiais e o tempo necessário para a conclusão de cada procedimento em circunstâncias normais²⁵.

A pesquisa partiu da premissa de que as informações estariam prontamente disponíveis aos empreendedores em cada país pesquisado e que os órgãos e entidades governamentais funcionariam de forma eficiente e sem corrupção²⁶.

Para a obtenção dos dados sobre número de procedimentos, tempo e custos foram consultadas fontes oficiais dos países da amostra e, em casos de informações conflitantes ou de ausência de elementos confiáveis, foram utilizadas outras fontes:

Utilizamos fontes oficiais para o número de procedimentos, tempo e custo. Se fontes oficiais forem conflitantes ou as leis forem ambíguas, seguimos a fonte mais autorizada. Na ausência de definições legais expressas, tomamos como fonte o relatório oficial do governo. Se várias fontes oficiais têm diferentes estimativas de tempo e custo, tomamos a mediana. Sem estimativas oficiais de tempo e custo, tomamos as estimativas de lei de incorporação local. Se várias fontes não oficiais (por exemplo, um advogado particular) tiverem estimativas diferentes, novamente tomamos a mediana²⁷.

Quando existiam várias formas para a empresa operar legalmente, era escolhida a que poderia ser realizada no menor tempo, sem a necessidade do emprego de facilitadores ou o pagamento de propinas a funcionários públicos²⁸.

Devido à variação na legislação para abertura de empresas entre regiões de um país, indústrias e o cardápio de formas societárias disponíveis, os autores delimitaram que a figura pesquisada

25 Ibid. p. 5.

26 Ibid. p. 6.

27 Ibid. p. 7.

28 DJANKOV, Simeon, et al., 2002. Op. Cit., p. 7.

seria uma empresa “standardized”²⁹, que realizasse atividades industriais ou comerciais na cidade mais populosa do país³⁰.

Essa empresa seria uma sociedade limitada, a mais comum, suas atividades não necessitariam de licenças especiais, tais como as ambientais; não operaria no comércio internacional; não produziria ou comercializaria bens sujeitos a impostos especiais, tais como bebidas alcóolicas, fumo, gás etc. Seria uma empresa nacional, com capital social integralizado em dinheiro e maior que 10 vezes o Produto Interno Bruto (PIB) per capita de 1999 ou com o capital social mínimo exigido por lei; ela estaria instalada em um imóvel alugado; teria entre 5 e 50 funcionários no mês após o início das operações, todos nacionais; movimentaria em torno de até 10 vezes o seu capital inicial em negócios e não estaria qualificada para receber incentivos de investimento³¹.

Os autores consideraram todos os procedimentos exigidos por lei para a abertura de um negócio. Cada atividade à parte que o empresário tivesse que realizar perante entidades externas foi considerada um procedimento, tais como: “gabinetes do governo estadual e local, advogados, auditores, fabricantes de selos de empresas, notários etc.”. Foram ignorados os procedimentos que o empresário pudesse evitar ou que pudesse ser realizado após o início do negócio. No caso de necessidade de vários procedimentos para a realização de um ato, foram contados os procedimentos separadamente³².

Os autores dividiram os procedimentos em cinco grupos: a) procedimentos de triagem; b) requisitos relacionados a impostos; c) requisitos trabalhistas/relacionados com a segurança social; d) requisitos de segurança e saúde; e e) requisitos relacionados ao meio ambiente³³.

Em relação à contagem do tempo gasto para a abertura da empresa, segundo as características já mencionadas, os autores coletaram informações sobre a sequência em que os procedimentos

29 Esta palavra pode ser traduzida como “padrão”.

30 DJANKOV, Simeon, et al., 2002. Loc. Cit., p. 7.

31 Ibid. p. 8.

32 Ibid. p. 8.

33 Ibid. p. 11.

deveriam ser feitos e o número de dias úteis oficiais necessários para concluir cada procedimento. Segundo os autores, teria sido ignorado o tempo gasto para a coleta de informações e o fato de que todos os procedimentos seriam conhecidos pelos empreendedores. A pesquisa teria assumido que os procedimentos seriam realizados simultaneamente, sempre que possível. Os autores estipularam que uma visita a uma instituição contaria um dia, uma vez que, em regra, seria difícil uma pessoa visitar mais de uma por dia³⁴.

Para calcular os custos de abertura de empresas, os pesquisadores incluíram todas as despesas oficiais identificáveis, como “honorários, custos de procedimentos e formulários, fotografia, carimbos fiscais, encargos jurídicos e notariais, etc.”. No estudo não foram incluídos gastos com possíveis subornos a funcionários públicos. Para simplificar, os autores consideraram apenas os gastos com o governo, o que corresponderia em média à metade do custo total³⁵.

A fim de compensar a ausência de apuração dos custos decorrentes da perda de oportunidade pelo empresário e dos lucros em razão do atraso na legalização do negócio na pesquisa, os autores calcularam uma medida de custo total, formado pelas despesas oficiais acrescidas de um valor estimado do tempo gasto pelo empreendedor. Esse valor foi estimado com base na renda diária per capita do país³⁶.

Com base na metodologia elaborada pelos professores de Harvard, a pesquisa do Banco Mundial sobre abertura de empresas no Brasil é realizada nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro³⁷ e inclui procedimentos pré e pós-constituição, exigidos pelas normas oficiais ou pela prática, ou seja, qualquer interação com terceiros seria contada como um procedimento:

Procedimentos

Um procedimento é definido como qualquer interação entre os fundadores da empresa e terceiros (por exemplo, órgãos do governo, advogados, auditores

34 DJANKOV, Simeon, Et. al. Op. Cit., 2002. p. 8.

35 Ibid. p. 9.

36 Ibid. p. 9/10.

37 Ibid. p. 10.

ou tabeliões) e com os seus cônjuges, se necessário. As interações internas aos fundadores ou executivos da empresa não são contadas como procedimentos. Os procedimentos que devem ser concluídos no mesmo local de uma agência ou instituição, mas em diferentes departamentos ou em diferentes balcões de atendimento ao público, são contados como procedimentos distintos. Se os fundadores precisarem visitar o mesmo departamento várias vezes para realizar diferentes procedimentos sequenciais, cada um deles será contado separadamente. Os fundadores devem concluir sozinhos todos os procedimentos, sem intermediários, facilitadores, contadores ou advogados, a menos que o uso desse terceiro seja exigido por lei ou empregado pela maioria dos empreendedores. Se forem necessários os serviços de profissionais, os procedimentos realizados por esses profissionais em nome da empresa são computados como procedimentos separados. Da mesma forma, cada procedimento eletrônico é computado como procedimento separado.

[...]

São registrados ambos os procedimentos pré- e pós-constituição societária, exigidos oficialmente, ou realizados normalmente na prática, para que um empresário ou empresária possa operar formalmente um negócio. Qualquer interação com terceiros que ocorrer dentro de três meses após o registro da empresa será considerada como um procedimento, com exceção do registro junto às autoridades fiscais para fins do pagamento de impostos indiretos (por exemplo: IVA, ICMS). Este tipo de registro é considerado como um procedimento, independentemente do momento em que ocorrer (normalmente, deve-se realizar o registro junto às autoridades fiscais quando o faturamento da empresa exceder um determinado limite previsto)³⁸.

38 BANCO MUNDIAL. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Importante destacar que a metodologia original dos professores de Harvard foi adaptada pelo Banco Mundial para incluir procedimentos realizados pela rede mundial de computadores, correlacionando o preenchimento de formulários na internet e obtenção de aprovações *on-line* a dias corridos:

Tempo

O tempo é medido em dias corridos. O cálculo do tempo é baseado na duração média que os advogados societários ou os cartórios indicam ser necessária, na prática, para concluir um procedimento com acompanhamento mínimo junto aos órgãos do governo, sem pagamentos extra-oficiais. Supõe-se que o tempo mínimo necessário para cada procedimento seja de um dia, exceto se os procedimentos puderem ser realizados completamente através da internet e em algumas horas; nestes casos, considera-se a duração mínima de meio dia. Embora os procedimentos possam ocorrer simultaneamente, de acordo com a metodologia cada procedimento começa em um dia distinto (ou seja, procedimentos simultâneos começam em dias consecutivos), exceto os procedimentos realizados *on-line*. Um processo de cadastramento ou registro da empresa é considerado concluído quando a empresa tiver recebido o documento de incorporação final ou tiver conseguido iniciar legalmente as suas atividades comerciais. Se um procedimento puder ser acelerado legalmente por um custo adicional, é considerado o procedimento acelerado se essa opção for mais benéfica para a classificação da economia. Se a autorização do cônjuge for necessária, supõe-se que esse processo não inclui custos, exceto se for necessária a legalização em cartório. Supõe-se que o empresário ou empresária não desperdiça tempo e se compromete a cumprir cada procedimento sem atraso. O tempo que o empresário gasta reunindo informações é ignorado. Supõe-se que o empreendedor esteja ciente de todos os requisitos para se constituir uma nova empresa e de sua sequência desde o início

do processo, mas não teve nenhum contato prévio com os funcionários governamentais envolvidos no processo de abertura de empresas³⁹.

De acordo com a pesquisa do Banco Mundial, o Brasil encontra-se na posição 175, em 2017, no ranking de abertura de empresas, tendo caído uma posição em relação a 2016. Em São Paulo, segundo o Banco Mundial, o empresário demoraria 101 dias para legalizar um negócio, ao custo de 4.1 (% da renda per capita), sendo 11 procedimentos. No Rio de Janeiro, com o mesmo número de procedimentos (11), o tempo gasto seria de 45 dias, a um custo de 6.8 (% da renda *per capita*)⁴⁰.

3. Sistema brasileiro de registro e legalização de empresas

Como visto, a pesquisa existente sobre o objeto do estudo a ser desenvolvido, realizada anualmente pelo Banco Mundial, busca comparar economias em todo o mundo. A pesquisa estende-se por 190 países, da qual resulta em um ranking de economias mais afeitas aos investimentos, com base em vários critérios, dentre os quais o tempo de abertura de empresas⁴¹.

39 BANCO MUNDIAL. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

40 BANCO MUNDIAL. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

41 "ADVANTAGES AND LIMITATIONS OF THE METHODOLOGY The Doing Business methodology is designed to be an easily replicable way to benchmark specific aspects of business regulation. Its advantages and limitations should be understood when using the data (table 2.3). Ensuring comparability of the data across a global set of economies is a central consideration for the Doing Business indicators, which are developed around standardized case scenarios with specific assumptions. One such assumption is the location of a standardized business — the subject of the Doing Business case study — in the largest business city of the economy. The reality is that business regulations and their enforcement may differ within a country, particularly in federal states and large economies. But gathering data for every relevant jurisdiction in each of the 190 economies covered by Doing Business is infeasible. Nevertheless, where policy makers are interested in generating data at the local level, beyond the largest business city, Doing Business has complemented its global indicators with subnational studies (box 2.1). Coverage was extended to the second largest business city in economies with a population of more than 100 million (as of 2013) in Doing Business 2015. Doing Business recognizes the limitations of the standardized case scenarios and assumptions. But while such assumptions come at the expense of generality, they also help to ensure the comparability of data. Some Doing Business topics are complex, and so it is important that the standardized cases are defined carefully. [...] (THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development**, 2017. p. 281-283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>). Acesso em: 22 out. 2017.

No Brasil há uma infinidade de figuras jurídicas empresariais⁴² e procedimentos para registro e licenciamento de atividades empresariais, o que engloba decisões de vários órgãos⁴³ e esferas de governo⁴⁴.

As pesquisas empíricas para Lee Epstein e Gary King não se tratam apenas de “técnicas e análises estatísticas”. A palavra empírico, segundo os autores, “denota evidência sobre o mundo baseada em observação”, pela qual se busca, mediante observação ou experiência, obter dados sobre o mundo^{45,46}.

Com o objetivo de elaboração de um método, deve-se aplicar o método estatístico por meio do qual, de acordo com Marina de

42 Empresário Individual, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Sociedade em Conta de Participação, Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada, Sociedade Anônima, Sociedade por Ações, Consórcio Empresarial, Subsidiária Integral, Grupo Empresarial, Cooperativa, Autarquias, Fundações Públicas, Associações Públicas, Consórcios Públicos de Direito Público, Conselhos de Fiscalização Profissional, Entidades de Serviço Social Autônomo, Firms Individuais, Sociedades Simples, Associações, Fundações, Organizações Religiosas, Partidos Políticos, Consórcios Públicos de Direito Privado.

43 Cf. art. 2º, da Lei de Registro Empresarial (BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.** Brasília, DF: Executivo, 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8934.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2017; art. 967, 971, 984 e 1150 do Código Civil de 2002. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Executivo, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

44 MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Serviços sociais autônomos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 135-174, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10647/9640>>. Acesso em: 21 out. 2017.

45 “Esta pode parecer uma afirmação intrigante, mesmo estranha, para os juristas. Nessa comunidade, a palavra “empírico” passou a possuir um significado particularmente restrito – associado puramente com “técnicas e análises estatísticas” ou com dados quantitativos. Mas a pesquisa empírica, como cientistas naturais e sociais reconhecem, é muito mais ampla do que essas associações sugerem. A palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não numérica (qualitativa); nenhuma é mais “empírica” que a outra. O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo.” (EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência.** Tradução Fabio Morosini et al. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/11444>>. Acesso em: 22 jul. 2017).

46 Com ensina João José Fonseca, a pesquisa empírica se baseia em dados reais e objetivos e seus resultados podem ser considerados, “um retrato real” do mundo: “Diferentemente da pesquisa qualitativa, os resultados da pesquisa quantitativa podem ser quantificados. Como as amostras geralmente são grandes e consideradas representativas da população, os resultados são tomados como se constituíssem um retrato real de toda a população alvo da pesquisa. A pesquisa quantitativa se centra na objetividade. Influenciada pelo positivismo, considera que a realidade só pode ser compreendida com base na análise de dados brutos, recolhidos com o auxílio de instrumentos padronizados e neutros. A pesquisa quantitativa recorre à linguagem matemática para descrever as causas de um fenômeno, as relações entre variáveis etc.”. (FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em: <[http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/lapnex/arquivos/files/Apostila_-_METODOLOGIA_DA_PESQUISA\(1\).pdf](http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/lapnex/arquivos/files/Apostila_-_METODOLOGIA_DA_PESQUISA(1).pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2017).

Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, o pesquisador buscaria reduzir fenômenos do mundo em termos quantitativos estatisticamente manipuláveis a fim de se “obter generalizações sobre sua natureza, ocorrência ou significado”⁴⁷.

Nesse contexto, propõe-se, neste ponto, uma metodologia que parta de dados objetivos com base nas regras do Sistema Nacional de Registro de Empresas (SINREM), Lei nº 8.934/94,⁴⁸ bem como da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM), Lei nº 11.598/2007⁴⁹.

O registro empresarial é regido por lei própria, a Lei nº 8.934/94, que o denomina “Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”⁵⁰, o qual é organizado como um sistema, designado Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (SINREM), que engloba órgãos e entidades federais e estaduais. O SINREM tem como órgão de supervisão, orientação, coordenação, e regulamentação⁵¹ o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), nova nomenclatura do extinto Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão federal, vinculado à Secretaria Especial da

47 “Assim, o método estatístico significa a “redução de fenômenos sociológicos, políticos, econômicos etc. a termos quantitativos e a manipulação estatística, que permite comprovar as relações dos fenômenos entre si, e obter generalizações sobre sua natureza, ocorrência ou significado.” (MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 108).

48 BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8934.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

49 BRASIL. Lei nº 11.598/2007, de 3 de dezembro de 2007. Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM; **altera a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, e das Leis nos 7.711, de 22 de dezembro de 1988, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.906, de 4 de julho de 1994; e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11598.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

50 Além das previsões da Lei de Registro Empresarial (BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8934.htm>>. Acesso em: 26 de jun. de 2017), várias leis esparsas fazem alusão ao registro empresarial. Cf. art. 97 da Lei das Sociedades por Ações (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Brasília, DF: Executivo, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 26 de out. de 2017) e os arts. 1.153 e 1.154 do Código Civil de 2002 (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Executivo, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017).

51 CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 362.

Micro e Pequena Empresa (SEMPE), do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços⁵².

Como órgão de execução, o registro empresarial se serve das Juntas Comerciais; entes locais, existindo uma em cada Estado e no Distrito Federal, com sede nas respectivas capitais e atribuição na circunscrição territorial de todo o Estado (art. 5º,⁵³ da Lei nº 8.934/94).

Em relação ao licenciamento pela Prefeitura, cabe dizer que, após o registro de uma empresa na Junta Comercial, o empresário deve, necessariamente, obter uma licença para funcionamento para início de suas operações, no caso do Rio de Janeiro, denominado “alvará de licença”⁵⁴.

A obtenção do alvará se dá por processo perante a Prefeitura do Município onde se localiza a empresa, que hoje se encontra integrado ao processo de registro na Junta Comercial⁵⁵.

Desse modo, a contagem do tempo de abertura de empresas na pesquisa deve se ater à análise de informações extraídas da base de dados da Junta Comercial⁵⁶, com as datas exatas de entrada do

52 BRASIL. Decreto nº 8.579, de 26 de novembro de 2015. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Secretaria de Governo da Presidência da República, altera o Anexo II ao Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004, o Decreto nº 8.364, de 17 de novembro de 2014, o Decreto nº 6.884, de 25 de junho de 2009, o Decreto nº 8.414, de 26 de fevereiro de 2015, o Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, o Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014, e o Decreto nº 5.490, de 14 de julho de 2005, e remaneja cargos em comissão. Brasília, DF: Executivo, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8579.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

53 Art. 5º Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva.

54 Cf. “O Alvará de Licença é o documento que atesta que o funcionamento do estabelecimento atende as normas de zoneamento e uso do solo urbano, sendo necessária sua obtenção antes do início do exercício da atividade econômica, pois é a partir da concessão do Alvará que a empresa se formaliza no âmbito do município. O funcionamento sem Alvará sujeita o estabelecimento a multas diárias.” (PREFEITURA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Alvará. **Secretaria Municipal de Ordem Pública (SEOP)**. Rio de Janeiro - RJ: Executivo, 2017 Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/clf/exibeconteudoclf?id=5822532>>. Acesso em: 30 out. 2017).

55 Cf. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto Municipal nº. 40709, de 8 de outubro de 2015. **Simplifica os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro - RJ: Executivo, 2015. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/50438Dec%2040709_2015.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

56 Art. 3º Os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins serão exercidos, em todo o território nacional, de maneira uniforme, harmônica e interdependente, pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pelos seguintes órgãos:

- o Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão central Sinrem, com funções supervisora, orientadora, coordenadora e normativa, no plano técnico; e supletiva, no plano administrativo;

- as Juntas Comerciais, como órgãos locais, com funções executora e administradora dos serviços de registro. Art. 5º Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva.

Art. 8º Às Juntas Comerciais incumbe:

processo de registro e a data do efetivo arquivamento, além das datas de requerimento e de deferimento da licença de funcionamento perante a Prefeitura do Município.

Assim, devem ser coletados as datas de início do processo de registro, a data do registro efetivo, os nomes empresariais, as atividades principais, o capital social e número de sócios de cada uma das empresas abertas no ano, de acordo com dados fornecidas pela Junta Comercial.

Por fim, importante destacar que o governo brasileiro vem implementado medidas legais para a racionalização e integração dos processos de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas e criou a REDESIM, implementada pela Lei nº. 11.598/2007⁵⁷.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, destaca-se o Comitê Gestor de Integração do Registro Empresarial (COGIRE), instituído por meio da edição do Decreto estadual nº 42.890, de 21 de março de 2011. Esse comitê foi criado para congregiar os vários órgãos e entidades responsáveis pelo registro e legalização da atividade empresarial no Estado com entidades da sociedade civil, tendo como objetivo a integração dos processos e procedimentos de formalização de empresas⁵⁸.

-
- 56 - executar os serviços previstos no art. 32 desta lei;
- elaborar a tabela de preços de seus serviços, observadas as normas legais pertinentes;
 - III-processar a habilitação e a nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais;
 - elaborar os respectivos Regimentos Internos e suas alterações, bem como as resoluções de caráter administrativo necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e regimentais;
 - expedir carteiras de exercício profissional de pessoas legalmente inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;
 - o assentamento dos usos e práticas mercantis. (Lei de Registro Empresarial. Idem.).
- 57 BRASIL. Lei nº. 11.598/2007, de 3 de dezembro de 2007. Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM; altera a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, e das Leis nos 7.711, de 22 de dezembro de 1988, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.906, de 4 de julho de 1994; e dá outras providências. Brasília, DF: Executivo, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11598.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- 58 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto no 42.890, de 21 de março de 2011. **Institui o Comitê Gestor de Integração do Registro Empresarial - COGIRE e dá outras providências.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2011. Disponível em: <<https://www.jucerja.rj.gov.br/Legislacao/Administrativa>>. Acesso em: 26 out. 2017.

Em 2013, o COGIRE passou a ter uma atuação mais forte ao ser editada a Lei estadual nº 6.426, de 5 de abril de 2013, tornando cogente a simplificação e integração dos processos de formalização de empresas e englobando todos os órgãos e entidades de registro e licenciamento de atividades empresariais no Estado do Rio de Janeiro⁵⁹.

Mais uma medida do Estado do Rio de Janeiro nesse sentido foi a criação do Comitê de Desburocratização do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Decreto nº 45.221, de 16 de abril de 2015, com o objetivo de elaborar e propor medidas concretas para promover maior agilidade e transparência na condução de atos e processos administrativos de interesse da população, para fins de uma adequada prestação dos serviços públicos e para a melhoria do ambiente de negócios no Estado do Rio de Janeiro⁶⁰.

O Município do Rio de Janeiro se engajou nesse movimento em 2015, ao editar o Decreto nº 40.709, de 8 de outubro de 2015, o qual determinou a simplificação dos procedimentos de licenciamento em seu território⁶¹. Esse esforço foi ampliado com a edição do Decreto municipal nº 41.827, de 14 de junho de 2016, que revogou as disposições anteriores sobre a matéria e estabeleceu novas diretrizes para a simplificação dos procedimentos de licenciamento de atividades empresariais⁶².

59 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei nº 6426, de 5 de abril de 2013. **Dispõe sobre as diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas no Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro RJ: Executivo, 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/32ba1ca9670b926283257b4700610ef4?OpenDocument>>. Acesso em: 26 out. 2017.

60 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 45.221, de 16 de abril de 2015. **Institui o Comitê de Desburocratização do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências**. Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89948011/doerj-poder-executivo-17-04-2015-pg-1?ref=previous_button>. Acesso em: 26 out. 2017.

61 MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto Municipal nº 40.709, de 8 de outubro de 2015. **Simplifica os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2015. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/50438Dec%2040709_2015.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

62 MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 41.827, de 14 de junho de 2016. **Simplifica e consolida os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2016. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2016/4182/41827/decreto-n-41827-2016-simplifica-e-consolida-os-procedimentos-relativos-a-licenciamento-de-estabelecimentos-no-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 26 out. 2017.

Em 30 de maio de 2017, o Estado e o Município do Rio de Janeiro publicaram o Decreto nº 46.006⁶³ e o Decreto nº 43.259⁶⁴, respectivamente. Por meio do Decreto nº 46.002/2017, o governo estadual autorizou a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA) a tomar as medidas necessárias para que os processos de abertura de empresas no Estado fossem concluídos em até três dias úteis a contar do momento da apresentação dos atos a registro, bem como que o processo de registro junto à Secretaria Estadual de Fazenda e Planejamento (SEFAZ) fosse realizado mediante sistema eletrônico, em no máximo cinco dias úteis, na circunscrição do Município do Rio de Janeiro⁶⁵.

O Município do Rio de Janeiro, por sua vez, instituiu a autodeclaração para o licenciamento de atividades com baixo risco, conforme estabelecidas no, já mencionado, Decreto municipal nº 41.827/2016.

Importante destacar, também, o recente Decreto federal nº 9.094, de 17 de julho de 2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário, o qual é aplicável, também ao registro de empresas⁶⁶.

63 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.006 de 30/05/2017. **Dispõe sobre adoção de medidas de desburocratização para abertura de empresas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e determina outras providências.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2017. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=344259>>. Acesso em: 26 out. 2017.

64 MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 43.259, de 30 de maio de 2017. **Cria procedimento especial de autodeclaração, para fins de tornar mais ágil o licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2017. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/54010Dec%2043259_2017.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

65 Art. 1º Fica a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro - JUCERJA, autorizada a adotar as medidas necessárias para que os processos de abertura de empresas, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ocorram em até 3 (três) dias úteis do protocolo regular de abertura de empresas, sem prejuízo do exame das formalidades legais.

Art. 2º Fica a Secretaria Estadual de Fazenda e Planejamento - SEFAZ, autorizada a adotar as medidas necessárias para simplificar o processo de legalização e inscrição estadual de empresários e sociedades empresariais, em função do risco da atividade econômica, consideradas de baixo risco, para que o prazo de inscrição estadual via DOCAD não seja superior a 5 (cinco) dias úteis, no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

Parágrafo Único. Não estão sujeitas a este prazo, empresas que exerçam atividade vinculada à área de petróleo, combustíveis, lubrificantes e aditivos em geral, envolvendo a extração, industrialização, comercialização e transporte desses produtos, além de outras atividades que venham a ter tratamento diferenciado por ato da SEFAZ, tais como as de fumo.

66 BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. **Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.** Brasília, DF: Executivo, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

4. Conclusão

Como visto, uma pesquisa que demonstre o tempo de abertura de empresas revela-se extremamente importante, uma vez que serve de base para que investidores decidam por um ou outro país para aportar seus recursos. A segurança jurídica torna-se um fator relevante para o desenvolvimento de uma nação.

Desse modo, torna-se urgente que o Brasil tenha um índice confiável e que represente a verdadeira situação relativa ao tempo de abertura e legalização de empresas.

Desde 1999, quando da realização da pesquisa por Djankov e sua equipe, muita coisa mudou em relação à burocracia e a adoção de sistemas informatizados de registro e emissão de licenças, principalmente no Brasil, que vem adotando políticas públicas voltadas para a racionalização e simplificação dos processos e procedimentos de legalização de empresas.

É claro que o Banco Mundial vem levando esses fatores em consideração e até mesmo revelando-se como um dos principais incentivadores dessas políticas, porém, a pesquisa em si poderia se dar com base em informações reais fornecidas pela Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro⁶⁷, bem como da Prefeitura do Rio de Janeiro⁶⁸.

67 Art. 3º Os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins serão exercidos, em todo o território nacional, de maneira uniforme, harmônica e interdependente, pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pelos seguintes órgãos:

- o Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão central Sinrem, com funções supervisora, orientadora, coordenadora e normativa, no plano técnico; e supletiva, no plano administrativo;
- as Juntas Comerciais, como órgãos locais, com funções executora e administradora dos serviços de registro. Art. 5º Haverá uma junta comercial em cada unidade federativa, com sede na capital e jurisdição na área da circunscrição territorial respectiva.

Art. 8º Às Juntas Comerciais incumbe:

- executar os serviços previstos no art. 32 desta lei;
- elaborar a tabela de preços de seus serviços, observadas as normas legais pertinentes; III - processar a habilitação e a nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais;
- elaborar os respectivos Regimentos Internos e suas alterações, bem como as resoluções de caráter administrativo necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e regimentais;
- expedir carteiras de exercício profissional de pessoas legalmente inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;
- o assentamento dos usos e práticas mercantis. (Lei de Registro Empresarial. Idem.)

68 MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 41.827, de 14 de junho de 2016. **Simplifica e consolida os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2016/41827/decreto-n-41827-2016-simplifica-e-consolida-os-procedimentos-relativos-a-licenciamento-de-estabelecimentos-no-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

5. Referências

- ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon; e ROBINSON, James A. The Colonial Origins of Comparative Development: an Empirical Investigation. **American Economic Review**. 91(5). 1369-1401, 2001. Disponível em: <<https://economics.mit.edu/files/4123>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BANCO MUNDIAL. Dados. **Doing Business**: Medindo Regulamentações de Negócios. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/data/exploreconomies/brazil/>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Metodologia: abertura de empresas. **Doing Business**: Medindo Regulamentações de Negócios. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/Starting-a-Business>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. BANCO MUNDIAL. Starting a Business: Questionnaire. Doing Business: Medindo Regulamentações de Negócios. **Doing Business 2017**. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB17/DB17-SB-questionnaire-en.pdf?la=pt-BR>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BARBIERI, Ana Clara; SILVEIRA, Mario Henrique Fernandes; e SILVA, Antônio Suerlilton Barbosa da. Custo-Brasil e Investimento Direto Estrangeiro: uma análise de suas relações. X Congresso Nacional de Excelência em Gestão, de 08 e 09 de agosto de 2014. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/29020311.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Executivo, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. **Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D1800.htm>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Decreto nº 8.579, de 26 de novembro de 2015. **Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Secretaria de Governo da Presidência da República, altera o Anexo II ao Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004, o Decreto nº 8.364, de 17 de novembro de 2014, o Decreto nº 6.884, de 25 de junho de 2009, o Decreto nº 8.414, de 26 de fevereiro de 2015, o Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, o Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014, e o Decreto nº 5.490, de 14 de julho de 2005, e remaneja cargos em comissão**. Brasília, DF: Executivo, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8579.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. **Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário**. Brasília, DF: Executivo, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9094.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. **Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

- _____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Brasília, DF: Executivo, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF: Executivo, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8934.htm>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Executivo, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº. 11.598/2007, de 3 de dezembro de 2007. **Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM; altera a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 1.715, de 22 de novembro de 1979, e das Leis nos 7.711, de 22 de dezembro de 1988, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.906, de 4 de julho de 1994; e dá outras providências**. Brasília, DF: Executivo, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11598.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____. Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**. Brasília, DF: Executivo, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.
- CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COGLIANESE, Cary. Empirical Analysis and Administrative Law. **Universidade of Illinois Law Review**, 2002. 111-137. p. 1113 e 1137. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1977&context=faculty_scholars>. Acesso em: 22 out. 2017.
- DE SOTO, Hernando. The Other Path. **Boston College Third World Law Journal**. Volume 10. Issue 1, Article 9. 1-1-1990. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1344&context=twlj>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- DJANKOV, Simeon, et. al. The Regulation of Entry. **The Quarterly Journal of Economics**. Vol. CXVII. February, 2002. Issue 1. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/Methodology/starting-a-business>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- _____; MCLIESH, Garalee; e RAMALHO, Rita Maria. Regulation and growth. **Economics Letters**, v. 92, n. 3, p. 395-401, 2006. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165176506001108>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. Tradução Fabio Morosini et. al. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/11444>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto 42.890, de 21 de março de 2011. **Institui o Comitê Gestor de Integração do Registro Empresarial – COGIRE e dá outras providências.** Rio de Janeiro – RJ, 2011. Disponível em: <<https://www.jucerja.rj.gov.br/Legislacao/Administrativa>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº. 45.221, de 16 de abril de 2015. **Institui o Comitê de Desburocratização do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.** Rio de Janeiro – RJ, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89948011/doerj-poder-executivo-17-04-2015-pg-1?ref=previous_button>. Acesso em: 22 out. 2017.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº. 46006 de 30/05/2017. **Dispõe sobre adoção de medidas de desburocratização para abertura de empresas no âmbito do estado do rio de janeiro, e determina outras providências.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2015. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=344259>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei nº 6426, de 05 de abril de 2013. **Dispõe sobre as diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas no estado do rio de janeiro.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2013. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/32ba1ca9670b926283257b4700610ef4?OpenDocument>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em: <[http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/lapnex/arquivos/files/Apostila_-_METODOLOGIA_DA_PESQUISA\(1\).pdf](http://leg.ufpi.br/subsiteFiles/lapnex/arquivos/files/Apostila_-_METODOLOGIA_DA_PESQUISA(1).pdf)>. Acesso em: 22 de jul. de 2017. Acesso em: 22 out. 2017.
- MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HAIDAR, Jamal Ibrahim. The impact of business regulatory reforms on economic growth. **Journal of the Japanese and International Economies**, v. 26, n. 3, p. 285-307, 2012. Disponível em: <<https://hal-pse.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/717423/filename/12044.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- HALL, Robert E. e JONES Charles I. Why do some countries produce so much more output per worker than others? **Quarterly Journal of Economics**.144 (1). 83-116. 1999.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Serviços sociais autônomos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 135- 174, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10647/9640>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº. 40709, de 8 de outubro de 2015. **Simplifica os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2015. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/50438Dec%2040709_2015.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº. 41.827, de 14 de junho de 2016. **Simplifica e consolida os procedimentos relativos a licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2016. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2016/4182/41827/decreto-n-41827-2016-simplifica-e-consolida-os-procedimentos-relativos-a-licenciamento-de-estabelecimentos-no-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 22 out. 2017.

- MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº. 43.259, de 30 de maio de 2017. **Cria procedimento especial de autodeclaração, para fins de tornar mais ágil o licenciamento de estabelecimentos no Município do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2017. Disponível em: <http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/54010Dec%2043259_2017.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.
- NORTH. Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives.** Volume 5, Número 1. 1991.
- PREFEITURA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Alvará. **Secretaria Municipal de Ordem Pública - SEOP.** Rio de Janeiro, RJ: Executivo, 2017. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/seop/clf/exibeconteudoclf?id=5822532>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. Pensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista de Direito GV número 11**, São Paulo, Jan-Jun 2010.
- THE WORLD BANK. Doing Business 2017: Equal Opportunity for All. A World Bank Group Flagship Report. Comparing Business Regulation for Domestic Firms in 190 Economies. 14th Edition. Washington DC: **International Bank for Reconstruction and Development.**, 2017. p. 281/283. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

**Deferência judicial *vis-à-vis* às
limitações regulatórias: reflexões
sobre o modelo institucional
brasileiro de regulação ambiental**

Júlia Massadas Romeiro Fraga

11

Deferência judicial *vis-à-vis* às limitações regulatórias: reflexões sobre o modelo institucional brasileiro de regulação ambiental

Júlia Massadas Romeiro Fraga¹

Resumo

Este artigo objetiva problematizar o modelo institucional brasileiro de regulação ambiental e os desafios que este pode impor à definição da intensidade do controle judicial das decisões regulatórias. Por um lado, destacam-se as limitações dos órgãos reguladores ambientais. Por outro, reconhece-se a complexidade técnico-científica envolvida na regulação, questionando-se as capacidades institucionais tanto do Judiciário quanto dos órgãos reguladores para a realização de escolhas regulatórias. A hipótese levantada é a de que se, em tese, o Judiciário deveria evitar se imiscuir em questões técnico-científicas que demandem uma expertise especial, devendo atuar em geral de forma deferente às decisões do regulador; caso este não possua as condições institucionais necessárias para promover adequadamente a regulação, tal deferência pode ter parte da sua justificação esvaziada. Conclui-se que a diferença entre as decisões tomadas por um órgão regulador desestruturado e um Judiciário sem o necessário embasamento técnico pode ser apenas gradual.

Palavras-chave: Regulação ambiental. Controle judicial. Deferência técnica.

Abstract

This paper aims to problematize the Brazilian institutional model of environmental regulation and the challenges that it might impose to the establishment of the judicial review's intensity on regulatory decisions. On one hand, the limitations of regulatory

¹ Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Bolsista da CAPES e da FGV. Assistente de pesquisa da FGV Direito Rio e pesquisadora do grupo de pesquisa Argumentação Jurídica, Instituições e Aspectos Constitucionais da Regulação. Graduada *cum laude* em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Agradeço aos Professores José Vicente Santos de Mendonça e Rômulo Silveira da Rocha Sampaio pelas críticas e sugestões que em muito auxiliaram no aprimoramento deste trabalho.

bodies responsible for the environmental regulation are highlighted; on the other hand, the technical-scientific complexity involved in regulation is recognized. Thereby, both the institutional capacities of the Judiciary and of regulatory bodies to promote regulation are brought into question. It is hypothesized that if, in thesis, the Judiciary should avoid the intrusion on matters that demand a proper expertise, pursuing a deferential behavior to the regulator; when it does not possess sufficient institutional conditions to promote the regulation properly, part of the justification for a deferential behavior of the Judiciary is deflated. Thus, it is concluded that the difference between decisions made by an unstructured regulatory body and by the Judiciary without technical background might be only gradual.

Keywords: Environmental regulation. Judicial review. Technical deference.

1. Introdução

Com base na constatação da complexidade técnica de determinadas atividades administrativas, realizaram-se reformas estruturais na administração pública que culminaram no desenvolvimento de um denominado “Estado Regulador”². No Brasil, a opção por um modelo de agências reguladoras dotadas de autonomia e independência e compostas por especialistas na matéria tomou como base o entendimento de que órgãos reguladores especializados e estruturados teriam uma maior competência para a tomada de decisões administrativas quando a matéria em questão envolver aspectos técnico-científicos que demandam uma expertise própria.

Apesar de ser sabido que especialistas podem realizar escolhas com base em pressões políticas e/ou de forma enviesada³, entende-se que, comparativamente, ainda seria preferível que a escolha regulatória a eles coubesse do que ao Judiciário. Isso porque, assim,

2 Sobre o surgimento e desenvolvimento do denominado “Estado Regulador” cf. GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11-64.

3 Sobre o tema cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos em el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010; DWYER, Déirdre. **The Judicial Assessment of Expert Evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008 e HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 72, n. 1, 2009, p. 1-24. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss1/2/>>. Acesso em: 26 de out. de 2016.

se limitaria o impacto que a política tem sobre a regulação. Dentro dessa lógica, o objetivo que se busca é o de isolar ao máximo o regulador em funções administrativas e atribuições de caráter eminentemente técnico, evitando a orientação por juízos políticos ou burocráticos e mantendo-o equidistante dos interesses em questão é que se optou pelo modelo de agências reguladoras⁴.

Tal proposta faz sentido dentro de um contexto de compreensão da regulação enquanto atividade estatal indireta que atinge atividades econômicas e sociais com o intuito de implementar políticas públicas e garantir direitos sociais. A regulação buscaria, portanto, atingir um equilíbrio sistêmico entre os setores regulados a partir de uma visão prospectiva e por meio de decisões tecnicamente embasadas, reduzindo o escopo da discricionariedade administrativa pura⁵.

Sendo assim, o argumento das capacidades institucionais⁶ é utilizado com frequência para justificar a alocação do poder decisório em matéria regulatória na instituição mais propícia à regulação. Assim, a noção de “capacidade institucional” de uma instituição estaria atrelada aos seus méritos comparativos – empiricamente informados – para a tomada de decisão em casos nos quais a matéria estaria no âmbito de competência de mais de uma instituição ou nos quais há problemas cujas soluções encontradas por uma instituição afetarão objetivos compartilhados por outras instituições⁷.

Com base nisso, pode-se ter argumentos inter e intrainstitucionais, que dizem respeito, respectivamente, a qual instituição deve decidir determinada questão e sobre como a própria decisão deve ser tomada. Nesse sentido, recursos financeiros, de logística e de pessoal se mostram importantes para que a escolha regulatória possa ser feita com base em informações o mais corretas e

4 V. GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 280.

5 V. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 75.

6 Sobre o tema cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan law review**, v. 101, fev. 2003, p. 885-951.

7 V. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando, O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 15, jan-jun. 2011. Sobre alguns desafios na aplicação prática do argumento das capacidades institucionais por tomadores reais de decisão cf. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016.

completas possível, a fim de se reduzir a incerteza. A especialização (ou auxílio técnico) também é relevante para que se possa acessar devidamente as informações existentes e realizar escolhas regulatórias devidamente embasadas tecnicamente, haja vista que há matérias regulatórias intimamente relacionadas a uma área de conhecimento específica.

Assim, há situações em que a regulação depende do acesso prévio a questões que, muitas vezes, não podem ser propriamente acessadas por aqueles que não são peritos na área e/ou em um tema específico⁸. E juristas, apesar de terem experiência na sua área de atuação e de serem especialistas no Direito, são leigos em matérias técnico-científicas conexas à regulação. Ainda que possam ter atuação habitual em determinada área – existindo, inclusive, Varas especializadas –, em função de ausência de formação específica, não podem ser considerados especialistas no sentido ora empregado. Isto é, juristas não são técnicos ou cientistas, mantendo uma competência epistêmica limitada para tratar de alguns temas complexos que envolvam outras áreas que não o Direito. Justamente por isso é que, por vezes, juízes demandam auxílio técnico para que tomem uma decisão de forma melhor embasada. E considera-se importante que a regulação se baseie na tecnicidade das escolhas regulatórias, além da especialização dos ramos jurídicos em subsistemas⁹. Dentre outras razões, é isso que justifica a tomada de decisão por entidades especializadas responsáveis pela regulação de determinado setor¹⁰.

8 Cabe ressaltar que em função da ausência de formação técnica na área do conhecimento relevante (e experiência na matéria em questão), a competência do leigo para analisar diferentes teorias e estudos científicos é limitada. E as próprias circunstâncias fáticas relacionadas ao setor objeto de regulação, por vezes, apenas podem ser propriamente identificadas e/ou reconhecidas como significativas em função da expertise do regulador. Em outras palavras, pode-se dizer que algumas questões fáticas apenas podem ser compreendidas na sua totalidade por especialistas, que, por terem uma formação específica, bem como experiência naquele campo de atuação, são capazes de identificar aspectos relevantes que poderiam não ser notados ou compreendidos por um leigo. V. DWYER, Déirdre. **The Judicial Assessment of Expert Evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 90.

9 V. GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 93. Cabe destacar que é preciso ter o devido cuidado para que isso não se desenvolva uma "tecnocracia", haja vista que não é porque um assunto é técnico que isso deve blindar o regulador de um controle democrático dos seus atos, ainda que se possa entender que em uma democracia podem haver espaços não democráticos.

10 Segundo Sérgio Guerra, a criação de agências reguladoras teve por objetivo isolar nas funções administrativas as atribuições de caráter eminentemente técnico, evitando a orientação por juízos políticos ou burocráticos, mantendo-se equidistante dos interesses em questão. V. GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 280.

Todavia, de tal ideal teórico, não se extrai que as escolhas regulatórias feitas por órgãos reguladores são, na prática, sempre ou necessariamente boas em termos absolutos ou mesmo melhores do que as feitas pelo Judiciário quando este detém auxílio técnico. Em uma área como a regulação ambiental em que não há a centralização regulatória em uma agência reguladora composta de profissionais especializados com experiência na área e visão ampla/conhecimento do setor regulado, isso pode ser especialmente evidente¹¹.

Apesar de se concordar com a ideia de que, à primeira vista, o regulador teria maior capacidade institucional que o Judiciário em termos regulatórios e de se compreender os diversos efeitos negativos que um controle judicial intenso das decisões regulatórias (postura não deferente) pode ocasionar em alguns casos¹², a proposta deste artigo é problematizar tais questões face a um possível despreparo do próprio regulador para lidar com o setor a ser regulado. Isso, principalmente em função de que uma maior ou menor capacidade institucional; que não deve ser presumida, mas medida a partir de dados empíricos.

Se, por um lado, o desenho institucional pode favorecer maior capacidade de uma instituição para tratar de determinados temas, quando se tem agências desestruturadas (ou mesmo a ausência de um órgão regulador nas circunstâncias em que este seria importante – autorregulação insuficiente ou não regulação descabida), pode-se ter uma inversão dos papéis inicialmente conferidos às instituições no que diz respeito a qual tem mais condições para decidir com embasamento técnico-científico adequado. E isso é especialmente importante para que se evite a idealização de

11 Quanto às deficiências de órgãos reguladores em geral no que diz respeito ao seu corpo técnico, ressalte-se que estudo recente da FGV Direito SP apontou diversas falhas na nomeação de dirigentes para as agências reguladoras. Tal dado pode levar ao questionamento do rigor científico das análises realizadas por estes órgãos. Isso porque, segundo o estudo, a expertise técnica dos dirigentes é questionável, tendo apenas 58% deles trajetória profissional conexa com a função que ocupam. V. SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coords.). Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva. **FGV Direito SP**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

12 Eduardo Jordão, por exemplo, aponta que um controle judicial intenso compromete a intervenção regulatória, o que deteriora a legitimidade do regulador, gera desconfiança nos investidores do setor regulado e traz riscos à dinâmica e à coerência regulatória. Sobre o tema cf. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 146 et seq.

quaisquer instituições como necessariamente mais/menos aptas a decidir. Diante dessas circunstâncias, a questão central sobre a qual deve-se refletir é se é desejável que o Judiciário tenha o mesmo grau de deferência ao órgão regulador nos casos em que esteja evidente a deficiência grave de condições institucionais para o exercício da regulação.

Em matéria ambiental, o modelo de governança regulatória adotado no Brasil traz alguns desafios à delimitação da intensidade do controle judicial. Diante disso, este artigo objetiva contribuir para um debate a respeito da noção de controle judicial deferente em matéria ambiental face às limitações institucionais dos órgãos reguladores. A hipótese ora levantada é a de que se, em tese, o Judiciário deveria evitar se imiscuir em questões técnico-científicas que demandem uma expertise especial, devendo atuar de forma deferente às decisões do regulador em grande parte dos casos; quando este não possui a necessária capacidade institucional para promover a regulação, tal deferência parece ter parte da sua justificação esvaziada. Isto é: deveria o Judiciário ter o mesmo grau de deferência às decisões regulatórias nos casos em que o órgão regulador não dispõe dos meios suficientes para realizar devidamente as análises cabíveis? Tal situação se torna ainda mais problemática quando o próprio Judiciário não tem como avaliar se de fato as análises feitas pelo órgão regulador estão tecnicamente embasadas. Há, portanto, um problema de primeira ordem: se o regulador é capaz de realizar as análises técnicas cabíveis; e um problema de segunda ordem: se o Judiciário é capaz de avaliar propriamente se as decisões do regulador foram adequadamente embasadas em termos técnicos.

2. Problemas de um controle judicial intenso

Conforme já destacado, é esperado (ao menos em teoria) que os órgãos reguladores tenham melhores condições institucionais do que o Judiciário para tratar de questões regulatórias. Em função desta expectativa – afinal, os órgãos reguladores foram criados justamente para promover a regulação –, cria-se um modelo de deferência judicial baseado, entre outros fatores, na expertise institucional. Mas, afinal, quais são os problemas atrelados a um

controle judicial intenso na regulação de dado setor? Quais as diferenças entre uma decisão pelo Judiciário e pelo regulador? Para que seja possível apresentar reflexões a respeito do grau de intensidade do controle judicial – aqui aplicado à matéria ambiental –, antes é preciso identificar as características institucionais do Judiciário frente às dos órgãos reguladores.

Conforme a análise de Jordão¹³, os tribunais teriam como aspectos predominantes o conhecimento jurídico e uma competência genérica em função da atuação nas mais diversas áreas, lidando com determinadas questões técnico-científicas apenas incidentalmente. A administração, por outro lado, seria formada por entidades especializadas que tomariam decisões técnicas dentro do âmbito da sua expertise.

Cabe lembrar que, conforme já mencionado neste artigo, é evidente que o Judiciário possui diversos órgãos específicos para lidar com determinadas matérias, o que permite uma habitualidade e especialização. Todavia, sua expertise permanece (como deve ser) na área do Direito. Além disso, este obtém as informações a partir dos dados levados pelas partes aos autos em casos específicos. E nas circunstâncias em que juízes precisam decidir casos que envolvem matérias técnico-científicas de forma incidental, contam com o devido auxílio técnico. Em diversos casos, o problema está, no entanto, não na ausência de informações, mas nas próprias respostas jurídicas fornecidas para lidar com questões fáticas quando se tem acesso a apenas uma visão parcial do setor a partir do caso discutido no processo.

Por este motivo, conclui-se que os tribunais deveriam ter uma atuação deferente de forma geral (ainda que isso dependa de uma avaliação empírica), haja vista que possuem uma adaptação institucional reduzida para a regulação. Isso porque estes têm (ou ao menos deveriam ter) uma habitualidade menor do que a do regulador na decisão de matérias regulatórias e não foram criados e desenhados para lidar com questões que exijam tal especialização técnica e dinamismo. Assim, haveria uma inadaptabilidade

13 Cf. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016, p. 131 et. seq.

institucional dos tribunais em função da sua ausência de expertise institucional e da natureza formal de sua atuação¹⁴.

Na prática, pode-se constatar, entretanto, que esta inadaptação talvez seja menor do que a do próprio regulador. Todavia, quando os tribunais adotam uma postura de controle judicial intenso, ou seja, quando efetivamente regulam a matéria, isso pode ocasionar diversos problemas. Segundo Jordão, haveria duas formas de regulação por meio do Poder Judiciário: positiva e negativa. A regulação positiva se daria nas circunstâncias em que os tribunais detêm poder de substituição das medidas regulatórias. Já a negativa, nos casos em que o tribunal prescreve ou anula determinada medida por entendê-la contrária ao Direito ou molda as opções regulatórias possíveis, reduzindo o leque de alternativas à disposição do regulador¹⁵.

E, diante de uma inadequação objetiva e subjetiva dos tribunais para a regulação (em função do próprio desenho institucional), a autorrestrrição judicial seria desejável em muitos casos. Mas no que consistiria tal inadequação? Segundo Jordão, a inadequação objetiva se dá em função dos desafios inabituais, prospectividade e multipolaridade das decisões regulatórias. Isso porque, em primeiro lugar, os tribunais não estão habituados a tratar de problemas próprios da regulação. Ao menos não no mesmo grau do regulador. Por um lado, a atuação judicial típica envolve a solução de uma controvérsia meramente bipolar e um raciocínio retrospectivo. Isto é, aplicar o Direito a fatos pregressos, cuja ocorrência as partes buscam demonstrar ou negar. Por outro, a regulação frequentemente envolve análises prospectivas (por exemplo, prever os efeitos de medidas governamentais ou operações empresariais no mercado considerado) e a solução de questões multipolares (ponderação/balanceamento de múltiplos interesses contrapostos, de modo a conferir equilíbrio técnico e democrático ao setor regulado)¹⁶.

Já a inadequação subjetiva se justificaria à medida que os tribunais não foram criados e desenhados para regular matérias que

14 V. *Ibid.*, p. 140.

15 *Ibid.*, *passim*.

16 V. *Ibid.*, p. 131-139.

exigem grande especialização técnica e dinamismo, mas para eventualmente revisar decisões regulatórias, estando também o regulador sujeito a um controle de adequação das medidas adotadas às definições jurídicas. E, justamente por conta da sua função, espera-se que a expertise técnico-científica do Judiciário na matéria não jurídica envolvida na questão a ser julgada no processo seja menor do que a do regulador. Por isso mesmo, o modelo institucional deveria promover maior aparelhamento técnico, financeiro e de pessoal para o regulador do que para o Judiciário. Garantir-se-ia, assim, que aquele teria os meios necessários para promover análises técnicas detalhadas e cuidadosas sobre os alcances de determinada medida regulatória. Os tribunais deveriam lidar com menos frequência com a matéria específica objeto da ação, tendo uma atuação mais genérica, incidente sobre vários setores da economia¹⁷.

Um terceiro aspecto importante seria a natureza formal de sua atuação. Tribunais detêm iniciativa regulatória limitada (“inércia jurisdicional”), dependendo da provocação das partes para atuar. E isso poderia comprometer sua adaptabilidade regulatória. Estes têm ainda acesso regrado às informações relevantes, uma vez que o acesso das partes aos tribunais pode ser custoso (não apenas em termos de recursos, mas também de outros fatores, como o tempo), e mais formalizado e complexo, o que faz com que os tribunais tenham acesso limitado, segmentado e incompleto às questões regulatórias, comprometendo sua visão global da complexidade regulatória do setor. O seu dinamismo também é reduzido por causa da lentidão do processo em função das regras de proteção ao direito de defesa e contraditório, que se contrapõem à exigência de soluções quase imediatas em função da dinâmica dos mercados¹⁸.

Assim, um controle judicial intenso poderia ser prejudicial. Segundo Jordão¹⁹, tal tipo de controle compromete a intervenção regulatória, deteriorando a legitimidade do regulador (enfraquecimento), o que gera desconfiança nos investidores do setor regulado em questão, trazendo riscos à dinâmica e coerência regulatória. Um controle deferente, por outro lado, tenderia a desincentivar a propositura de

17 Ibid., p. 140-157.

18 Cf. Ibid., p. 146 et. seq.

19 Cf. Ibid., p. 149-158.

novas contestações judiciais. Nesse sentido, o autor destaca que os riscos à coerência regulatória seriam os seguintes: (i) a intervenção judicial desconsidera relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa; e (ii) a intervenção judicial produz a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico.

A referida fragmentação substancial ocorre porque a autoridade reguladora pode entender que um determinado objetivo social será mais eficientemente atingido/fomentado por meio da implementação conjunta de medidas regulatórias, enquanto que os tribunais podem anular/modificar apenas uma delas, comprometendo a eficácia global da política e forçando a autoridade a modificar seu programa regulatório.

Já a fragmentação geográfica se faz presente em função da pluralidade de centros decisórios do Poder Judiciário quando em comparação à concentração decisória de uma autoridade reguladora. Decisões por tribunais diferentes, com aportes regulatórios dissemelhantes levam a um comprometimento da eficácia da regulação. Especialmente, considerando-se que os tribunais detêm informações incompletas, sendo difícil entender quais as opções efetuadas pelo regulador e sua interferência na coerência da política regulatória setorial e que caso os tribunais não se contentem com a verificação de razoabilidade das decisões administrativas, sob o pretexto da “aplicação da legislação”, podem desconsiderar as complexidades subjacentes e impor suas próprias decisões²⁰.

Os riscos à dinâmica regulatória, por sua vez, consistiriam na: (i) suspensão liminar de decisões administrativas (após o longo processamento judicial, a decisão regulatória em questão pode já ter perdido a utilidade, ainda que seja reestabelecida); e (ii) ossificação do procedimento administrativo em função de exigências judiciais (agências forçadas a despenderem recursos significativos para acautelarem-se contra revisões judiciais), o que leva a uma paralisação da ação administrativa (não vale a pena promover determinado tipo de regulação) e a um incentivo para a manutenção artificial do *status quo*²¹.

20 Cf. *Ibid.*, p. 156 et. seq.

21 *Ibid.*, p. 158-164.

Nesse sentido, Jordão sugere que frente a decisões tecnicamente complexas o controle judicial deveria ser deferente em função da inadequação objetiva e subjetiva dos tribunais para regulação, devendo-se considerar o prejuízo que a intervenção judicial provocaria na política regulatória da autoridade administrativa. O objetivo geral deve ser o de se alocar poder decisório para as instituições mais adaptadas a tomar uma dada decisão, tendo em vista sua natureza, levando-se em conta que a intervenção judiciária não é “natural” e que para a multiplicidade de problemas sociais existentes deve haver uma multiplicidade de formas de estruturação das instituições²².

Posner²³ também estabelece uma diferenciação entre a regulação administrativa e a litigância judicial no contexto norte-americano (que serviu de inspiração para o modelo regulatório brasileiro)²⁴. Enquanto que a primeira utiliza formas de controle *ex ante* (preventivo), trabalha em geral com regras, conta com *experts* para desenhar e implementar regras e detém mecanismos públicos de coação, a segunda se utiliza de meios *ex post* (corretivos), trabalha em geral com *standards*, é uma área dominada por generalistas (juízes, jurados, advogados) – ainda que possa haver auxílio de peritos – e trata de ações civis privadas (decisão tomada pelo poder público). A partir disso, o autor apresenta os prós e contras das agências e do Judiciário.

Os prós das agências²⁵ seriam o fato de que são instituições especializadas, o que facilitaria o desenvolvimento de expertise em determinadas questões técnico-científicas; de que normalmente possuem um grande corpo técnico e poderes flexíveis; não estão vinculadas a precedentes; seus agentes teriam maior legitimidade política em função da ausência de mandatos vitalícios e maior possibilidade de atuar de forma mais “ativista” e demonstrar continuidade com as políticas definidas previamente. Juízes, por outro lado, seriam mais resistentes à inovação.

22 Ibid., p. 164-166.

23 Cf. POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): na analytical framework. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13.

24 Sobre a influência norte-americana no modelo regulatório brasileiro cf. GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 383-389.

25 Cf. Ibid., p. 19.

Os pontos negativos da tomada de decisão por agências seriam, entretanto, que estas são mais sujeitas a pressões de grupos de interesses em função do menor insulamento do processo político em comparação aos juízes, ampliando as hipóteses de “captura”²⁶. Além disso, a execução de políticas regulatórias válidas é por vezes impedida pela dependência dos reguladores e pelas informações fornecidas pelas entidades reguladas. A burocracia inerente às agências também se mostra problemática.

Para Posner²⁷, os tribunais, por outro lado, teriam como pontos positivos o fato de serem relativamente imunes a pressões de grupos de interesses, menos burocráticos, descentralizados e “semiprivatizados” (em função do papel de destaque dos advogados das partes). Além disso, estes trazem uma perspectiva externa às questões e, por serem generalistas, seriam menos propensos a se identificar com determinadas políticas, trazendo uma abordagem mais balanceada do que a dos reguladores. O autor ressalta ainda que os juízes detêm maior prestígio, melhores condições de trabalho, melhores salários, benefícios, estabilidade e autonomia, o que resultaria em uma maior qualidade dos ocupantes dos cargos do Judiciário do que o dos órgãos reguladores.

Já os aspectos negativos da tomada de decisão envolvendo aspectos regulatórios pelo Judiciário seriam a falta de conhecimento técnico especializado, corpo técnico limitado, recursos limitados para investigação, procedimentos antiquados e pesados, compromisso com a criação de regras, demora em responder a problemas sociais sérios e inércia jurisdicional. Tais seriam impedimentos à regulação eficaz, especialmente quando esta envolve questões técnicas.

Apesar de não estar claro se de fato todas as características supracitadas são aplicáveis à realidade brasileira – sendo questionável se juízes são realmente mais resistentes à inovação e menos

26 Sobre as teorias de captura e grupos de interesse cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**. Theory, Strategy, and Practice. 2. ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012, p. 40-49 e STIEGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3003160?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 20 set. 2017.

27 Cf. POSNER, Richard A., op. cit., p. 20.

ativistas ou se o contraditório e a ampla defesa também não seriam uma preocupação no âmbito da administração, por exemplo –, entende-se que o Judiciário não é (ou ao menos não foi desenhado para ser) a instituição mais adequada para promover a regulação. E, frente às limitações do Judiciário, seria de se esperar que outras instituições tivessem mais condições de oferecer respostas regulatórias melhores do que as dos juízes – que deveriam se ater às questões jurídicas. Isto é, que a falta de capacidade institucional do Judiciário justificasse a sua atuação mais autocontida em circunstâncias em que se demande expertise técnica²⁸.

Entretanto, na prática brasileira, nem sempre é isso o que ocorre. Tal parece ser ao menos o caso da regulação ambiental. Em outras palavras, observa-se que, por um lado, é certo que o Judiciário não possui condições necessárias (em termos de recursos, especialização técnico-científica e informações) para realizar adequadamente a regulação. Por outro, pode ser que os órgãos reguladores ambientais tenham alguns problemas similares, o que precisaria ser corrigido. Caso contrário, a justificativa para uma atuação deferente pelo Judiciário perde parte da sua força.

3. Modelo brasileiro de regulação ambiental

No que diz respeito à regulação ambiental, para que se possa refletir acerca da intensidade de controle judicial a ser adotada, é preciso antes tomar conhecimento do cenário regulatório existente no Brasil hoje.

O modelo de regulação ambiental no Brasil tem como característica a ausência de um órgão regulador central. A Lei nº 9.638/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)²⁹ criou o Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), (art. 6º), e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), (art. 8º). O primeiro é composto por diversos órgãos e autarquias responsáveis pela

28 V. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 7, jan-jun. 2011.

29 BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 3 de ago. de 2017.

regulação, normatização, controle e fiscalização em matéria ambiental. O segundo tem como principais funções a deliberação e normatização dos padrões de qualidade ambiental³⁰.

Além disso, a Lei nº 7.735/89³¹ foi a responsável pela criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), (art. 2º), concentrando as funções das antigas entidades existentes em um único órgão³² com poder de polícia ambiental, funções executivas, de consentimento, fiscalização e sanção. O Conama e o Ibama são órgãos vinculados ao Ministério do Meio Ambiente, que, com função gerencial, delega ao Conama a regulação (normativização) propriamente dita e ao Ibama, o controle e a fiscalização do cumprimento das políticas do Conama na área ambiental. Sendo assim, em linhas gerais, uma espécie de agência ambiental brasileira seria formada pela combinação das competências do Conama e do Ibama³³. Todavia, tais órgãos não são dotados da mesma autonomia e independência que gozam as agências reguladoras brasileiras em geral. Isso porque, conforme já ressaltado, estão vinculados ao Ministério do Meio Ambiente³⁴.

Uma outra questão que também pode afetar a qualidade da regulação produzida diz respeito ao fato de que nem sempre é exigido que os reguladores possuam formação técnica³⁵. Isto é, os responsáveis pelas políticas públicas em matéria ambiental

30 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação ambiental. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 322-323.

31 BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989**. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7735.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.

32 As antigas entidades responsáveis pela regulação ambiental eram as seguintes: Superintendência da Borracha (Sudhevea), Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (Sudepe), Secretaria Especial do Meio Ambiente (Sema) e Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).

33 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha, op. cit., p. 337.

34 Sobre a autonomia e independência das agências reguladoras v. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239-300.

35 Em algumas circunstâncias, exige-se apenas Ensino Superior, por exemplo, sem especificar a área de formação. Para citar alguns exemplos, pode-se consultar os últimos editais de concursos públicos realizados para o provimento de cargos no âmbito do Ministério do Meio Ambiente disponíveis em: <<http://www.mma.gov.br/o-ministerio/concursos-publicos/item/830>>; <<http://www.mma.gov.br/o-ministerio/concursos-publicos/item/831>>; <<http://www.mma.gov.br/o-ministerio/concursos-publicos/item/9556>>; e <<http://www.mma.gov.br/o-ministerio/concursos-publicos/item/10314>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

não são necessariamente especialistas na área, o que pode ocasionar conflitos de interesse entre o governo, a iniciativa privada (setores produtivos) e associações de proteção ambiental. Em função disso, os critérios utilizados sofrem constantes questionamentos em nível constitucional³⁶.

A sensação de insegurança jurídica e de falta de efetividade das políticas ambientais também podem se dar em função da fragmentação institucional em matéria de regulação ambiental³⁷. Apesar de a concentração regulatória no Ibama ter representado um avanço para a época em que este foi criado, conforme aponta Sampaio, o movimento posterior foi o inverso, levando à criação de órgãos/autarquias conforme os diversos assuntos que envolvem a proteção do meio ambiente. A inexistência de um modelo de Estado Regulador aliada à falta de conhecimento científico sobre os elementos que integram o meio ambiente, suas relações e impactos impossibilitaram que a regulação ambiental se adaptasse a um novo paradigma³⁸.

E, em função da “fragmentação de poderes e da inexistência das garantias funcionais inerentes a uma autarquia de regime especial, o modelo institucional de regulação ambiental parece ter produzido ineficiências e comprometido a efetividade de determinadas políticas públicas³⁹”. A mencionada insegurança jurídica, por sua vez, também pode se mostrar extremamente prejudicial à regulação, ocasionando diversas falhas e levando possivelmente ao desenvolvimento de um “ativismo principiológico” pelos operadores do Direito. Ativismo este que pode ampliar o próprio controle judicial de escolhas regulatórias. O mesmo pode se dizer de deficiências na infraestrutura dos órgãos reguladores.

Também é possível observar diversas ineficiências regulatórias, que podem levar à baixa efetividade de políticas ambientais, o que, em parte, pode ser uma possível explicação para que se tenha um maior ativismo judicial. Em outras palavras, é plausível

36 Cf. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha, *op. cit.*, p. 337.

37 *Ibid.*, p. 338.

38 *Ibid.*, p. 324.

39 *Ibid.*, p. 324-325.

supor que o Judiciário busque dar efetividade a políticas ambientais a partir de decisões em casos concretos diante da sensação de que os órgãos reguladores não conseguem fazê-lo propriamente. E, evidentemente, tal postura judicial pode comprometer a regulação em diversos aspectos, ocasionando falhas regulatórias, conforme já citado.

Diante dessas circunstâncias, pode-se questionar se fatores como (i) estrutura regulatória, (ii) cultura jurídica e (iii) natureza da matéria têm influência na abordagem mais ou menos deferente do Judiciário em determinadas circunstâncias, bem como se eles *deveriam* justificar tal conduta mais ou menos autocontida. Isto é, caso os órgãos reguladores ambientais fossem bem estruturados, o Judiciário seria mais deferente? O Judiciário tende a ser mais deferente em razão da matéria? Há uma propensão maior à deferência em determinadas matérias, como quando se trata de regulações do Banco Central, por exemplo, do que quando se trata de matéria ambiental? Haveria um ativismo judicial maior nestes casos? Além disso, em Estados cujos órgãos ambientais são mais estruturados, a deferência é maior? Há justificativa adequada para tais condutas? Apesar de este artigo não objetivar apresentar respostas a essas perguntas, elas se mostram relevantes para que se possa pensar sobre variáveis que podem exercer um impacto em uma variação de grau nos níveis de deferência judicial em situações concretas.

E, frente a um ativismo judicial, é importante que se amplie a eficiência regulatória, o que pode estar relacionado à necessidade de se promover melhorias no atual modelo institucional brasileiro, realizando mudanças capazes de garantir maior efetividade às normas ambientais. Frente a isso, diversas propostas de reformulação do modelo regulatório brasileiro em matéria ambiental são apresentadas. Sampaio, por exemplo, sugere que se fortaleça o Ibama e demais órgãos/autarquias com função regulatória nas esferas federal, estadual e municipal. A proposta do autor está baseada em dois pilares:

extinção do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama); (2) criação de Agência Nacional de Proteção Ambiental (Anpa), incorporando o quadro técnico de todos os órgãos e autarquias com

atribuição ambiental e dotando-a das características inerentes a essa entidade, em especial: (i) decisão por diretoria colegiada; (ii) conferência de mandato e estabilidade aos diretores durante sua vigência, com vedação à exoneração imotivada; e (iii) vedação explícita a recurso hierárquico impróprio na esfera administrativa⁴⁰.

Segundo o autor, tal modelo de concentração regulatória em uma única agência garantiria a participação pública e controle social dos processos deliberativos e diminuiria o custo de transação para o setor privado⁴¹. Por outro lado, tais mudanças precisariam ser amplamente debatidas e cuidadosamente avaliadas, devendo-se analisar se a criação de uma única agência ambiental seria um modelo adequado. Isso, considerando-se se tal proposta levaria a uma concentração excessiva de poder e se a fragmentação regulatória é realmente danosa, haja vista que, apesar da perda em coordenação, esta também poderia garantir uma maior *accountability* ao desmembrar normatização e fiscalização.

Porém, mais do que analisar se a referida proposta é adequada ou discutir outras possibilidades, o objetivo deste artigo é o de ressaltar que, sem a ocorrência de uma reforma do modelo de governança em matéria ambiental, diversos problemas continuarão presentes. Especialmente, uma possível primazia de questões políticas sobre técnicas e a deficiência em termos de infraestrutura, de verbas e pessoal se apresentam atualmente como graves obstáculos à realização de análises regulatórias e fiscalização adequadas⁴².

40 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha, op. cit., p. 344. Sobre o tema da reforma do modelo institucional de regulação ambiental v. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 237-251.

41 Cf. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Regulação ambiental. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 344-345.

42 Notícias denunciando a situação são frequentes. Alguns exemplos de cortes e falta de verbas estão disponíveis em: TEMER corta mais do meio ambiente que Trump. **Observatório do clima**. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/ministerio-do-meio-ambiente-perde-51-da-verba-apos-corte/>>. Acesso em: 3 ago. 2017. BRAGANÇA, Daniela. Governo corta 43% do orçamento do Ministério do Meio Ambiente. **Oeco**. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/governo-corta-43-do-orcamento-do-ministerio-do-meio-ambiente/>>. Acesso em: 3 de ago. de 2017. QUEIMADAS e desmatamentos avançam; Ibama não tem verba. **Centro de estudos em sustentabilidade FGV EAESP**. Disponível em: <<http://gvces.com.br/queimadas-e-desmatamentos-avancam-ibama-nao-tem-verba?locale=pt-br>>. Acesso em: 3 ago. 2017. Com menos verbas para o combate, desmatamento na Amazônia sobe 29%. **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/com-menos-verbas-para-combate-desmatamento-na-amazonia-sobe-29-20565854>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

E, em muitos casos, o Judiciário acaba por se deparar com decisões dos órgãos reguladores sem que sequer se tenha parâmetros adequados da sua qualidade técnica em função de uma necessidade se ampliar tanto a capacidade regulatória do regulador (corpo técnico/especialização) quanto a sua técnica regulatória (modelos para informar a tomada de decisão). Isso porque, se não se puder confiar nas análises feitas pelo regulador, como justificar um grau alto de deferência do Judiciário?

4. Conclusão

Se, por um lado, é certo que o Judiciário possui diversas limitações, não devendo caber idealmente a ele a tomada de decisão regulatória, observa-se que os órgãos reguladores em matéria ambiental também precisam ser reestruturados. Caso se permaneça com o atual modelo de governança regulatória na seara ambiental, pode-se concluir que a tomada de decisão judicial talvez não seja tão menos embasada em termos técnico-científicos do que a decisão regulatória quanto poder-se-ia pensar à primeira vista.

Com problemas relativos a recursos financeiros, de logística e de pessoal; insuficiência (ou falta) de especialização técnica dos reguladores e politização da regulação, talvez a diferença de adequação das instituições a tomada de decisão regulatória seja uma questão de grau.

Diante disso, muitas vezes, o Judiciário se vê em uma encruzilhada, pois, se de fato não é a instituição ideal para a promoção da regulação em casos que envolvam aspectos técnico-científicos em matéria ambiental, não parece claro qual instituição teria condições suficientes para tanto. E, em última análise, exige-se que se tome uma decisão, cabendo muitas vezes tal papel ao Judiciário, o que reforça a sensação de uma urgência em se reformular o modelo brasileiro de regulação ambiental e o conexo enfraquecimento da justificativa de uma atuação autocontida do Judiciário – chamado a decidir –, enquanto o próprio regulador não detiver as condições necessárias para cumprir sua função institucional.

5. Referências

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan-jun. 2011.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice**. 2. ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012.
- BRAGANÇA, Daniela. Governo corta 43% do orçamento do Ministério do Meio Ambiente. **Oeco**. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/governo-corta-43-do-orcamento-do-ministerio-do-meio-ambiente/>>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- _____. Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7735.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- COM menos verbas para o combate, desmatamento na Amazônia sobe 29%. **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/com-menos-verbas-para-combate-desmatamento-na-amazonia-sobe-29-20565854>>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- DWYER, Déirdre. **The Judicial Assessment of Expert Evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos em el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- _____. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 383-389.
- HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 72, n. 1, p. 1-24, 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss1/2/>>. Acesso em: 26 out. 2016.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

- JORGE, Álvaro Palma de. Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: os parâmetros do direito americano. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016.
- NICOLI, Ricardo Luiz. Discricionariedade e integração de conceitos jurídicos indeterminados: os limites do controle positivo das questões técnicas complexas pelo Poder Judiciário. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Transformações do Estado e do direito**: novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- NUNES, Ricardo Dutra. A jurisprudência norte-americana sobre o controle judicial dos atos regulatórios e o princípio da deferência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.
- POSNER, Richard A. Regulation (agencies) versus litigation (courts): na analytical framework. In: KESSLER, Daniel P. (ed.). **Regulation Versus Litigation**: Perspectives from Economics and Law. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- QUEIMADAS e desmatamentos avançam; Ibama não tem verba. Centro de estudos em sustentabilidade FGV EAESP. Disponível em: <<http://gvc.es.com.br/queimadas-e-desmatamentos-avancam-ibama-nao-tem-verba?locale=pt-br>>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coords.). Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva. **FGV Direito SP**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental**: doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011.
- _____. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- _____. Regulação ambiental. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- STIEGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3003160?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 20 set. 2017.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan law review**, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.
- TEMER corta mais do meio ambiente que Trump. **Observatório do clima**. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/ministerio-do-meio-ambiente-perde-51-da-verba-apos-corte/>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

A economia do compartilhamento como possível solução para a ociosidade dos bens públicos no Brasil

Pedro de Hollanda Dionisio

12

A economia do compartilhamento como possível solução para a ociosidade dos bens públicos no Brasil

Pedro de Hollanda Dionisio¹

Resumo

O presente artigo trata da contradição entre a ociosidade dos bens públicos no Brasil e a permanente demanda da Administração em adquirir ou alugar bens de particulares. Diante disso, o trabalho indica que o Estado pode se aproveitar da economia do compartilhamento, já amplamente utilizada pela iniciativa privada, para tornar a administração de seus bens mais racional e sustentável. Apresenta, assim, uma proposta concreta de criação de uma plataforma tecnológica de compartilhamento de bens públicos. Após, analisa sua viabilidade jurídica frente ao ordenamento brasileiro atual. A utilização da economia colaborativa promete trazer diversos benefícios de ordem econômica e não econômica ao Estado. Para que seja devidamente aproveitada, porém, é preciso melhorar a governança digital do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Direito administrativo. Economia do compartilhamento. Bens públicos. Ociosidade.

Abstract

This article deals with the contradiction between the idleness of government goods in Brazil and the State's permanent demand for acquiring or renting from private companies. Thus, this paper indicates that the State can take advantage of the sharing economy, widely used by private companies, to make the management of its goods more rational and sustainable. It thus presents a concrete proposal for the creation of a technological platform for sharing government goods. Then, it analyzes whether the proposed system conflicts with Brazilian legal requirements. The use of sharing economy promises to bring various economic and non-economic

¹ Procurador do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

benefits to the State. To this end, however, digital governance of Brazilian State must be improved.

Keywords: Administrative Law. Sharing Economy. Government goods. Idleness.

1. Introdução

Os dados disponíveis sobre a ociosidade dos bens públicos no Brasil são alarmantes. A União tem, atualmente, mais de dez mil imóveis totalmente desocupados em todo país e no exterior. Outros milhares de bens, móveis e imóveis, de propriedade dos diferentes entes que compõem a federação brasileira, encontram-se total ou parcialmente inutilizados.

Ao mesmo tempo, é sabido que o Poder Público, para suprir sua permanente demanda, dispende todos os anos parcela relevante de seu orçamento com a aquisição e locação de bens de particulares, como imóveis, veículos oficiais, materiais de escritório, dentre outros produtos.

Diante de tal cenário, como solucionar essa evidente contradição entre a ociosidade do amplo patrimônio público e a constante necessidade da Administração em adquirir ou alugar novos bens?

Uma ferramenta que promete ser útil ao Poder Público para atenuar o problema é a chamada economia colaborativa, modelo de organização econômica que aposta no compartilhamento de bens e serviços em grande escala como forma de tornar sua exploração mais sustentável e racional.

Embora comumente utilizada no mundo dos negócios por grandes e pequenas *startups*², a *sharing economy* promete auxiliar também a Administração Pública a racionalizar a gestão de seus numerosos bens e, com isso, trazer benefícios de natureza econômica e social.

2 *Startups* podem ser definidas, em breve síntese, como novas empresas de tecnologia que buscam desenvolver soluções inovadoras ao mercado em negócios escaláveis. Sobre a utilização da economia do compartilhamento não apenas por *startups*, mas também por empresas tradicionais, ver BOTSMAN, Rachel. *Sharing's Not Just for Start-Ups*. **Harvard Business Review**. Disponível em: <<https://hbr.org/2014/09/sharings-not-just-for-start-ups>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

É no que aposta o presente artigo, a partir de uma sugestão concreta: a criação de uma plataforma tecnológica de compartilhamento em larga escala de bens públicos, envolvendo órgãos e entidades estatais de diferentes unidades federativas.

2. A contradição entre a ociosidade dos bens públicos e os vultosos gastos da Administração com aquisição e locação de bens de particulares

O Estado brasileiro é proprietário de numerosos bens que, embora em plenas condições de uso, não são destinados a qualquer tipo de função. Tratam-se dos chamados bens públicos ociosos³.

É comum a existência de bens de propriedade tanto da União quanto de Estados e Municípios que não são aproveitados para a prestação de serviços públicos ou para o exercício de quaisquer outras atividades administrativas, tampouco cedidos a particulares para fins econômicos ou sociais.

De acordo com recentes informações fornecidas pelo Ministério do Planejamento ao *site* jornalístico BBC Brasil, somente a União Federal possui, atualmente, mais de dez mil imóveis totalmente desocupados no Brasil e no exterior, entre salas e prédios comerciais, residências, terrenos e galpões⁴.

Embora inexistam dados específicos a respeito, é possível intuir que os demais entes federativos são donos de outros milhares de imóveis sem qualquer destinação. Sinal disso é que, mesmo nas duas cidades mais populosas do Brasil, Rio de Janeiro e São Paulo⁵, – nas quais a demanda e o déficit por moradia são

3 O Decreto Federal nº 99.658/90, que regulamenta, no âmbito da União, o reaproveitamento de materiais inservíveis, define de forma semelhante os chamados "materiais ociosos", conforme seu art. 3º, parágrafo único, "a)": "O material considerado genericamente inservível, para a repartição, órgão ou entidade que detém sua posse ou propriedade, deve ser classificado como: a) ocioso - quando, embora em perfeitas condições de uso, não estiver sendo aproveitado"; grifou-se.

4 Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41719519>>. Acesso em: 30 out. 2017.

5 A informação é retirada do seguinte estudo do IBGE: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017.html>>. Acesso em: 30 out. 2017.

mais altos – há uma enorme quantidade de imóveis (públicos e privados) totalmente desocupados⁶.

A ineficiência na exploração do patrimônio público, porém, não decorre somente de sua absoluta ociosidade, mas também da subutilização dos bens estatais. Isto ocorre quando, em algum grau, há um aproveitamento meramente parcial de tal ativo econômico.

É comum, por exemplo, que imóveis públicos sejam aproveitados apenas para a realização de algumas atividades específicas.

O caso de estádios de futebol e de outros equipamentos esportivos é emblemático do fenômeno ora descrito. Raramente tais bens – que, em grande parte, pertencem ao Estado, ressalte-se – são aproveitados ao longo do ano para outras atividades que não a realização de poucos eventos esportivos e musicais. Restam, por isso, inutilizados durante a maior parte do tempo.

No atual cenário brasileiro, a ociosidade parece atingir seu nível máximo no caso dos estádios construídos para a Copa do Mundo de 2014 em Estados com pouquíssima oferta de jogos de futebol. Exemplo disso são os estádios Mané Garrincha, em Brasília, e as Arenas Pantanal e da Amazônia, nos estados do Mato Grosso e Amazonas⁷.

O baixo aproveitamento alcança também equipamentos construídos em locais em que o esporte e os campeonatos são mais desenvolvidos. O Maracanã, ao longo de todo o ano de 2016, sediou, além das cerimônias de abertura e encerramento das Olimpíadas e sete jogos entre seleções, apenas oito partidas oficiais⁸.

As instalações do Parque Olímpico da Barra da Tijuca, construído para abrigar grande parte das Olimpíadas de 2016, ainda são pouquíssimo aproveitadas, embora haja um esforço para reverter

6 Nesse sentido, as seguintes notícias: <<https://oglobo.globo.com/rio/prefeitura-faz-inventario-de-imoveis-sem-uso-em-areas-do-centro-20589208>> e <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral/cidade-de-sao-paulo-tem-2-milhoes-de-m2-de-imoveis-sem-uso,10000022553>>. Acesso em: 30 out. 2017.

7 Nesses casos, a exploração econômica do equipamento esportivo não é atualmente suficiente para arcar com sua manutenção mensal, conforme <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol/elefantes-brancos-estadios-da-copa-pedem-socorro,70001644556>>. Acesso em: 30 out. 2017.

8 Disponível em: <<http://www.lance.com.br/futebol-nacional/maracana-termina-2016-com-interrogacoes-sem-dono-inseguro.html>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

esse quadro, como a criação da Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO)⁹.

Outra hipótese de subutilização de imóveis estatais é encontrada em grandes terrenos e galpões públicos, por vezes cedidos a particulares para a realização de alguns poucos eventos. É também o que ocorre com escolas e universidades públicas, que, salvo alguns casos específicos, como sua utilização como local de votação, têm sua estrutura aproveitada apenas durante o ano letivo.

A ociosidade alcança também os veículos oficiais. Muitos deles, desde os destinados ao transporte das mais altas autoridades, até aqueles à disposição de serviços administrativos comuns, como transporte de materiais e de funcionários a serviço, costumam ficar parados grande parte do tempo.

De forma contraditória com a ociosidade total ou parcial de grande parte de seus bens, no entanto, o Poder Público dispense vultosos recursos na aquisição e locação de bens móveis e imóveis.

Levantamento realizado pela Associação Contas Abertas indica que, nos últimos anos, o Governo Federal tem desembolsado uma média anual de quase 2 bilhões de reais apenas em alugueis de imóveis¹⁰. A despesa geral da União com veículos é semelhante, o que inclui, dentre outros gastos, locação e aquisição de automóveis e combustível, estacionamento, compra de acessórios e pagamento de tributos: 1,6 bilhões de reais somente em 2016¹¹.

Salta aos olhos o fato de que o montante de tais despesas é semelhante (ou até maior) ao orçamento anual de alguns importantes Ministérios do Governo Federal. Aos Ministérios do Meio Ambiente e da Cultura, por exemplo, foram confiados pela Lei Orçamentária de 2016, respectivamente, 2,7 e 2,5 bilhões de reais. Ao Ministério do Esporte, pouco mais de 1,7 bilhões¹².

9 Trata-se de uma autarquia federal temporária, criada a partir da transformação da antiga Autoridade Pública Olímpica, para, dentre outras competências, "viabilizar a adequação, a manutenção e a utilização das instalações esportivas olímpicas e paraolímpicas destinadas às atividades de alto rendimento" (art. 1º, I, da Lei Federal nº 13.474/2017).

10 Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/orcamento/governo-gasta-fortuna-com-alugueis-e-tem-18-mil-imoveis-desocupados>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

11 Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/site/orcamento/em-2016-custo-com-servicos-relacionados-a-carros-oficiais-foi-de-r-16-bi>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

12 A informação consta do Anexo II da Lei Federal nº 13.255/2016.

As hipóteses anteriormente descritas indicam um quadro geral de inadequado aproveitamento do patrimônio público. Apesar de sua permanente necessidade em contar com bens que viabilizem a realização de suas atividades, a Administração Pública deixa uma parte relevante de seus ativos patrimoniais ociosos.

Antes que se apresente uma proposta concreta de atenuação de tal contraditório cenário, é preciso tratar, ainda que de forma breve, sobre a chamada economia do compartilhamento e como tal novo modelo econômico vem auxiliando a iniciativa privada a reduzir a ociosidade dos bens de consumo.

3. A economia do compartilhamento como instrumento de redução da ociosidade dos bens de consumo

Apesar de problemas e divergências conceituais¹³, é possível definir a economia compartilhada como um novo modelo de organização econômica que tem por objetivo aumentar a eficiência da exploração de bens de consumo e serviços por meio de seu amplo compartilhamento, o que somente é possível mediante a atuação de uma estrutura tecnológica que conecte um grande número de consumidores e fornecedores¹⁴.

Facilita-se e agiliza-se tanto o contato entre aqueles que desejam oferecer um produto ou um serviço e aqueles que desejam consumi-lo, como a apreciação da sua qualidade e preço pelo mercado, o que tende a beneficiar os dois lados do negócio. Cuida-se, enfim, de mecanismo de eficiência da gestão de bens econômicos escassos em um mercado com cada vez maior demanda e menor oferta.

Para muitos autores, a também denominada economia colaborativa é uma nova etapa do processo de desenvolvimento econômico mundial, representada pela substituição da antiga lógica do consumo em massa e acumulativo, próprio do século

13 Sobre o tema, ver, por exemplo, BOTSMAN, Rachel. **The Sharing Economy Lacks A Shared Definition**. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

14 A definição é semelhante àquela apresentada em KATZ, Vanessa. *Regulating the Sharing Economy*. **Berkeley Technology Law Journal**. v. 30, issue 4, annual review 2015, p. 1.070/1.076.

passado, por um modelo sustentável e racional de circulação e utilização dos bens¹⁵.

O funcionamento de um mercado colaborativo depende, essencialmente, de uma plataforma tecnológica que atue como uma intermediária entre as partes do negócio. A presença da tecnologia, sobretudo de informação e comunicação, permite uma drástica redução dos custos necessários para a conexão entre pessoas ou empresas interessadas em compartilhar produtos e serviços, o que leva a um aumento exponencial da escala de agentes econômicos e bens alcançados¹⁶.

É por esse motivo que se diz que a economia do compartilhamento descentraliza e horizontaliza o mercado. Ela permite a ocorrência de transações diretas entre pessoas físicas (*peer-to-peer* ou P2P) ou entre pequenas e médias empresas (*business-to-business* ou B2B) e, desse modo, reduz a relevância dos grandes fornecedores¹⁷.

O impacto gerado pela economia colaborativa que mais interessa ao presente trabalho, porém, é sua capacidade de tornar úteis bens que, em um outro cenário, permaneceriam ociosos ou subutilizados. O compartilhamento em larga escala permite uma exploração mais intensa dos bens já existentes no mercado, evitando tanto

15 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1759, 2016.

16 É o que explica o professor de Direito da Universidade de Harvard, Yochai Benkler: "Goods, services, and resources that, in the industrial stage of the information economy required large-scale, concentrated capital investment to provision, are now subject to a changing technological environment that can make sharing a better way of achieving the same results than can states, markets, or their hybrid, regulated industries. [...] The highly distributed capital structure of contemporary communications and computation systems is largely responsible for this increased salience of social sharing as a modality of economic production in that environment. **By lowering the capital costs required for effective individual action, these technologies have allowed various provisioning problems to be structured in forms amenable to decentralized production based on social relations, rather than through markets or hierarchies**". BENKLER, Yochai. **The Wealth of the Networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 120/121; grifou-se.

17 É conhecida a crítica de alguns autores de que, nos modelos de negócio em que o núcleo das interações econômicas é fortemente controlado por um agente empresarial, os quais estariam se tornando dominantes, não há propriamente uma economia de compartilhamento. Parece ser a opinião, por exemplo, de FRAZÃO, Ana. **Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

sua acumulação e estocagem quanto a necessidade de fabricação ou aquisição de novos produtos:

The sharing economy and collaborative consumption derive greater utility out of products, assets or services that would otherwise lay idle or underused. They are a type of redistribution market that finds new uses for existing products rather than manufacturing and buying new ones. The advantage of sharing is that people do not need to put their unused “stuff” in garages or other storage spaces that, when filled, require them to dispose of the excess stuff at the landfill. This is where the sharing economy can have significant impacts¹⁸.

A economia colaborativa é amplamente utilizada pela iniciativa privada, por pequenas e grandes empresas de tecnologia. É o caso das multinacionais UBER e AIRBNB, respectivamente de compartilhamento de transporte e hospedagem, mas também de modestos negócios, como os de compartilhamento de pequenos espaços de escritório (*coworking*)¹⁹.

À luz dos benefícios de economicidade e eficiência gerados por tal inteligente modelo de racionalização da gestão de bens econômicos, no entanto, ele pode e deve ser utilizado também pela Administração Pública²⁰ para reduzir a ociosidade e a subutilização de seu patrimônio. Um possível formato para seu aproveitamento pelo Estado é tema do próximo tópico.

18 MADDEN, John. Exploring the New Sharing Economy, p. 2. Disponível em: <<http://www.naiop.org/en/Research/Our-Research/Reports/Exploring-the-New-Sharing-Economy.aspx>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

19 Sobre a criação pela economia do compartilhamento de um ambiente propício ao desenvolvimento de pequenos negócios, ver o pronunciamento de diversos especialistas perante o Comitê de Pequenos Negócios do *House of Representatives* do Congresso Nacional norte-americano em **The Power of connection: peer-to-peer businesses**. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-113hhrg86266/pdf/CHRG-113hhrg86266.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

20 Também sugerindo a utilização da economia do compartilhamento pela Administração, ver RIBEIRO, Leonardo Coelho. O que UBER, AIRBNB e outros negócios da economia compartilhada ensinam ao Direito Administrativo. **Revista Direito do Estado**, n. 207, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/o-que-uber-airbnb-e-outros-negocios-da-economia-compartilhada-ensinam-ao-direito-administrativo>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

4. Compartilhamento de bens públicos por meio de plataforma tecnológica: uma proposta concreta

Como demonstrado anteriormente, a Administração Pública brasileira, embora seja proprietária de numerosos bens total ou parcialmente inutilizados, dispense grande parte de seu orçamento com a aquisição e locação de móveis e imóveis de particulares. Diante de tal quadro, como a economia colaborativa poderia contribuir para reverter essa evidente contradição?

Uma proposta para melhorar o aproveitamento do patrimônio estatal, inspirada no mercado empresarial colaborativo, é a criação de uma plataforma tecnológica de compartilhamento entre órgãos e entidades públicas de bens de sua propriedade, tanto imóveis quanto móveis, como veículos oficiais, materiais de uso comum no setor público, prédios e salas comerciais e residenciais, e outros equipamentos inutilizados.

No âmbito do portal ora sugerido, devem ser inventariados, por categoria, todos os bens estatais que estejam ociosos. Devem ser disponibilizadas, ainda, informações detalhadas sobre cada um deles, como suas funcionalidades, localização e estado atual de conservação. Além disso, no caso dos bens parcialmente inutilizados, deve constar o período em que eles estarão disponíveis²¹.

É possível que a plataforma ora sugerida seja integrada por um único ente federativo, de modo a permitir o compartilhamento de todos os seus bens entre diferentes órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta. É preciso, porém, que seu patrimônio seja amplo o suficiente para que a economia gerada justifique os custos da implementação da tecnologia. Parece ser este o caso do Governo Federal e de grandes entes subnacionais.

²¹ A Administração Pública brasileira enfrenta sérios problemas de identificação de seu patrimônio, o que pode ser um empecilho à implementação da proposta. Mesmo a União, com maiores recursos do que os entes subnacionais, incorre em tal dificuldade. É o que aponta recente auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União para avaliar o grau de confiabilidade da base de dados da Secretaria de Patrimônio da União (SPU). Os resultados da auditoria estão disponíveis no seguinte acórdão: Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 484/2017, Relator Ministro Benjamin Zylmer, Plenário, julgado em 22 de março de 2017.

Preferencialmente, entretanto, o portal deve contar com bens de propriedade de diversos entes da Federação, de modo a ampliar o número de opções e de interessados. Os benefícios advindos da utilização da economia colaborativa na gestão dos bens de consumo são gerados justamente pelo grande alcance de pessoas, produtos e serviços.

Diante das informações disponibilizadas, os órgãos e entidades participantes poderiam, por um mecanismo simples de requisição, solicitar os bens disponíveis para suprir suas respectivas demandas. Após sua utilização, avaliariam a qualidade do bem e apontariam eventuais defeitos.

Para estimular a adesão de novos participantes, é preciso criar um sistema inteligente de contrapartidas. A maneira mais simples e intuitiva – e a que parece ter obtido maior sucesso na iniciativa privada²² – é vincular a retribuição da entidade fornecedora ao pagamento de uma remuneração em dinheiro, fixa ou variável, a ser previamente estipulada pelo proprietário, pelo operador do sistema, ou livremente negociada entre as partes.

Alternativamente, ou mesmo de maneira cumulativa com a remuneração pecuniária, é possível, ainda, a adoção de um sistema de créditos. A disponibilização de um bem ocioso, a depender de seu valor, geraria um certo número de créditos, os quais poderiam ser trocados pela utilização de outros bens disponibilizados neste mercado²³.

A remuneração das entidades públicas colaboradoras também poderia se dar por meio de um simples agradecimento público, em um mecanismo de estímulo reputacional. O órgão público que disponibiliza sua propriedade ociosa de forma gratuita teria promovida sua imagem por meio de um agradecimento realizado pelo beneficiário.

22 A remuneração pecuniária é a forma de contrapartida utilizada pelas já mencionadas multinacionais UBER, em que a empresa determina o preço da corrida, e AIRBNB, no qual, porém, é o anfitrião quem define o preço do pernoite.

23 A remuneração por um sistema de créditos também é adotada na iniciativa privada. Exemplo disso são algumas *startups* que intermedeiam um programa de “intercâmbio de residências”. Os participantes disponibilizam sua residência durante certo período e, em troca, ganham o direito de se hospedar no imóvel de seu inquilino ou obtêm créditos para novas hospedagens. Este é o funcionamento, por exemplo, da *Guest to Guest*, líder mundial do segmento: <<https://www.guesttoguest.com.br/pt/p/como-funciona-pt>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

O aproveitamento pelo Poder Público da lógica que rege a economia colaborativa para a gestão de seus próprios bens, como por meio da plataforma aqui sugerida, pode trazer diversos benefícios econômicos e não econômicos. Resta saber, no entanto, se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro atual, é em tese viável a implementação da plataforma sugerida. É o que se analisa no próximo tópico.

5. A viabilidade jurídica da plataforma ora proposta

Apresentada, em termos gerais, a estrutura da plataforma de compartilhamento de bens entre entidades públicas, é preciso que se analise alguns aspectos de sua viabilidade jurídica, em especial quanto à possível existência de burla à licitação e quanto aos instrumentos contratuais que podem ser utilizados. Ressalte-se que tal análise somente pode ser realizada em tese. Um exame exaustivo dependeria, essencialmente, do conhecimento da legislação dos entes que participem do portal.

Feita a ressalva, cumpre examinar de forma destacada algumas situações que poderão surgir com a implementação do sistema. Comece-se com a mais singela, de compartilhamento de bens entre órgãos de um mesmo ente federativo.

Nessa primeira hipótese, em princípio, não há o que se falar em exigência de um certame licitatório para que o compartilhamento seja viabilizado. Os órgãos de uma entidade pública integram uma mesma pessoa jurídica e, por isso, compartilham de um único patrimônio. A distribuição dos bens entre eles é matéria que diz respeito à gestão patrimonial e, portanto, integra a autonomia federativa de cada ente, na forma do que dispõe o art. 18 da Constituição Federal²⁴.

Situação diversa se dá no caso de compartilhamento de bens entre entidades de um mesmo ou de diferentes entes federativos. Tendo em vista a pluralidade de pessoas jurídicas potencialmente contratantes, ao menos em tese aqui a realização de um certame licitatório é possível.

²⁴ Foi esse o entendimento que fundamentou a decisão do Supremo Tribunal Federal em conceder medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927/RS, que suspendeu a eficácia de parcela do art. 17 da Lei Federal nº 8.666/93. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 3 de novembro de 1993.

Sucedee, porém, que a Lei Federal nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, dispensa, em seu art. 17, inciso I, alínea “e”, a realização de licitação no caso de alienação de bens imóveis a “outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo”. O inciso II, alínea “f”, do mesmo dispositivo, por sua vez, dispensa a realização do certame na hipótese de venda de materiais e equipamentos “para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe”.

Muito embora os referidos enunciados refiram-se apenas a “alienações”, é possível interpretá-los de modo a autorizar a dispensa de licitação em hipóteses menos graves de disposição do patrimônio público²⁵, como nos casos de mera transferência temporária da posse. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de locação ou de cessão de uso de bens públicos.

Em sentido semelhante ao ora argumentado, Marçal Justen Filho dispõe que a norma do art. 17 da Lei de Licitações “compreende tanto a alienação no sentido próprio e técnico como também outros institutos que possibilitam a outro sujeito o uso e a fruição parcial ou temporária de bens e de direitos de titularidade da Administração Pública”. Segundo o autor, “rigorosamente, essas figuras não se enquadram no conceito de alienação, mas estão abrangidas nas regras correspondentes, eis que envolvem a transferência pela Administração da posse e de faculdades de uso e fruição quanto a bens públicos”²⁶.

No âmbito específico da União, ademais, o art. 97 do ainda vigente Decreto-Lei nº 9.760/46 expressamente dispõe que Estados e Municípios têm preferência na locação de imóveis federais, ficando sujeitos, porém, ao pagamento do aluguel e cumprimento das demais obrigações contratuais²⁷.

25 Valendo-se aqui do brocardo jurídico de “quem pode o mais, pode o menos”.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 212. Ressalve-se que o autor estabelece algumas restrições à interpretação dos referidos dispositivos, cf. *Ibidem.*, p. 216.

27 “Art. 97. Terão preferência para a locação de próprio nacional os Estados e Municípios, que, porém, ficarão sujeitos ao pagamento da cota ou aluguel fixado e ao cumprimento das demais obrigações estipuladas em contrato.”

Transferências temporárias da posse de bens de propriedade de entidades públicas, instrumentalizadas pela plataforma ora sugerida, parecem, assim, estar contempladas nas disposições legais acima mencionadas. De qualquer modo, nada impede que seja criada por lei nova hipótese de dispensa de licitação que expressamente as abarque.

Salvo disposição em contrário da legislação local, não parece ser necessária autorização legal para a cessão de bens entre diferentes entes federativos. É que apenas no caso de alienação de imóvel público o art. 17, I, da Lei Federal nº 8.666/93 exige prévio consentimento do Poder Legislativo²⁸.

Por fim, cabe avaliar quais os instrumentos jurídicos são aptos a permitir o compartilhamento de bens entre entidades públicas. A transferência gratuita e temporária de um bem entre duas pessoas jurídicas de Direito Público, ou mesmo entre dois órgãos²⁹, pode ser formalizada por meio da chamada “cessão de uso”³⁰. Diante da amplitude de seu conceito, há quem entenda que o instituto pode ser utilizado também em relações onerosas que envolvam a transferência da posse de bens públicos³¹.

Em existindo remuneração³², os participantes do portal podem celebrar, ainda, um contrato de locação. A possibilidade de sua celebração entre a União e outras entidades federativas é

28 Dispensa de autorização legal, ao menos no caso de cessão de bens imóveis, é confirmada por MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica**: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 367.

29 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 729.

30 No âmbito da União, a cessão gratuita de imóveis aos Estados e Municípios é expressamente autorizada no art. 18, I, da Lei Federal nº 9.636/98. “Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a: I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;”. O art. 237 de sua Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro tem autorização semelhante: “Os bens imóveis do Município não podem ser objeto de doação nem de utilização gratuita por terceiros, salvo, mediante autorização do Prefeito, no caso de imóveis destinados ao assentamento de população de baixa renda para fins de regularização fundiária, ou se o beneficiário for pessoa jurídica de direito público interno ou entidade componente de sua administração indireta ou fundacional”.

31 A indefinição legal e doutrinária acerca da cessão acaba por dificultar o correto emprego do instituto, ora aplicando-o como gênero, ora como espécie. O que se pode afirmar, porém, é que a lei dá à cessão uma amplitude grande, de modo que ela pode ser gratuita ou onerosa.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica**: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 367.

32 O contrato de locação é necessariamente remunerado, tal como previsto no artigo 565 do Código Civil.

prevista de forma expressa pelo já citado art. 97 do Decreto-Lei nº 9.760/46. Assim é que não parece haver empecilhos jurídicos absolutos ao funcionamento da plataforma proposta no presente trabalho, existindo na legislação instrumentos aptos a formalizar as relações jurídicas que dela decorrerão. Como mencionado, porém, é possível que as legislações dos entes federativos que participem do sistema imponham obstáculos que lhe causem embaraços. Demonstrada a viabilidade jurídica do sistema de compartilhamento de bens entre órgãos e entidades públicas, passe-se, no próximo tópico, a tratar dos diversos benefícios de ordem econômica e não econômica, assim como das dificuldades, decorrentes de sua implementação no Brasil.

6. Os benefícios da adoção da economia do compartilhamento pelo Estado na gestão de seus bens e a necessária implementação de uma governança digital

A adoção da economia colaborativa na administração do patrimônio público pode trazer ao Poder Público diversas vantagens em relação à atual política de ampla aquisição e acumulação de bens.

O benefício potencial mais óbvio é econômico. O compartilhamento tem o potencial de reduzir as relevantes despesas da Administração com a compra e locação de produtos fornecidos por empresas. O aproveitamento do patrimônio já existente para suprir as demandas da Administração tende a ser menos custoso aos cofres públicos do que recorrer ao mercado privado.

Além dos gastos com as compras propriamente ditas, a agilidade de uma plataforma tecnológica de compartilhamento pode reduzir os custos do Estado com a realização de licitações. É sabido que a organização de um certame público, em si, gera importantes custos diretos e indiretos à Administração³³.

³³ “Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 301.

O compartilhamento de bens é medida que atende às exigências dos princípios da eficiência e da economicidade, previstos nos art. 37 e 70, *caput*, da Constituição Federal. No caso da União, aliás, a preferência do aproveitamento de imóveis próprios à contratação onerosa com terceiros é imposta de forma específica pelo art. 4º, §5º, do Decreto-Lei nº 1.184/71³⁴.

Uma outra potencial vantagem do modelo ora sugerido é a já mencionada possibilidade de os participantes do sistema de colaboração avaliarem a qualidade do bem público utilizado e especificar os problemas encontrados. Tais avaliações serviriam de critério para seu futuro emprego por outras entidades estatais, bem como para identificação e conserto de falhas pelo proprietário. Possibilita-se, com isso, um esforço comum no mapeamento e avaliação da qualidade dos bens públicos existentes.

O modelo permitiria, ainda, uma colaboração interfederativa na exploração do patrimônio público e, em consequência, a criação de uma relação de maior confiança entre os entes³⁵. A medida tem o potencial de promover o federalismo de cooperação, consagrado pela Constituição de 1988, mas que se encontra sob risco, frente às constantes disputas entre as unidades federativas³⁶.

A economia colaborativa, além disso, ao possibilitar uma exploração mais eficiente do patrimônio público, estimula o atendimento de sua função social, alçada pela Constituição de 1988

34 “Nenhum órgão ou autarquia da União contratará a utilização onerosa de imóvel, sem consultar, previamente, o Serviço do Patrimônio da União se existe próprio federal disponível no local.”

35 No mercado de consumo, a permanente e ágil avaliação pelos usuários dos serviços e produtos disponibilizados cria um sistema de reputações que é fundamental para a confiança dos usuários da economia colaborativa. Tratando dos laços de confiança gerados entre as pessoas que participam do mercado de consumo colaborativo, ver TANZ, Jason. **How AIRBNB and Lyft finally got americans to trust each other**. Disponível em: <<https://www.wired.com/2014/04/trust-in-the-share-economy/>>. Acesso em: 1 nov. 2017. No Brasil, confira-se as lições dos professores Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos sobre o tema: “Existe ainda um efeito nada desprezível no que diz respeito à tutela da confiança na economia do compartilhamento. **Trata-se do aumento do nível de confiança não apenas na realização da atividade ou com relação à plataforma, mas sim entre as pessoas como um todo**. Ao permitir que alguém que até então era um estranho ingresse no seu carro (ou alternativamente ao ingressar no carro de um estranho), a plataforma cria bases para que as pessoas possam confiar mais umas nas outras.” SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1772, 2016; grifou-se.

36 Característico do fenômeno é a chamada guerra fiscal, tratada, por exemplo, em RIBEIRO Ricardo Lodi. Federalismo e guerra fiscal entre os estados. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Volume XXII, Direito Tributário: Federalismo e Guerra Fiscal. Rio de Janeiro: APERJ, p. 379/399, 2014.

como condição necessária para o exercício do direito fundamental de propriedade³⁷.

O compartilhamento, enfim, promove o adequado aproveitamento de bens móveis e imóveis, seu consumo sustentável e, ao mesmo tempo, o desenvolvimento das atividades econômicas. Tem o potencial, assim, de criar verdadeiras cidades inteligentes³⁸.

O recurso do Estado à economia do compartilhamento pode gerar também benefícios não econômicos. No que se refere ao meio ambiente, o melhor aproveitamento dos bens que já integram o patrimônio estatal e a consequente redução da aquisição e locação de bens de particulares tende a reduzir a produção de bens poluentes. Trata-se, aliás, de potencial (ainda que incerta) consequência da utilização da economia do compartilhamento em geral³⁹, mas é potencializada em razão do grande poder de compra que detém o Estado.

Além disso, os imóveis públicos ociosos ou subutilizados podem ser aproveitados pelos entes participantes para políticas habitacionais. Os grandes centros urbanos brasileiros, como se viu, apesar de contarem com um grande número de imóveis desocupados, possuem um gravíssimo déficit habitacional.

37 No mesmo sentido, SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, nº 4, p. 1765/1769, 2016. A ociosidade e a subutilização dos bens são situações reconhecidas pela Constituição como contrárias ao atingimento da função social da propriedade. Tanto é que seu art. 182, §4º permite ao Poder Público municipal sancionar o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o que pode se dar por meio do parcelamento e edificação compulsórios, do aumento progressivo da alíquota do IPTU incidente sobre o bem e até a sua desapropriação mediante pagamento por títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos. Tais sanções são reguladas pelos arts. 5º a 8º do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01).

38 Cidades inteligentes são caracterizadas pela utilização racional de recursos econômicos e sociais para investimentos em infraestrutura e em Tecnologia da Informação e Comunicação, de modo a alcançar um desenvolvimento econômico sustentável e uma alta qualidade de vida de seus cidadãos. O conceito e uma análise da estreita relação entre a economia do compartilhamento e as *smart cities* podem ser encontrados em GORI, Paula; PARCU, Pier Luigi; STASI, Maria Luisa. **Smart Cities and Sharing Economy**. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2706603>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

39 Confira-se, nesse sentido, interessante estudo sobre os impactos ambientais de aplicativos de compartilhamento de transporte, em LIGHT, Sara E. Precautionary federalism and the sharing economy. **Emory Law Journal**. Atlanta: Emory University School of Law, v. 66, p. 366-370, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760985>. Acesso em: 3 nov. 2017.

É preciso, por fim, que se faça uma ressalva. Recorde-se que a economia do compartilhamento depende, essencialmente, de soluções tecnológicas para que seja capaz de promover alguma inovação. Por conseguinte, ela somente será devidamente aproveitada pela Administração Pública caso haja comprometimento na implementação de uma verdadeira governança digital.

Não é tarefa simples introduzir inovações tecnológicas no sistema administrativo brasileiro, ainda fundado em tradições exageradamente formalistas, típicas do modelo burocrático do século XIX⁴⁰, como o da estrita vinculação positiva à lei. Segundo tal concepção, o conteúdo de toda a atuação administrativa deveria ser predeterminado em norma legal⁴¹. Em tal cenário, inovar quase sempre é violar a lei⁴².

Apesar de algumas iniciativas em tentar adaptar a Administração Federal a um modelo de governo eletrônico (*e-government*), iniciadas nos anos 2000 e intensificadas em razão do pedido de adesão do Brasil em 2017 à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ainda há muito o que caminhar para que a União seja apontada como modelo de governança digital⁴³. Não se pode esquecer, ainda, que grande parte dos Estados e Municípios brasileiros não tem uma estrutura de tecnologia da informação e comunicação minimamente desenvolvida⁴⁴.

40 TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 153-154, jan./abr. 2013.

41 Para a evolução teórica do princípio da legalidade, da vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade, bem como sobre a liberdade de atuação concedida ao administrador público decorrente de tal evolução, ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125-195.

42 Ideia semelhante é apresentada em MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 17, n. 69, 2017.

43 Exemplo de esforço empreendido pelo Governo Federal foi a instituição, por meio do Decreto nº 8.638/2016, da Política de Governança Digital, que tem por uma de suas finalidades "gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos".

44 Confira-se, a propósito, os resultados de interessante estudo realizado acerca da utilização de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos Governos em políticas públicas no Brasil, em LAIA, Marconi Martins de; CUNHA, Maria Alexandra Viegas Cortez da; NOGUEIRA, Antônio Roberto Ramos; MAZZON, José Afonso. *Electronic Government Policies in Brazil: context, ICT management and outcomes*. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 51, n. 1, jan./fev. 2011.

Apesar dos benefícios apontados à adoção pela Administração Pública brasileira da economia do compartilhamento, é preciso sensibilidade à realidade nacional, de precariedade em relação a aspectos básicos de tecnologia.

7. Conclusão

O poderoso impacto causado pela economia colaborativa no mercado de consumo global parece demonstrar que o compartilhamento de bens em grande escala é um mecanismo eficiente de administração de ativos escassos. A Administração Pública deve, assim, buscar aproveitá-la para modificar sua política de acumulação de bens e, sobretudo, reduzir a ociosidade crônica de seu amplo patrimônio.

Além das óbvias vantagens econômicas, o recurso à economia compartilhada pode gerar outros tipos de benefícios ao interesse público, como a redução do déficit habitacional, por meio da oferta de imóveis públicos desocupados ou subutilizados para pessoas desabrigadas, e a redução do consumo de bens poluentes.

Seu funcionamento, no entanto, depende de um mínimo desenvolvimento tecnológico. É esse o motivo pelo qual iniciativas de que introduzam a governança digital no Estado brasileiro são tão importantes para a implementação da economia do compartilhamento.

8. Referências

BENKLER, Yochai. **The Wealth of the Networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOTSMAN, Rachel. Sharing's Not Just for Start-Ups. **Harvard Business Review**. Disponível em: <<https://hbr.org/2014/09/sharings-not-just-for-start-ups>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

———. *The Sharing Economy Lacks A Shared Definition*. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

FRAZÃO, Ana. **Economia do compartilhamento e tecnologias disruptivas**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economia-do-compartilhamento-e-tecnologias-disruptivas-14062017>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORI, Paula; PARCU, Pier Luigi; STASI, Maria Luisa. Smart Cities and Sharing Economy. **Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research**, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2706603>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy. **Berkeley Technology Law Journal**. V. 30, Issue 4, Annual Review 2015.

LAIA, Marconi Martins de; CUNHA, Maria Alexandra Viegas Cortez da; NOGUEIRA, Antônio Roberto Ramos; MAZZON, José Afonso. Electronic Government Policies in Brazil: context, ICT management and outcomes. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 51, n. 1, jan./fev. 2011.

LIGHT, Sara E. Precautionary federalism and the sharing economy. **Emory Law Journal**. Atlanta: Emory University School of Law, v. 66, p. 366-370, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760985>. Acesso em: 3 nov. 2017.

MADDEN, John. **Exploring the New Sharing Economy**, p. 2. Disponível em: <<http://www.naiop.org/en/Research/Our-Research/Reports/Exploring-the-New-Sharing-Economy.aspx>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica**: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 17, n. 69, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O que UBER, AIRBNB e outros negócios da economia compartilhada ensinam ao direito administrativo. **Revista Direito do Estado**, n. 207, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/o-que-uber-airbnb-e-outros-negocios-da-economia-compartilhada-ensinam-ao-direito-administrativo>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

RIIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo e guerra fiscal entre os estados. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XXII, Direito Tributário: Federalismo e Guerra Fiscal. Rio de Janeiro: APERJ, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, 2016.

TANZ, Jason. **How AIRBNB and Lyft finally got americans to trust each other.** Disponível em: <<https://www.wired.com/2014/04/trust-in-the-share-economy/>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr., 2013.

The power of connection: peer-to-peer businesses. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-113hhr86266/pdf/CHRG-113hhr86266.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

**A apropriação das agências
reguladoras por grupos de interesse:
uma análise das teorias clássicas**

Thiago Barbosa Gil

13

A apropriação das agências reguladoras por grupos de interesse: uma análise das teorias clássicas

Thiago Barbosa Gil¹

Resumo

A literatura científica apresenta diversas críticas e reformulações às bases das teorias clássicas do “interesse público” e da “captura” das agências reguladoras. Este artigo tem o propósito de trazer uma resposta para a seguinte questão: os edifícios teóricos erguidos pela teoria do “interesse público” e pela teoria da “captura” das agências reguladoras contribuem de alguma forma para a elucidação de um certo padrão para regulação econômica? Concluiu-se que a teoria do “interesse público” deve ser refutada, mas a teoria da “captura” da agência reguladora só será defensável caso exista um refinamento por meio de análises empíricas.

Palavras-chave: Regulação econômica. Teoria do interesse público. Teoria da captura regulatória. Grupos de interesse.

Abstract

The scientific literature presents several criticisms and reformulations to the bases of the classic theories of the “public interest” and the “capture” of the regulatory agencies. The purpose of this paper is to answer the following question: do the theoretical buildings erected by the “public interest” theory and by the “capture” theory contribute in any way to the elucidation of a certain standard for economic regulation? It was concluded that the theory of “public interest” should be refuted, but the theory of “capture” will only be defensible if there is refinement through empirical analysis.

Keywords: Economic Regulation. Public interest theory. Regulatory capture theory. Interest groups.

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro – FGV Direito Rio. Possui MBA Executivo em Direito Empresarial pela FGV-Rio e graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

1. Introdução

A *National Bureau of Economic Research* (NBER) é uma importante organização privada norte-americana fundada em 1920 que, principalmente na década de 1970, abrigou diversas pesquisas sobre regulação econômica². Richard Posner exerceu a função de pesquisador sênior associado à NBER, e em seu artigo³, intitulado “teorias da regulação econômica”⁴, direcionou relevantes críticas tanto à teoria do “interesse público” quanto à teoria da “captura” das agências reguladoras.

Tais teorias tradicionais correspondem a tentativas de explicar o padrão da regulação econômica, leia-se, intervenção estatal no mercado. Por conseguinte, tomando como ponto de partida a referida desconstrução teórica formulada por Posner, o objetivo deste trabalho foi o de buscar na literatura clássica norte-americana uma resposta para a seguinte questão: os edifícios teóricos erguidos pela teoria do “interesse público” e pela teoria da “captura” das agências reguladoras contribuem de alguma forma para a elucidação do padrão da regulação econômica?

Um traço comum e relevante em relação às duas teorias foi a participação de cientistas políticos e economistas no desenvolvimento de ambas. Porém, especificamente em relação à teoria da “captura”, foi possível concluir que a contribuição da ciência econômica para a formulação e para o desenvolvimento de uma de suas vertentes constituiu característica propiciadora e reveladora de sua maior aceitabilidade.

Não é que se possa considerar a área do saber da economia como superior à da ciência política ou mesmo os indivíduos que operam naquela como cientificamente mais proeminentes do que nesta última. O que se pretendeu colocar ao final foi apenas que,

2 Dentre os aspectos particulares da atividade econômica, destaca-se a relação da regulação econômica com o campo de estudos do Direito concorrencial.

3 POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3003113>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

4 Uma característica que fez significativa diferença neste trabalho de Posner foi sua progressiva construção. Tendo em vista que sua versão final foi publicada no ano de 1974, em relação a uma versão anterior, o próprio autor agradece nas considerações iniciais a colaboração crítica de importantes estudiosos da análise econômica do Direito, como Gary S. Baker, Ronald H. Coase e George J. Stigler.

notadamente quando coletadas e identificadas apenas as contribuições de cientistas políticos, ambas as teorias são terminantemente inaceitáveis. Por outro lado, concluiu-se que a única esperança de que seja encontrada uma resposta à pergunta central deste trabalho está na realização de uma profunda análise empírica para dar sustentabilidade à latente descritibilidade da teoria da “captura” oriunda da faceta orientada pelo sentido econômico.

2. A teoria do “interesse público”: críticas estruturais e tentativas de reformulação

Os constrangimentos sofridos pela teoria do “interesse público” são de três ordens. Em primeiro lugar, o exercício da regulação estatal não está associado de maneira estreita e apegada com a proteção da vitalidade de mercados passíveis de monopolização, de ineficiência ou acompanhados de externalidades⁵. Assim, sob o prisma quantitativo é possível verificar a presença de atividade regulatória em situações particulares de concorrência perfeita. Dito de outra maneira: o argumento da regulação para afastar o perigo das falhas de mercado teve sua magnitude reduzida porque o desenvolvimento de pesquisas empíricas permitiu a identificação pontual da atividade regulatória fora das circunstâncias econômico-privadas consideradas supostamente aptas ao manejo abusivo do poder econômico⁶ por meio do poder de mercado⁷.

Em segundo lugar, a análise da literatura científica contrária à teoria do “interesse público” aponta que o governo possui falhas, não podendo ser conceituado de maneira que, por um lado, a pretensa pureza da incontestabilidade moral e a distinta competência de seus representantes sejam valorizadas, mas, por outro, sejam

5 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 336.

6 A complexidade de extração precisa do conceito de “poder econômico” é ressaltada no campo de estudos da análise econômica do Direito, porém, para que se possa estabelecer concretos contornos jurídicos, é suficiente esboçar neste trabalho uma conceituação afeita apenas a uma noção reveladora da presumida abusividade do exercício do poder econômico. A respeito da noção de poder econômico, ver: SCHUARTZ, Luís Fernando. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito da concorrência brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 23, n. 94, p. 22, 1994.

7 O termo “poder de mercado” aqui é adotado em sentido amplo, ou seja, é pertinente não somente à capacidade empresarial, unilateral ou cartelizada de manter os preços acima do nível de competitividade, mas também se refere ao poder de barrar ou dificultar a inovação e o incremento da qualidade dos produtos de potenciais competidores.

abstraídos os custos provenientes da atuação estatal (crítica transversal proveniente da teoria das falhas de governo)⁸.

No início da década de 1960, esta premissa de desconsideração dos custos foi objeto de uma análise prescritiva em relação aos problemas da alocação eficiente dos recursos hídricos e do desenvolvimento de novos suprimentos locais para estoques de água. Naquele período, a compreensão de tais problemas era primitiva porque a água, se comparada com outros bens, ainda estava se tornando um recurso mais escasso e oneroso. Assim, sugeriu-se a aplicação correta de princípios econômicos com o objetivo principal de adequar os preços em relação aos custos e, conseqüentemente, postergar a construção de novas barragens, de novas instalações para a conversão da água do mar em água potável e de novas expansões de aquedutos⁹.

Em terceiro lugar, nem todos os arranjos regulatórios podem ser fundamentados por via de um raciocínio que extraia sua conseqüência do progresso econômico ou da conformidade da sociedade com a igualdade de direitos¹⁰, em especial, com a defesa do consumidor¹¹. Nessa linha, temos como exemplo clássico a conclusão de George J. Stigler e Claire Friedland no artigo denominado *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*¹². Nesse estudo de medição dos efeitos econômicos da regulação no setor elétrico, entre os anos de 1907 e 1937, foi constatado que, apesar de no geral a regulação estatal ter sido moldada para a proteção dos consumidores, e, no que tange à regulação de preços, com

8 POSNER, Richard A., op. cit., p. 336.

9 DEHAVEN, James C. **Water Supply, Economics, Technology and Policy**. The RAND Corporation, Santa Monica, Califórnia, p. iii-21, 1963. Disponível em: <<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/papers/2009/P2694.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2017. Ainda, segundo o autor: "uma vez que as decisões de abastecimento de água são amplamente feitas na arena política e não no mercado, há um grande incentivo para que especiais grupos de interesse obscureçam os problemas reais envolvidos em projetos de água subsidiados pelo governo e explorem o romantismo público para 'fazerem com que o deserto floresça até mesmo como a rosa', e obtenham apoio para o seu próprio ganho", p. 3. (tradução nossa).

10 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 336-337.

11 Nesse sentido, ver: JORDAN, William A. Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation. **The Journal of Law & Economics**, v. 15, n. 1, p. 176, 1972. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725019>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

12 STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **The Journal of Law & Economics, The University of Chicago Press for The Booth School of Business**, University of Chicago and The University of Chicago Law School, v. 5, p. 1-16, 1962. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725003>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

os propósitos de “redução de exercício do poder de monopólio e eliminação da concorrência”¹³, não foi possível encontrar qualquer indicação de que na ausência da regulação de preços, um determinado monopólio poderia ter poder exorbitante¹⁴.

Aliás, Posner chega a este mesmo desfecho ao tratar dos efeitos dos controles regulatórios em mercados monopolizados. Nesse sentido, afirma que os lucros provenientes de monopólio não fornecem justificativa adequada para a imposição de controles regulatórios, cuja utilidade social ou eficiência econômica é questionável. Ademais, também é controverso afirmar que as agências reguladoras exercem um adequado e equilibrado controle sobre o lucro das empresas reguladas¹⁵.

Na esteira das críticas anteriormente evidenciadas, é certo que a teoria do “interesse público” seria ainda mais deficiente, não fosse uma precisa remodelação de sua base teórica. Isto posto, temos que a literatura passou a argumentar em sua defesa que o interesse público seria, doravante, o fio condutor que orientaria corretamente o membro da agência reguladora, caso detentor de integridade, em direção ao acertado cumprimento de uma política legislativa, por vezes, dotada de vagueza¹⁶. Nesse contexto, apesar de ser difícil definir, o conceito de “interesse público” estaria relacionado a uma questão de julgamento individual (julgamento subjetivo) e na sua fração nociva à sociedade, estabeleceria um liame, uma certa identificação com os interesses de certos grupos¹⁷.

Em relação a esse desenvolvimento teórico, Posner enumera uma série de críticas¹⁸ que, ao nosso ver, são inconsistentes pelas seguintes razões: i) não é possível dizer que os defensores da teoria do “interesse público” aprofundada deixaram de considerar a influência de grupos de interesse na elaboração da legislação, pelo

13 Ibid., p. 4.

14 Ibid., p. 12.

15 POSNER, Richard A. Natural Monopoly and Its Regulation. *Stanford Law Review*, v. 21, p. 593-594, 1968. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1862/>. Acesso em: 3 dez. 2017.

16 HERRING, E. Pendleton. *Public administration and the public interest*. New York, McGraw-Hill 1936, p. xii-416.

17 Ibid., p. 23.

18 POSNER, Richard A. *Theories of Economic Regulation*, p. 337-339.

contrário, ao indagar qual é o critério que pode servir de norte para o agente público bem intencionado cumprir a lei, a teoria não desconsidera que essa mesma lei pode sofrer aqueles condicionamentos privados; ii) não é possível enunciar que a teoria do “interesse público” endossa de maneira generalizada o argumento de que a agência reguladora é má administrada pelo fato de os seus funcionários serem menos talentosos ou vocacionados do que aqueles pertencentes ao setor privado, muito menos que ela relaciona essa suposta característica com a eventual inferioridade de seus salários, se comparados com os ganhos dos trabalhadores do setor privado. Somado a isso, nem se diga que o casuísmo regulatório, isto é, aquele exercido de acordo com o contexto de um caso concreto, é algo que se deva prezar devido à complexidade de realizar previsões para o futuro; e iii) não é possível asseverar que a teoria não convence que outras organizações seriam mais eficientes do que as agências reguladoras justamente porque a teoria não sugestiona essa ideia. Conforme o parágrafo anterior, o que se colocou em relevo pela teoria do “interesse público” não foi tão somente a falta de eficiência da agência, mas principalmente a presença ou ausência de integridade no caráter do agente que supostamente condiciona o seu agir em prol ou em desfavor do interesse público.

Por outro lado, a reestruturação que Posner incorporou à teoria do “interesse público” tem certa lógica ao retratar dois quadros possíveis que serão vistos a seguir. Primeiramente, por mais que hipoteticamente o corpo técnico do órgão regulador venha possuir em sua integralidade indivíduos virtuosos, é ingênuo não pensar que, diante de determinados casos concretos mais difíceis, ou mesmo aqueles impossíveis de solucionar, estes mesmos indivíduos não são passíveis de agirem com a melhor das intenções e mesmo assim errarem ao final, provocando a distorção do “funcionamento eficiente de mercados regulados”¹⁹.

Nesse contexto, adicionamos a esta primeira parcela da reformulação de Posner que determinado agente, além de poder falhar quando imbuído de boas intenções, pode também, por impulso, renunciar à retidão e ceder a uma gama de tentações maximizadoras de seus

19 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 339.

próprios interesses. Assim, é inegável que o indivíduo, pelo simples fato de possuir racionalidade limitada e caráter passível de desvio, pode realizar ações favoráveis a determinadas corporações e prejudiciais ao bem-estar da coletividade. Porém, ressalta-se aqui que o tema da corrupção, que é vinculado à esfera do Direito Penal, não é debatido dentro da construção da teoria do “interesse público”.

A segunda segmentação da contribuição de Posner, assessorado por Ehrlich, à teoria do “interesse público” tem coerência, porém, as implicações desse reforço teórico devem ser vistas com ressalvas por dependerem de refinamento por meio da elaboração de consistentes trabalhos empíricos que as sustentem. Pois bem, as questões levantadas são colocadas dentro do quadro da análise econômica da elaboração de leis concebido pelos estudiosos da Escola de Chicago. Nessa linha, a consideração inicial destes é que o “padrão legislativo”²⁰ cria uma demanda de especificação, isto é, gera o litígio que é levado para os juízes dos tribunais, que, em consequência, respondem por meio da elaboração de precedentes com o propósito de explicá-lo. Dessa forma, os autores consideram que a análise de eficiência legislativa na criação de um padrão requer a atenção ao contraste custo-benefício entre regras legais e precedentes judiciais. Assim, argumentam que quando o Legislativo faz a escolha da promulgação de um determinado padrão ou de um conjunto de regras específicas, também faz a escolha entre o precedente judicial ou a lei. Este panorama, portanto, está dentro do que chamam de “custos das regras legais”, que são altos quando o que está em vista

20 O termo está ligado a um “critério geral de escolha social”, ou seja, não é uma “lista de circunstâncias, mas denota os “tipos de circunstâncias relevantes para uma decisão sobre legalidade e, portanto, é aberto”. Dessa forma, é “o critério pelo qual as circunstâncias particulares apresentadas em um caso são julgadas relevantes ou não”. Exemplificando, “em um caso de colisão automóvel governado pelo padrão de negligência, essas circunstâncias seriam a velocidade e peso dos veículos, seu design, a hora do dia, o *layout* da rodovia, o clima e quaisquer outros fatores que possam afetar a questão de como a soma dos custos de acidentes e os custos de prevenção de acidentes poderiam ter sido minimizados”. A diferença entre padrão e regra está no “grau de precisão”, ou seja, “uma regra retira da consideração do tomador de decisão uma ou mais das circunstâncias que seriam relevantes para a decisão de acordo com um padrão”. Na esteira do exemplo acima, na hipótese de dois motoristas trafegarem em uma rodovia e ocorrer uma colisão, uma regra e não um padrão pode determinar que o motorista que trafegava na posição de trás e a 30 metros do carro posicionado à frente seja civilmente responsável pelo acidente. Este exemplo é de uma regra porque “se fosse o caso a ser decidido de acordo com o padrão de negligência geral, outras circunstâncias, além da distância entre os dois carros, deveriam ser consideradas, como a habilidade do motorista do carro que trafegava à frente de evitar frear bruscamente”. POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 258, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724127>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

são os custos de transação da negociação feita entre os legisladores para promulgar as regras. Além disso, os teóricos enfocam que tais custos serão ainda mais altos quando existirem controvérsias na proposição das regras. A pergunta que pode ser feita nesse ponto é: o que isso influencia na atividade regulatória estatal? Responde-se a esse questionamento com uma das conclusões teóricas que Posner e Ehrlich chegaram, qual seja: pelo fato de existirem limites impeditivos do aumento do número de legisladores para que possam lidar com as crescentes e complexas questões sociais, a tendência é que o Poder Legislativo delegue cada vez mais suas funções para as agências reguladoras²¹.

Portanto, para os autores, “a teoria é que as considerações de custo desempenharam um papel importante no processo legal, especificamente em relação à escolha da precisão com a qual formular os comandos da lei e a alocação da responsabilidade dos legisladores, tribunais e outros órgãos”²². A dita coerência pontual da teoria se revela na estreita hipótese de se aceitar a premissa de que existe um elevado “custo das regras legais”, basicamente porque o processo legislativo para revisá-las²³, ao menos no caso brasileiro, é por demais complexo. Então, a consequência disso é que o quadro descrito aponta razões de ordem causal, a serem comprovadas empiricamente, relacionadas à influência dos custos da negociação legislativa no aumento da produção normativa das agências reguladoras.

Para esclarecer melhor a importância dos pontos acrescentados à teoria do “interesse público”, basta que se tenha em mente que esta teoria se relaciona com a integridade do agir do agente responsável pela regulação estatal. Assim, o alargamento congruente da teoria evidencia que este agente pode falhar, mesmo que tacitamente. Além disso, levando-se em conta que a premissa dos altos custos de negociação das regras legais geraria o aumento constante da delegação legislativa para as agências reguladoras,

21 POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. *Ibid.*, p. 267.

22 *Ibid.*, p. 272.

23 A revisão das regras é abordada por Posner e Ehrlich na seguinte passagem: “os maiores custos das regras estatutárias também podem explicar por que essas regras geralmente são mais difíceis de rever ou modificar do que as regras feitas pelo juiz – razoavelmente, que os custos de revisão de uma regra são semelhantes aos da criação de uma nova regra”. *Ibid.*, p. 273-274.

estas conseqüentemente estariam progressivamente mais condicionadas às falhas na atuação de seus membros.

Duas últimas reflexões para contribuir com a caracterização do interesse público manifestada por atos legislativos, e para que seja possível ficar mais ameno o embate da teoria do “interesse público” com outras contrárias, são as de que: i) o mercado funciona por meio de considerações pessoais, em geral possivelmente mais íntegras do que nocivas ao interesse público. Porém, se estas ponderações porventura causarem prejuízos a terceiros (por exemplo, a grupos de consumidores prejudicados pelo interesse pessoal de empresários), os ganhos destes prejudicados, que são passíveis de serem mensurados em várias ordens, poderão compensar suas perdas²⁴ e ii) os políticos podem impor suas próprias ideologias sobre o eleitorado ou então utilizarem seu poder para conseguir benefícios pecuniários. Mas é possível pressupor que também sentem satisfação ao imporem as suas próprias concepções de interesse público à população. Assim, as existências de determinadas políticas públicas se justificariam pela fixação desse interesse público com viés personalíssimo²⁵.

A teoria do “interesse público” é muito incipiente ao tratar da relação entre o conceito de interesse público e o interesse de certos grupos, mas os enfrentamentos até então dirigidos contra suas estruturas fundamentais e as suas propostas teóricas de reestruturação foram importantes para a sua própria evolução e, conseqüentemente, para sua contribuição no debate mais amplo.

3. As vertentes da teoria da “captura” das agências reguladoras e suas inconsistências substanciais

Dedicada à regulação econômica, a teoria da “captura” possui diversas formulações. Em sua vertente marxista de pensamento, são trazidos pontos teóricos diametralmente opostos a qualquer aproximação ao conceito de interesse público. O que se coloca por esse segmento é que existe validade em uma construção silogística que traz a premissa maior de que o capitalismo, que é dirigido pelos

24 POSNER, Richard A. *Theories of Economic Regulation*, p. 340-341.

25 Id.

grandes negócios, furta a liberdade das instituições sociais de estabelecerem seu próprio rumo. Em complemento, a premissa menor é de que a regulação está contida no âmbito da competência das instituições, portanto, o resultado final é que o capitalismo toma as rédeas da regulação. Não é preciso muito esforço para perceber que a deficiência argumentativa dessa concepção está na existência de regulação econômica pautada na defesa dos interesses que não são somente dos grandes empresários, mas também da parcela da atividade econômica dominada pelos pequenos negócios²⁶.

No âmbito de idealização teórica dominada pela ciência política, a teoria da “captura” é um pouco mais consistente com a realidade do que a teoria do “interesse público”. De acordo com Arthur F. Bentley, em uma primeira avaliação de como deve ser o estudo do processo político, poder-se-ia considerar que o ponto de partida seria o aprendizado do funcionamento dos grupos subjacentes aos grupos políticos, pois estes últimos possuem suas peculiaridades específicas e se originam de outros grupos. Porém, para este autor, é válido o reconhecimento de que a base dominante da atividade política, apesar de não exclusiva, é a econômica. Portanto, para uma melhor compreensão da vida econômica, faz-se necessário estudar primeiramente os grupos políticos. Estes grupos, segundo ele, são altamente representativos da sociedade, portanto, é mais fácil trabalhar de forma palpável com eles devido à aproximação que fazem com os ideais da opinião pública²⁷.

Adicionalmente, David B. Truman, influenciado por Bentley, segue semelhante linha de pensamento descritiva ao tratar do processo governamental²⁸. Dessa forma, também desenvolve a ideia de interação entre os grupos de interesse²⁹ e a atividade política. Seu desígnio fundamental foi detalhar a influência do papel dos

26 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 341.

27 BENTLEY, Arthur F. **The Process of Government: A Study of Social Pressure**. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1908, p. 209-210.

28 TRUMAN, David B. **The Governmental Process: Political Interests and Public Opinion**. Alfred A. Knopf, New York, 1951. Conforme afirmou Truman, Arthur F. Bentley foi a principal referência para seu pensamento, p. ix.

29 O autor realiza uma definição bastante ampla de “grupos de interesse” no seguinte trecho de sua obra: “qualquer grupo, que com base em uma ou mais atitudes compartilhadas, faz certas reivindicações sobre outros grupos na sociedade para o estabelecimento, manutenção ou aprimoramento de formas de comportamento que estão implícitas nas atitudes compartilhadas”. *Ibid.*, p. 39. (tradução nossa).

grupos de interesse dentro das chamadas instituições formais de governo³⁰. Em certo ponto de seu desenvolvimento argumentativo, ele é consistente em combater a elucubração de que a atuação dos grupos de interesse no ambiente político é necessariamente prejudicial à sociedade. Um de seus propósitos, portanto, foi expor que grupos de interesse podem não ser considerados ameaçadores dentro de um sistema político como o dos Estados Unidos³¹. Ao tratar do que chamou de “sobreposição de membros”, Truman levantou a seguinte problemática “como uma política estável existe dentro de uma multiplicidade de grupos de interesse?”, e em seguida respondeu que, a longo prazo, as adesões se sobrepõem nesses grupos e impõem sua própria ideologia. Em outras palavras, outros grupos podem agir dentro de determinado grupo de interesse e atrapalhar a harmonia deste, forçando-o a reconsiderar seus interesses anteriores. Dessa forma, para ele, a tendência é que essas adesões sobrepostas conciliem as diferenças dentro dos grupos de interesse, porém, o autor reconheceu que nas associações norte-americanas era pouco possível visualizar as ditas associações. Em vista disso, ele passou a concentrar sua análise na definição dos “potenciais grupos de interesse”, mas também acabou encontrando problemas conceituais ao reconhecer que existem obstáculos como a inércia e a atividade de grupos de oposição³².

Do ponto de vista da contribuição da área da ciência política para a teoria da “captura”, a análise de Truman é visivelmente mais moderada. Nesse sentido, apesar de reconhecer que grupos empresariais possuem uma posição privilegiada, isto é, favorecida pela confiança e expectativa depositada neles pelo sistema econômico³³, Truman não viu problemas de incompatibilidade entre a influência de grupos de interesse no cenário político e o Estado democrático. Em contrapartida, Posner afirma que nessa versão da teoria da “captura” do livro de Truman existe “vagueza de teorização”³⁴.

30 Ibid., p. 505.

31 TRUMAN, David B. **The Governmental Process: Political Interests and Public Opinion**. Alfred A. Knopf, New York, 1951, p. 514.

32 Ibid., p. 510-520.

33 Ibid., p. 255.

34 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 341, nota de rodapé n. 14.

Uma outra contribuição interessante da ciência política para o que se convencionou chamar de “captura”, provém de Marver H. Bernstein. No capítulo 3 de sua obra, denominada *Regulating Business by Independent Commission*, ele divide o ciclo de vida das *regulatory commissions*³⁵ dos EUA em quatro períodos: gestação, juventude, maturidade e velhice³⁶. Ainda dentro da contribuição da ciência política ao tema da “captura”, essa análise é mais valiosa do que a anterior (aquela feita por Truman), porque o prisma perturbador central agora é o grupo de interesse constituído pelas empresas dominantes do mercado.

Em relação à fase da velhice, Bernstein enfoca de uma maneira um tanto quanto pessimista que a “inércia e a perda de vitalidade” são elementos inerentes ao destino de todas as instituições sociais. Então, nessa visão, o que varia amplamente de uma instituição para outra é o poder de resistência às coações. Em outros termos: como forma de abraçar uma maior resistência às intempéries a que estão sujeitas ao longo do tempo, determinadas agências reguladoras passam a chamar para si um senso de responsabilidade e compromisso com a sociedade. Assim, tomam por bem atrair funcionários e líderes capacitados para enfrentar os problemas por um longo, mas finito período de tempo. Em contrapartida, outras agências reguladoras se tornam instituições passivas e controladas de forma mais rápida. Por fim, dentro de uma miríade de situações econômicas hostis, estas instituições tendem a parear seus alvos de atuação com as demandas

35 As *regulatory commissions* correspondem às instituições que regulam os assuntos econômicos. Convencionou-se afirmar que a primeira agência reguladora foi a *Interstate Commerce Commission* (ICC), criada em 1887. Em relação à ICC, Samuel P. Huntington se propõe a analisar as causas de seu declínio e sua desejável condição de subsistência como instituição. Para ele, a perspectiva de sobrevivência de uma agência reguladora tem relação direta com a capacidade de ela se antecipar e de se adaptar às demandas e pressões políticas. Dessa forma, uma saída viável é conseguir angariar apoio suficiente junto ao corpo político para poder se manter operante, ou seja, protegida contra tentativas de supressão de sua atuação. Caso contrário, pode-se dizer que a agência paira desamparada dentro de um ambiente que o autor chama de “marasmo administrativo”. HUNTINGTON, Samuel P. The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroad, and the Public Interest. *The Yale Law Journal*, v. 61, n. 4, p. 470, 1952. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/793586>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

36 BERNSTEIN, Marver H. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1955. O autor ainda afirma que: “a duração de cada fase varia de uma comissão para outra, e às vezes um período inteiro parece ser ignorado. Algumas comissões mantêm sua juventude por bastante tempo, enquanto outras parecem envelhecer rapidamente e, aparentemente, nunca passam por um período de adolescência otimista. Algumas são aventureiras, enquanto outras estão mais próximas do padrão estabelecido pela comissão mais antiga, a ICC. Tais diferenças agregam um elemento de interesse e realidade à evolução da regulação da comissão, mas não invalidam generalizações sobre a história administrativa da regulação”, p. 74. (tradução nossa).

de grupos de interesse que dominam a economia. Nesse estágio, a fragilidade e a frouxidão são características marcantes³⁷.

Ainda na esteira do pensamento dos cientistas políticos, convém abordar a preocupação de Harmon Ziegler com o papel que os denominados “grupos de pressão”³⁸ organizados desempenham na política pública. Segundo essa análise, a configuração de pressão nas agências é uma continuidade do que ocorre no processo legislativo. Porém, a esfera administrativa possui características diferenciais, como, por exemplo, sua própria percepção das técnicas de influência de grupos de interesse, que difere sobremaneira da percepção dos legisladores acerca do mesmo assunto³⁹.

Por conseguinte, conforme o governo vai se envolvendo com a complexidade dos assuntos econômicos, mais a agência vai assumindo responsabilidades, e, mais ainda, grupos que tencionam exercer influência nas políticas públicas passam a possuir grande interesse de que as agências sejam instituídas nas áreas próximas ao seu campo de atuação⁴⁰. Em outros casos, que explicam como as agências são constituídas, o autor verifica que a origem da atividade regulatória está no atendimento aos desejos de grupos pela eliminação da competição⁴¹.

Este exame de Ziegler ainda aponta dois pontos interessantes: o primeiro está relacionado com a “clientela”⁴² da agência que

37 Ibid., p. 91-92.

38 Para a correta consideração da argumentação de Ziegler, primeiramente é necessário verificar o conceito de “grupos de pressão” que este cientista político constrói em seu livro. Para ele, trata-se de um “agregado organizado que busca influenciar o conteúdo das capacidades governamentais. A definição implica uma coleção de indivíduos que se unem conscientemente, amalgamam suas forças, consultam sobre questões de estratégia de organização e realizam ações na busca de seus objetivos”. ZIEGLER, Harmon. **Interest Groups in American Society**. Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1964. (tradução nossa).

39 BERNSTEIN, Marver H. **Regulating Business by Independent Commission**. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1955, p. 277.

40 Ibid., p. 278.

41 Um exemplo levantado foi a criação da *Florida Milk Commission*, em 1933. Nessa época, as associações comerciais da indústria do leite na Flórida não conseguiram chegar a um desfecho positivo em relação à competição vinculada à dinâmica dos preços no mercado. Assim, clamaram por uma resposta estatal àquele desentendimento comercial para que fosse estabelecido o preço mínimo que o leite deveria ser vendido. Em contrapartida, os legisladores do estado da Flórida criaram a *Milk Control Board*, que se transformou posteriormente na *Florida Milk Commission*, cuja estrutura foi exatamente aquela desejada pelos interesses dos particulares que apoiaram sua criação. Ibid., p. 279-280.

42 O termo é definido como: “grupos cujos interesses são fortemente afetados pelas atividades de uma agência e fornecem as principais fontes de apoio político de oposição”. Ibid., p. 280.

impacta no direcionamento da atividade regulatória. Se este grupo afetado pela regulação for amplo e díspar, a agência terá maiores conflitos em potencial. Do contrário, se o grupo for pequeno e unido, a comunicação com a agência será facilitada e estabelecida mediante um único ponto de vista. Em resumo, quanto menos esta “clientela” for sujeita a conflitos com outros grupos de interesse, mais poder de influência sobre as decisões regulatórias ela terá⁴³. A segunda reflexão diz respeito às técnicas de influência: em relação aos grupos sujeitos à regulação de apenas uma única agência, aqueles grupos que tivessem que dividir sua atuação diante da competência de diversas agências, sairiam em desvantagem⁴⁴.

Diante deste considerável debate no terreno da ciência política, não foram poucas as críticas direcionadas à teoria da captura das agências reguladoras. De imediato, pela trivial e popular compreensão do termo “captura”, é possível extrair um entendimento de que não se trata propriamente de uma teoria, mas sim de uma hipótese de difícil comprovação.⁴⁵ Na realidade, confabular quais instituições são passíveis de serem capturadas é o mesmo que lançar um palpite. Para tanto, basta identificar no desenho institucional quais instituições exercem a atividade regulatória com repercussão na economia. Assim, reconhecer que determinada agência está capturada pelos interesses de grupos econômicos é atividade prognóstica que não exige muito esforço reflexivo, muito menos compromisso com a verdade.

À vista disso, também é possível combater a ideia de “captura” realizando diversos outros questionamentos não abordados na formulação teórica da teoria relacionada: i) a regulação realmente está voltada para esse processo de submissão da agência a interesses particulares, ou é mais relacionada com negociações de ambas as partes?; ii) são somente as empresas reguladas que podem capturar as agências, ou outros grupos como consumidores⁴⁶

43 Ibid., 280-281.

44 Ibid., p. 285.

45 POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, p. 342.

46 Para uma abordagem mais aprofundada dessa crítica em relação à regulação em benefício de consumidores da indústria do gás natural, ver: POSNER, Richard A. *Taxation by Regulation*. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 23, 1971. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3003161>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

ou sindicatos podem atuar com esse intento?; e iii) se o agente privado é poderoso o bastante para capturar a agência, pode ele impedir também sua criação⁴⁷?

4. Conclusão

Richard A. Posner ofereceu em um de seus trabalhos importantes críticas em relação à teoria do “interesse público” e à teoria da “captura” das agências reguladoras. O presente artigo estabeleceu como ponto de início este trabalho de Posner, mas não se vinculou completamente ao seu eixo ou a qualquer marco teórico. As duas teorias abordadas tentaram estabelecer um certo padrão para a regulação econômica, mas são inconclusivas. Procurou-se neste trabalho identificar as respectivas reformulações das bases teóricas das duas teorias, mas, mesmo assim, em relação à teoria do interesse público, não foi possível observar de que forma o conceito de interesse público se relaciona com o interesse de certos grupos. Por conseguinte, de uma forma geral, as contribuições oriundas da ciência política são importantes para o debate da apropriação das agências reguladoras por grupos de interesse, mas devem ser desconsideradas. A teoria da “captura” é descritiva e tem alguma chance de salvação, mas pesa contra quem defende sua vertente econômica da responsabilidade de refinar os trabalhos empíricos para que se possa chegar a um correto direcionamento em relação à regulação econômica estatal.

5. Referências

- BENTLEY, Arthur F. **The Process of Government: A Study of Social Pressure.** The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1908.
- BERNSTEIN, Marver H. **Regulating Business by Independent Comission.** Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1955.
- DEHAVEN, James C. Water Supply, Economics, Technology and Policy. **The RAND Corporation**, Santa Monica, Califórnia, 1963. Disponível em: <<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/papers/2009/P2694.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

⁴⁷ Estas perguntas foram elaboradas com base nas críticas de Posner à teoria da “captura”. POSNER, Richard A., op. cit., p. 342-343.

- HERRING, E. Pendleton. **Public administration and the public interest**. New York, McGraw-Hill, 1936.
- HUNTINGTON, Samuel P. The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest. **The Yale Law Journal**, v. 61, n. 4, 1952. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/793586>>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- JORDAN, William A. Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation. **The Journal of Law & Economics**, v. 15, n. 1, 1972. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725019>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3003113>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- _____. Natural Monopoly and Its Regulation. **Stanford Law Review**, v. 21, p. 548-643, 1968. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1862/>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- _____. Taxation by Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 23, 1971. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3003161>>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- _____; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724127>>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- SCHUARTZ, Luís Fernando. Poder econômico e abuso do poder econômico no direito da concorrência brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 23, n. 94, 1994.
- STIGLER, George J.; FRIEDLAND, Claire. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **The Journal of Law & Economics**, The University of Chicago Press for The Booth School of Business, University of Chicago and The University of Chicago Law School, v. 5, 1962. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725003>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- TRUMAN, David B. **The Governmental Process: Political Interests and Public Opinion**. Alfred A. Knopf, New York, 1951.
- ZIEGLER, Harmon. **Interest Groups in American Society**. Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1964.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Gotham,
no ano de 2017.

A presente obra reúne os trabalhos apresentados pelos discentes participantes do II Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e da Faculdade de Direito da UERJ. Seguindo o bem-sucedido formato do encontro de 2016, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, e vários alunos dos dois programas, reuniram-se para trocar impressões sobre pesquisas em andamento. O fio condutor desta segunda edição do evento foi o mote das transformações no Direito Administrativo, com ênfase nas novas tecnologias e alternativas regulatórias. Assim como na primeira edição, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das duas instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em direito público no país.