

ESTUDOS DE DIREITO DESENVOLVIMENTO E NOVAS TECNOLOGIAS

Fábio da Silva Veiga
Denise Pires Fincato
(diretores)

Rubén Miranda Gonçalves
Paulo de Brito
(coordenadores)



IBEROJUR



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
DO PORTO

Os editores não são responsáveis pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. Os editores se opõem expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados os editores e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

Ficha Técnica

© 2020 [Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos / Fábio da Silva Veiga]

© Capa: Talita Correa Gomes Cardim

Título: Estudos de Direito, Desenvolvimento e Novas Tecnologias;

Editores: Fábio da Silva Veiga e Denise Pires Fincato

Diagramação: Sandro Glasenapp Moraes e Guilherme Schoeninger Vieira

[Autores vários]

[Suporte: Eletrónico];[Formato: PDF / PDF/A]

ISBN: 978-989-33-0478-5

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

Rua de Ceuta, 118, 1 andar, sala 1.

Porto – Portugal - 4050-190

Co-edição: Universidade Lusófona do Porto



Comité Científico



António Tirso Ester Sánchez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Armando Luiz Rovai (Universidade Presbiteriana Mackenzie/PUC-SP)
Catherine Maia (Universidade Lusófona do Porto)
Denise Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro)
Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería)
Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Salamanca)
Gilberto Sturmer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Guilherme Wunsch (Unisinos)
Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo)
João Proença Xavier (Universidad de Salamanca)
Jorge Bacelar Gouveia (Universidade Nova de Lisboa)
José Julio Fernández Rodríguez (Universidade de Santiago de Compostela)
Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Lígia Abreu (Universidade Lusófona do Porto)
Lorenzo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca)
Luciana Aboim Machado (Universidade Federal de Sergipe)
Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo)
Maria de Fátima Ribeiro (Universidade de Marília)
Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto)
Rodrigo Pagani de Souza (Universidade de São Paulo)
Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela)
Rui de Albuquerque (Universidade Lusófona do Porto)
Thais Cárnio (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília)
Wilson Engelmann (Unisinos/JusNano)
Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

ÍNDICE

CAPÍTULO I

- La tecnologia nella gestione della previdenza pubblica: telematizzazione degli archivi contributivi e diritti individuali dei lavoratori* 9**
DAVIDE CASALE

CAPÍTULO II

- Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira* 24**
DENISE FINCATO

CAPÍTULO III

- Tecnologie digitali e servizi pubblici per il lavoro: l'esperienza italiana* 40**
ANNA MONTANARI

CAPÍTULO IV

- Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione dei tempi di vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione*. 52**
ALESSANDRO BOSCATI

CAPÍTULO V

- A criação de valor da empresa socialmente responsável na perspectiva jurídica do interesse social* 80**
FÁBIO DA SILVA VEIGA

CAPÍTULO VI

- A ciência estatística e sua repercussão no nexo causal da responsabilidade civil: levando a sério a probabilidade*..... 88**
EUGÊNIO FACCHINI NETO

CAPÍTULO VII

- Qualche considerazione sulla disciplina del lavoro agile* 102**
MARIA GIOVANNA GRECO

CAPÍTULO VIII

- Desafios na tributação sobre o consumo e sustentabilidade*..... 114**
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO & JOANA D'ARC DIAS MARTINS

CAPÍTULO IX

- O regime jurídico do teletrabalho em Portugal*..... 130**
MÁRIO SIMÕES BARATA

CAPÍTULO X

Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito 138
STEFANIA PEDRABISSI

CAPÍTULO XI

A relação entre as smart cities e os objetivos do desenvolvimento sustentável: uma análise comparativa entre o plano nacional espanhol de cidades inteligentes e os objetivos do desenvolvimento sustentável da ONU 150
DIOGO LUIZ CHAGAS SANTOS & VIVIAN RODRIGUES MADEIRA DA COSTA

CAPÍTULO XII

Tecnologia, mercado del lavoro e servizi per l'impiego. Riflessioni sui possibili scenari delle politiche per l'occupazione ai tempi dell'e-recruitment 158
SUSANNA PALLADINI

CAPÍTULO XIII

Reflexões sobre a tributação de startups a partir da lei complementar 167/2019 e os impactos no desenvolvimento econômico nacional 176
MARIA DAS GRAÇAS MACENA DIAS DE OLIVEIRA & MARCELA MOURA CASTRO JACOB

CAPÍTULO XIV

A defesa da vida e da integridade do ser humano: aspectos referentes à bioética na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 188
VIVIAN RODRIGUES MADEIRA DA COSTA & YASMIN RODRIGUES MADEIRA DA COSTA

CAPÍTULO XV

Os transplantes jurídicos: uma análise na perspectiva da interligação entre o Direito e as inovações tecnológicas 204
BRUNA LIETZ

CAPÍTULO XVI

Da regulamentação das criptomoedas no Brasil 216
GABRIELA AMORIM PAVIANI & EZEQUIEL ANDERSON JUNIOR

CAPÍTULO XVII

Uso de algoritmos e infrações concorrenciais: o big data e o abuso de posição dominante da google no brasil 224
RAFAEL RODRIGUES SOARES & DANILO IKEDA CAETANO

CAPÍTULO XVIII

De smart cities a smart universities: o papel das Universidades para a construção de cidades e comunidades sustentáveis 238
LIANE MARIA SANTIAGO CAVALCANTE ARAÚJO & MÔNICA MOTA TASSIGNY

CAPÍTULO XIX

Ética, sustentabilidade e desenvolvimento empresarial 253
MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA & JOSEMAR SOARES

CAPÍTULO XX

Um paralelo entre democracia e desenvolvimento 263
GEILSON NUNES & JEFFERSON APARECIDO DIAS

CAPÍTULO XXI

A influência dos vieses cognitivos na tomada de decisão pela inteligência artificial: um estudo baseado nas evidências do caso norte-americano – COMPAS..... 279
LUANA STEFFENS

CAPÍTULO XXII

Agrotóxicos, tecnologia e qualidade da água 295
MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA & NELSON ALEX LORENZ

CAPÍTULO XXIII

Tecnologia, Compliance e Responsabilidade Social das Instituições de Ensino Superior no Brasil: O uso de plataforma digital e de métodos de compliance como forma de aprimoramento da efetividade da extensão universitária. 313
MÔNICA MOTA TASSIGNY & JOSÉ DIEGO MARTINS DE OLIVEIRA E SILVA

CAPÍTULO XXIV

O Quarto Setor e os Novos Paradigmas da Ética Empresarial e da Função Social da Empresa..... 324
CAROLINA RODRIGUES MADEIRA DA COSTA

CAPÍTULO XXV

Função social e função solidária da empresa e a sua responsabilidade social com a publicidade 332
ANGELA APARECIDA OLIVEIRA SOUSA & VALTER MOURA DO CARMO

CAPÍTULO XXVI

O desafio da proteção do consumidor na era digital..... 350
PAULO ROBERTO MEYER PINHEIRO & PATRÍCIA PINTO ALVES

CAPÍTULO XXVII

Imunidades tributárias e o princípio da segurança jurídica..... 370
MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO & ANGELA APARECIDA OLIVEIRA SOUSA

CAPÍTULO XVII

Uso de algoritmos e infrações concorrenciais: o *big data* e o abuso de posição dominante da google no brasil

RAFAEL RODRIGUES SOARES*

DANILO IKEDA CAETANO**

Universidade de Marília/Brasil

INTRODUÇÃO

A ordem econômica, insculpida na Constituição Federal, tem como base a valorização do trabalho e a livre iniciativa, tem como princípios a livre concorrência a soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, defesa do consumidor e meio ambiente, redução das desigualdades sociais, busca do pleno emprego e favorecimento da pequena empresa. Destes, cabe destaque a livre concorrência. A livre concorrência enseja uma permanente disputa entre os agentes econômicos. Disputa pela preferência do consumidor.

No entanto, a concorrência só saudável quando procedida de forma não prejudicial ao mercado, ou seja, desde que não haja práticas anticoncorrenciais. Tais práticas estão previstas na legislação nacional com destaque para a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC), e a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que trata sobre direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

É o Estado que exerce a atividade de controle concorrencial, com o objetivo de corrigir as falhas do mercado. Esta atividade é exercida por meio de um sistema de defesa da concorrência, composto pelo essencialmente por órgãos administrativos com destaque para o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Busca-se implementar uma política concorrencial para atingir um nível de regulação desejável e eficiente, corrigindo as distorções do mercado.

Atualmente, a utilização de algoritmos pelos agentes econômicos é prática usual e tendência futura. São utilizados mecanismos tecnológicos em diversos segmentos visando

* Mestrando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Procurador Jurídico Legislativo da Câmara Municipal de Guiratinga-MT. Advogado. Professor da Universidade de Cuiabá (Unic) *campus* Rondonópolis. Especialista em Direito Eleitoral Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). e-mail: soares@paulinosoares.com.br.
** Mestrando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Procurador Jurídico do Instituto Municipal de Previdência Social dos Servidores de Rondonópolis-MT (IMPRO). e-mail: ikedacaetano@gmail.com.

destaque perante o consumidor e melhoramento do produto ou serviço. Por isso, o uso de algoritmos tem ganho destaque nos debates sobre infrações concorrenciais.

Mesmo que a legislação nacional não preveja propriamente infrações concorrenciais perpetradas por meio de algoritmos, é perfeitamente admissível que haja a prática ilícita, desde que a finalidade anticoncorrencial descrita pela lei seja atingida.

O destaque deste trabalho é para prática anticoncorrenciais relacionados ao *big data* e ao abuso de posição dominante em mercados da internet. No primeiro caso, a concentração do mercado dados de empresas como Google e Facebook é um alerta para os sistemas de defesa da concorrência. A quantidade de dados coletada por essas empresas somada a atual capacidade de análise, que possibilita a correspondência muito precisa com o usuário, implica em um impedimento para o surgimento de concorrência e dificuldade de operação para as empresas existentes.

Por sua vez, a posição dominante de mercado, em especial da Google, já se mostrou prejudicial à concorrência. A Google sofreu condenação da Comissão Europeia por práticas abusivas referentes a sua posição dominante no mercado de buscadores on-line, ficando constatado a promoção desigual de aplicações da própria empresa em detrimento de outras concorrentes.

No Brasil, foram instaurados procedimentos administrativos perante o CADE no intuito de apurar eventuais práticas abusivas decorrentes da posição dominante que o Google ocupa. Tais procedimentos ainda não foram julgados e seu desenvolvimento dependerá do direcionamento adotado pelo CADE.

1. LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal trata a partir do artigo 170 dos princípios gerais da ordem econômica, com destaque, para os fins que se destina este trabalho, o princípio da livre concorrência (baseada na liberdade de iniciativa econômica ou comercial).

Ordem econômica, para Tavares (2011, p. 83), “é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico” e, assim, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal, se observa que a ordem econômica está fundada na livre iniciativa, de modo que a concorrência é um dos seus princípios informadores.

No contexto da livre iniciativa prevista na Constituição Federal, os agentes econômicos concorrem o direito de disputar livremente a preferência do consumidor e nessa busca pela preferência do consumidor, realizam comportamentos estratégicos, cujos resultados, em algumas vezes, acabam sendo abusivos e ilegais.

Em uma economia que prima pelo livre-mercado e pela liberdade de concorrência, há disputa pela preferência dos consumidores. Isto gera a concorrência entre os agentes econômicos no mercado. É uma disputa permanente, que enseja busca constante por vantagens competitivas para que seus bens e serviços sejam preferidos. Estas vantagens são denominadas como eficiência econômica (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 110).

Dessa forma, o regime concorrencial contribui para o desenvolvimento econômico ao estimular a eficiência econômica, principalmente por meio de inovações. E de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a aquisição de poder econômico por si só não é ilícita, embora a concentração econômica represente uma falha de mercado, em razão da adoção de comportamento anticoncorrencial pelo agente dominante, além de que, economicamente, implique em uma alocação ineficiente de recursos (BAGNOLI, 2005, p. 148-149).

Em que pese a inexistência de ilicitude, a concentração de poder econômico promove alguns eventos prejudiciais como o desestímulo à eficiência dinâmica, a mudanças tecnológicas e ao progresso econômico, acarretando, por último, em elevação dos preços, contrariando a vontade dos consumidores (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 21-22).

No sentido de reprimir a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, a legislação antitruste brasileira, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDBC), e disciplina exemplificativamente as condutas caracterizadoras de infração à ordem econômica.

Portanto, é imprescindível uma política concorrencial que proporcione o nível de regulação desejável e eficiente para corrigir tais distorções do mercado, criando estrutura jurídica legal e administrativa que possibilite a implementação dessa política. É o caso do SDBC, cuja finalidade é zelar pelo bom funcionamento do mercado, mantendo condições saudáveis e adequadas à competição entre os agentes econômicos, sejam estatais ou não (MARRA, 2015, p. 21).

O Estado exerce a atividade de controle da concorrência nos vários segmentos da economia, sendo que alguns podem ser monopólios legalmente protegidos. Entretanto, segundo Marrara, mesmo nessas condições não se descarta a atuação antitruste, sendo a aplicabilidade

do direito concorrencial de superação das relações horizontais entre particulares, incidindo sobre agentes em posição de monopólio, da mesma forma que em relações verticais (MARRA, 2015, p. 21).

Diante disso, tem-se o Direito da Concorrência como instrumento de políticas públicas, buscando a promoção do trabalho e proteção de segmentos econômicos, mas também interesses localizados em uma zona cinzenta, em que se misturam interesses públicos com interesses concorrenciais (MARRA, 2015, p. 23).

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, no artigo 1º, caput, estipula como objetivos gerais os “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Isto quer dizer, nas palavras de Marra, que o Poder Público no Brasil visa:

- (1) garantir a possibilidade de que os agentes econômicos inovem, criem segmentos de mercado ou ingressem em seguimento preexistentes (liberdade de iniciativa);
- (2) permitir que os agentes econômicos disputem a ampliação de sua participação de mercado com base em diferenciais tecnológicos, bons produtos e outras estratégias consideradas saudáveis e compatíveis com o direito (livre concorrência);
- (3) estimular os concorrentes a utilizarem sua propriedade para fins econômicos legítimos e não para distorcer a livre concorrência ou criar barreiras impeditivas de livre-iniciativa (função social da propriedade);
- (4) proteger os direitos do consumidor, sobretudo nas situações em que agentes econômicos, por sua força de mercado, tendam a colocar em segundo plano o respeito aos destinatários finais do ciclo produtivo (defesa do consumidor);
- (5) impedir os desvios ilícitos do poder econômico, não somente em detrimento do consumidor, mas igualmente contra outros agentes de mercado ou mesmo fornecedores e distribuidores (repressão ao abuso do poder econômico) (2015, p. 25).

O SDBC, em consonância com os ditames constitucionais, atua de forma repressiva e preventiva, operacionalizando políticas públicas econômicas para, como finalidade maior alinhada ao bem comum, garantir existências digna a todos, seguindo as diretrizes da justiça social, de modo que o bem comum, como interesse público primário, sobrepõe-se ao objetivo imediato de defesa das boas condições do mercado.

Nesse sentido, o entendimento de defesa da concorrência “deve ceder a uma interpretação teleológica, já que o próprio direito aceira sua relativização em favor dos princípios maiores da ordem econômica” (MARRA, 2015, p. 25).

2. ALGORITMOS

Algoritmos trata-se de um conjunto de instruções dadas a um computador, como uma receita de bolo ou passo-a-passo para se jogar um jogo. É uma sequência de regras ou operações, cuja aplicação em um número de dados possibilita resolver problemas de classes semelhantes, com as diretrizes seguidas por uma máquina e, essencialmente, são uma forma matemática de representar um processo estruturado para realizar uma tarefa. São como regras e fluxos de trabalho, um passo-a-passo a ser seguido pela máquina.

De maneira técnica, de acordo com Silveira (2017, p. 2), algoritmos podem ser definidos como “rotinas logicamente encadeadas. Também podem ser compreendidos como o conjunto de instruções introduzidas em uma máquina para resolver um problema bem definido”. O citado autor destaca que “em geral, eles expressam uma solução computacional em termos de suas condições lógicas (conhecimento sobre o problema) a partir de estruturas de controle, ou seja, estratégias para resolver o problema”.

Nesse sentido, Gillespie (2018, p. 97) ressalta que

Os algoritmos não são necessariamente softwares: em seu sentido mais amplo, são procedimentos codificados que, com base em cálculos específicos, transformam dados em resultados desejados. Os procedimentos dão nome tanto ao problema quanto aos passos pelos quais ele precisa passar para ser resolvido. Podemos considerar como algoritmos, por exemplo, instruções de navegação ou fórmulas matemáticas usadas para prever o movimento de um corpo celestial.

Algoritmos se relacionam desde a execução de padrões simples como o “algoritmo de divisão”, aplicado em processos aritméticos básicos, até padrões bastante complexos, tais como o reconhecimento de faces humanas em imagens digitais de forma automática Silveira (2017, p. 2). Estão presentes em diversos lugares no mundo atual, até mesmo nos sistemas de ABS (freios) e na última década assumiram papel central na economia e na sociedade na última década em virtude do acesso amplo aos computadores, smartphones, tablets, etc.

Atualmente, as pessoas têm adotado as ferramentas computacionais como principal meio de se expressar, sujeitando o discurso e o próprio conhecimento humano às lógicas dos procedimentos da computação. Quando se usa dos algoritmos para escolher o que é relevante, há implicações, já que a relevância é determinada por dados armazenados acerca das atividade, preferência e expressões individuais das pessoas (GILLESPIE, 2018, p. 97).

Por isso, Gillespie (2018, p. 97) afirma que “o fato de estarmos recorrendo a algoritmos para identificar o que precisamos saber é tão marcante quanto termos recorrido aos especialistas credenciados, ao método científico, ao senso comum ou à palavra de Deus”.

Gillespie (2018, p. 97-98) formula seis dimensões dos algoritmos com valor político, as quais são úteis ao que se pretende neste trabalho, merecendo destaque:

1. Padrões de inclusão: as escolhas por trás do que gera um índice, em primeiro lugar; o que é excluído; e como os dados são preparados para o algoritmo.
2. Ciclos de antecipação: as implicações das tentativas dos provedores dos algoritmos de conhecer a fundo e prever completamente os seus usuários; e como importam as conclusões às quais eles chegam .
3. Avaliação de relevância: os critérios pelos quais os algoritmos determinam o que é relevante; como esses critérios nos são ocultados; e como eles implementam escolhas políticas acerca de um conhecimento considerado apropriado e legítimo.
4. A promessa da objetividade algorítmica: a maneira como o caráter técnico do algoritmo é situada como garantia de imparcialidade; e como essa alegação é mantida diante de controvérsias.
5. Entrelaçamento com a prática: como os usuários reconfiguram suas práticas para se adequar aos algoritmos dos quais dependem; e como podem transformar algoritmos em espaços de disputa política, às vezes até mesmo para questionar as políticas do próprio algoritmo.
6. A produção de públicos calculados: como a apresentação algorítmica dos públicos, para eles mesmos, molda uma noção de si desse público; e quem está em melhor posição para se beneficiar desse conhecimento.

As dimensões dos algoritmos propostas por Gillespie traz clareza para o fato de que algoritmos são programados pelo homem, de forma a inclusão ou exclusão de determinado dado, a avaliação da relevância desses dados, o direcionamento para certo público, são previamente determinadas pelo homem, de modo que, então, o algoritmo não pode ser imparcial.

Dessa forma, como constata Silveira, “nem softwares, nem algoritmos nele contidos são neutros. Eles geram efeitos e foram criados e desenvolvidos para determinadas finalidades”. Algoritmos são imateriais e, portanto, invisíveis aos nossos olhos, no entanto, possuem um ponto do qual partiram e ponto para o qual se destinam, embora a finalidade possa ser alterada pelos usuários ou pelo próprio algoritmos, caso seja dotado de códigos de autocorreção e aprendizagem. “Algoritmos são invenções e, como toda invenção, guarda as intenções dos seus criadores” (SILVEIRA, 2017, p. 271-272).

Por essa razão, Gillespie defende que os algoritmos devem ser submetidos a uma análise sociológica, para que estes não sejam concebidos como realizações técnicas abstratas, mas para que se desvende as escolhas humanas e institucionais que orientam tais mecanismos. Tal autor prossegue com a seguinte afirmação “suspeito que uma abordagem mais frutífera seria nos voltarmos tanto para a sociologia do conhecimento, quanto para a sociologia da tecnologia”. A finalidade dessa abordagem seria desvendar como “como essas ferramentas são convocadas, alistadas como parte de, e negociadas em torno de esforços coletivos para conhecer e se tornar

conhecido. Isso pode nos ajudar a revelar que algoritmos aparentemente sólidos são, de fato, realizações frágeis” (Gillespie, 2018, p. 98).

Silveira destaca uma outra questão, a de que os algoritmos são “invisíveis, complexos e escritos em linguagem matemática. Por serem invisíveis, para muitos, os algoritmos não são percebidos, na prática é como se não existissem”. Entretanto, esta invisibilidade gera efeitos na realidade. Silveira cita como exemplo o caso de um algoritmo da Volkswagen, instalado na central eletrônica de veículos que reduzia a taxa de emissão de poluentes quando estivesse submetido a um teste. Essa fraude somente pode ser descoberta em razão dos esforços de pesquisadores da Universidade de West Virginia. O Conselho de Emissões da Califórnia constatou a violação da legislação ambiental em cerca de 482 mil veículos produzidos pela Volkswagen entre 2009 e 2015 (SILVEIRA, 2017, p. 272).

Diante disso, pode-se conceber a possibilidade real de um software atuar de forma a prejudicar a livre concorrência, infringindo a ordem econômica. Entende-se que, com a migração das atividades comerciais para o ambiente digital, é possível a configuração das práticas infracionais contidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, elencadas no artigo 36, que objetivem limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, e exercer de forma abusiva posição dominante.

3. USO DE ALGORITMOS E INFRAÇÕES CONCORRENCIAIS

Em que pese os textos legais não mencionarem especificamente a utilização de algoritmos como instrumento de condutas lesivas, as normas do ordenamento podem ser aplicadas nestes casos, alcançando práticas predatórias inovadoras, pois a legislação prevê o objetivo final almejado pelo agente, sendo irrelevante a forma pela qual se praticou o ato, mesmo que praticado valendo-se de algoritmos, sendo este apenas um novo meio para a prática dos mesmos ilícitos já previstos na lei.

Inegavelmente, as inovações tecnológicas revolucionaram as relações econômicas e impulsionaram o seu crescimento. No entanto, estas também podem ser utilizadas para a execução de práticas abusivas, as quais podem configurar infrações à ordem econômica ou afetar concorrentes diretos.

As novas ferramentas tecnológicas podem ser utilizadas para dominar o mercado, elevar artificialmente preços, induzir o consumidor a erro, dentre outras situações violadoras do ordenamento jurídico, na medida em que são novas formas – agora praticadas em ambiente virtual – de sufocar a livre concorrência e impactar o funcionamento do mercado.

Dessa maneira, cabe ressaltar que o rol de incisos trazidos no artigo 36 da Lei 12.259/2011 é meramente exemplificativo, permitindo a aplicação de sanções na ocorrência de diversas condutas, independentemente das técnicas utilizadas para executá-las. Com isso, na medida em que o agente atuar visando algum dos objetivos previstos na lei, este pode ser penalizado, mesmo que se valendo de instrumentos tecnológicos, como os algoritmos.

Existem diversos casos em que algoritmos causaram ou possibilitaram infrações concorrenciais, no entanto, sem a intenção de esgotar o assunto, este estudo irá analisar alguns em especial, por conta, principalmente, de sua repercussão, do potencial lesivo e da atualidade dos casos. Serão tratados os casos da concentração de mercado e o *big data* e do abuso de posição dominante pela Google no Brasil.

3.1. CONCENTRAÇÃO DE MERCADO E O *BIG DATA*

Ed Finn, em seu livro *What Algorithms Want*, se refere ao Google, Amazon, e Facebook como meras “embalagens culturais construídas em torno de algoritmos sofisticados”. A presença dessas empresas é gigantesca, “celulares, tablets, SmartTVs, veículos, mecanismos de busca na web, entre tantos outros exemplos corriqueiros”, são alguns exemplos de onde pode-se encontrar sua participação. Nesses sistemas estão presentes “algoritmos de classificação social, segmentação de mercado, personalização, recomendações, assim como de controle de tráfego de bits”. Confia-se em tais sistemas, concedendo *clicks*, aceitando termos de serviço. Deposita-se a confiança para que cada sistema escolha qual a próxima música, o filme para assistir, o local onde ir, até quanto crédito financeiro alguém deve receber (FINN, 2017, p. 15).

Vivemos a era do *big data*, que está presente em cada uma dessas escolhas, impulsionado pela massificação de smartphones, computadores, sensores, centrais multimídia, e os variados dispositivos conectados à internet. Estão presentes no nosso cotidiano e possibilitam a coleta de todo tipo de informação. Evidentemente, trazem comodidades, facilitam a comunicação e a criação de soluções.

Machado (2017, p. 390) se refere ao *big data* como um termo “guarda-chuva”, o qual é empregado para descrever a constante coleta de dados individuais por meio dos dispositivos conectados. “O conceito de big data é usualmente associado a determinadas características, identificadas como volume, velocidade, variedade e valor dos dados, resumidamente denominados”.

A extração de dados brutos, por si só, não é suficiente. Não basta apenas extrair informações, é preciso um processo de correspondência, o qual deve ser suficientemente

inteligente para considerar inúmeras dimensões de preferências dos usuários e estabelecer o peso de cada uma delas.

Os dados coletados, seu processamento e análise, usando-se o *big data*, são ferramentas empregadas pelos diversos setores da economia para alavancar o desenvolvimento dos negócios. A adoção de um modelo de negócios baseado na análise dos dados coletados é tendência entre as empresas, que visam o aperfeiçoamento de produtos e serviços voltados aos consumidores. Ou seja, o *big data* tem se tornado um relevante fator no que concerne à concorrência entre as empresas (MACHADO, 2017, p. 390).

Veja-se que os dados são produtos valiosos, vez que MAYER-SCHÖNBERGER e RAMGE (2018) afirmam que a implementação do regime de transição do capitalismo financeiro para o capitalismo de dados, onde o preço perde a centralidade. De fato, serviços são pagos pela contraprestação em dados pessoais (Google, Facebook, Instagram).

O modelo negocial em que serviços são oferecidos de forma “gratuita” possui grande relevância já que nos mercados digitais é notável a predominância de empresas que oferecem serviços e produtos em troca de dados pessoais, suscitando debate internacional em relação ao impacto destas operações sobre os atos de concentração (MACHADO, 2017, p. 390).

Kaufman (2018, p. 52) destaca que “uma das consequências mais perversas do capitalismo de dados é a concentração do mercado”. Tal concentração seria derivada de três efeitos: redução de custos em razão de uma escala; uma rede que expande adesões, que por sua vez geram mais adesões; aprimoramento do produto oriundo de um frequente feedback, que gera ganhos de eficiência (MAYER-SCHÖNBERGER; RAMGE, 2018).

Mayer-Schönberger e Ramge entendem que os sistemas de aprendizado de máquinas estão minando a concorrência, porém, afirmam que a solução não se trata unicamente da abertura dos algoritmos:

Os algoritmos, por si só, não são suficientes para permitir que pequenos competidores e novos concorrentes compitam com empresas estabelecidas, porque os algoritmos não são a matéria-prima [...] os reguladores que desejam garantir mercados competitivos devem exigir o compartilhamento de dados. (MAYER-SCHÖNBERGER; RAMGE, 2018, p. 168)

Nesse sentido, a posse dos dados é o fator que gera vantagem competitiva, ou seja, a vantagem não está no conhecimento dos algoritmos.

Além do poder de mercado obtido pela coleta e análise de dados por meio do *big data*, a privacidade também deve ser objeto de preocupação do direito da concorrência, pois se

considerar que os dados são a nova moeda da internet, o aumento do volume de dados seria equivalente ao aumento de preço.

3.2. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE DA GOOGLE NO BRASIL

A posição dominante está relacionada a uma posição de força econômica da qual uma empresa se beneficia, permitindo que a empresa impeça a manutenção da concorrência no mercado relevante. A empresa detentora da posição de força econômica pode tomar decisões independentemente da reação dos seus concorrentes e dos consumidores. (MOTTA, 2003).

Contudo, a posição dominante não exclui a concorrência. Traz privilégios, já que possibilita uma influência direta nas condições de desenvolvimento da concorrência. Há uma grande responsabilidade das decisões tomadas por uma empresa em posição dominante, posto que cada decisão pode trazer uma repercussão imensa no mercado (MOTTA, 2003).

Uma empresa em posição dominante tende a adotar comportamentos monopolistas, elevando os preços no limite, despreza qualidade do produto ou serviço e impõem práticas a terceiros que não seriam adotadas caso houvesse concorrência. Também implica em independência, pois determina uma liberdade de agir sem considerar o comportamento ou mesmo a existência de outros sujeitos (FORGIONI, 2015, p. 260-262).

Na medida em que uma empresa em posição dominante toma decisões com a finalidade de se aproveitar da posição que ocupa, influenciando a estrutura de mercado no qual participa e gerando consequências prejudiciais para os seus concorrentes e consumidores, tem-se o abuso de posição dominante, (Motta, 2003).

A legislação brasileira não impede a dominação de mercado, desde que resultante de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”. Contudo, a empresa que detém posição dominante pratica atos com capacidade para de determinar o ambiente concorrencial, com potencialidade de colocar em risco a segurança do mercado, em razão de sua posição dominante. Por isso a empresa em posição dominante não poderá afetar e prejudicar a concorrência (FORGIONI, 2015, p. 286).

Em novembro de 2010 a Comissão Europeia (CE) iniciou uma investigação sobre práticas anticoncorrenciais, que consistiram em abuso de posição dominante pela Google. A CE recebeu diversas denúncias de empresas atuantes no ramo informando que a Google estaria favorecendo sua aplicação de comparação de preços (Google Shopping) em detrimento das concorrentes, haja vista que teria uma exposição privilegiada.

Estima-se que a Google, em relação ao mercado de buscadores na internet, no ano de 2009, detinha cerca entre 90-100% das quotas de mercado na maior parte dos países Europeus,

enquanto Microsoft e Yahoo! possuíam juntas menos de 5-10%. Já no EUA, a Google detém cerca de 70% de participação no mercado de buscas online, seguindo por Yahoo! e Bing. No Brasil a estimativa é que o Google detenha 97% das quotas do mercado de busca on-line.

O motor de pesquisa Google, teria concedido posição destacada à aplicação Google Shopping, mesmo que este não fosse o resultado mais útil das pesquisas realizadas. Com isso, seria possível direcionar muitos usuários diretamente para sua aplicação, ou seja, privilegiando sua aplicação em prejuízo dos concorrentes. O algoritmo da Google estaria programado para desfavorecer as demais aplicações semelhantes ao Google Shopping, o que traria imensas dificuldades para as empresas concorrentes subsistirem no mercado.

Em 27 de julho de 2017 a CE publicou sua decisão sobre este caso, concluindo que a Google abusou da sua posição dominante no mercado de serviços de pesquisas na internet, tendo promovido abusivamente a sua aplicação Google Shopping, prejudicando as demais empresas que possuíam aplicações comparação de preços, além disso também impede que novos concorrentes entrem no mercado. A prática também afetou os consumidores, em razão da restrição do direito de escolha.

Segundo a CE, tendo analisado milhões de pesquisas de usuários na Google, uma parte bastante significativa dos usuários apenas analisa a primeira página de resultados apresentada pelo motor de pesquisa. Assim, a posição privilegiada do Google Shopping nos resultados da pesquisa se configura em efetivo privilégio.

Como consequência de tais atos, a CE condenou a Google a uma multa de 2,424 bilhões de euros, devendo alterar seu algoritmo no prazo de 90 dias. Posteriormente, em 18 de julho de 2018, a Google foi novamente multada pela CE em 4,34 bilhões de euros, em razão de práticas abusivas da posição de liderança do Android, seu sistema operacional para smartphones e tablets, no intuito garantir a hegemonia de seu serviço de busca on-line.

Essa nova condenação teve como conclusão o fato de que a Google exigiu que os fabricantes pré-instalassem o aplicativo Google Search e o navegador (Chrome), como condição para o licenciamento da loja de aplicativos do Google (a Play Store).

No Brasil, foi instalado procedimento pelo CADE, originado de denúncia formulada por concorrentes que alegam abuso da Google de sua posição dominante para promover participação do Google Shopping no mercado brasileiro de comparação de preços. Trata-se do Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

Em que pese as alegações, em despacho datado de 19 de novembro de 2018, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) opinou

pelo arquivamento “em virtude da inexistência de indícios de infração à ordem econômica”. Atualmente o processo ainda não foi definitivamente julgado.

Ainda tramitam no CADE os processos administrativos n.º 08700.009082/2013-03 e 08700.005694/2013- 19, que trama, respectivamente sobre: 1) a prática pela Google de *scraping*, ou seja, a apropriação de conteúdo de sites de concorrentes, como o conteúdo da avaliação de produtos, para o aprimoramento da sua plataforma; e 2) a Google estaria impondo, no contrato de prestação de serviços de links patrocinados, restrições que dificultam o gerenciamento das campanhas publicitárias pelos anunciantes.

O CADE analisará se as práticas apontadas nas denúncias ocasionam obstáculo para entrada de concorrentes no mercado brasileiro, impedindo à inovação, bem como se dificulta o desenvolvimento e a operação de concorrentes, sendo que o julgamento será determinado por diversos fatores, como o resultado de outras investigações sobre o assunto em países vizinhos ao Brasil e nos EUA, a existência de provas suficientes, fatores internos relacionados a recursos materiais e humanos, entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro dá destaque à livre concorrência, contudo, esta não se exerce absolutamente, já deve respeito aos demais princípios constitucionais, como valores sociais do trabalho e desenvolvimento nacional. Igualmente, a livre concorrência é limitador da liberdade de iniciativa, pois o empreendimento econômico deve ser conduzido sem que haja abusos, sem que ocorra práticas que impeçam a concorrência entre os agentes. A concorrência, nesse contexto é saudável ao desenvolvimento, por isso deve ser exercida sem abusos. E para tanto o Estado tem uma atuação central, mantendo o sistema de defesa da concorrência para proteção dos agentes econômicos, dos consumidores e do mercado em si.

Com o advento de inúmeras inovações tecnológicas, novas práticas anticoncorrenciais são perpetradas, com destaque para o uso de algoritmos, em que o *big data* e o abuso de posição dominante no mercado de buscadores on-line ganham relevância.

O Facebook e a Google concentram o mercado de coleta de dados e com algoritmos sofisticados são capazes de coletar dados e aplicar uma precisa correspondência de tais dados com os usuários, impedindo o desenvolvimento e o surgimento de novas empresas, barrando a inovação. Os sistemas de defesa da concorrência precisam dar a devida atenção a este fenômeno, interferindo positivamente para que haja compartilhamento dos dados.

Já o caso de abuso de posição dominante pela Google, em razão de favorecimento de seus próprios produtos dentro da sua plataforma de busca e do uso do sistema operacional

Android para o mesmo fim de privilegiar seus produtos em detrimento dos concorrentes, resultou em condenação pela Comissão Europeia.

No Brasil existem procedimentos que visam apurar tais práticas, sendo que de qualquer maneira, a solução deve ser pautada na regulação intersetorial da concorrência, com a finalidade de consecução dos ditames de justiça social, alinhados ao bem comum, objetivo primário e inescusável voltado ao desenvolvimento, que não abarca apenas o viés econômico, mas deve comportar a finalidade social para que seja efetivamente sustentável.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005.

BRASIL. Lei. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Nacional, 2011.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 9, n. 1, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 353, p. 14-26, março de 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison-shopping service. Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm, acesso em 04 dez. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm, acesso em 04 dez. 2018.

FERRARI, Lucas Saretta. Google e o Direito Europeu Da Concorrência: Abuso De Posição Dominante?. **Revista de Concorrência e Regulação**, Vol. IV, n. 14/15, 2013.

FERRAZ, Lúcio Carlos Afonso; DA SILVA, Amanda Mara. O Abuso de Posição Dominante no Direito Europeu da Concorrência: Google—um Delete na Concorrência?. **Cadernos de Direito Actual**, n. 6, p. 355-367, 2017.

FIDELIS, Andressa Lin. Entre o “laissez-faire” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 2, 2015.

FINN, Ed., **What Algorithms Want: Imagination in the Age of Computing**, MIT Press, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GILLESPIE, Tarleton. A relevância dos algoritmos. **Revista Parágrafo**, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação e Crítica da Ordem Econômica**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

KAUFMAN, Dora. O protagonismo dos algoritmos de Inteligência Artificial: observações sobre a sociedade de dados. **Revista digital de tecnologias cognitivas**, n. 17, p. 44, 2018.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Henrique Felix de Souza. Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 4, n. 1, p. 39-62, 2018.

MACHADO, Luiza Andrade. Desafios do Big Data ao Direito da Concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 23, n. 387-404, 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. **Reinventing capitalism in the age of big data**. London: John Murray, 2018.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge University Press, 2004.

PASQUINELLI, Matteo. Google's PageRank algorithm: A diagram of cognitive capitalism and the rentier of the common intellect. **Deep search: The politics of search beyond Google**, p. 152-163, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial. As Estruturas**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

_____. **Regulação da Atividade Econômica. (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos Algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, v. 21, n. 1, p. 267-281, 2017.

Tavares, André Ramos, **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2011.