

Brasília, 22 de agosto de 2023.

Aos Srs. Drs.

Rodrigo Ferreira

Alexandre Lopes

Frederico Rodrigues

Bernardo Sicsú

Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL

Ref.: Aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – e de princípios voltados à proteção do direito à privacidade e à livre concorrência na manipulação de dados de consumidores, mantidos por distribuidoras de energia elétrica, especialmente no que diz respeito aos processos de migração destes clientes ao mercado livre.

## I. OBJETO

1. A Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL – formula consulta sobre a questão de saber se, em que medida, aplicam-se a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – e os princípios voltados à proteção do direito à privacidade e à livre concorrência na manipulação, pelas distribuidoras de energia elétrica, de dados de consumidores elegíveis à migração para o Ambiente de Contratação Livre – ACL.

## II. SUJEIÇÃO DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

### II.1. Bloco normativo formado pela REN n. 1.000/2021 e LGPD

2. A Resolução Normativa n. 1.000/2021, na qual a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – “estabelece as regras de prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica”, determina, em seu artigo 659, § 3º, que os “**dados pessoais**” dos consumidores devem ser “coletados, armazenados, tratados, transferidos e utilizados [pela distribuidora] **EXCLUSIVAMENTE** nos termos do disposto na **Lei n. 13.709, de [...] 2018**”, qual seja, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD):

*“Art. 659. A **distribuidora** deve organizar e manter atualizado o cadastro de todos os consumidores e demais usuários do serviço público de distribuição de energia elétrica, que deve conter, no mínimo, as seguintes informações: [...]*

*§ 3º Os dados pessoais do consumidor e demais usuários serão coletados, armazenados, tratados, transferidos e utilizados **EXCLUSIVAMENTE** nos termos do disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.”<sup>1</sup>*

3. Destarte, a distribuidora não possui a faculdade de fazer qualquer uso dos dados pessoais de seus clientes senão aquele autorizado pela LGPD.

4. A previsão normativa em apreço apenas reforça a incidência, à atividade de distribuição, da LGPD, não obstante o diploma já cuide, por si só, de (i) expressamente sujeitar aos seus ditames qualquer pessoa natural ou “pessoa jurídica de direito público ou privado” e de (ii) abranger o tratamento de dados pessoais que ocorra na prestação de quaisquer serviços por pessoa jurídica de direito público ou privado:

*“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por **pessoa jurídica de direito público ou privado**, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”*

*“Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:*

*I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;*

*II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de **bens ou serviços** ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou*

*III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.”*

5. Dessa forma, o bloco normativo formado pela Lei n. 13.709/2018 e pela Resolução Normativa n. 1.000/2021 sujeita as distribuidoras de energia elétrica, ao tratarem dados pessoais de consumidores, à LGPD.

6. No mesmo sentido, na Nota Técnica n. 14/2023/SAER/SE do Ministério de Minas e Energia – MME, a qual instruiu a Consulta Pública relativa ao processo de renovação das concessões de distribuição de energia elétrica, propõe-se justamente a

---

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>

inserção da previsão da LGPD nos contratos de concessão, “*para proteção dos dados dos usuários e compartilhamento com terceiros*”<sup>2</sup>:

4.3.0.15. Seguindo, a fim de convergir com a legislação sobre proteção de dados de usuários, constante da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, insere-se cláusula de proteção dos dados dos usuários e compartilhamento com terceiros.

## II.2. Classificação dos dados mantidos pelas distribuidoras como pessoais

7. A respeito do que sejam os *dados pessoais* protegidos pela LGPD, a própria lei os conceitua como “*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*”, em seu art. 5º, inciso I.

8. Apesar de a LGPD conceituar o dado pessoal como informação de “*pessoa natural*”, ou seja, pessoa física, é possível a aplicação, por analogia, do referido dispositivo (5º, inciso I) à pessoa jurídica, haja vista a previsão do art. 52 do Código Civil, segundo o qual “*aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*”.

9. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que “*as pessoas jurídicas merecem, no que couber, a adequada proteção de seus direitos da personalidade*”:

*“Impende registrar que a circunstância de um dos executados tratar-se de pessoa jurídica, não obsta a proteção aos direitos da personalidade, pois, nos termos do art. 52 do CC, ‘aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade’.”<sup>3</sup>*

*“as pessoas jurídicas merecem, no que couber, a adequada proteção de seus direitos da personalidade, tendo a jurisprudência dessa Corte consolidado, na Súmula 227/STJ, o entendimento de que as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral.”<sup>4</sup>*

---

<sup>3</sup> REsp n. 1.951.176/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado 19/10/2021, DJe de 28/10/2021.

<sup>4</sup> AgInt no AREsp n. 1.543.570/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/12/2019, DJe de 19/12/2019.

10. Igualmente, a doutrina dispõe que *“as pessoas jurídicas têm direitos da personalidade como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, à imagem, ao segredo etc., por serem dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico-positivo. Havendo violação desses direitos, as pessoas jurídicas lesadas poderão pleitear, em juízo, a reparação pelos danos, sejam patrimoniais, sejam morais”*<sup>5</sup>.

11. Diante disso, se o próprio objetivo da LGPD é *“de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”* (art. 1º), e o CC dispõe que *“aplica-se às pessoas jurídicas [...] a proteção dos direitos da personalidade”* (art. 52), entende-se pela aplicação da LGPD às pessoas jurídicas.

12. Com efeito, *“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”*<sup>6</sup>, razão pela qual não é possível a aplicação da LGPD *“desprendid[a] do sistema jurídico”*<sup>7</sup>, ou seja, sem observar o Código Civil.

### II.3. Necessidade de consentimento do titular para compartilhamento dos dados

13. O tratamento de dados pessoais pelas distribuidoras de energia elétrica encontra fundamento no art. 7º, inciso II, da LGPD, o qual autoriza tal tratamento *“para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador”*.

14. Nos termos da LGPD, o *“controlador”* é a *“pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”* (art. 5, VI, Lei n. 13.709/2018).

---

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Código civil comentado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126.

<sup>6</sup> ***“A interpretação do direito é interpretação do direito, e não textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.***

*A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.*

(GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33/46).

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33/46.

15. Por sua vez, “*tratamento*” foi conceituado como “***toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração***” (art. 5º, inciso X, da LGPD).

16. Todavia, para que seja possível a reprodução, transmissão ou distribuição dos dados dos consumidores, pelas distribuidoras, para outras empresas, é imprescindível que os consumidores tenham, antes, conferido expressa autorização nesse sentido.

17. O artigo 7º, § 5º, da Lei n. 13.709/2018 é expresso no ponto, ao registrar que, caso o controlador “***necessit[e] comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim***”.

18. A doutrina bem define consentimento “*como a manifestação (i) livre, (ii) informada e (iii) inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma (iv) finalidade determinada*”:

*“Consentimento é definido – ou melhor, adjetivado – como a manifestação (i) livre, (ii) informada e (iii) inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma (iv) finalidade determinada (art. 5º, XII). Livre tem o sentido de o titular poder escolher entre aceitar ou recusar, sem intervenções ou situações que viciem seu consentimento, como erro, dolo ou coação; Informada significa que o titular deve ter ao seu dispor informações adequadas, claras e satisfatórias acerca dos riscos e implicações do tratamento de seus dados; Inequívoca quer dizer que o consentimento não pode ser manifestado de modo ambíguo, duvidoso, incerto; por fim, a finalidade determinada da coleta de dados deve ser de conhecimento do titular, havendo um vínculo entre a coleta e o fim declarado, sob pena de abusividade dessa conduta.”<sup>8</sup>*

19. Assim, para que as comercializadoras possam utilizar os dados dos consumidores fornecidos pelas distribuidoras, seria necessário que as distribuidoras

---

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Org.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 299-302.

obtivessem expresso consentimento desses mesmos consumidores, os quais devem (i) autorizar que seus dados sejam compartilhados “*com outros controladores*” e (ii) manifestar seu interesse em receber propostas comerciais das comercializadoras.

20. A doutrina também é clara ao destacar que os dados pessoais têm sido compartilhados para a consecução de finalidades “*dotadas de viés econômico, como na obtenção de lucro direto ou vantagem informacional sobre os demais players no mercado*”, e que, caso o controlador pretenda repassar os dados para outra empresa, “*deverá pedir nova permissão ao titular de dados pessoais especificamente para o novo fim*”:

*“Dados pessoais de diversas naturezas, tais como número de documentos de identidade, qualificação profissional, dados biométricos, endereços residencial e de e-mail e, até mesmo, informações pertinentes à esfera de intimidade dos indivíduos (opção sexual, religiosa, política, dados genéticos e comportamentais, apenas a título exemplificativo) têm sido compartilhados para a consecução de tais finalidades, na maioria das vezes, dotadas de viés econômico, como na obtenção de lucro direto ou vantagem informacional sobre os demais players no mercado, em um determinado segmento econômico.*

*Ao exigir o consentimento, a LGPD visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, estabelecendo regras e limites para empresas a respeito da coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados, o que favorece o desenvolvimento econômico.*

*Ainda, caso a organização necessite realizar um tratamento diverso do especificado inicialmente deverá pedir nova permissão ao titular de dados pessoais especificamente para o novo fim, inclusive se houver o repasse para outras empresas.”<sup>9</sup>*

21. Frise-se, no ponto, que o consentimento conferido a determinada pessoa jurídica é estrito e somente a si lhe aproveita.

22. Apesar de, em alguns casos, distribuidoras e comercializadoras integrarem o mesmo grupo, tais empresas são pessoas jurídicas distintas, as quais exercem atividades diferentes.

---

<sup>9</sup> FILHO, Eduardo T. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira - Análise Setorial (Volume II). Grupo Almedina (Portugal), 2021.

23. Assim, o consentimento fornecido a um integrante do grupo econômico, no caso, à distribuidora, não autoriza o livre compartilhamento com o objetivo meramente comercial a outro integrante do mesmo grupo econômico.

24. Com efeito, a existência do grupo econômico, capitaneado por uma *holding*, não confunde as personalidades jurídicas de cada ente empresarial.

25. O art. 266 da lei 6.404/1976, que dispõe sobre a natureza do grupo econômico, é claro ao destacar que *“as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos”*.

26. Destarte, afigura-se antijurídico que, apenas sob a prerrogativa de que as empresas pertencem a um mesmo grupo econômico, as comercializadoras se utilizem de dados mantidos pelas distribuidoras sem que os próprios titulares dos dados tenham conhecimento do fato e manifestem seu expresse consentimento.

27. Apenas o viés econômico em torno da utilização dos dados, como se vê do propósito em captar mais clientes que migrem para o ACL, não é capaz de gerar legítimo interesse das comercializadoras que permitisse o uso dessas informações.

28. Sendo assim, as comercializadoras, ao terem acesso aos dados operacionais como medição de consumo, perfil do consumidor e outros, **sem o consentimento do consumidor**, violam o direito fundamental à privacidade.

#### II.4. Direito à privacidade

29. Conforme o artigo 2º, inciso I, da Lei n. 13.709/2018, a proteção dos dados pessoais tem como fundamento o respeito à privacidade.

30. Como forma de garantir maior segurança, a Emenda Constitucional n. 115/2022 acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal para assegurar, como direito fundamental, o direito à proteção dos dados pessoais.

31. O direito à privacidade *“conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros [...]”*<sup>10</sup>.

32. Aqui, a expressão “dados” compreende qualquer informação mantida pela distribuidora, inclusive os relativos ao consumo de energia elétrica que seriam de interesse das comercializadoras.

33. A Lei n. 13.709/2018 buscou garantir que a coleta e processamento de dados pessoais em grandes quantidades e o uso desses dados dentro de uma atividade econômica observe os direitos fundamentais dos titulares:

*“[...] a coleta e a utilização de dados pessoais feita rotineiramente por agentes privados e públicos no âmbito de suas atividades **a fim de garantir, entre outros objetivos, o caráter realmente voluntário e consciente dessa coleta, e assim a intimidade e a privacidade das pessoas.**”*<sup>11</sup>

34. Na relação com as distribuidoras, é inevitável o tratamento de determinados dados para que sejam cumpridas suas obrigações legais e contratuais.

35. No entanto, os consumidores devem saber *“com exatidão, quais de seus dados pessoais estão sendo coletados, com a consciência da finalidade para que se prestarão, para assim, diante de tais informações, tomar a decisão de fornecê-los ou não, levando-se em conta os benefícios/malefícios que o tratamento de seus dados poderá lhe acarretar”*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. (Série IDP). São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 129.

<sup>11</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 189.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo. Editora Saraiva, 2022, p. 13.

36. Os titulares desses dados concordaram em ter seus dados tratados pelas distribuidoras com a qual tiveram um contratado firmado, e não pelas comercializadoras.

37. A manutenção dos dados pelas distribuidoras é indispensável para o cumprimento de suas obrigações, no entanto, deve ser assegurada a preservação da privacidade dos consumidores.

38. Dessa forma, não é possível permitir que a violação da privacidade dos dados pessoais se torne um *“lucrativo negócio que, baseado na extração e na monetização de dados, possibilita a acumulação de um grande poder que se retroalimenta indefinidamente”*<sup>13</sup>.

39. Ademais, o *“desrespeito ao sigilo de dados em massa pode gerar uma absoluta insegurança”*<sup>14</sup>, o que conduz a grandes prejuízos.

## II.5. Princípios da transparência e da finalidade

40. Conforme o art. 370, parágrafo único, da REN n. 1.000/2021, as distribuidoras devem observar o princípio da transparência<sup>15</sup>.

41. Os incisos I e VI do art. 6º da Lei n. 13.709/2018<sup>16</sup> também dispõem que os princípios da finalidade e transparência devem ser observados quando no tratamento dos dados pessoais.

---

<sup>13</sup> BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 541.

<sup>14</sup> TAVARES, Andre R. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva, 2023.

<sup>15</sup> *“Art. 370 [...] Parágrafo único. No atendimento disponibilizado, a distribuidora deve garantir a tempestividade, a segurança, a privacidade e a resolutividade da demanda, observando os princípios da dignidade, boa-fé, transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade.”*

<sup>16</sup> *“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:*

*I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; [...]*

*VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;”*

42. O mesmo dispositivo estabelece que deve haver “*realização do tratamento para propósitos legítimos*”.

43. Nesse sentido, a vontade da comercializadora em obter mais clientes não atende a esse requisito, razão pela qual não obedece ao princípio da finalidade.

44. Ainda, o uso dos dados sem a comunicação ao consumidor colide com a transparência que deve ser garantida aos titulares dos dados.

45. Por fim, registra-se que a LGPD prevê a aplicação de diversas sanções ao agente de tratamento de dados que violar aquele Diploma, a exemplo de multa “*de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração*”<sup>17</sup>.

### III. POSSÍVEL INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

46. A utilização dos dados dos consumidores – pessoas físicas ou jurídicas – pelas comercializadoras sem seu prévio consentimento, na tentativa de captar mais clientes, pode também configurar prática anticompetitiva e abuso de poder econômico.

---

<sup>17</sup> “Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Viabilidade)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; [...]

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)”

47. Isso porque a utilização, pela comercializadora, de dado obtido de forma indevida para se beneficiar prejudica a livre concorrência, uma vez que tais informações não são de livre acesso ao mercado.

48. Nesse contexto, conforme conceituado na Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), *“uma conduta anticompetitiva é qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado”*<sup>18</sup>.

49. Também segundo o CADE, o *“abuso de poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas”*<sup>19</sup>.

50. O art. 36, inciso I, da Lei n. 12.529/2011 – a qual dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica – é claro ao dispor que constitui infração à ordem econômica qualquer ato que possa *“prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”*:

*“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;”*

51. Retenha-se *“que tais atos sujeitarão os infratores de maneira objetiva, vale dizer, independentemente de culpa e, também, independentemente do resultado”*<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>.

<sup>20</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo. Revista de Direito Brasileiro. v. 14, n. 6, p. 215/230. São Paulo: maio/ago, 2016.

52. Em hipótese semelhante, o CADE condenou<sup>21</sup> empresa de telecomunicação em razão “do uso de informações privilegiadas [de seus consumidores] em detrimento dos demais concorrentes”, o que “garantiu vantagens extremamente relevantes à representada, que [...] não estavam disponíveis a nenhum outro agente do mercado”, conforme voto condutor da Conselheira Ana Frazão<sup>22</sup>:

*“Como demonstra o voto do Conselheiro Relator, há provas inequívocas nos autos de que a representada rastreou a ligação de seus assinantes para o SAC da Vésper e classificou os usuários de acordo com a duração dessas chamadas em ‘curiosos’, ‘interessados’ e ‘muito interessados’. A partir daí, a Telemar desenvolveu uma estratégia de marketing para impedir a migração dos clientes, oferecendo propostas diferenciadas para cada tipo de assinante a depender do tempo despendido na ligação, do valor médio da conta e o do histórico de inadimplência.*

*De fato, a proibição do uso de informações privilegiadas em detrimento dos demais concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviços tem inspiração concorrencial. Não é sem razão que a ANATEL entendeu que, ao fazer uso das informações, a representada também violou os princípios gerais que orientaram a elaboração da LGT, quais sejam, a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e o abuso de poder econômico, dentre outros. [...]*

*Portanto, ao contrário do que pretende a representada, a conduta não se confunde com simples marketing ativo, hipótese em que não haveria que se cogitar de infração à ordem econômica. De fato, a oferta aos consumidores de preços e condições melhores para garantir a fidelização estimula a concorrência entre os agentes econômicos. No caso sob análise, porém, a representada valeu-se de informações proibidas para subverter os objetivos pretendidos pela própria obrigação de interconexão: a proteção à livre concorrência.*

*[...] o fato de a representada saber exatamente os clientes que tinham a intenção de mudar de operadora de telefonia, lhe permitia dificultar, de forma anormal e a partir de uma vantagem decorrente apenas de sua condição de incumbente – e não da sua maior eficiência –, o estabelecimento da concorrente, sem que tivesse de comprometer seus lucros. Presumindo a insatisfação do consumidor, bastava oferecer os seus planos mais vantajosos para aqueles clientes específicos para garantir a fidelização.*

*Essa possibilidade garantiu vantagens extremamente relevantes à representada, que, como salientou o Conselheiro Relator, não estavam disponíveis a nenhum outro agente do mercado. De fato, o referido rastreamento só era possível em razão do controle da infraestrutura de telefonia fixa daquela Região pela*

<sup>21</sup> Processo Administrativo n. 08012.003918/2005-14. Decisão de 11.03.2015. Plenário do CADE. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM\\_b1-jPQZJWtrdUo6SCbJo64mdHL1yNLK91v7Bjxs3vhLYkzllJgByZP6kHbmS15V72wM0iGZDymDz9ie55Hym3](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_b1-jPQZJWtrdUo6SCbJo64mdHL1yNLK91v7Bjxs3vhLYkzllJgByZP6kHbmS15V72wM0iGZDymDz9ie55Hym3)

<sup>22</sup> Voto disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH\\_ulVfgP3Bvs43\\_aKqkECbFsZ\\_rAh7MYOwDBpXHH](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH_ulVfgP3Bvs43_aKqkECbFsZ_rAh7MYOwDBpXHH)

*concessionária. Trata-se, portanto, de caso clássico de abuso de posição dominante por parte do incumbente titular da infraestrutura essencial”.*

53. O CADE foi expresso ao destacar que a utilização de tais informações pela empresa decorriam *“apenas de sua condição de incumbente – e não da sua maior eficiência”*, o que dificultava *“o estabelecimento da concorrente, sem que tivesse de comprometer seus lucros”*.

54. Por isso, o Conselho entendeu que houve violação ao princípio da livre concorrência, pelo que condenou a empresa *“pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, I<sup>23</sup> e IV c/c art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94”*.

55. Dessa forma, a utilização de dados dos consumidores pelas comercializadoras, sem o consentimento desses mesmos consumidores, para obtenção de vantagem no mercado, também pode configurar prática de infração à ordem econômica, passível de punição, nos termos dos arts. 37 e 38 da Lei n. 12.529/2011.

#### IV. CONCLUSÃO

56. Diante do exposto, conclui-se pela antijuridicidade de que comercializadoras que integrem o mesmo grupo econômico de distribuidoras de energia elétrica utilizem dados pessoais dos consumidores mantidos pelas concessionárias para formular propostas comerciais de migração do ACR para o ACL.

  
JULIÃO SILVEIRA COELHO  
OAB/DF 17.202

  
MARCOS SEREIO  
OAB/DF 52.806

  
CAMILA ALVES  
OAB/DF 45.599

  
GUILHERME CHAMUM  
OAB/DF 51.143

---

<sup>23</sup> Dispositivo correspondente ao atual art. 36, inciso I, da Lei n. Lei n. 12.529/2011, a qual revogou a antiga Lei n. 8.884/1994.