WEB ADVOCACY

Defesa da Concorrência

Colunas da WebAdvocacy
Opiniões Qualificadas

Autores (as):

Amanda Flávio de Oliveira

André Luis Brown de Carvalho

Daniela Santos

Eduardo Molan Gaban

Elvino de Carvalho Mendonça

Fernanda Garibaldi

Fernanda Manzano Sayeg

Gabriel de Aguiar Tajra

Luiz Alberto Esteves

Mauro Grinberg

Rodrigo Zingales Oller de Nascimento

Vanessa Vilela Berbel

Colunas da *WebAdvocacy*

Opiniões Qualificadas

Amanda Flávio de Oliveira

André Luis Brown de Carvalho

Daniela Santos

Eduardo Molan Gaban

Elvino de Carvalho Mendonça

Fernanda Garibaldi

Fernanda Manzano Sayeg

Gabriel de Aguiar Tajra

Luiz Alberto Esteves

Mauro Grinberg

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Volume II

2021

Colunas da *WebAdvocacy*

Opiniões Qualificadas

Capa: Telmo Leite Santamaria

Editoração: Elvino de Carvalho Mendonça

Colunas da *WebAdvocacy*: Opiniões Qualificadas. Editora *WebAdvocacy*, Brasília. Vol. II, abril/maio 2021.

ISBN 978-65-995241-0-3

1. Brasil – Direito I. Título

CDU 346

Volume II

2021

Sumário

Apresentação **5**

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

O mito do regulador infalível **13**

Amanda Flávio de Oliveira

Análise de Atos de Concentração sem Delimitação de Mercado Relevante Antitruste **17**

Luiz Alberto Esteves

Bem-vindos ao WebAdvocacy no Saneamento! **23**

André Luis Brown de Carvalho

O Direito do Consumidor e a Transparência de Preços no Mercado Brasileiro de Combustíveis **26**

Rodrigo Zingales

U**S Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021 (CALERA) a revolução antitruste?** **33**

Eduardo Molan Gaban e Gabriel de Aguiar Tajra

A nova lei do gás **39**

Daniela Santos

A necessidade de aprimoramento da avaliação de interesse público em casos de defesa comercial **44**

Fernanda Manzano Sayeg

Moedas digitais soberanas e as mudanças que se anunciam para o sistema financeiro internacional **49**

Fernanda Garibaldi

O despacho saneador no processo administrativo sancionador do CADE **53**

Mauro Grinberg

Análise de Impacto Regulatório: qual é a justa medida para a aplicação dos métodos quantitativos? **58**

Elvino de Carvalho Mendonça

Há razões econômicas para se obrigar os licitantes à contratação de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar **61**

Vanessa Vilela Berbel

Colunistas: **65**

Apresentação

Pensar o direito e a economia é uma tarefa instigante e infindável.

O mundo está em constantes transformações e é no meio social, como afirmou Hermes Lima[1], que o direito surge e desenvolve-se. Enquanto fruto de uma realidade social, o direito e a economia são dinâmicos e modificam-se no tempo e no espaço, conforme as necessidades e entendimentos prevalecentes em cada sociedade, daí a grande honra da plataforma da WebAdvocacy em reunir nomes do direito e da economia dos nossos tempos para que todos, sem exceção, pobres ou ricos, pessoas de todos as raças, gêneros e credos, catedráticos, iniciantes ou eternos estudantes tenham a oportunidade de partilhar ideias e pensamentos e, mais que isso, ler, compreender, avaliar, refletir e até poder mudar de ideias.

Ensinou-me o Ministro Nilson Naves, a quem tive a honra e o privilégio de conhecer e trabalhar, que *"quem não muda de camisas, nem de ideias, é porque não tem umas nem outras*". Na oportunidade[2], trouxe em seu voto-vista esse ensinamento dado por um homem de letras e filósofo do século XVIII conhecido por Voltaire, o qual, ao nascer, recebeu o nome de Fraçois-Marie Arouet, cuja essência do ensinamento consiste na inteligência de poder adentrar nas convicções do outro, apreciando-as e, após bem refletir, poder manter a sua opinião ou afeiçoar-se mais com os argumentos trazidos em contrário que dantes lhes eram avessos.

A possibilidade de pensar, refletir, discutir, amadurecer e tomar para si opiniões sobre determinados pontos trazidos ao debate, podendo modificá-las a qualquer tempo se surgirem novos e melhores argumentos, é o que concretiza a existência do ser humano pelo

---

[1] 1 Introdução à Ciência do Direito. 29. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 23.

[2] Superior Tribunal de Justiça. HC 33340 (2004/0010799-5, de 06/06/05), voto-vista proferido pelo Ministro Nilson Naves, 6ª Turma.

pensamento (*Cogito, ergo sum*), de René Descartes[3], bem como dá corpo a magnificência de Immanuel Kant quando aduziu que *"o sábio pode mudar de opinião, o ignorante nunca" e que "o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele*". E essa é a alma da plataforma da WebAdvocacy. Nesse segundo volume da obra "Colunas da WebAdvocacy: opiniões qualificadas", onze autores nos brindam com temas reflexivos e desafiadores.

A Professora da UFMG/UNB Amanda Flávio de Oliveira trouxe à reflexão texto brilhante (como ela!) sobre "o mito do regulador infalível", onde questiona o modelo de "Estado Regulador" como único capaz de, por meio de seus agentes públicos, desenhar resoluções construtivas para minimizar ou suprimir as falhas de mercado, como assimetrias de informação, externalidades e monopólios. Traz luz sobre a bem antiga Teoria da Escola da Escolha Pública (*ou Public Choice*) que, em sua essência já propagava em 1986, que os agentes públicos, igualmente como os privados, são seres humanos e racionais, e não necessariamente trarão, somente eles, os melhores endereçamentos para os problemas ocorrentes nos mercados regulados. Pensar o direito regulatório sob novas roupagens, não significa que ele não deva existir, mas que, certamente, precisará ser aperfeiçoado na medida em que as transformações sociais e econômicas ocorrem e estão sob os nossos olhos.

Luiz Alberto Esteves, economista de grande renome, trouxe, nesse segundo volume, uma análise dos atos de concentração sem a utilização da delimitação do mercado relevante, dando notícia de um conjunto de ferramentas analíticas alternativas via modelo *Upward Pricing Pressure* (UPP) criados pelos economistas da Universidade da Califórnia Joseph Farrell e Carl Shapiro que poderão ser utilizados, em casos mais complexos, em substituição ao método amplamente adotado TMH (Teste

---

[3] Cogito, ergo sum é uma frase de autoria do filósofo e matemático francês René Descartes. Em geral, é traduzida para o português como "penso, logo existo"; embora seja mais correto traduzi-la como "penso, portanto sou".

do Monopolista Hipotético). Tal modelo (UPP) dispensa a delimitação de mercados relevantes antitruste, bem como o uso de medidas de concentração, tais como o HHI. A metodologia UPP busca inferir a pressão de preço decorrente de um AC por meio de estimativas estatísticas e econométricas das taxas de desvio (*diversion ratios*) e pode ser aplicado em qualquer tipo de modelo de estrutura concorrencial em oligopólio, ou seja, embora tenha sido concebida para ser utilizada em modelos de competição preço com produtos diferenciados (*Bertrand Competition*), pode ser igualmente utilizada em modelos de competição em quantidades com produtos homogêneos (*Cournot Competition*). Em razão de ser bem mais elaborado, utilizando-se de estimativas econométricas e elasticidades próprias e cruzadas, exigirá maiores recursos materiais, de tempo e de pessoal, o que faz com que as autoridades concorrenciais do mundo a fora, recomendem a utilização desse modelo somente para os casos mais complexos.

André Brown, outro economista ilustre, ex-SEAE e especialista em Saneamento estreou sua coluna trazendo as novidades do marco regulatório do saneamento (Lei n.º 11.445/2007) e os desafios que a Agência Nacional de Águas irá passar notadamente para emitir normas de referência sobre assuntos ligados ao manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais, além das diretrizes que serão traçadas e deverão ser observadas em caso de adoção de financiamento de dinheiro público para obras de saneamento. A já intrincada cadeia de relações institucionais entre prestadores de serviço, poderes concedentes e consumidores promete dar muito pano para a manga, o que será desenvolvido nos próximos capítulos a serem apresentados pelo novel colunista.

Rodrigo Zingales ao tratar do tema "o direito do consumidor e a transparência no mercado brasileiro de combustíveis" faz uma crítica ao art. 4º, "a" do Decreto nº 10.634/21, na medida em que esse determina aos postos revendedores de combustíveis informar aos consumidores "o valor médio regional no produtor ou importador". No entanto, sabendo

que há uma vedação regulatória da ANP, onde os postos de combustíveis não estão autorizados a adquirir combustíveis diretamente do produtor ou do importador, tendo que passar, necessariamente, pelo distribuidor, tal obrigatoriedade não atende ao comando legal de que as informações dadas aos consumidores sejam "corretas, claras e precisas" sobre o real preço dos combustíveis ao longo de toda a cadeia. Também chama à atenção para a necessidade de se fazer ajustes nas informações dos valores dos tributos incidentes na comercialização de combustíveis para facilitar a atuação das autoridades públicas na constatação de práticas discriminatórias, sonegação de tributos, preços predatórios e lucros abusivos em toda a cadeia produtiva. Para ambas as hipóteses, a solução proposta pelo colunista é simples: para o primeiro caso, bastaria incluir no Decreto a necessidade do painel de preços informar os preços reais praticados pelo produtor/importador e pela distribuidora fornecedora de combustível e, para o segundo caso, bastaria constar na Nota Fiscal o valor correto dos impostos incidentes sobre o combustível comercializado, devendo o CONFAZ determinar as alterações necessárias no sistema do IBPT.

Eduardo Molan Gaban e Gabrial de Aguiar Tajra *in US Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021* trazem reflexões super atuais sobre os acelerados passos das *big techs* em direção as transformações de produtos e serviços nos mercados digitais e a corrida das autoridades antitruste mundo a fora para harmonizar as assimetrias regulatórias e as legislações para que sejam aptas a lidar com os problemas advindos da nova sociedade de informação, questionando se a "CALERA" será a tão esperada revolução antitruste. Proposta pela Senadora Amy Klobuchar, a novel legislação antitruste, em debate nos EUA, tem a finalidade de alterar normas anteriores e, especialmente, o *Clayton Act*, além de também trazer novos parâmetros para a análise dos atos de concentração de notificação obrigatória, alterações voltadas para a repressão de práticas anticompetitivas, proteção da figura dos denunciantes (*whistleblowers*) e implementação

de nova estrutura administrativa orçamentária. Tais sugestões de alterações legislativas estariam em consonância com o movimento Hipster Antitruste a fim de se adaptar o controle de estruturas e de condutas a nova era da tecnologia da informação.

Daniela Santos descortina a nova lei do gás (Lei nº 4.476/2020) que tem por objetivo principal estimular a entrada de novos agentes e, com isso melhorar a concorrência no setor, sendo essa o principal objetivo da nova lei do gás. Trouxe em seu artigo destaques relevantes como a substituição da concessão pela autorização para a outorga da atividade de transporte, critérios de independência, conceitos de gasoduto de transporte com vias a resolver problemas referentes à distribuição de gás canalizado e monopólio constitucional dos Estados, o novo papel da ANP e os seus desafios para a agenda regulatória. Também menciona a necessidade de uniformização das leis estaduais de comercialização do gás natural, na medida em que as regras gerais devem ser uniformes e aplicadas em todo o território nacional para o sucesso do novo modelo do gás.

Fernanda Manzano Sayeg trata da necessidade de aprimoramento de interesse público em casos de defesa comercial, destacando a competência da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SCCOM) do Ministério da Economia para propor a suspensão ou alteração de aplicação de medidas antidumping ou compensatórias em razão de interesse público, não obstante essa avaliação não esteja prevista nos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC). A autora, não adentrando na discussão se o argumento de interesse público seria compatível com a lógica da defesa comercial, questiona em que medida o reconhecimento de uma prática desleal de comércio como o dumping comportaria uma mitigação e traz uma série de informações técnicas e situações reais que podem prejudicar essa análise de informações, na medida em que são feitas, basicamente, limitadas aos itens estabelecidos no questionário de interesse público adaptável para cada tipo de produto, sem a participação de associações e/ou terceiros

interessados e ainda contando com uma análise superficial do CADE, diferente da que é feita nos processos que tratam de controle de estruturas e de conduta.

Fernanda Garibaldi, especialista em concorrência no mercado financeiro, desponta tema instigante e bastante novo trazendo considerações sobre as moedas digitais soberanas e as modificações anunciadas para o sistema financeiro internacional, na medida em que as autoridades mundiais vêm sendo instadas a pensar soluções para o processo inevitável de digitalização da economia e, possivelmente, da moeda, impactando na forma de utilização do "dinheiro", tal qual o conhecemos hoje. Informa sobre a primeira moeda digital do mundo, criada pelo Banco Popular da China (PBoC) – o Yuan digital –, tem a intenção de ser uma moeda digital soberana com lastro e segurança e que o Brasil, tal qual outros sessenta países, vem estudando a possibilidade de digitalização das moedas nacionais. Em breve, deveremos ter o "Real Digital". Em seu artigo, pontua muitas dúvidas ainda a serem sanadas, notadamente, sobre segurança, anonimato, papel dos bancos físicos, novas atribuições dos bancos centrais, assim como aduz que tais questões devem ser endereçadas em um futuro mais próximo do que imaginamos.

Mauro Grinberg, advogado consolidado no antitruste, estreia sua coluna trazendo considerações sobre a importância do despacho saneador dado no processo administrativo no CADE, seja para fazê-lo mais célere seja para dar segurança jurídica às partes, devendo delimitar especificamente o tema sobre o qual os representados devem se defender, protegendo, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Um despacho saneador bem-feito prestigia os princípios constitucionais sobre a ampla defesa, garantindo a efetiva participação dos jurisdicionados nos processos judiciais, ao tempo em que delimita a atuação do Estado.

Elvino Mendonça, fundador da WebAdvocacy, entusiasta da advocacia da concorrência e um economista de grande reconhecimento

no meio concorrencial, traz uma importante reflexão sobre a justa medida de aplicação dos métodos quantitativos nas análises de impacto regulatório. Não obstante o "AIR" já viesse sendo adotado pela SEAE, a previsão legal desse importante instrumento pelas leis de liberdade econômica e pela lei das agências tornou o instituto visível e ampliou a sua aplicação como um procedimento a ser realizado previamente antes da edição de atos normativos, ou seja, verificar os efeitos e a razoabilidade dos impactos das legislações agora é uma (importante) regra a ser seguida, observando-se as metodologias específicas para a aferição do impacto como a análise multicritério, custo-benefício, custo, risco e risco-risco. Registra em seu artigo que na análise concorrencial já possui alguns referenciais teóricos que poderiam ser aplicados às AIR's, não obstante tenha que se levar em consideração que o objeto da concorrência (poder de mercado e seu abuso) diferem da análise do impacto regulatório, sendo esses dois exemplos apenas partes de um todo ainda maior. Dada a especificidade de cada setor, o desafio para a boa aplicabilidade das análises de impactos regulatórios dependerá, necessariamente, de capital humano (público e privado); (ii) bases de dados; e, (iii) inter-relação entre os setores público e privado.

E, por fim, Vanessa Vilela Berbel, traz à reflexão as razões econômicas a obrigar os licitantes à contratação de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar prevista na Lei nº 14.133/2021 (art. 25, §9º, II). Em seu artigo revelou números importantes sobre as desigualdades entre homens e mulheres e o tempo que levará para que essa possa ser equiparada (cerca de 100 anos), não obstante já tenhamos alcançado alguma evolução nesse quesito. Dada a preocupação com as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e estudos que comprovam que essas ainda ganham menos que as mulheres que não sofrem esse tipo de violência (cerca de 30 % a menos), a Autora entende que andou bem o legislador ao prever a possibilidade de se obrigar licitantes a empregar mão de obra feminina vítima de violência doméstica.

Assim, considerando que as transformações sociais e econômicas ocorrem cada vez mais rápidas e que as legislações precisam acompanhar tais modificações, a plataforma da WebAdvocacy, sempre com temas inovadores, com disseminação de informações e conteúdos relevantes e atualíssimos, busca trazer à comunidade do direito concorrencial, regulatório e defesa comercial, informações e opiniões qualificadas colocando em prática a célebre lição do italiano Giuseppe Tomasi di Lampedusa "*se queremos que tudo fique como está é preciso que tudo mude*".

Boa leitura a todos!

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Sócia co-fundadora da plataforma da WebAdvocacy

O mito do regulador infalível

Amanda Flávio de Oliveira

O desenvolvimento do direito público no Brasil nos reporta uma suposta alteração de mecanismo de intervenção estatal na economia, pós-Constituição de 1988, e levada a efeito sobretudo a partir da década de 1990, com a incorporação de um modelo de "Estado Regulador". No novo modelo emergiria um Estado gerencial, subsidiário, que conferiria protagonismo à condução da atividade econômica pelo agente privado, mantendo-se como um árbitro, um mediador de interesses conflitantes. Na tomada de decisões, burocratas seriam substituídos por *experts*, e a esses especialistas seria entregue a função de identificar e conduzir a ação estatal que melhor atendesse ao interesse público.

Buscando na Economia as razões para agir, ao Estado regulador incumbiria a função de corrigir falhas de mercado, basicamente assimetrias de informação, problemas decorrentes da existência de monopólio e de bens públicos e externalidades. Identificando-as, ao técnico investido da atribuição seria dada a função de desenhar o mecanismo hábil a endereçar adequadamente o problema, que, uma vez posto em funcionamento, produziria o padrão de bem-estar social desejável.

Toda a teoria da regulação do Direito Administrativo brasileiro sustenta-se nessas bases. A partir delas, são criadas e classificadas as espécies de entidades públicas incumbidas da regulação, perquire-se acerca de suas naturezas jurídicas, são desenvolvidas teorias sobre seus poderes e seus limites constitucionalmente admissíveis, são propostas modalidades de atuação e tipos de sanções, sempre tendo em mira o seu objetivo último, de realizar o interesse público.

Por trás dessa concepção subjazem necessariamente outras bases, essas nem sempre muito claramente identificadas. Sobretudo, a teoria da regulação sustenta-se na crença de que há um interesse

público único e incontestável em cada circunstância concreta e que ele não está sendo atendido pela solução de mercado; de que o agente público incumbido de atuar no caso consegue identificá-lo com precisão; de que esse mesmo agente público é apto a desenhar o melhor encaminhamento para solucioná-lo e será infalível em sua realização, no sentido de ter pleno controle de sua boa implantação.

Infelizmente, esses pressupostos são mera abstração. Há tempos a Escola da Escolha Pública (ou *Public Choice*) aponta fragilidades desse modelo e apresenta argumentos desconcertantes para aqueles que acriticamente admitem as falhas de mercado como justificativa para atuação estatal. Se se admite, com mais facilidade, que na vida privada as pessoas agem movidas pelo autointeresse, entendem os estudiosos de *Public Choice* que elas não encontram a "iluminação" ao migrar para o ambiente público. Decisões estatais ou governamentais são tomadas por seres humanos, igualmente motivados por ponderações de custo e benefício.

Para a Escola, o "interesse público" não seria algo sagrado, único e plenamente individualizável e identificável no caso concreto: valores plurais (e individuais) tornam múltiplas as soluções. Ademais, se podem ser identificáveis "falhas de mercado", sua substituição por "falhas de governo" pode ser hábil a causar estrago ainda maior: a diferença entre elas é que a falha de governo é promovida por um agente monopolista e com poder de coerção.

A *Public Choice* está longe de ser uma novidade: um Prêmio Nobel foi concedido a um de seus expoentes, James Buchanan, no longínquo ano de 1986 (note-se, em data anterior à Constituição em vigor). Mas se ela possui algum espaço nas Faculdades de Economia brasileiras, o mesmo não se pode dizer das Faculdades de Direito. A consequência disso é a criação e consolidação de uma teoria regulatória descolada da realidade (e o pior, a formação de potenciais reguladores muito autoconfiantes em sua capacidade de alterar o mercado para melhor). Desses dois resultados emerge um problema grave a ser suportado por

toda a sociedade: uma regulação ineficiente, crescente, cara e o inevitável desestímulo ao investimento e à inovação no país.

Se o Direito se dispõe a regular o comportamento humano, mas se entre seu objeto de estudo não se encontra o propósito de conhecê-lo, de conhecer seu mecanismo, surge óbvia a necessidade de se valer de ciências afins, que o fazem. Em outras palavras, a regulação no Brasil, ao ignorar o modo com que opera o comportamento do agente público investido do papel de regulador, descrito e empiricamente demonstrado por outras ciências, acaba, necessariamente, por constituir-se sobre bases abstratas e equivocadas, produzindo resultados inconsistentes e/ou indesejados.

Note-se que a Escola em questão não realiza uma análise subjetiva de valor sobre a ação humana: reconhecer o autointeresse humano não é sinônimo de afirmar que pessoas sejam mal intencionadas. Trata-se, tão somente, de compreender que o ser humano segue sendo o mesmo, não importa o seu papel social.

A assunção das ideias da Escola da Escolha Pública não representa, necessariamente, abrir mão da regulação. Conhecê-la e compreendê-la pode produzir efeitos muito desejados no atual estágio do nosso país: seus achados são capazes de auxiliar na elaboração de incentivos mais adequados ao comportamento do próprio agente público; bem como ao regulador remanesce a importante função de remover as barreiras que impedem o pleno funcionamento do mercado competitivo.

Mas mais do que isso, especificamente no Brasil, estudar a Escola implica em um exercício de humildade por parte dos agentes públicos. Conhecer-se, reconhecer-se nas descrições realizadas, saber-se falível constituem atos de coragem e grandeza. Felizmente, a experiência docente tem me autorizado, nos últimos tempos, encontrar alunos que conciliam os interesses acadêmicos à vida profissional no serviço público. Inquietos, capazes e curiosos que são, quando confrontados

com as perturbadoras ideias da Escola, tornam-se mais questionadores e autocontidos no nobre exercício de atuar publicamente.

Se a vida profissional me indica ainda um longo caminho a trilhar no campo (des)regulatório brasileiro, a experiência docente me enche de esperança. Há muita gente competente, jovem, estudiosa, atenta e aberta a “novas” ideias. Sigamos.

Análise de Atos de Concentração sem Delimitação de Mercado Relevante Antitruste

Luiz Alberto Esteves

Em janeiro de 2021 foi publicada na prestigiosa publicação acadêmica *Review of Industrial Organization* uma edição especial, intitulada "*The 2010 Horizontal Merger Guidelines After 10 Years*". A edição especial traz uma coletânea de artigos que busca avaliar a experiência acumulada da análise de atos de concentração (AC's) nos EUA após dez anos da publicação do *Horizontal Merger Guidelines* (*2010 Guidelines*) do *U.S. Department of Justice* (DOJ) e do *Federal Trade Commission* (FTC).

Tal documento equivale ao *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal* do CADE, que é uma publicação mais recente (2016), cuja elaboração foi influenciada pelas inovações trazidas pelo *Horizontal Merger Guidelines* norte-americano de 2010. Como os EUA acumulam maior tempo de experiência com tais inovações, importante acompanharmos qualquer discussão acerca de avaliações de impacto. Contudo, este não é o objetivo de análise do presente artigo.

Em ambos os casos – EUA e Brasil - a publicação de tais documentos representou uma atualização de versões pretéritas. No caso dos EUA, a versão de 2010 substituiu a versão de 1997. No caso do Brasil, a versão de 2016 substituiu a Portaria Conjunta SEAE-SDE nº 50 de 01/08/2001. As inovações introduzidas com as novas versões foram substanciais para ambos os casos.

Considero que a maior destas inovações tenha sido a discussão metodológica em torno da possibilidade de análise econômica de AC's sem delimitação de mercado relevante antitruste. Pelo teor dos artigos publicados na edição especial da *Review of Industrial Organization*, parece que esse aspecto também tenha sido considerado especialmente importante para aquela jurisdição.

Para muitos profissionais que militam na área concorrencial, a ideia de uma análise econômica de AC's sem delimitação de mercado relevante antitruste soa bastante desconfortável. Por outro lado, para um grupo menor de profissionais, formado majoritariamente por economistas, essa possibilidade parece ser bastante atrativa. O principal documento de referência para este segundo público não é exatamente o *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, mas um artigo bastante influente de autoria de Joseph Farrell e Carl Shapiro, intitulado "*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*", publicado também em de 2010 no periódico acadêmico *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Volume 10 (1).

Ambos os autores são professores do departamento de economia da Universidade da Califórnia, Berkeley e na ocasião da publicação (2010) vinham exercendo diferentes posições nos altos escalões das estruturas hierárquicas do FTC e do DOJ. A proposta fundamental do artigo foi servir como material de insumo para as discussões em torno da elaboração da nova versão *Horizontal Merger Guidelines*, que viria a ser publicada naquele mesmo ano.

Farrell e Shapiro buscavam endereçar algumas das limitações da análise econômica de AC's baseada nas noções de mercados relevantes, índices de concentração e testes do monopolista hipotético (denominaremos essa modelagem analítica de TMH). Adicionalmente, trouxeram métodos alternativos de análise, com destaque para o modelo *Upward Pricing Pressure* (UPP). O objetivo não era substituir a modelagem TMH pela modelagem UPP, mas introduzir um novo conjunto de ferramentas analíticas alternativas e complementares.

Neste sentido, faz-se necessário compreender as razões pelas quais a modelagem UPP conseguiu angariar entusiastas ao redor do mundo. Em termos práticos, um dos principais "testes de estresse" de qualquer autoridade concorrencial é chegar a uma decisão sobre um AC

quando não há consenso dentro da própria autoridade acerca da correta ou adequada delimitação do mercado relevante antitruste.

O problema é que os mercados são entidades abstratas, onde são realizadas trocas de bens e serviços, que nem sempre podem ser facilmente discriminadas e alocadas dentro de grupos taxonômicos bem definidos (com base em produto e geografia). Nestes casos, a imposição de alguma regra discricionária costuma ser necessária. Em muitas ocasiões esse procedimento costuma funcionar muito bem, principalmente em AC's sumários. Por outro lado, em um pequeno número de situações (uma fração dos AC's complexos), esse procedimento pode implicar em elevado grau de incerteza e frustração. Um segundo problema é que isso costuma ocorrer nos AC's de maior projeção e visibilidade. Não são raras as situações nas quais o público leigo interpreta tais excepcionalidades como uma fragilidade técnica recorrente por parte das autoridades concorrenciais.

Ainda a respeito das dificuldades relacionadas à delimitação de mercados relevantes, tomemos como exemplo o caso da classificação oficial das atividades econômicas. Periodicamente os birôs oficiais de estatística atualizam suas classificações (internacionalmente harmonizadas) setoriais por atividades econômicas, agregando cada vez mais segmentos novos de negócios. No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é o órgão responsável pelas atualizações da classificação nacional de atividades econômicas (CNAE).

Por exemplo: em 1994 a versão CNAE 1.0 (publicada no Diário Oficial da União em 26/12/1994) era constituída de 17 seções (A-Q). Já a versão CNAE 2.0 (Resolução Concla 01/2006 publicada no Diário Oficial em 05/09/2006) de 2006 trouxe 21 seções (A-U). Em suma: ao longo de 12 anos foram adicionadas 4 novas seções com centenas de novas subclasses de atividades econômicas[4]. Parte desse adicional é

[4] Uma CNAE é representada por diferentes níveis de agregações setoriais, sendo Seção, Divisão, Grupo, Classe e Subclasse. Exemplo: Seção A - AGRICULTURA, PECUÁRIA, PRODUÇÃO FLORESTAL, PESCA E AQÜICULTURA; Divisão 01 - AGRICULTURA, PECUÁRIA E SERVIÇOS RELACIONADOS; Grupo 01.1 - Produção de lavouras

representado pela introdução de novos mercados, até então não existentes. Isso é fruto das inovações tecnológicas, evidentemente.

Mesmo reconhecendo que os mercados relevantes antitruste não necessariamente guardam uma relação direta com as CNAE's, o desafio metodológico em classificar atividades econômicas e mercados relevantes é bastante similar. Uma diferença importante é que os birôs de estatística costumam recorrer à rubrica classificatória de "Outros", quando estão em "apuros". Já as autoridades antitruste se esforçam em garantir que cada um dos AC's analisados tenham os seus mercados relevantes antitruste devidamente delimitados. Se tais delimitações seguirem a jurisprudência, melhor para a autoridade[5].

Uma outra limitação importante na modelagem TMH é que ela carrega uma hipótese implícita bastante restritiva, que deriva do cálculo do índice de concentração de *Herfindahl-Hirschman* (HHI). Suponha que um mercado relevante antitruste seja delimitado com três empresas (X, Y e Z), cada uma com 1/3 do mercado. O HHI neste caso hipotético seria de 3.334 pontos. Já os eventuais Delta HHI's decorrentes dos AC's envolvendo as empresas X e Y; ou Y e Z; ou X e Z; seriam exatamente os mesmos, sugerindo assim que qualquer um destes AC's implicaria em efeitos unilaterais e coordenados muito similares.

Suponha agora que quando a empresa X eleva seu preço em 2%, sua demanda é reduzida em 100 unidades, sendo desviada de forma integral para seus dois concorrentes, Y e Z. Adicionalmente, suponha que 67 unidades destas 100 unidades sejam desviadas para a empresa Y e 33 unidades para a empresa Z. O exemplo sugere que, mesmo que cada empresa disponha de uma parcela idêntica de mercado, isso não assegura que sejam competidores simétricos, tampouco que a rivalidade

---

temporárias; Classe 01.11-3 - Cultivo de cereais; e Subclasse 0111-3/01 - Cultivo de arroz.

[5] Imagino que nesse ponto o leitor já tenha percebido que o argumento de jurisprudência na delimitação de mercados relevantes costuma causar bastante estranheza e desconforto entre estatísticos e economistas habituados com discussões acerca das atualizações periódicas do sistema internacional harmonizado de classificação de atividades econômicas.

exercida de Y sobre X seja igual a rivalidade exercida de Z sobre X. Logo, um AC envolvendo as empresas X e Y traria implicações completamente diferentes daquelas decorrentes de um AC entre X e Z. As análises de HHI e Delta HHI não são capazes de capturar essa assimetria de rivalidade entre *players* dentro de um mesmo mercado relevante. Tampouco é fácil identificar claramente quando um determinado nível de assimetria entre os diferentes *players* justifique a redefinição do mercado relevante.

A grande contribuição de Farrell e Shapiro (2010), com seu modelo UPP, foi ter trazido um instrumental analítico alternativo, que dispensa a delimitação de mercados relevantes antitruste, bem como o uso de medidas de concentração, tais como o HHI. A metodologia UPP busca inferir a pressão de preço decorrente de um AC por meio de estimativas estatísticas e econométricas das taxas de desvio (*diversion ratios*). Essa taxa de desvio (*diversion ratio*) é definida, por exemplo, como a proporção da demanda desviada do produto X e capturada pelo produto concorrente Y, em resposta de um aumento de preço do produto Y.

Não parece haver muita divergência entre os economistas de que a modelagem UPP é um recurso bastante potente, uma vez que providencia estimativas customizadas de pressão de preços para cada um dos AC's sob escrutínio da autoridade. Outra vantagem da modelagem UPP é sua versatilidade, pois pode ser aplicada a qualquer tipo de modelo de estrutura concorrencial em oligopólio. Foi originalmente concebida para ser utilizada em modelos de competição preço com produtos diferenciados (*Bertrand Competition*), mas pode ser igualmente utilizada em modelos de competição em quantidades com produtos homogêneos (*Cournot Competition*).

Se por um lado, a potência e versatilidade da modelagem UPP a torna muito mais atrativa que qualquer modelo baseado na modelagem TMH; por outro lado, seria economicamente inviável para qualquer autoridade antitruste usá-la em larga escala em suas análises de AC's.

A modelagem UPP demanda coleta de informações pormenorizadas e séries históricas de receitas, custos, quantidades e preços de ambas as partes do AC, além de outras informações complementares de mercado. Adicionalmente, faz-se necessária a estimativa econométrica das demandas e elasticidades próprias e cruzadas, o que não é uma tarefa das mais triviais, até mesmo para as autoridades mais bem preparadas e equipadas com recursos humanos e materiais.

Mesmo com suas limitações, as análises baseadas em mercado relevante, HHI's e TMH parecem atender de forma bastante satisfatória (com baixo custo e parcimônia analítica) a grande maioria dos AC's analisados pelas autoridades concorrenciais ao redor do mundo. Contudo, para uma minoria de casos de grande complexidade, tal instrumental analítico tende a perder potência pelos motivos já mencionados anteriormente. Para essa minoria de casos complexos, a utilização da modelagem UPP como recurso analítico complementar parece ser o protocolo mais adequado a ser seguido pelas autoridades concorrenciais.

Bem-vindos ao WebAdvocacy no Saneamento!

André Luis Brown de Carvalho

Prezados leitores da WebAdvocacy, é com enorme prazer que anuncio, a partir de hoje, minha participação como colunista da maior plataforma dedicada à advocacia da concorrência no Brasil onde iremos tratar de temas ligados à regulação, advocacia da concorrência, antitruste e economia no mundo do saneamento.

O saneamento vem recentemente, sofrendo mudanças muito significativas em prol da melhoria do atendimento e da universalização dos serviços em todo o país e, aqui, iremos discutir a apresentar as principais ações no setor, de modo que vocês possam estar sempre bem informados além de acompanharem as mudanças estruturais tão importante para o desenvolvimento econômico brasileiro.

Iniciando nossas discussões sobre o saneamento, a Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico no Brasil, foi recentemente alterada pela Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020 atualizando o marco legal do saneamento. Sendo assim, a Lei 11.445/2007 passa a vigorar com nova redação.

Um dos pontos que mais chamaram a atenção nesta nova redação se refere ao Art. 22 que introduz a Agência Nacional de Águas – ANA como ente responsável pela edição de normas de referência e no próprio sitio eletrônico[6] da Agência Reguladora são elencados sobre quais pontos serão elaboradas as referidas normas:

- Padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;
- Regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico;

[6] Disponível em: https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/a-ana-e-o-saneamento. Último acesso em 23/05/2021.

- Padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário;
- Metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico;
- Critérios para a contabilidade regulatória;
- Redução progressiva e controle da perda de água;
- Metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;
- Governança das entidades reguladoras;
- Reuso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;
- Parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;
- Normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;
- Sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;
- Conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Além disso, a ANA terá competência para emitir normas de referência sobre assuntos ligados ao manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais e isto faz todo sentido uma vez que a própria Lei n.º 11.445/2007 define em seu Art. 3°, parágrafo I que saneamento é composto por serviços de: (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (iv) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Desta forma, conforme aponta o Art. 23 da Lei n.º 11.445/2007, as agências reguladoras locais deverão observar as diretrizes das normas da ANA o que pode implicar em uma série de pontos de atrito dada a

entrada de mais um regulador na intrincada cadeia de relações institucionais entre os prestadores de serviço, poderes concedentes e consumidores.

Aqui surge uma luz no fim do túnel dado o que ocorre no setor elétrico ser relativamente parecido. Lá, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL têm uma série de atividades regulatórias complementares que podem ser descentralizadas para os Estados e Distrito Federal que deverão observar as normas legais e regulamentares federais, conforme Art. 21 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Então, dado que para o setor elétrico a interlocução entre a Agência federal e as demais agências locais já ocorre há bastante tempo é bem provável que a ANA se aproveite das lições aprendidas no setor elétrico para não incorrer em erros já superados, garantindo com isto uma ação efetiva sobre o saneamento.

Assim, o escopo de atuação da ANA é bastante grande e surgem dúvidas de quanto tempo será necessário para que a Nova Agência Reguladora possa se estruturada para enfrentar os desafios de um país tão desigual como o Brasil, porém, parece que finalmente o saneamento passa a se tornar o protagonista que sempre mereceu ser.

Mudanças importantes começam a surgir recentemente, com a concessão dos serviços de saneamento (água e esgoto) em Alagoas e no Rio de Janeiro. Atores privados importantes estão entrando nesses novos e mercados e prometem fazer o que as companhias estaduais de saneamento jamais conseguiram, mas isso é assunto para nosso próximo encontro!

Saudações!

O Direito do Consumidor e a Transparência de Preços

no Mercado Brasileiro de Combustíveis[7]

Rodrigo Zingales

Em 25 de março último, entrou em vigor o Decreto Presidencial nº 10.634/21, que dispõe sobre a divulgação de informações aos consumidores referentes aos preços dos combustíveis automotivos.

Embora esse tema não tenha relação direta com a série de artigos "De Quem é a Responsabilidade pelos Preços Elevados dos Combustíveis no Brasil", que propus escrever nessa coluna, tem, de certa forma, uma relação indireta que justifica as provocações, ponderações e sugestões que pretendo tecer nas linhas a seguir.

Em seu artigo 1º é definida expressamente a motivação que levou a Presidência da República a editar esta norma, assim como a sua finalidade. Conforme destaca o *caput* o objetivo deste Decreto é a "divulgação de informações aos consumidores referentes aos preços dos combustíveis automotivos", e a sua finalidade é garantir aos o "direito de receberem informações corretas, claras, precisas, ostensivas e legíveis sobre os preços dos combustíveis automotivos no território nacional".

Para atingir, a princípio, esta finalidade, o artigo 2º determina que "os postos revendedores de combustíveis deverão informar aos consumidores os preços reais e promocionais dos combustíveis" em placa que traga "o preço real de forma destacada, o preço promocional vinculado ao uso de aplicativo de fidelização"; e, ainda, "o valor do desconto". O artigo 4º deste Decreto ainda determina a necessidade de o posto de combustíveis fixar painel contendo os seguintes "componentes do preço do combustível": (a) "valor médio regional no produtor ou no importador"; (b) "o preço de referência do ICMS" ("preço pauta"); (c) o valor do ICMS pago; e (d) o valor da PIS, COFINS e CIDE pagos".

---

[7] Rodrigo Zingales Oller do Nascimento, advogado, mestre em economia e atualmente colunista de WebAdvocacy. A presente carta reflete exclusivamente os pensamentos e opinião do autor.

Especificamente em relação às informações indicadas no citado artigo 2º não tenho qualquer reparo a fazer, à exceção da necessidade de os órgãos responsáveis pela fiscalização (ANP, SENACO e PROCONs) editarem normas infralegais para regulamentação do tamanho do painel, tamanho da letra etc.[8]

Já, em relação às informações destacadas no referido artigo 4º, considero que o "valor médio regional no produtor ou no importador" não atende a finalidade da norma de garantir aos consumidores "informações corretas, claras, precisas, ostensivas e legíveis sobre os preços dos combustíveis automotivos no território nacional".

Isso ocorre, pois, em primeiro lugar, em razão de vedação regulatória da ANP, os postos de combustíveis não estão autorizados a adquirir combustíveis diretamente do produtor ou do importador. Segundo o artigo 6º da Resolução ANP nº 43/09, o artigo 14 da Resolução ANP nº 41/13 e o artigo 18 da Resolução ANP nº 58/14, os postos de combustíveis estão atualmente obrigados a adquirir gasolina, diesel e etanol ofertados por distribuidoras, as quais, por seu turno, adquirem esses combustíveis de produtores ou importadores[9].

Em decorrência dessa vedação regulatória, a informação prevista no Decreto sobre o "valor médio regional no produtor ou no importador" traz ao consumidor a falsa informação de que o preço do produtor ou importador seria aquele pago pelo posto revendedor; e, portanto, que a diferença entre o preço final cobrado pelo posto e o preço do produtor / importador, somado aos tributos, equivaleria à margem bruta do posto.

---

[8] Nota-se que, em 18 de março de 2021, a ANP emitiu em seu *site* comunicado com sugestão de "modelos de painéis". Embora estas sugestões sejam úteis para orientação dos postos, na prática, não possuem força cogente. Isso significa que há ainda a necessidade de edição de norma regulamentadora de forma a garantir, por um lado, a efetivação do poder de polícia da agência em termos de aplicação de sanções; e, por outro, maior segurança jurídica aos postos de combustíveis, uma vez que a regulamentação correta deverá eliminar o efeito "poder discricionário" de fiscais quanto ao tamanho correto do painel, letra e, por conseguinte, cumprimento integral do Decreto nº 10.634/21.

[9] Segundo o artigo 14 da Resolução ANP nº 777/19, as distribuidoras autorizadas podem, inclusive, importar diretamente esses combustíveis.

Esta confusão é inclusive destacada pela própria Petrobras em seu *site*: "o valor pago pelo consumidor final não está sob gestão da Petrobras e é composto por 4 fatores: 1) preços do produtor ou importador de gasolina A [ou diesel A]; 2) carga tributária; 3) custo do etanol obrigatório [ou biodiesel]; e 4) **margens da distribuição** e revenda"[10], no entanto não consta refletida no Decreto e no painel que deve ser afixado no posto revendedor de combustíveis.

Além disso, a informação do "valor médio" também passa uma informação não clara e imprecisa.

Isso porque, há uma variação não pequena no valor do combustível fornecido pelas refinarias da Petrobras, importadores e usinas, seja em razão da localização da unidade produtora ou importador, seja em razão da forma de entrega do produto (CIF ou FOB) ou ainda da unidade da federação.

Apenas a título ilustrativo, a Petrobras divulga em seu *site*, semanalmente, os "preços de venda às distribuidoras" à vista da gasolina e diesel, sem a incidência dos tributos[11]. Percebe-se por essas informações que os preços à vista praticados pela Petrobras são divididos entre estados e "bases"; e, ainda, pelas modalidades de vendas "EXA, LPA, ETM, ETT e LTM".

Nesse sentido, se analisado os dados de preço de venda da gasolina A no estado de São Paulo, tem-se, por exemplo, 15 preços diferentes, sendo que o mais elevado, na semana de 01.04.21, foi de R$ 2,6728 (Ribeirão Preto – LPA) e o mais baixo, de R$ 2,5108 (Santos – LTM), conforme destaca a tabela abaixo:

---

[10] Disponível em <https://duvidasgasolina.hotsitespetrobras.com.br/como-e-feita-a-composicao-do-preco-da-gasolina-ao-consumidor/>. Acessado em 09.04.21.

[11] Disponível em <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/precos-de-venda-as-distribuidoras/gasolina-e-diesel/>. Acessado em 09.04.21.

Local	Modalidade da Venda	Preço (R$/l)
Barueri (SP)	EXA	R$ 2,6187
Barueri (SP)	LPA	R$ 2,6206
Cubatão (SP)	EXA	R$ 2,5512
Cubatão (SP)	LPA	R$ 2,5535
Guarulhos (SP)	EXA	R$ 2,6126
Guarulhos (SP)	LCT	R$ 2,6272
Paulínia (SP)	EXA	R$ 2,6297
Paulínia (SP)	LPA	R$ 2,6320
Ribeirão Preto (SP)	EXA	R$ 2,6673
Ribeirão Preto (SP)	**LPA**	**R$ 2,6728**
Santos (SP)	**LTM**	**R$ 2,5108**
São Caetano do Sul (SP)	EXA	R$ 2,5916
São Caetano do Sul (SP)	LPA	R$ 2,5968
São José dos Campos (SP)	EXA	R$ 2,5870
São José dos Campos (SP)	LPA	R$ 2,5893
Preço Médio		**R$ 2,6041**

Se considerados: (a) o preço médio (2,6041), (b) o preço mais baixo (R$ 2,5018) e (c) o preço mais alto (R$ 2,6728) registrados nessa semana, percebe-se uma diferença entre o preço mais baixo e o preço médio de R$ 0,1023 e entre o preço médio para o preço mais alto, de R$

0,0687. A diferença entre o preço mais baixo e o preço mais alto é ainda maior, de R$ 0,1710.

Para qualquer outro produto, essas diferenças de centavos não significariam muito, no entanto, qualquer consumidor médio sabe que uma diferença de R$ 0,10 por litro, por exemplo, tem grande impacto no custo de abastecimento do seu veículo carro e no seu orçamento do final do mês.

Nota-se que este mesmo problema de "valor médio" também se verifica no caso do etanol anidro e do etanol hidratado, divulgado pela CEPEA/ESALQ[12] e indicado pela ANP como fonte de cálculo[13], com a agravante de que esta instituição audita apenas preços mensais de alguns estados (AL, PE, PB, MT, PE, GO, AL e PB), tendo apenas o estado de SP com preços semanais.

Esse problema informacional sobre o "valor médio do produtor / importador" trazido no referido Decreto é de fácil solução. Bastaria incluir no Decreto a necessidade de ser informado no painel os preços reais praticados pelo produtor/importador e pela distribuidora fornecedora do combustível comercializado pelo posto e, ainda, exigir que na nota fiscal de compra do combustível, emitida pela distribuidora fornecedora ao posto, constassem discriminados esses preços reais de compra do combustível pago ao "produtor/importador", além do preço cobrado pela distribuidora do posto, que já vem discriminado, os quais deveriam ser reproduzidos pelo posto no painel exposto aos consumidores.

Apenas dessa forma, o consumidor terá a "informação correta, clara e precisa" sobre o real preço dos combustíveis ao longo de toda a cadeia.

---

[12] Disponível em <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/indicador/etanol.aspx>. Acessado em 09.04.21.

[13] Disponível em <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/orientacoes-sobre-painel-de-composicao-dos-precos-decreto-no-10-634-2021>. Acessado em 09.04.21.

Ressalte-se, ainda, que a divulgação de todos esses preços reais permitirá ao consumidor ter informações completas sobre os preços ao longo da cadeia, além de aperfeiçoar suas escolhas sobre o posto onde abastecer. Isso porque, com essas informações de preços reais, o consumidor poderá verificar quando o posto está cobrando abaixo ou próximo ao preço de custo, o que pode ser um sinal de algo estranho com o combustível ou mesmo quando o posto está obtendo margem acima daquela média do mercado.

Esta maior transparência nos preços ao longo da cadeia também poderá facilitar a atuação das autoridades públicas para a constatação de práticas discriminatórias, sonegação de tributos, preços predatórios e lucros abusivos de todos os agentes da cadeia brasileira de combustíveis (produtor, importador, distribuidora e revendedor) e tomar as medidas cabíveis para solucioná-las.

Por fim, chamo ainda a atenção para a necessidade de fazer ajustes nas informações sobre os valores dos tributos incidentes na comercialização dos combustíveis que devem ser apresentadas no painel afixado no posto e aquelas constantes dos documentos fiscais emitidos pelos postos.

No setor de combustíveis há a chamada regra de "substituição tributária", onde a responsabilidade pelo pagamento dos tributos recai sobre os produtores / importadores e distribuidoras, conforme o tributo e o combustível.

Além disso, os tributos incidentes nos combustíveis e destacados no artigo 4º do referido Decreto (ICMS, PIS, COFINS e CIDE) são cobrados com base em valores (alíquotas) fixas, incluindo o ICMS cujo valor percentual é aplicado em cima do chamado valor pauta do ICMS ou "Preço Médio Ponderado ao Consumidor Final" (PMPF), definido pelas autoridades fazendárias estaduais e divulgados nos chamados

"Atos Cotepe"[14] do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária do Ministério da Economia.

Ocorre, contudo, que na nota fiscal (ou cupom fiscal) emitida pelo posto aos consumidores as informações ali divulgadas sobre os tributos incidentes são obtidas a partir do sistema IBPT que, além de serem aproximadas, conforme destacam os exemplos de Nota Fiscal trazidos no site da ANP[15], não refletem os valores reais pagos pelos produtores / importadores de gasolina, etanol ou diesel e pela distribuidora, mas, sim, percentuais definidos no sistema IBPT que é aplicado em cima do valor efetivamente cobrado.

Isso acarreta um problema sério aos consumidores e proprietários de postos, pois, por exemplo, se o preço cobrado pelos postos for superior ao PMPF, o valor do ICMS constante na nota fiscal será superior do que aquele divulgado no painel, baseado no PMPF, gerando uma desconfiança do consumidor de que o posto está cobrando um valor maior de ICMS. Por outro lado, se o valor cobrado pelo preço for menor do que aquele do PMPF, o valor do ICMS divulgado na nota será menor e, nesse caso, o consumidor poderá pensar que o posto está sonegando o imposto.

A solução para este problema também é simples: basta constar na Nota Fiscal o valor correto do ICMS, PIS, COFINS e CIDE incidentes sobre o combustível comercializado pelo posto, uma vez mantida a sistemática do ICMS pauta. Para tanto, é fundamental que o CONFAZ determine alterações no sistema do IBPT para que apresente na nota fiscal (ou cupom fiscal) os valores reais dos tributos federais e estadual incidentes na operação de compra e venda de combustíveis realizada pelos postos aos consumidores finais.

---

[14] Disponível em <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/atos-pmpf/2021>. Acessado em 09.04.21.

[15] Disponível em <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/orientacoes-sobre-painel-de-composicao-dos-precos-decreto-no-10-634-2021>. Acessado em 09.04.21.

US Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021 (CALERA) a revolução antitruste?

Eduardo Molan Gaban e Gabriel de Aguiar Tajra

Os acelerados passos das *Big Techs* no que tange às transformações de produtos e serviços no mercado digital, bem como de seus respectivos efeitos disruptivos à concorrência, impulsionaram uma verdadeira corrida internacional de adaptação normativa por parte das autoridades antitruste. Corrida esta protagonizada não só para harmonizar assimetrias regulatórias decorrentes do anacronismo legislativo, mas também, e principalmente, para adequar os instrumentos de análise e aplicação normativa aos casos futuros.

Os Estados Unidos estudam mais uma relevante alteração legislativa, denominada de *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021* (acrônimo: CALERA)[16]. Apresentada pela senadora Amy Klobuchar, chefe do Subcomitê de Políticas Concorrenciais, Antitruste e de Direitos Consumeristas, trata-se de uma reforma substancial condizente à abordagem do Partido Democrata, mais intervencionista, que, nas palavras do próprio senador, busca "resolver um problema concorrencial massivo"[17].

Para tanto, a proposta legislativa busca alterar normativas anteriores, especialmente o *Clayton Act*, uma das principais normas norte-americanas voltadas à repressão de práticas anticompetitivas. Ainda, pretende aprimorar o arcabouço normativo de controle de estruturas a partir de novos parâmetros de análise de atos de concentração de notificação obrigatória, indicação de possíveis presunções e elementos de investigação em sede de práticas anticompetitivas, inclusive mediante proteção da figura dos

---

[16] Disponível em: https://www.congress.gov/117/bills/s225/BILLS-117s225is.pdf.

[17] Disponível em: https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/2021/2/senator-klobuchar-introduces-sweeping-bill-to-promote-competition-and-improve-antitrust-enforcement.

denunciantes (*whistleblowers*), implementação de nova estrutura administrativa e orçamentária.

As alterações normativas ao controle de estruturas são possivelmente algumas das mais relevantes do CALERA. Assumiu-se que, por um lado, aquisições e fusões (concentração de mercado) têm o potencial de reduzir a competitividade empresarial, a inovação e mesmo a qualidade dos produtos e serviços. Por outro, entendeu-se que os Estados Unidos vivenciaram verdadeira consolidação de entendimentos jurisprudenciais favoráveis à não intervenção. Isso por meio de atribuição de foco quase exclusivo aos efeitos sobre preços de produtos e serviços (*consumer-welfare approach*), deixando de lado presunções de dominância, análise de efeitos estruturais de longo prazo etc.

A proposta de substituição da atual regra exigida para rejeição de atos de concentração, isto é, a "prova de substancial diminuição da competição", passaria a ser "demonstração de criação de riscos apreciáveis capazes de materialmente reduzirem a competição". Essa mudança será substancial e, se aprovada, facilitará a proibição de concentração econômica pelas autoridades antitruste norte-americanas. Há ainda algumas outras hipóteses de rejeição de atos de concentração, como a "formação de estruturas monopsônicas", especialmente relevante aos mercados digitais.

Outras alterações relevantes abarcam a seção 7 do *Clayton Act (Unlawful Acquisitions)*, desta vez voltadas às presunções de geração de efeitos negativos em atos de concentração. Além de criar várias hipóteses de rejeição de atos de concentração, o CALERA também amplia consideravelmente as hipóteses de inversão do ônus probatório no tocante à demonstração de efeitos de operações de concentração econômica. Nesse sentido, recairá majoritariamente sobre os players o ônus de demonstrar efeitos quando a operação de concentração econômica: a) resultar em acréscimo significativo da concentração de mercado; ou b) permitir que a empresa adquirente unilateralmente e com lucratividade venha a exercer poder de mercado; ou c) aumente

materialmente a probabilidade de interação coordenada entre competidores.

Especificamente, serão averiguados pontos sensíveis como controle de ativos relevantes, poder de decisão ou poder de voto tanto por parte do grupo econômico adquirente quanto da empresa adquirida e, não menos importante, *market share* das partes.

A título de exemplo, se impugnada na justiça pelas autoridades antitruste norte-americanas, o juiz deve declarar que uma operação pode representar risco apreciável de diminuir materialmente a concorrência, ou tende a criar monopólio ou monopsônio no mercado ou afetando o mercado se: a) a empresa adquirente possuir mais de 50% do *market share,* tanto pelo lado da oferta como demanda; b) quaisquer das empresas possua, isoladamente, poder de mercado significativo e como resultado da operação venha a adquirir controle sobre ativos que aumentem a probabilidade de abusarem de sua posição dominante; c) a aquisição resulte na combinação de ativos e entidades que tenham probabilidade razoável de impedir, limitar ou prevenir efeitos disruptivos no mercado em análise; d) a adquirente acabe por possuir ações com direito a voto ou ativos da empresa adquirida totalizando valor superior a US$ 5 bilhões.

Os Estados Unidos atingiram o patamar de US$10 trilhões desde 2008 em operações de fusões e aquisições[18]. Os novos padrões de análise propostos pelo CALERA abrem margem a uma maior rigorosidade pela autoridade antitruste norte-americana, especialmente em face das exigências decorrentes do mercado digital e da ascensão de concentrações por contratos associativos (isto é, que não envolvam diretamente fusões ou aquisições).

As alterações no controle de estruturas não foram as únicas de grande efeito. O mesmo ocorreu em relação às práticas anticompetitivas. Segundo CALERA, consideram-se exclusionárias as

[18] Segundo dados levantados pelo próprio Congresso Americano na emenda.

condutas que criam desvantagens materiais aos competidores ou limitam suas habilidades de competição. De forma similar ao realizado para o controle de estruturas, foram adotados parâmetros e presunções de dominância também para o controle de condutas, especialmente no que tange ao critério de *market share* (superior a 50% ou poder de mercado significativo).

Nesse sentido, se acusada de prática anticompetitiva, o ônus da prova recairá sobre a empresa, que deverá demonstrar a preponderância de efeitos positivos ao mercado e à concorrência em contraposição aos fatos imputados.

Ainda em sentido similar ao controle de estruturas, em conjunção à presunção mencionada, as autoridades não serão mais obrigadas a: a) quantificar os danos aproximados da conduta anticompetitiva; b) provar a recusa em contratar; c) demonstrar que os preços estabelecidos no mercado eram inferiores aos preços de custos de concorrentes (para as hipóteses de preços predatórios); ou d) demonstrar a irracionalidade da conduta atacada.

Mesmo práticas que sejam adotadas para garantir conformidade à lei ou aquelas atinentes à aplicação e cumprimento forçado de direitos de propriedade intelectual e industrial seriam passíveis de configurar indícios de práticas anticompetitivas, não tão somente se analisadas por si só, mas em conjunto à possível estratégia de dominação de mercado em curso.

A CALERA ainda trouxe algumas inovações referentes a estrutura administrativa, aplicação de penas e proteção de denunciantes (*whistleblowers*). Em relação a estes últimos, a normativa procura estender às normas antitruste os mecanismos de não-retaliação já existentes nos programas de *whistleblowers* em vigor (por exemplo, no âmbito da *Security and Exchange Commission – SEC*). Especificamente, proibição de demissão, suspensão das atividades profissionais ou qualquer outra forma de discriminação a empregados que

disponibilizem informações relevantes à autoridade antitruste ou que atuem como testemunhas ou partícipes na investigação.

No caso dos denunciantes não coautores, outra inovação interessante são os incentivos criados para denunciação, dentre as quais o pagamento de recompensa àquele que voluntariamente apresentou informações originais às autoridades que viabilizaram a recuperação de ativos até o limite de 30% sobre o montante da pena aplicada.

Em concomitância à previsão de denunciações com incentivos monetários, a CALERA também renovou o parâmetro das penalidades. Se aprovado, o antigo teto de US$ 100 milhões será substituído por penalidades de até 15% sobre o faturamento anual da empresa investigada, ou 30% sobre o faturamento no mercado em análise.

No que concerne à estrutura das administrativa, a CALERA aumentou consideravelmente a distribuição orçamentária da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça ("USDoJ") e do *Federal Trade Commission* ("FTC"). Os valores anuais passarão de US$ 166,8 milhões e US$ 331 milhões referentes ao no de 2020, para US$ 484,5 milhões e US$ 651 milhões, respectivamente representando um acréscimo de 190,5% e 96,7%.

Além robustecer o orçamento das autoridades (*USDoJ, Antitrust Division* e da FTC), a CALERA inova criando subdivisão independente para estudos de mercado e revisão atos de concentração passados e aprovados por ambas as autoridades, o *Competition Advocate* (ou Advogado da Concorrência), o qual, embora passe a funcionar dentro da estrutura da FTC, possuirá independência funcional e equipe própria, se reportando à presidência da FTC.

As alterações propostas quebram paradigmas, isso é fato. Em consonância ao movimento "Hipster Antitruste", ampliam-se as margens de discricionariedade, bem como levanta-se um maior espectro metodológico a partir de efeitos estruturais e sócio-políticos, como questões atinentes a desigualdades sociais, salário e mobilidade de

funcionários, concentração do poder político e portabilidade ou interoperabilidade de dados[19].

Será a tão esperada revolução do antitruste?

[19] DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e "Neo-brandeisiano". In: *Justiça Do Direito*, v. 33, n. 3, 2019, p. 235.

A nova lei do gás

Daniela Santos

Minha coluna de hoje é sobre a Lei nº 4.476/2020 (Lei do Gás), aprovada e sancionada recentemente (sem vetos), e que suscita grande curiosidade mesmo entre aqueles que não atuam diretamente com o tema.

E tal interesse decorre, em parte, devido as (péssimas) notícias sobre o aumento do gás natural em quase 40% imposto às distribuidoras estaduais – sendo importante esclarecer que o reajuste é da Petrobras e não das distribuidoras locais, que apenas repassam os valores aos seus respectivos consumidores, gerando importante impacto para a indústria nacional (principal usuária do insumo).

Com efeito, a nova Lei, assim como seus futuros Decreto e regulamentações, têm como tarefa imediata resolver gargalos importantes de modo a realmente estimular a entrada de novos agentes e, com isso, a competição no setor. Só assim poderemos ter um contexto mais propício, nos próximos anos, para notícias melhores...

Pois bem. Antes de entrarmos nos dispositivos da nova Lei do Gás, importante não perder de vista as principais medidas do Novo Mercado de Gás:

(I) A celebração do Termo de Comprimisso de Cessação, assinado em 2019, entre CADE e Petrobras, que resultou, entre outros, na venda de ativos da petroleira,

(II) A resolução CNPE nº 16/2019, que estabeleceu diretrizes voltadas à promoção da livre concorrência no mercado de gás natural,

(III) A realização do REATE, e

(IV) Ajustes SINIEF – questão tributária

Foi a partir desse cenário que a Lei foi aprovada, com destaque para pontos importantes como o estímulo à competição e concorrência, acesso não discriminatório e harmonização das leis estaduais.

Sobre a atividade de transporte de gás natural, é mais do que sabido que a nova Lei tratou com muito cuidado de ajustar o que não funcionou na revogada Lei nº 11.909/09. E quando digo que não funcionou, me baseio no fato de não termos conseguido avançar na expansão da malha de transporte, o que é fundamental para a garantir o suprimento do gás no País.

O destaque é que a Nova Lei substituiu a concessão pela autorização para a outorga da atividade de transporte, e isso transformou a lógica contida nos dispositivos anteriores, sendo um dos pontos mais festejados da nova Lei.

Ademais, importantes critérios de independência foram inseridos na Lei, de modo a garantir a concorrência.

Ao elencar o que se considera como gasoduto de transporte, a nova Lei do Gás caminha para estabilizar os limites da atividade e, consequentemente, resolver antigos problemas referentes à distribuição de gás canalizado – monopólio constitucional dos Estados. Aqui, esperamos que o Decreto e a regulamentação que serão elaborados, sejam ainda mais objetivos, garantindo segurança para todos os elos da cadeia de gás.

A Nova Lei destaca o papel da ANP nos diversos segmentos, o que restou claro na sua agenda regulatória. Especificamente, conferiu ao regulador um papel fundamental tanto na definição da receita máxima para o transporte quanto na aprovação das suas tarifas. Destaco a importância de garantir a publicidade e transparência dos cálculos.

Por falar em transparência, assunto que sempre trato em meus artigos, comemoro sempre que leio estudos que comprovam que não se trata apenas de um discurso bonito, mas de uma absoluta necessidade para o eficiente funcionamento do setor. Com o desinvestimento da Petrobras

no setor de gás e aumento do número de agentes – além das novas diretrizes contidas na Lei das Agências Reguladoras – a publicidade e transparência são pilares para os avanços que desejamos. E com isso, também quero dizer que processos aleatoriamente sigilosos e documento excessivamente tarjados não devem ter mais espaço no novo mercado de gás.

Sobre o almejado sistema de transporte, chamo atenção para os objetivos elencados na nova Lei, quais sejam: (1) atendimento da demanda de transporte, (2) diversificação da fonte de gás natural e (2) segurança de suprimento por dez anos. A criação de um Conselho Gestor de Mercado – para os casos de mais de uma transportadora na mesma área – poderá ajudar, assim como a criação dos Conselhos de Usuários para monitoramento.

Neste sentido, vale mencionar que mercado saudável conta, também, com a efetiva participação de usuários na verificação do que está sendo executado. O desafio será garantir a devida escuta e consideração ao monitoramento.

Por fim, com o balanceamento, a nova Lei do Gás pretende garantir o suprimento do sistema.

Sobre gasoduto de escoamento, UOGN e unidades de liquefação e regaseificação, a grande novidade é o acesso não discriminatório e negociado de terceiros às infraestruturas essenciais. Uma grande alegria para todos que esperavam o destravamento do que restou disciplinado na antiga Lei do Gás. Junto ao acesso, o legislador esclarece que a preferência é do proprietário da instalação e cria o código de condutas e práticas de acesso à infraestrutura, dando, mais uma vez, ênfase à publicidade e a transparência.

A remuneração e o prazo merecem destaque aqui, porque a despeito de serem pontos acordados entre as partes, deverão ter como base critérios objetivos e previamente definidos e divulgados. Novamente, um alívio para todos que aguardam transparência!

Outros dois pontos fundamentais disciplinados na nova Lei são: a distribuição e a comercialização do gás. Mas como há muitos desdobramentos, optei por focar neste artigo apenas a análise da competitividade e da competência.

Sobre competitividade, a nova Lei é muito clara: trata-se do principal objetivo do mercado livre de gás. E isso carrega uma série de princípios que deverão ser observados durante o acompanhamento do setor pela ANP. Mas é importante não perder de vista que o regulador deve escutar os órgãos competentes de defesa da concorrência antes da tomada de decisão, o que, inclusive, está expressa e corretamente disposto na nova Lei do Gás.

Isso parece outro ponto bonito de se escrever, mas pouco prático. Ledo engano. Recentemente, escrevi com o meu colega Felipe Fernandes um artigo, ainda não publicado, sobre uma deliberação regulatória estadual, que presume como infração à ordem econômica o controle, por uma comercializadora, de mais de 20% do volume de gás canalizado vendido naquele estado.

O limite imposto, na prática, confunde posição dominante com infração à ordem econômica o que prejudica a concorrência – objetivo do regulador. Por isso, é importante não perder de vista que somente com o apoio coordenado dos órgãos competentes, será possível garantir a concorrência no setor de gás.

Finalmente, sobre a competência, precisamos compreender definitivamente que quem pode regular e fiscalizar a atividade de comercialização de gás no País é a União. Aos Estados resta a definição do consumidor livre.

Por isso, a antiga e nova leis dispõem sobre comercialização do gás natural. E é nesse sentido que as novas e antigas leis estaduais deveriam ser ajustadas. Porque a segurança do mercado de comercialização de gás depende de regras uniformes aplicáveis em todo o território nacional. E o investidor está atento aos Estados que organizam bem as suas atribuições e cumprem com as normas federais

aplicáveis – como bem destaca Adrianno Lorenzon, coordenador técnico da equipe de gás natural da ABRACE.

Observo, por fim, que a nova Lei do Gás fala em harmonização das normas e articulação dos entes, especialmente em relação à regulação do consumidor livre (neste ponto, inclusive, vale mencionar que a ANP recentemente aprovou o Manual de Boas Práticas para Harmonização das Normas Federal e Estaduais.). Importante garantir que os Estados estejam realmente preparados para incentivar a comercialização de gás no mercado livre, o que, sem qualquer dúvida, resultará no sucesso do Novo Modelo do Gás.

A necessidade de aprimoramento da avaliação de interesse público em casos de defesa comercial

Fernanda Manzano Sayeg

Nos últimos anos, a principal alteração na legislação brasileira de defesa comercial diz respeito à avaliação de interesse público.

O Decreto nº 9.745, de 2019, transferiu à Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público ("SDCOM") do Ministério da Economia a competência para propor a suspensão ou alteração de aplicação de medidas antidumping ou compensatórias em razão de interesse público, e a Portaria SECEX nº 13/2020 disciplinou o processo administrativo de avaliação de interesse público no Brasil.

Essa avaliação não está prevista nos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC). Assim, a maioria dos Membros da OMC não adotou previsão específica sobre o assunto em suas legislações. Entre os poucos países que ponderam o interesse público ao aplicar medidas de defesa comercial estão Brasil, Canadá, União Europeia, Nova Zelândia, China, Malásia e Tailândia, os quais incluíram provisões normativas de interesse público em suas legislações.

A avaliação de interesse público tem por objetivo analisar se há elementos que justifiquem a suspensão ou a alteração de medidas antidumping definitivas compensatórias, provisórias ou definitivas. A avaliação de interesse público também pode concluir pela necessidade de não aplicação de medidas antidumping provisórias, caso seja recomendada a aplicação desses direitos na investigação de defesa comercial.

Interesse público é um bastante conceito bastante amplo. A legislação brasileira tenta delimitar esse conceito ao estabelecer que há interesse público sempre que o impacto da imposição da medida antidumping ou compensatória sobre os agentes econômicos se mostrar potencialmente mais danoso quando comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida de defesa comercial. O processo administrativo de

avaliação pública visa a analisar o eventual impacto da adoção da medida de defesa comercial na oferta do produto em questão no mercado brasileiro, de modo a prejudicar a dinâmica do mercado nacional (incluindo os elos a montante, a jusante e a própria indústria), em termos de preço, quantidade, qualidade e variedade entre outros.

Atualmente, tanto processo administrativo da investigação dumping ou de subsídios quanto o processo administrativo de avaliação de interesse público são conduzidos pela SDCOM, de forma concomitante, seguindo o mesmo rito processual. No caso da avaliação de interesse público, a SDCOM recebe informações, as analisa e pode recomendar: (i) a suspensão da exigibilidade de direito antidumping definitivo ou de compromissos de preços; (ii) a não aplicação do direito antidumping provisório, a homologação de compromisso de preços ou a aplicação de direito antidumping definitivo em valor diferente do recomendado; (iii) a suspensão da aplicação de direito compensatório provisório ou definitivo ou a não homologação de compromissos e a aplicação do direito compensatório provisório ou definitivo em valor diferente do recomendado. Contudo, cabe ao Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior (GECEX/CAMEX) o encerramento da avaliação de interesse público e da decisão final na investigação de defesa comercial, em caso de determinação positiva de aplicação ou prorrogação de medida antidumping ou compensatória[20].

Sem querer adentrar na discussão se o argumento de interesse público seria compatível com a lógica da defesa comercial - em que medida o reconhecimento de uma prática desleal de comércio como o dumping comporta uma mitigação? - há alguns aspectos do processo administrativo de avaliação de interesse público que não só podem como devem ser aprimorados, de modo a possibilitar que essa análise seja ainda mais precisa e completa.

---

[20] Sempre que a SDCOM concluir por a uma determinação negativa de aplicação ou prorrogação de medida antidumping ou compensatória na investigação original ou na revisão de final de período, caberá à Secretaria de Comércio Exterior ("SECEX") o encerramento concomitante da investigação de defesa comercial e da avaliação de interesse público, por perda de objeto.

No caso de investigações originais, de modo geral, o prazo para envio da resposta ao questionário de interesse público é o mesmo prazo para envio da resposta ao questionário do importador e do exportador. Na maioria das vezes, empresas acabam dedicando muito tempo ao preenchimento do questionário do importador e/ou do exportador a ser apresentado na investigação de dumping ou de subsídios, sem o qual não é possível obter uma margem individual de dumping, e não conseguem se dedicar a obter todas as informações solicitadas no questionário de avaliação de interesse público.

As informações solicitadas no questionário de avaliação de interesse não são informações fáceis de ser obtidas, sobretudo por importadores, que são os principais interessados em evitar a aplicação ou suspender uma medida de defesa comercial em vigor. Ao contrário do questionário do importador e do exportador, que devem ser preenchidos com informações contábeis e do dia-a-dia das empresas, o questionário de avaliação de interesse público solicita informações de natureza concorrencial e de mercado que muitas vezes são desconhecidas por aqueles que não são fabricantes. Basta lembrar que o questionário solicita que sejam apresentados dados de natureza concorrencial como o cálculo de índices de concentração de mercado (em especial do HHI) considerando produção nacional (nos termos de defesa comercial), importações e substitutos e barreiras à entrada. Essa dificuldade é ainda maior quando se trata de um bem que é apenas um dos diversos bens classificados em uma determinada sub posição da NCM, já a que é com base nessa classificação que é possível obter parte das informações publicamente disponíveis sobre determinado produto.

Ao contrário da que ocorre em uma investigação de defesa comercial, não há peticionário nas avaliações de interesse público em investigações originais. O fato de não haver empresa ou associação faz com que o processo administrativo não receba tantas informações nem tanta atenção das autoridades, o que pode resultar em uma avaliação de interesse público incompleta, imprecisa e superficial. Isso é

extremamente prejudicial à sociedade como um todo, já que a aplicação de direito antidumping ou compensatório pode resultar no encarecimento do produto objeto da investigação, com reflexos nos demais bens que utilizam esse produto em sua fabricação.

É importante notar que a avaliação de interesse público representa um custo adicional às partes, visto que, como desconhecem as informações solicitadas recorrem à contratação de advogados, economistas e consultorias especializadas, bem como de institutos de pesquisas e relatórios setoriais, para obter as informações solicitadas no questionário.

Não há dúvidas que, dada a relevância da verificação dos efeitos das medidas de defesa comercial sobre o interesse público, a insuficiência de dados substantivos que subsidiem devidamente o processo decisório pode prejudicar a funcionalidade dessa avaliação. Assim, é importante que a sociedade debata formas de tornar essa análise ainda mais eficaz.

Entre as possíveis sugestões, estão a ampliação do escopo da análise – que, na prática, está limitada aos itens estabelecidos no questionário de avaliação de interesse público - para que ela seja adaptável a cada tipo de produto. É evidente que o impacto de uma medida antidumping sobre um bem intermediário deve ser analisada de forma diferente do impacto de uma medida antidumping sobre um bem final. Da mesma forma, há questões específicas relacionadas a produtos agrícolas que não se aplicam a produtos químicos e vice-versa.

Outra medida que pode fazer muita diferença é um maior engajamento da SDCOM não só na análise, mas também na obtenção das informações. Hoje observa-se uma grande passividade na condução da avaliação de interesse público. Não é aceitável que a SDCOM decida que não há impactos apenas porque não recebeu informações das partes, as quais muitas vezes não dispõem dos dados ou de condições econômicas para levantá-los.

Por fim, os aspectos atinentes à concorrência doméstica que fazem parte da análise também deveriam receber mais atenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Embora o CADE seja consultado nas avaliações de interesse público, suas análises são superficiais e em nada se assemelham àquelas analises profundas realizadas em atos de concentração ou investigações de cartel. Da mesma forma, outros órgãos da administração pública poderiam ser engajados, de modo que a avaliação de interesse público seja cada vez mais precisa e completa.

Moedas digitais soberanas e as mudanças que se anunciam para o sistema financeiro internacional

Fernanda Garibaldi

Em seu "*Platform Capitalism*", o professor de Economia Digital do King's College, Nick Srnicek, elabora certa hipótese para um novo capítulo da economia contemporânea, mediada pela tecnologia, que teria inaugurado uma nova fase no modo de produção capitalista: a exploração econômica de dados, que ocupa, senão o primeiro lugar, aquele de maior relevância nas iniciativas de negócios das grandes corporações mundiais, realizados por meio de plataformas digitais.

Diante desse quadro de complexificação das relações econômicas e sociais, não apenas a iniciativa privada, mas também os Estados, e aqui, especificamente, as autoridades monetárias mundiais, vêm sendo instadas a pensar soluções para o processo inevitável de digitalização da economia, e possivelmente, de digitalização da moeda, impactando o futuro do dinheiro, tal qual o conhecemos.

Em abril deste ano, o Banco Popular da China (PBoC), o equivalente ao nosso Banco Central do Brasil, lançou a primeira moeda virtual mundial de peso – o Yuan digital, um divisor de águas na história da política monetária internacional, por ser a primeira moeda virtual lançada por uma grande potência mundial.

O yuan digital, que vem sendo estudado desde 2014 pelo PBoC, é a primeira moeda digital efetivamente lançada por uma país de grande economia, capitaneando um grupo que o Banco de Compensações Internacionais (BIS) classifica como o de "moedas digitais de bancos centrais" ou CBDC, do acrônimo em inglês "*central bank digital currency*".

No início de abril deste ano, mais de 100 mil chineses puderam baixar, por meio de uma plataforma digital no celular, o yuan digital, realizando compras e transferências monetárias digitais. Antes disso, o Banco Central das Bahamas passou a emitir integralmente um CBDC

conhecido como “*sand dollar*”, muito menos alardeado na imprensa, em função do tamanho e relevância do arquipélago caribenho para o comércio internacional.

Apesar do frenesi em torno do lançamento do yuan digital, muita gente, e a própria mídia, ainda confunde os conceitos de moedas digitais, criptomoedas e moedas eletrônicas.

Nesse sentido, é sempre bom lembrar que as moedas digitais usam a mesma tecnologia das criptomoedas, o *blockchain* (tecnologia de registro descentralizada que funciona como um livro-razão), entretanto, ao contrário dos ativos virtuais do gênero, o dinheiro digital dos bancos centrais é centralizado e nem um pouco anônimo.

Enquanto as criptomoedas são espécies de ativos financeiros representados digitalmente e anonimamente por algoritmos criptografados, sem curso forçado, ou lastro em qualquer autoridade monetária mundial, como uma espécie de "dinheiro privado” – o que enseja, inclusive, a grande volatilidade do seu custo, as CBDCs possuem atribuições e características típicas de moeda (curso forçado, lastro regulatório, características de meio de troca, unidade de conta, reserva de valor, etc.), em um esforço conjunto do bancos centrais mundiais, inegavelmente, em arrefecer as tentativas de florescimento de um regimento monetário à margem da regulação, sobretudo por questões ligadas à prevenção de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, e de criar uma moeda digital soberana com lastro e segurança.

E quanto às moedas eletrônicas?

Diferente também das moedas digitais, por moeda eletrônica a legislação brasileira de pagamentos entende os recursos em Reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em Reais – trocando em miúdos, é o dinheiro do seu cartão de crédito ou da conta da sua carteira digital.

Esclarecidas as filigranas não desprezíveis dessas terminologias, é preciso salientar que não apenas a China vinha estudando o lançamento do yuan digital, assim como mais de 60 (sessenta) banco centrais no mundo tudo, a exemplo do FED, do Banco Central indiano e Europeu, além do Brasil, que segue na mesma corrida internacional por tomar a dianteira em uma possível digitalização das moedas nacionais.

Em abril deste ano, Roberto Campos Neto, presidente do Banco Central brasileiro, em um encontro virtual promovido pelo BIS, mencionou que o projeto do "Real digital" está avançando e que o Brasil apresentará novidades em breve.

A parte às questões de concorrência que surgem, afinal, a pressa da China é sobretudo para tornar o yuan um *benchmark* para as transações internacionais e assim usurpar a hegemonia do dólar, líder desde a mudança do padrão-ouro com *Bretton Woods*, emergem questões técnicas fulcrais para o debate da digitalização completa da moeda, que precisarão ser respondidas pelos bancos centrais nos próximos anos.

Notadamente, encontrar um equilíbrio entre a privacidade dos dados e o controle do sistema, é equação mais difícil a se resolver nesse problema.

Não à toa, a maior parte dos estudiosos do tema apontam uma preocupação permanente em torno de o governo deter, inadvertidamente, amplo acesso a informações privadas de detentores de contas individuais e a possibilidade de intervir, com isso, na alocação do crédito.

Além disso, há preocupações relevantes com a desintermediação bancária, minando o papel dos bancos comerciais na economia. Toda a população teria contas de moeda digital diretamente no banco central, como depositário, sem intermediação de instituições financeiras ou de pagamentos? Se os bancos deixarem de receber depósitos, como poderão conceder empréstimos? Os bancos experimentariam um aperto

das margens ou cobrariam taxas de juros ainda mais altas sobre os empréstimos?

Se é certo que é possível fazer inclusão financeira por meio de um sistema monetário digital, como realizar esse feito, considerando que boa parte da população brasileira não tem acesso de qualidade à internet?

Para além das dúvidas próprias dos sistemas domésticos, pergunta-se, legitimamente, se os bancos centrais nacionais estarão dispostos a aceitar pagamentos em CBDCs de outros bancos centrais, e como assegurar o anonimato – característica marcante das transações em dinheiro físico, sem renunciar aos controles de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, em nível mundial, resguardando a estabilidade de um sistema que se pretende predominantemente digital?

Todas essas são questões em aberto que deverão ser endereçadas pelas autoridades monetárias em um futuro mais próximo do que imaginamos.

Apesar das muitas incertezas, resta cada vez mais claro que o último reduto de assimetria informacional – o setor financeiro, para além das repercussões notórias da tokenização, da emissão privada de ativos, da concorrência das fintechs, da exploração econômica de dados e do capitalismo de plataformas, será ainda mais impactado naquela que é sua instituição sagrada desde, pelo menos, o século XII – a moeda, e para o qual os ventos que se anunciam, com alguma margem de previsibilidade, apresentam-se como incontornáveis.

O despacho saneador no processo administrativo sancionador do CADE

Mauro Grinberg

Sanear é limpar, expurgar, organizar, corrigir e muito mais. Em termos processuais, o saneamento do processo pode ser visto como "a correção de seus eventuais defeitos e organização de seus rumos" (Eduardo Talamini, "Comentários ao Código de Processo Civil", Vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2017, pág. 181).

Trata-se de fase extremamente importante do processo, tanto judicial quanto administrativo, pois tende a evitar perda de tempo e de recursos e sobretudo a conceder a todos os participantes a tão almejada segurança jurídica. Esta fase tem sido pouco valorizada no processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em relação ao qual estabelece o art. 72 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC): "Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso".

Então vemos que no despacho previsto no art. 72 acima referido tem por objetivo precípuo organizar a prova. Mas organizar para provar o que? Por isso é fundamental que o despacho tenha mais completos objetivos, com base no art. 115 da LDC, que prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) ao processo administrativo sancionador do Cade. E aí analisamos a importância da aplicação do art. 357 do CPC:

> "*(...) deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:*
>
> *I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;*

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova (...);

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento".

Qual é a vantagem da aplicação, no processo administrativo sancionador do Cade, do disposto no art. 357 do CPC? É sobretudo dar racionalidade ao processo, fazê-lo mais célere, por de lado matérias irrelevantes e que nada tem a ver com o objeto deste processo, além de dar segurança jurídica às partes. Ressalte-se que há indicação jurídica com base no art. 115 da LDC ("aplicam-se subsidiariamente") do CPC.

Para efeito de aplicação do CPC ao processo administrativo sancionador do Cade, temos que entender que (i) o Réu no CPC é o Representado no Cade, (ii) o Autor no CPC é, no Cade, a própria autoridade (numa aparente confusão em que juiz e autor se misturam) e (iii) o Juiz no CPC é ora o Superintendente-Geral (juiz de instrução durante a fase investigatória do processo), ora o Cade, pelo Conselheiro Relator sorteado ou pelo próprio Colegiado, após o processo ter sido encaminhado ao Tribunal do Cade. Seja aqui lembrado que uma representação pode ser recebida como inquérito administrativo (procedimento inquisitório), ser transformada em processo administrativo (procedimento contraditório), tudo isto dentro da Superintendência-Geral. Esta emite Nota Técnica final, após a instrução, opinando pelo arquivamento ou pela condenação, enviando o feito ao Tribunal do Cade, órgão colegiado que emitirá a decisão final do Cade, acatando ou não a posição do órgão instrutor.

Citemos um exemplo meramente hipotético. Há uma acusação de cartel, limitado a uma unidade da Federação, em que, na sua defesa, uma das partes acusadas, além de dizer que inexiste cartel ou,

existindo, ela dele não participou, diz que vai provar que não influenciou os preços praticados em todo o Brasil. Trata-se de matéria quase totalmente alheia ao objeto do processo – pois só interessa, para seu efeito, o que ocorreu no Estado da Federação em questão -, razão pela qual o Superintendente-Geral deve, no despacho saneador, extirpá-la do processo.

Em outro exemplo hipotético, a acusação apresenta dois fatos que constituiriam supostas infrações contra a ordem econômica. O Representado concorda que tenha participado de uma delas (embora possa alegar que o fato não constitui infração) mas nega a sua participação na outra. Assim, não há que se provar que o Representado participou daquela conduta por ele já reconhecida. Isso deve ser reconhecido no despacho saneador.

Mas vejamos a aplicação, no processo administrativo sancionador do Cade, dos itens do art. 357 do CPC (o que deve ser feito utilizando o cotejo entre acusação e defesa):

I. Resolver as questões processuais pendentes: trata-se aqui de reconhecer ou negar a existência de questões procedimentais que podem macular o processo. Por exemplo, citemos alegações de erros na acusação.

II. Delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos: aqui tem-se que provar (i) se determinado Representado participou de determinada reunião, tida como objeto da atividade probatória, (ii) se os preços de determinado produto tiveram alta conjunta de todos os seus produtores após a ocorrência de determinada reunião, tida como objeto da atividade probatória, (iii) que determinado Representado, no dia da reunião supostamente incriminadora, estava em outro local, etc.

III. Definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373: neste ponto o Superintendente-Geral deve dizer quem deve

provar cada fato sujeito a prova, valendo lembrar que (i) o ônus da prova incumbe ao acusador, quanto ao fato constitutivo da alegada infração, (ii) ao Representado quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do acusador e (iii) podendo o Superintendente-Geral distribuir o ônus probatório de forma distinta se entender que a outra parte terá mais facilidade de se desincumbir do ônus (por exemplo, nos casos em que uma parte detém os documentos que interessam para a prova da outra parte).

IV. Delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito: no despacho saneador o Superintendente-Geral deve dizer claramente do que os Representados são acusados, sendo que tais acusações é que passarão a ser objeto de discussão nos autos. Ou seja, se no despacho saneador ficar definido que o Representado é acusado de fixação de preços de revenda, não pode mais ser condenado por recusa de fornecimento.

V. Designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento: este ponto deve ser entendido à luz do § 3º do mesmo artigo: "Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações". Ele está em linha, aliás, com o art. 6º do CPC: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha,

Um outro artigo do CPC que deve convencer a autoridade a proferir um despacho saneador amplo é o de nº 10: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de

ofício". Isto é o que se convencionou chamar de princípio da não surpresa, na verdade baseado no princípio do contraditório.

Sobre o sempre alegado princípio do contraditório, diz Camilo Zufelato que ele "tem como função precípua a de garantir a efetiva participação dos jurisdicionados no processo judicial e por consequência impondo limites ao poder de julgar do Estado" ("Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro", D´Plácido, BH, 2019, pág. 43). Deve aqui ser lembrado Luis Roberto Barroso: "em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado" ("Sem Data Venia", Intrínseca, RJ, 2020, pág. 185).

O que defendemos aqui não é que se profira o despacho saneador, como, aliás, a Superintendência-Geral já tem feito. O objetivo é que esse despacho saneador seja amplo a ponto de abarcar todas as questões previstas nos incisos do art. 357 do CPC.

Mais ainda, o que defendemos é a possibilidade da audiência em que o Superintendente-Geral possa chamar as partes interessadas e com elas debater as questões de fato e de direito envolvidas, dando cumprimento, assim, ao disposto no § 3º do art. 357 do CPC. Pode-se perguntar qual o sentido de tal audiência e a resposta é clara: evitar problemas, ao identificar com clareza os pontos controvertidos, deixando de lado os não controvertidos, ganhar celeridade com a "limpeza" (na verdade saneamento) do processo, concentrar os esforços nos temas apontados como importantes para a decisão a ser proferida.

Uma outra vantagem desta aplicação é a desnecessidade de alteração legal ou regulamentar; basta aplicar subsidiariamente o CPC, como está previsto em lei.

Análise de Impacto Regulatório: qual é a justa medida para a aplicação dos métodos quantitativos?

Elvino de Carvalho Mendonça

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) era uma demanda antiga do setor público e que já vinha sendo adotada pela SEAE em seus pareceres a partir, principalmente, das regras trazidas pela OCDE no seu Guia de Avaliação da Concorrência[21] e por grande parte das agências reguladoras.

Esse tema ganhou relevância com as publicações da Lei de Liberdade Econômica (art. 5º da Lei nº 13.874/2019[22]), da nova Lei das Agências (art. 6º da Lei nº 13.848/2019[23]) e do Decreto nº 10.411/2020[24] que regulamenta ambos os artigos.

Partindo da definição de problema regulatório, o Decreto nº 10.411/2020 define o AIR como sendo o procedimento de avaliação prévia à edição dos atos normativos que conterá informações e dados

---

[21] OCDE. Guia para avaliação de concorrência. Nº 2. Diretrizes. http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf. Acesso em: 28.04.2021

[22] BRASIL. Lei nº 13.874/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 28.04.2021.

[23] BRASIL. Lei nº 13.848/2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 28.04.2021.

[24] BRASIL. Decreto nº 10.411/2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm. Acesso em: 28.04.2021.

sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão [inciso I do art. 2º do Decreto nº 10.411/2020].

Como forma de calcular os prováveis efeitos, o referido diploma legal traz, em seu art. 7º, como metodologias específicas para a aferição do impacto, a análise multicritério; a análise de custo-benefício; a análise de custo-efetividade; a análise de custo; a análise de risco; e a análise risco-risco.

A análise da defesa da concorrência nas suas funções de controle de estruturas e de condutas possui uma série de instrumentais quantitativos sofisticados para, por exemplo, identificar a existência de carteis. A implementação desses instrumentais poderia ser aplicada ao AIRs como referência, ainda que, em geral, o AIR demande métodos menos sofisticados de avaliação de evidências e de custo *versus* benefícios.

Conquanto o instrumental de métodos quantitativos utilizados na análise de estruturas e de condutas seja um ponto de partida para a aplicação de métodos quantitativos em AIR, vários outros elementos que estão envolvidos na relação entre o administrado, as agências reguladoras e os órgão de advocacia da concorrência, como por exemplo a falha de mercado a ser regulada e as características próprias de cada setor, devem ser levados em consideração para a aplicação da *advocacy* com métodos quantitativos.

Muitos são os métodos quantitativos que são aplicados na teoria da defesa da concorrência e que podem ser adaptados à advocacia da concorrência em setores regulados. No entanto, na análise de impacto regulatório, outros elementos devem ser considerados, como, por exemplo, a utilização da teoria das externalidades em setores regulados em que os efeitos negativos da atividade se espraiam para além da atividade principal, como é o caso da mineração.

Diferentemente do que acontece com as operações de fusão e aquisição e com as condutas anticompetitivas, onde o objeto está muito

bem definido (poder de mercado e o seu abuso), na análise de impacto regulatório o elemento poder de mercado e o seu abuso são apenas partes integrantes de como a advocacia da concorrência deve atuar.

A adoção dos métodos quantitativos conforme proposto pelo Decreto de AIR não é trivial pela simples razão de que uma análise de custo-benefício, por exemplo, não é e nem pode ser padrão para todos os setores regulados. No caso do setor mineral, por exemplo, não considerar como um custo as externalidades geradas pela atividade sobre as populações afetadas pode implicar em severo viés na comparação com os benefícios da atividade.

As especificidades setoriais requerem corpo técnico com profundo conhecimento qualitativo setorial e base de dados confiável e disponível para o setor público e para o setor privado, de maneira a serem elaboradas as melhores análises de custo-benefício. A cooperação entre o setor privado e o setor público para o desenvolvimento dos estudos quantitativos é uma necessidade para a boa implementação do AIR nos setores regulados, dada a expertise técnica e complementar de ambos os setores.

Portanto, fica claro que a implementação da AIR por meio de métodos quantitativos adotados em análise de defesa da concorrência depende, necessariamente, de três elementos básicos: (i) capital humano (público e privado); (ii) bases de dados; e (iii) inter-relação entre os setores público e privado.

Há razões econômicas para se obrigar os licitantes à contratação de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar

Vanessa Vilela Berbel

Combater a violência doméstica é tarefa compartilhada por todos e claramente enunciada na Constituição Federal, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; destaca-se, ainda, o §2º, art. 3º, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), que reza caber à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos por ela enunciados.

Mas, infelizmente, se o combate à desigualdade de gênero e o enfrentamento à violência contra as mulheres integrassem a matriz curricular do ensino universal, poucos países passariam de ano. Estudo do Fórum Econômico Mundial de 2020 (World Economic Forum/ WEF) revelou que nem eu ou você estará vivo para ver a paridade entre homens e mulheres na saúde, educação, no trabalho e na política, a qual demorará, com sorte, 99,5 anos.

A dimensão "participação econômica e oportunidades", infelizmente, hoje, não escapa ao trágico diagnóstico, estando o Brasil na posição 89 do ranking (*The Global Gender Gap Index rankings by subindex*, 20, WEF). Apesar da progressiva queda histórica na diferença entre a taxa de participação masculina e feminina no mercado de trabalho, ela continua substancial, sendo de 22 pontos percentuais em 2015; vários fatores são apontados como causas dessa diferença, dentre eles: discriminação no mercado de trabalho, responsabilização da mulher da maior parte dos trabalhos não remunerados domésticos, dentre outros.

Há muito a se fazer, não se nega; trata-se de resultado histórico que não se logra mudar em curto tempo ou sem a participação maciça dos atores sociais. A questão é: estamos fazendo algo para essa

mudança? Parece-nos que sim. Estudo elaborado por FOGUE e RUSSO (IPEA, 2019), aponta a expectativa de elevação da presença feminina no mercado de trabalho para 64,3% em 2030, ou seja, 8,2 pontos percentuais acima da taxa em 1992[25], considerando uma população de idade ativa demarcada entre 17 e 70 anos.

Contudo, apesar de todos os avanços promovidos pelo processo contínuo de cooperação transversal entre governo, sociedade civil e comunidade internacional, há uma classe no universo de mulheres carece de maior atenção: as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Daí serem louváveis todas as iniciativas que foquem neste grupo, dentre elas a disposição contida no artigo 25, § 9º, inciso II, da Lei 14.133, de 1° de abril de 2021, que permite aos editais dos processos licitatórios preverem que percentual mínimo de mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por mulheres vítimas de violência doméstica.

Infelizmente, a família, lugar de acolhimento e suporte, pode, para alguns, representar sofrimento e agressão. Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos[26] revelam que das 221.427 denúncias de violência contra pessoas do sexo feminino (entre mulheres e crianças), 75.753 delas referem-se à violência doméstica e familiar contra mulheres.

Os dados reforçam a constatação do relatório "Progress of The World's Women 2019–2020: families in a changing world", da ONU Mulheres: "famílias são espaços contraditórios para as mulheres. São lugares de amor, nutrição e solidariedade, mas também local onde as

---

[25] FOGUEL, Miguel Nathan e RUSSO, Felipe Mendonça. Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados – IPEA. Decomposição e projeção da taxa de participação do Brasil utilizando o modelo idade-período-coorte, 1992 a 2030. In: Mercado de trabalho, conjuntura e análise, n. 25: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/190515_bmt_66_NT_decomposicao_e_projecao.pdf

[26] Somatória dos dados obtidos em Painel de Dados 2021/1 e 2020/2, disponível em: Painel de dados da ONDH — Português (Brasil) (www.gov.br)

mulheres mais experimentam violência e discriminação". Não se quer, com essa afirmação, desprestigiar a família; famílias não são apenas importante para o amor e cuidado do indivíduo, mas também representam relação simbiótica com governo e economia. Mercados e Estados que funcionam bem precisam das famílias para produzir trabalho, comprar bens e serviços, pagar impostos e nutrir membros produtivos de sociedade; devem ser, portanto, tratadas com muito zelo pelas legislações e políticas governamentais.

Recente estudo elaborado por Paulo RA Loureiro (LOUREIRO, 2020) revela que uma mulher que sofre violência doméstica normalmente ganha menos que aquela que não vive em situação de violência; a análise vai além, apura os custos econômicos e financeiros da violência doméstica, justificando a atuação do Estado para o aumento da oferta de emprego e ampliação do acesso ao capital humano.

Segundo levantamento feito por LOUREIRO[27], a violência tem alto custo econômico em países de centro e periferia. Os custos da violência doméstica, em 1995, nos Estados Unidos, chegam a valores atuais de US$ 8,3 bilhões anuais: uma combinação de US$ 5,8 bilhões para cuidados da saúde física e mental e US$ 2,5 bilhões em perda de produtividade. Inglaterra e País de Gales somam o custo de £ 15,7 mil milhões de libras anualmente; por sua vez, Chile e Nicarágua estimam em 6% e 2%, respectivamente, o impacto da violência doméstica sobre o produto interno bruto, dada as perdas de renda das mulheres (LOUREIRO, 2020, p.06).

Além dos custos sociais globais, o estudo revela que a violência doméstica é um dos fatores

predominantes nas perdas salariais individualmente sentidas pelas mulheres. Mulheres vítimas de violência doméstica, quando comparadas com aquelas que não sofrem violência doméstica têm uma

[27] LOUREIRO, Paulo RA. A Violência Doméstica Causa Diferença Salarial entre Mulheres?. No prelo.

perda de 30,6 % do salário real. Mulheres agredidas tiveram, na média, renda do trabalho principal de R$ 528, contra R$ 1.056 das que não sofrem agressão (LOUREIRO, 2020).

Logo, pode-se concluir que andou bem o legislador ao prever a possibilidade de se obrigar licitantes a empregar mão de obra feminina vítima de violência doméstica, não sendo desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação; a mulher, além de eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos em âmbito privado, ao sofrê-los também importa em custos econômicos sociais e individuais, cabendo a todos internalizá-los e prevenir suas ocorrências. Esperamos que as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entendam a importância de darem efetividade ao dispositivo legal.

Colunistas:

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA. Professora associada dos cursos de graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e Sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira.

ANDRÉ LUIS BROWN DE CARVALHO. Economista (Unesa), Mestre em Economia (UFF), Especialista em Finanças (Ibmec) e Especializando em Direito Econômico e Regulatório (PUC-Rio). Professor de economia e finanças em cursos de graduação e pós-graduação nas áreas de gestão. Foi Técnico da SEAE-ME desenvolvendo análises e pareceres sobre atos de concentração horizontal no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Atualmente é Gerente Administrativo e Financeiro.

DANIELA SANTOS. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado pela PUC/RJ, ex advogada da Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP), sócia fundadora da SG Advogados, escritório especializado em energia e integrante dos Comitês de Infraestrutura e Energia da OAB/SP.

EDUARDO MOLAN GABAN. Doutor em Direito (PUC-SP), Diretor do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação (IBCI), membro de Nishioka & Gaban Advogados, contato: gaban@nglaw.com.br.

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Doutor em economia pela UNB, Professor Doutor da WebAdvocacy – Defesa da Concorrência e ex-conselheiro do CADE.

FERNANDA GARIBALDI B. DE OLIVEIRA BATISTA. Head da área de Fintech e Meios de Pagamento do Felsberg Advogados, mestre e doutoranda em Direito (USP).

FERNANDA MANZANO SAYEG. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, professora em cursos de pós graduação e MBA e sócia de ASRM Advogados, Fernanda

pesquisa e estuda questões relacionadas a comércio internacional e defesa comercial, integrando a lista de painelistas do Brasil na OMC.

GABRIEL DE AGUIAR TAJRA. Graduado em Direito (USP), Pesquisador do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação (IBCI), membro de Nishioka & Gaban Advogados, contato: gabriel.tajra@nglaw.com.br.

LUIZ ALBERTO ESTEVES. Sócio da PAKT Consultoria, Doutor em Economia pela Università degli Studi di Siena, Itália (2009) e ex-Economista-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (CADE/MJ, Agência Antitruste).

MAURO GRINBERG. Ex-Conselheiro do Cade, Procurador da Fazenda Nacional aposentado, autor de artigos constantes de publicações especializadas, advogado especialista em Direito Concorrencial, baseado em São Paulo.

VANESSA VILELA BERBEL. Professora do Departamento de Direito do Instituto Federal do Paraná e Coordenadora-Geral no Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos.