

Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Organizadores:

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Marcos André Mattos de **Lima**

Loranaj Cristina Gomes

André Santa Cruz

Angelo Prata de Carvalho

César Mattos

Daniela Santos

Edson Dias

Eduardo Molan Gaban

Eliane de Souza Fontes

Elísio de Azevedo Freitas

Elvino de Carvalho Mendonça

Felipe Fernandes Reis

Fernanda Manzano Sayeg

Fernando Boarato Meneguim

Fernando de Magalhaes Furlan

Josefina Guedes

Katia Rocha

Lucia Helena Salgado

Marco Aurélio Bittencourt

Mauro Grinberg

Polyanna Vilanova

Rachel P. de Andrade Mendonça

Rodrigo Zingales

Rubem Cantanhede



Direito e Economia

Vol. I, nº 2 - 2023



Direito e Economia



Direta e Econômica

Organizadores

Elvino de Carvalho Mendonça
Marcos André Mattos de Lima
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Autores(as)

Ana Cristina Gomes	Fernando Meneguim
André Santa Cruz	Fernando de Magalhães Furlan
Angelo Prata de Carvalho	Josefina Guedes
César Mattos	Katia Rocha
Daniela Santos	Lucia Helena Salgado
Edson Dias	Marco Aurélio Bittencourt
Eduardo Molan Gaban	Mauro Grinberg
Eliane de Souza Fontes	Polyanna Vilanova
Elísio de Azevedo Freitas	Rachel P. de Andrade Mendonça
Elvino de Carvalho Mendonça	Rodrigo Zingales
Felipe Fernandes Reis	Rubem Cantanhede
Fernanda Manzano Sayeg	



Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Direito e Economia

Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy:

Direito e Economia: volume I. -- Brasília, DF:

WebAdvocacy – Direito e Economia, 2023.

Vários autores. Digital

ISBN: 978-65-84893-06-1

Bibliografia.

1. Direito - Brasil 2. Direito da concorrência 3. Direito da concorrência - Brasil 4. Direito econômico 5. Regulação.
- 2.

22-107073

CDU-34:33:381.81

Vol I

2023

Apresentação

A WebAdvocacy: Direito e Economia, cumprindo o seu papel de veículo de comunicação nas áreas do direito e da economia, lança o primeiro volume de 2023 do seu livro Colunas da WebAdvocacy: Direito e Economia.

Neste volume, estão publicados 22 artigos de opinião produzidos por renomados advogados e economistas nas áreas de direito econômico, direito empresarial, direito constitucional, direito do consumidor, direito do trabalho e comércio internacional.

Pensar os temas de fronteira do direito e da economia é a característica fundamental dos colunistas da WebAdvocacy e também o principal objetivo desta série de livros.

Aproveite a leitura de cada artigo e tire as suas próprias conclusões a respeito dos temas propostos, pois o conteúdo deste volume é um convite ao debate franco e sem amarras.

Boa leitura!!!

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	----------

A questão do uso de expressões registradas como marca nos chamados links patrocinados	9
--	----------

André Santa Cruz

Exigência de CND para concessão da recuperação judicial	16
--	-----------

André Santa Cruz

O aperreio do cabra que o excomungado tratou com máquerença e o Santíssimo não deu guarda. Para onde vai o Direito Concorrencial Constitucional?	23
---	-----------

Angelo Prata de Carvalho

Independência das Agências Reguladoras e o Novo Governo	28
--	-----------

César Mattos

O cumprimento dos requisitos da AIR e a participação <i>ex ante</i> da sociedade como pressupostos necessários para a eficácia regulatória.	34
---	-----------

Daniela Santos

Mais um Capítulo do Protagonismo Institucional do TCU: a novel atuação consensual do tribunal e sua aplicação na área regulatória.....	42
---	-----------

Elísio Freitas

O direito se arvorando nas hipóteses heroicas da teoria econômica neoclássica. Cuidado, heróis não existem!!!	47
--	-----------

Elvino de Carvalho Mendonça

Transição para o mercado concorrencial e o <i>enforcement</i> junto ao agente dominante: que prevaleça a defesa da concorrência no setor de gás natural.....	53
---	-----------

Felipe Fernandes Reis

A função extrafiscal do Imposto de Exportação e do Imposto de Importação.....	63
--	-----------

Fernanda Manzano Sayeg

Regulação econômica para além dos instrumentos tradicionais	67
--	-----------

Fernando B. Meneguín

<i>Updates</i> in Antitrust Private Enforcement in Brazil	76
--	-----------

Fernando de Magalhães Furlan

Financial regulation agenda for Brazil 2023.....	83
---	-----------

Fernando de Magalhães Furlan

Porque a Ética dá bons resultados - nova Política de Persecução Corporativa (FCPA)	88
---	-----------

Eduardo Molan Gaban & Ana Cristina Gomes

A saga da perícia no CADE.....	95
---------------------------------------	-----------

Mauro Grinberg

Uma recomendação e suas possíveis consequências e não consequências	101
--	------------

Mauro Grinberg

Agenda para Investimentos em Infraestrutura e o PL de Debêntures de Infraestrutura	116
---	------------

Katia Rocha

Quando uma atuação concertada entre concorrentes não é considerada cartel.....	127
---	------------

Kemil Raje Jarude

20 anos de controle de estruturas no Brasil: o que nos dizem os grandes números?	148
---	------------

Lucia Helena Salgado

Competition and Inflation, OECD Competition Policy Roundtable Background Note – O que a OCDE tem a dizer sobre a relação entre o Antitruste e a Inflação? ..	160
---	------------

Polyanna Vilanova & Rubens Cantanbede

Juízo de conveniência e oportunidade em TCs e em TCCs: algumas considerações acerca da política de acordos da CVM e do Cade	167
--	------------

Polyanna Vilanova & Edson Dias.....

A inteligência artificial generativa (CHATGPT, BARD) e a ciência do Direito. A ausência do fio de Ariadne para os algoritmos.....	177
--	------------

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Reoneração da PIS e da COFINS da Gasolina e Etanol: Preocupação à Vista para a Inflação?.....	184
--	------------

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Organizadores:	199
-----------------------------	------------

Autores:	200
-----------------------	------------

A questão do uso de expressões registradas como marca nos chamados links patrocinados

André Santa Cruz

Varas Empresariais de São Paulo têm recebido um número cada vez maior de casos em que se discute o seguinte: é legítimo, ao contratar o serviço de *link* patrocinado junto a um provedor de buscas na internet, escolher como palavras-chave expressões que são registradas como marca por um concorrente?

No processo nº 1105759-92.2021.8.26.0100, entre a Construcollor (autora) e o Google (réu), julgado pela 1ª Vara Empresarial, o magistrado André Salomon Tudisco explicou que “o que estaria vedado é a Google permitir o uso de marca alheia no bojo do próprio anúncio patrocinado, porque aí sim poderia gerar confusão para o consumidor, que poderia adquirir um produto (ilegítimo) supondo que fosse outro (legítimo e de melhor qualidade)”.

O juiz acrescentou que “o direcionamento às páginas ou ‘*links*’ patrocinados não constitui, por si só, artifício fraudulento para desvio de clientela. A circunstância de o *link* do anunciante aparecer nas primeiras linhas não quer dizer que o anunciante esteja vendendo o produto com a marca registrada da autora, tampouco se aproveitando parasitariamente de seu sucesso”.

Por fim, ele apontou que “o site que se vale do ‘Google Ads’ vem precedido da palavra ‘ANÚNCIO’, em destaque, de forma a não provocar confusão no consumidor. Assim, um sujeito de mediano entendimento é capaz de identificar que o site anunciado não vende as mercadorias da marca buscada, podendo optar pelo site oficial, que também se encontra como resultado da busca”.

No processo nº 1004133-55.2020.8.26.0006, julgado pela 2ª Vara Empresarial, entre a DSK Comércio de colchões e produções cinematográficas EIRELI (autora) vs. Kyodai Comercial LTDA. e Google LTDA (réus), também houve decisão no sentido da legitimidade da conduta.

O magistrado Luís Felipe Ferrari Bedendi ponderou que “inexiste confusão de produtos ou serviços diante da destacada palavra ‘ANÚNCIO’, que antecede o *link* patrocinado, e porque o concorrente não se imiscui no produto da marca utilizada, afetando-lhe a origem. Em outros termos, o uso da marca alheia fica restrita a um ambiente que sequer chega ao consumidor, pois não há sua divulgação pelo concorrente, que veicula, sim, a sua própria marca e produtos”.

O juiz citou entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual “é pela inexistência de violação à marca, quando não se verifique ataque a suas funções, bem como ausência de concorrência desleal se o consumidor puder distinguir que o anúncio não tem qualquer referência com o titular da marca”.

Na minha opinião, o entendimento de ambos os magistrados está absolutamente correto, mas é importante

destacar, porém, que ambas as decisões contrariam o decidido a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça recentemente, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (atenção especial para os itens 7 e 8):

RECURSO ESPECIAL. ORDEM
ECONÔMICA. LIVRE
CONCORRÊNCIA. DESVIO DE
CLIENTELA E CONCORRÊNCIA
DESLEAL. REVOLUÇÃO
TECNOLÓGICA. INTERNET.
COMÉRCIO ELETRÔNICO.
PROVEDORES DE BUSCA. *LINKS*
PATROCINADOS. PALAVRA-
CHAVE. IMPOSSIBILIDADE DE
UTILIZAÇÃO DE MARCA
REGISTRADA. CONFUSÃO DO
CONSUMIDOR. DILUIÇÃO DA
MARCA. PERDA DE VISIBILIDADE.
INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DE
PROPRIEDADE INTELECTUAL.

1. A livre concorrência é direito constitucional e sua defesa é princípio geral da ordem econômica (art. 170, IV), materializada na repressão à dominação dos mercados e de quaisquer movimentos tendentes à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF).

2. A política de concorrência é determinante para continuidade dos

empreendimentos de ordem econômica e estrutural de um mercado eficaz. Todavia, a utilização de esforços antiéticos para o desvio de clientela e o empobrecimento do concorrente, torna desleal a concorrência, o que deve ser combatido pelo ordenamento jurídico.

3. O ato de concorrência leal e o de concorrência desleal têm em comum a sua finalidade: ambos objetivam a clientela alheia. A deslealdade, no entanto, está na forma de atingir essa finalidade. Não é desleal o ato praticado com o objetivo de se apropriar de uma clientela, mas, sim, a prática de atos que superem a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos.

4. A internet, fruto da revolução tecnológica, maximizou a visibilidade da oferta e circulação de produtos e serviços, propiciando aos seus players o alcance de mercados, até então, de difícil ou impossível ingresso, colaborando para o advento de novos modelos de negócio e a expansão da livre concorrência.

5. Os provedores de busca são sites que rastreiam, indexam e armazenam informações, que são disponibilizadas online, organizando-as e classificando-as para que, uma vez consultadas, possam ser fornecidas como sugestões (ou resultados)

que atendam aos critérios de busca informados pelos próprios usuários.

6. É lícito o serviço de publicidade pago, oferecido por provedores de busca, que, por meio da alteração do referenciamento de um domínio, com base na utilização de certas palavras-chave, coloca em destaque e precedência o conteúdo pretendido pelo anunciante "pagador" (*links* patrocinados).

7. Todavia, infringe a legislação de propriedade industrial aquele que ele como palavra-chave, em *links* patrocinados, marcas registradas por um concorrente, configurando-se o desvio de clientela, que caracteriza ato de concorrência desleal, reprimida pelo art. 195, III e V, da Lei da Propriedade Industrial e pelo art. 10 bis, da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

8. Utilizar a marca de um concorrente como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o *link* do concorrente usurpador é capaz de causar confusão quanto aos produtos oferecidos ou a atividade exercida pelos concorrentes. Ainda, a prática desleal conduz a processo de diluição da marca no mercado e prejuízo à função publicitária, pela redução da visibilidade.

9. O estímulo à livre iniciativa, dentro ou fora da rede mundial de computadores, deve conhecer limites, sendo inconcebível reconhecer lícita conduta que cause confusão ou associação proposital à marca de terceiro atuante no mesmo nicho de mercado.

10. A repressão à concorrência desleal não visa tutelar o monopólio sobre o aviamento ou a clientela, mas sim garantir a concorrência salutar, leal e os resultados econômicos. A lealdade é, assim, limite primeiro e inafastável para o exercício saudável da concorrência e deve inspirar a adoção de práticas mercadológicas razoáveis.

11. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.937.989/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 7/11/2022.)

Nesse caso julgado pelo STJ, o site voupra.com estava usando o nome de um concorrente, Braun Turismo, como palavra-chave em seus *links* patrocinados promovidos no provedor de buscas Google: quando os usuários pesquisavam os termos combinados Braun e turismo ou viagem, o primeiro sítio eletrônico que aparecia era o voupra.com, que atua no mesmo segmento de mercado da Braun Turismo (promoção de viagens à Disney).

O juízo de primeiro grau deu procedência à ação, decisão que foi mantida pelo TJSP e pelo STJ. O relator do recurso especial, Ministro Salomão, destacou que, “além da flagrante utilização indevida de nome empresarial e marca alheia, a utilização de *links* patrocinados, na forma como engendrada pela ora recorrente, é conduta reprimida pelo artigo 195, incisos III e V, da Lei de Propriedade Industrial e pelo artigo 10 bis da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial”.

Eu discordo desse entendimento, que se insere, na minha opinião, num contexto perigoso para a livre-iniciativa e a livre concorrência: a exacerbação da proteção marcária. Ademais, percebo que há, aqui e em muitos outros casos de direito marcário, um excessivo e indevido paternalismo judicial: a afirmação, constante do precedente mencionado, de que “utilizar a marca de um concorrente como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o *link* do concorrente é capaz de causar confusão quanto aos produtos oferecidos ou a atividade exercida”, parece-me um claro exagero, e afirmações como essa são feitas, nesses processos, muitas vezes sem nenhuma base em dados empíricos (e se estamos no campo do “achismo”, eu prefiro achar que o “consumidor médio” tem discernimento suficiente para não ser confundido tão facilmente).

Exigência de CND para concessão da recuperação judicial

André Santa Cruz

De acordo com o art. 57 da Lei 11.101/2005, “após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional”.

Para facilitar o cumprimento dessa regra, a própria Lei 11.101/2005 previu, em seu art. 68, a criação de um parcelamento tributário específico para devedores que pedem recuperação judicial: “as Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional”.

Porém, essa legislação criando um parcelamento tributário específico para devedores que pedem recuperação judicial demorou muito a ser editada, e enquanto não ocorreu sua edição consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência, um entendimento pela inaplicabilidade da exigência de CND prevista no art. 57.

“O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do

contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei 11.101/2005 e no art.191-A do CTN” (Enunciado 55 das Jornadas de Direito Comercial).

“O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da Lei 11.101/2005 só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação” (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

Meses após esse julgado da Corte Especial do STJ, a Lei 13.043/2014 finalmente disciplinou o parcelamento tributário específico para quem pede recuperação judicial, previsto no art. 68 da Lei 11.101/2005, acrescentando o art. 10-A na Lei 10.522/2002.

Após a edição dessa lei, muitos esperavam uma mudança na jurisprudência, mas isso não ocorreu: juízos e tribunais brasileiros continuaram não aplicando o art. 57 da Lei 11.101/2005, e quando o assunto chegou ao STJ, no julgamento do REsp 1.864.625, a 3ª Turma decidiu que

“a apresentação de CND não constitui requisito obrigatório para concessão do pedido de recuperação judicial”.

Segundo a relatora, Ministra Nancy Andrighi, “muito embora a lacuna legislativa acerca do parcelamento especial tenha sido preenchida, na esfera federal, com a edição da Lei 13.043/2014 (regulamentada pela Portaria PGFN-RFB 1/2015), a demonstração da regularidade fiscal do devedor que busca o benefício recuperatório não pode ser exigida sem que se verifique sua compatibilidade com os princípios e objetivos que estruturam e servem de norte à operacionalização do microsistema instituído pela Lei 11.101/2005, elencados neste mesmo diploma legal”.

Continuando seu raciocínio, a Ministra Nancy afirmou que “o que se constata é que a exigência legal não se mostra adequada para o fim por ela perseguido – garantir o adimplemento do crédito tributário”, uma vez que a decretação da falência, em lugar da concessão da recuperação judicial, “dificultaria o recebimento do crédito tributário, haja vista estarem eles classificados em terceiro lugar na ordem de preferências (art. 83, III)”.

Ademais, a relatora ainda afirmou que “a exigência da regularidade fiscal do devedor não se revela necessária, pois, no atual sistema de recuperação judicial, a Fazenda Pública não fica desprovida dos meios próprios para cobrança dos créditos de sua titularidade, porque as execuções fiscais, ao contrário do que ocorre com as demais ações e execuções movidas por credores particulares, não são suspensas”.

Por fim, a Ministra concluiu que “o condicionamento da concessão da recuperação judicial à apresentação de certidões negativas de débitos tributários resulta em afronta à própria lógica do sistema instituído pela Lei 11.101/2005, na medida em que, ao mesmo tempo em que se exige a comprovação da regularidade fiscal do devedor, exclui-se o titular desses créditos (Fazenda Pública) dos efeitos de seu processamento”.

Ocorre que essa decisão do STJ teve seus efeitos sobrestados por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do STF, proferida na Rcl 43.169. Segundo ele, o afastamento da exigência de CND, prevista no art. 57 da Lei 11.101/2005, exigiria o respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88), o que não ocorreu (Súmula Vinculante 10).

Essa liminar, porém, durou pouco: o Ministro Dias Toffoli a derrubou e negou seguimento à reclamação da União, sob o fundamento de que “a controvérsia relativa à exigência de apresentação de CND na forma do art. 57 da Lei 11.101/2005 é eminentemente infraconstitucional, como já decidiu o Plenário da Corte em sede de controle concentrado, nos autos da ADC 46”. Sendo infraconstitucional a controvérsia, concluiu Toffoli, o julgamento da 3ª Turma do STJ foi legítimo e não ofendeu diretamente a cláusula de reserva de plenário e a Súmula Vinculante 10: “o que fez a 3ª Turma do STJ foi olhar a teleologia da Lei 11.101/2005, como um todo, e procurar a solução que apresentava menor restrição possível às normas legais que nortearam o instituto da recuperação judicial”.

Mas se enganou quem achou que essa “novela” terminaria aí...

Com a reforma da Lei 11.101/2005 pela Lei 14.112/2020, o parcelamento tributário específico para devedores que pedem recuperação judicial teve suas regras alteradas: aumentou-se o número de prestações (de 84, passaram para 120), o escalonamento das parcelas ficou mais vantajoso e se admitiu expressamente o uso de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa para liquidação de parte da dívida. Ademais, a Lei 14.112/2020 ainda incluiu o art. 10-C na Lei 10.522/2002, permitindo que o devedor que pede recuperação judicial faça proposta de transação tributária, com prazo máximo de quitação de até 120 (cento e vinte) meses e reduções de até 70% (setenta por cento).

Após essas mudanças, era preciso esperar um pouco para ver como os juízos e tribunais brasileiros agiriam: continuariam não aplicando a exigência de CND prevista no art. 57 da Lei 11.101/2005 ou passariam a aplicá-la?

A verdade é que, “na ponta”, houve alteração da jurisprudência: vários juízos e tribunais brasileiros passaram a exigir a apresentação de CND para concessão da recuperação judicial após a reforma da Lei 11.101/2005 pela Lei 14.112/2020, merecendo destaque o TJSP – tribunal que mais analisa casos de recuperação judicial no País –, cujas câmaras reservadas de direito empresarial aprovaram o seguinte enunciado sobre o tema:

“Após a vigência da Lei 14.112/2020, constitui requisito para a homologação do plano de recuperação judicial, ou de eventual aditivo, a prévia apresentação das certidões negativas de débitos tributários, facultada a concessão de

prazo para cumprimento da exigência” (Enunciado XIX).

No entanto, o STJ continuou reafirmando sua jurisprudência anterior (cujo paradigma era o já mencionado REsp 1.864.625), sendo possível encontrar vários precedentes de 2022, de ambas as Turmas da Segunda Seção, no sentido da inexistência de apresentação de CND para concessão da recuperação judicial. Confirmam-se dois exemplos:

“A apresentação das certidões negativas de débitos tributários não constitui requisito obrigatório para a concessão da recuperação judicial da empresa devedora, em virtude da incompatibilidade da exigência com a relevância da função social da empresa e o princípio que objetiva sua preservação. Precedentes” (AgInt no REsp 1.998.612/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022).

“A apresentação de certidão negativa de débitos fiscais pelo contribuinte não é condição imposta ao deferimento do seu pedido de recuperação judicial. Precedentes” (AgInt no AREsp n. 1.841.841/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022).

A despeito desses precedentes recentes, não me parece que a questão esteja definitivamente decidida, e eu não me espantaria se em breve o próprio STJ mudasse sua jurisprudência sobre o assunto.

Enfim, na minha opinião, o ideal seria a revogação do art. 57 da Lei 11.101/2005, até porque a reforma nela provocada pela Lei 14.112/2020 reforçou a regra de que a execução fiscal não se suspende e pode ensejar a constrição de bens, com ressalva apenas dos bens de capital essenciais à manutenção da empresa (art. 6º, § 7º-B). Portanto, se a Fazenda Pública pode continuar perseguindo judicialmente seus créditos contra devedores que pedem recuperação judicial, não me parece fazer sentido condicionar a sua concessão à apresentação de CND por parte deles.

**O aperreio do cabra que o excomungado tratou com
má-querença e o Santíssimo não deu guarda.**

**Para onde vai o Direito Concorrencial
Constitucional?**

Angelo Prata de Carvalho

Findo o carnaval e vindas as cinzas da quarta, venceu na Marquês de Sapucaí o desfile da Imperatriz Leopoldinense em homenagem a Virgulino Ferreira, em enredo no qual narra a aporia de Lampião: enviado ao inferno, o diabo não o quis; ao tentar ir para o Céu, São Pedro não o deixou entrar. Com entrada negada tanto abaixo quanto acima, Lampião vai a algum lugar – e *Pelos cantos do sertão... Vagueia, vagueia / Tal qual barro feito a mão misturado na areia.*

Com a já anunciada *morte do Antitruste*, ainda se há de pensar o que fazer da livre concorrência com estatuto constitucional, consagrada pela Carta de 1988, mas aparentemente fadada a vagar pelas reflexões dos concorrencialistas como figura quase folclórica, como se oriunda do cordel. Não por acaso, ainda sob a égide da Lei nº. 8.884/1994, o saudoso Conselheiro Luis Fernando Schuartz já anunciava a *Desconstitucionalização do Direito da Concorrência*¹, ao perceber com perplexidade que “apesar das óbvias conexões semânticas entre as “partes” constitucional e infraconstitucional da afirmação da defesa da concorrência no direito brasileiro, bem como da

¹

Disponível

em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

aparente semelhança estrutural entre as formas desta afirmação nos arts. 170 e 173, §4º da CF, e 1º e 20 da Lei 8.884/94, os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional”.

Constata o autor, nesse sentido, que, por mais que a livre concorrência conste do texto constitucional e por mais óbvia que seja a relação entre a legislação de defesa da concorrência e sua base constitucional, as decisões sobre casos concretos têm sido altamente resistentes a argumentos constitucionais, na medida em que se abrigam na técnica oriunda da econômica neoclássica subrepticiamente introduzida no Direito da Concorrência pela Escola de Chicago. Ainda segundo Schuartz, operou-se no Direito da Concorrência uma colonização sem paralelo em qualquer outra seara jurídica por uma teoria extrajurídica, no que chamou de “revolução discreta e silenciosa” ocorrida especialmente em nível metodológico, oferecendo ao critério consequencialista supremacia sem precedentes.

As principais repercussões de tal fenômeno podem ser classificadas em duas componentes: uma descritiva, que preconiza a demonstração instrumental das consequências como resultado de uma lógica universal ou *erga omnes*; e uma normativa, que, apesar de não estar juridicamente sistematizada ou institucionalizada, determina a aplicação do Direito da Concorrência por critérios declaradamente não-jurídicos. Não se ignora, por evidente, que a construção institucional do Direito da Concorrência brasileiro e do próprio CADE estão fortemente calcadas nessas premissas, resultando em um

ramo do direito com linguagem própria – tão própria que muitas vezes sequer parece direito.

A desconstitucionalização, dessa maneira, constituiria em verdadeiro subproduto da chamada Revolução do Direito da Concorrência brasileiro, que, abrigada na aparente coerência científica oferecida por critérios consequencialistas da economia neoclássica, achou por bem abandonar a axiologia da norma constitucional que lhe oferece fundamento. O Direito da Concorrência, com isso, confortavelmente isolou-se da abarcante força normativa das normas constitucionais preceituada por Konrad Hesse e contentou-se em conferir poder meramente simbólico à inserção da livre concorrência na ordem econômica constitucional. Tal postura traz consigo uma importante consequência prático-institucional: o declínio da competência de interpretação das normas constitucionais por uma sociedade aberta, conforme propõe Peter Häberle, para reduzir a análise concorrencial a uma análise normativa daquilo que não é verdadeiramente norma.

A perplexidade de Schuartz é ainda mais justificável quando se constata que o estatuto constitucional do Direito da Concorrência constituiria peculiaridade marcante desse ramo do direito no Brasil, capaz de diferenciá-lo das empedernidas posturas da jurisprudência norte-americana e mesmo de autorizar maior proficiência de argumentos substancialmente constitucionais que, no contexto europeu, devem ser articulados com o arrojo de quem não conta com disposições normativas tão autoevidentes. O Direito Concorrencial Constitucional, por conseguinte, não encontra guarida entre as malfadadas posições

neoclássicas, que dificilmente abrem espaço para qualquer direito – quem dirá o constitucional.

De outro lado, a desconstitucionalização o Direito da Concorrência pode projetar repercussões ainda mais nefastas por isolar o Antitruste da própria discussão constitucional nos órgãos mais classicamente habilitados para interpretar a Constituição. Seja a dogmática de Direito Constitucional, seja o Poder Judiciário, muitas vezes acabam por pouco desenvolver discussões sobre a defesa da concorrência a nível jurídico-normativo para além de elementos procedimentais ou de digressões à legislação infraconstitucional – cuja leitura tende a ser conforme a um Direito da Concorrência livre de amarras constitucionais, e não conforme à Constituição. O Direito da Concorrência, por conseguinte, não raro fica órfão não de base constitucional, mas de leituras que adequadamente lhe coloquem no assento constitucional que o texto de 1988 lhe reservou.

Exemplo disso é a perspectiva de dogmatização do que se denominou por *deferência* pelo Poder Judiciário das decisões da autoridade concorrencial, que naturalmente se faz de rigor em termos organizacionais para mais adequadamente garantir a competência que se lhe atribuiu e evitar indevidas incursões no mérito administrativo (o que, aliás, a doutrina administrativista já preconiza há décadas), porém não é capaz de tornar o Direito da Concorrência indene ao controle de seu conteúdo constitucional. O Direito da Concorrência Constitucional, portanto, não sofre apenas pela colonização por parte da economia neoclássica, mas também por uma espécie de abandono por parte de uma dogmática e de uma jurisprudência aparentemente despreocupadas com um maior aprofundamento da

reflexão sobre o sentido de se ter a livre concorrência constitucionalizada e inserida na ordem econômica constitucional junto de diversos princípios igualmente relevantes.

Produz-se para o Direito Concorrencial Constitucional, assim, paradoxo semelhante ao de Lampião: o órgão habilitado para interpretar o Direito da Concorrência o enjeita, e o guardião da Constituição pouco aprofunda o seu conteúdo e eventualmente remete-o de volta. Acontece que o estatuto constitucional da livre concorrência existe e, apesar da constante rejeição, segue vagando pelos cantos da reflexão jurídica, e há de ir a algum lugar.

Independência das Agências Reguladoras e o Novo Governo

César Mattos

O novo governo que toma posse em 01 de janeiro já começa seus trabalhos na transição demonstrando pouco apreço à governança e independência de empresas estatais e agências reguladoras.

Proposta aprovada na Câmara dos Deputados na noite de 13/12 com total apoio do novo governo e remetida ao Senado reduz de três anos para um mês o período da chamada “quarentena reversa”. Esta restringe temporalmente a assunção de cargos diretivos em estatais e agências por “pessoa que atue como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral”.

Este prazo de três anos foi definido tanto na lei das estatais (Lei 13.303/16) como na das agências (Lei 13.848/19), a qual analisamos com mais vagar. Também se previu nas duas leis não permitir indicação de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Município e titular de mandato no poder legislativo de qualquer ente da Federação, o que não está em discussão, por enquanto.

Note-se que o art. 5º anterior da Lei 9.986/2020 voltada para as agências já definia que para todos os dirigentes das agências seria exigida “reputação ilibada” e “elevado conceito no campo da especialidade”, o que, em tese, já deveria ser suficiente para garantir quadros técnicos e com independência da política. No entanto, com a percepção de que nem sempre o Presidente da

República que indica os diretores cumpria e nem sempre o Senado que os sabatinava cobrava estas características, optou-se por, além de manter estes requisitos mais genéricos (podem caber muitas coisas no que se considera como “reputação” ou “elevado conceito”), introduzir aqueles requerimentos mais objetivos para as indicações na “quarentena reversa”.

A lei das agências fixou um período de mandato de cinco anos sem que o diretor da agência possa ser livremente demitido pelo Poder Executivo e eliminou a hipótese de recondução, evitando que os diretores em exercício fiquem mais “flexíveis” para com as demandas do Poder Executivo à medida que fosse chegando mais próximo do final do primeiro mandato.

E por que, afinal, se definiram estas restrições? Por que a independência dos dirigentes importa? Isso deriva do fato que a atividade política naturalmente investe mais no curto prazo que no longo: eleitores julgam políticos muito mais pelo que os afeta nos próximos meses do que nos próximos anos. E os políticos bem sucedidos têm que ser responsivos a isto.

Já o horizonte de tempo de empresas e agências reguladoras deve ser mais longo. Na verdade, quando se trata de empresas ou agências reguladoras de infraestrutura, bastante longo, décadas. Spiller e Tommasi (2005)¹ enfatizam que, para agências regulatórias, esta “independência da política” atenua as possibilidades de expropriação de investimentos na regulação dos setores de infraestrutura: “O problema maior da regulação dos

¹ Spiller, P. e Tommasi, M.: *The Institutions of Regulation: An Application to Public*. Chapter 20. in *Handbook of New Institutional Economics*, 2005, pp 515-543 from Springer.

serviços de infraestrutura, sejam públicos ou privados, e portanto as questões que os políticos devem lidar, é como o oportunismo governamental, entendido como os incentivos que os políticos têm para expropriar –uma vez que os investimentos já foram realizados- as “quase-rendas” –seja sob propriedade privada ou pública, de forma a adquirir apoio político....o consumo massivo (o conjunto de consumidores se aproxima muito do conjunto de eleitores), as economias de escala e investimentos em custos afundados proveem ao governo a oportunidade para se comportar oportunisticamente vis a vis a firma investidora.”.

O objetivo de um regulador independente do governo é justamente sinalizar ao investidor um “compromisso crível” (credible commitment) maior do que ocorreria no caso de ausência de independência em relação à lógica de curto prazo da política. Essa ideia de independência como “compromisso crível” para implementar a racionalidade de longo prazo é destacada por Decker (2014)²: “o estabelecimento de um regulador independente é visto como um compromisso do governo em restringir a interferência futura nos serviços públicos, particularmente em termos da futura expropriação de direitos de propriedade”.sendo “uma variante do problema mais geral de inconsistência temporal da política pública”.

E o papel das agências reguladoras seria nada mais nada menos que “oferecer um amortecedor (buffer) contra tal inconsistência temporal e também contra a flutuação nas preferências dos governos presente e

² Ver Decker,C. :Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice. 2014.

futuros”. As agências reguladoras independentes, portanto, seriam uma forma de “amarrar as mãos do governo” em sua capacidade de expropriação dos investimentos, o que, ao reduzir incertezas, incrementaria o investimento. Mueller e Pereira (2002)³ argumentam que o desenho das agências reguladoras no Brasil teve precisamente esta intenção de servir como mecanismo de credible commitment para o investimento de longo prazo nos setores regulados.

Note-se que este desejo do “novo” governo em “desamarrar as mãos” não é exatamente novo. Em 2008, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento no Brasil (OCDE)⁴ já constatava que “as agências têm operado sem independência do governo”. Este Relatório da OCDE já registrava a desconfiança do governo de então sobre estas entidades, o que havia motivado a tentativa de intervenção do Poder Executivo em 2003 sobre um reajuste de tarifa realizado pela Anatel⁵.

A Lei 13.848/19, que se tornou a chamada “lei das agências”, e cuja modificação proposta será discutida no Senado, resultou de um Projeto de Lei do Senador Eunício Oliveira (PL 52/13) de 20136, tendo sido

³ Ver Mueller, B e Pereira, C. o : **Credibility and the design of regulatory agencies in Brazil.** *Brazil. Journal of Political Economy*. [online]. 2002, vol.22, n.3, pp.449-472. Epub Sep 25, 2020.

⁴ OCDE: Relatório sobre a reforma regulatória. Brasil: Fortalecendo a Governança para o Crescimento. 2008.

⁵ Ver Mattos, C.: “Telecomunicações: Reajuste e Contrato”. Conjuntura Econômica – FGV/RJ - Novembro de 2003, Vol. 57 nº 11.

⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>

celebrada como afirmação da autonomia, especialmente decisória e financeira, conferida àqueles entes. Foi a vitória da ideia que a lógica de curto prazo não prevaleceria.

As restrições nas indicações não visam apenas a separação política (curto prazo) e técnica (longo prazo). Também se vedou a indicação de quem tenha participado em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora e de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência. O objetivo destas restrições foi naturalmente separar os dirigentes das agências reguladoras dos entes regulados, evitando o fenômeno da captura⁷. Este seria o outro lado da moeda da tese de “expropriação dos investimentos” pela política: a possibilidade do Poder Executivo e/ou a agência reguladora fazerem o oposto, transferindo rendas para os agentes regulados em detrimento da sociedade.

A construção destas restrições levou tempo para ocorrer no Legislativo, como deve ser para mudanças desta envergadura, e representou enorme avanço institucional para a regulação no país. Estes são os tipos de regras que propiciam as condições adequadas para o investimento e crescimento econômico. Basicamente a construção e implementação de instituições que geram

⁷ A ideia de Stigler (Stigler, G.: *The Theory of Economic Regulation*, *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971)) era que a introdução de regulações não se derivava da necessidade de correção de falhas de mercado, mas sim da captura dos reguladores pelos regulados. Conforme o autor “*a tese central deste artigo é que, como regra, a regulação é adquirida pela indústria e desenhada e operada primariamente para o seu benefício*”.

condições para se “criar” riqueza e não “expropriar” quem a cria.

A mudança proposta nas leis das empresas estatais e das agências de destruir parte da regra de “quarentena reversa” vai na direção oposta das instituições que apoiam esta geração de riqueza, contribuindo para manter o país na “armadilha da renda média” com baixo crescimento. É fundamental que a Casa Revisora não acate as mudanças propostas na Câmara.

O cumprimento dos requisitos da AIR e a participação *ex ante* da sociedade como pressupostos necessários para a eficácia regulatória.

Daniela Santos

Este artigo visa aprofundar o debate a respeito do cumprimento dos requisitos do AIR, inclusive dos Relatórios que encerram a Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil a luz da legislação vigente e dos princípios de legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, transparência e motivação que regem a Administração Pública. Antes, porém, é necessário fazer uma pequena digressão sobre os fundamentos desse instrumento e das suas condicionantes.

Como se sabe, o art. 6º da Lei nº 13.848/19, que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, estabelece a necessidade de realização de AIR nos casos de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços.

Da mesma forma, a Lei nº 13.874/19, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica, disciplinou, no seu art. 5º, a realização de AIR. Segundo os seus termos, a AIR deverá conter as *“informações e os dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”*.

O art. 3º da Instrução Normativa SEAE/ME nº 60, de 16/08/2, acompanha a mencionada legislação,

definindo as macroetapas da AIR da seguinte forma: (i) definição do problema regulatório; (ii) definição das alternativas regulatórias; (iii) análise comparativa das alternativas regulatórias; e (iv) decisão regulatória.

O Decreto nº 10.411/20, por sua vez, detalhou o conceito de AIR, com o *“procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”*.

No seu art. 4º, definiu-se que a AIR poderá ser dispensada. Mas deixou claro que tal circunstância excepcional deverá ser acompanhada da respectiva motivação do órgão competente, por meio de nota técnica ou documento equivalente, adequada e amplamente disponibilizados.

Mas não é só. Para dispensar a AIR, ainda é necessário a configuração de uma das seguintes hipóteses: (i) urgência; (ii) ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; (iii) ato normativo considerado de baixo impacto; (iv) ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; (v) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez de determinados mercados e sistemas; (vi) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; (vii) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e (viii) ato normativo que revise normas desatualizadas para

adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

Ademais, segundo o art. 9º do Decreto, após a conclusão da AIR, o texto preliminar da proposta de ato normativo será submetido à consulta pública sempre que envolver interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Ou seja, a regra é a elaboração da AIR que contemple todos os prováveis efeitos da norma antes da tomada da decisão pelo órgão competente. A exceção é a sua dispensa – desde que devidamente fundamentada – e associada às hipóteses elencadas no Decreto nº 10.411/20. Se tais condicionantes não forem observadas, a AIR será realizada e, uma vez concluída, resultará na elaboração de uma minuta de norma que será submetida à consulta pública sempre que afetar interesse dos agentes do mercado.

Tais informações são fundamentais para se compreender a importância e os desdobramentos do Relatório de AIR que, segundo o citado Decreto, representa o seu *“ato de encerramento, contendo os elementos que subsidiaram a escolha da alternativa mais adequada ao enfrentamento do problema regulatório identificado e, se for o caso, a minuta do ato normativo a ser editado.”*.

Já antecipo que para que a AIR alcance os seus objetivos é necessário que o seu Relatório observe os princípios administrativos, especialmente os de legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, transparência e motivação. Ou seja, não há AIR realmente capaz de verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada

de decisão pelo órgão competente sem que o seu Relatório, de fato, contemple o detalhamento de todos os aspectos econômicos que envolvem o normativo pretendido – e isso, por óbvio, envolve a participação de todos os agentes que serão impactados pela norma.

Neste sentido, os incisos do art. 6º do Decreto indicam o que deve estar contemplado no Relatório da AIR, deixando claro, também nos parágrafos 1º e 2º do art. 7º, que o seu conteúdo deverá ser detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto e que deverá incluir a análise dos impactos sobre as microempresas e as empresas de pequeno porte e preverá as medidas que poderão ser adotadas para minimizar esses impactos.

Ou seja, se não forem observados o conteúdo e a metodologia indicados no Decreto, o Relatório não estará adequado, o que resultará na necessidade de ajustes antes de ser finalizado.

Mas o texto legal não é claro a respeito da participação social no Relatório de AIR, podendo levar quem o aplica a uma interpretação equivocada na qual seria possível considerá-lo como um parecer econômico convencional sem a necessidade de uma ampla e completa análise de todos os pressupostos e impactos envolvidos – o que, novamente, afeta os objetivos pretendidos pela AIR.

Importante não perder de vista que, apesar de o Relatório de AIR não ser vinculante, na prática, se trata de um documento fundamental para a tomada de decisão pela autoridade competente. Na verdade, é pouco provável que a instância de decisão identifique todas as

eventuais lacunas no Relatório apresentado, devendo decidir com base nos pressupostos que foram apresentados.

Com efeito, para assegurar que tal instrumento realmente reflita os pressupostos da AIR é necessário submetê-lo às considerações de todos os interessados antes da sua finalização, de forma a garantir que, de fato, o documento abordou todos os desdobramentos econômicos (identificação do problema regulatório e de todos os interesses envolvidos, conhecimentos de fatos desconhecidos pelo regulador, entre outros) necessários para a finalização da AIR e posterior tomada de decisão pelo órgão competente.

Sobre isso, importante não perder de vista que o art. 8º do Decreto apenas faculta a participação social (pelo meio considerado o mais adequado) antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.

Essa faculdade (e não obrigatoriedade) pode gerar graves problemas no processo. Sobre isso, a professora Ana Frazão¹ afirma que a opção por afastar a participação social no momento do Relatório pode ser muito prejudicial uma vez que ali estão as premissas que devem ser analisadas antes da tomada da decisão pelo órgão competente. Senão vejamos:

¹ Artigo “Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório (AIRs) no Brasil - A importância da participação social e as falhas do Decreto 10.411/2020”, disponível em [Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório \(AIRs\) no Brasil - JOTA](#)

Outro problema do Decreto é o de partir da premissa de que, como regra, a participação social deve ocorrer após o relatório da AIR. Ora, submeter um relatório de AIR já pronto à participação social pode ser pouco ou nada proveitoso, tendo em vista que já foram definidos os aspectos centrais para a obtenção dos resultados: o enquadramento do problema, os interesses a serem considerados e sopesados, os fatos a serem analisados e a definição dos critérios de análise, quantificação e comparação de tais interesses ou alternativas.

Entretanto, a despeito da acertada análise dos resultados danosos de um Relatório de AIR sem a participação social, entendo que a norma deva ser interpretada de forma a corrigir suas imperfeições, incorreções ou/e ambiguidades. Não vejo outra forma de atribuir legitimidade ao dispositivo sobre a participação social no Relatório de AIR. Seria como desconsiderar que os ingredientes de uma receita não fazem diferença no resultado esperado. “Acertar” os pressupostos de uma avaliação completa como é a AIR representa a parte mais importante para o seu sucesso. E isso só ocorre, repita-se, com o envolvimento de todos os interessados antes da finalização AIR, uma vez que os pressupostos incompletos do seu Relatório não podem ser corrigidos *a posteriori* e, por certo, a Administração Pública não tem conhecimento de todos os eventuais impactos de uma determinada norma.

Finalmente, neste sentido é relevante considerar que a já mencionada Instrução Normativa SEAE/ME nº 60/22, estabelece que para a identificação do problema

regulatório é recomendado o “processo de participação social de submissão de sugestões” (inc. II do art. 4º).

Nesta medida, defendo que a única maneira de fazer com que a futura norma corresponda às necessidades reais e atuais da sociedade é exigir que o Relatório seja submetido às considerações dos interessados antes de finalizada a AIR, de modo a garantir que seus pressupostos estejam completos e, no caso de afastamento de tal regra, que as razões para tal afastamento sejam apresentadas expressamente, de forma análoga ao disposto no art. 4º do Decreto nº 10.411/20.

E é isso que a própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico – OCDE² afirma quando defende que “a eficácia de uma estrutura regulatória depende tanto do *que* quanto do *como* da regulação”. Confira-se:

Avaliação ex ante da regulação e participação social na elaboração de regulações

*A maior parte dos esforços do Brasil em melhorar a regulação tem se concentrado na adoção e no desenvolvimento de um sistema de avaliação de impacto regulatório (AIR). A adoção gradual da AIR obrigatória permitiu ao país desenvolver capacidades e implementar a ferramenta no governo federal. No entanto, a governança do sistema e sua adoção pelos formuladores de políticas em todo o governo poderia ser reforçada. Além disso, **a participação social***

² Vide <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/f7455d72-pt/index.html?itemId=/content/publication/f7455d72-pt>

continua sendo voluntária por parte dos ministérios. Uma implementação bem-sucedida da AIR e dos processos de consulta pública vão além de uma obrigação legal e exigem arranjos institucionais adequados e uma comunicação clara dentro e fora do governo.

Sem isso – e o cumprimento dos requisitos estabelecidos nas normas vigente – a legitimidade da AIR restaria prejudicada assim como as decisões tomadas pelos agentes competentes. Nesta medida, se a intenção é assegurar análises realmente eficientes, é necessário assumir o papel de protagonista dos Relatórios de AIR e garantir o cumprimento dos requisitos da análise, afastando ineficiência e desperdício de recursos públicos, o que certamente não são objetivos da Administração Pública.

Mais um Capítulo do Protagonismo Institucional do TCU: a novel atuação consensual do tribunal e sua aplicação na área regulatória.

Elísio Freitas

O evidente empoderamento institucional do Tribunal de Contas da União (TCU), observável nos últimos anos, decorre do exercício dos poderes e competências constitucionais conferidas ao órgão de controle externo pela Constituição Federal de 1988.

Assim, ao exercer esses poderes e competências, por meio de seus colegiados (câmaras e plenário) e a partir de profundos trabalhos técnicos especializados – desenvolvidos por servidores de carreira concursados –, que formam seu quadro funcional, a Corte de Contas federal ocupou, pouco a pouco, papel central de destaque e protagonismo entre as instituições da República.

Sua estrutura, organização e posição institucional singular na relação entre os poderes constituídos, também é uma variável importante para o destaque que conquistou nos últimos anos.

O TCU atua de maneira “judicialiforme”, com juízes de contas que são chamados de ministros (aqui se aproximando estruturalmente e em aparência com o **Judiciário**). De outro lado, exerce uma função fiscalizatória do parlamento, sendo certo que a Constituição expressamente estabelece que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o seu auxílio (nesse

ponto, então, a natureza de sua atividade se aproxima do **Legislativo**).

A Corte de Contas detém a importante incumbência de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos federais e a execução de políticas públicas, logo sua atividade se concentra em grande medida na atividade do Poder **Executivo**.

Entre seus relevantes trabalhos se destacam a apreciação, por parecer prévio, das contas prestadas anualmente pelo presidente da República e o exame de procedimentos de concessão de portos, aeroportos e rodovias.

Em 2 de janeiro de 2023 essa história de protagonismo institucional começou a trilhar novo caminho, uma vez que entrou em vigor a **Instrução Normativa 91/2022**, que instituiu, no âmbito TCU, **procedimentos de solução consensual de controvérsias** – que sejam qualificadas como relevantes – e prevenção de **conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal**.

Criou-se, assim, um novo procedimento no TCU – denominado de **Solicitação de Solução Consensual (SSC)** –, o qual será instruído por unidade técnica especializada do tribunal e julgada pelo seu Plenário.

Esse novel procedimento cria uma plêiade de possibilidades de soluções mais céleres e eficientes para conflitos na Administração Pública, que podem ser valiosos para diversas searas, como a regulatória.

A participação do TCU como órgão técnico – com competência e experiência – traz estabilidade e segurança

jurídica para a resolução de complexas controvérsias com o Poder Público que, caso decididas em outras esferas, precisariam ser submetidas ao órgão de controle externo.

A possibilidade de revisão de acordos travados com a Administração Pública gera insegurança jurídica, como destacamos em trabalho acadêmico dedicado aos acordos de leniência¹, problema que parece solucionado com o novo procedimento de Solicitação de Solução Consensual (SSC) – em bom tempo criado pelo TCU.

No campo regulatório o novo procedimento consensual criado pelo TCU pode ser um caminho alternativo para resolução de controvérsias entre concessionárias de serviços públicos e o poder concedente.

Algumas concessões aguardam solução de procedimentos de relicitação e a demora em seu deslinde é prejudicial para todo o mercado nacional e internacional, interessado em investir em concessões no país.

Não podemos esquecer que **não há espaço fiscal para investimentos em grandes projetos de infraestrutura**, razão pela qual dependemos de investidores privados – obviamente sedentos do ativo mais valioso em vultosos investimentos de longo prazo: segurança jurídica e previsibilidade.

É fato que as concessões de serviços públicos são ajustes com o Estado e não com governos. Os instrumentos de caducidade e de relicitação são para serem aplicados em

¹ **Acordos de leniência da lei anticorrupção: propostas para reduzir sua insegurança jurídica.** Elísio de Azevedo Freitas, João Paulo Bachur *in* 45 Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça (RBDFJ) Belo Horizonte, ano 15, n. 45, jul./dez. 2021.

casos extremos em que não há possibilidade legal e regulatória de promover o reequilíbrio do contrato de concessão.

Nesse panorama, é preciso que se avalie, nos procedimentos de relicitação em andamento, se os princípios do interesse público e da continuidade do serviço público não **impõem** a desistência da relicitação pelo concedente, pois embora o procedimento de relicitação seja irrevogável e irretratável para a concessionária privada, é possível (poder-dever) sua desistência pelo poder público, quando se verifique ser a decisão que melhor atenda ao interesse público.

Tomemos por exemplo os procedimentos de relicitação pelos quais passam concessionárias de aeroportos, sobre os quais o próprio TCU tem se debruçado.

Ao analisar recentemente o caso da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, o Ministro do TCU Aroldo Cedraz assim se manifestou em voto proferido:

Ressalto que da forma como o procedimento de relicitação está desenhado hoje, com o início do levantamento da eventual indenização pelos bens reversíveis em momento posterior à assinatura do termo aditivo de adesão a relicitação, encontrará enormes dificuldades em atender à finalidade para qual foi prevista, qual seja: trazer celeridade ao processo de substituição do parceiro privado sem comprometer a continuidade do serviço público.

A situação é ainda mais delicada nas relições do Galeão e de Viracopos, em face do porte dos investimentos e da dificuldade para indenização.

O interesse público aponta para uma solução amigável e de consenso, possível no caso de desistência da relicitação fundamentada na demonstração de interesse público e, ainda, com a utilização do novo procedimento **Solicitação de Solução Consensual** (SSC) perante o TCU.

A segurança jurídica, estabilidade nas relações contratuais e cumprimento dos contratos é ponto principal para atrair novos investidores para o país. Assim, essas rupturas em contratos de concessão são sinalizações negativas para os grandes *players* internacionais – que podem optar por investir em outros países.

A busca por soluções consensuais entre outros agentes do Estado e a Corte de Contas, em **questões relevantes de mercados regulados** pode representar, nos próximos anos, mais um procedimento moderno que se adaptará aos tempos atuais, para que o TCU execute suas competências constitucionais e auxilie em uma solução mais célere e bem customizada aos problemas complexos que têm surgido na relação entre poder público e entes privados.

A segurança jurídica para os mercados regulados, decorrente da competência técnica e posição institucional do TCU, pode beneficiar o país quando os investidores decidirem onde devem fazer novos investimentos.

Esse procedimento (o SSC) representa mais uma contribuição do TCU para o país, que demonstra que o protagonismo que alcançou, pelo ótimo desempenho de suas competências constitucionais e legais, traz ganhos para o Brasil.

**O direito se arvorando nas hipóteses
heroicas da teoria econômica neoclássica.
Cuidado, heróis não existem!!!**

Elvino de Carvalho Mendonça

Tenho observado com atenção a utilização de modelos matemáticos ortodoxos econômicos no direito. Confesso que observo com preocupação este movimento.

A minha formação acadêmica (mestrado e doutorado) foi fortemente influenciada pela escola neoclássica econômica. Entre muitas coisas que sempre me chamou à atenção cito a figura do agente representativo, elemento fundamental e que dá sustentação a toda a teoria neoclássica, pois é a partir da sua definição que se extrapola o comportamento de todos os agentes econômicos. Senão vejamos!!

Na teoria do consumidor neoclássica, por exemplo, o consumidor representativo é aquele que detém preferências que obedecem às hipóteses de completude, reflexividade e transitividade.

Como nos ensina Varian (2000)¹, as preferências são completas quando o consumidor pode comparar duas cestas de consumo² quaisquer; as preferências são

¹ VARIAN, Hal. Microeconomia: princípios básicos. Uma abordagem moderna. Editora Campus. 2000.

² Uma cesta de consumo é formada produtos e quantidades, a qual pode ser comparada pelo consumidor com outra cesta com produtos e quantidades.

reflexivas quando todas as cestas de consumo são pelo menos tão boas quanto elas mesmas; e as preferências são transitivas quando um consumidor ao achar que uma cesta de consumo X é pelo menos tão boa quanto a cesta de consumo Y e que esta é pelo menos tão boa quanto a cesta Z, então o consumidor acha que a cesta X é pelo menos tão boa quanto a cesta Z.

A partir das hipóteses mencionadas, a teoria avança para a curva de indiferença, que é o *locus* em que, a partir de uma cesta de consumo, se identifica todas as cestas de bens que deixam o consumidor indiferente à cesta dada ou, em outras palavras, que o consumidor é indiferente entre combinar as quantidades de feijão e arroz no seu prato do almoço, desde que estas combinações garantam o mesmo nível de satisfação (ex. 1 colher de arroz e 3 conchas de feijão dão o mesmo nível de satisfação que 3 colheres de arroz e 1 concha de feijão).

Na teoria do consumidor, o nível de satisfação, também chamado de utilidade, assume as características de uma função matemática³, de maneira que para cada cesta de consumo escolhida pelo consumidor é possível identificar um número real e, a partir daí, este é capaz de fazer a comparação entre duas cestas de consumo distintas.

A partir da função de utilidade do consumidor e da sua restrição orçamentária, que é a regra pela qual o consumidor consegue dividir a sua renda pelas cestas de

³ $U=f(X)$ é uma função de utilidade que associa uma cesta de consumo no domínio X (cestas de consumo) a um número real:

$$U: \mathbf{X} \rightarrow \mathbf{R}$$

consumo existentes, o consumidor é capaz de maximizar a sua utilidade dada a sua renda e os preços dos produtos⁴. O resultado elegante desta maximização (equilíbrio) mostra a igualdade entre a taxa marginal de substituição, que é aquela em que consumidor está disposto a abrir mão de consumo de uma unidade de um bem em troca do consumo de uma unidade a mais do outro bem⁵, e os preços relativos dos bens consumidos.

Assim como demonstrado para a teoria do consumidor, a teoria neoclássica também utiliza hipóteses heroicas para explicar o comportamento da firma, dentre as quais pode-se citar o conceito da firma representativa e a sua hipótese de maximização de lucros.

A firma representativa incorpora, inevitavelmente, a mesma limitação de extrapolação apresentada para a teoria do consumidor e a principal limitação advém da hipótese de maximização de lucros⁶, pois considerar que

⁴ O problema do consumidor passa a ser então:

$$\text{Maxx } U(x)$$

s.a.

Restrição orçamentária

⁵ A solução matemática é a seguinte:

$$TMS = P_y / P_x$$

Onde TMS significa taxa marginal de substituição, P_y é o preço do bem y e P_x é o preço do bem x.

⁶ A maximização de lucros da firma neoclássica está baseada em um problema matemático de otimização com restrições em que se maximiza a seguinte equação:

$$\text{MaxQ } \Pi = RT - CT$$

os todos os gestores de uma empresa sempre objetivam a maximização dos lucros simplifica sobremaneira o comportamento decisório humano.

Portanto, aí estão exemplos da teoria microeconômica neoclássica. Soluções matemáticas elegantes para decisões nada triviais!!!

Nenhum problema se a beleza matemática, obtida a partir de suas hipóteses heroicas, não fosse utilizada para fazer políticas públicas, ou seja, generalizar o comportamento do consumidor representativo para uma massa de indivíduos que possui as mais diversas formas de lidar com o consumo de bens e serviços.

Nada contra a matemática!! Aliás, a matemática é uma das ciências mais belas que existem e os seus resultados demonstram a verdade a partir da hipótese utilizada, a qual é testada e dela se afere a verdade: aceitar ou rejeitar. A demonstração é o *core* da matemática. Para ser teoria na matemática, a proposição enunciada tem que ser demonstrada.

O problema da teoria neoclássica não é a matemática, mas sim a verdade que se esconde na hipótese utilizada por esta teoria para justificar os seus aspectos ideológicos, pois ao extrapolar o comportamento do consumidor representativo para todos os indivíduos de uma sociedade complexa como a brasileira, o que se está a fazer é impor a sua verdade para todos os indivíduos da sociedade, ainda que a verdade seja uma verdadeira mentira para a grande maioria.

Onde Π o lucro da firma, RT é a receita total, CT é o custo total e Q é a quantidade que maximiza o lucro.

Trazendo para o Poder Judiciário e observando a evolução de algumas teorias no direito, tenho constatado a utilização maciça de modelos emprestados da teoria econômica, sobretudo a neoclássica, com os objetivos de gerar racionalidade nas decisões judiciais. O uso da teoria dos jogos, em especial o consagrado Dilema dos Prisioneiros, tem sido utilizado para auxiliar na dosimetria das penas no Brasil e mundo a fora.

Nada mais justo do que utilizar o conhecimento econômico para auxiliar as decisões judiciais!!! No entanto, é imperioso olhar as hipóteses que fundamentam estes modelos, sob pena de se simplificar o que não é simples e de transformar o direito, que é, por definição, dialético sob todas as visões que se possa imaginar⁷, em um punhado de regras e comandos com uma orientação única.

É claro que a aplicação destas teorias ao direito não é feita sem objetivos. Por de traz disso está o famoso mercado de ideias⁸⁹ e a sua consequência é a alimentação

⁷ Dialética socrática, platônica, aristotélica, hegeliana etc.

⁸ Sobre este tema ver artigo publicado por Ana Frazão: Existe um mercado de ideias? Reflexões a partir do recente artigo Ideas have consequences. The impact of Law and Economics on American Justice. Este artigo está disponível em [2020-08-05-Existe um mercado de ideias Reflexoes a partir do recente artigo Ideas have consequences The impact of Law and Economics on American Justice Elliott Ash Daniel Chen e Suresh Naidu.pdf \(professoraanafrazao.com.br\)](https://professoraanafrazao.com.br/2020-08-05-Existe-um-mercado-de-ideias-Reflexoes-a-partir-do-recente-artigo-Ideas-have-consequences-The-impact-of-Law-and-Economics-on-American-Justice-Elliott-Ash-Daniel-Chen-e-Suresh-Naidu.pdf). Acesso em: 05.01.2023.

⁹ ASH, Elliott; CHEN, Daniel L; NAIDU, Suresh. Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice. NBER. Fevereiro, 2022. Disponível em: [Ideas Have Consequences: The](#)

do mundo capitalista com a sua ideologia e as suas idiossincrasias. Mas isto é assunto para outro artigo!!

Lembremos que heróis são heróis e hipóteses são hipóteses. Os primeiros somente existem nos bons desenhos animados e as hipóteses, por seu turno, podem ser heroicas ou não. Cuidado com as hipóteses heroicas, pois elas podem revelar “heróis” e, lamento informar, heróis não existem!!!

Transição para o mercado concorrencial e o *enforcement* junto ao agente dominante: que prevaleça a defesa da concorrência no setor de gás natural

Felipe Fernandes Reis

Não obstante o mandamento constitucional em prol da livre concorrência e os respectivos instrumentos da Lei de Defesa da Concorrência, a nova legislação do setor de gás natural não deixa dúvida a respeito da estrutura e diretrizes pró-competitivas que devem ser observadas e respeitadas por seus agentes e reguladores.

Apesar dos esforços intergovernamentais, diversas são as dificuldades para ingresso e competição no setor, especialmente no mercado de comercialização de gás à jusante¹. Por isso, se fez necessário estabelecer premissas voltadas para a atuação das autoridades e dos agentes durante o período de transição para o ambiente

¹ A respeito da delimitação do mercado relevante de comercialização, ver: Reis, Felipe F. “*A OCDE e o novo mercado de gás: O Ponto Virtual de Negociação como mercado relevante no setor de gás natural*”, Web Advocacy, 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/10/17/a-ocde-e-o-novo-mercado-de-gas-o-ponto-virtual-de-negociacao-como-mercado-relevante-no-setor-de-gas-natural/>

concorrencial através da Resolução 03/2022 do CNPE²³, que trouxe diretrizes específicas ao agente com posição dominante.

No conjunto das medidas dedicadas ao período de transição, o *enforcement* da autoridade antitruste junto às práticas do agente incumbente é indispensável. E dentre as diversas condutas da Petrobras que despertam atenção concorrencial, o presente artigo analisa alguns aspectos do modelo de comercialização de gás recentemente adotado pela empresa.

Inicialmente, é importante explicar que nos contratos da Petrobras com as Distribuidoras (principal parcela da demanda do mercado) é estipulado uma quantidade mínima a ser retirada de gás (*take or pay*) que está relacionada à Quantidade Diária Contratada (“QDC”). Se o volume da Distribuidora for superior à QDC, o custo do gás será majorado, sendo aplicado o Preço de Gás de Ultrapassagem (PGU). Trata-se, portanto, de uma penalidade ao consumidor do gás.

As Distribuidoras, portanto, tendem a contratar volume significativo de sua demanda com a Petrobras, uma vez que a retirada abaixo da obrigação mínima não a isentará de pagar pela quantidade que não consumir, e

² As informações sobre a Resolução podem ser acessadas no site: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/relatorios-de-air/air-relacionada-a-proposicao-de-minuta-de-resolucao-cnpe>

³ Em sua coluna neste portal, a Dra. Daniela Santos explica os motivos e objetivos dessa resolução, Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/05/04/o-cnpe-e-a-concorrencia-no-mercado-de-gas/>

qualquer oscilação para cima será duramente penalizada. Isso aumenta as dificuldades das Distribuidoras de criarem um portfólio com diferentes supridores, prejudicando, portanto, a liquidez e a diversidade de agentes ofertantes.

Ainda assim, as Distribuidoras e potenciais Consumidores Livres estão instituindo processos competitivos para contratarem seu volume de gás, com a esperança que novos agentes ofertantes consigam ultrapassar as diversas barreiras para tanto, em especial no acesso às essenciais *facilities* dos elos upstream e midstream (escoamento, processamento e gasodutos de transporte-majoritariamente controladas pela Petrobras).

Aos poucos, a entrada de novos players no mercado de comercialização de gás à jusante vem acontecendo, com propostas mais vantajosas e flexíveis em comparação às da Petrobras. Entretanto, nesse exato momento de transição, e com as dificuldades comuns da abertura do setor (historicamente concentrado e verticalizado no player dominante), é preocupante a celebração de contratos de longo prazo, especialmente na região sul e sudeste, entre a Petrobras e as Distribuidoras, como alternativa para que a incumbente não aumente expressivamente o preço do gás e encerre as disputas judiciais com esse objetivo⁴.

Nota-se, inclusive, que a Petrobras vem inserindo nesses contratos trecho em que afirma que o volume

⁴ Reportagem do portal especializado EPBR detalha os novos contratos da Petrobras e o contexto de suas negociações. Disponível em: <https://epbr.com.br/petrobras-recorre-a-contratos-mais-longos-de-olho-na-abertura-do-mercado-de-gas/>

contratado não representa mais de 2/3 da quantidade média da Distribuidora, de modo a atender ao princípio do inciso VII, art. 9 da Resolução 03/2022 do CNPE, permitindo, assim, que a CDL contrate com outros ofertantes, o que afastaria preocupações concorrenciais.

Além disso, também já se afirmou que a mera previsão de redução da QDC na hipótese de migração do consumidor ao mercado livre reduziria as preocupações dos efeitos à concorrência desses contratos de longo prazo, uma vez que pelo menos alguma parcela do volume contratado pelas Distribuidoras poderia ser reduzida se os usuários livres contratarem com outros comercializadores, não prejudicando a competitividade do mercado.

Entretanto, faz-se necessário explicar que a Petrobras apenas prevê a redução da QDC por parte das Distribuidoras no caso da migração de seu(s) usuário(s) para o ambiente livre, e, além disso, com algumas importantes restrições, vejamos:

- Se o usuário que migrar para o Mercado Livre contratar com a Petrobras: não haverá qualquer limite na redução da QDC da Distribuidora;
- Se o usuário que migrar para o Mercado Livre contratar com comercializador concorrente da Petrobras: haverá um limite da redução da QDC, geralmente de até 40% (quarenta por cento) ou - nos casos em que a Distribuidora também tem contratos com outros ofertantes- o limite poderá ser o mesmo percentual que a QDC daquele específico

contrato representar em relação aos demais contratos da CDL com outros supridores.

Ademais, nos contratos recentes, a Petrobras não autoriza a redução da QDC da Distribuidora no caso do seu usuário livre contratar comercializador que já tenha contrato de suprimento com essa, criando, assim, significativa dificuldade ao seu concorrente. Isso porque, se esse concorrente da Petrobras vencer a disputa para atender o consumidor que migrar para o mercado livre, para as Distribuidoras restarão duas alternativas:

- (i) se o contrato com esse supridor assim permitir, será reduzido o volume contratado desse; ou;
- (ii) se não for possível tal redução, a migração do consumidor tende a ser obstaculizada pela Distribuidora, a qual buscará não arcar com tal prejuízo.

É extremamente necessário lembrar que tal previsão não permite a redução no caso da Distribuidora optar por contratar com outro supridor, mas apenas ao usuário que migrar ao mercado livre. A Resolução 03/2022 do CNPE, por sua vez, não faz tal distinção. Pelo contrário, o CNPE estipulou, observando experiências bem-sucedidas de abertura de mercado, que no período de transição para o ambiente concorrencial o agente com posição dominante observasse a seguinte medida:

VII - a oferta de contratos de compra e venda de gás natural com cláusula específica que possibilite a redução de quantidade contratada pelo adquirente, sem aplicação de qualquer penalidade, no limite mínimo de um terço do volume contratado.

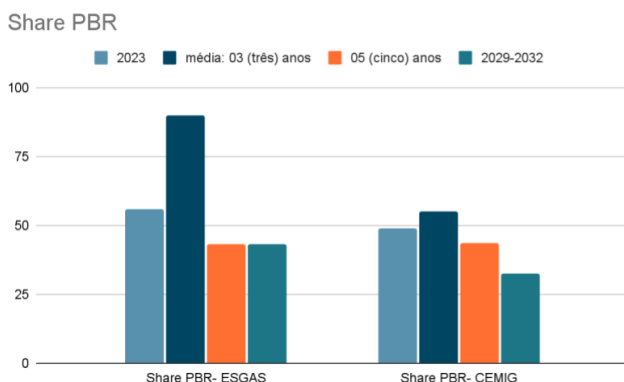
Sob esse ponto, destaca-se que, conforme evidenciado pelos estudos e ranking regulatórios (como o RELIVRE⁵), a migração para o mercado livre é marcada por dificuldades de ordem regulatória e de mercado (inclusive relacionados às condutas da Petrobras, que criam dificuldades no ingresso de novos agentes aos mercados, como no acesso às suas *essential facilities*), tanto que são raros os consumidores que conseguiram tal objetivo. O que torna a previsão da redução apenas no caso de migração ao mercado livre pouco eficaz.

Além das limitações para a migração das quantidades contratadas pelas Distribuidoras, é preocupante a significativa parcela de mercado que está aprisionada ao agente dominante nos próximos anos. A alternativa a esses contratos de longo prazo seria o aumento significativo do preço do gás.

Nesse sentido, cita-se os recentes contratos da Petrobras com a Cemig e ES Gás, celebrados na esteira dos acordos para encerrar processos judiciais, que visavam impedir o referido aumento. Nas duas ocasiões, foram celebrados diversos contratos com durações, como: 2023-2025; 2024-2028 e 2024-2032, e/ou aditivos aos acordos em vigor. De modo geral, as Distribuidoras, que vinham

⁵ Iniciativa de Associações de Consumidores e Produtores de Gás. Para mais informações: <https://relivre.com.br/>

contratando e negociando com outros ofertantes, aumentaram o volume contratado com a Petrobras nos próximos 03 (três) anos, além de terem que “reservar” parcela significativa dos próximos 05(cinco) e oito (oito) anos à Petrobras, senão vejamos:



*Com base em informações públicas do MME, ANP, CADE e relatórios das Distribuidoras

Pela sua inequívoca e histórica dominância, os efeitos do modelo de comercialização da Petrobras, ao fechar significativa parcela de mercado nos próximos anos, tende a reduzir a capacidade e incentivos para entrada de novos agentes e a esperada rivalidade no setor. Acrescenta-se que, no estágio de abertura e transição para um ambiente concorrencial de um setor com profundas dificuldades para tanto, o enforcement antitruste e regulatório sobre as condutas do agente incumbente requer atenção prioritária acerca de seus efeitos anticompetitivos.

Nesse sentido, pode ser citada a importante pesquisa doutrinária do Dr. Bruno Braz de Castro, apresentada em seu livro “*A que(m) serve o Antitruste*”, que destaca a importância da atuação da autoridade de defesa da concorrência nas seguintes hipóteses e com os objetivos⁶:

Como isso é especialmente marcante para antigos monopólios estatais liberalizados, uma política rigorosa quanto ao abuso de posição dominante deve ser vista como complemento essencial à liberalização, para prevenir que agentes com posições dominantes perpetuem seu poder através da criação de restrições privadas (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 04)

Além de ser necessário que a política de aplicação da lei de defesa da concorrência, em países em desenvolvimento, atribua atenção especial aos abusos de posição dominante, é necessário que essa análise se utilize de critérios substantivos comprometidos com a manutenção da rivalidade e proteção da estrutura da concorrência.

Em recente julgado, o Tribunal do CADE ressaltou a preocupação dos efeitos anticompetitivos de condutas praticados por firmas dominantes que induzem exclusividades, fechamento de parcela relevante de mercado e/ou inviabilizam a entrada e rivalidade,

⁶ Castro Bruno Braz de. “*A que(m) serve o Antitruste*”, São Paulo Singular, 2019. Pag. 205.

conforme pesquisa jurisprudencial consignada no voto do Conselheiro Victor Fernandes⁷:

Na vasta maioria dos casos, o CADE infere a lesividade da prática exclusionária a partir de evidências indiretas, notadamente o grau de cobertura do fechamento no “mercado-alvo”. Além disso, a prática jurisprudencial também se afasta de uma regra da razão em sentido estrito, na medida em que, em alguns precedentes, o CADE parece ter adotado entendimento muito restritivo acerca da comprovação de eficiências.

Por fim, ressalta-se que, pela sua natureza de indústria de rede, as medidas pró-competitivas do setor devem ser adotadas em harmonia nos diversos segmentos que o compõe, ou seja: enquanto se promove boas práticas regulatórias no acesso às essenciais facilities (upstream e midstream) e medidas para desconcentrar a oferta (gas release), é necessário também assegurar que o elo da demanda tenha condições e flexibilidades para contratarem com os novos agentes do setor, de forma a permitir o seu ingresso e os elevados investimentos necessários, conforme denominado como “customer release” no estudo “*Gas Release Study for the Brazilian Natural Gas Market*”⁸ que avaliou o grau de concentração do setor de

⁷ SEI CADE: 1144189. Rec. Voluntário: 08700.005936/2022-65

⁸ Estudo contratado por entidades representantes de consumidores e produtores de gás natural. A apresentação do estudo pode ser acessadas em: <https://www.youtube.com/watch?v=cvS8Lq2VVcA>

gás natural e medidas para a sua redução, e que será objeto de análise numa oportunidade futura.

A função extrafiscal do Imposto de Exportação e do Imposto de Importação

Fernanda Manzano Sayeg

No dia 28 de fevereiro de 2023, o Governo Federal anunciou que pretende tributar com o Imposto de Exportação (IE) as exportações brasileiras de óleo bruto, durante quatro meses. A alíquota do imposto será de 9,2% e a expectativa de arrecadação é de R\$ 6 bilhões.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar qual é a função desse tributo, bem como qual suas principais características e quais as diferenças em relação ao imposto de importação.

a) Imposto de Exportação

O Imposto de Exportação está definido no artigo 153, inciso II e § 1º, da CF/88, e no artigo 23 a 28 do CTN. Trata-se de um tributo que visa a tributar a saída definitiva determinadas mercadorias do território brasileiro. Sua função é precipuamente extrafiscal, ou seja, deveria ser um instrumento da atuação da União no controle do comércio exterior.

Ao contrário de diversos outros tributos, a função principal do IE não é arrecadar, mas desestimular a exportação de determinados produtos, pois será mais vantajoso efetuar as vendas no mercado interno, o que aumentará a oferta e, consequentemente, reduzirá o valor de venda do referido produto.

Para exercer essa função regulatória e proporcionar ao governo federal maior flexibilidade e agilidade em relação ao controle do comércio exterior, o IE está sujeito ao princípio da anterioridade, de modo que suas alíquotas e/ou bases de cálculo podem ser alteradas pelo Poder Executivo, com eficácia imediata a partir da publicação no Diário Oficial da União.

Como regra, o Brasil evita a utilização do IE em razão de seus efeitos negativos sobre eficiência econômica, estrutura de incentivos, alocação de recursos e desempenho exportador. Por essas razões, o imposto de exportação é, atualmente, aplicado apenas em dois casos excepcionais, e por razões não-econômicas, a saber:

- (i) Cigarros que contenham tabaco: IE de 150% quando destinadas à países da América do Sul e América Central, inclusive Caribe; e
- (ii) Armas e munições, suas partes e acessório: IE de 150% quando destinadas à países da América do Sul (exceto Argentina, Chile e Equador) e América Central, inclusive Caribe.

É importante ressaltar que quando falamos de cigarro, armas e munições, o IE visa a prevenir e evitar que estas mercadorias saiam legalmente do país e depois retornem de forma clandestina.

b) Imposto de Importação

O Imposto de Importação (II) é um tributo federal que incide sobre a entrada de mercadoria

estrangeira em território nacional. Esse imposto está previsto no artigo 153, inciso I, da CF/88, e foi regulamentado no CTN, no Decreto-Lei nº 37/1966 e no Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro).

Assim como ocorre com o IE, o II é um imposto com função extrafiscal. Isso significa que o imposto funciona como um instrumento de regulação do comércio internacional, que visa estimular ou desestimular certas condutas ou proteger a indústria nacional da concorrência com produtos importados. Por esse motivo, a sua regulamentação leva em consideração questões políticas, econômicas e cambiais.

Esse imposto tampouco se sujeita ao princípio da anterioridade. Logo, o Poder Executivo pode alterar as alíquotas e/ou bases de a qualquer momento e a vigência tem início com a publicação da alteração no Diário Oficial da União.

Ao se tornar membro da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Brasil realizou uma série de concessões tarifárias, que constam na denominada “lista de concessões”. Essa lista reflete as tarifas consolidadas do Brasil, ou seja, as alíquotas máximas II que podem ser aplicadas pelo país em relação a todo o universo tarifário, que é de 35%.

Por ser um membro do Mercosul, o Brasil adota a Tarifa Externa Comum (TEC), que padroniza as alíquotas de II no bloco. As alíquotas são definidas para cada item da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que é a classificação fiscal oficial das mercadorias no Mercosul. As alíquotas do II na TEC variam entre 0 e 35%.

O Brasil adota a tarifa prevista na TEC para todos os códigos NCM, exceto aqueles inseridos em instrumentos ou mecanismos de exceção, a saber: (i) Lista de Exceções à TEC (LETEC); (ii) Reduções tarifárias por razões de abastecimento ao amparo da Resolução Grupo Mercado Comum do Mercosul nº 49/2019; (iii) Lista de Exceções de Bens de Informática e Telecomunicações e Bens de Capital - LEBIT/BK; e (iv) Lista de redução temporária das alíquotas do Imposto de Importação tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus/Covid-19.

Nos últimos meses, o governo federal promoveu cortes unilaterais nas tarifas de 87% das mercadorias importadas pelo Brasil. A redução das alíquotas do Imposto de Importação chegou a 20% para alguns produtos. Essa medida, que teve como justificativa reduzir os impactos econômicos negativos decorrentes da pandemia da Covid-19 e da guerra na Ucrânia, permanecerá vigente até 31 de dezembro de 2023.

Regulação econômica para além dos instrumentos tradicionais

Fernando B. Meneguín

É indiscutível a importância dos serviços de utilidade pública. A provisão de energia, saneamento básico, transporte e telecomunicações, por exemplo, são estratégicos para o desenvolvimento de uma nação. Normalmente esses serviços estão delegados à iniciativa privada e, nesses casos, cabe à administração pública a regulação das atividades.

Conforme Giambiagi e Além (1999), “os instrumentos regulatórios são as tarifas, as quantidades, as restrições à entrada e à saída e os padrões de desempenho”. Os autores ainda destacam que os objetivos da regulação são: o bem-estar do consumidor; a melhoria da eficiência alocativa; a universalização e a qualidade dos serviços; a interconexão entre os diferentes provedores; e a segurança e a proteção ambiental.

Uma síntese pertinente sobre o que vem a ser regulação é a apresentada por Aragão (2003):

conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da

Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Em que pese a importância dos instrumentos regulatórios tradicionais, será que estes são a única maneira de o governo promover, por meio da regulação, eficiência e bem-estar social? Na resposta a essa pergunta é que se encontra o foco do presente texto, no qual, conforme literatura da área, pretende-se ressaltar algumas alternativas à regulação econômica tradicional.

Senden (2005) esclareceu que o uso de alternativas à regulação tradicional tem sido discutido desde 1990 no âmbito da União Europeia em todos os eventos que tratam de simplificação e melhoria do ambiente regulatório. Novas políticas e culturas regulatórias começaram a ser temas de debate desde então e permanecem na agenda mundial como prioridade.

A realidade e a complexidade da sociedade contemporânea apontam para uma insuficiência da atuação estatal cogente para a solução das questões que se arvoram.

Nesse cenário é que surge, por exemplo, o debate sobre *soft regulation*, como possibilidade para uma redução da carga administrativa do setor público, com regras mais simplificadas ou até menos regras, e para o estímulo à inovação e à competitividade do setor produtivo, por meio de indução à mudança de comportamento dos agentes. (Meneguín e Melo, 2022)

Assim, percebe-se que a regulação econômica vem evoluindo e não é mais possível trabalhar apenas com o processo por comando e controle. Para contextualizar

essa evolução, interessante se faz abrir parênteses para apresentar uma breve digressão sobre a regulação estatal no domínio econômico. Para tanto, traz-se excerto constante de Meneguín e Dantas (2020).

A primeira onda de reforma regulatória ocorreu como resposta à crise de 1929. Enfraqueceu-se, por conta da recessão da época, o liberalismo de Adam Smith, o qual apregoava a não intervenção do Estado na economia e que reconhecia a “mão invisível do mercado” como a ferramenta econômica capaz de promover o bem-estar (Fiani, 2004).

Surge assim uma reforma regulatória na qual se defendia a figura de um Estado interventor, responsável por atender diretamente às necessidades da população e promover o bem-estar social, inclusive, através do fornecimento direto de bens e serviços por empresas estatais (Bento, 2003).

Posteriormente, a partir da década de 1970, o modelo de Estado interventor se mostrou insustentável do ponto de vista econômico e social. Os governos estavam endividados e havia um cenário de alta inflação, denotando uma limitada capacidade de coordenação e atuação do Estado.

Diante desse panorama, tornou-se necessário repensar o papel do Estado e redesenhar as suas funções. Iniciou-se, portanto, um período de transição que envolveu: o estabelecimento de políticas de austeridade, a incorporação de práticas do gerenciais do setor privado na administração pública e a privatização de empresas estatais. Todavia, não era possível, simplesmente, o

retorno ao livre mercado amplo e irrestrito que já havia apresentado problemas décadas antes.

Tem-se então o surgimento da figura do Estado Regulador (Jordana e Levi-Faur, 2004), cujas características, nas palavras de Marçal Justen Filho, são as seguintes:

transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte cunho de racionalidade econômica; liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado a fim de propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado; a presença do Estado no domínio econômico privilegia a competência regulatória; a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas para atenuar ou eliminar os defeitos do mercado, mas também para realizar certos valores de natureza política ou social; e institucionalização de mecanismos de disciplina permanente das atividades reguladas (Justen Filho, 2009, p. 565).

Com isso, uma série de reflexões passaram a ser feitas sobre a capacidade desse novo modelo em equilibrar o livre mercado e o interesse público, especialmente diante do processo político e dos diversos grupos de interesse que influenciam as decisões dos agentes reguladores (Stigler, 1971).

Constatou-se que a concepção de um Estado Regulador era muito mais complexa de se implementar que os modelos anteriores (Estado Mínimo e o Estado Interventor), uma vez que a intervenção estatal não deve ser máxima, nem mínima, mas sim adequada; o que exige

da estrutura regulatória dos países instâncias decisórias e procedimentos que permitam a correta tomada de decisão. Além do mais, a crise financeira mundial de 2008, potencializada pela falta de regulamentação do mercado financeiro americano, tornou evidente as falhas em governança regulatória nas instituições públicas e privadas (OCDE, 2012).

Dessa maneira, a questão que surge nos tempos atuais acerca da regulação estatal consiste em discutir quais são seus limites de atuação, bem como se ater à qualidade dos atos normativos, verificando se estão direcionados adequadamente para incentivar o desenvolvimento econômico.

Uma linha para se discutir alternativas à regulação tradicional consiste no foco dos benefícios gerados em face de um cenário competitivo. Ao estimular a concorrência, o governo pode conseguir endereçar possíveis ineficiências nos serviços de utilidade pública. Decker (2015) apresenta várias possibilidades para além da regulação econômica tradicional, sendo que várias delas se apoiam nos efeitos positivos da competitividade.

O autor primeiramente trata da competição pelo mercado como forma de conseguir o alcance dos objetivos sociais buscados com a regulação econômica. Nesse caso, o governo cria um mecanismo para selecionar, entre os potenciais ofertantes do serviço, o que apresentar melhor proposta. Os potenciais provedores disputam quem ganhará o direito de prover o serviço de utilidade pública. Normalmente esse mecanismo será um leilão em que será considerada a oferta que trazer o melhor preço. O papel do governo seria organizar o processo de escolha e as regras desse processo. A

definição dessas regras é de suma importância para criar os corretos incentivos e selecionar o ofertante que garanta incrementos de bem-estar social no provimento do serviço.

No Brasil, após a definição de quem será o provedor, o meio jurídico usual para começar a exploração é a concessão pública, que se trata de contrato firmado entre a administração pública e uma empresa privada, para que esta execute e explore economicamente um serviço público.

Há que se procurar uma harmonia entre o contrato de concessão e a atividade regulatória desempenhada pelo Estado. É notória a ocorrência de desequilíbrios em contratos concessionais em virtude de alterações no cenário macroeconômico, bem como dificuldades impostas por determinados marcos microeconômicos que impuseram incentivos indevidos.

Outra maneira de influenciar e controlar as condutas dos provedores de serviços públicos é por meio de uma atuação *ex post*. Em oposição à regulação *ex ante*, em que pode haver imposição a priori de limites aos preços cobrados ou de parâmetros aos serviços prestados; na abordagem *ex post*, o controle da atividade é feito com base em danos passados que aconteceram ou danos presentes que estão acontecendo. Nessas circunstâncias, a ameaça da intervenção regulatória *ex post* serviria como incentivo para que o prestador do serviço não promovesse condutas anticompetitivas ou exploratórias de seu poder de mercado. (Decker, 2015)

Cabe lembrar que o Cade pode realizar esse controle *ex post* por meio da repressão de práticas e condutas que estejam gerando efeitos anticompetitivos.

Uma terceira alternativa são as chamadas políticas de desregulamentação. Essa abordagem pode ser usada para setores já regulados em relação ao preço e à entrada de novos provedores. Amparando-se no efeito positivo da competição, algumas restrições são relaxadas de maneira que possa haver a entrada de novos competidores. A maior competitividade teria o condão de provocar alteração na estrutura do provimento do serviço de utilidade pública de maneira que se incremente bem-estar social. (Decker, 2015)

Por fim, uma última alternativa à regulação econômica tradicional seria a instituição de uma abordagem que incentive a negociação de acordos entre os provedores de serviços públicos e grupos ou associações de consumidores. Os órgãos regulatórios apenas concordariam ou não com o acordo, sem haver a necessidade de se percorrer todos os passos de um ciclo regulatório (Decker, 2015). Uma vantagem dessa abordagem é o atingimento de resultados com mais eficiência em virtude da diminuição dos custos de transação advindos da negociação direta entre as partes.

Essas alternativas não são novas e não podem ser generalizadas para todos os casos, no entanto, são opções que devem ser consideradas. Diante das particularidades de cada setor, o Estado Regulador, com todo o leque possível de intervenções, irá decidir qual a melhor estratégia para se atingir os objetivos sociais almejados com os serviços de utilidade pública.

Em conclusão, tem-se que as formas de regulação econômica devem evoluir em um processo dinâmico face às constantes inovações dos tempos atuais. A regulação tradicional por comado e controle vem sendo desafiada a todo momento por tecnologias disruptivas. O Estado deve estar atento às mudanças e tentar considerar o maior conjunto possível de formas de intervenção na sociedade, procurando sempre reduzir os efeitos colaterais deletérios e maximizar o bem-estar social.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, A. S. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

BENTO, L. V. Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização. Barueri, SP: Manole, 2003.

DECKER, C. Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice. Cambridge University Press, 2015.

FIANI, R. Afinal, a quais interesses serve a regulação? Economia e Sociedade, Campinas, v. 13, n. 2 (23), p. 81-105, jul./dez. 2004.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. D. Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

JORDANA, J. e LEVI-FAUR, D. The politics of regulation in the age of governance. In: The Politics of Regulation in the Age of Governance. In: The Politics of Regulation: Institutions And Regulatory Reforms for the

Age of Governance. Edward Elgar, Massachusetts, USA, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

MENEGUIN, F. B.; DANTAS, G. B. Como aprimorar a qualidade regulatória – modelos de maturidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, junho/2020 (Texto para Discussão nº 279).

MENEGUIN, F. B.; MELO, A. P. A. Uma nova abordagem para a regulação econômica: soft regulation. Revista Do Serviço Público, 73(2), 199-218, 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança. Paris: OECD Publishing, 2012.

SENDEN, L. Soft law, self-regulation and co-regulation in European law: where do they meet? Electronic Journal of Comparative Law, v. 9, n. 1, p. 1-27, jan. 2005.

STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. The Bell journal of economics and management science, 1971.

Updates in Antitrust Private Enforcement in Brazil

Fernando de Magalhães Furlan

A very recent legislative innovation in Brazil pertains to the private enforcement of Competition Policy in the country. On November 16, 2022, Law n° 14,470/2022¹ was enacted, which delivers new provisions, applicable immediately, to the repression of violations of the economic order (competition). The new law amends provisions of the Brazilian Competition Law (Law n° 12,529/11).

The very site of the Brazilian Competition Authority, CADE, published² that “*ten years after the entry into force of Law n° 12,529/2011, the publication of Law n° 14,470/2022 **encourages and facilitates the filing of private actions by the harmed individuals and firms for anticompetitive practices***” [emphasis added]. The enactment of Law n° 14,470/2022 ushers in a new era for the competition private prosecution system and details important issues for its development, such as the applicable statute of limitations and the initial term that must be used in its count.

¹ Available at: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.470-de-16-de-novembro-de-2022-443760820>. Access on February 11, 2023.

² Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/lei-que-estrutura-o-sistema-de-persecucao-privada-concorrencial-e-promulgada>. Access on February 13, 2023.

In addition, it deals with the distribution of the burden of proof and the provision of double compensation for damages, generating greater legal certainty and adequate incentives. In line with the international best practices on competition private enforcement, the new Brazilian law establishes a double damages system, that is, double compensation for damages suffered by third parties due to violations against competition and the economic order.

Another important point concerns the inversion of the burden of proof in relation to the defense thesis usually presented by the offenders: the “pass-on defense” (pass-on the guilt to the supply chain).

Finally, the updates in the Brazilian Competition Law increase the dissuasive nature of antitrust enforcement, better integrating the complementarity between the sanctioning law, of a public nature, and that of civil liability, of a private nature. This is because, in addition to imposing double compensation, the new law also makes Cade's decision capable of justifying the granting of protection of evidence, allowing the judge to make a preliminary decision on indemnity actions in defense of individual or homogeneous individual interests, confirming the court's deference to the decisions of the Competition Authority, which is a specialized and independent body. This is a very important legislative innovation toward granting more power to CADE's decisions on the discussion of evidence in competition private damage litigation.

It is true that civil liability and administrative liability run different systems, but it's also true that, in Brazil, the legislator wanted, ultimately, to make a direct

connection between them, as anticompetitive behavior is so vile for the economy and the society, as wholes, but also for the individual economic agent. And so, the last applicable and specific legislation toward that issue is Law nº 14,470/2022, which recognizes that by establishing a “double damages” formula for civil damage proceedings in Brazil and allowing any judge to make a preliminary decision on indemnity actions in defense of individual or homogeneous individual interests, based on the evidence gathered by CADE, The Brazilian Competition Authority.

The Brazilian Competition Law, of a public nature, has a clear trend toward making private antitrust enforcement a key player in the deterrent effect of the country’s competition policy. We invite the reader to take into adequate account the recent enactment of Law nº 14,470/2022, with a reinforcing regime for double civil/private liability for anticompetitive behavior and judicial deference to CADE’s decisions, amongst other legislative improvements.

Judicial Deference in Brazil:

The Brazilian Supreme Court (STF) recently (2020)³ reaffirmed its standard of judicial deference in the judgment of *Recurso Extraordinário* (Extraordinary Appeal) No. 1083955⁴, stating that “*the technical expertise and*

³ October 25th, 2020.

⁴ Judgment statement: “DIVERGENCE REQUESTS IN REQUESTS OF STATEMENT IN THE INTERNAL APPEAL ON THE EXTRAORDINARY APPEAL (RE). ECONOMIC AND ADMINISTRATIVE LAW. COMPETITION. HARMFUL PRACTICE TENDED TO ELIMINATE POTENTIAL

institutional capacity [of an agency or authority] demands a deferential posture from the Judiciary to the merits of the decisions handed down by the Administrative Authorities. Judicial control should limit itself to examining the legality or abusiveness of administrative acts and decisions”.

Due to the judgement of the Federal Supreme Court (STF), which granted deference to a decision by CADE on the imposition of penalties for breaches of antitrust legislation, judicial deference constitutes a posture of the Judiciary Power regarding the assessment of aspects formal and substantial aspects of the administrative-regulatory act, and that the decision of the agency/authority must be respected and maintained, when the criteria of legality, reasonableness and proportionality are fulfilled, with the judge being prohibited from replacing the administrator, or administrative judge, in what concerns administrative merits.

For the Rapporteur of RE 1085399, Justice Luiz Fux: *"the examination of the materiality of the conducts and the identification of the damages to the markets demand specialized and qualified treatment, reveals the reduced expertise of the Judiciary for*

COMPETITION FROM NEW RETAILER. ANALYSIS OF MERITS OF THE ADMINISTRATIVE ACT. IMPOSSIBILITY. NO PROOF OF JURISPRUDENTIAL DISAGREEMENT. ABSENCE OF FACTICAL SIMILITUDE. NON-EXISTENCE OF ANALYTICAL COLLECTION. REQUEST OF DIVERGENCE UNADMITTED”. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5287514>. Access: February 13, 2023.

the jurisdictional control of the political and technical choices underlying the economic regulation, as well as its systemic effects”⁵.

Such trend was even more consolidated in Brazil with the entry into force of Law No. 14,470, at the end of last year (2022). This very recent law inserts Section (Art.) 47-A in the current Brazilian Competition Law (Law 12,529/11), which reads: “*The decision of the Tribunal of CADE referred to in art. 93 of this Law can substantiate the granting of guardianship of evidence, allowing the judge to decide on the actions provided for in art. 47 of this Law*”. (Included by Law 14,470/22).

In conclusion:

1. Private competition enforcement is a pillar of the Brazilian Competition Policy and has two main goals: (i) compensation for damages suffered by economic agents, and (ii) contributing to the deterrence of anticompetitive conducts. The very recent legislative improvements in Brazil (specially Law 14,470/22) clearly points precisely to a broad application of Article 33 of the Brazilian Competition Law. The competitive damage lies in the distortion of

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955/DF. Agte(s): Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. *et all*. Rapporteur: Justice Luiz Fux. Date of judgment: 28/05/2019. Date of Publication: June 7th, 2019. P. 16. *Apud* MUNDSTOCK, João Pedro Mallmann. “O DEVER DE DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DOS ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS DE ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA”. Monografia de conclusão de curso. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. FACULDADE DE DIREITO.

competition and affects the private agent(s) in its (their) own activity(ies). The offended diffuse (general) interest is individualized into a private interest, in the sense that the damage to the market also qualifies as damage to the competitor(s) and vice-versa.

2. Law No. 14,470 of 2022 brought the brand-new first paragraph (§ 1º) of Article 47 that reads: “*The aggrieved persons will be entitled to double compensation for the damages suffered due to infractions to the economic order provided for in items I and II of § 3º of art. 36 of this Law, without prejudice to the sanctions applied in the administrative and criminal spheres*” [emphasis added]. The new Brazilian Law, which amends the current Competition Law clearly and undoubtably affirms the right of damaged persons and firms to double compensation in a judicial private damage claim for losses imposed by anticompetitive conducts, since they were proved in a CADE’s decision.
3. The civil indemnity claim can be addressed to any of the members of the anticompetitive conduct, regardless of legal ties, contracts, or partnerships. This is because the conduct of all those who participated, directly or indirectly (by action or by default), in the anti-competitive practice contributed, anyhow, to the harm caused. Therefore, participants in anti-competitive conducts are jointly and severally liable for the damages caused, under the terms of the paragraph of Article 942 of the Brazilian Civil Code and Article 33 of the Brazilian Competition Law (Law 12.529/11), regardless of whether they have

maintained direct relations with the claimant(s). If one of the participants in the conduct is obliged to pay the indemnity in full, it will have the right of recourse against the other offenders, under the terms of article 283 of the Brazilian Civil Code.

Financial regulation agenda for Brazil 2023

Fernando de Magalhães Furlan

Two main financial topics shook Brasília this beginning of the year. The “Sur”, the proposed common digital currency for Mercosur, and the lack of regulation and perspectives for the crypto market in Brazil.

1. Brazil-Argentine common digital currency (The Sur)

The talks on a possible South American Central Bank digital currency continued this week after Brazilian president Lula and Argentine president Alberto Fernandez made public their purpose to push the project - called “The Sur”. The future common Central Bank digital currency would boost trade between the two countries while decreasing dependency on the dollar.

The text signed by both presidents short after their first bilateral meeting reads: *“We also decided to advance discussions on a common South American currency that can be used for both financial and commercial flows, reducing operational costs and our external vulnerability”*.

In that case, Brazil would have two official currencies, the Real (fiat or digital/CBDC) and the Mercosur CBDC (Mercosur Central Bank Digital Currency), shared by the two nations, initially.

Intended to be a parallel currency, it would not replace the Real Digital, CBDC (central bank digital currency) being developed by the Central Bank of Brazil.

However, it would also be a CBDC, as the text proposes the creation of a South American Central Bank to take care of its issuance.

Contrary to what many think, it is not a single currency for Mercosur, as well as the euro in the European Union. Rather, the aim is to create a currency to be used only in commercial and financial transactions between Mercosur countries, without replacing local currencies.

The idea, according to its authors, is to reduce dependence on the dollar for international trade. Citing, as example, the economic sanctions imposed on Russia by the US and the European Union.

Actually, the idea is not new as it was brought to attention in the first Lula Government. On January 14, 2003, together with the president of Argentina, Eduardo Duhalde, the two governments issued a joint communiqué, in point 12 of which it was stated that *“the presidents agreed to intensify the work of macroeconomic coordination in Mercosur. In this regard, they instructed their representatives in the Macroeconomic Monitoring Group to examine, together with the representatives of the other member States, the necessary steps for the possible creation of a common currency. To contribute to this task, they have decided to instruct the respective Ministries of Foreign Affairs and of Finance and Economy to create a Monetary Institute that will dedicate itself to the development of this theme”*.

A few days later, President Lula expressed himself in similar terms, in an article he signed, and which had some repercussions in the international press. He wrote: *“the Mercosur should work as a macroeconomic coordinator for the central banks, a condition sine qua non to achieve the establishment*

of a single currency. Mercosur will work to convince other countries in the region to join” (Le Monde, 18.02.03)¹.

Due to inflation and other negative economic factors in Argentina, the search for dollars is generalized by the Argentine population, which forced the country to establish a limit for the monthly purchase of the American currency, which is currently US\$ 200. Many Argentines resort to the black market or to cryptocurrencies to protect themselves, which led the country's Central Bank to prohibit banks from trading crypto assets.

Precisely for these reasons, a series of reforms would be necessary to create a scenario that could make the implementation of a regional currency feasible.

In such context, Brazilian Central Bank President Roberto Campos Neto stated that he is against the idea: *"I am against. I don't think it makes sense for us right now for a variety of reasons”.*

Digital currencies experts reasoned that single currencies shared by countries with different monetary policies has proven to be difficult. However, a blockchain-based synthetic currency used as an intermediary between the two countries could be feasible. A middle way, without

¹ RUBINI, Héctor *et* GIAMBIAGI, Fabio. *Moeda Única e Banco Central Unificado no Mercosul: Princípios Econômicos e Desafios Institucionais*. In REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V. 10, N. 19, P. 21-64, JUN. 2003. Available at: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11896/2/RB%2019%20Moeda%20%C3%9Anica%20e%20Banco%20Central%20Unificado%20no%20Mercosul_Princ%C3%ADpios%20Econ%C3%B4micos%20e%20Desafios%20Institucionais_P_BD.pdf. Access: January 31, 2023.

committing the two central banks to identical monetary policies but still facilitating the exchange rate.

In any case, the debate around a common currency for the bloc, which arises from initially bilateral understandings between Brazil and Argentina, presupposes greater macroeconomic convergence and harmonization of policies. This implies the existence of a unified central bank, for which there are some questions and dilemmas that would be posed to the monetary authorities².

2. *Crypto Regulation*

Unfortunately, and lamentably 2023 could be a difficult year for crypto regulation amidst political transition, adapting bureaucracy and competing priorities. While the enabling legislation was signed into law in late December and has a deadline of 180 days to enter into force, specific rules have yet to be defined and a formal regulatory body (expected to be the Central Bank) to be designated by the Executive Branch.

In such context, work on developing a public consultation, receiving, analyzing, and treating comments

² RUBINI, Héctor *et* GIAMBIAGI, Fabio. *Moeda Única e Banco Central Unificado no Mercosul: Princípios Econômicos e Desafios Institucionais*. In REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V. 10, N. 19, P. 21-64, JUN. 2003. *Idem*. Available at: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11896/2/RB%2019%20Moeda%20%C3%9Anica%20e%20Banco%20Central%20Unificado%20no%20Mercosul_Princ%ADprios%20Econ%20%C3%B4micos%20e%20Desafios%20Institucionais_P_BD.pdf. Access: January 31, 2023.

and proposals, besides rulemaking process for crypto exchange licenses may not begin for some time.

In any case, it seems it would be a mistake not to designate the Central Bank as the crypto regulator in Brazil. Such an outcome would render the law toothless. The benefit of appointing a technical body makes the process more dynamic than the legislative one, and this would be lost. The market would remain in a gray area and the law would have little effect³.

None-the-less, there are parts of the approved crypto law, such as the updating on the Criminal Code, that do not depend on the regulator to enter into force and will be applicable starting June 2023.

³ “Por que 2023 pode ser ano perdido para regulação de criptoativos no Brasil “ (*“Why 2023 could be a lost year for cryptocurrency regulation in Brazil”*). Infomoney, January 13, 2023. Available at: <https://www.infomoney.com.br/mercados/por-que-2023-pode-ser-ano-perdido-para-regulacao-de-criptoativos-no-brasil/>. Access: January 31st, 2023.

Porque a Ética dá bons resultados - nova Política de Persecução Corporativa (FCPA)

Eduardo Molan Gaban & Ana Cristina Gomes

Não é recente a preocupação com temas atrelados a práticas que tenham relação com delitos econômicos, principalmente no âmbito da corrupção. Tema frequente nas agendas internacionais e em constante discussão já há anos. Como os delitos econômicos envolvem uma complexidade maior em relação aos demais delitos, inclusive no que diz respeito a exigência de expertise, no âmbito das investigações – sejam elas privadas ou públicas, internas ou externas – e essa expertise não está apenas relacionada com áreas típicas do Direito, vez que é necessário ter conhecimentos para além, como Economia, Contabilidade, Administração etc., o enfrentamento do problema torna-se um trabalho hercúleo.

É preciso entender que, assim como sistematizado por Klaus Tiedemann¹, o Direito penal econômico tem como ponto de partida aspectos supraindividuais referentes à organização econômica e social e por essa razão possui correspondência com as demais áreas do Direito: empresarial, tributário, regulatório, econômico, consumidor etc. O dinamismo e a complexidade são características dos delitos econômicos. Neste sentido, a atualização quanto as leis e regramentos que regem o

¹TIEDEMANN, Klaus. *Decrecho penal económico*. Introducción y parte general. Taduccionen Manuel A. Abanto Vásquez et al. Trujillo/Peru: Grijley, 2009, p.77.

enfrentamento destes delitos são constantes, de forma a serem sempre revistas e adequadas a realidade fática.

Uma demonstração dessa constante atualização se deu no início deste ano (janeiro de 2023), nos Estados Unidos da América, quando o Departamento de Justiça (Department of Justice's - DOJ) apresentou mudanças na Política de Persecução Corporativa (FCPA Corporate Enforcement Policy)². Um dos principais objetivos é a potencialização dos incentivos concretos às corporações que tomam conhecimento de violações delitivas e que, voluntariamente, se antecipam levando o fato à autoridade responsável para seu conhecimento e providências.

Pontos interessantes foram inseridos com a nova Política a ser adotada. Interessante frisar que já de início o DOJ esclarece que, ao longo dos anos, em decorrência da experiência com a adoção de benefícios para as corporações colaboradoras, foi possível notar que a autodenúncia voluntária tem significado uma criação de incentivos positivos para o comportamento corporativo, ou seja, que não causem violações à legislação e, assim, mais ajustado às práticas de boa governança.

Outro ponto, é o fato de que, de forma nominal, mas sem ser taxativo, o DOJ descreve algumas das circunstâncias que podem ser consideradas como agravantes e que justificariam uma persecução criminal: envolvimento da direção executiva da empresa na má conduta; um lucro significativo para a empresa da má conduta; flagrância ou difusão da má conduta dentro da companhia; ou reincidência criminal. Este é um

² Cf. 9-47.120 – Criminal Division Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy

apontamento não só pertinente, mas também crucial para que, quando da instauração da persecução penal, possam ser aferidas não só a materialidade e a autoria, mas os níveis de culpabilidade.

Entretanto, mesmo que uma corporação não se qualifique para o *declination*³, quando estiverem presentes as circunstâncias agravantes, poderá ser beneficiada com outra solução mais adequada que a persecução criminal se, por exemplo, quando ocorreu a má conduta ou no momento da divulgação deste fato, tinha um programa de *compliance* efetivo, bem como sistema de controles contábeis internos, instrumentos estes que levaram a identificação da má conduta e a autodenúncia voluntária da corporação.

Neste ponto fica evidente o ganho real de uma corporação ao introduzir um programa de *compliance* efetivo e bem estruturado em sua governança. Para além das fronteiras estadunidenses, essa é uma contribuição que pode ser adequada e adotada, de maneira a criar o incentivo positivo de boas práticas de governança, resultantes de programas de *compliance* estruturados, aplicáveis e efetivos, pensados a partir de estímulos normativos racionais, onde a conformidade beneficia aquele que a coloca em prática.

Outros incentivos também foram previstos neste caso, como a concessão ou a recomendação para que se aplique uma redução de 50% a 75% da condenação,

³ Tendo em vista a sistemática do direito no Brasil, não há uma tradução capaz de descrever precisamente o instituto estadunidense. Porém, se comparamos com a legislação anticorrupção, no caso a Lei nº 12.846/13, é possível relacionar o acordo de leniência ao *declination*.

podendo ser tomada como base a sanção mínima prevista nas diretrizes que regem a aplicação de multas nos EUA⁴, exceto nos casos em que existir reincidência, onde não será tomada como base a sanção mínima prevista nas diretrizes; a não exigência da nomeação de um monitor quando a corporação demonstrar que implementou e comprovou um programa de *compliance* efetivo, de maneira a corrigir a causa que deu origem à má conduta. Se não ocorrer a autodenúncia voluntária segundo as especificações da nova Política, mas a corporação colaborar de maneira oportuna e adequada, a redução poderá ser de até 50% podendo ser tomada como base a sanção mínima, sendo aplicada a mesma regra anterior nos casos de reincidência criminal.

É possível notar um maior protagonismo dos programas de *compliance* que se revelem efetivos, adequadamente estruturados. O que significa concluir que há um real reconhecimento por parte das autoridades dos esforços das corporações em aplicar práticas de boa governança e que determinadas situações podem ocorrer mesmo com a existência de programas efetivos de integridade, mas que, tendo em vista a efetividade do programa de *compliance* implementado, uma vez descoberta a prática em desconformidade, essa será tratada de maneira a solucionar o problema, dando o devido encaminhamento, inclusive com a autodenúncia. Essa valoração cria estímulos para as corporações na adoção, revisão e atualização de seus programas de *compliance*,

⁴ U.S. Sentencing Guidelines (U.S.S.G.) – Diretrizes de Sentenças dos EUA (livre tradução).

sendo capaz de mitigar inúmeras situações e ainda contribuir com a perseguição quando essa for necessária.

Em termos de prevenção, uma Política preocupada em observar os pontos positivos, como a estruturação de um programa efetivo de *compliance*, constrói um cenário favorável para que as boas práticas de governança sejam cada vez mais uma escolha racional e lógica no ambiente corporativo. Essa é também uma questão a ser observada e que pode gerar contributos para os demais sistemas jurídicos, como no Brasil, por exemplo.

A importância de um programa efetivo de *compliance* merece destaque ainda, nos casos de fusões e aquisições corporativas (M&A). Há previsão para que, caso a corporação adquirente venha a descobrir a ocorrência de má conduta, por parte da corporação adquirida, seja por meio de *due diligence*, auditorias pós aquisição ou tendo em vista a pronta implementação de seu programa de *compliance*, e imediatamente realize a autodenúncia, tomando as medidas condizentes com a Política, a adquirente pode se tornar elegível para um *declination*, mesmo que existam circunstâncias agravantes para a corporação adquirida. Ou seja, um programa efetivo de *compliance* pode viabilizar operações de fusões e aquisições, podendo mitigar, de modo real, os riscos envolvidos.

A Política de Perseguição Corporativa preocupou-se ainda em determinar as definições como autodenúncia voluntária, cooperação total. Ocupando-se também em estabelecer critérios que permitam observar a efetividade do programa de *compliance* das corporações, esclarecendo que este deve ser atualizado periodicamente, podendo

depende do porte e disponibilidade de recursos das corporações, bem como os riscos envolvidos: 1) o compromisso da empresa em inculcar valores corporativos a fim de promover a realização da conformidade, incluindo a conscientização dos funcionários sobre a não tolerância de qualquer conduta delitiva; 2) os recursos que a empresa tem dedicado ao *compliance*; 3) a qualidade e experiência dos envolvidos com o setor de *compliance*, de maneira que possam identificar transações e atividades com potencial risco; 4) autoridade e independência, em todos os aspectos e níveis de hierarquia; 5) a eficácia da avaliação de risco e a maneira com que o programa de *compliance* da corporação foi adaptado em decorrência deste risco; 6) a forma de contratação das pessoas que ocupam funções dentro do setor de *compliance* da corporação; 7) a remuneração e o plano de carreira das pessoas que trabalham no setor de *compliance*, suas funções, responsabilidades etc.; e 8) a realização de teste para garantir a eficácia do programa de *compliance*.

Os incentivos à autodenúncia voluntária somados à atribuição de um maior protagonismo dos programas de *compliance*, principalmente quanto à possibilidade de maiores e melhores reduções nos valores das multas, criam um cenário propício para a sedimentação de boas práticas de governança e um ambiente de conformidade mais adequado, ao passo que, também contribui com a persecução penal de pessoas físicas que tenham praticado condutas delitivas, tendo em vista a cooperação efetiva da corporação que realiza a autodenúncia voluntária.

A observação da prática dos procedimentos adotados pela Política de Persecução Corporativa e a análise dos temas por ela tratados, pode possibilitar o

melhor desenvolvimento dos programas de *compliance* e contribuir com a experiência brasileira no aprimoramento de questões relacionadas às práticas de boa governança.

A saga da perícia no CADE

Mauro Grinberg

A produção de prova pericial no processo administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem sido, ao longo dos anos, objeto de controvérsia e frequentemente negada, inclusive em decorrência do seu custo. Este articulista procura, há algum tempo, mostrar às autoridades a necessidade e/ou a obrigatoriedade, em determinadas ocasiões, da produção de prova pericial, até recentemente sem sucesso.

De fato, em artigo escrito juntamente com Leonor Cordovil e Beatriz Cravo, este articulista escreveu: “Embora o Cade tenha costumeiramente negado a produção de prova pericial, possivelmente face a sua dificuldade da forma como prevista no antigo CPC (o que obviamente não constitui justificativa), vale lembrar que continua a ser uma das possibilidades probatórias, agora com algumas modificações tendentes a sua possível simplificação. Com efeito, a prova pericial tradicional consiste em nomeação de perito oficial pelo juiz e subsequente abertura de prazo para que as partes apresentem assistentes técnicos (na prática, outros peritos) e quesitos para a perícia”¹.

O novo Código de Processo Civil (CPC) permite maior flexibilidade para a produção de prova pericial,

¹ “O Novo Código de Processo Civil e a Prova no Processo do Cade”, Revista Brasileira de Advocacia, AASP/RT, São Paulo, Ano 2, nº 4, 2017, pág. 171

ainda que nunca abolida a prova pericial tradicional. Verificamos, para começar, que o art. 471 e seus dois incisos permitem que as partes entrem em acordo para a escolha do perito único, assim eliminando a participação dos assistentes técnicos, até porque é comum o julgador deparar-se com três laudos: “As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que” “sejam plenamente capazes” e “a causa possa ser resolvida por autocomposição”.

Quanto às partes, lembra o artigo acima referido: “No caso do Cade, é necessário que se estabeleça com clareza quais são as partes no processo administrativo: de um lado está o acusado e de outro o Poder Público”². No processo administrativo do Cade, “é ele quem acusa, processa e decide”³. Ou seja, exercendo a sua função acusatória, é autor e, como tal, pode compor com a parte acusada na escolha do perito. Quanto à possibilidade de autocomposição no processo administrativo do Cade, os acordos de leniência e composições de conflitos, aqui mencionados como fatos notórios, nada mais são do que formas de autocomposição.

Portanto, o Cade e as partes – incluindo, se for o caso, terceiros interessados devidamente admitidos no processo – podem escolher um perito comum, ficando claro que se trata de uma possibilidade e não de uma obrigação. É a primeira forma de simplificação da perícia, que não elimina, entretanto, a importância das partes apresentarem seus quesitos para as respostas do perito.

² Obra e página citadas

³ Obra e página citadas

O mesmo artigo prossegue: “Mas a maior possibilidade de simplificação reside na possibilidade de se proceder à prova técnica simplificada para situações de menor complexidade”⁴, que se encontra prevista nos parágrafos 2º e 3º do art. 464 do CPC: “De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade”, sendo que “a prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico”. Esta prova técnica simplificada faz uma aproximação com a *expert opinion* do direito norte-americano. Isto está no mesmo artigo⁵.

Aqui tratamos não só da Superintendência-Geral do Cade, que tem o poder-dever de instruir o processo, de acordo com o art. 72 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) (“a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes”) como também do próprio Plenário do Cade, de acordo com o art. 76 da LDC (“O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado”).

Este articulista já defendeu, quanto ao art. 76 da LDC, que, “quando o texto legal diz ‘poderá’, está claro que (o Conselheiro-Relator) não tem obrigação de fazê-

⁴ Obra citada, págs. 171/172

⁵ Obra citada, pág. 172

lo”⁶, sendo muito importante esta menção, até porque o “poder” não foi considerado por este articulista como dever ou poder-dever. Entendeu o articulista, na ocasião que o poder de deferir implicava também no poder de indeferir.

Todavia, sobreveio a decisão unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 1.979.138-DF, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, em cuja ementa consta: “No que diz respeito às teses que compreenderam pela ocorrência de preclusão e de extemporaneidade, observo de início que a postulação da produção probatória perante a Secretaria de Defesa Econômica – SDE, com base na Lei n. 8884/1994, não implica em momento exclusivo para o acusado fazê-lo, diante da previsão expressa do art. 43, que dispõe que o Conselheiro Relator do CADE analise requerimento de prova”.

Para efeito do tema deste artigo, o mencionado art. 43 da lei vigente na época não difere do art. 76 da lei atual: “O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos”. Para completar o raciocínio, o mencionado art. 35 da lei revogada trata da produção de prova pela SG.

⁶ A Superintendência-Geral (SG) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e suas duas funções”, Web Advocacy, 03/03/2022

Vale lembrar que a decisão em tela aplicou o parágrafo único e seu inciso X do art. 2º da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – LPA): “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de” “garantia dos direitos (...) à produção de provas. Fica clara a aplicação da LPA aos processos administrativos do Cade.

Tratando da referida decisão do STJ, este articulista escreveu que “a decisão tira qualquer discricionariedade do Conselheiro-Relator em relação ao artigo em questão. A palavra ‘poderá’, no que diz respeito ao deferimento de produção de provas, deve ser entendida como ‘deverá’”⁷. Assim, passa o ato de discricionário a vinculado. No bojo do voto do Ministro-Relator ainda encontramos, para reforçar esta ideia, que se trata de “uma exigência da observação das garantias fundamentais que devem ser asseguradas ao acusado”.

Na linha do tempo, o Cade, por meio de despacho, em caso de avocação, do Conselheiro-Relator Gustavo Augusto Freitas de Lima, no processo 08700.001797/2022-09, abriu divergência em relação a casos anteriores ao determinar “que seja aberto prazo para que os representantes, representados ou terceiros interessados indiquem se desejam contratar a realização de perícia técnica de informática para analisar o funcionamento da plataforma digital do (...) de forma a esclarecer quanto à existência e a responsabilidade das falhas técnicas narrada”.

⁷ “Perícia no Processo Administrativo do CADE: uma Decisão Histórica do STJ”, Web Advocacy, 29/11/2022.

Deve aqui ficar claro que este articulista não conhece o processo em que tal despacho foi proferido, nele não tem atuação profissional e consequentemente não tem interesse no desfecho da demanda. Também não emite juízo de valor sobre a necessidade ou não da perícia no caso específico. Importa aqui apenas registrar que, em dadas circunstâncias, a perícia deve ser feita no processo administrativo do Cade e já existe despacho inovador nesse sentido.

Como o Conselheiro-Relator deixou claras (i) os requisitos dos peritos (incluindo “nível mínimo de pós-graduação”), (ii) a necessidade de aprovação dos peritos pelo Cade e (iii) a necessidade de acompanhamento da perícia pelo Cade, fica claro que se trata de perícia oficial e não dos conhecidos pareceres que muitas vezes as partes pedem a eminentes acadêmicos (que também podem ser peritos).

Uma recomendação e suas possíveis consequências e não consequências

Mauro Grinberg

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Recomendação nº 135, de 12 de setembro de 2022, que resolve “recomendar aos magistrados, com o objetivo de maximizar a segurança jurídica e de impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência, prevista na Lei nº 12.529/2011, que, sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), assim minimizando efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar”.

De início, houve um certo espanto por parte da comunidade antitruste, sobretudo advogados que militam no Cade pois aparentemente a Recomendação parecia padecer de inocuidade. No entanto, suas palavras são fortes e seu peso deve ser bem medido. Daí a importância da análise da recomendação, cujo objetivo é muito mais de alerta dos riscos do que de impedimento de concessão de medidas.

Começemos com o seu objetivo declarado: “maximizar a segurança jurídica” e “impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência”. Há aqui uma presunção, embora relativa, de que as partes acusadas querem minimizar a segurança jurídica e

comprometer a política de defesa da concorrência. Além de ignorar o princípio da cooperação, instituído pelo art. 6º do Código de Processo Civil (“os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), a Recomendação parte da ideia de que a parte contrária ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) está sempre do lado culpado, eliminando assim o princípio da inocência até prova em contrário (Constituição Federal, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Mais ainda, a Recomendação, neste ponto, considera que os magistrados são suscetíveis a influências a que deveriam resistir, sobretudo na aplicação do art. 300 do CPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Nada diferente do que se dizia antes em latim: “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”. Ou seja, o Juiz deve ter a capacidade de examinar a existência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência e concedê-la ou não, conforme o caso. Não se pode tirar, mormente por via infralegal, esta competência do magistrado.

Sidney Sanches, em curta obra-prima anterior ao atual CPC, bem definiu o “*fumus boni iuris*”: “Consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente, em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou, então, a ser

instaurado”⁴⁸. E quanto ao “periculum in mora”: “probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante na demora do ajuizamento ou no processamento e julgamento desta”⁴⁹. Se encontrados esses requisitos, a tutela de urgência deve ser concedida, ainda mais porque ela pode ser revogada a qualquer tempo (CPC, art. 296: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”). Assim, se, mais adiante, os fundamentos para a concessão da cautela se revelarem inexistentes ou mesmo fracos, o próprio magistrado ou a instância superior podem revogar a medida.

Mas aí vem a pergunta: quando é possível ouvir previamente o Cade? Vamos examinar aqui duas hipóteses, a primeira das quais envolve uma empresa condenada pelo Cade a multa milionária mas que entende descabida a condenação ou até mesmo a multa aplicada, por entende-la confiscatória. Há um prazo para o cumprimento da decisão do Cade (pagamento da multa e eventuais condenações acessórias) e, se não cumprido o prazo, pode ocorrer a inscrição na Dívida Ativa e as suas consequentes limitações, inclusive o impedimento de contratar com o Poder Público e as consequências negativas no próprio mercado. Numa situação como esta, se o Juiz ouvir o Cade antes de proferir seu despacho, este, se for positivo para o litigante, será inócuo pois as consequências já terão sido observadas e os danos já verificados.

⁴⁸ “Poder Geral de Cautela”, RT, São Paulo, 1978, pág. 43

⁴⁹ Obra e pág. citadas

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “as tutelas antecipada e cautelar são incompatíveis com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente”⁵⁰. Assim, nas palavras do CPC e na interpretação do autor, já se terão verificado o “dano” e o “risco ao resultado útil do processo”. Assim, se a concessão tiver que aguardar a manifestação do Cade – ou, para este efeito, qualquer manifestação –, ter-se-á a perda do direito.

A segunda hipótese é menos radical. Um acusado requer a produção de uma determinada prova num processo administrativo correndo no Cade. Esta é uma hipótese que se tem repetido na prática dos processos administrativos do Cade, sobretudo quando se trata de perícias e inspeções, eventualmente sob o argumento de que existem meios menos custosos de se chegar ao mesmo resultado. A parte pode entender que aquela perícia ou aquela inspeção são necessárias e/ou importantes para o seu exercício da ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”). Aqui, se o Juiz ouvir o Cade antes da concessão da tutela, provavelmente não se verificará o “risco ao resultado útil do processo” pois ainda se terá tempo suficiente. Ou seja, nesta hipótese é possível, em geral, ouvir o Cade previamente.

⁵⁰ “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência”, RT, São Paulo, 2018, pág. 13

Seguindo no exame do texto da Recomendação, o que ela procura minimizar são os “efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar”. Mas não se pode presumir que o direito de demandar seja abusivo. Ao contrário, a presunção é de legitimidade e o magistrado deve considerá-la desta maneira, até decisão final. Não se pode presumir que o demandante quer levar ao “comprometimento da política de defesa da concorrência”. Ao contrário, mirando-se o art. 6º do CPC, o demandante está apresentando contribuição ao bom desenvolvimento do processo.

Não há motivo lógico para concluir previamente que qualquer das partes envolvidas está certa ou errada. Como dizem Pollyanna Vilanova e Isabel Jardim, “não se descarta que o mérito das decisões do Cade pode e, em alguns casos *deve* ser revisto pelo Poder Judiciário, no entanto, a complexidade do Direito Concorrencial deve ser levada em consideração na análise dos tribunais, bem como os possíveis impactos no mercado”⁵¹.

Essa complexidade do Direito Concorrencial, longe de justificar a não judicialização, é a maior razão para dar margem ao exame da matéria pelo Poder Judiciário que, aliás, pode apreciar os temas independente e diretamente, de acordo com o art. 47 da Lei 12.529/2011. A Recomendação aqui analisada deve servir como um alerta para eventuais danos ou riscos mas nunca causar a perda de direito da parte que pede a tutela de urgência.

⁵¹ Recomendação CNJ nº 135/22 e a Judicialização das Decisões do Cade”, Consultor Jurídico, 20/09/2022

O Regime de Origem e suas complexidades- Parte 2

Josefina Guedes & Eliane de Souza Fontes

Em nosso primeiro artigo, focamos na importância dos Regimes de Origem e sua principal função nos acordos internacionais. Nesse segundo artigo, vamos entrar em alguns detalhes do Regime, bem como nas suas complexas funções, sendo a mais importante delas como instrumento de política comercial.

Como puderam observar, os Regimes de Origem fazem parte do comércio internacional há várias décadas, tamanha a sua importância. Com o surgimento das cadeias globais de valor nas últimas décadas, maior complexidade para a determinação da origem de um bem produzido, pois é através de regras bem claras e definidas, que um produto poderá usufruir.

Vimos que as regras de origem são exigências produtivas para que as mercadorias sejam consideradas originárias, normalmente para acessar os benefícios e preferências tarifárias de um acordo comercial e garantir que os produtos beneficiados não sejam provenientes de países que não fazem parte do acordo, bem como para promover o desenvolvimento dos setores produtivos dos países signatários de um acordo, sejam eles regionais ou multilaterais

O objetivo principal das Regras de Origem Preferenciais é estabelecer as condições que deverão ser cumpridas para que uma mercadoria possa fazer jus às

preferências tarifárias negociadas em um acordo comercial, além de ser comercializado ao amparo de todas as outras facilidades e obrigações que fazem parte deste. De uma maneira geral, são negociadas entre as partes signatárias de um acordo comercial, mas nesta categoria também se encontram as regras de origem relacionadas a regimes comerciais autônomos, que visam facilitar a inserção dos países em desenvolvimento na economia internacional e favorecer o desenvolvimento dos países que mais necessitam, ou seja, os países de menor desenvolvimento.

As Regras de Origem Não-Preferenciais podem ser estabelecidas, unilateralmente, por países ou blocos, para administração das medidas de defesa comercial ou de salvaguardas aplicadas, nas restrições quantitativas discriminatórias ou quotas tarifárias, para compras governamentais, questões estatísticas, entre outras.

Assim, após o entendimento do que são as regras de origem preferenciais e não- preferenciais que foram objeto do primeiro artigo, passamos agora para os demais conceitos.

Primeiro é preciso esclarecer que os Regimes de Origem dos acordos são as regras gerais e as regras específicas de origem, para depois podermos esclarecer os demais conceitos, principalmente das regras de origem preferenciais.

Nos acordos internacionais de comércio, o Regime de Origem é o corpo normativo que contém o alcance, os critérios, exigências e obrigações do acordo em matéria de origem e que, em conjunto, regulam a aplicação e o acesso aos benefícios estabelecidos por esse acordo. O

Regime de Origem de um acordo deve ser considerado como um todo e sua aplicação deve se realizar de maneira integral.

As mercadorias devem cumprir com as exigências do Regime de Origem do acordo, a fim de serem consideradas originárias do país onde foi realizado o seu processo produtivo ou sua obtenção, independentemente se nesse processo foram empregados insumos importados.

Normalmente, os acordos comerciais definem dois tipos de mercadorias que podem ser consideradas como originárias: (i) os bens totalmente obtidos ou produzidos em um ou mais países-membros; (ii) os bens que utilizam algum tipo de insumo importado e que cumprem com o Regime de Origem do acordo.

As Regras Gerais estabelecem um princípio de determinação de origem aplicável a todos os produtos negociados, exceto para aquelas mercadorias para as quais os países-membros queiram estabelecer uma exigência distinta, que são as Regras Específicas.

As Regras Gerais e as Regras Específicas de origem formam o conjunto de normas, que incluem os critérios, exigências e obrigações, que regulam a aplicação e o acesso aos benefícios estabelecidos por cada acordo comercial. Nesse conjunto de normas, critérios, exigências e obrigações, onde precisamos observar:

1. O que são mercadorias totalmente obtidas?

São bens originários por excelência, que foram totalmente obtidos no território dos países-membros do

acordo. Em geral são produtos da natureza e a sua definição se dá por meio de uma enumeração. Entre eles se encontram os produtos agropecuários, produtos de caça ou captura, minerais e metais extraídos no território dos países-membros, produtos de pesca, etc, podendo contar com simplificados processos de produção.

2. O que são mercadorias integralmente elaboradas ou totalmente produzidas?

São mercadorias que se elaboram única e exclusivamente a partir de produtos totalmente obtidos no território dos países-membros do acordo. Os produtos totalmente produzidos ou integralmente elaborados resultam de um ou vários processos produtivos de complexidade variável que cumprem com a condição de não utilizar qualquer insumo não-originário.

3. Uma mercadoria pode ser considerada como originária mesmo quando produzida com materiais não-originários? Como?

Sim, desde que essas mercadorias, elaboradas total ou parcialmente com insumos de países de fora dos países-membros do acordo, cumpram com as Regras de Origem estabelecidas. De uma maneira geral, as Regras de Origem determinam quais insumos não-originários podem ser utilizados e/ou os processos de transformação que os mesmos devem experimentar para que a mercadoria final alcance a condição de originária.

4. O que é transformação substancial?

A transformação substancial não é um critério propriamente dito, mas um conceito genérico que define que os insumos não-originários experimentem uma modificação significativa, de tal sorte que lhes confirmem uma nova identidade. Dessa forma, o produto resultante dessa transformação poderá ser considerado originário.

As formas de definir a transformação substancial podem ser: (i) mudança de classificação tarifária (ou salto tarifário); (ii) valor de conteúdo regional; e (iii) requisitos específicos de origem.

5. O que é salto tarifário? Qual a sua importância para definir origem?

O critério de mudança de classificação tarifária, ou salto tarifário, pode ser utilizado em todos os níveis de abertura da nomenclatura tarifária. Esse critério determina que, para a mercadoria ser considerada originária, deve estar em uma classificação tarifária distinta e superior daquelas dos insumos não-originários.

Aqui é importante esclarecer que toda mercadoria tem uma classificação tarifária, atualmente seguindo o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, geralmente denominado “Sistema Harmonizado” ou simplesmente “SH”, que é uma nomenclatura internacional de classificação de mercadorias, baseado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições.

O SH compreende 5.019 grupos ou categorias distintas de mercadorias, em 97 Capítulos, identificadas

por um sistema de códigos com 6 dígitos, organizados em uma estrutura lógica e apoiados por regras bem definidas para obter uma classificação uniforme.

A composição dos códigos do SH, formado por 6 dígitos, adotada por todos os países, permite que sejam atendidas as especificidades dos produtos, tais como origem, matéria constitutiva e aplicação, em um ordenamento numérico lógico, crescente e de acordo com o nível de sofisticação das mercadorias. Os dois primeiros dígitos indicam o Capítulo. Dentro do Capítulo, a Posição é identificada pelos quatro primeiros dígitos e a Subposição é composta pelo quinto e sexto dígitos.

Como as mercadorias estão ordenadas de forma progressiva, de acordo com o seu grau de elaboração, principiando pelos Animais Vivos e terminando com as Obras de Arte, passando por matérias-primas e produtos semi-elaborados, quanto maior a elaboração da mercadoria, mais elevado é o número do Capítulo/Posição/Subposição em que ela será classificada.

Assim, para considerar que houve agregação de valor em uma mercadoria, a regra de origem pode ser de salto de Capítulo, salto de Posição ou salto de Subposição.

6. Critério de valor de conteúdo regional? Qual é a regra para mensurar esse critério de valor?

O critério de valor de conteúdo regional define a origem da mercadoria com base na participação dos insumos dos países-membros no valor agregado da mercadoria final. Este critério procura estabelecer a

participação dos processos realizados no território dos países-membros sobre o valor final da mercadoria.

Alguns acordos chamam esse critério de valor de conteúdo ou de valor de conteúdo regional (VCR) ou índice de conteúdo regional (ICR). São o mesmo conceito, que é a participação das mercadorias originárias dos países-membros do acordo, razão pela qual alguns acordos empregam o termo “regional” porque no valor agregado podem ser considerados os insumos de qualquer um dos países-membros do acordo, em processo de acumulação de origem.

Existem múltiplas fórmulas de cálculo para determinar o conteúdo regional, que são definidas no acordo, diretas ou indiretas, com a finalidade de determinar o valor que representam os componentes originários e não-originários no valor da mercadoria.

Todas as fórmulas propostas identificam os insumos como o principal componente para a determinação de origem da mercadoria e seu peso relativo no valor desta. A maioria dos métodos de cálculo também consideram, em maior ou menor medida, o restante dos custos empregados na produção da mercadoria. As fórmulas podem ser decorrentes da comparação do valor CIF dos insumos importados com o valor FOB da mercadoria exportada ou de um valor agregado dentro da fábrica (ex-fábrica), entre outros.

7. O que são os Requisitos Específicos de Origem?

Para algumas mercadorias mais sensíveis, os países-membros de um acordo determinam o

cumprimento de Requisitos Específicos de Origem (REOs), que são exceções à regra geral e sempre prevalecem sobre estas.

As regras específicas são exigências determinadas para cada mercadoria, as quais podem ser similares a de outros produtos negociados ou não. Normalmente, os Requisitos Específicos de Origem são dispostos em um anexo ao acordo.

Os REOs podem definir algumas linhas tarifárias sujeitas ao cumprimento de processos produtivos básicos ou exigência de que uma determinada matéria-prima seja originária dos países-membros. Mas há casos também de que o REO possa ser uma combinação cumulativa de regras gerais, de cumprir com mudança de posição tarifária e também o percentual de valor de conteúdo regional.

8. Quais operações não conferem origem?

Algumas operações, apesar de implicarem em salto tarifário da mercadoria ou cumprir o valor de conteúdo regional, são chamadas de “operações mínimas” e não são consideradas suficientemente importantes para conferir origem às mercadorias. Como por exemplo: envases e embalagens, montagens ou ensamblagens, fracionamento em lotes ou volumes, jogos e sortidos, simples diluição em água, etc. O Regime de Origem dos acordos normalmente identifica tais operações mínimas que não conferem origem.

Os Regimes de Origem costumam incluir cláusulas específicas para tratar de envases e material de

embalagem e, geralmente, esse tipo de insumo não é levado em conta na determinação de origem da mercadoria.

Os jogos e sortidos são bens que podem ser comercializados conjuntamente, constituindo um conjunto de mercadorias de uma mesma gama ou que podem ser complementares em seu uso, como, por exemplo: kit de ferramentas, conjuntos de cama e mesa ou estojos de lápis, lapiseiras e canetas. Podem ser classificados em posições tarifárias distintas, mas a simples atividade de confecção de um jogo ou sortido por si só não confere origem.

De uma maneira geral, os acordos estabelecem que todos os bens que compõem um jogo devem ser originários, ou seja, cada um individualmente deve cumprir com a sua Regra de Origem específica, mas alguns permitem flexibilidades, que pode ser um percentual de valor não-originário. C

Além dos conceitos e critérios aqui abordados, existem outros que trazem maiores complexidade devido aos novos formatos de produção e comercialização de bens e serviços no comércio global.

São os requisitos produtivos, certos procedimentos de comercialização, de trânsito e de transbordo, condições adicionais na determinação da origem da mercadoria, “de minimis”, acumulação de origem, materiais fungíveis, materiais indiretos e materiais intermediários.

Assim, podemos observar que o Regime de Origem é dinâmico ao longo do tempo, visto que vários fatores externos influenciam em mudanças constantes dos

critérios e conceitos, o que o torna um instrumento de política comercial essencial hoje para o futuro.

Agenda para Investimentos em Infraestrutura e o PL de Debêntures de Infraestrutura &

*Katia Rocha**

Há consenso que a infraestrutura Brasileira, insuficiente em termos de estoque e qualidade, representa uma das principais barreiras à produtividade e ao crescimento econômico e social do país¹. Apesar de diversos programas nacionais ao longo do tempo, o Brasil falhou em aumentar sua taxa de investimento em infraestrutura, nem tampouco melhorar a qualidade da mesma, resultando em uma lacuna significativa de infraestrutura seja medida em termos do estoque de capital físico, seja pela percepção qualitativa do serviço.

Na última década, o volume médio de recursos investidos no setor alcançou 1.80% PIB ano¹, situando-se

& As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade da autora, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Ipea.

* Pesquisadora do IPEA. E-mail: katia.rocha@ipea.gov.br

¹ As relações entre infraestrutura e crescimento são bem documentadas na literatura econômica e incluem impactos no desenvolvimento, criação de empregos, acesso ao mercado, saúde e educação e redução da pobreza e desigualdade. Maiores detalhes em: Calderón e Servén 2004, 2010; Estache, Foster e Wodon (2002).

¹ Referimos ao total de investimentos, público e privado, nos setores de energia elétrica, gás natural, transportes (rodovias, aeroportos,

bem abaixo da meta estimada de 4% PIB ano, para um crescimento sustentável².

O investimento público respondeu por apenas 0.7% PIB ao ano³. Tal valor situa-se abaixo da média de diversos pares emergentes (Peru 2.8%, Chile 2.2%, Colômbia 2%, Uruguai 1.8%, México 1.1%)⁴, o que, claramente, justifica a relevância do atual debate sobre a preservação do investimento público num ambiente de ajuste fiscal⁵.

A boa notícia refere-se a participação dos investimentos privados, que, de certa forma, supriu uma parcela considerável dessa lacuna, com volumes da ordem de 1.1% do PIB ano em média. Segundo dados do Banco Mundial⁶, o Brasil figura, há tempos, entre os três primeiros lugares, seja em volume de recursos alocados em CAPEX ou em números de projetos, ao lado da China e Índia. Dessa forma, a participação privada se estabelece

portos e ferrovias), água e esgoto. Dados provenientes do banco de dados Infralatam e PPI Banco Mundial

² Raiser et al (2017), Serebrisky et al (2015), Fay et al (2017), Frischtak e Mourão (2017)

³ Dados disponíveis em Infracatam <http://infracatam.info/en/home/> relativo a media entre 2008 e 2019.

⁴ Dados disponíveis em Infracatam <http://infracatam.info/en/home/>.

⁵ Ver Ardanaz et al. (2021).

⁶ A base de dados Private Participation in Infrastructure – PPI monitora os volumes financeiros de CAPEX e números de projetos com controlador privado em diversos setores de infraestrutura em 124 economias emergentes de baixa e média renda, desde a década de 90. Disponível em <https://ppi.worldbank.org/en/ppi>

como forte aliada e uma importante fonte de recursos de longo prazo para o setor de infraestrutura nas próximas décadas.

O desafio requer ação simultânea e agenda baseada em quatro frentes: equilíbrio macroeconômico, arcabouço regulatório, planejamento institucional e políticas de financiamento.

A primeira frente sobre equilíbrio macroeconômico é condição básica para efetividade de qualquer programa de governo, em especial, no setor de infraestrutura, onde o usuário final, em última instância, financia os serviços via tarifas indexadas a inflação. Em um ambiente de inflação elevada, a reboque de uma pandemia global, é relevante endereçar prontamente essa questão, sem, no entanto, comprometer a segurança jurídica dos contratos, nem onerar usuários, via serviços mais caros ou ineficientes no futuro.

A segunda frente sobre arcabouço regulatório abrange o fortalecimento constante das agências reguladoras, com autonomia, independência decisória, administrativa e financeira. Busca-se alcançar maturidade regulatória, transparência e segurança jurídica, baseadas em pilares técnicos e nas melhores práticas internacionais. Evidências recentes sugerem maior protagonismo do arcabouço e maturidade regulatória como pré-requisito para a alocação de capital privado no setor de infraestrutura nas economias emergentes, movimento evidenciado, principalmente, após a crise financeira global

de 2008⁷. Como implicação, o pilar Regulatório é, atualmente, visto como “complementar”, de fato, às políticas macroeconômicas e fiscais.

A terceira frente sobre aprimoramentos no planejamento institucional reforça o papel das Parcerias Público Privadas (PPPs) no desenvolvimento estratégico de longo prazo e plano nacional de infraestrutura, incentivando maior integração dos projetos com as prioridades de políticas públicas do governo. Nesse segmento, estruturas nos moldes do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), na qualificação, estruturação, e execução dos projetos com participação de ministérios setoriais, agências reguladoras e órgãos de controle são fundamentais.

Finalmente, a quarta frente relaciona-se a estruturas de financiamentos dos projetos, e abrange questões sobre desenvolvimento e ampliação do mercado de títulos corporativos, em especial, das debêntures de infraestrutura, aumento da base de investidores, incluindo tópicos sobre emissões internacionais, incentivos fiscais e estímulos a investidores institucionais e estrangeiros, desenvolvimento da infraestrutura como uma classe de ativos financeiros, financiamento via modelos *project finance*, aperfeiçoamentos do sistema de garantias nas fases pré-operacionais e mecanismos de proteção a credores quanto à repactuação de contratos de concessão e transferência de controle.

⁷ Rocha, K. (2020). Investimentos Privados em Infraestrutura nas Economias Emergentes: a importância do ambiente regulatório na atração de investimentos. Texto para Discussão 2584. IPEA.

Todas as quatro frentes, acima descritas, são determinantes para alavancar investimentos no setor, perseguindo eficiência e qualidade. A seguir, ilustramos como a iniciativa em curso – o PL de debêntures de infraestrutura – pode reforçar essa agenda.

O PL Debêntures de Infraestrutura e o Mercado de Dívida Corporativa

O fortalecimento do mercado de títulos corporativos não financeiros, também conhecido como mercado de dívida corporativa, é fundamental para toda a Economia. Permite a alocação eficiente de capital para financiamento de empresas, facilita o financiamento de toda uma cadeia de projetos de longo prazo, incluindo os de infraestrutura. Melhora a disciplina e saúde dos balanços das empresas, possibilita precificação eficiente do risco de crédito, diversificação de investidores institucionais e pessoas físicas, promove inclusão das Pequenas e Médias Empresas e estimula a inovação de instrumentos financeiros, ampliando a eficiência e estabilidade de todo sistema financeiro nacional.

A crise financeira global de 2008 destacou a necessidade de reduzir o domínio do sistema bancário no financiamento do setor corporativo, desenvolvendo o mercado de títulos corporativos, visto como elemento estabilizador em períodos de crise. Desde então esse mercado teve expressivo crescimento mundial.

No Brasil, o mercado brasileiro de dívida corporativa é composto de instrumentos como debêntures (incentivadas e não incentivadas), certificados de recebíveis imobiliários (CRI), certificados de recebíveis

do agronegócio (CRA) e notas promissórias. Configura-se como importante fonte de recursos para as companhias brasileiras⁸, tendo expandido de 6% do PIB em 2010 para 9% do PIB em 2022, segundo dados do International Settlements (BIS).

Mercado Global Dívida Corporativa – Emissão Local e Internacional

	Estoque Dívida Corporativa (Emissão Local e Internacional)	Estoque Dívida Corporativa (Emissão Internacional)
	% PIB	% PIB
Argentina	4%	3%
Brasil	9%	2%
Canadá	29%	15%
Chile	25%	21%
China	28%	0%
Colômbia	7%	7%
França	27%	13%
Alemanha	6%	7%
Índia	1%	1%
Indonésia	5%	4%
Itália	9%	9%
Japão	18%	3%
Malásia	52%	2%
México	16%	13%
Peru	9%	8%
Portugal	16%	4%
Rússia	8%	1%
África do Sul	7%	2%
Espanha	11%	5%
Turquia	2%	1%
Estados Unidos	32%	4%
Emergentes	12%	4%
OCDE	13%	8%

Fonte: Elaboração Própria a partir de dados do Bank for International Settlements

⁸ Maiores detalhes podem ser encontrados em CVM (2018).

A Tabela apresenta o panorama global desse mercado para alguns países em 2022 a partir de dados do BIS⁹, onde podemos inferir espaços para crescimento.

Pela tabela, observamos que a proporção dos títulos corporativos não financeiros no Brasil de 9% do PIB (USD 149 Bilhões) situa-se abaixo da média de 13% da OCDE e de 12% dos países emergentes, o que sugere haver espaço para crescimentos nesse segmento¹⁰. Quanto às emissões internacionais, o volume de emitido pelo Brasil é de apenas 2% do PIB, bem abaixo da média de 8% do PIB da OCDE ou dos países emergentes, sugerindo maior espaço para colocação internacional.

Nesse sentido, o Projeto de Lei das Debêntures de Infraestrutura (PL 2.646/2020), aprovado em 2021 na Câmara de Deputados, mas ainda em tramitação no Senado, pode ser de alta valia para alcançarmos os patamares globais. Propõe a criação de nova categoria de títulos de captação de recursos financeiros, as chamadas

⁹ Dados compilados para setembro de 2022 pelo Bank for International Settlements – BIS. Incluem títulos de dívida total (TDS) e os títulos da dívida local (DDS) reportados pelas autoridades nacionais, e títulos da dívida internacional (IDS) definidos e compilados pelo BIS a partir de fontes de dados comerciais. Disponível em <https://stats.bis.org/statx/srs/table/c1?p=20223&c=>

¹⁰ Inferências devem ter em mente o efeito deslocamento (crowding out), no qual o mercado de títulos públicos (financiamento do governo) impõe limites a aumentos no mercado de dívida corporativa

debêntures de infraestrutura, ampliando as possibilidades de financiamento para projetos de infraestrutura no Brasil.

Pode ser visto como complementar a Lei de Debêntures Incentivadas (Lei nº 12.431, de 2011), que ampliou e estabeleceu o mercado de capital como importante fonte de recursos de longo prazo. Enquanto a iniciativa de debêntures incentivadas buscou atrair pessoas físicas com incentivos fiscais como isenção de tributação no imposto de renda, as debêntures de infraestrutura têm por objetivo a atração de investidores institucionais e estrangeiros por mecanismos de incentivos tributários, indexação cambial entre outros.

As debêntures incentivadas foram, e continuam sendo, essenciais no financiamento de projetos de longo prazo no setor de infraestrutura e no próprio desenvolvimento do mercado de capital Brasileiro. O volume desse mercado aumentou, sensivelmente, a partir da nova dinâmica do papel de financiamento do BNDES após 2016, alcançando estoque atual de R\$ 211 bilhões¹¹. Tal montante corresponde a cerca de 27% do mercado total de dívida corporativa (USD 149 Bilhões) e a 2% do mercado de renda fixa no Brasil (USD 2.3 Trilhões). No entanto, a participação de investidores institucionais nas debêntures incentivadas segue baixa – menos de 4% do total da distribuição desde 2012 – incluindo seguradoras, entidades de previdência privada e investidores estrangeiros. Em 2022, a participação dos institucionais e

¹¹ Estoque de dezembro de 2022 segundo SPE (2022).

estrangeiros foi praticamente nula – 0.4% do total distribuído¹².

Nesse sentido, o PL de debêntures de infraestrutura se justifica ao buscar incentivar a participação desses institucionais. A classe de ativos do segmento infraestrutura possui características desejáveis a esses investidores. A sua baixa correlação com ativos tradicionais gera oportunidades de diversificação. A estabilidade temporal dos fluxos de caixa pode fornecer hedge e *funding* à longa duração do passivo dos fundos de pensões ou seguradoras, em especial, do segmento de vida. Retornos justos e atrativos a longo prazo proveniente de receitas de tarifas, sujeitas a revisão e reajustes periódicos, fornece proteção contra inflação e ciclo econômico ao longo do tempo.

A iniciativa fortalece, portanto, a agenda de financiamento e desenvolvimento da infraestrutura como classe de ativos financeiros, e se apresenta como uma importante fonte potencial de recursos de longo prazo para o setor no Brasil.

Referências bibliográficas

Calderón C., Servén L., 2010, 'Infrastructure in Latin America', World Bank Policy Research Working Paper No 5317.

¹² Dados disponíveis em <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-de-debentures-incentivadas>

Calderón, C., Servén L., 2004, 'The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution', World Bank Policy Research Working Paper No 3400.

CVM (2018). O mercado de dívida corporativa no Brasil: Uma análise dos desafios e propostas para seu desenvolvimento. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/serieshistoricas/estudos/anexos/estudo_cvm_mercado_de_divida_corporativa_no_Brasil.pdf

Estache, A.; Foster, V.; Wodon, Q. (2002): Accounting for Poverty in Infrastructure Reform: Learning from Latin America's Experience. WBI Development Studies, Washington, DC: The World Bank

Fay, M.; Andres, L.A.; Fox, C.; Narloch, U.; Straub, S.; Slawson, M. (2017). Rethinking Infrastructure in Latin America and the Caribbean Spending Better to Achieve More

Frischtak, C.; Mourão, J. (2017). Uma Estimativa do Estoque de Capital de Infraestrutura no Brasil. Desafios da Nação – artigos de apoio volume 1. IPEA, 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol1_cap02.pdf

Global Infrastructure Outlook. (2022). Forecasting infrastructure investment needs and gaps. Disponível em: <https://outlook.gihub.org/>

Infralatam – Public Investment in Economic Infrastructure: Evolution by Country and Sector. Disponível em: <http://infralatam.info/en/home/>

Raiser, M.; Clarke, R.; Procee, P.; Briceno-Garmendia, C.; Kikoni, E.; J. Kizito; Vinuela, L. (2017). Back to Planning: How to Close Brazil's Infrastructure Gap in Times of Austerity. World Bank Group. 2017.

Rocha, K. (2020). Investimentos Privados em Infraestrutura nas Economias Emergentes: a importância do ambiente regulatório na atração de investimentos. Texto para Discussão 2584. IPEA. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10217/1/td_2584.pdf

Serebrisky, Tomás, Ancor Suárez-Alemán, Diego Margot, and Maria Cecilia Ramirez. (2015). Financing Infrastructure in Latin America and the Caribbean: How, How Much and by Whom? IDB (Inter-American Development Bank), Washington, D.C. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Infrastructure%20Financing.%20Definitivo.pdf?sequence=1>.

SPE (2022). Boletim de Debêntures Incentivadas. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-de-debentures-incentivadas>

Quando uma atuação concertada entre concorrentes não é considerada cartel

Kemil Raje Jarude

Como se sabe, o Cartel é considerado a conduta mais nociva em termos concorrenciais e que pressupõe o acordo entre rivais para o controle da oferta por meio de acordo de preços. Entretanto, nem todo acordo entre rivais pode ser considerado prejudicial à concorrência. Por exemplo, consórcios são um mecanismo importante para a consecução de projetos de grande monta ou complexidade, permitindo a oferta de produtos ou serviços em maior escala ou com preços mais competitivos por conta do aumento de eficiências.

Além disso, a criação de associações permite o desenvolvimento de tecnologias que dão condições de interoperabilidade que ajudam a reduzir custos e ampliar o acesso a tecnologias. Exemplo disso é o Bluetooth, administrado pelo Bluetooth Special Interest Group e que conta com mais de 35 mil empresas associadas.

Todavia, há casos em que empresas que estejam agindo licitamente em conjunto acabem por incorrer em condutas que possam ter efeitos negativos à concorrência. Tais condutas decorrem do comportamento ilícito desse agente econômico que age sob bases lícitas, ocasionando prejuízos ao mercado.

No ano de 2022, o CADE julgou dois casos interessantes que exemplificam esse tipo de situação. O intuito do artigo é mostrar como o fato de ter a permissão

legal para agir economicamente com outros concorrentes não mitiga, por si só, o risco de eventual conduta ilícita do ponto de vista concorrencial. Os dois casos a seguir são complexos e exigiram fôlego de nossa competente autoridade antitruste, no que buscarei focar nos elementos que levaram aos problemas debatidos e os principais critérios de análise do CADE para a tomada de decisão.

Caso British Telecom – Correios: Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02

O caso

Na 196ª Sessão Ordinária de Julgamento foi apreciado o caso oriundo de uma representação da British Telecom (BT) em face de Claro, Oi e Telefônica. Em linhas gerais, o imbróglio envolvia a concorrência pelo Pregão nº 144/2015 que tinha por objeto a contratação de serviços de telecomunicação na modalidade SCM (Serviços de Comunicação Multimídia) para interligar diversas agências dos Correios por todo o país pelo prazo de 5 anos.

A BT era a então fornecedora desse serviço para os Correios, mas diante do encerramento do prazo do contrato anterior, um novo certame foi realizado por meio do Pregão nº 144/2015. Porém, nessa concorrência viu a formação de um competidor composto de Claro e uma de suas subsidiárias, Oi e Telefônica.

Análise da SG/CADE

Conforme indica o anexo da Nota Técnica nº 33/2017¹, de forma resumida, Claro, Oi e Telefônica detinham a infraestrutura necessária para o oferecimento do serviço objeto do Pregão 144/2015. A BT ao buscar contratar tal infraestrutura para participar do certame enfrentou as seguintes situações:

Claro: A empresa não teria respondido aos pedidos de orçamento enviados pela BT², dando indício de recusa de contratar.

Telefônica: Esta não teria permitido a contratação de sua “rede especializada”, ofertando acesso apenas a sua “rede regular”³. O que se demonstrou é que a “rede regular” tinha um valor 7 vezes maior que o preço da “rede especializada”, reduzindo o poder competitivo da BT.

Oi: A empresa não teria mantido a linearidade da relação preço/volume do que fora oferecido ao Consórcio em comparação ao oferecido à BT⁴, reduzindo a capacidade competitiva da BT no certame.

Em resumo, segundo apurado pela Superintendência-Geral do CADE, a Claro teria praticado recusa de contratar na medida em que era detentora de um insumo considerado essencial para que a BT pudesse ter condições de competitividade no certame. Além disso, Telefônica e Oi, também detentoras de tal estrutura considerada essencial, ofereceram preços para a BT a

¹ Vide SEI 0378893 no PA nº 08700.011835/2015-02

² Idem. p.35.

³ Idem. p.37.

⁴ Idem. p. 50.

maior do que os ofertados para o consórcio em que elas mesmo integravam de modo a favorecerem a si mesmas em detrimento da BT na disputa pela prestação de serviços aos Correios no certâmen em questão. Ou seja, as condutas identificadas foram (i) recusa de contratar e (ii) discriminação de preços com intuito de excluir concorrentes.

Quanto a essas duas condutas, é interessante notar que o Anexo da Nota Técnica nº 33/2017 conclui que tais condutas foram praticadas tanto de forma unilateral quanto de forma coordenada.

Nesse sentido, para análise da ilicitude de uma dada conduta, seja ela unilateral ou coordenada, é preciso que se verifique a existência de 3 elementos⁵:

- (i) Detenção de poder de mercado por parte da investigada;
- (ii) Potencialidade de danos significativos à concorrência no mercado da representante e;
- (iii) Existência ou não de justificativas objetivas.

Ainda, interessante notar também o enquadramento legal dado para as condutas unilaterais e coordenadas do caso em questão de acordo com o rol expostos nos incisos da Lei 12529/11, Art. 36, §3º.

Condutas unilaterais:

⁵ Idem p. 31.

Inciso III - Limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado;

Inciso IV - Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Inciso V - Impedir acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuições

Inciso X – Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços e condições operacionais de venda ou prestação de serviço;

Inciso XI - Recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Condutas coordenadas:

Inciso I - Acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a - preços de bens ou serviços ofertados individualmente, d - preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações pública;

Inciso III - Limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado.

Opinião do Tribunal

O caso foi encaminhado para o Tribunal do Cade pelo Despacho de encerramento da SG de 05 de março de 2021. A Conselheira Paula Farani foi sorteada relatora do caso e o tribunal acompanhou por unanimidade a sua decisão de condenação de Claro, Oi e Telefônica pelas condutas unilaterais e coordenadas.

No voto da Conselheira Farani, há uma distinção importante entre conduta coordenada e cartel, dissipando a confusão entre os dois tipos que acompanhou o processo, como transcrito a seguir:

“Trata-se, portanto, de uma conduta com efeitos semelhantes a um cartel, uma vez que restringe a concorrência horizontal e os rivais agem de forma coordenada, embora com este não se confunda. Para esclarecer a diferença deste tipo de conduta concertada em relação a carteis, ao mesmo tempo que se ressalta os riscos concorrenciais que lhes são associados, transcrevo trecho de guia elaborado pela Federal Trade Commission, dos Estados Unidos:

‘A fim de competir em mercados modernos, os concorrentes por vezes precisam de colaboração. As forças competitivas estão guiando as empresas em direção a colaborações complexas para alcançar objetivos tais como a expansão para mercados estrangeiros, o financiamento de dispendiosos esforços de inovação, e a redução dos custos de produção e outros.

No ambiente de mercado atual, os concorrentes interagem de muitas maneiras, através de associações comerciais, grupos profissionais, joint ventures, organizações que estabelecem padrões, e outros grupos

industriais. Tais relações são frequentemente não apenas competitivamente benignas, mas também pró-competitivos. Mas existem riscos concorrenciais quando concorrentes interagem a tal ponto que já não agem independentemente, ou quando a colaboração dá aos concorrentes a capacidade de exercer o poder de mercado em conjunto.

Para os acordos de não competição, tais como fixação de preços, manipulação de propostas em licitações e divisão de mercado, as regras são claras. Os tribunais decidiram há muitos anos que essas práticas são tão intrinsecamente prejudiciais para os consumidores, que elas serão sempre ilegais, as chamadas violações per se. Para outros acordos entre concorrentes, as regras não são tão claras e definidas e frequentemente exigem uma investigação intensiva sobre o propósito e os efeitos da colaboração, incluindo quaisquer justificativas comerciais. Os aplicadores da lei devem perguntar: qual é a finalidade e o efeito dos acordos entre concorrentes? Eles restringem a concorrência ou promovem eficiência?⁶(Grifou-se)”

Dois elementos chamam a atenção nesse trecho. Primeiro, o critério da institucionalidade como diferenciador de um cartel clássico e de condutas coordenadas. Além disso, o exercício de poder de

⁶ Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors>. Acesso em 15 de fevereiro de 2022. Apud Voto Conselheira Paula Farani no PA nº 08700.011835/2015-02. (SEI 1024583)

mercado decorrente da colaboração com bases lícitas parece também auxiliar nessa distinção, pois no cartel clássico o exercício de poder de mercado seria decorrente de uma colaboração ilícita. Em outras palavras, fazer um consórcio para participação em uma licitação é lícito, embora tenha que se tomar o devido cuidado para que sua atuação não incorra em eventual abuso de poder de mercado, que pode ou não se originar do consórcio. Já em um cartel, o conluio é per se ilícito, caso se comprove a sua existência.

Para analisar se o consórcio formado teria ou não uma justificativa no sentido de fomentar a competição, a Conselheira Farani se valeu do critério apresentado pela OCDE para a aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações.

De acordo com tal critério, consórcios em licitações teriam efeitos pró-competitivos quando:

- “(i) Os fornecedores são ativos em mercados distintos;
- (ii) Os participantes de um consórcio oferecem um serviço integrado único que não poderia ser oferecido de maneira independente;
- (iii) Dois ou mais fornecedores ativos em diferentes áreas geográficas apresentam propostas que atendem a todo o território contratual, gerando eficiências;
- (iv) Dois ou mais fornecedores combinam capacidades para atender a contratos

amplos que não poderiam ser atendidos individualmente;⁷”

Ao contrário, consórcios podem ter efeitos concorrenciais quando observadas os seguintes elementos:

“(i) Cada uma das empresas possui recursos econômicos, financeiros e técnicos para atender ao contrato individualmente;

(ii) O consórcio é formado pelos maiores concorrentes no mercado relevante;

(iii) O consórcio não gera eficiências ou as eficiências não são repassadas para os compradores em termos de redução de preços, maior qualidade ou melhor entrega;

(iv) O consórcio permite que os membros troquem informações entre si que pode prejudicar a concorrência em contratações futuras.⁸”

⁷ Vide OCDE (2021), Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais. p. 62. Disponível em: < <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-publicprocurement>. Htm > Apud idem.

⁸ Idem.

Partindo dessas referências, então ao Conselheira Farani extrai a seguinte regra para analisar a eventual natureza competitiva do consórcio em análise, que seria: **“(i) a complementariedade de atuação, seja de produto ou geográfico; ou (ii) capacidade insuficiente para atender integralmente o contrato.”** (grifos nossos)

Nesse sentido, o que a Conselheira conclui é que Claro e Oi teriam condições de atender praticamente todo o território nacional, apresentando uma sobreposição quase completa em termos de oferta de serviço SCM. Dessa forma, haveria complementariedade apenas entre as redes da Telefônica com a da Oi ou Claro. Assim, Oi e Claro teriam capacidade para atender o contrato de forma isolada, não havendo justificativa para a formação do consórcio¹⁰. Assim, diante das práticas de recusa de contratar e de discriminação de preços com intuito anticompetitivo e da ausência de justificativa economicamente plausível para o consórcio analisado, então é que se conclui pela existência de infração à ordem econômica.

Caso GranPetro - Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27

O caso

Na 205ª Sessão Ordinária de Julgamento foi apreciado o caso oriundo de uma representação da

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

GranPetro em face das empresas que integravam o pool de abastecimento de aeronaves do aeroporto internacional de Guarulhos – SP bem como a própria concessionária que hoje administra o aeroporto.

Tal pool de abastecimento é formado pelas empresas Air BP Brasil Ltda., BR Distribuidora S.A. (hoje denominada Vibra) e Raízen Combustíveis S.A. A controvérsia se dava por conta do interesse da GranPetro em integrar o pool, o que era questionado pelas demais empresas bem como a concessionária do aeroporto.

Análise da SG/CADE

De acordo com a Nota Técnica nº 11/2019, seriam duas as condutas analisadas em concreto:

“a) Recusa de contratar, associada à imposição de dificuldade de acesso à infraestrutura essencial, no Pool de Paulínia/SP, por parte da Raízen; e

b) Imposição de barreiras artificiais à entrada e de dificuldades no acesso a infraestrutura essencial no mercado de QAv no Aeroporto de Guarulhos, por parte das distribuidoras BR, Raízen e Air BP e do GRU Airport.¹¹”

Essas acabam sendo as duas condutas levadas a julgamento pelo Tribunal do CADE posteriormente. De todo modo, a Nota Técnica nº 31/2020 traz um maior

¹¹ Vide SEI 0597389 no PA nº 08700.001831/2014-27.

detalhamento quanto o objeto de investigação. Nesse sentido, indica a NT que 3 seriam os temas de análise da investigação: (i) recusa de contratação, (ii) fechamento de mercado e a (iii) existência de uma *essential facility*¹².

Muito embora a recusa de contratar não seja um conduta anticompetitiva por si só, é importante observar o critério indicado pela NT nº 31/2020 de quando tal comportamento pode ser nocivo: “A conduta é especialmente preocupante quando um agente verticalizado com posição dominante em alguma das etapas da cadeia produtiva se recusa: (i) a ofertar um insumo essencial a um agente no mercado à jusante; ou (ii) a adquirir produtos de um agente no mercado à montante de modo a eliminar a concorrência nesse mercado.¹³”

A seguir, analisando a questão em torno do conceito de *essential facility*, a SG indica o caso MCI Telecommunications Corp. vs AT&T Co. United States, julgado pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia, como referência. Desse caso, “(i) controle da infraestrutura essencial por um monopolista; (ii) impossibilidade de um concorrente duplicar, de modo fático ou razoável, a infraestrutura; (iii) recusa de acesso a um concorrente; e (iv) existência de condições técnicas e econômicas para fornecimento de acesso a concorrentes¹⁴” seriam fatores para determinar a existência de uma *essential facility*.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

Observando esses dois pontos, pode-se perceber que eles se tornam problemáticos na medida em que levam a exclusão de um concorrente, reduzindo a possibilidade de ofertas de bens/serviços no mercado relevante em questão.

A NT nº 31/2020 indicou os seguintes elementos como característicos de uma situação em que há a possibilidade de fechamento de mercado:

- (i) Participação de mercado da empresa integrada à montante;
- (ii) Essencialidade do insumo;
- (iii) Representatividade do valor do insumo no custo total de produção;
- (iv) Nível de diferenciação propiciado pelo insumo; e,
- (v) Custos de troca para recorrer a um fornecedor alternativo - presença de relações de exclusividade ou nível de verticalização de mercado.

Além disso, importante observar a existência de mitigadores:

- (i) Presença de competidores no mercado;
- (ii) Capacidade ociosa por parte dos concorrentes;
- (iii) Nível de qualidade dos insumos alternativos;
- (iv) Baixos custos de troca; e

- (v) Baixa representatividade dos insumos no valor do bem final¹⁵.

Em paralelo, a NT nº 31/2020 também elenca características em termos econômicos que funcionariam como incentivos para um comportamento de fechamento de mercado por um agente econômico:

- (i) Rentabilidade da estratégia;
- (ii) Existência de um trade-off - abre-se mão de receitas em um mercado na expectativa de recuperação em outro mercado;
- (iii) Custo de oportunidade da estratégia - a depender da margem de receitas à montante;
- (iv) Grau de retorno em caso de sucesso da estratégia - a depender da margem de receitas à jusante; e
- (v) Capacidade de promover um desvio da demanda dos concorrentes para a empresa integrada.

Também aqui deve-se considerar os mitigadores:

- (i) Margem elevada à montante - alto custo de oportunidade das vendas recusadas;
- (ii) Baixa margem de lucro à jusante - vale a pena manter vendas para concorrentes; e

¹⁵ Idem.

- (iii) Baixa capacidade de desviar a demanda para a empresa integrada - custo do insumo for pequeno frente ao total do produto ou baixa for a substituíbilidade entre os concorrentes¹⁶.

No caso em questão, a investigação dividiu a análise em duas condutas que viriam a ser analisadas. Dada a complexidade das duas condutas, vamos apenas nos ater a sua denominação genérica, muito embora com as informações aqui dispostas seja possível encontrá-las a posteriori nos autos indicados.

Quanto a Conduta 1, do ponto de vista de critério para analisar a eventual existência de dano, a SG tomou por base os seguintes parâmetros:

- (i) Posição dominante no mercado a montante;
- (ii) Existência de justificativas objetivas e plausíveis para a recusa por parte do fornecedor;
- (iii) Se o objeto da recusa possui substitutos próximos e;
- (iv) Se a recusa de fato é capaz de prejudicar a concorrência no mercado a jusante¹⁷.

Quanto a tais pontos, a NT n°31/2020 conclui que

- (i) havia posição dominante das empresas que

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

compunham o pool; (ii) as justificativas apresentadas para a recusa não seriam plausíveis se não pelo argumento da livre negociação, embora não estivesse alinhado com os termos estabelecidos no Termo de Regulação de Conduta quando da criação da Raízen; (iii) haveria substitutibilidade do objeto da recusa apresentada pela Raízen uma vez que a GranPetro poderia contratar cessão de espaço junto a BR Distribuidora, hoje Vibra. (iv) a SG conclui que a recusa realizada pela Raízen, de todo modo, não teria sido capaz de prejudicar a concorrência no mercado de distribuição de QAv. Portanto, entendeu a SG que não teria havido dano concorrencial em relação a a Conduta 1, sobretudo pela existência de substitutos ao pleito da GranPetro bem como a identificação de que não teria havido prejuízo à concorrência decorrente da recusa da Raízen.

Quanto a Conduta 2, do ponto de vista de critério para analisar a eventual existência de dano, a SG tomou por base os seguintes questionamentos:

- (i) A infraestrutura do Pool de Guarulhos caracteriza-se como uma essencial facility?;
- (ii) O controle da infraestrutura do Pool de Guarulhos à montante concede capacidade aos incumbentes para fechamento do mercado de operações *into plane* das distribuidoras de combustíveis de aviação no Aeroporto de Guarulhos à jusante?
- (iii) A Cláusula 2.2.2 do Contrato CCAIG (Central de Combustíveis do Aeroporto Internacional de Guarulhos – vulgo “*pool*”) tem conteúdo discriminatório e anticoncorrencial?

- (iv) A aplicação da Cláusula 2.2.2 no Contrato CCAIG pelas distribuidoras Representadas à Gran Petro configurou uma barreira artificial à entrada?¹⁸

A Cláusula 2.2.2 do Contrato CCAIG (*pool*) dizia o seguinte:

“2.2.2. Fica acordado entre as partes que, em função dos investimentos a serem feitos pelo CCAIG descritos na cláusula 10.8 e no Anexo II a este contrato, a utilização do Queroduto por terceiros durante a vigência deste contrato dependerá da concordância e autorização das Partes. A autorização do CCAIG será dada mediante (i) disponibilidade de capacidade do Queroduto e (ii) atendimento por parte do terceiro aos requisitos mínimos de natureza operacional, técnica e financeira que permitam a plena utilização do Queroduto conforme os padrões de segurança estabelecido nos padrões nacionais e internacionais.¹⁹”

Pois bem, quanto a Conduta 2 e as premissas estabelecidas como critério para a existência de eventual dano, a SG conclui pelo seguinte:

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem. Nota de Rodapé 32.

- (i) Conduta anticompetitiva identificada: imposição artificial de barreiras à entrada no mercado relevante de comercialização de QAv no Aeroporto de Guarulhos, especificamente na atividade de operação *into plane*;
- (ii) Forma de implementação: o estabelecimento da Cláusula 2.2.2 no Contrato CCAIG, celebrado em 30/04/2013;
- (iii) Período: a partir da celebração do Contrato CCAIG até o momento;
- (iv) Elemento probatório: Contrato CCAIG e análise realizada na presente manifestação pela regra da razão; e
- (v) Autores: GRU Airport, de um lado, e partícipes do CCAIG - Air BP, BR, e Raízen – de outro²⁰.

A conclusão geral que se findou a SG é a de que os critérios abstratos estabelecidos pela cláusula 2.2.2 do CCAIG serviram para um retardamento do ingresso da GranPetro, elevando as barreiras à entrada para a ampliação de concorrentes neste mercado.

Opinião do Tribunal

No Tribunal, o caso foi sorteado para a relatoria do Conselheiro Hoffmann. Dada a complexidade do caso, os próprios órgãos do CADE apresentaram visões divergentes quanto a licitude ou não das condutas

²⁰ Idem.

investigadas, como é possível observar do quadro extraído do voto do Relator Hoffmann²¹:

Representante	Nota Técnica 50	PPE (24 Pares)	PPE (24 Pares)	NPP (24 Pares)	NPP (24 Pares)	DEE
Raimon[4]	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: condenação	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: condenação	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: condenação	- Conduta 1: arquivamento por insuficiência de provas - Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas
Alt BP	Conduta 2: condenação	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas
BR	Conduta 2: condenação	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas
GRU Airport	Conduta 2: condenação	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas	Conduta 2: condenação	Conduta 2: arquivamento por insuficiência de provas

Ademais, o Conselheiro Relator votou pelo arquivo quanto a acusação indicada tanto para a Conduta 1 quanto para a Conduta 2, no que foi acompanhado pela Conselheira Lenisa Prado. Entretanto, o voto do Conselheiro Braido divergiu do apresentado pelo relator sob o argumento de que o impedimento do acesso pela GranPetro ao pool poderia fazer com que a alternativa que lhe restaria, abastecimento por meio de caminhões tanque, colocasse a GranPetro em situação de custo médio mais elevado, causando uma distorção concorrencial a longo prazo, o que desincentivaria a ampliação da competição ocasionado pela abstração da Cláusula 2.2.2 do CCAIG já apresentado acima:

“Em resumo, a indefinição das condições de acesso de novas empresas no condomínio administrador do CCAIG tem como efeito principal impedir a livre entrada de empresas distribuidoras de combustível de aviação. Ainda que se considere a situação hipotética

²¹ Vide Voto Conselheiro Luiz Hoffmann no PA nº 08700.001831/2014-27 (SEI 1136025)

apresentada pelas Representadas, na qual o ingresso de empresa sem acesso à rede de hidrantes seria financeiramente viável, isso dependeria de um aumento nos volumes abastecidos por meio de CTAs no aeroporto, algo que distorceria a alocação ótima de fatores de produção, gerando ineficiência técnica, aumento de custos e subutilização da infraestrutura instalada.

Concluo, dessa forma, que a conduta aqui analisada limita a livre concorrência e a livre iniciativa (art. 36, I). Adicionalmente, no caso das distribuidoras Representadas, esse ato também gera dominância de mercado relevante (art. 36, II) e constitui abuso de posição dominante (art. 36, IV).²²

Por fim, todos os demais, com exceção dos Conselheiros Hoffmann e Prado, votaram pela condenação das representadas empresas do pool e da GRU Airport em decorrência da opinião de que haveria “*imposição de barreiras artificiais à entrada e de dificuldades no acesso a infraestrutura essencial no mercado de QAv no Aeroporto de Guarulhos*” ocasionada pelo comportamento das representadas usando por base a Cláusula 2.2.2 do CCAIG.

Avaliando os três primeiros critérios indicados para análise do caso (recusa de contratar, fechamento de mercado e *essential facility*), o que se percebe é que o critério final de decisão (imposição de barreiras artificiais à

²² Voto do Conselheiro Luis Braidó no PA nº 08700.001831/2014-27 (SEI 1149523)

entrada) foi trazido a uma análise mais aprofundada quando o caso já estava em estágio avançado de análise, o que só reforça a complexidade do caso.

Conclusões

Muitas vezes a chave de análise Conduta Unilateral x Cartel pode dar a impressão (errônea, como vimos) de que a primeira só pode ser realizada por agentes de forma isolada enquanto o segundo apenas por agentes em conjunto. Obviamente, Cartéis exigem mais de uma agente econômico para a sua prática. Entretanto, agentes econômicos quando atuam conjuntamente também podem incorrer nas hipóteses daquilo que se denomina por Condutas Unilaterais, sendo denominadas, como indicado acima, Condutas Concertadas. Em ambos os casos analisados observamos o envolvimento de bens públicos (como no caso BT) ou vinculados a equipamentos públicos (como é o caso GranPetro vinculado a estrutura do aeroporto de Guarulhos). O que se pode levantar de lição é que nesse tipo de situação o cuidado quanto a condições plenas de concorrência deve ser redobrado, sobretudo no que condiz a entrada de novos agentes ou quando se está de posse de estruturas ou insumos que possam influenciar os custos de seus concorrentes. A beleza do Direito da Concorrência está justamente no exercício de ver com as lentes da economia para se tomar decisões de caráter jurídico e é disso que decorre a necessidade de medir o máximo possível os efeitos das estratégias empresariais de modo que o ótimo não vire inimigo do bom.

20 anos de controle de estruturas no Brasil: o que nos dizem os grandes números?

Lucia Helena Salgado

A estrutura industrial brasileira, construída ao longo das décadas de 1940 a 1970, já nasceu concentrada. Como em outras experiências de industrialização tardia, a experiência brasileira foi impulsionada por forte presença estatal na instalação de plantas com a tecnologia desenvolvida na 2ª Revolução Industrial: nos anos 1940 foram construídas siderúrgicas, metalúrgicas, fabricantes de vidro, cimento, alumínio, grandes plantas geradoras de energia. Nos anos 1950, foi a vez da implantação da indústria de bens de consumo duráveis, com ênfase na indústria automotiva. Nos anos 1970, completando o projeto desenvolvimentista de constituição de um parque industrial doméstico resistente a crises internacionais, grande impulso foi dado à conclusão – em parceria entre capital privado e estatal – do parque de bens intermediários: máquinas e equipamentos (bens de capital), química fina, fertilizantes, defensivos agrícolas, petroquímica. O investimento público em pesquisa e desenvolvimento, redundando em importantes inovações tecnológicas (protagonizadas pela Embraer, o Embrapa, a Petrobras e o bem sucedido programa nacional do álcool, o Proálcool) consolidou por fim uma estrutura indústria complexa, formada predominantemente por oligopólios e monopólios, com a qual o Brasil enfrentou a “década perdida” dos anos 1980, provocada pela crise da dívida

dos países em desenvolvimento (em especial na América Latina).

Os anos 1990 vieram acompanhados de um novo conjunto de convicções sobre o papel do Estado no desenvolvimento econômico, conjunto divulgado sob a alcunha de “Consenso de Washington” segundo o qual a receita para a prosperidade estava na abertura dos mercados nacionais à competição externa, na privatização das empresas estatais, na disciplina fiscal e nas taxas de câmbio flutuantes. Analistas mais sofisticados acentuavam a necessidade de se contar com instituições capazes de garantir a prevalência da concorrência na disciplina dos mercados, para que barreiras retiradas pelo poder público não fossem substituídas por barreiras impostas pelos entes privados.

Conduzida por esse “espírito do tempo”, a intervenção do Estado no Brasil dos anos 1990 mudava de figurino, passando de planejador e produtor para regulador. Nesse movimento, concedeu-se particular ênfase à necessidade de introduzir o impulso da concorrência nos mercados. Para tanto, era preciso encerrar o longo período de controle de preços industriais que de 1968 a 1990 buscou, sem sucesso, disciplinar uma indústria muito concentrada. Resgatou-se o Cade, conselho administrativo que deveria julgar condutas danosas à concorrência, ente público negligenciado durante o período de dirigismo estatal, criou-se uma secretaria especializada no âmbito do ministério da justiça para investigar práticas abusivas¹ e, a partir de meados dos

¹ Lei 8.158/90.

anos 1990, introduziu-se o controle sobre estruturas² – a competência do Cade para autorizar ou não operações de concentração econômica que pudessem causar danos ao processo concorrencial nos mercados.

O controle de processos de concentração econômica tecnicamente corresponde à competência de prevenir o abuso de posições dominantes no mercado, impedindo o estabelecimento de condições e incentivos para tal. A percepção do grau de concentração da indústria brasileira, em seus diferentes segmentos, já levava à decisão do governo militar em 1968 de instituir a sistemática de controle de preços de todos os setores industriais compostos por oligopólios e monopólios³. O controle de estruturas, na forma de exame de atos de concentração – fusões e aquisições –, ao substituir o controle de preços e em sintonia com a abertura comercial, assumiu particular importância naqueles novos tempos de confiança no funcionamento dos mercados, na democracia e na globalização como indicadores do caminho para o desenvolvimento.

Completadas mais de duas décadas desde o final dos anos 1990, cabe indagar dos resultados alcançados pelo instituto do controle de estruturas. Terá alcançado o objetivo de proteger a concorrência? Terá impedido a concentração excessiva de poder econômico? Terá garantido condições para a entrada de novos participantes nos mercados?

² Lei 8.884/94.

³ Decreto n 63.196, de 29/08/1968.

A pesquisa que vimos desenvolvendo⁴ procura responder a essas indagações a partir da compilação e organização dos microdados econômicos disponíveis para acesso público de todos os atos de concentração examinados pelo Cade, destacando o período iniciado em 2000 até 2020. O formidável banco de dados construído estimula a formulação de um sem-número de novas questões de pesquisa; por ora, contudo, procurou-se destacar pontos que os grandes números da análise agregada dos microdados nos revela. Subdividimos as duas décadas nos períodos de 2000 a 2011 e de 2012 a 2020, correspondentes à vigência, respectivamente, das leis 8.884/94 e 12.529/2011. Com isso, podemos desdobrar as questões de pesquisa, indagando se os objetivos que levaram à alteração legal em 2011 – tornar mais eficiente e eficaz a atuação do Cade – foram alcançados.

Entre 2000 e 2011, passaram pelo Cade 6.441 atos de concentração. Desses, 5.813 (90,25%) foram aprovados sem restrição, 13 (2,01%) foram reprovados, 309 (4,8%) foram aprovados sem restrição. Não conhecidos, arquivados ou perderam objeto foram os demais 306 (7,76%).

⁴ Com apoio FAPERJ.

Quadro 1. Atos de concentração examinados entre 2000 e 2011

Tipo de decisão	Quantidade	Proporção (%)
Aprovação sem restrições	5813	90,25
Não conhecimento	216	3,3
Aprovação com restrições	309	4,8
Arquivado	22	3,4
Perda de Objeto	68	1,06
Reprovação	13	2,01
Total	6441	100

Fonte: Cade, elaboração própria.

Durante o período, destaca-se a prevalência do resultado de aprovação sem restrições, de pouco mais de 90% dos casos. Também chama atenção a taxa de intervenção para reprovação de operações de concentração, em torno de 2,0 %, o que representa menos da metade da taxa de intervenção média em países da OCDE no período em análise. A baixa taxa de reprovação de atos de concentração, por apresentarem indícios importantes de dano à concorrência, já era uma característica do exercício da função preventiva em período anterior. Observou-se em análises anteriores,

publicadas em 2004 e 2009⁵, que a taxa de bloqueio de operações no país era significativamente inferior à taxa observada em países da OCDE, da ordem de 5,0%⁶. Após um período inicial de uso rigoroso da lei (entre 1994 e 1996 a taxa de bloqueio de operações foi de 16,67%), entre 1996 e 2000 fez-se uso intenso do recurso a remédios estruturais e comportamentais⁷, permitindo a aprovação com restrições das operações ao tempo em que se buscava afastar os danos potenciais à concorrência gerados pela concentração de posições dominantes nos mercados.

“Parte da explicação para o baixo grau de intervenção estrutural em operações no Brasil está na dificuldade de atuação preventiva do Cade, quando a lei não prevê a análise das operações e estabelece um tortuoso caminho burocrático percorrido pelas operações até que finalmente cheguem ao escrutínio do Conselho.”⁸ (ibid. pp. 14).

⁵ SALGADO, L. H. A Defesa da Concorrência no Brasil: Retrospecto e Perspectivas. In: Fabio Giambiagi; André Urani; José Guilherme Reis. (Org.). Reformas no Brasil: Balanço e Agenda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 359-383 e SALGADO, L. H. Ipea - texto para discussão | 1386 | fev. 2009, pp. 13.

⁶ OCDE 2005 Revisão por pares sobre Legislação e Política de Concorrência, disponível em www.ocde.org

⁷ Que na legislação então vigente denominavam-se compromissos de desempenho.

⁸ Até chegar à mesa para decisão do plenário do Cade, atos de concentração [percorriam] longa trajetória, passando pelo exame por parte da [então] Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) e da [antiga] Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), recebendo ainda

Após anos de discussão envolvendo Executivo e Legislativo, obteve-se consenso em torno dos aspectos que mereciam aprimoramento legal, mudanças institucionais e procedimentais foram incorporadas a lei 12.529/2011, com o fito de garantir maior celeridade à análise dos processos e maior efetividade no controle de estruturas, em virtude de anuência prévia por parte do Cade antes da concretização das operações.

A partir da entrada em vigor da nova lei, a maior parte dos atos de concentração passa a ser analisada exclusivamente pela Superintendência-Geral⁹ e aprovada sem restrições em processos sumários. Cerca de 3% dos atos de concentração foram submetidos a uma análise mais detalhada, sendo encaminhados ao Tribunal quando a análise revelou possibilidade de danos à concorrência. Essa mudança radical no processo decisório respondeu pelo rápido alcance de um dos objetivos almejados com a alteração legal: a rapidez com que decisões passaram a ser entregues ao mercado. O objetivo de reduzir o tempo de análise – sinônimo de eficiência na administração pública – foi plenamente atingido: 85% dos atos de concentração examinados no período de 2012 a 2017 seguiram o procedimento sumário (com a decisão divulgada em até 30 dias da notificação), enquanto menos de 1% dos atos

pareceres da Procuradoria do Cade e do representante do Ministério Público atuando junto ao Cade. (ibdem, nota 8, pp. 14).

⁹ Instância investigatória que substituiu a Secretaria de Direito Econômico na nova lei.

de concentração requereram prazo próximo ao máximo definido em lei (330 dias) para a decisão pelo Cade¹⁰.

Alcançado o objetivo de eficiência na tomada de decisão, com a redução de custos públicos e privados propiciada pela rapidez das decisões, o que dizer da eficácia na defesa da concorrência?

Quadro 2. Atos de concentração examinados entre 2012 e 2020

Tipo de decisão	Quantidade	Proporção (%)
Aprovação sem restrições	3.328	92,65
Não conhecimento	115	3,20
Aprovação com restrições	107	2,97
Arquivado	7	0,20
Perda de Objeto	29	0,81
Reprovação	6	0,17
Total	3.592	100

Fonte: Cade, elaboração própria.

O quadro 2, construído a partir do conjunto completo de atos de concentração submetidos e examinados pelo Cade no período, evidencia a flagrante redução do rigor no exercício da função preventiva do

¹⁰ OCDE 2019 Revisão por pares sobre Legislação e Política de Concorrência, disponível e www.ocde.org

abuso do poder econômico. Anualmente, a autoridade brasileira passou a examinar em média 449 fusões e aquisições, quando no período anterior examinara, em média, 546 atos de concentração. A taxa de reprovação caiu a próximo de zero, 0,17%, contra a proporção já reduzida o período anterior, 2,01% contra uma média histórica de 5,0% de bloqueio de operações com potencial anticompetitivo nas economias avançadas. A proporção de operações aprovadas com restrições (imposição de remédios estruturais ou comportamentais) caiu de 4,8% para 2,97%.

Da observação dessas cifras em agregado, percebe-se que a concentração de poder econômico, já intensa em um parque industrial caracterizado por oligopólios e monopólios, não despertou maior atenção do Cade ao longo dos últimos vinte anos, percepção fortalecida quando se examina o conjunto de operações sujeitas a lei 12.529/2011.

Seguindo na investigação sobre a relação entre concentração econômica e o controle de fusões e aquisições pelo Cade neste século, cruzamos informações financeiras¹¹ das empresas líderes em cada segmento da indústria publicadas em 2022¹² com as operações submetidas por essas empresas e aprovadas pelo Cade entre 2000 e 2020. O quadro 3 apresenta os primeiros resultados dessa investigação.

¹¹ Receita líquida.

¹² Valor 1000 edição 2022 e Exame - Maiores e Melhores, 2022.

Quadro 3: Atos de concentração submetidos por empresas líderes de setores industriais aprovados pelo Cade entre 2000 e 2020

Empresa	Setores industriais	Nº de operações	Posição no ranking 2020..2021	
Vale	Mineração	61	3	3
Gerdau	Metalurgia e Siderurgia	22	11	15
Suzano	Papel e Celulose	26	26	27
Rede D'Or	Serviços de Saúde	37	56	62
Vivo/Telefônica ^s	Tecnologia e Telecom	14	1	1
JBS	Alimentos e Bebidas	22	2	2
Cielo	Serviços Financeiros	10	86	77
Petrobras	Petróleo e Gás	145	1	1
Brasken [@]	Química Petroquímica	62	1	1
LafargeHolcim ^{&}	Materiais de construção e acabamento	14	1	1
Tigre	Plásticos e Borracha	7	178	239
CSN	Siderurgia	20	22	29

Bunge	Agronegócio	59	16	14
Ambev	Bebidas	18	14	12
Assai	Comércio atacadista	6	25	22
São Martinho +	Bioenergia	11	1	1
Cargill	Agronegócio	53	9	10
Copel ⁰	Energia Elétrica	26	1	1
Roche	Farmacêutica e Cosméticos	192	254	20 2
SYN ^{##}	Empreend. Imobiliários	67	1	1
Elecnor ⁺⁺	Construção e Engenharia	6		
Raia- Drogasil	Comércio varejista	15	43	42
Embraer	Veículos e Peças	13	49	43
Weg	Mecânica/Bens de capital	15	46	52
Sul América ^{**}	Seguros	41	2	2
Bradesco [*]	Bancos	38	3	3
Renner	Vestuário	9	97	10 2
Tim	Tecnologia e Telecom	40	63	53

Randon	Veículos e Peças	6	108	148
Fleury#	Serviços Médicos	27	1	1
Total de operações		1082		

Fonte: Valor 1000, edição 2022 e e para fins de conferência de dados:

**Exame - Maiores e Melhores, 2022, elaboração própria.

Obs. \$ categoria tecnologia e telecom. @ categoria química e petroquímica; + categoria bioenergia. ## categoria serviços imobiliários. ++ categoria construção e engenharia. 0 categoria energia elétrica. & categoria materiais de construção e acabamento. *ranking maiores bancos; **maiores seguradoras; # ranking serviços médicos.

O quadro 3 descreve o resultado que encontramos nesta primeira fase da pesquisa: parte importante das operações examinadas pelo Cade ao longo de vinte anos foram operações protagonizadas pelas empresas líderes na indústria em geral e/ou em seus respectivos setores.

Que papel cumpriram essas operações na concentração de poder econômico? Terão essas operações ampliado o poder conglomerado dos grupos econômicos a que pertencem as referidas empresas? Quais os limites ao exercício da função preventiva do abuso de dominância de conglomerados operando em diversos mercados relevantes? A análise de fusões e concentrações pelo Cade tem considerado os efeitos de portfólio e efeitos combinados de operações sucessivas? São questões que a pesquisa em curso procurará responder.

Competition and Inflation, OECD Competition Policy Roundtable Background Note – O que a OCDE tem a dizer sobre a relação entre o Antitruste e a Inflação?

Polyanna Vilanova & Rubens Cantanbede

Em nossa última coluna sobre o assunto¹, indicamos, com base na literatura econômica, que, de fato, há convergência, ao menos nos Estados Unidos, entre as discussões de direito antitruste e controle de inflação. Nesse sentido, as recentes declarações de Joe Biden sobre o combate à inflação estar entre os objetivos de sua política concorrencial não deixam dúvidas acerca de seu intuito, bem como apontam que tal confluência, ao menos nos termos sugeridos por alguns de seus detratores, talvez não fosse infundada.

Contudo, a conexão entre o binômio inflação e concorrência não se circunscreveu aos Estados Unidos, sendo agora também debatido em âmbito supranacional. Assim, em 30 de novembro de 2022, o Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) realizou mesa redonda para discutir concorrência e inflação, do que decorreu um relatório geral da entidade sobre o tema,

¹ Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/10/24/antitruste-e-inflacao-no-brasil-por-vezes-assuntos-diversos-mas-convergentes/>

artigos acadêmicos e contribuições das delegações. Aqui nos concentraremos em referido Relatório.

Logo no início de seu Relatório, intitulado “*Competition and Inflation, OECD Competition Policy Roundtable Background Note*”², a OCDE reconhece que, em que pese já ter recomendado há mais de 50 (cinquenta) anos a estruturação de um vigoroso *enforcement* competitivo como parte das medidas para combate à inflação, com o fim dos ciclos de alta inflação nos países desenvolvidos e sob novo prisma, referida sugestão teria ficado obsoleta, ao menos em relação aos integrantes da OCDE, em períodos mais recentes (p.05).

Contudo, frisa a entidade em seu Relatório, sob o impacto dos altos índices de inflação em 2022, consequência direta do conflito armado entre Rússia e Ucrânia e seus inúmeros desdobramentos econômicos, referida discussão foi retomada, ao mesmo tempo em que emergia o debate mais estrutural sobre se e em que medida as altas taxas de inflação são evidências de possíveis problemas competitivos sistemáticos em vários países (p. 05).

Assim sendo, o Relatório da OCDE buscou endereçar referido impasse por meio de 3 (três) grandes questionamentos: primeiro, qual papel o nível competitivo possui em determinar os níveis de inflação; segundo, sobre o que um cenário inflacionário representa para a política concorrencial e para as autoridades antitruste e,

² OECD. **Competition And Inflation OECD Competition Policy Roundtable Background Note**. 2022. Disponível, em inglês e na íntegra, em: <https://www.oecd.org/competition/competition-and-inflation.htm>

por fim, se tal cenário inflacionário pode gerar riscos e adversidades ao processo competitivo (p.05).

Para explicar os efeitos da concorrência na inflação, a OCDE parte de um exemplo (hipotético) extremo³ no qual uma economia possui apenas um mercado que produz apenas um bem, situação em que a inflação poderia ser mensurada apenas observando as variações de preços do bem em referência. Em tal cenário, o nível de competição afeta o preço na proporção em que as alterações que provoca na curva de oferta e demanda são repassadas ao consumidor hipotético via valor do objeto. Caso o mercado se constitua em um monopólio que resulte em aumento expressivo do bem, tal aumento seria detectado como uma alta de inflação no próximo período. Contudo, se após um tempo o preço continuar estável, ainda que elevado, e não haja mudança na estrutura competitiva do mercado, o índice de inflação para o próximo período seria zero. De agora em diante, no cenário construído, a inflação seria mensurada de acordo com o quanto de aumento de preços o monopolista repassaria aos consumidores.

³ No original: “As an extreme example, consider an economy with just one market which produces a single good. In this world, inflation could be measured simply as the change in prices of this good. Competition would affect the price if its intensity changed or if it affected how changes to supply or demand were passed through to prices. If the market became a monopoly which resulted in a higher price for the good, then this would be seen as inflation in the next period. The period after, prices would not change as there is no change in competition, and thus inflation would return to zero. From now on, inflation will depend on how the monopolist passes on changes in supply and demand to customers (p. 09)”.

Não obstante a aridez e grau alto de abstração do exemplo adotado pela OCDE, dele decorre algumas conclusões que consideramos pertinentes ao direito antitruste. Isto posto, é possível identificar 2 (duas) formas pelas quais os níveis de concorrência podem impactar a inflação. Primeiro, tendo em vista que reduções na concorrência em toda a economia podem ao longo do tempo levar a aumentos subsequentes de preços, do que decorreria processo inflacionário; segundo, quando a competição afetar o funcionamento dos mercados, disso advém aumentos ou diminuições dos níveis de inflação observados (p. 09).

É importante notar, ainda nos termos da argumentação da OCDE, que nem sempre o processo inflacionário é derivado de baixa competitividade. De todo modo, assegurar um ambiente competitivo saudável é importante para o controle da inflação, sendo a política concorrencial mais bem equipada para tratar problemas inflacionários no longo prazo (p. 10).

Em virtude disso, o Relatório dedica um tópico inteiro em relação a preocupações oriundas do arrefecimento da pressão competitiva em diversos países desenvolvidos (e normalmente integrantes da OCDE). Estudos apontam que a margem de lucro das empresas dos Estados Unidos subiram de 21%, em 1980, para 61%, em 2020⁴. Fenômeno similar estaria ocorrendo também no continente europeu, com aumento de lucratividade das

⁴ DE LOECKER, Jan; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. The rise of market power and the macroeconomic implications. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 135, n. 2, p. 561-644, 2020.

empresas obtido às custas de maiores preços repassados aos consumidores⁵.

Mesmo que a redução do nível de concorrência não esclareça sozinho o aumento da inflação observado em países desenvolvidos, há provavelmente relevantes interfaces entre ambos os lados do binômio a serem estudados de modo mais detido. Nesse sentido, elenca a OCDE algumas evidências que sugeririam que o atual aumento da concentração empresarial é fator catalisador a amplificar a gravidade dos processos inflacionários⁶.

Ainda com a OCDE, uma das principais maneiras pelas quais baixos níveis competitivos podem implicar em maiores índices de inflação é a constatação de que em mercados concentrados os custos de choque de preços são mais facilmente repassados aos consumidores (p. 12). Ademais, a inflação também pode impactar negativamente a concorrência ao supostamente facilitar condutas colusivas ao oferecer o disfarce perfeito para que as empresas, implicadas no cartel, alinhem e aumentem os preços juntas⁷.

Referida situação é ainda agravada – escamotear a existência de condutas colusivas – em virtude de processos inflacionários prejudicarem o funcionamento da demanda

⁵ KOLTAY, Gabor; LORINCZ, Szabolcs; VALLETTI, Tommaso M. **Concentration and competition: Evidence from Europe and implications for policy**. 2022.

⁶ BRÄUNING, Falk; FILLAT, Jose L.; JOAQUIM, Gustavo. Cost-price relationships in a concentrated economy. **Available at SSRN 4142715**, 2022.

⁷ Disponível em: <https://thehill.com/business/3564912-inflation-is-providing-cover-for-price-fixing-economists/>

no mercado ao distorcer a habilidade dos consumidores de terem acesso a informações precisas sobre os preços praticados pelos *players* no mercado. Dado as constantes mudanças de preço, associada à redução da pressão competitiva dos fornecedores, cria-se, portanto, o cenário e a tempestade perfeitos para a atuação duradoura de cartéis (p.18-20).

Outrossim, têm-se que, diante do cenário supracitado e recomendado regresso a parte do *toolkit* de 1971, a OCDE aconselha em seu Relatório que as autoridades concorrenciais reforcem suas atuações em face de possíveis práticas restritivas, bem como que adotem medidas mais robustas contra cartelistas ou em face de supostas condutas unilaterais e práticas restritivas envolvendo patentes e licenciamento de patentes. Além disso, sugere que se realize análises regulares da dinâmica de preços em mercados concentrados a fim de referida autoridade poder atuar mais apropriadamente contra aumentos excessivos que fujam da racionalidade econômica. Ainda, defende o aumento do orçamento a disposição da autoridade concorrencial e a adoção de medidas de longo-prazo, incluindo novas legislações antitruste contra diversas formas de conduta anticompetitiva (p. 22; p. 24-25).

Por fim, a despeito das suas prescrições, o Relatório conclui que as autoridades concorrenciais idealmente não devem ser direcionadas ao combate à inflação no curto prazo, seja porque elas possuem pouca *expertise* técnica no assunto, seja em decorrência de geralmente não ser algo ínsito às suas respectivas competências legais ou infralegais. Por conseguinte, opina a OCDE que a atuação da autoridade concorrencial deve,

em consonância com a literatura econômica mais atual e malgrado a tentação a intervirem em debate tão essencial, circunscrever-se à busca por benefícios de controle da inflação no longo prazo (p. 32).

Em conclusão, o Relatório conclui que as recomendações da OCDE do *toolkit* de 1971 e, portanto, elaborado há mais de 50 (cinquenta) anos, permanece essencialmente válido: o antitruste é vital para um ambiente de baixa inflação e o seu *enforcement* deve ser priorizado, ainda que não às expensas das políticas fiscal e monetária, estas, sim, mais adequadas ao controle de inflação no curto prazo. Contudo, e pela atualidade do Relatório, verifica-se que o debate a respeito do binômio inflação/concorrência ainda não foi (e nem poderia sê-lo) internalizado por acadêmicos e instituições brasileiras. Mas perguntamos: deve sê-lo? E, se sim, em qual medida e mediante quais instrumentais e métricas o Brasil ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) poderia oportunamente fazê-lo?

Juízo de conveniência e oportunidade em TCs e em TCCs: algumas considerações acerca da política de acordos da CVM e do Cade

Polyanna Vilanova & Edson Dias

[Tal decisão seria conveniente e oportuna] “se e somente se as consequências esperadas a ela associadas forem, desse ponto de vista exclusivamente, ‘estritamente preferíveis’ àquelas associadas à decisão de não celebrá-lo” [...] [C]elebrar o TCC tal como proposto (de acordo com a minuta final apresentada) é preferível a não celebrar o TCC tal como proposto, vale dizer, a continuar litigando contra a proponente até um julgamento definitivo por parte do Poder Judiciário”? [TCC nº 08700.004221/2007-56, Voto do Conselheiro Luís Fernando Schuartz, p. 2-3]

Nada obstante as muitas diferenças entre finalidades, bens jurídicos tutelados e cultura institucional, há um elemento substancial que permeia as atividades da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”)¹: em ambas, o propósito do processo administrativo sancionador é apurar a existência de eventual infração a direito e coibi-la, quando declarada sua existência. Assim,

¹ Este texto aprofunda outro anterior, de 04 de junho de 2021, no qual, em coautoria, tecemos algumas considerações a respeito da discricionariedade do Cade no âmbito de sua política de acordos, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-04/defesa-concorrenca-tcc-discricionariedade-cade>

ao apurarem materialidade e autoria das imputações, examinando as circunstâncias que aí concorrem e, sendo o caso, estipulando as sanções pertinentes, CVM e Cade se aproximam em procedimentos e em metodologias, mas também nas preocupações que compartilham entre si acerca da efetividade da sua atuação em relação à preservação da livre concorrência e à estabilidade do mercado financeiro no País.

Nesse sentido, e no que tange ao manejo de processos administrativos sancionares no âmbito das suas respectivas competências, as 2 (duas) autarquias gradativamente têm convergido em direção à admissão ampla do caráter negocial das apurações a seu cargo, definindo requisitos e parâmetros legais e infralegais para seu processamento interno, bem como estruturando procedimentos específicos para cada modalidade particular de possível acordo. Entretanto, para que sejam atrativos às partes e cumpram, assim, com o interesse público, é necessário que se assegure progressivamente transparência, previsibilidade e segurança jurídica, com que CVM e Cade têm se empenhado em consolidar suas políticas de acordo com base nas melhores práticas nacionais e internacionais. Para tanto, examinar o juízo de conveniência e oportunidade que fundamenta suas decisões é elucidativo.

A doutrina administrativista no Brasil, como Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, diz que discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei. Assim sendo, a lei faculta margem parcial de liberdade de decisão diante do caso concreto, de modo que a autoridade em questão poderá optar por uma

dentre as várias soluções possíveis, lícitas e válidas perante o direito brasileiro.

Desse modo, discricionariedade concerne em um poder-dever concedido à Administração Pública, explícita ou implicitamente, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha consoante critérios – por sua própria natureza, não taxativamente definidos em lei – de conveniência, oportunidade e de justiça no caso concreto.

Por conseguinte, o âmbito da discricionariedade é amplo, mas nunca total, visto seu vínculo estreito e necessário com a lei, com que explorar alguns casos concretos em que dito juízo de conveniência e oportunidade foi exercido – e, eventualmente, problematizado – é a melhor maneira de compreender seu escopo e, por sua vez, ponderar a partir de quais critérios ou parâmetros possíveis acordos têm sido apreciados por CVM e por Cade.

Quanto à CVM, em 11 de janeiro de 2022, o seu Colegiado apreciou e aprovou² importante proposta de Termo de Compromisso (“TC”), no âmbito do Processo Administrativo Sancionar (“PAS”) nº 19957.007432/2020-22, oferecida XP Investimentos CCTVM S.A. em conjunto a outras 4 (quatro) pessoas físicas relacionadas ao caso. Contudo, no que diz respeito ao juízo de conveniência e oportunidade empreendido, houve interessante e instigante divergência entre o Comitê de Termo de Compromisso (“CTC”) e o Colegiado da CVM, a qual esclarece, também em geral, a respeito das

² Conforme noticiado em seu site e disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-aceita-acordo-com-xp-investimentos-e-seus-diretores>

características e dos elementos essenciais que integram dita análise, neste ou em outros casos, nos diferentes níveis e estruturas da CVM.

Ao examinar o caso em epígrafe, o CTC entendeu que não seria conveniente e oportuna a aceitação da proposta, tendo em conta que os valores teriam ficado distantes daquilo que seria, em sua opinião, a contrapartida adequada, considerando, em especial, as irregularidades, em tese, praticadas e a ampla repercussão do caso à época dos fatos. Por sua vez, o Colegiado da CVM, endossando o acordo, divergiu do CTC e observou que sua celebração seria conveniente e oportuna, principalmente tendo em vista: (i) que o valor proposto é relevante, de modo que o presente caso teria importante efeito pedagógico e preventivo; (ii) os esclarecimentos prestados pelo CTC a respeito do processo de negociação; (iii) por se tratar de processo em fase pré-sancionadora; e (iv) por implicar em ressarcimento dos investidores na forma solicitada pela Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários (“SMI”) ao longo das tratativas. Houve, portanto, no TC em epígrafe uma disputa sobre o conteúdo e sobre a natureza das distintas compreensões daquilo que define um acordo enquanto conveniente e oportuno.

Assim sendo, depreende-se da disciplina legal prevista na Lei nº 6.385/76 e, em especial, daquilo disposto pela Resolução CVM nº 45/11, que, embora a Autarquia possa se valer do seu poder discricionário, o Colegiado da CVM considera para a celebração do TC, nos termos do art. 86 da norma em destaque, “a oportunidade e a conveniência na celebração do compromisso, a natureza e a gravidade das infrações

objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto”.

Isto posto, por ocasião da análise, observa-se que a CVM ponderou não somente o atendimento aos requisitos legais necessários à celebração do ajustamento, como também sopesou a sua adequação ao instituto e, sobretudo, se havia proporcionalidade entre os compromissos assumidos e a reprovabilidade da conduta imputada, evidenciando-se, de maneira bastante evidente, que o juízo de conveniência e oportunidade inerentes à celebração do ajuste em comento, ao menos nos termos levado a cabo pelo Colegiado da CVM, não ficou adstrito à averiguação sobre se os valores propostos seriam contrapartidas adequadas e suficientes para desestimular práticas semelhantes, mas, sim, que teria avançado em perceber que o atendimento a finalidade preventiva do TC poderia ser obtida também por meio de outras garantias e salvaguardas descritas no acordo.

Em relação ao Cade, em 10 de março de 2021, interessante e instigante divergência a respeito do conteúdo que integra o juízo de conveniência e oportunidade do possível acordo, mas, agora, entre os Conselheiros que compõe o Plenário. Assim sendo, ao mesmo tempo em que a autarquia reconhece que a previsibilidade é fator essencial para a efetividade dos acordos, intensas discussões sobre a conveniência e oportunidade ocorrem no Tribunal, conforme se observa na apreciação do Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) nº 08700.005718/2020-69 referente a investigação que apurou cartel no mercado nacional de lousas interativas digitais.

Na ocasião, o Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia entendeu que a proposta apresentada cumpria todos os requisitos legais, com que estabeleceu contribuição pecuniária no valor de R\$ 110 mil para a pessoa jurídica e de R\$ 42 mil para a pessoa física, a qual não detinha posição de administrador. A Conselheira Paula Azevedo, por sua vez, divergiu do Relator e votou pela não homologação do TCC por entender que a proposta atentava contra a efetividade do combate às condutas anticoncorrenciais em razão do valor da contribuição pecuniária. Nesse sentido, a Conselheira ressaltou que a jurisprudência do Cade vem estabelecendo a multa esperada para funcionários não administradores no patamar mínimo de R\$ 100 mil. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Conselheiro Sérgio Ravagnani, que apresentou voto vista na 175ª SOJ, em 14 de abril de 2021, pela rejeição.

Em seu voto, o Conselheiro ressaltou reconhecer a importância da política de TCCs para a realização do princípio da eficiência administrativa, capaz de proporcionar economia processual à autarquia; contudo, sugeriu que a contribuição pecuniária seja, sempre que possível, calculada levando-se em conta como base de cálculo para a multa esperada o critério disposto na Lei nº 12.529/11, qual seja, "faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração" (inciso I da referida Lei) ou do "faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando (o Cade) não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (...) ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não

demonstrado de forma inequívoca e idônea" (§ 2º do artigo 37 da referida Lei), bem como balizada pelo cálculo da vantagem auferida. Ao final, o Plenário, por maioria, homologou a proposta de TCC nos termos do voto do relator Mauricio Bandeira Maia, o qual utilizou como base de cálculo para a contribuição o faturamento obtido com o produto afetado pela conduta. Foram vencidos, em sua rejeição, os Conselheiros Sérgio Ravagnani, Paula Azevedo e Lenisa Prado.

Isto posto, também aqui constata-se disputa sobre o alcance e profundidade do juízo de conveniência e oportunidade a ser exercido pelo Cade: cada grupamento de Conselheiros observou critérios e parâmetros distintos e parcialmente convergentes, tendo, nada obstante, 2 (dois) aspectos despontado como os mais relevantes, a saber, a utilidade das colaborações do possível Compromissário nas investigações e a suficiência do valor proposto como contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ("FDD"). Ademais, outro elemento intrigante que emerge da análise *en passant* do TCC nº 08700.005718/2020-69 é a preocupação do Cade, expressa em várias das manifestações, a respeito da imbricada relação entre via negocial e aplicação do direito administrativo sancionador: o juízo de conveniência e oportunidade exercido na apreciação de possíveis acordos, portanto, se distende para além do caso concreto, influenciando em amplas discussões estratégicas acerca da missão institucional do órgão.

Em vista disso, a experiência institucional de CVM e Cade, quando cotejada conjuntamente, demonstra, conforme se verifica nos exemplos supracitados, que os acordos tendem a gerar efeitos positivos tanto aos

administrados quanto à autoridade, isto porque podem encerrar uma investigação de forma mais breve, seja por meio do encerramento do polo passivo remanescente nos processos administrativos sancionadores pendentes de suspensão, seja pela apresentação de provas e informações, evitando o dispêndio excessivo ou desnecessário de recursos financeiros e humanos por parte da Administração Pública. Por outro lado, a celebração de TC ou TCCs suspende o processo administrativo sancionador para as partes que assinaram o acordo, evitando ou mitigando, assim, o ônus de uma defesa administrativa e a sua eventual condenação. Ao mesmo tempo, os acordos asseguram a cessação das práticas anticompetitivas ou atentatórias ao mercado financeiro nacional, interrompendo, conseqüentemente, os efeitos negativos da prática aos mercados implicados e, por conseguinte, aos consumidores ou investidores de forma mais célere, barata e efetiva.

Contudo, ainda que muito se tenham notabilizado recentemente como expressão de algumas das *policies* de maior e mais duradouro sucesso no país, para que as políticas de acordo de CVM e Cade, aqui examinadas desde a ótica específica de TC e TCCs, alcancem sua plena maturidade e satisfaçam adequadamente o interesse público, é importante que o juízo de conveniência e oportunidade a elas implicado se torne mais previsível, mais consistente e mais mensurável de modo que sejam evidentes quais são, efetivamente, os parâmetros e os critérios utilizados pelas autoridades para a apreciação do eventual acordo.

Referências bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Renata Martins Ribeiro Pacheco. **O Termo de Compromisso no âmbito da CVM**. Monografia. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22495/22495.PDF>.

LORIA E KALANSKY ADVOGADOS. **Guia do Processo Administrativo Sancionador no Mercado de Capitais**. Disponível em: https://www.lklaw.com.br/wp-content/uploads/2018/11/ebook-guia_do_processo_administrativo_sancionador_no_mercado_de_capitais-loria-e-kalansky.pdf

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

PRADO; Viviane Muller; REIS, Yasmin Fernandes. **Por que a CVM firma termos de compromisso? Uma análise sobre os termos de compromisso firmados nos anos de 2015 e 2016**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-a-cvm-firma-termos-de-compromisso-31082017>

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. **Por que defender os termos de compromisso no mercado de capitais?**. Disponível em: <https://www.bsmsupervisao.com.br/assets/file/publicacoes-e-eventos/ArtigoAlexandreTC.pdf>.

SILVA, Flávia Martins André. **Poder discricionário da Administração Pública**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discrecional-da-Administracao-Publica#:~:text=M%C3%A9rito%20%C3%A9%20composto%20de%20dois%20elementos%3A%20o%20motivo,e%20rela%C3%A7%C3%B5es%20sujeita%20%C3%A0%20atividade%20administrativa%20do%20Estado.>

WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. **O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários.** Interesse Público, v. 53, p. 137/150, 2009.

A inteligência artificial generativa (CHATGPT, BARD) e a ciência do Direito.

A ausência do fio de Ariadne para os algoritmos

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

O Chat GPT3 ou a versão 3.5 do Chat GPT¹ desenvolvida pela empresa OpenAI Microsoft em 30 de novembro de 2022 e o lançamento do chatbot concorrente chamado **Bard**, ainda em fase experimental, criado pela Alphabet (Google) em 07 de fevereiro de 2023 têm uma finalidade em comum: ambos são controlados por Inteligência Artificial Generativa e suas funcionalidades permitem que as pessoas possam “conversar” com uma máquina em tempo real por meio de mensagens escritas.

Mas, o que é Inteligência Artificial Generativa (IAG)?

A IAG (*Generative Artificial Intelligence*) é um subcampo da inteligência artificial que utiliza tecnologia LaMDA (sigla para “modelo de linguagem para aplicações com diálogos”) e se destaca pela sua criatividade e capacidade de criar um conteúdo novo e original através da geração de textos, imagens, músicas e até obras de artes, ao invés de simplesmente analisar ou agir com base nos dados existentes (sim ou não).

¹ Disponível em openai.com/blog/chatgpt/ em 21/02/2023.

Assim, a criação de textos e, sobretudo, a criação de imagens a partir de textos fornecidos são suas características principais, como por exemplo, o *DALL-E* (trocadilho com o pintor Salvador Dalí), lançado pela OpenAI, que já está em sua segunda versão², como também identificados em outras plataformas como a *Dream*, *Midjourney*, *Picsart*, *Stable Diffusion* – além de *Imagem* e *Parti* (ambas do Google)³.

Dado que a criação desses chatbot's por meio da Inteligência Artificial Generativa já está no mundo e que não há mais como regressar ao *status quo*, questiona-se qual será o impacto da utilização da tecnologia LaMDA para o Direito.

Não há dúvida de que “*estamos vivendo num mundo que não está apenas mudando, mas está se metamorfoseando*” e que a “[*m*]udança implica que algumas coisas mudam, porém outras permanecem iguais (...). A metamorfose implica em uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”⁴.

Notícias como as de que “juiz colombiano usou ChatGPT para elaborar decisão”⁵ ou de que a IA

² Disponível em <https://openai.com/dall-e-2/> em 21/02/2023.

³ Disponível em <https://www.projetodraft.com/verbete-draft-o-que-e-ia-generativa/> em 21/02/2023.

⁴ BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica: Maria Claudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁵ Disponível em [Colombian judge says he used ChatGPT in ruling | ChatGPT | The Guardian](#) em 21/02/2023.

Generativa foi aprovada em provas para médicos, advogados e MBA nos EUA⁶ ocasionam gravíssimo alerta.

Artigo de Luciano Floridi, chamado “*AI as agency without Intelligence: on ChatGPT, large language models, and other generative models*”⁷ alerta para o fato de que esses grandes modelos de linguagem (LLMs) podem processar textos com sucesso extraordinário e de modo indistinguível da produção humana, ainda que careça de inteligência, compreensão ou capacidade cognitiva.

No entanto, a par do êxtase provocado a cada tecnologia disruptiva, é preciso ter muito cuidado em sua adoção, sobretudo, para o exercício do direito (seja para a ciência do direito, para a advocacia ou para o próprio Poder Judiciário), na medida em que suas limitações são óbvias e que, quando erram, podem gerar desastres de vultuosas proporções, como ocorreu com o LLM Bard do Google que gerou perdas de ações na casa dos 100 bilhões de dólares por ter dado informação incorreta.⁸

⁶ Disponível em <https://exame.com/future-of-money/chatgpt-inteligencia-artificial-e-aprovada-em-provas-para-medico-advogado-e-mba-nos-eua/> em 21/02/2023.

⁷ Disponível em [AI as Agency Without Intelligence: On ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models by Luciano Floridi :: SSRN](#) em 21/02/2023.

⁸ Disponível em [AI as Agency Without Intelligence: On ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models by Luciano Floridi :: SSRN](#) em 21/02/2023.

A par dos “insucessos” na estreia do lançamento do “Bard”¹⁰ e das críticas que se possa fazer ao “ChatGPT” que utiliza tecnologia LaMDA (sigla para “modelo de linguagem para aplicações com diálogos”), ainda de conhecimento limitado, sobretudo, a partir de eventos ocorridos no mundo após o ano de 2021, a crescente e irrefreável interação entre homens e máquinas já não é mais uma preocupação futurística, mas uma realidade irrefreável.

Agora, não mais os homens criam robôs, como os robôs pretendem ser humanos e buscam a singularidade técnica que se caracteriza por uma explosão de super inteligência artificial que, segundo Vernon Vinge em “*The Coming Singularity*”, 1993, terá o condão de produzir a devastação e o fim da era humana como a conhecemos.¹¹ Não obstante já objeto de estudo há mais de 70 (setenta) anos¹², somente agora passou ao topo das notícias, diante do estágio avançadíssimo da Inteligência Artificial Generativa com o lançamento de Chatbot’s como o ChatGPT e o Bard. Registre-se que, no ano de 2012, na Cúpula da Singularidade, Stuart Armstrong já alertava sobre as previsões de superação da era humana por meio

⁹ Disponível em <https://blog.google/technology/ai/bard-google-ai-search-updates/> em 21/02/2023.

¹⁰ Disponível em <https://www.reuters.com/technology/google-ai-chatbot-bard-offers-inaccurate-information-company-ad-2023-02-08/> em 21/02/2023.

¹¹ Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Singularidade_tecnol%C3%B3gica em 21/02/2023.

¹² Disponível em <https://www.singularityweblog.com/about-singularity-blog/> em 21/02/2023.

da Inteligência Artificial (*AGI – Artificial General Intelligence*), através do qual se encontrou uma ampla gama de datas previstas, tendo como média o ano de 2040¹³.

No entanto, é preciso estar atento para o fato de que somente o ser humano é *Dasein*, só ele pode ter experiências, só ele pode compreender holisticamente e estar a serviço do pensamento como o fio de Ariadne¹⁴.

O que Heidegger em “Ser e Tempo” busca exprimir com a expressão “*Dasein*”?

Diz que *Dasein* não é um conceito, mas uma “indicação formal”, uma indicação de experiência. É uma expressão “intraduzível” porque não pode substituir a

¹³ Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Singularidade_tecnol%C3%B3gica em 21/02/2023.

¹⁴ Ariadne (em grego "Ἀριάδνη"), na mitologia grega, é a princesa de Creta, filha do rei Minos e da rainha Pasífae.[1][2] Conhecida por ter se apaixonado pelo herói Teseu e ser esposa do deus Dioniso. Conta a mitologia que Teseu foi mandado a Creta,[2] voluntariamente, como sacrifício ao minotauro que habitava o labirinto construído por Dédalo e tão bem projetado que quem se aventurasse por ele não conseguiria mais sair. E seria, então, devorado pelo Minotauro. Teseu resolveu enfrentar o monstro. Foi ao renomado Oráculo de Delfos para descobrir se sairia vitorioso. O oráculo disse-lhe que deveria ser ajudado pelo amor para vencer o minotauro.

Ariadne, a filha do rei Minos, lhe disse que o ajudaria se este a levasse a Atenas para que ela se casasse com ele.[2] Teseu reconheceu aí a única chance de vitória e aceitou. Ariadne, então, deu-lhe uma espada e um fio de lã (Fio de Ariadne), para que ele pudesse achar o caminho de volta, e deste fio ficaria segurando uma das pontas.[4] Teseu saiu vitorioso e partiu de volta à sua terra com Ariadne, embora o amor dele por ela não fosse o mesmo que o dela por ele. [[https://pt.wikipedia.org/wiki/Fio_de_Ariadne_\(l%C3%B3gica\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Fio_de_Ariadne_(l%C3%B3gica))].

tarefa de pensar aquilo a serviço do que elas estão, na medida em que “[i]ntraduzível, isto é intransferível, intransponível nunca é a palavra, mas a experiência de seguir a indicação da palavra, de seguir o que, nessas palavras-indicação, se dá a pensar.”¹⁵

Cuidemos porque tecnologias disruptivas como a LLM apenas podem entregar “palavras” e nem sempre o jogo de palavras está correto ou produz algum sentido, o que varia, enormemente, conforme o banco de informações que a própria tecnologia armazena e classifica.

Tal como em Homero na Odisseia, cuidemos para que o Direito, a Advocacia e o próprio Poder Judiciário não se deixem envolver ao canto da sereia de Ulysses. **Programas de computador formados por algoritmos são só palavras e “[n]enhuma obra de pensamento e nenhuma tradução de uma obra de pensamento pode substituir a tarefa de fazer viver o pensamento”.**¹⁶

Usar a tecnologia em favor do pensamento e da produção técnica da ciência do Direito sim; deixá-la conduzir os processos, as petições, os julgamentos, sem a conexão das palavras com a experiência do pensar, nunca. Os algoritmos não podem ter a experiência do *Dasein*, não podem viver a experiência do pensamento, não contém o fio de Ariadne.

¹⁵ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 10. Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 17.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 10. Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2021, p. 17.

Permaneçamos firmes pela luta por um futuro humano, por um Poder Judiciário humano, já que advogados de lata e juízes de lata não possuem *Dasein*, não podem viver o pensamento, não podem exprimir experiências, não podem ser-aí-no-mundo.

Reoneração da PIS e da COFINS da Gasolina e Etanol:

Preocupação à Vista para a Inflação?

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Início este artigo com sinceras desculpas pela longa ausência e um agradecimento especial ao querido amigo Elvino pela compreensão, persistência e insistência para ainda me manter como colunista desta insuperável WebAdvocacy.

Diferentemente dos brilhantes colunistas que integram a WebAdvocacy, não pretendo neste texto apresentar qualquer tese ou discussão complexa, mas simplesmente retomar alguns apontamentos e reflexões feitas em textos anteriores sobre as oscilações dos preços dos combustíveis automotivos (gasolina, diesel e etanol), ocorridas desde o início da Pandemia.

Nesse contexto, trago para análise e reflexão a reoneração da PIS e da COFINS sobre a gasolina e o etanol, ocorrida no início de março de 2023, a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.163 (“MPV 1.163”).

Apenas para rememorarmos, durante a Pandemia (anos de 2020 a 2021) e o início da Guerra da Ucrânia, em março de 2022, verificou-se uma disparada nos preços internacionais do petróleo que acabou refletindo diretamente nos preços domésticos do diesel, gasolina e etanol, e, conseqüentemente, na inflação brasileira.

Segundo dados divulgados pela própria Petrobras¹, em 28.03.2020 (início das medidas de combate à Pandemia no Brasil), o preço do litro da gasolina A², comercializada pela empresa às distribuidoras por meio do contrato EXA e utilizada na formulação da gasolina comum C, era de R\$ 1,1229 na base de Paulínia da Petrobras. Em 24.06.2022 (última semana antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 194/22 (“LCP 194”), que desonerou os tributos federais incidentes sobre os combustíveis e regulamentou as alíquotas do ICMS cobrados pelos estados, comentada mais adiante), o mesmo litro de gasolina A, comercializado pela Petrobras, na mesma base de Paulínia e a partir do mesmo contrato EXA, custava R\$ 4,0957. Ou seja, houve um aumento de R\$ 2,9728 ou de quase 365%. No varejo, o preço médio da gasolina comum C, comercializada no estado de São Paulo, na semana de 22.03.2020 a 28.03.2020, era de R\$ 4,21; já aquele da semana de 19.06.2022 a 25.06.2022 era de R\$ 6,97 (aumento de R\$ 2,76 ou de pouco mais de 65%), segundo pesquisas divulgadas pela Agência

¹ Disponível em <https://precos.petrobras.com.br/documents/d/precos-dos-combustiveis/tabelas-de-precos-gasolina-01-03-23-pdf>. Acessado em 06.03.23.

² A gasolina A é utilizada na formulação da gasolina comum C realizada pelas distribuidoras e comercializada por estas aos postos de combustíveis para revenda aos consumidores finais. A composição desta gasolina comum C, pelas normas da ANP, de 73% de gasolina A e 27% de etanol anidro. Esta informação é de suma relevância para a avaliação dos preços Petrobras, pois tais preços, em termos de custo de “fabricação” da gasolina comum C, representam apenas 73%; e os 27% restantes dependem da oscilação dos preços de mercado do etanol anidro.

Nacional do Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis – ANP³.

Em termos de inflação, em março de 2020, o IPCA divulgado pelo IBGE⁴ estava na casa dos 0,07%; já, em junho de 2022, era de 0,67%. Note-se, ainda, que o IPCA acumulado de 2019 foi de 4,31%; de 2020, de 4,52; de 2021, de 10,06%; e aquele acumulado de janeiro a junho de 2022 encontrou-se na casa de 3,77%, tendo fechado este ano em 5,79%.

Esta elevação dos preços dos combustíveis no mercado doméstico e seu impacto negativo para a elevação da inflação poderia ter sido, a meu ver, minimizado pela União Federal se, na qualidade de controladora da Petrobras, tivesse adotado medidas para revisar e modificar a Política de Paridade do Preço Internacional (“PPI”) dos combustíveis, praticada pela empresa desde 2016. A despeito de o foco desse artigo não ser referida política, apenas para justificar esse argumento, antes da privatização de duas das refinarias da Petrobras (Bahia e Amazonas), esta companhia era responsável pela produção interna de cerca de 98% da gasolina A e de quase 100% do diesel A. Em termos de oferta interna desses dois produtos, a Petrobras

³ Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/precos/precos-revenda-e-de-distribuicao-combustiveis/serie-historica-do-levantamento-de-precos>>. Acessado em 06.03.23.

⁴ Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplio.html?edicao=20932&t=series-historicas>>. Acessado em 06.03.23.

representava aproximadamente 80% com um custo de produção (extração + refino) de cerca de US\$ 35,00 o barril, vis-à-vis o preço internacional do barril de petróleo de US\$ 63,21, em 30.03.2021, e de US\$ 119,78, em 30.06.2022⁵. Ou seja, a Petrobras poderia segundo sua vontade política-econômica importar 20% da demanda interna ao custo do preço internacional; e continuar ofertando os 80% a partir de sua produção interna e por preço de custo com uma margem razoável de mercado a seus acionistas. Nesse caso, o preço interno do barril seria a média ponderada do custo de produção interna e do custo de importação da Petrobras, somada a uma margem razoável de, digamos 50%. Assim, nas altas do preço internacional, o valor do barril refinado, cobrado no mercado interno, poderia ter sido entre US\$ 65,00 a US\$ 75,00; e, não, acima de US\$ 100,00 como se constatou em vários meses durante o período citado⁶.

Encerrado esse breve comentário sobre os preços dos combustíveis no período da Pandemia e pós Guerra

⁵ Vide série “IPEADATA”, disponível em <<http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?module=m&serid=1650971490&oper=view>>. Acessado em 06.03.23.

⁶ Matematicamente, se o custo de extração e refino para produzir 80% da demanda de gasolina e diesel A é em torno de US\$ 35,00 o barril (segundo dados da Petrobras, o custo de refino seria de aproximadamente US\$ 5,00 o barril) e o preço internacional do barril de petróleo bruto fosse de US\$ 100,00 + US\$ 5,00 para o seu refino, o custo médio para atender 100% da demanda interna seria de aproximadamente US\$ (US\$ 28,00 produção interna + US\$ 21,00 = R\$ 49,00). Conferindo uma margem de 50%, o que seria elevada para os padrões internacionais de um mercado livre, o valor total no mercado doméstico chegaria a aproximadamente US\$ 73,00 o barril de petróleo refinado.

da Ucrânia, até junho de 2022, retomemos à questão envolvendo a tributação incidente sobre os combustíveis.

Com o objetivo de tentar frear a elevação dos preços dos combustíveis no Brasil, o Congresso Nacional, a partir de projeto originado pelo Executivo, aprovou, no final do primeiro semestre de 2022, a já referida LCP 194. Esta Lei determinou, entre outras matérias, que: (i) os combustíveis automotivos passariam a ser tratados como “bens essenciais” e, portanto, as alíquotas de ICMS, fixadas pelos estados da Federação, não poderiam superar o teto das alíquotas aplicadas aos bens gerais (*i.e.*, 17% a 18%); (ii) a base de cálculo do ICMS incidente sobre diesel, gasolina e etanol (esses últimos foram incluídos em razão de despacho do Ministro André Mendonça⁷, do Superior Tribunal Federal, em pedido de medida liminar, da Advocacia Geral da União, no âmbito da ADI nº 7164) seria a “média móvel dos preços médios praticados ao consumidor final nos 60 (sessenta) meses anteriores à sua fixação”; e, ainda, (iii) as alíquotas da PIS, COFINS e CIDE, incidentes sobre diesel, gasolina e etanol (hidratado e anidro⁸), produzidos internamente ou

⁷ Disponível em
<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489044&ori=1>>. Acessado em 06.03.23.

⁸ O etanol anidro é utilizado na formulação da gasolina C, comercializada pelas distribuidoras aos postos revendedores e por estes aos consumidores finais. A gasolina C é, atualmente, composta de 73% de gasolina A e de 27% de etanol anidro. Essa informação é de extrema relevância, pois aumentos e reduções nos preços da gasolina A, realizados pela Petrobras, acarretam, em tese, em um impacto de 73% no preço da gasolina C; enquanto aumento ou reduções no preço do etanol anidro geram, novamente em tese, um impacto de 27% no preço da gasolina C comercializado por

importados, seriam reduzidas a zero até 31 de dezembro de 2022.

Até a aprovação da LCP 194, a carga fiscal incidente sobre os combustíveis automotivos (gasolina, diesel e etanol), comercializados no Brasil, representava cerca de um terço do preço desses bens no varejo. Em nível federal, os tributos diretamente incidentes sobre esses produtos seriam a PIS, a COFINS e a CIDE; e, em nível estadual, o ICMS. No caso dos tributos federais as alíquotas eram aplicadas uniformemente em todo o país; enquanto as alíquotas do ICMS eram e permanecem sendo definidas por cada estado da Federação com sua aplicação na respectiva unidade territorial do estado membro. Até junho de 2022, o valor da alíquota do ICMS variava entre 0% e 34%, dependendo do estado e do combustível automotivo envolvido.

Em dezembro de 2022, no âmbito da ADPF⁹ nº 984 e da ADI¹⁰ nº 7191, esta última movida por alguns estados que requeriam a inconstitucionalidade da LCP 194 sob o fundamento de ferir o Pacto Federativo, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, em inusitada decisão¹¹,

distribuidoras e postos revendedores. Propositamente, adicionamos a essa explicação o termo “em tese”, pois, como se demonstrará adiante, é comum nesse setor que distribuidoras repassarem valores a maior para o preço da gasolina C vendida a postos, quando há elevações no preço da gasolina A, vendida pela Petrobras àquelas; e, ainda, repassar valores a menor, quando há reduções no preço da gasolina A.

⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

¹¹ Segundo notícias publicadas pela imprensa, o próprio Ministro do STF propôs a criação de uma comissão, formada por representantes

intermediou e homologou acordo entre a União Federal e os estados membros da Federação, pelo qual a gasolina e o etanol deixariam de ser considerados “bens essenciais” para fins da determinação e fixação das alíquotas do ICMS.

Logo, a partir da homologação desse acordo pelo STF, os estados retornariam a deter o direito de fixar alíquotas do ICMS, incidente sobre a gasolina e o etanol (hidratado e anidro), em patamares superiores a 17% ou 18%. Em termos práticos, além de garantir a elevação das receitas dos estados com esse tributo, essa medida acarretaria o retorno da grande disparidade nos preços praticados pela gasolina e etanol entre os estados brasileiros. No entanto, até o momento, a maioria dos estados brasileiros ainda segue os valores teto da alíquota do ICMS aplicada aos “bens gerais”, de 17% ou 18% para esses combustíveis.

Apenas para ilustrar a disparidade de valores existente do ICMS cobrado pelos diferentes estados da Federação, segundo dados da ANP¹², em 12.06.22 (i.e.,

dos Governos Federal e Estaduais, para discutir e negociar solução “pacificadora” para os questionamentos apresentados por esses últimos quanto a constitucionalidade das Leis Complementares n°s 192/22 e 194/22, que impunham aos estados da Federação o teto de 18% ou 17% para a fixação da alíquota do ICMS sobre os combustíveis automotivos. Vide, por exemplo, <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=490687&ori=1>>. Acessado em 06.03.23.

¹² Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-revenda-e-de-distribuicao-combustiveis/serie-historica-do-levantamento-de-precos>>. Acessado em 06.03.23.

antes da edição da referida Lei Complementar nº 194/22), o preço médio na revenda do litro da gasolina comum C era de R\$ 7,77¹³, no estado do Rio de Janeiro¹⁴ (alíquota de 32% de ICMS); enquanto aquele no estado de São Paulo (alíquota de ICMS de 25%) era de R\$ 6,83¹⁵. Ou seja, em razão dos valores das alíquotas de ICMS aplicadas por esses estados, a diferença no preço médio do litro da gasolina comum C era de R\$ 0,94. No sentido SP-RJ da Rodovia Dutra era e continua sendo comum verificarmos anúncios de postos localizados em São Paulo informando serem os últimos antes do estado do Rio de Janeiro e recomendando aos motoristas pararem para não pagarem

¹³ Desvio padrão revenda de R\$ 0,287, preço mínimo de R\$ 7,09 e preço máximo de R\$ 8,99.

¹⁴ Optei por utilizar como exemplo os estados do Rio de Janeiro pelas seguintes razões: (1) o Rio de Janeiro possuía, até junho de 2022, uma das maiores alíquotas do ICMS sobre os combustíveis do país e São Paulo, uma das menores; (2) ambos os estados possuem relativo fácil acesso aos três combustíveis automotivos (diesel, gasolina e etanol); e (3) ambos os estados possuem refinarias e um número relativamente elevado de distribuidoras instaladas, ainda que o nível de concentração e concorrência no elo da distribuição seja relativamente distinto. Segundo dados divulgados no documento elaborado pela ANP, “Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos”, o índice de C4, para gasolina C, etanol e diesel, seria, em 2019: (i) no Rio de Janeiro de, respectivamente, 87,91%, 85,92% e 93,76%; enquanto, (ii) em São Paulo seria, respectivamente, de 69,96%, 65,60% e 76,93%. Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-contenido/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/diagnostico-sdc-2020.pdf>>, p. 26, 30 e 34. Acessado em 06.03.23

¹⁵ Desvio padrão revenda de R\$ 0,283, preço mínimo de R\$ 6,17 e preço máximo de R\$ 8,59.

mais caro pelo combustível após passarem a fronteira estadual.

Um mês após a entrada em vigor da LCP 194, essa diferença do preço médio era de apenas R\$ 0,19 (preço médio revenda no Rio de Janeiro de R\$ 5,84¹⁶ e, em São Paulo, de R\$ 5,65¹⁷, segundo dados da ANP). Ressalte-se que esta diferenciação, ainda existente mas em considerável menor valor, não decorreria mais do percentual da alíquota de ICMS aplicado por esses estados, já que passou a ser o mesmo em ambos os estados (de 18%); mas, sim, do nível da concorrência¹⁸ e dos preços praticados pelos agentes dos diferentes elos da cadeia (refino/produção, importação, distribuição e revenda) ali instalados.

Como a isenção das alíquotas de PIS, COFINS e CIDE, determinada na Lei Complementar nº 194/22, estava prevista para ser encerrada em 31 de dezembro de 2022, em 1º de janeiro de 2023, o Presidente Lula editou a Medida Provisória nº 1.157/23 que prorrogou esta “isenção” até 28 de fevereiro de 2023. Novamente, a título de comparação e ainda segundo dados da ANP, na semana de 01.01.23 a 07.01.23, os preços médios da gasolina comum C na revenda, nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, eram, respectivamente, de R\$ 5,07 e R\$ 5,14 (ou seja, permaneciam com uma pequena diferença). A manutenção dessa baixa diferença nos preços médios

¹⁶ Desvio padrão revenda de R\$ 0,275, preço mínimo de R\$ 5,19 e preço máximo de R\$ 6,79.

¹⁷ Desvio padrão revenda de R\$ 0,278, preço mínimo de R\$ 4,92 e preço máximo de R\$ 7,49.

¹⁸ Vide nota 14, *supra*.

desse combustível vendido nesses dois estados deveu-se ao fato de nenhum deles ter majorado suas alíquotas do ICMS incidente sobre os combustíveis¹⁹. Ou seja, mantiveram suas alíquotas no patamar de 18%.

Em 28 de fevereiro de 2023, o Presidente Lula editou nova Medida Provisória (MPV nº 1.163/23), pela qual reonerou a PIS e a COFINS incidentes sobre a gasolina e o etanol elevando as alíquotas / valores desses combustíveis para: R\$ 0,469998/litro (PIS: R\$ 0,083838/l e COFINS: R\$ 0,38616/l) e R\$ 0,20/litro (PIS: R\$ 0,036/l e COFINS: R\$ 0,164/l), respectivamente.

Com a reoneração desses dois tributos, *ceteris paribus*, a expectativa seria que o preço da gasolina A, comercializada por produtores e importadores às distribuidoras, majorasse aproximadamente R\$ 0,47; enquanto aquele do etanol anidro e hidratado, comercializado por usinas de açúcar e álcool às distribuidoras (ou diretamente aos postos revendedores no caso do etanol hidratado), sofreria um incremento de R\$ 0,20. Ocorre que, concomitantemente à elevação dessas alíquotas, a Petrobras anunciou uma redução de R\$ 0,13²⁰ no preço da gasolina A, comercializada às distribuidoras. Logo, o incremento no preço da gasolina A, pago pelas distribuidoras à Petrobras, deveria ter sido

¹⁹ Vide tabela com informação sobre os estados que majoraram suas alíquotas: https://blog.bsoft.com.br/icms_2023. Acessada em 06.03.23.

²⁰ Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/petrobras-anuncia-reducao-nos-precos-da-gasolina-e-do-diesel/>. Acessado em 08.03.23.

de aproximadamente R\$ 0,34, e o preço de custo desse combustível na formulação da gasolina comum C, comercializada pelas distribuidoras aos postos, deveria ter sido de pouco menos de R\$ 0,25, considerando que a representatividade da gasolina A na formulação da gasolina comum C é de 73%.

Se considerarmos que o preço ESALQ Semanal do etanol anidro, em São Paulo, utilizado como referência no mercado, sofreu uma variação positiva de pouco menos de R\$ 0,03²¹ entre a semana de 20 a 24 de fevereiro e aquela de 06.03.23 a 10.03.23²²; e a reoneração da PIS e da COFINS no etanol foi de aproximadamente R\$ 0,20, a representatividade dessa elevação no custo de formulação da gasolina comum C seria de pouco mais de R\$ 0,06 (R\$ 0,20*0,27 + R\$ 0,03). Isso acarretaria uma expectativa de incremento no preço da gasolina comum C, ofertada pelas distribuidoras aos postos, de aproximadamente R\$ 0,31, a partir de 1º de março de 2023.

Novamente, a título de comparação, a partir da reoneração da PIS e da COFINS e da redução de preços da gasolina A, anunciada pela Petrobras em 1º de março de 2023, os preços médios na revenda da gasolina C, verificados pela ANP, na semana de 05.03.23 a 11.03.23²³,

²¹ Vide explicação sobre a representatividade do etanol anidro na formulação da gasolina C, constante na nota 8, supra.

²² Segundo o índice ESALQ, o etanol anidro foi vendido em SP, na semana de 20 a 24 de fevereiro de 2023 por R\$ 3,1173/l; e na semana de 27.02.23 a 03.03.23, por R\$ 3,1572/l. Disponível em <<https://www.cepea.esalq.usp.br/br/indicador/etanol.aspx>>. Acessado em 06.03.23.

²³ Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da->

em São Paulo e no Rio de Janeiro foram de R\$ 5,40. (note-se que na semana anterior, que já pegou 3 dias de aumentos da PIS e da COFINS, os preços médios foram de, respectivamente, de R\$ 5,08 e R\$ 5,21). Comparando-se esses preços com aqueles da semana de 19.02.23 a 25.02.23 (R\$ 4,95 e R\$ 5,09), última semana inteira antes da publicação da MPV 1.163/23, verifica-se um acréscimo do preço médio de aproximadamente R\$ 0,45 em São Paulo e de R\$ 0,31 no Rio de Janeiro, conforme destacam os dados descritos na tabela abaixo, divulgados pela ANP:

Semana	Estado	Preço Médio Revenda	Preço Máximo Revenda	Preço Mínimo Revenda	Desvio-Padrão Revenda
19.02.23 a 25.02.23	RJ	R\$ 5,09	R\$ 5,89	R\$ 4,57	R\$ 0,307
	SP	R\$ 4,95	R\$ 6,99	R\$ 4,21	R\$ 0,331
Variação estados semana 1 (R\$)	RJ/SP	R\$ 0,14	(R\$ 1,10)	R\$ 0,36	(R\$ 0,24)
05.03.23 a 11.03.23	RJ	R\$ 5,40	R\$ 5,89	R\$ 4,89	R\$ 0,168
	SP	R\$ 5,40	R\$ 7,19	R\$ 4,73	R\$ 0,513
Variação estados semana 2 (R\$)	RJ/SP	R\$ 0	(R\$ 1,30)	R\$ 0,16	(R\$ 0,345)
Variação Semanas (R\$) 2/1	RJ	R\$ 0,31	R\$ 0	R\$ 0,32	(R\$ 0,139)
	SP	R\$ 0,45	R\$ 0,20	R\$ 0,52	R\$ 0,182

concorrença/preços/levantamento-de-preços-de-combustíveis-últimas-semanas-pesquisadas>. Acessado em 13.03.23.

Por esses dados, podemos extrair três importantes conclusões preliminares, a partir dos dados apresentados acima: (1) a elevação das referidas alíquotas acabou por gerar um incremento positivo no preço médio de revenda da gasolina C nos dois estados; (2) esse incremento foi superior àquele esperado em São Paulo e igual no Rio de Janeiro; e, por fim, dado o histórico dos efeitos da elevação nos preços dos combustíveis na inflação nacional, (3) é esperada que a referida reoneração gere impactos de elevação na inflação de março, já que esses combustíveis são relevantes para a prestação de diversos serviços que constam no cálculo do IPCA, caso o Governo não adote outras medidas para frear tais aumentos²⁴.

Especificamente em relação ao “valor do aumento esperado”, cabe chamar a atenção para as denúncias feitas por alguns sindicatos e associações de revendedores de combustíveis²⁵, antes mesmo do anúncio da referida

²⁴ Como o IBGE ainda não divulgou o IPCA-15, que mede a variação da inflação na primeira quinzena do mês não é possível auferir quanto foi o aumento da inflação nesse período, decorrente da reoneração da PIS e da COFINS sobre os combustíveis. No entanto, apenas a título informativo, segundo dados do IBGE, o IPCA geral de junho de 2022, mês anterior à entrada em vigor da LPC 194/22, foi de 0,67%, enquanto aquele de julho foi negativo de 0,68%. Disponível em <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7060#resultado>>. Acessado em 09.03.23.

²⁵ Vide, por exemplo: <https://abrilivre.org.br/2023/02/27/abrilivre-alerta-autoridades-competentes-e-consumidores-sobre-aumentos-nos-precos-e-nao-entrega-de-combustiveis-por-parte-de-distribuidoras/>; e <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2023/03/507728>

reoneração pelo Governo Federal. Segundo tais sindicatos e associações, dias antes da edição da MPV 1.163/23, algumas distribuidoras já vinham elevando seus preços da gasolina C em patamares acima dos R\$ 0,31 (ou mesmo de R\$ 0,40, na hipótese de não ter havido o desconto da Petrobras na gasolina A ofertada por ela às distribuidoras) esperados. Ainda, segundo referidas entidades, essas práticas, somadas àquelas de não fornecimento de combustíveis em dias que antecedem eventuais aumentos ou reduções da Petrobras ou de tributos, bem como de preços discriminatórios, têm sido corriqueiras por boa parte das distribuidoras bandeiradas e bandeira branca (ou bandeira própria)²⁶, inclusive tendo sido objeto de investigação pelo PROCON da Paraíba, o qual constatou essas mesmas irregularidades em relatório divulgado em 07 de março último²⁷.

Nesse caso uma vez confirmadas referidas denúncias, duas questões merecem um debate mais amplo da academia e das autoridades públicas competentes: (1) qual o nível de liberdade que os agentes econômicos desta cadeia possuem para elevar seus preços de venda? e (2) até que ponto intervenções indiretas do Estado sobre os preços dos combustíveis, a partir da redução dos preços e descontos da Petrobras ou ainda da redução ou

0-combustiveis-consumidor-se-depara-com-aumentos-superiores-ao-anunciado.html. Acessados em 08.03.23.

²⁶ Vide, por exemplo, <<https://abrilivre.org.br/acoes-e-feitos/>>. Acessado em 07.03.23.

²⁷ Disponível em <<https://procon.pb.gov.br/noticias/comissao-dos-procons-da-paraiba-divulga-relatorio-sobre-mercado-de-combustiveis>>. Acessado em 08.03.23.

desoneração das alíquotas de tributos federais ou estaduais, são suficientes para impedir aumentos de preços desses bens nos elos da distribuição e varejo e, por conseguinte, os riscos inerentes de superinflação ou retração no crescimento econômico de nosso país em decorrência desses aumentos?

Buscaremos encontrar as respostas a essas indagações nas próximas publicações.

Organizadores:

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Doutor em economia pela UNB, mestre em economia pela UFF e graduado em administração de empresas pela PUC-RIO. Foi conselheiro do CADE, assessor técnico na SEAE e Diretor na SGM-MME. Sócio fundador da WebAdvocacy e professor da WebAdvocacy.

MARCOS ANDRÉ MATTOS DE LIMA. Mestre em economia pela UFRS e graduado em economia pela UFRJ. Foi assessor técnico da SEAE. É sócio fundador da M&A Consultoria Econômica, Sócio fundador da WebAdvocacy e professor da WebAdvocacy.

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA. Doutoranda em direito pelo IDP, mestre em direito público pela UNB, pós-graduada em direito econômico e regulatório pela PUC-RIO, pós-graduada pela EMERJ, advogada, sócia fundadora do Mendonça Advocacia e sócia fundadora da WebAdvocacy.

Autores:

ANA CRISTINA GOMES. Formada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, campus de Franca, onde também concluiu seu mestrado em Direito. Em 2015 foi professora substituta de Processo Penal na mesma instituição. Ainda em 2015, foi admitida na Escuela de Doctorado da Universidade de Salamanca (Espanha), onde realiza sua pesquisa doutoral junto ao “Instituto de Gobernanza Global”. Atuou por 10 anos em renomado escritório de advocacia, em sua área de expertise, o Direito Penal. Foi Coordenadora da Escola Superior da Advocacia da Subseção da OAB/SP de Franca (2014-2017). Atualmente é editora assistente do Jornal de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e parecerista de vários periódicos. Integrante do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação (IBCI). Participa do grupo brasileiro e argentino de Jovens Penalistas da Associação Internacional de Direito Penal e de grupos de pesquisa cadastrados no CNPq. Possui artigos publicados em periódicos, capítulos de livros e traduções, na área do Direito Penal, Processo Penal e Direito Penal Econômico (com ênfase nos delitos de corrupção).

ANDRÉ SANTA CRUZ. Procurador Federal. Doutor em direito empresarial pela PUC-SP. Professor de direito econômico e empresarial do Centro Universitário IESB-DF.

ANGELO PRATA DE CARVALHO. Advogado sócio de Ana Frazão Advogados. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor voluntário na Faculdade de Direito da UnB. Vice-líder do Grupo de

Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB).

CÉSAR MATTOS. Doutor em economia. Ex-conselheiro do CADE e Ex-secretário da SEAE. Consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

DANIELA SANTOS. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado, ex advogada da Agência Nacional de petróleo, gás e biocombustíveis, sócia fundadora da SG Advogados, escritório especializado em energia, publicará mensalmente artigos sobre temas atuais que envolvam energia elétrica, petróleo e gás natural, com enfoque na concorrência.

EDSON DIAS. Advogado. Especialista em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Foi Assessor Técnico e Coordenador na Superintendência-Geral do Cade, Chefe de Gabinete no Tribunal do Cade e Chefe de Assessoria Técnica na Presidência do Cade. Possui experiência na negociação de acordos junto ao Cade, investigações de condutas unilaterais e condutas colusivas e em atos de concentrações, bem como na atuação de processos administrativos sancionadores. Ademais, possui experiência em advocacia da concorrência em setores estratégicos, em trustees de desinvestimento e de monitoramento, bem como em ações de reparação por danos concorrenciais.

EDUARDO MOLAN GABAN. O Professor Doutor de Direito Econômico e Direito Penal Econômico nos programas de pós-graduação da FDRP/USP e PUC-PR, Diretor do Instituto Brasileiro de Concorrência e

Inovação – IBCI. Líder do Núcleo de Pesquisa em Concorrência e Inovação da PUC-SP e sócio de Nishioka & Gaban Advogados publicará mensalmente artigos de relevante interesse em suas áreas de pesquisa e atuação. Contato: gaban@nglaw.com.br.

ELIANE DE SOUZA FONTES. Economista, Ex-diretora do Departamento de Negociações Internacionais da Secretaria de Comércio Exterior do MDIC, Especialista em Negociações Internacionais, Conselheira de Conselho Empresarial de Política e Comércio Exterior da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ) e do Conselho de Relações Internacionais da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN).

ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS. Advogado especialista em TCU e em Regulação; Procurador do DF; Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP; Mestre em Economia e em Administração Pública pelo IDP; MBA em Regulação pela FGV; Conselheiro da OAB/DF. Professor em cursos de Pós-Graduação.

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Ex-Conselheiro do CADE (2011 a 2013), ex-assessor técnico da SEAE Doutor em economia pela UNB, mestre em economia pela UFF e administrador de empresas pela PUC/RIO e professor da Webadovacy – Direito e Economia.

FELIPE FERNANDES REIS. Advogado, sócio coordenador da equipe de Direito Econômico e Concorrencial do Malard Advogados Associados. Graduado em Direito e Master of Laws (LLM) - Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP/Brasília. Membro- Consultor das Comissões

Especiais de Direito Econômico e de Energia de OAB/Federal; e membro das Comissões de Defesa da Concorrência e de Relações Governamentais e Institucionais da OAB/DF. Associado Internacional da American Bar Association, nos comitês de Antitrust Law e Environment, Energy and Resource Law.

FERNANDA MANZANO SAYEG. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2014 e 2009). Especialista em Direito do Comércio Internacional pela Faculdade de Direito pela Universidade de Buenos Aires (2006). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2003).

FERNANDO BOARATO MENEGUIN. Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia – Berkeley. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG/CNPq-UnB. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Microeconomia Aplicada. Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Sócio da Pakt Consultoria e Assessoria e Consultor Sênior no Brasil da Charles River Associates (CRA).

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN. Antigo Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e assessor especial da CAMEX. Foi presidente do Conselho de Administração do BNDES e da BNDESPAR. Foi presidente, conselheiro e procurador-geral do CADE. Foi também diretor do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) e chefe de gabinete do ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Foi

membro do Conselho de Administração da FINAME/BNDES. Atualmente é membro do grupo de especialistas do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e consultor ad hoc de projetos de defesa da concorrência das Nações Unidas (UNCTAD). É professor de direito em Brasília e atua, como professor ou pesquisador, em universidades e institutos no Brasil e no exterior. É consultor externo ou membro não-governamental de organizações e institutos brasileiros e estrangeiros e consultorias. Graduado em Administração pela UDESC/ESAG e em Direito pela UnB, tem mestrado e doutorado pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), com pós-doutorado pela Universidade de Macau, China.

JOSEFINA GUEDES. Diretora da GBI Consultoria Internacional e fundadora da antiga Guedes e Pinheiro, é economista, com formação especializada na área de Comércio Exterior, adquirida em Curso de Capacitação em Negociações Internacionais na Florida University – EUA e ao longo de 12 anos de atividade em cargos de chefia em órgãos do governo relacionados com comércio exterior, nas áreas de negociações internacionais e defesa comercial, tendo participado da reforma da Tarifa Aduaneira do Brasil, da introdução e implementação dos Códigos antidumping, de salvaguardas e subsídios e medidas compensatórias no Brasil, atuando como representante do Governo Brasileiro nas negociações do GATT.

KATIA ROCHA. Técnica de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), autarquia vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão desde 1997. Doutora em Engenharia

Industrial/Finanças, Mestre e Graduada em Engenharia Industrial e Elétrica pela Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora no Departamento de Engenharia Industrial (2002-2013).

LUCIA HELENA SALGADO. Professora Titular da Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós Graduação em Ciências Econômicas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com pós-doutorado pela Université de Toulouse I, Capitole – Toulouse School of Economics (TSE) 2012-2013 (apoio CAPES). Doutora em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1996). Professora visitante Toulouse School of Economics, Master 2 ECL – Economics and Competition Law, (fev. mar. 2014); foi pesquisadora visitante e doutoranda em intercâmbio na Universidade da Califórnia, Berkeley (1994-1996); mestre em Ciência Política pelo IUPERJ e bacharel em Economia pela UFRJ. Foi membro do grupo de trabalho que deu origem à lei brasileira de defesa da concorrência e conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) por dois mandatos, de 1996 a 2000. Foi Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas de Estado, Instituições e Democracia do IPEA de 2008 a 2013. Atualmente, é Professora visitante do curso de Pós-Graduação em Gestão da Inovação do Laboratório de Gestão de Tecnologia e Inovação do Instituto de Geociências da Unicamp desde 2006; é membro da equipe de pesquisa do NECTAR/ITA (Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação do Instituto Tecnológico da Aeronáutica). Tem coordenado grupos de pesquisa em escala nacional e internacional desde 1994 em Organização Industrial, Regulação Econômica,

Mecanismos de Governança e Direito e Economia, atuando principalmente nos seguintes temas: instrumentos regulatórios e desenho de mecanismos, economia antitruste, propriedade intelectual e concorrência e nova economia institucional. Coordena o curso de pós graduação lato sensu em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência, oferecido pela UERJ.

MARCO AURÉLIO BITTENCOURT. Professor do Instituto Federal de Brasília – IFB , na área de gestão e negócios. Doutorado em Economia pela Unb.

MAURO GRINBERG. Ex-Conselheiro do Cade, Procurador da Fazenda Nacional aposentado, advogado especializado em Direito Concorrencial, sócio e fundador de Grinberg Cordovil.

POLYANNA VILANOVA. Sócia no Vilanova Advocacia e Ex-Conselheira do Cade. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pelo IDP. Especialista em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV.

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA. Doutoranda em direito pelo IDP, mestre em direito público pela UNB, pós-graduada em direito econômico e regulatório pela PUC-RIO, pós-graduada pela EMERJ, advogada, sócia fundadora do Mendonça Advocacia e sócia fundadora da WebAdvocacy.

RODRIGO ZINGALES OLLER DO NASCIMENTO. Sócio fundador de Zingales Advogados, cujas atividades iniciarem-se no ano de 2009 e no qual atua até hoje. Rodrigo tem vasta experiência em Direito da Concorrência, área na qual atua desde o ano de 1998, tendo trabalhado em casos envolvendo restrições

verticais e controle de concentrações econômicas, cartéis e condutas unilaterais, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Rodrigo atua ainda no desenvolvimento de programas de compliance para clientes locais e internacionais. De acordo com a publicação “Who’s Who Legal” (Brazil 2010), ele é uma “autoridade na área e elogiado por sua capacidade técnica impecável”. Além do Direito da Concorrência, Rodrigo possui também grande conhecimento jurídico na área de Telecomunicações e Internet, bem como de Direito Societário.

RUBEM CANTANHEDE. Advogado, graduado em direito pela Universidade de Brasília (FD/UnB), membro do Grupo de Estudo Constituição, Empresa e Mercado da UnB (GECM/UnB). Foi estagiário no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Possui experiência em investigações de práticas anticoncorrenciais e em notificações de atos de concentração, bem como na estruturação de programas de compliance concorrencial e de integridade corporativa.



Direito e Economia