

Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Organizadores:

Marcos André Mattos de **Lima**

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Autores:

Ana Flávia Napoli

Arthur Villamil Martins

Bianca Mollicone

César Alves de Mattos

Cristina Ribas Vargas

Eduardo Molan Gaban

Felipe Lima Meneguim

Fernanda Manzano Saveg

Fernando Boarato Meneguim

Fernando de Magalhães Furlan

Jorge Saba Arbache Filho

José Américo Azevedo

Juliana Oliveira Domingues

Kátia Rocha

Kevin Lucena de Oliveira Torres

Leandro Oliveira Leite

Luciano Ramos de Oliveira

Lucia Helena Salgado

Luiz Alberto Esteves

Marco Aurélio Bittencourt

Mauro Grinberg

Maxwell de Alencar Meneses

Belson Siffert

Polyanna Vilanova

Raul Sandoval Cerqueira

Rodrigo Zingales

Tatiane G. Oliveira Negreiros A.

Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Vol. II, nº 2 - 2023



Direito e Economia



Direito e Economia

Organizadores

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

Autores(as)

Ana Flávia Napoli
Arthur Villamil Martins
Bianca Mollicone
César Alves de Mattos
Cristina Ribas Vargas
Eduardo Molan Gaban
Felipe Lima Meneguín
Fernanda Manzano Sayeg
Fernando Boarato Meneguín
Fernando de Magalhães Furlan
Jorge Saba Arbache Filho
José Américo Azevedo
Juliana Oliveira Domingues
Katia Rocha

Kevin Lucena de Oliveira Torres
Leandro Oliveira Leite
Luciano Ramos de Oliveira
Lucia Helena Salgado
Luiz Alberto Esteves
Marco Aurélio Bittencourt
Mauro Grinberg
Maxwell de Alencar Meneses
Nelson Siffert
Polyanna Vilanova
Raul Sandoval Cerqueira
Rodrigo Zingales
Tatiane G. Oliveira Negreiros A.
Vanessa Vilela Berbel



Colunas da WebAdvocacy

Direito e Economia

Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy:

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

WebAdvocacy – Direito e Economia, 2023.

Vários autores. Digital

ISBN:

Bibliografia.

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

22-107073

CDU-34:33:381.81

Vol II

2023

Apresentação

O volume II de 2023 do livro Colunas da WebAdvocacy traz 29 artigos escritos por colunistas formadores de opinião nas áreas direito e a economia.

Apesar de estarem na fronteira do conhecimento, os artigos disponibilizados neste volume apresentam linguagem acessível e de fácil compreensão, sendo recomendada a sua leitura não somente para especialistas nas áreas de especialização da WebAdvocacy, mas também para todos os leitores quem tenham interesse em temas afetos ao direito e a economia.

Desfrute deste conteúdo exclusivamente ofertado pela WebAdvocacy e avance no entendimento das principais questões econômicas e jurídicas cotidianas.

Boa leitura!!!

Sumário

Apresentação	5
Direito de apresentar alegações finais no PA.....	10
<i>Arthur Villamil Martins</i>	<i>10</i>
Revenda de Veículos Automotores por Locadoras com Isenção de ICMS	15
<i>César Mattos.....</i>	<i>15</i>
Integração Vertical e seus Efeitos em Atos de Concentração: Um exemplo de Cadeia de Suprimento de Saúde Suplementar.....	25
<i>Cristina Ribas Vargas.....</i>	<i>25</i>
Ônibus elétricos em São Paulo são a melhor escolha? ..	34
<i>Felipe Lima Meneguim & Fernando B. Meneguim.....</i>	<i>34</i>
Equívocos e polêmicas na taxaço das compras internacionais	40
<i>Fernanda Manzano Sayeg</i>	<i>40</i>
Normas sobre mudanças climáticas podem impedir o ingresso de produtos brasileiros na União Europeia	45
<i>Fernanda Manzano Sayeg</i>	<i>45</i>
Algumas dúvidas frequentes de pequenos negócios sobre concorrência	52
<i>Fernando de Magalhães Furlan.....</i>	<i>52</i>
Ainda sobre algumas dúvidas frequentes de pequenos negócios sobre concorrência. Potenciais condutas anticompetitivas no relacionamento com concorrentes	64
<i>Fernando de Magalhães Furlan.....</i>	<i>64</i>

Atrasos de pagamento: como proteger as MPME nas suas relações comerciais?.....	71
<i>Fernando de Magalhães Furlan.....</i>	<i>71</i>
Resiliência com eficiência: como o powershoring pode colaborar para a descarbonização e o desenvolvimento econômico da américa latina e caribe	76
<i>Jorge Arbache & Luiz A. Esteves</i>	<i>76</i>
Muito Prazer, Regulação!.....	87
<i>Juliana Oliveira Domingues & Eduardo Molan Gaban.....</i>	<i>87</i>
Crescimento, Reformas e os Indicadores PMR de Competição, Regulação e Abertura.....	95
<i>Katia Rocha*</i>	<i>95</i>
Investimentos em Rodovias e o Novo Modelo Proposto de Compartilhamento de Risco de Demanda da ANTT	104
<i>Katia Rocha.....</i>	<i>104</i>
Estratégias para Desenvolvimento do Mercado de Hidrogênio Verde – A Experiência do Leilão H2Global	113
<i>Katia Rocha e Nelson Siffert</i>	<i>113</i>
Propostas de regulação concorrencial dos mercados digitais no exterior: visões e objetivos do Digital Markets Act e do American Innovation and Choice Online Act	122
<i>Kevin Lucena de Oliveira Torres</i>	<i>122</i>
CADE e Banco Central na defesa da concorrência do mercado financeiro.....	131
<i>Leandro Oliveira Leite</i>	<i>131</i>

É mesmo necessário regular plataformas digitais? Por quê? Como? Por quem?.....	140
<i>Lucia Helena Salgado & Bianca Mollicone</i>	<i>140</i>
Arbitragem em contratos internacionais de mineração: salvação ou armadilha?	148
<i>Luciano Ramos de Oliveira & José Américo Azevedo.....</i>	<i>148</i>
Restrição orçamentária do Governo e juros: um lembrete importante.	165
<i>Marco Aurélio Bittencourt</i>	<i>165</i>
Uma análise elementar de teoria de preços sobre a taxaçoão às importações asiáticas de até US\$ 50	169
<i>Marco Aurélio Bittencourt</i>	<i>169</i>
O Novo paradigma desenvolvimentista: produtivismo.	172
<i>Marco Aurélio Bittencourt</i>	<i>172</i>
O Ministério Público Federal no processo administrativo sancionador do CADE	177
<i>Mauro Grinberg.....</i>	<i>177</i>
Discriminação como infração. A propósito de um painel instigante mas enigmático	183
<i>Mauro Grinberg.....</i>	<i>183</i>
Venda casada de PC novo com sistema Operacional Microsoft	188
<i>Maxwell de Alencar Meneses.....</i>	<i>188</i>
Regulação e concorrência: o setor de telecomunicações	194

<i>Polyanna Vilanova & Ana Flávia Napoli</i>	194
Desenvolver aeroportos regionais requer gestão profissional	202
<i>Raul Sandoval Cerqueira</i>	202
As Verdades e os Mitos da Marca e Qualidade no Mercado de Combustíveis Brasileiros	209
<i>Rodrigo Zingales Oller do Nascimento</i>	209
Desafios da Análise Concorrencial em Mercados Digitais	218
<i>Tatiane G. Oliveira Negreiros A.</i>	218
Um feliz dia das mães em 2023?	227
Devolução do IR retroativo sobre valores das pensões alimentícias recebidas e Recomendação CNJ nº 128/2022: motivos para comemorar.	227
<i>Vanessa Vilela Berbel</i>	227
Organizadores:	231
Autores:	232

Direito de apresentar alegações finais no PA

Arthur Villamil Martins

O processo administrativo para imposição de sanções por infração da ordem econômica (PA) previsto nos art. 69 e seguintes da Lei 12.529/2011 é tipicamente um processo de natureza punitiva e, portanto, deve se orientar pelos princípios inerentes ao devido processo, assegurando aos representados a garantia de ampla defesa e o exercício pleno do contraditório.

As alegações finais estão previstas no art. 76 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC). Esse dispositivo legal foi redigido de modo pouco claro - talvez por deficiente técnica legislativa consistente em aglutinar em uma mesma frase questões distintas - deixando margem para questionamentos acerca da efetiva existência do direito de apresentação de alegações finais pelos representados.

O exame da sequência dos dispositivos legais que disciplinam o processo administrativo ajuda a lançar luz sobre a questão. O art. 74 da LDC trata da remessa do PA ao Tribunal, depois que a Superintendência-Geral tiver concluído a instrução processual e opinado, em relatório circunstanciado, pela condenação dos representados ou pelo arquivamento do processo. O art. 75 dispõe que o Presidente do CADE realizará a distribuição do processo ao Relator por sorteio. O art. 76, *caput*, trata da possibilidade de o Conselheiro Relator determinar (ou

não) a realização de diligências complementares antes do julgamento. Já o parágrafo único do art. 76 dispõe que o Conselheiro Relator poderá ordenar novas diligências, caso entenda necessário, e que depois de realizadas as novas diligências dará vista aos representados para apresentação de alegações finais. Eis a disposição literal da lei:

Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

Da literalidade do parágrafo único exsurge a seguinte dúvida: o Relator somente deve oportunizar a apresentação de alegações finais quando tiver realizado novas diligências ou deve sempre, independente da realização de novas diligências, franquear a oportunidade de apresentar alegações finais aos representados? Muito embora a lógica processual pareça apontar para a necessidade de sempre oportunizar aos representados a apresentação de alegações finais, essa questão é controversa.

O tema já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. Na ação anulatória de autos nº 0013987-53.2015.4.01.3803, o Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Uberlândia/MG acolheu a arguição de cerceamento de defesa e declarou a nulidade do julgamento do PA Nº 08700.000649/201378, por não ter sido oportunizado aos representados a apresentação de alegações finais antes do julgamento do Tribunal. Já na ação anulatória nº 0013976-24.2015.4.01.3803, o Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Uberlândia/MG rejeitou a alegação de nulidade do julgamento, acolhendo as alegações do CADE no sentido de que somente seria necessário abrir prazo para alegações finais quando forem realizadas novas diligências pelo Relator. Ambas as sentenças foram apeladas e se encontram pendentes de julgamento no Tribunal Regional da Sexta Região.

Como se vê, a questão é controvertida no âmbito do CADE e do Judiciário. Porém, em nossa visão, com a devida vênia e respeito aos que se posicionam em sentido contrário, a questão não é de difícil solução.

O PA é um processo de natureza exclusivamente punitiva e, ademais, também se reveste de certas nuances inquisitivas. Logo, indispensável que se lhe apliquem os princípios e as garantias processuais inerentes ao direito processual sancionador, dentre os quais, o direito do representado de falar por último (falar depois da acusação), antes do julgamento pelo Tribunal.

Da leitura atenta do Capítulo IV da LDC verifica-se que PA tem seis etapas bem definidas até ser remetido

ao Tribunal para julgamento: i) O representado é intimado para apresentar defesa no prazo de 30 dias (art. 70); ii) A Superintendência-Geral analisa a defesa e determina a realização de provas (pela letra fria do art. 72 a SG teria uma espécie de prerrogativa de “determinar as provas que entende pertinentes” – nuance tipicamente inquisitorial); iii) As provas são colhidas; iv). O representado é intimado para apresentar, em cinco dias, o que o art. 73 chamou de “novas alegações”, cuja função nos parece ser principalmente reavivar os pontos da defesa em face das provas produzidas no PA; v) A SG encerra a instrução e em seguida apresenta suas conclusões, opinando pela condenação do representado ou pelo arquivamento do processo (art. 74); vi) O PA é remetido ao Tribunal e o Relator poderá determinar novas diligências ou requerer a inclusão do feito na pauta de julgamento.

Do exame do fluxo processual do PA previsto na LDC verifica-se que a última oportunidade de fala do representado teria sido nas “novas alegações” previstas no art. 73 da LDC. Depois disso, a SG, que exerce nitidamente função acusatória, irá falar nos autos, opinando pela condenação ou pelo arquivamento do caso (art. 74). Em seguida, o feito é remetido ao Tribunal e, caso o Relator não determine a realização de novas diligências, se ele não oportunizar ao representado a apresentação de alegações finais isso significa que o acusado não terá qualquer direito de defesa escrita perante o Tribunal. Pior ainda, a acusação (SG) terá sido a última a falar nos autos, pervertendo, por óbvio, a garantia processual de que a defesa deve falar por último.

Por fim, para que não restem dúvidas acerca da necessidade de sempre se oportunizar aos representados o direito de apresentar alegações finais escritas perante o Tribunal, como fala final da defesa, note-se que o art. 77 da LDC determina que *“No prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento.”* Ou seja, o feito somente estará maduro para julgamento depois que a defesa tiver tido a oportunidade de apresentar as alegações finais, independentemente da realização (ou não) de novas diligências pelo Relator.

É necessário que o CADE esteja atento para a boa aplicação dos princípios que norteiam o devido processo administrativo disciplinar, não apenas para evitar nulidades processuais desnecessárias, mas, acima de tudo, para assegurar um julgamento justo e equilibrado, o que somente se pode obter quando se assegura às partes (acusação e defesa) simétrica paridade de armas. Uma das formas mais comezinhas de paridade de armas no devido processo é a definição do momento de manifestação das partes: a acusação fala primeiro e a última palavra antes do julgamento é sempre do acusado, jamais do acusador.

Revenda de Veículos Automotores por Locadoras com Isenção de ICMS

César Mattos

Introdução

I Os Estados tendem a oferecer reduções ou mesmo isenções do ICMS para bens de capital em geral como forma de atrair investimentos, o que faz parte da chamada “guerra fiscal”.

O artigo 15 da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979 (Lei Ferrari), define que montadoras de veículos podem vender diretamente para locadoras de veículos. E como nesse caso específico, o veículo funcionará como um bem de capital para a locadora, é usual os estados concederem reduções do ICMS para estas operações. Diferente da venda do veículo para consumidores finais, para o qual o veículo em geral, funcionará como um bem de consumo.

O Estado de São Paulo, por exemplo, oferece desconto de 90% do ICMS na venda do veículo da montadora para a locadora¹. Isso naturalmente torna o

¹ Ver art. 1º inciso IV do [DECRETO Nº 66.391, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2021 DO ESTADO DE SÃO PAULO](https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/paginas/Decreto-66391-DE-2021.aspx) que altera o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS do Estado de São Paulo. [HTTPS://LEGISLACAO.FAZENDA.SP.GOV.BR/PAGINAS/DECRETO-66391-DE-2021.ASPX](https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/paginas/Decreto-66391-DE-2021.aspx)

preço do veículo vendido pela montadora à locadora menor do que seria caso não houvesse o desconto.

No entanto, sabemos que o repasse da redução do ICMS ao preço que a montadora cobra da locadora não é integral, cabendo uma análise de incidência de tributos que depende das elasticidades da oferta e da demanda e do poder de mercado de cada um desses agentes (montadora e locadora), um em relação ao outro. Quanto maior o poder de mercado da montadora em relação à locadora, menor será o repasse da redução do ICMS para a redução de preços resultante do desconto do ICMS.

Na próxima seção avaliamos o incentivo à arbitragem tributária na revenda de veículos por locadoras. A terceira seção explica a transformação fundamental da perspectiva tributária do veículo de bem de capital para bem de consumo na revenda por locadoras. A quarta seção apresenta o papel proeminente da venda de veículos por locadoras. A quinta seção discute esta isenção e a possível contradição entre o incentivo ao fluxo de investimento e o incentivo ao incremento no estoque de capital. A sexta seção conclui.

1. Redução e Isenção do ICMS, Incentivo à Arbitragem Tributária e o Convênio Confaz 64/2006

O problema de os Estados oferecerem descontos do ICMS tão significativos para as locadoras pode fazer com que estas últimas vejam a compra do veículo não só como um “bem de capital” para os serviços de locações (o negócio presumido das locadoras). É possível que as locadoras passem a ver a aquisição de veículos também como uma possibilidade de realizar arbitragem tributária

entre o preço menor pago à montadora e o preço maior que os consumidores finais pagam pelo automóvel em função do ICMS.

Uma das formas de resolver este problema de possível “arbitragem tributária” foi realizada no Convênio ICMS nº 64 de 07/07/2006 do Confaz². Sua cláusula primeira define que se o veículo for vendido antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, deverá ser efetuado o recolhimento do ICMS em favor do estado do domicílio do adquirente. Ademais, a cláusula segunda do mesmo Convênio define que a base de cálculo do imposto será o preço de venda ao público sugerido pela montadora. Como esta base de incidência, o preço sugerido do seminovo, será menor que a base de incidência representada pelo preço do veículo novo, o valor do ICMS pago pelas locadoras na revenda é inferior na medida da diferença de preços do novo/seminovo.

Essa regra de isenção de ICMS apenas após um ano estabelecida pelo Confaz certamente inibe, mas possivelmente não elimina, os incentivos para a arbitragem tributária.

2. A Contestação da Regra de Não Isenção e a Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) pela Constitucionalidade: A Tese da Transformação Fundamental (TF)

A regra de não isenção por um ano do Convênio 64/2006 do Confaz foi desafiada pela Localiza no Recurso

² <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=16085>

Extraordinário 1.025.986 Pernambuco³. A locadora entendeu que seria inconstitucional o Estado de Pernambuco cobrar ICMS pela venda do carro seminovo pelas locadoras mesmo antes de um ano da aquisição do veículo.

Conforme o voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes no STF, a tese da Localiza é de que *“as vendas de veículos usados realizadas pela impetrante (locadora de automóveis) consubstanciam alienação de ativo fixo e não de mercadorias, pelo que tais vendas não se sujeitariam à tributação pelo ICMS”*.

A réplica do Ministro foi bastante simples e, principalmente, correta. Reconhece que *“a venda de bens oriundos do ativo fixo não configura operação de circulação de mercadorias”*. Acrescenta, no entanto, que *“essa regra.... deriva não da circunstância de que tais bens tenham integrado ou sejam oriundos do ativo fixo, e sim da circunstância de não terem eles a destinação mercantil que subjaz inerente ao conceito de mercadoria”*. Assim, se o ativo for *“reinserido na circulação depois de período fora do comércio”*, deixa de ser bem de capital e, portanto, volta a ser devido o ICMS.

Assim, na venda do veículo pela locadora é como que se o produto passasse por uma “transformação fundamental” (TF) do ponto de vista da legislação do ICMS: de ativo ou bem de capital para mercadoria ou bem final. Daí em sua alienação *a posteriori*, a incidência do ICMS se faz considerando o veículo como o bem de

3

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344342941&ext=.pdf>

consumo que se tornou e não como o bem de capital que já foi.

Um parêntesis aqui é importante. Apesar de não abordado no voto do ministro, pelo mesmo argumento levantado da TF, seria possível distinguir quando a locadora vende para outra locadora, mantendo a característica de “bem de capital” ou para outros consumidores em que a TF, de fato acontece. Assim, seria cabível manter a isenção do ICMS a qualquer tempo para vendas de veículos de locadoras para outras locadoras já que a TF não ocorre e a característica de bem de capital do veículo é mantida.

Na verdade, esta ressalva pode ir bem além. Por exemplo, por que um motorista de aplicativo que usa seu veículo para gerar o serviço de transporte de passageiros e, portanto, receitas, também não pode ser considerado “bem de capital” tal como o é para as locadoras? Outras atividades em que o veículo entra na “função de produção” de autônomos poderiam teoricamente indicar que a natureza do veículo também é de “bem de capital”, o mesmo princípio usado para os veículos de locadoras. O problema de aplicação mais genérica do princípio seria naturalmente a complexificação da regra e a maior possibilidade de fraude para pagar menos impostos.

Voltando à questão principal, o Ministro, contrariamente à pretensão da Localiza, definiu a tese de que *“É constitucional o Convênio CONFAZ n.64/2006 ao prever recolhimento da diferença de ICMS quando da revenda de veículo por locadora em prazo inferior a 12 meses”*. Ou seja, o Convênio CONFAZ nº 64/2006 não pode ser considerado inconstitucional.

Note-se que isso ocorreria provavelmente também com várias outras regras que considerassem a TF do veículo de bem de capital para bem de consumo para locadoras, eventualmente adotadas pelo CONFAZ ou mesmo por lei aprovada no Congresso. Ou seja, poderia valer para um prazo de não isenção de seis meses ou de dois anos, por exemplo. Assim, de uma forma mais genérica, o STF sinalizou que não deverá ser inconstitucional, portanto, o Confaz ou uma lei estabelecerem prazos para a não isenção. Ou mesmo para não haver isenção alguma na revenda.

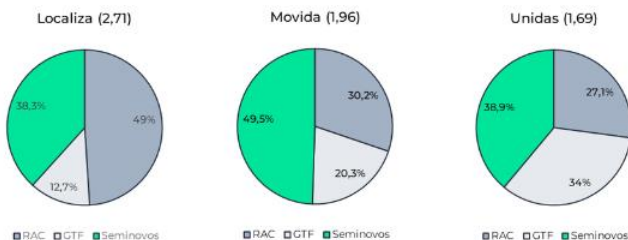
3. Incentivo à Arbitragem Tributária e o Prazo de Não Isenção do ICMS de um Ano

Como destaca artigo do site trademap⁴ de junho de 2022 “*as locadoras são consideradas prestadoras de serviço, já que o core business é o aluguel dos carros. Mas, como elas já compram os carros das montadoras com 20% a 35% de desconto em barganha volumosa, surge a oportunidade de revender esses veículos de forma vantajosa*”. A mesma matéria mostra o percentual

⁴ <https://trademap.com.br/agencia/analises-e-relatorios/icms-locadoras-localiza-rent3-movida-movi3#:~:text=Isso%20porque%20as%20locadoras%20de,ap%C3%B3s%2012%20meses%20de%20uso.>

da venda de veículos seminovos em três importantes locadoras de automóvel no Brasil.

O peso dos seminovos no setor de locação (em R\$ bilhões)



Fonte: Trademap

Note que o percentual da venda de seminovos na receita total de Localiza, Movida e Unidas está entre 38,3% e 49,5%, números expressivos.

A matéria também informa que no primeiro trimestre de 2022, a Movida reportou um crescimento de 253,2% na receita bruta da operação de seminovos, para R\$ 981,5 milhões. No mesmo período, o número de carros vendidos saltou 184,3%, atingindo a marca de 15.225 negócios.

Conforme ainda a matéria da trademap, o veículo da Movida é vendido com uma idade média de 14 meses.

Ou seja, a relevância da venda de veículos é grande no negócio das locadoras e está aumentando. Isso pode ser um indicador de que o período de não isenção de um ano ainda seja insuficiente para reduzir o incentivo à arbitragem tributária. E esta arbitragem compromete o principal objetivo da política: incentivar investimentos.

4. Contradição entre Funções Objetivo: Fluxo de Investimento X Estoque de Capital

Como já destacado, o principal objetivo dos estados em relação à isenção do ICMS é fomentar investimentos.

Não há dúvida que reduzir o incentivo à arbitragem aumentando o período de não isenção do ICMS para mais de um ano também reduz o incentivo a este investimento específico que é a aquisição de veículos por locadoras para o objetivo de locação.

No entanto, dada a TF, pode-se questionar o próprio mérito do objetivo “incentivar investimentos” neste caso. O que há de importante nesse incentivo a investimentos, ao final e ao cabo, é o incremento da capacidade de produzir bens e serviços pelo incremento do estoque de bens de capital na economia.

No caso em tela, no entanto, estamos discutindo a própria redução do período em que veículos funcionam como bens de capital e, portanto que integram o estoque de bens de capital na economia. Quando os veículos são revendidos para consumidores finais, de fato, acontece um “desinvestimento” da locadora, reduzindo aquele estoque de capital.

Ou seja, ao estimular o investimento em veículos mantendo a isenção parcial do ICMS por período inferior a um ano, teríamos também uma redução da vida útil deste capital, o que tem o efeito oposto ao desejado que é reduzir o estoque de capital da economia.

Sendo assim, como o período de isenção afeta as duas variáveis, o investimento e o desinvestimento neste tipo de bem de capital específico, os veículos de locadoras, cabe ter como objetivo ampliar o “investimento líquido”

para um dado período de tempo, o que seria dado pela diferença entre a aquisição e a venda dos veículos pelas locadoras. Com esta métrica, o ganho da política pública de reduzir o ICMS para veículos revendidos por locadoras se reduz bastante.

Conclusões

Mesmo em uma regra em que não houvesse qualquer isenção do ICMS com muito tempo de uso do veículo nas locadoras (por exemplo, cinco anos), permanece havendo ainda incentivo na aquisição de veículos bens de capital pelas locadoras por meio do desconto de 90% de ICMS (referência São Paulo) dado que a alíquota incidirá em um preço do automóvel muito menor e ainda mais longe no tempo. E com um agravante: dado haver uma quilometragem média maior dos veículos de locadoras, gerando uma depreciação real maior do veículo, o preço desses usados específicos tendem a ser bem menores, reduzindo a base de incidência do ICMS na hipótese de inexistência de isenção. Ou seja, o incentivo inicial da isenção na compra

Além do tempo mínimo para a venda com isenção, outras regras são plausíveis para o mesmo objetivo de desincentivar a arbitragem tributária. Por exemplo, é possível escalonar a isenção do ICMS das locadoras conforme o tempo. Ou seja, não é necessário ter uma solução de um período de tempo fixo (hoje de um ano) em que para mais a isenção é completa e para menos não há isenção alguma. A não isenção pode ser mais gradual.

No entanto, a virtude da regra atual é sua grande simplicidade: até um determinado período (de um ano como atualmente ou qualquer outro período fixo), não tem isenção alguma e após este período isenção total. Tratando-se do ICMS, simplicidade é algo muito relevante e, portanto, complexificar a regra com escalonamentos não deve ser uma boa ideia.

Com base na premissa de reduzir o incentivo para a arbitragem tributária e manter a simplicidade da regra, seria interessante ampliar o prazo de não isenção de um para dois anos ou mais, não sendo impensável que simplesmente se acabe com a isenção do ICMS para a revenda de veículos de locadoras, dada a TF bem identificada pelo STF. De outro lado, caberia também manter a redução do ICMS para a revenda de veículos entre locadoras, inclusive sem prazo algum dado que a TF não se observa e o automóvel se mantém como bem de capital.

Integração Vertical e seus Efeitos em Atos de Concentração: Um exemplo de Cadeia de Suprimento de Saúde Suplementar.

Cristina Ribas Vargas

Cadeia de Suprimento, Custos de Transação e Teoria Baseada em Recursos

As economias modernas observa-se que a grande maioria das empresas é responsável por uma ou algumas etapas de um processo produtivo de bens ou serviços. É raro identificar empresas que contemplem etapas desde a produção de seus insumos até a comercialização de seu produto ou serviço final ao consumidor. O mais habitual é verificarmos empresas que adquirem insumos de outras empresas, transformando-os ou beneficiando-os e posteriormente vendendo sua produção à empresas especializadas em distribuição e vendas à varejo. Assim como na produção de bens, no setor de serviços também identificamos especialização de empresas por segmentos, do montante à jusante, isto é dos fornecedores aos consumidores finais. Denominamos *cadeia de suprimento* aquela que abrange desde os fornecimentos de insumos, até a etapa de pós-venda aos consumidores. Por exemplo, uma operadora de planos de saúde, cujo produto final é a comercialização de planos com determinada cobertura de serviços, credencia outras empresas para a realização de exames de diagnósticos a seus beneficiários, bem como

consultas realizadas por clínicas independentes, hospitais, centros médicos etc., e ainda, terceiriza a contratação de atividades indiretas (*overheads*), tais como segurança e tecnologia da informação. Neste processo, a tendência esperada é de que a cada etapa da cadeia o aumento do valor agregado final. A análise das etapas que agregam maior ou menor valor durante o processo permitem a realização da reengenharia da cadeia, em busca do máximo de vantagem competitiva possível, reposicionando, reestruturando, ou até mesmo eliminando alguma etapa da cadeia.

A partir da necessidade de análise da gestão da cadeia de valor, Ronald Coase (1937) identificou que em determinadas circunstâncias poderia ser mais eficiente empreender certas atividades da cadeia internamente pela empresa. Atividades realizadas por terceiros, que incidem em elevados custos de contrato para garantir seu controle ou entrega, podem incentivar a empresa a internalizar a atividade. Na década de 1960 Williamson relacionou a análise de custos de transação e operações de compra no mercado, definindo os custos de transação como os custos de negociar, monitorar e fazer cumprir contratos no mercado. Quanto maiores as incertezas e mais complexas as condições contratuais, maiores tendem a ser os custos de transação, tais como em contratos envolvendo investimentos de longo prazo, ou investimentos prévios cujas alterações contratuais posteriores não compensam o investimento inicial (*hold-up*). Outro aspecto importante identificado na avaliação do custo de transação ocorre quando uma negociação apresenta informações assimétricas, isto é, uma das partes possui maiores informações sobre os custos e benefícios do contrato do

que a outra, neste caso o custo de equilibrar a negociação pode vir a torná-la inviável.

Uma abordagem alternativa à dos custos de transação é a Teoria Baseada em Recursos, que afirma que certas empresas acumulam ativos, habilidades e conhecimentos que lhes confere competências distintivas, difíceis de serem imitadas e que lhes garante vantagem competitiva no mercado. Neste caso, as atividades realizadas pela empresa que apresentassem competências distintivas estariam associadas a menores custos comparativos, e portanto estas deveriam ser mantidas internamente, ao passo que terceirizar as atividades sem competências distintivas poderia auxiliar na redução de custos. No entanto, uma vez identificada a existência de uma competência essencial, é bem provável que os custos de transação para protegê-la da imitação pela concorrência venham a aumentar. Nesses casos, uma solução seriam contratos mais precisos e que objetivassem mitigar o risco de imitação, devendo ser aplicados tanto à montante quanto à jusante em cadeias produtiva ou de suprimento.

Integrações Verticais – definições e cadeia de mercado de saúde suplementar

Os custos de transação e as teorias baseadas em recursos nos auxiliam a identificar o sentido no qual determinadas cadeias de suprimento caminham para maior integração de atividades dentro de uma mesma empresa ou grupo empresarial. A integração pode ser horizontal, vertical ou em conglomerados. Aqui destaca-se apenas a definição acerca da integração vertical. A integração vertical ocorre quando empresas de *diferentes*

etapas da cadeia de suprimento se fundem, ou uma adquire a outra. A dimensão vertical da análise da empresa reflete suas escolhas acerca de quais bens e serviços devem ser produzidos internamente ou terceirizados desde o insumo até a venda final ao consumidor. Segundo Perry (1989) uma firma é definida como verticalmente integrada se envolve dois processos interligados:

1º) *Upstream* – a produção realizada na etapa *upstream* de uma cadeia é empregada totalmente ou em parte, como um insumo intermediário no processo downstream desta mesma cadeia;

2º) *Downstream* – a quantidade de um insumo intermediário que é utilizado em uma etapa downstream é obtida em parte ou totalmente de um processo upstream.

Neste sentido, a integração vertical pode ocorrer de forma parcial, isto é, quando somente parte dos insumos produzidos na etapa *downstream* da cadeia é fornecido pela própria empresa, ou somente parte da produção da etapa *upstream* é vendida para outros compradores.

Uma característica da integração vertical é a redução da necessidade de contratos para efetuar as trocas no mercado, já que as transações serão dentro da própria empresa. Quanto mais integrada a empresa, mais autonomia de decisão sobre níveis de investimento, emprego, produção e distribuição ela terá.

Conforme dados do CADE(2022) a integração vertical é um dos aspectos mais discutidos em Atos de Concentração nos mercados que envolvem a cadeia de saúde suplementar. Nos mercados que constituem essa cadeia, tais como operadoras de planos de saúde,

hospitais, centros médicos, serviços de medicina diagnóstica etc. verifica-se a existência de uma tendência de verticalização, que pode ser explicada por diversos motivos, mas cujas consequências positivas e negativas sobre o conjunto do mercado exigem o olhar atento do Conselho. Em que pese os ganhos de eficiência possam ser benéficos tanto para a empresa quanto para seus consumidores, a possibilidade de algum abuso de poder decorrente dessa integração deve ser considerada. A possibilidade de constituição de barreiras à entrada, intensificação de assimetrias de informação e concentração de mercado podem facilitar o exercício do poder de mercado por uma empresa dominante. No caso do Brasil é possível que as normas editadas pela ANS tenham contribuído para incentivar os processos de integração vertical entre as operadoras de planos de saúde e os elos da cadeia à jusante (ver figura 1- modelo de cadeia). Tais normas objetivam assegurar que os consumidores serão atendidos por operadoras com saúde financeira e patrimonial suficiente para atender a todos os serviços cobertos pelos seus planos de saúde, o que é benéfico quando se trata da proteção do consumidor. Contudo, pode-se dizer que há uma barreira em termos de exigência de capital mínimo para a atuação nesses mercados, que podem desincentivar o ingresso de empresas de menor capacidade financeira neste mercado.

Uma das eficiências que a integração vertical traz para a cadeia de saúde suplementar é a eliminação do problema do agente-principal, isto é, a eliminação dos interesses antagônicos em diferentes elos da cadeia de

suprimento. Uma vez que tanto a operadora de plano de saúde (OPS) quanto os prestadores de serviços, tais como ambulatórios, laboratórios de apoio a saúde diagnóstica (SAD), hospitais etc. desejam auferir a maior renda possível no mercado de saúde, tem-se que para as OPS esta renda aumenta quando o usuário não utiliza os serviços disponibilizados pelo plano, ao passo que a renda do prestador do serviço cresce quando há a utilização de sua estrutura de serviços (consultas em hospitais, internação em leitos, realização de exames de diagnósticos etc.). A integração elimina esse conflito de interesses, pois a oferta de plano de saúde e a prestação de serviços cobertos pelo plano passam a ser feitos pelo mesmo agente.

As etapas da análise de integração vertical podem ser resumidas pelos seguintes pontos de análise:

- 1) Definição dos mercados relevantes observando-se as características dos produtos/serviços ofertados, bem como, o mercado geográfico de atuação das empresas requerentes;
- 2) Determinação dos *market-shares* nos mercados relevantes a fim de identificar o grau de concentração pré e pós-operação de integração;
- 3) Análise da possibilidade de prejuízos à concorrência nos mercados à montante e à jusante;

- 4) Análise do resultado líquido da operação, após consideração dos ganhos de eficiência *versus* prejuízos decorrentes da concentração.

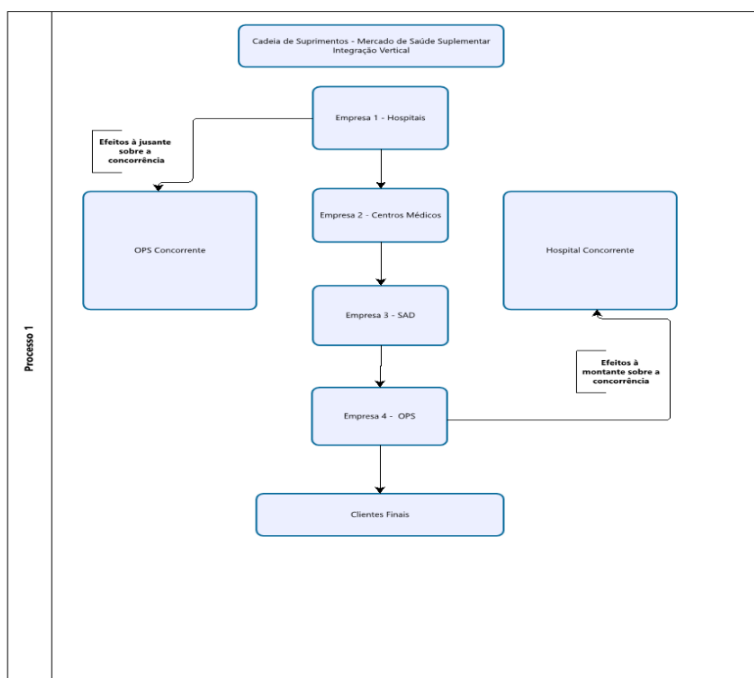
Embora a integração da cadeia à montante e à jusante seja vista no sentido vertical, é importante destacar que os possíveis efeitos negativos provocados pela integração ocorrem no sentido empresa integrada – concorrentes de mercado. Assim, os efeitos da integração direcionam-se no sentido horizontal entre a empresa integrada e as demais participantes do mercado. Especificamente durante a análise de integração vertical busca-se verificar a possibilidade de fechamento de mercado por parte da empresa integrada, nos segmentos à montante e à jusante de sua cadeia de suprimento para os concorrentes de mercado, de tal forma que se configure a prática de condutas anticompetitivas contra as empresas independentes. Observamos na figura 1 que embora a integração ocorra no sentido é vertical da cadeia de suprimento, suas conseqüências são horizontais, pois os possíveis fechamentos de mercado incidem sobre seus concorrentes.

Conforme explicitado em CADE(2022) os efeitos de fechamento para a concorrência na cadeia de saúde suplementar, cuja integração ocorre entre OPS e Hospitais por exemplo, deve ser analisada à jusante e à montante:

- 1) Qual a possibilidade de fechamento de mercado de serviços prestados pelos hospitais às operadoras de planos de saúde independentes?

- 2) Qual a possibilidade de fechamento do mercado de plano de saúde (já integrado aos hospitais da rede própria) para o credenciamento de hospitais independentes?

Figura 1 – Exemplo de Integração Vertical na Cadeia de Suprimento de Saúde Complementar e Efeitos Concorrenciais.



Por fim, a conclusão acerca da possibilidade de fechamento de mercado à montante e a à jusante dependerá da posição de dominância da empresa

integrada no mercado, da existência de barreiras à entrada, e da incapacidade dos concorrentes já instalados de oferecer serviços plenamente substitutivos aos oferecidos pela empresa integrada.

Referências bibliográficas

CADE(2022), Cadernos do CADE – **Atos de Concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica**, CADE, janeiro de 2022.

COASE, R.H., The Nature of the Firm, **Econômica**, volume 4, Nº.16, p.386-405, London: LSE, 1937

Disponível em 10/04/2023:

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>

NELLIS, Joseph, PARKER,David(2003), **Princípios de Economia para os Negócios**. São Paulo: Futura, 2003.

PERRY, M. K. (1989), **Vertical Integration determinants and effects**. In: **Schamalensee,R., Willig,R. (Eds.)**. Handbook of Industrial Organization. Amsterdam: North-Holland, 1989.

Ônibus elétricos em São Paulo são a melhor escolha?

Felipe Lima Meneguini¹ & Fernando B. Meneguini²

Conforme divulgado na mídia³, a prefeitura de São Paulo anunciou que substituirá parte da frota atual de ônibus por veículos elétricos. A meta é que, até o final de 2024, o município tenha 2,6 mil ônibus elétricos rodando, o que representa 20% da frota que hoje circula na cidade de São Paulo.

O senso comum enquadra essa medida como uma iniciativa louvável; no entanto, uma avaliação técnica deve estar permeada de evidências concretas para permitir a conclusão de ter havido ou não ganhos de bem-estar social; há que se comparar todos os custos envolvidos, incluindo custos de oportunidade, entre as várias opções que poderiam ser escolhidas.

¹ Graduando em Economia na FEA/USP. Vice-Presidente da Liga de Mercado Financeiro FEA/USP. Estagiário na área de Macro Research do Bradesco BBI.

² 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. Professor do Mestrado do IDP e da AMBRA University.

³ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/meio-ambiente/audio/2023-01/sao-paulo-quer-20-da-frota-de-onibus-sendo-eletrica-ate-2024>

No caso da adoção de veículos elétricos, podem-se trazer alguns dados simples que demonstram o tamanho do gasto e, consequentemente, a necessidade de criteriosa avaliação. Conforme informação da Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade⁴, somando os custos de adaptação de infraestrutura – afinal, é necessário todo um suporte específico para recarregar os veículos –, com o custo dos novos veículos, o governo gastaria R\$ 8 bilhões. Para se ter ideia relativa desse investimento, a Prefeitura de São Paulo destinou em 2023 para a função transporte 8,5% de seu orçamento, o que significa R\$ 8,16 bilhões⁵. Dada essa restrição orçamentária relevante, o *trade-off* existente entre gastar com ônibus e gastar com outros modais – em especial, com linhas de metrô e trens –, torna-se consideravelmente relevante.

Assim, para verificar a racionalidade econômica da aquisição dos ônibus elétricos, o presente artigo propõe a realização de um exercício simples baseado na análise de custo-benefício para comparar os dois principais modais “verdes” da cidade de São Paulo, isto é, os ônibus elétricos e os tradicionais trens e metrô.

Na literatura econômica, o debate ônibus versus metrô não possui um vencedor claro; existem trabalhos empíricos que defendem o primeiro meio em detrimento do segundo e vice-versa. Dada essa controvérsia ainda em

⁴ <https://www.investe.sp.gov.br/noticia/prefeitura-de-sp-fecha-parceria-com-enel-em-projeto-de-r-8-bilhoes-para-onibus-eletricos-1/>

⁵ <https://orcamento.sf.prefeitura.sp.gov.br/orcamento/uploads/2023/CADERNO%20OR%20C3%87AMENTO%20LOA%202023.pdf>

aberto, é preciso se valer de características específicas inerentes à cidade de São Paulo.

De acordo com estudo sobre mobilidade urbana conduzido pela organização da sociedade civil Rede Nossa São Paulo⁶, o tempo médio gasto para se locomover na cidade em 2022, considerando deslocamento de ida e volta para a realização de todas as atividades diárias, foi de 2h19min para quem usa carro e 2h23 para usuários de transporte público. Dentre os transportes públicos, os ônibus levam ampla vantagem em relação ao modal ferroviário no quesito aderência (33% versus 11%). Por fim, hoje, São Paulo é a segunda cidade em termos de taxa de engarrafamento do país, perdendo somente para Belo Horizonte, de acordo com o Global Traffic Scorecard⁷.

Frente a essas considerações iniciais, é plausível se afirmar que o modal terrestre apresenta sinais de sobrecarga evidentes – o *gap* praticamente inexistente entre carros e transportes públicos, pouco usual para a maioria das metrópoles, é um indicador bastante forte nesse sentido. A baixa penetração dos metrô e trens no universo total dos meios de transporte também é algo que demanda atenção.

A fim de se analisar empiricamente a questão da subpenetração dos metrô e trens, construiu-se uma série de tempo da média mensal de usuários da linha amarela de 2018 até 2022 usando tabelas fornecidas em relatórios

⁶ https://www.nossasaopaulo.org.br/wp-content/uploads/2019/01/211404_Viver-em-Sao-Paulo_Tematica-2-Mobilidade-v1.pdf

⁷ <https://inrix.com/scorecard/>

da ViaQuatro⁸ – empresa responsável pela administração da linha. A partir dessa série, foi possível mensurar o efeito da inauguração de uma nova estação – no caso, das estações São Paulo-Morumbi e Vila Sônia-, em termos de novos passageiros. Em menos de três meses de operação, as novas estações atraíram, respectivamente, em torno de 26 e 34 mil passageiros diários, sem que isso afetasse a movimentação em outras estações anexas, como Butantã e Pinheiros.

No final de 2022, as duas estações, somadas, representaram um acréscimo mensal de 1,3 milhão de passageiros. Podemos inferir, portanto, que existe uma certa demanda pelo modal ferroviário ainda não atendida, especialmente em regiões mais distantes do centro. De fato, quanto maior a distância do centro, maior a preferência por trens e metrô: na zona leste, por exemplo, 11% responderam que utilizavam o metrô/trem todos os dias, enquanto no centro, esse número foi de 4%, conforme estudo da Rede Nossa São Paulo.

Em termos de custos para o Estado, no ano de 2022, o governo gastou cerca de R\$ 829 milhões com subsídios ao sistema de metrô⁹, ao passo que gastou mais de R\$ 5 bilhões com subsídios para o transporte coletivo viário¹⁰. Assim, ponderando por número de passageiros,

8 <https://www.viaquatro.com.br/linha-4-amarela/passageiros-transportados>

9 <https://www.metrocptm.com.br/operacao-do-metro-de-sao-paulo-gerou-economia-de-r-85-bilhoes-em-2021/>

10 <https://www.estadao.com.br/sao-paulo/valor-pago-pela-prefeitura-de-sp-a-empresas-de-onibus-e-recorde-governo-ja-banca-metade-da-tarifa>

o primeiro se mostra quase três vezes mais *cost-efficient* que o segundo, uma vez implementado.

	CPTM - Metrô	SPT
Subsídio Estado (R\$ bilhões)	0,829	
Pessoas transportadas (bilhões por ano)	0,794	
Subsídio/pessoa (R\$)	1,04	

Por outro lado, comparando de maneira bem simples os custos fixos iniciais da nova frota elétrica com novas estações, os ônibus saem na frente: assumindo uma média de 200 passageiros em um ônibus por dia – consoante a valores da Associação Nacional de Transportes¹¹ –, 2600 ônibus movimentariam mais de 11 milhões de pessoas por mês. Com esse mesmo investimento (R\$ 8 bilhões) – e assumindo o valor observado para as estações Vila Sônia e São Paulo-Morumbi¹² –, seria possível movimentar cerca de 5,2 milhões de pessoas/mês com novas estações.

Vale ressaltar, no entanto, que o projeto da frota elétrica almeja não adicionar, mas substituir a frota atual. Dentro do panorama já descrito de alto tráfego, adicionar mais ônibus sem a construção de novas vias preferenciais

¹¹ <https://ntu.org.br/novo/>

¹² <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/12/17/estacao-vila-sonia-da-linha-4-amarela-e-inaugurada.ghml>

poderia ser contra produtivo, especialmente dado que o ganho marginal de novos usuários seria baixo. Além disso, o número estimado para as estações está viesado para baixo; afinal, há notáveis ganhos de escala conforme as linhas se ampliam, além de existir um forte efeito substituição com outros modais.

Em síntese, ainda que não seja possível chegar a uma conclusão definitiva, é possível delinear argumentos consistentes para, no mínimo, promover uma reflexão sobre a nova política da prefeitura de São Paulo. Se o intuito era se adequar às novas tendências urbanas com enfoque na sustentabilidade, seria mais interessante focar no ainda subpenetrado modal ferroviário, extremamente eficiente não só no transporte de passageiros, mas também na redução de níveis de CO₂ na atmosfera. Alternativamente (ou até adicionalmente), soluções como o BRT - Bus Rapid Transit-, ônibus que opera em faixas completamente segregadas das pistas convencionais, também poderiam se apresentar como mais eficiente.

Equívocos e polêmicas na taxação das compras internacionais

Fernanda Manzano Sayeg

Nos últimos dias, foi divulgada a informação de que a isenção de impostos sobre encomendas postais de até US\$ 50 (aproximadamente R\$ 247) entre pessoas físicas, o que afetará as compras efetuadas em marketplaces internacionais como AliExpress, Shein e Shopee.

O suposto “encarecimento” das compras internacionais se deve à cobrança do imposto de importação, que é um tributo federal que incide sobre a entrada de mercadoria estrangeira em território nacional.

Trata-se de uma questão bem mais complexa do que a maioria das notícias e artigos vem expondo, pois reflete a incapacidade do arcabouço jurídico internacional existente em lidar com o comércio eletrônico.

O imposto de importação é um imposto federal que incide sobre as mercadorias importadas, por via aérea, terrestre, fluvial ou marítima. Sua base legal é o artigo 153, inciso I, da Constituição Federal (CF/88). na Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), no Decreto-Lei nº 37/1966 (DL 37/66) e no Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro).

O fato gerador do imposto de importação é o ingresso da mercadoria estrangeira em território nacional de maneira definitiva. A importação ocorre quando (i) uma empresa efetua seu transporte do país de origem o

país de destino; (ii) um viajante adquire e traz mercadorias importadas em sua bagagem; e (iii) pessoas físicas ou jurídicas recebem produtos importados em remessas postais.

Por remessas postais internacionais, entende-se os presentes, bens, produtos ou mercadorias provenientes de outros países que são transportados ao Brasil pelos Correios oficiais dos países ou por empresas de transporte expresso internacional, também denominadas empresas de *courier*.

Em mercadoria importada em uma operação comercial regular, considera-se ocorrido o fato gerador do Imposto de Importação na data de registro da Declaração de Importação (DI) e o recolhimento do imposto é efetuado no ato de registro da DI pela empresa importadora. No caso das remessas postais, antes de a encomenda ser despachada em território nacional, ela deve ser apresentada à fiscalização aduaneira. A empresa de *courier* irá providenciar o desembaraço da encomenda, junto à RFB, e cobrará, posteriormente, os tributos pagos juntamente com o valor do serviço prestado. Já os correios não possuem essa incumbência, cabendo ao destinatário da remessa postal o recolhimento do tributo.

O sujeito ativo do imposto de importação é a União federal, que detém o direito de cobrá-lo. O sujeito passivo do imposto de importação é o importador ou o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo remetente.

O nosso sistema aduaneiro adota alíquotas *ad valorem* para o imposto de importação. Assim, a base de cálculo do imposto de importação é o valor aduaneiro, que

inclui o valor do produto, o frete internacional e o seguro. As alíquotas de Imposto de Importação a serem aplicadas pelos países-membros do Mercosul são padronizadas por meio da Tarifa Externa Comum (TEC), uma tabela que indica a classificação fiscal das mercadorias negociadas internacionalmente, sua descrição e respectiva alíquota de Imposto de Importação, que varia entre 0 e 35%.

Porém, isso não se aplica às remessas postais internacionais, que supostamente possuem um mecanismo de tributação “simplificado”.

O regime de tributação simplificada (RTS) foi instituído pelo Decreto-Lei N° 1.804, de 3 de setembro de 1980 e regulamentado pela Portaria MF n° 156, de 24 de junho de 1999. As importações nessa modalidade estão limitadas a US\$ 3,000.00 ou o equivalente em outra moeda podem ser destinadas a pessoa física ou jurídica, estando sujeitas ao pagamento do Imposto de Importação calculado com a aplicação da alíquota de 60%, independentemente da classificação tarifária dos bens que compõem a remessa ou encomenda.

A legislação em vigor determina claramente que as remessas postais internacionais no valor aduaneiro de até US\$ 50,00 ou o equivalente serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação apenas se o remetente e o destinatário forem pessoas físicas.

Qualquer remessa postal postada por jurídica será tributada. Apenas estão imunes à tributação por meio de remessa postal internacional os livros, jornais, revistas e outras publicações são imunes (CF, art. 150, VI, "d").

O valor de até US\$ 50,00 ou o equivalente deve ser acompanhado de documentação comprobatória do

preço de aquisição dos bens. Contudo, se houver indícios de falsidade ou adulteração a documentação apresentada, o valor aduaneiro será determinado pela autoridade aduaneira com base no preço de bens idênticos ou similares, originários ou procedentes do país de envio da remessa ou encomenda ou no valor constante de catálogo ou lista de preços emitida por estabelecimento comercial ou industrial, no exterior, ou por seu representante no País.

São muitos os problemas observados nas importações que ocorrem por remessa postal. Segundo a Receita Federal, o imposto de importação não é pago, por duas razões: (i) o remetente declara valores mais baixos que os efetivamente pagos pelo consumidor; (ii) o remetente divide os produtos em mais de uma remessa inferiores a US\$ 50,00 deliberadamente, de forma a evitar a incidência do imposto.

Pressionada por empresas nacionais que estão perdendo vendas e receitas para as compras internacionais feitas em aplicativos, a Receita Federal divulgou que pretende fiscalizar e implementar a legislação existente, cobrando do consumidor o imposto devido. Ademais, a Receita Federal pretende cobrar multa de 100% a 37,5% sobre a diferença do valor declarado e o suposto valor da mercadoria, bem como multa equivale a 75% da diferença do imposto supostamente devido se algum produto no pacote não for declarado na nota fiscal pelo remetente, as quais ainda estão pendentes de regulamentação.

Com as alterações pretendidas pela Receita Federal, a importação por remessa postal se tornará economicamente inviável. Quem será penalizado? O consumidor brasileiro e não as varejistas internacionais.

Essas empresas não podem ser acusadas de sonegação de tributos, já que o imposto de importação não é devido por elas, mas sim pelos consumidores. Ou seja, a Receita Federal pretende punir o destinatário da remessa postal por atos supostamente praticados pela empresa vendedora da mercadoria.

A legislação em vigor foi promulgada no século passado, quando o comércio eletrônico não era uma realidade nem em âmbito nacional, muito menos internacionalmente. A realidade do varejo muito e as regras devem mudar também.

A solução para esse problema não é simples e, no meu ponto de vista, passa pela discussão e criação de um novo arcabouço legislativo sobre, em âmbito internacional. A regulamentação internacional do comércio eletrônico é imprescindível e deve ser discutida com urgência em organizações como OMC e OCDE.

Normas sobre mudanças climáticas podem impedir o ingresso de produtos brasileiros na União Europeia

Fernanda Manzano Sayeg

Recentemente, foram publicados dois importantes Regulamentos na União Europeia no âmbito da nova política comercial de sustentabilidade do bloco, a saber: (i) o Regulamento UE n.º 2023/956, publicado em 16 de maio de 2023, que institui o Mecanismo de Ajuste de Carbono na Fronteira - “CBAM”; e (ii) o Regulamento UE n.º 2023/1115, publicado em 9 de junho de 2023, que proíbe a comercialização, importação e exportação de determinados produtos derivados de áreas de desmatamento e/ou degradação ambiental nos países do bloco, também conhecido como “lei anti desmatamento”.

Tanto o CBAM quanto a lei anti desmatamento integram o “Green Deal”, conjunto de políticas da União Europeia apresentado em dezembro de 2019 que objetiva zerar as emissões de gases de efeito estufa nos países do bloco até 2050.

Embora o objetivo dessas medidas seja nobre, não há dúvidas que terão consequências econômicas avassaladoras para países como o Brasil, já que essas medidas poderão afetar as exportações brasileiras e de outros países para o mercado europeu.

O CBAM tem como objetivo diminuir as emissões de carbono pelos países da União Europeia. Para tanto,

estabelece regras para as importações de mercadorias, com o objetivo de equiparar o tratamento dos produtos fabricados na União Europeia aos países com políticas ambientais menos rígidas, como o Brasil.

A União Europeia determinou que apenas as seguintes indústrias intensivas em energia estão sujeitas ao CBAM, a saber: cimento, ferro, aço, alumínio, fertilizantes, eletricidade e hidrogênio. Acredita-se que, progressivamente, novas indústrias serão incluídas nessa lista.

Para que os produtos importados ingressem na União Europeia, será necessário adquirir Certificados em uma plataforma estabelecida pelos países da União Europeia. Os preços desses certificados serão baseados no fechamento médio semanal das negociações das licenças de emissões (preço médio semanal do leilão de permissões do ETS, expresso em €/tonelada de CO² emitido).

O CBAM não entrará em vigor imediatamente. Foi estabelecido um período de transição visando garantir uma transição mais efetiva e suave para o novo sistema. As obrigações de reportar informações sobre as emissões de carbono terá início em 1º de outubro de 2023, mas o pagamento das taxas de carbono (emissão dos Certificados) começará apenas em 1º de janeiro de 2026.

A partir de outubro deste ano, será necessário reportar apenas as emissões de gases de efeito estufa (GEE) incorporados em suas importações (emissões diretas e indiretas), sem a necessidade de realizar pagamentos ou ajustes financeiros. Ou seja, os exportadores deverão rastrear as emissões de carbono na cadeia produtiva de determinada mercadoria e calcular

essa emissão, nos termos do regulamento europeu. No entanto, a partir de 2026, os importadores terão que declarar anualmente a quantidade de bens importados para a União Europeia no ano anterior e as emissões de GEE incorporadas a eles, além de entregar o número correspondente de certificados CBAM.

Uma grande questão que ainda está longe de ser resolvida é o funcionamento do sistema e as regras para o cálculo do carbono em produtos com emissão indireta (relacionadas às emissões produzidas pela eletricidade consumida na produção de determinado bem) serão oportunamente definidas pela Comissão Europeia.

Já a lei anti desmatamento foi apresentada como uma importante contribuição da União Europeia - que é essencialmente consumidora de *commodities* - para a interrupção do desmatamento global e da degradação florestal, reduzindo as emissões de gases de efeito estufa e a perda de biodiversidade.

A legislação europeia determina que apenas poderão ingressar livremente nos países do bloco produtos originários de terras que não tenham sido desmatadas após 31 de dezembro de 2020, os quais serão denominados “produtos livres de desmatamento”.

Desse modo, produtos originários de áreas desmatadas terão sua comercialização proibida no bloco, incluindo aqueles que são fabricados a partir desses produtos.

As medidas de combate ao desmatamento devem incluir a criação de incentivos para uma transição para um uso mais sustentável dos recursos naturais, contribuindo para preservar mais florestas intactas, aumentando as

oportunidades de mercado para produtos sustentáveis e eliminando a concorrência desleal de produtores não sustentáveis que exportam para o mercado comum europeu. Também será dada atenção à situação das comunidades locais e dos povos indígenas.

O próprio Regulamento UE n.º 2023/1115 traz algumas definições importantes, como os conceitos de desmatamento¹, floresta², plantações agrícolas³ e degradação florestal⁴. A definição de "livre de desmatamento" é uma das maiores inovações da regulamentação, na medida em que é conceituada com base no parâmetro de que as *commodities* e produtos relevantes - incluindo aqueles usados ou contidos em produtos relevantes - foram produzidos em terras que não

¹ Definido como “Conversão de florestas para uso agrícola, que tenha origem humana ou não”. Engloba as ideias de desmatamento ilegal, mas também de desmatamento legal.

² “Um terreno de uma extensão superior a 0,5 hectares, com árvores de mais de cinco metros de altura e um grau de cobertura arbórea de mais de 10 %, ou árvores que possam alcançar esses limiares in situ, excluindo as terras predominantemente consagradas a uso agrícola ou urbano”.

³ “Terreno com povoamentos arbóreos integrados em sistemas de produção agrícola, nomeadamente plantações de árvores de frutos, plantações de palmeira-dendém ou olivais, e em sistemas agroflorestais, quando as culturas são plantadas sob coberto arbóreo. Incluem todas as plantações dos produtos de base em causa, com exceção da madeira; as plantações agrícolas estão excluídas da definição de floresta”.

⁴ “Alterações estruturais da cobertura vegetal, sob a forma de conversão de Florestas primárias, ou de florestas em regeneração natural, em plantações florestais ou noutros terrenos arborizados; ou Florestas primárias em florestas plantadas”.

foram sujeitas a desmatamento ou degradação florestal após 31 de dezembro de 2020.

Com relação às exportações, será estabelecido um sistema de benchmarking baseado em países com uma classificação escalonada que imporá tratamentos diferentes aos países, de acordo com critérios estabelecidos unilateralmente. A Comissão Europeia determinará o nível de risco dos países, que serão classificados como “risco alto”, “risco médio” ou “risco baixo” em razão do grau de desmatamento e degradação florestal, da expansão do uso de terras nas principais commodities e das tendências observadas, com base nos dados disponíveis, alertas de ONGs e outras de fontes internacionalmente reconhecidas.

Inicialmente, os seguintes produtos foram apontados como sendo presumidamente originários de áreas de desmatamento terão seu ingresso proibido na União Europeia: óleo de palma, madeira, café, cacau, carne bovina, borracha e soja. Produtos fabricados com tais commodities (por exemplo, móveis, cosméticos e chocolates) também não poderão ser exportados para a União Europeia. A lista de *commodities* cuja entrada será proibida será revisada e atualizada regularmente, levando em consideração novos dados, como mudanças nos padrões de desmatamento.

A lei anti desmatamento entrará em vigor no dia 29 de junho de 2023. A proibição de importação e algumas obrigações de prestar informações terão início em 30 de dezembro de 2024 para as empresas em geral e em 30 de junho de 2025 para os operadores estabelecidos até 31 de dezembro de 2020 como micro e pequenas empresas, nos termos da Diretiva 2013/34/EU.

Esses dois regulamentos terão um grande impacto nas exportações brasileiras para a União Europeia, já que a pauta das exportações brasileiras para o bloco inclui várias das *commodities* mencionadas como proibidas. Estima-se que apenas a lei anti desmatamento tenha potencial de impactar em 80% das exportações do agronegócio brasileiro ou 40% do total das exportações para a UE, somando US\$ 14,5 bilhões de vendas em 2021 para o bloco⁵.

As empresas que utilizam em sua cadeia produtiva os *commodities* cuja entrada será proibida deverão demonstrar que os mesmos não são fabricados em áreas desmatadas ou com degradação ambiental. Empresas que já estão alinhadas com a agenda de *compliance* ambiental certamente terão maior facilidade de continuar exportando para a União Europeia.

As empresas que ainda não são sustentáveis devem adotar medidas para contribuir com as políticas públicas para evitar o desmatamento e a degradação florestal o mais rapidamente possível, além de mapear e registrar todos os insumos e todas as etapas de sua cadeia de produção.

Algumas restrições já foram, inclusive, anunciadas. Em 30 de maio, grandes bancos brasileiros anunciaram um protocolo de autorregulação para a concessão de crédito a frigoríficos e matadouros, com o objetivo de combater o desmatamento na Amazônia. A partir de 2025, os bancos passarão a exigir de seus clientes o rastreamento

⁵ Vide <https://valor.globo.com/google/amp/opinioao/assis-moreira/coluna/brasil-critica-na-omc-medidas-unilaterais-da-uniao-europeia.ghtml>.

total da cadeia, para que seja comprovada a não aquisição de gado proveniente de áreas de desmatamento, tanto de fornecedores diretos quanto de fornecedores indiretos⁶.

Não há dúvidas que esse processo será financeiramente oneroso e de difícil implementação. Não obstante, representará uma grande vantagem competitiva em relação aos concorrentes em outros países não conseguirem cumprir com as exigências estabelecidas na região europeia.

⁶ https://exame.com/esg/bancos-apertam-cerco-a-desmatamento-com-o-que-e-mais-importante-no-esg-criterio/?utm_source=crm&utm_medium=email&utm_campaign=newsletter-esg_conteudo-news_bancos-apertam-cerco-a-desmatamento-com-o-que-e-mais-importante-no-esg-criterio/&utm_term=n/a&utm_content=n/a.

Algumas dúvidas frequentes de pequenos negócios sobre concorrência

Fernando de Magalhães Furlan

Estudos têm demonstrado que a maioria das MPMEs tem um conhecimento muito limitado de seus direitos e obrigações em relação às leis de concorrência, e ainda menos inclinação para utilizá-los em seu benefício, a menos que seja assistida por uma associação comercial ou organismo semelhante¹.

Isso também se aplica quando uma MPME é vítima de uma violação da lei de concorrência por outra empresa. Muitas sequer têm ciência de tais violações ou conhecimento das medidas corretivas disponíveis. Além disso, o sistema legal na maioria dos países é lento, caro de utilizar e raramente oferece um resultado comercialmente viável. Consequentemente, em questões de concorrência, as pequenas empresas estão efetivamente tendo o acesso negado à justiça e a políticas públicas econômicas eficazes².

¹ Schaper, M. (2016) “Small Business, The Law and Access to Justice: Issues and Challenges” in Clark, D.; McKeown, T. & Battisti, M. (eds) (2016) *Rhetoric and Reality: Building Vibrant and Sustainable Entrepreneurial Ecosystems*, Melbourne: Tilde Press, pp.21-35. *Apud* “How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action”. UNCTAD, 2020.

² Australian Small Business & Family Enterprise Ombudsman (2018) *Access to Justice: Where Do Small Businesses Go?* Canberra: ASBFEO; Burgess, R. (2016) “SMEs and Private Enforcement of Competition Law: Achieving Redress” *Global Competition Law*

Para as economias em desenvolvimento, onde o conhecimento das leis e políticas de concorrência pode ser limitado, as associações representativas têm um papel fundamental a desempenhar, tanto educando suas MPMEs sobre a existência de leis de concorrência, quanto auxiliando no seu cumprimento e na sua aplicação³.

Apesar de se reconhecer que, muitas vezes, associações podem ser instrumentos para, por exemplo, a formação de cartéis "inocentes" envolvendo MPMEs⁴, também deve-se considerar que a colaboração empresarial lícita pode resultar em melhor acesso a mercados.

A pesquisa empírica constata⁵ que os laços horizontais permitem o uso coletivo de recursos, bem como a inovação conjunta de produtos e fornecem um meio de contornar a

Review, No. 3, pp.85-88. *Apud* "How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action". UNCTAD, 2020.

³ Burgess, R. Trade Associations: Competition Law Advocates or Offenders? in Schaper, M. and Lee, C. (eds) (2016) Competition law, Regulation and SMEs in the Asia-Pacific: Understanding the Small Business Perspective, Singapore: ISEAS – Yusof Ishak Institute. *Apud* "How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action". UNCTAD, 2020.

⁴ How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action". UNCTAD, 2020.

⁵ Mesquita, L. & Lazzarini, S. (2009) Horizontal and vertical relationships in developing economies: Implications for SMEs' access to global markets in *New Frontiers in Entrepreneurship*, Springer, pp. 31–66. *Apud* "How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action". UNCTAD, 2020.

limitação de escala e infraestrutura⁶. Da mesma forma, os laços verticais podem fornecer maneiras eficazes de atualizar empresas nacionais, facilitando a transferência de tecnologia, conhecimento e habilidades, melhorando as práticas de negócios e de gestão e facilitando o acesso a mercados⁷.

As associações empresariais de MPMEs, portanto, têm um papel essencial de conscientização e *compliance* em relação aos mecanismos disponíveis nas leis de concorrência para isentar ou autorizar condutas. É natural que as MPMEs, individualmente, tenham receio de represálias ou de danos à reputação com fornecedores e consumidores, sendo crucial a representação por meio de associações.

São muitas e frequentes as dúvidas dos pequenos negócios em relação ao cumprimento da legislação antitruste e do seu próprio papel no mercado e seus direitos. Abaixo tentamos reunir brevemente algumas das dúvidas mais frequentes das MPMEs quanto à defesa da concorrência.

Potenciais condutas anticompetitivas no relacionamento com fornecedores

a. Recusa de contratação/fornecimento

⁶ Markusen, A. (1996) Sticky Places in Slippery Space: A Typology of Industrial Districts. *Economic Geography*, Vol 72, No.3, pp. 293-313. *Apud* “How COVID-19 Affects MSME Access To Markets and Competitive Capability: A Review of Key Issues and Recommendations for Future Action”. UNCTAD, 2020.

⁷ UNCTAD (2008) Creating business linkages https://unctad.org/en/Docs/diaeed20091_en.pdf (accessed on 28 June 2020).

Em geral, um vendedor tem o direito de escolher seus parceiros de negócios. A recusa de uma empresa em negociar com qualquer outra empresa é lícita, desde que a recusa não seja produto de um acordo anticompetitivo com outras empresas ou parte de uma estratégia predatória ou excludente para adquirir ou manter um monopólio.

Pergunta: Sou proprietário de uma pequena loja de roupas e o fabricante de uma linha popular de roupas recentemente me deixou como *outlet* (loja de preços com descontos). Tenho certeza de que foi porque meus concorrentes reclamaram que eu vendo abaixo do preço sugerido. A explicação foi a política do fabricante: seus produtos não devem ser vendidos abaixo do preço de varejo sugerido, e os revendedores que não cumprirem estão sujeitos à rescisão. É legal que o fabricante me corte?

Resposta: Sim. Um fabricante pode ter uma política de que seus revendedores devem vender um produto acima de um determinado preço mínimo e encerrar um revendedor que não honre essa política. Os fabricantes podem optar por adotar esse tipo de política porque incentiva os revendedores a fornecer atendimento completo ao cliente e impede que outros revendedores, que podem não fornecer o serviço completo, retirem clientes e "peguem carona" nos serviços prestados por outros revendedores. No entanto, pode ser ilegal que o fabricante o abandone se ele tiver um acordo com seus concorrentes para cortá-lo para ajudar a manter um preço com o qual eles concordaram.

Vale destacar que a prática de fixação de preços de revenda – em diferentes modalidades, como preço sugerido, preço mínimo de revenda, preço máximo de revenda etc. – é vista com reservas por autoridades de defesa da concorrência em diferentes jurisdições, como Estados Unidos da América,

Reino Unido, União Europeia e, inclusive, Brasil – sendo que em sua análise os possíveis benefícios decorrentes desse tipo de política alegados pelas empresas devem ser claramente demonstrados.

b. Contratos de exigência ou negociação exclusiva

Contratos exclusivos de negociação ou de requisitos entre fabricantes e varejistas são comuns e geralmente são legais. Em termos simples, um contrato de negociação exclusiva impede um distribuidor de vender os produtos de um fabricante diferente, e um contrato de requisitos impede um fabricante de comprar insumos de um fornecedor diferente. Esses arranjos são julgados sob um padrão de regra de razão, que equilibra quaisquer efeitos pró-competitivos e anticompetitivos.

Contratos de negociação exclusiva podem ser benéficos porque incentivam o suporte de marketing para a marca do fabricante. Ao se tornar um especialista em produtos de um fabricante, o revendedor é incentivado a se especializar na promoção da marca desse fabricante. Isso pode incluir a oferta de serviços ou comodidades especiais que custam dinheiro, como uma loja atraente, vendedores treinados, horário comercial longo, estoque de produtos à mão ou serviço rápido de garantia. Mas os custos de fornecer algumas dessas comodidades – que são oferecidas aos consumidores antes do produto ser vendido e podem não ser recuperados se o consumidor sair sem comprar nada – podem ser difíceis de repassar aos clientes na forma de um preço de varejo mais alto. Por exemplo, o consumidor pode pegar uma "carona" nos valiosos serviços oferecidos por um varejista e, em seguida, comprar o mesmo produto a um preço mais baixo de outro varejista que não oferece comodidades de alto custo, como um armazém de desconto ou um serviço online. Se o varejista de

serviço completo perder vendas suficientes dessa maneira, poderá eventualmente parar de oferecer os serviços. Se esses serviços fossem genuinamente úteis, no sentido de que o produto mais os serviços juntos resultaram em vendas maiores para o fabricante do que o produto sozinho teria, há uma perda tanto para o fabricante quanto para o consumidor. Como resultado, a lei antitruste não veda *a priori* restrições verticais não relacionadas a preços, como contratos de negociação exclusiva que visam a incentivar os varejistas a fornecer serviços extras.

Por outro lado, um fabricante com poder de mercado pode potencialmente usar esses tipos de arranjos verticais para impedir que concorrentes menores tenham sucesso no mercado. Por exemplo, contratos exclusivos podem ser usados para negar a um concorrente o acesso a varejistas ou distribuidores sem os quais o concorrente não pode realizar vendas suficientes para ser viável.

Em algumas situações, a negociação exclusiva pode ser usada pelos fabricantes para reduzir a concorrência entre eles.

Pergunta: Sou um pequeno fabricante de monitores de tela plana de alta qualidade. Eu gostaria de colocar meus produtos em um grande varejista, mas a empresa diz que tem um acordo para vender apenas monitores de tela plana fabricados pelo meu concorrente. Isso não é ilegal?

Resposta: Acordos de distribuição exclusiva como este não são proibidos pela lei antitruste. Embora o varejista seja impedido de vender monitores de tela plana concorrentes, esse pode ser o tipo de produto que requer um certo nível de conhecimento e serviço para vender. Por exemplo, se o fabricante investe no treinamento da equipe de vendas do varejista sobre a operação e os atributos do produto, pode razoavelmente exigir que o varejista se comprometa a vender apenas sua marca de monitores. Este nível de serviço pode beneficiar os compradores de produtos eletrônicos

sofisticados. As leis antitruste provavelmente não interferirão nesse tipo de acordo exclusivo, a menos que se observem efeitos líquidos claramente negativos à concorrência, acarretando prejuízos aos consumidores, como por exemplo, restrição das possibilidades de escolha do consumidor (em relação à variedade de produtos e de ofertantes) e aumentos de preços.

c. Requisitos impostos pelo fabricante

A imposição de preço razoável, território e restrições de clientes aos revendedores são legais. Os requisitos impostos pelo fabricante podem beneficiar os consumidores ao aumentar a concorrência entre diferentes marcas (concorrência intermarcas) e ao mesmo tempo reduzir a concorrência entre revendedores da mesma marca (concorrência intramarcas). Por exemplo, um acordo entre um fabricante e um revendedor para estabelecer preços máximos (ou "teto") impede os revendedores de cobrar um preço não competitivo. Ou um acordo para definir preços mínimos (ou "pisos") ou para limitar territórios pode incentivar os revendedores a fornecer um nível de serviço que o fabricante deseja oferecer aos consumidores quando eles compram o produto. Esses benefícios devem ser ponderados em relação a qualquer redução na concorrência das restrições.

Em regra, todos os programas de preços verticais (máximos ou mínimos) impostos pelo fabricante devem ser avaliados usando uma abordagem da regra da razão. Pois, "na ausência de restrições verticais de preços, os serviços de varejo que aumentam a concorrência entre marcas podem ser mal fornecidos. Isso ocorre porque os varejistas com descontos podem pegar carona nos varejistas que fornecem serviços.

Se um fabricante, por si só, adota uma política relativa a um nível de preços desejado, lhe é permitido que negocie apenas com varejistas que concordem com essa política. Um

fabricante também pode deixar de negociar com um varejista que não segue sua política de preços de revenda. Ou seja, um fabricante pode implementar uma política de revendedor em uma base de "pegar ou largar".

As limitações sobre como ou onde um revendedor pode vender um produto (ou seja, restrições de cliente ou território) são geralmente legais — se forem impostas por um fabricante agindo por conta própria (não em conluio). Esses acordos podem resultar em melhores esforços de vendas e atendimento na área atribuída do revendedor e, consequentemente, maior concorrência com outras marcas.

Podem surgir questões antitruste se um fabricante concordar com fabricantes concorrentes em impor restrições de preço ou não na cadeia de suprimentos (ou seja, ao lidar com fornecedores ou revendedores), ou se fornecedores ou revendedores agirem em conjunto para induzir um fabricante a implementar tais restrições. Novamente, a distinção crítica é entre uma decisão unilateral de impor uma restrição (legal) e um acordo coletivo entre concorrentes para fazer o mesmo (ilegal). Por exemplo, um grupo de revendedores de automóveis ameaçou não vender uma marca de automóveis, a menos que o fabricante alocasse carros novos com base nas vendas feitas aos clientes no território de cada revendedor. A autoridade antitruste considerou as ações dos revendedores irracionais e projetadas principalmente para impedir que um revendedor vendesse a preços baixos "sem pechincha" e via Internet para clientes em todo o país.

Determinar se uma restrição é "vertical" ou "horizontal" pode ser confuso em alguns mercados, particularmente onde alguns fabricantes operam em muitos níveis diferentes e podem até fornecer insumos importantes para seus concorrentes. O rótulo não é tão importante quanto o efeito: a restrição reduz excessivamente a concorrência entre os concorrentes em algum nível? A contenção vertical é

produto de um acordo entre concorrentes? E rotular um acordo como um arranjo vertical não o salvará do escrutínio antitruste quando houver evidência de efeitos horizontais anticompetitivos.

Pergunta: Um dos meus fornecedores marca seus produtos com um preço de varejo sugerido pelo fabricante. Tenho que cobrar este preço?

Resposta: A palavra-chave é "sugerida". Um revendedor é livre para definir o preço de varejo dos produtos que vende. Um revendedor pode definir o preço no de acordo com o valor sugerido pelo fabricante ou em um preço diferente, desde que o revendedor tome essa decisão por conta própria. No entanto, o fabricante também pode decidir não usar distribuidores que não adiram ao seu preço sugerido.

Pergunta: Sou um fabricante e ocasionalmente recebo reclamações de revendedores sobre os preços de varejo que outros revendedores estão cobrando pelos meus produtos. O que devo dizer a eles?

Resposta: Os concorrentes em cada nível da cadeia de suprimentos devem definir os preços de forma independente. Isso significa que os fabricantes não podem concordar com os preços no atacado e os revendedores não podem concordar com os preços no varejo. No entanto, um fabricante pode ouvir seus revendedores e agir por conta própria em resposta ao que aprende com eles.

Muitos casos antitruste privados envolvem um fabricante cortando um revendedor com desconto. Muitas vezes, há evidências de que o fabricante recebeu reclamações de revendedores concorrentes antes de encerrar o contrato com o vendedor que oferece descontos. Esta evidência por si só não é suficiente para mostrar uma violação; o fabricante tem o direito de tentar manter seus revendedores satisfeitos com sua afiliação. Questões legais podem surgir se parecer que os

revendedores concordaram em ameaçar um boicote ou pressionar coletivamente o fabricante a agir.

Pergunta: Gostaria de vender os produtos de um determinado fabricante, mas a empresa já possui um revendedor franqueado na minha região. Isso não é uma restrição à concorrência?

Resposta: Um fabricante pode decidir quantos distribuidores terá e quem serão. Do ponto de vista da concorrência, um fabricante pode decidir que usará apenas revendedores franqueados com territórios exclusivos para competir com maior sucesso com outros fabricantes. Ou pode decidir que usará revendedores diferentes para atingir grupos de clientes específicos.

Há prós e contras em ser um revendedor franqueado. Ao concordar em ser um revendedor franqueado, você provavelmente terá que cumprir os requisitos do fabricante para vender o produto, como horário de funcionamento, padrões de limpeza e similares. Essas restrições são vistas como limites razoáveis sobre como você administra seus negócios em troca de negociar com uma marca estabelecida que os consumidores associam a um certo nível de qualidade ou serviço. Por exemplo, um cervejeiro pode exigir que todas as lojas de varejo armazenem sua cerveja a uma certa temperatura para preservar sua qualidade, porque os consumidores provavelmente culparão a má qualidade do fabricante - reduzindo assim as vendas em todos os pontos de venda - em vez de culpar o método inadequado de armazenamento do varejista.

Pergunta: Meu fornecedor oferece um programa de publicidade cooperativa, mas não posso participar se anunciar um preço abaixo do preço mínimo anunciado do fornecedor. Acho isso injusto.

Resposta: É permitido que um fabricante tenha uma margem de manobra considerável para definir os termos da

publicidade que ele ajuda a pagar. O fabricante oferece esses programas promocionais para competir melhor com os produtos de outros fabricantes. Existem situações limitadas em que esses programas podem ter um efeito irracional nos níveis de preços. Por exemplo, uma determinada autoridade antitruste contestou as políticas de preço mínimo anunciado de cinco grandes distribuidores de música pré-gravada porque as políticas não eram razoáveis em seu alcance: proibiam anúncios com preços com desconto, mesmo que o varejista pagasse pelos anúncios com seu próprio dinheiro; aplicavam-se à publicidade na loja; e uma única violação exigia que o varejista perdesse os fundos de todas as suas lojas por até 90 dias. Essas políticas, em vigor para mais de 85% das vendas do mercado, não eram razoáveis e impediam os varejistas de informar aos consumidores sobre descontos em discos e CDs.

Pergunta: Sou prestador de serviços de saúde e quero ingressar em um novo grupo de seguros para prestar serviços a um grande empregador em minha cidade. Meu contrato com outro grupo de seguros exige que eu dê a eles o menor preço pelos meus serviços. Se eu aderir ao novo grupo, terei que baixar meus preços para o outro grupo de seguros?

Resposta: Essas cláusulas, chamadas de "cláusulas de nação mais favorecida (MFN)", são bastante comuns. Geralmente, uma MFN promete que uma parte do acordo tratará a outra parte pelo menos tão bem quanto trata as outras. Na maioria das circunstâncias, as MFNs são uma forma legítima de reduzir os riscos. Em algumas circunstâncias, no entanto, as MFNs podem limitar de forma irracional a oferta de descontos direcionados e criar um preço industrial de fato. Uma determinada autoridade antitruste contestou uma cláusula MFN usada por uma rede de farmácias em contratos individuais com suas farmácias-membro que as desencorajava a oferecer descontos nas taxas de reembolso. A rede era um grupo de mais de 95 por cento das farmácias concorrentes no

mercado relevante. A MFN desencorajou qualquer farmácia individual de oferecer preços mais baixos para outro plano porque quaisquer descontos teriam que ser aplicados a todas as suas outras vendas por meio da rede.

Ainda sobre algumas dúvidas frequentes de pequenos negócios sobre concorrência. Potenciais condutas anticompetitivas no relacionamento com concorrentes

Fernando de Magalhães Furlan

a. Fixação de preços

A fixação de preços é um acordo (escrito, verbal ou inferido de conduta) entre concorrentes que aumenta, diminui ou estabiliza preços ou condições competitivas. Geralmente, as leis antitruste exigem que cada empresa estabeleça preços e outros termos por conta própria, sem concordar com um concorrente. Quando os consumidores fazem escolhas sobre quais produtos e serviços comprar, eles esperam que o preço tenha sido determinado livremente com base na oferta e na demanda, e não por um acordo entre concorrentes. Quando os concorrentes concordam em restringir a concorrência, o resultado geralmente são preços mais altos. Assim, a fixação de preços é uma das principais preocupações da fiscalização antitruste do governo e geralmente se enquadra como conduta anticompetitiva conhecida como cartel ou, ainda, pode ser tipificada como influência a conduta comercial uniforme, também passível de punição segundo a lei antitruste.

Um acordo claro entre concorrentes para fixar preços é quase sempre ilegal, quer os preços sejam fixados no mínimo, no máximo ou dentro de algum intervalo. A fixação ilegal de preços ocorre sempre que dois ou mais concorrentes concordam em realizar ações que tenham por efeito aumentar, baixar ou estabilizar o preço de qualquer produto ou serviço sem qualquer justificação legítima. Esquemas de fixação de preços são muitas vezes elaborados em segredo e podem ser

difíceis de descobrir, mas um acordo pode ser descoberto a partir de evidências "circunstanciais". Por exemplo, se os concorrentes diretos tiverem um padrão de termos contratuais idênticos inexplicáveis ou comportamento de preços juntamente com outros fatores (como a falta de explicação comercial legítima), a fixação ilegal de preços pode ser o motivo. Convites para coordenar preços também podem gerar preocupações, como quando um concorrente anuncia publicamente que está disposto a encerrar uma guerra de preços se seu rival estiver disposto a fazer o mesmo, e os termos são tão específicos que os concorrentes podem ver isso como uma oferta para definir preços em conjunto.

Nem todas as semelhanças de preços, ou mudanças de preços que ocorrem ao mesmo tempo, são resultado da fixação de preços. Pelo contrário, muitas vezes resultam de condições normais de mercado. Por exemplo, os preços de *commodities* como o trigo são muitas vezes idênticos porque os produtos são praticamente idênticos, e os preços que os agricultores cobram todos sobem e descem juntos, sem qualquer acordo entre eles. Se uma seca fizer com que a oferta de trigo diminua, o preço para todos os agricultores afetados aumentará. Um aumento na demanda do consumidor também pode causar preços uniformemente altos para um produto com oferta limitada.

A fixação de preços refere-se não apenas aos preços, mas também a outros termos que afetam os preços aos consumidores, como taxas de envio, garantias, programas de desconto ou taxas de financiamento. O escrutínio antitruste pode ocorrer quando os concorrentes discutem os seguintes tópicos: preços presentes ou futuros; políticas de preços; promoções; lances; custos; capacidade; termos ou condições de venda, incluindo termos de crédito; descontos; identidade dos clientes; alocação de clientes ou áreas de vendas; cotas de produção e planos de P&D.

Exemplo: Um grupo de optometristas concorrentes concordou em não participar de uma rede de cuidados com a visão, a menos que a rede aumentasse as taxas de reembolso para pacientes cobertos por seu plano. Os optometristas se recusaram a atender pacientes cobertos pelo plano da rede e, eventualmente, a empresa aumentou as taxas de reembolso.

Tal acordo dos optometristas era uma fixação ilegal de preços e que seus líderes organizaram um esforço para garantir que outros optometristas soubessem e cumprissem o acordo.

Um acordo para restringir a produção, vendas ou produção é tão ilegal quanto a fixação direta de preços, porque a redução da oferta de um produto ou serviço eleva seu preço.

Pergunta: Os postos de gasolina na minha área aumentaram seus preços na mesma quantidade e ao mesmo tempo. Isso é fixação de preços?

Resposta: Uma mudança de preço uniforme e simultânea pode ser resultado da fixação de preços, mas também pode ser resultado de respostas independentes de negócios às mesmas condições de mercado. Por exemplo, se as condições do mercado internacional de petróleo causarem um aumento no preço do petróleo bruto, isso poderá levar a um aumento no preço de atacado da gasolina. Postos de gasolina locais podem responder aos preços mais altos da gasolina no atacado aumentando seus preços para cobrir esses custos mais altos. Outras forças de mercado, como a divulgação pública dos preços atuais (como é comum com a maioria dos postos de gasolina) incentiva os fornecedores a ajustar seus próprios preços rapidamente para não perder vendas. Se houver evidências de que os operadores dos postos de gasolina conversaram entre si sobre o aumento de preços e concordaram com um plano de preços comum, no entanto, isso pode ser uma violação antitruste.

Pergunta: Nossa empresa monitora os anúncios dos concorrentes e às vezes oferecemos descontos especiais ou

incentivos de vendas para os consumidores. Isso é um problema?

Resposta: Não. A equivalência de preços dos concorrentes pode ser um bom negócio e ocorre frequentemente em mercados altamente competitivos. Cada empresa é livre para definir seus próprios preços, podendo cobrar o mesmo preço que seus concorrentes, desde que a decisão não tenha sido baseada em qualquer acordo ou coordenação com um concorrente.

b. Manipulação de lances em licitação

Sempre que os contratos são adjudicados por meio de licitações, a coordenação entre os licitantes prejudica o processo de licitação e pode ser ilegal. A manipulação de licitações pode assumir muitas formas, mas uma forma frequente é quando os concorrentes acordam antecipadamente qual empresa vencerá a licitação. Por exemplo, os concorrentes podem concordar em se revezar como o licitante com oferta mais baixa, ou ficar de fora de uma rodada de licitações, ou fornecer lances inaceitáveis para encobrir um esquema de manipulação de licitações. Outros acordos de manipulação de licitações envolvem a subcontratação de parte do contrato principal para os licitantes perdedores ou a formação de uma joint venture para apresentar uma única oferta.

Exemplo: Três empresas de ônibus escolares formaram uma joint venture para fornecer serviços de transporte sob um único contrato com a Administração municipal. A joint venture não envolveu nenhuma integração benéfica de operações que pudesse economizar dinheiro. A joint venture claramente operava principalmente para impedir que as outras empresas de ônibus oferecessem licitações concorrentes.

c. Divisão de mercado e alocação de clientes

Acordos simples entre concorrentes para dividir territórios de vendas ou atribuir clientes são quase sempre ilegais. Esses acordos são essencialmente acordos para não competir: "Eu não vou vender no seu mercado se você não vender no meu". O compartilhamento ilegal de mercado pode envolver a alocação de uma porcentagem específica de negócios disponíveis para cada produtor, a divisão geográfica dos territórios de vendas ou a atribuição de determinados clientes a cada vendedor.

Pergunta: Quero vender meu negócio e o comprador insiste que eu assine uma cláusula de não concorrência? Isso não é ilegal?

Resposta: Uma cláusula de não concorrência limitada é uma característica comum dos negócios em que uma empresa é vendida, e os tribunais geralmente permitem tais acordos quando são acessórios da transação principal, razoavelmente necessários para proteger o valor dos ativos vendidos e limitada no tempo e na área coberta. Existem outras situações, no entanto, em que as cláusulas de não concorrência podem ser anticompetitivas. Por exemplo, uma determinada autoridade antitruste impediu um operador de clínicas de diálise de comprar cinco clínicas e pagar seu concorrente para fechar mais três. O contrato de compra também continha uma cláusula de não concorrência que impedia o vendedor de abrir uma nova clínica na mesma área local por cinco anos e exigia que o vendedor aplicasse cláusulas de não concorrência em seus contratos com os diretores médicos das instalações fechadas. Nessa situação, a cláusula de não concorrência impedia esses médicos de atuarem como diretores médicos de qualquer nova clínica na área e reduzia a chance de uma nova clínica ser aberta

por cinco anos. Assim, o acordo para fechar as clínicas, reforçado pelo acordo de não competir por cinco anos, foi um acordo ilegal para eliminar a concorrência entre rivais.

d. Boicotes em grupo

Qualquer empresa pode, por si só, havendo justificativa comercialmente plausível, se recusar a fazer negócios com outra empresa. Mas um acordo entre concorrentes para não fazer negócios com indivíduos ou empresas visadas pode ser um boicote ilegal, especialmente se o grupo de concorrentes trabalhando em conjunto tiver poder de mercado. Por exemplo, um boicote de grupo pode ser usado para implementar um acordo ilegal de fixação de preços. Nesse cenário, os concorrentes concordam em não fazer negócios com terceiros, exceto em termos acordados, geralmente com o resultado de aumento de preços. Uma decisão independente de não oferecer serviços aos preços vigentes não levanta preocupações antitruste, mas um acordo entre concorrentes de não oferecer serviços aos preços vigentes como meio de alcançar um preço acordado (e normalmente mais alto) levanta preocupações antitruste.

Exemplo: vários grupos de prestadores de serviços de saúde concorrentes, como médicos, alegavam que sua recusa em negociar com seguradoras ou outros compradores em termos que não tivessem sido acordados em conjunto equivalia a um boicote de grupo ilegal. Houve também um boicote em grupo de uma associação de advogados concorrentes para parar de fornecer serviços jurídicos dativos para réus criminais indigentes até que o Estado (governo) aumentasse a remuneração paga por esses serviços.

Boicotes para impedir que uma empresa entre no mercado ou para prejudicar um concorrente existente também são ilegais. Por exemplo, um grupo de médicos usou de um

boicote para impedir que uma organização de assistência gerenciada estabelecesse uma unidade de saúde concorrente e varejistas que usaram um boicote para forçar os fabricantes a limitar as vendas por meio de um fornecedor de catálogo concorrente.

Boicotes visando vendedores que reduzem os preços são especialmente propensos a levantar preocupações antitruste e podem ser alcançados com a ajuda de um revendedor ou fornecedor comum. Exemplo: um varejista nacional de brinquedos obteve acordos paralelos de vários fabricantes de brinquedos para não fornecer uma linha completa de brinquedos a "clubes de compra" de baixo preço. Como resultado do boicote de fornecedores organizado pelo grande varejista, os consumidores tiveram dificuldade em comparar o valor de diferentes brinquedos em diferentes pontos de venda, o tipo de comparação de compras que poderia ter levado os varejistas a baixar seus preços de brinquedos.

Boicotes por outros motivos podem ser ilegais se o boicote restringir a concorrência e não tiver uma justificativa comercial. Por exemplo, um grupo de revendedores de automóveis usou um boicote ilegal para impedir que um jornal publicasse aos consumidores como usar informações de preços no atacado ao comprar carros. Tal boicote afetou a concorrência de preços e não tinha justificativa razoável.

Pergunta: Sou gerente de compras e tenho problemas com um fornecedor que sempre atrasa as entregas e não retorna minhas ligações. Ouvi dizer que outras empresas pararam de fazer negócios com ele. Posso recomendar que minha empresa encontre outro fornecedor também

Resposta: Uma empresa sempre pode escolher unilateralmente seus parceiros de negócios. Desde que não faça parte de um acordo com concorrentes para parar de fazer negócios com um fornecedor-alvo, a decisão de não negociar com um fornecedor não deve levantar preocupações antitruste.

Atrasos de pagamento: como proteger as MPME nas suas relações comerciais?

Fernando de Magalhães Furlan

Os atrasos de pagamento são um grande fardo para as empresas de pequeno e médio portes, especialmente para as menores, seus clientes e empregados, além de ferir a competitividade geral do país.

Vimos, recentemente, infelizmente, a quebra de grandes empresas nos país como a Oi e a Americanas. Esta última, aliás, reconhecidamente atrasava premeditadamente os seus pagamentos, inclusive para pequenos fornecedores, como forma de maquiar os seus resultados financeiros.

As MPMEs desempenham um papel fundamental na economia brasileira, respondendo por mais de um quarto do PIB brasileiro. Juntas, as cerca de 9 milhões de micro e pequenas empresas do país representam 27% do PIB, resultado que vem crescendo nos últimos anos. Em 1985, o IBGE calculava a participação das pequenas empresas no PIB brasileiro em 21%. Em 2001, o percentual passou para 23,2% e, em 2011, atingiu 27%.

Em valores absolutos, a produção gerada pelas micro e pequenas empresas quadruplicou em dez anos, saltando de R \$ 144 bilhões em 2001 para R \$ 599 bilhões em 2011, em valores da época. Elas são as principais geradoras de riquezas no comércio do Brasil, pois respondem por 53,4% do PIB do setor. No PIB da indústria, a participação das micro e pequenas (22,5%) já se aproxima das médias (24,5%). E no setor de serviços, mais de um terço da produção nacional (36,3%) vem de pequenos negócios. As pequenas empresas também

empregam 52% da força de trabalho formal do país e respondem por 40% da massa salarial brasileira. Em resumo, são 9 milhões de pequenos negócios, que geram 27% do PIB, 52% dos empregos formais e 40% dos salários.

Os atrasos nos pagamentos têm um impacto negativo nas pequenas empresas, afetando a sua liquidez e o fluxo de caixa, dificultando a sua gestão financeira e atrapalhando o seu crescimento. Ao estabelecer prazos máximos para pagamentos a pequenas empresas, por parte de grandes empresas e administrações públicas na aquisição de bens ou serviços, está se garantindo *“tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte”* (CF art. 146, III, “d” c/c art. 170, IX e art. 179).

Para desencorajar uma cultura de pagamentos em atraso, as administrações públicas desempenham um papel particularmente importante ao dar o exemplo no pagamento imediato e transparente de seus fornecedores.

Os pagamentos em transações comerciais entre empresas ou entre empresas e a administração pública ainda são frequentemente efetuados com atraso. Como regra geral, a Administração, no Brasil, tem o prazo de até 30 dias para pagar o seu fornecedor. É aí que reside um dos grandes problemas de quem fornece para a Administração pública no país: é preciso que se tenha capital para suportar a espera que, como se verá, ultrapassa muito os 30 dias para recebimento. Isso porque esses 30 dias não são contados da entrega do objeto, mas da liquidação da despesa: *“a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”* (Lei 4.320/64, artigo 63). Ou seja, a própria burocracia do setor público acaba por alongar muito o prazo de pagamento.

Além disso, os direitos dos credores de pequeno porte são, em alguns casos, ainda mais violados ao condicionar os pagamentos, por exemplo, à renúncia do credor a reclamar juros de mora, bem como indenização por despesas de cobrança. As micro, pequenas e médias empresas (MPME) não têm a mesma solidez financeira das grandes empresas, são mais vulneráveis aos efeitos dos atrasos de pagamento, especialmente em tempos de recessão econômica e inflação, situações quase que “endêmicas” no Brasil.

Neste contexto, medidas para desencorajar uma cultura de pagamentos atrasados a fornecedores de pequeno porte somente poderá ser atingida se as autoridades públicas tomarem a iniciativa. É preciso colocar a questão dos atrasos de pagamento e do acesso ao crédito pelos pequenos no topo das agendas política e de reformas econômicas. Aliás, no final de 2018, a Organização para Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou um estudo¹ sobre políticas públicas para micro e pequenas empresas (MPEs) e empreendedorismo no Brasil. Como conclusão, a OCDE elencou recomendações para melhorar as políticas públicas brasileiras de acesso ao crédito.

Todos os anos, no mundo inteiro, milhares de micro, pequenas e médias empresas (MPME) vão à falência à espera de que as suas faturas sejam pagas. Perdem-se empregos e sufoca-se o empreendedorismo. Para as valiosas MPMEs, qualquer interrupção no fluxo de caixa pode significar a diferença entre solvência e falência. Além disso, para elas, os desafios apresentados pelos atrasos de pagamento aumentam

¹ Disponível em: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: 31/03/2023.

desproporcionalmente à medida que as linhas de crédito e os empréstimos bancários se tornam menos disponíveis.

Na França, por exemplo, no primeiro semestre de 2022, a Direção-Geral da Concorrência, Consumo e Prevenção de Fraudes (DGCCRF), do governo francês, investigou os prazos de pagamento de 632 estabelecimentos. Na sequência das verificações realizadas, foram instaurados 138 procedimentos administrativos de multa, no valor de 13,8 milhões de euros².

Naquele país, o limite das condições de pagamento é definido pelos artigos L441-10 e seguintes do Código Comercial, estabelecendo que: *“salvo acordo entre as partes, o prazo de pagamento é fixado em 30 dias, a contar da data de recepção dos bens ou da prestação do serviço”*.

Já nos Países Baixos, estão sendo adotadas novas regras sobre os prazos máximos de pagamento. Atualmente, uma proposta legislativa está em discussão no parlamento neerlandês, segundo a qual grandes empresas (enquanto devedoras) são proibidas de adotar prazos de pagamento superiores a 30 dias, ao celebrar contratos comerciais com pequenos e médias empresas (PME) ou empresários independentes (enquanto credores). A expectativa é que a proposta legislativa seja adotada em muito em breve³.

² Disponível em: <https://www.economie.gouv.fr/cedef/delais-de-paiement-entre-entreprises>. Acesso em: 31/03/2023.

³ Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.contentstack.io/v3/assets/blt3de4d56151f717f2/bltec888c25b7e98118/6181fd557a22505a5c253b08/New_rules_on_maximum_payment_terms_in_the_Netherlands_-_November_202121760911v1.pdf. Acesso em: 3.

Infelizmente, não há e tampouco se discute, atualmente, no Parlamento brasileiro⁴ ou no Executivo federal, qualquer proposta legislativa no sentido de obrigar grandes empresas e governos a pagar os seus fornecedores de pequeno porte em, no máximo 30 dias corridos.

⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecificas=true&q=pequenas%20empresas&tipos=PL>. Acesso em: 31/03/2023.

Resiliência com eficiência: como o powershoring pode colaborar para a descarbonização e o desenvolvimento econômico da América Latina e Caribe

Jorge Arbache & Luiz A. Esteves

A ideia central por trás da noção de Powershoring é que a mudança climática e fatores geopolíticos têm aberto uma janela de oportunidade para que países com vantagens comparativas na produção de energia limpa e renovável possam atrair plantas manufatureiras intensivas no consumo de energia em seus processos produtivos. Portanto, Powershoring refere-se a uma estratégia empresarial de localização de produção, a exemplo de outras estratégias locais, tais como Offshoring, Reshoring ou Nearshoring. Mas a proposta de valor do Powershoring é múltipla e vai além da energia verde, segura, barata e abundante, que são os fatores de interesse empresarial mais imediatos dessa estratégia.

No que diz respeito à mudança climática, eventos extremos, tais como ondas de calor, enchentes e inundações têm contribuído para o fechamento de fábricas e o colapso de rotas estratégicas da logística global. Os efeitos econômicos adversos da proliferação de eventos climáticos, combinados com o choque da pandemia do COVID-19, têm revelado uma evidência importante acerca das estratégias de localização de muitas corporações: os riscos associados à concentração geográfica da produção foram amplamente subestimados.

A estratégia do Offshoring implicou em elevadíssimos níveis de concentração geográfica da produção, ao mesmo tempo que também concentrou os riscos logísticos e de intermitências produtivas – que sob choques adversos – produziu episódios de desabastecimentos generalizados de máquinas, equipamentos, partes, peças, produtos e insumos.

Fatores geopolíticos têm contribuído para tornar a transição energética ainda mais desafiadora. Dentre esses fatores geopolíticos destacam-se a competição entre Estados Unidos da América (EUA) e China e a crise energética na Europa, em decorrência do conflito bélico envolvendo russos e ucranianos. Algumas dimensões relevantes desta competição entre EUA e China incluem dados e cyber-segurança, energia e recursos naturais e mudanças climáticas. Algumas destas dimensões são centrais para o futuro da transição energética e da indústria verde do globo e são especialmente importantes para a discussão em torno do Powershoring. Já os países europeus têm protagonizado as principais iniciativas de *compliance* ambiental. Suas metas de descarbonização são ambiciosas e objetivam tornarem-se o primeiro continente com neutralidade de carbono até 2050. Contudo, um conjunto de circunstâncias tem dificultado as pretensões europeias de liderar a transição energética, incluindo fatores de ordem geopolítica.

Um ponto importante a ser destacado diz respeito aos fatores que determinam as vantagens comparativas na produção de energias limpas e renováveis. As principais energias limpas e renováveis atualmente disponíveis a custos competitivos são intermitentes e não estão disponíveis de forma abundante e simultânea em qualquer

lugar do planeta. Na realidade, poucas localizações do globo são capazes de produzir todas as energias limpas e renováveis atualmente disponíveis a custos competitivos de forma simultânea e complementar, quesito este fundamental para mitigação do problema da intermitência. Um grupo de países da América Latina e Caribe (ALC) dispõe de condições que atendem a este requisito da simultaneidade e complementaridade da produção de energias verdes e limpas a custos competitivos. Portanto, apresenta-se como ambiente propício para a atração de investimentos baseados na estratégia de Powershoring.

Faz-se necessário destacar que, neste momento, as energias limpas e renováveis já se apresentam como alternativas altamente competitivas às energias fósseis tradicionais, uma vez que os custos operacionais de produção de energias limpas e renováveis desabaram na última década. Por exemplo, o custo nivelado (Levelized Cost of Energy, LCOE) da energia solar fotovoltaica foi reduzido em 88% no período 2010-2021 (US\$ 0.417/kWh em 2010 e US\$ 0.048/kWh em 2021). Já o LCOE da energia eólica Onshore foi reduzido em 68% (US\$ 0.102/kWh em 2010 e US\$ 0.033/kWh em 2021). Finalmente, o LCOE da energia eólica Offshore foi reduzido em 60% (US\$ 0.188/kWh em 2010 e US\$ 0.075/kWh em 2021).

No que diz respeito aos direcionadores de valor econômico do Powershoring, podemos destacar três vetores: (i) a combinação de resiliência com eficiência econômica; (ii) a combinação de *compliance* ambiental com desenvolvimento econômico; e (iii) a criação de alternativa para a transição e segurança energética de empresas, bem

como de diferentes setores e cadeias globais de valor, reduzindo a pressão de demanda nos sistemas elétricos dos países originários dos investimentos externos.

A combinação de resiliência com eficiência está se tornando o principal direcionador da localização industrial em nível global e é esperado que tal combinação siga ganhando importância nos próximos anos. A resiliência, elemento novo nessa agenda, está ganhando centralidade na geografia internacional dos investimentos, em especial na estratégia corporativa de empresas com presença global, que buscam segurança produtiva e de mercado, para além da eficiência econômica. As vantagens comparativas refletidas nos custos de produção das energias limpas (com destaque para a eólica e solar fotovoltaica) e do hidrogênio verde (H2V) deverão ganhar influência neste tipo de tomada de decisão, em especial naqueles setores intensivos no consumo de energia em processos produtivos em que a demanda pela descarbonização se faz premente. Ao que tudo indica, a desconcentração e a diversificação da geografia das plantas se tornarão temas críticos da agenda de investimento da primeira metade do século XXI.

Outra característica distintiva do Powershoring é que ela combina *compliance* ambiental com desenvolvimento econômico. Ao fazer das energias limpas a engrenagem da estratégia, o Powershoring fomenta investimentos na agenda do clima e acelera a transição energética e a descarbonização da produção em nível regional e global. De outro lado, a atração de plantas manufatureiras voltadas para exportação promove o crescimento do PIB da ALC, o aumento do investimento, da tecnologia e da inovação, o aumento do emprego, a

inserção da região em cadeias globais de valor, promove as pequenas e médias empresas, a arrecadação de impostos, o desenvolvimento local e regional e, finalmente, ganhos generalizados de produtividade.

O terceiro vetor diz respeito ao fato de as vantagens comparativas da ALC em produzir energias limpas e renováveis - num cenário geopolítico desafiador de transição energética e mudanças climáticas - proporcionarem a criação de uma nova classe de ativos e novas oportunidades para investimentos externos. Por exemplo, para os países de origem das empresas beneficiadas, o Powershoring ajuda a reduzir a pressão de demanda nos sistemas elétricos, o que melhora as condições e o planejamento da transição energética, servindo como motor da competitividade empresarial, criando alternativas de *compliance* ambiental para empresas sob pressão e viabilizando a importação de bens com preços relativamente menores e com baixa pegada de carbono. Em outras palavras, o Powershoring contribui para os compromissos ambientais e protege os interesses das empresas.

O Powershoring pode ser classificado como uma política industrial, já que promove a manufatura e a transformação da estrutura produtiva. Porém, diferentemente de outras políticas industriais previamente implementadas na região, trata-se de política que tem como pontos centrais a energia limpa, o investimento direto estrangeiro, a exportação, a tecnologia e a inovação e o seu avanço não dependente de incentivos fiscais, subsídios, protecionismo ou discriminação. Ao contrário, o fulcro da estratégia está nas vantagens comparativas e nos recursos naturais. Trata-se, portanto, de proposta

inovadora de política industrial, em que mudanças climáticas e o fortalecimento dos mercados são seus pontos de partida.

Por outro lado, o sucesso do Powershoring como política de promoção e transformação da estrutura produtiva da ALC enfrenta alguns riscos e ameaças, que podem ser divididos em dois grupos: externos e internos. Os riscos e ameaças de natureza externa estão majoritariamente relacionados aos efeitos e impactos decorrentes da estratégia de Reshoring ancorada em subsídios generosos para a produção doméstica de energias limpas e renováveis em países desenvolvidos. Já os riscos e ameaças de natureza interna estão relacionados à maneira como algumas lideranças políticas e empresariais da ALC vislumbram explorar as oportunidades advindas das vantagens comparativas da região na produção de energias limpas e renováveis.

No âmbito das ameaças e riscos externos, destaca-se o esforço de economias desenvolvidas para tornarem o Reshoring uma estratégia locacional hegemônica, com a concentração da produção industrial nos EUA e na Europa. Um grande passo neste sentido foi a aprovação do Inflation Reduction Act de 2022 (IRA) nos EUA. Trata-se de um pacote de estímulos no montante de US\$ 433 bilhões, sendo US\$ 369 bilhões destinados a programas de segurança energética e mudanças climáticas. O IRA fornece subsídios na forma de créditos fiscais e condiciona esses créditos à produção baseada nos EUA e ao fornecimento de insumos da América do Norte e tem sido interpretado por analistas especializados, políticos e acadêmicos como um potencial violação das regras de comércio internacional. Parece haver um consenso fora

dos EUA de que o IRA tem potencial de erodir o sistema multilateral de cooperação, inclusive servindo como gatilho para uma “corrida transatlântica” de subsídios entre EUA e Europa.

Contudo, os desafios da transição energética e as metas globais de descarbonização tornam a hegemonia do Reshoring no EUA e na Europa uma tarefa não trivial por ao menos duas razões. A primeira delas é o próprio risco da concentração geográfica da produção industrial, fator que motivou uma reavaliação da pertinência de estratégias locais do tipo “*winner takes all*”. A segunda diz respeito à ausência de vantagens comparativas relevantes na produção conjunta e complementar de diferentes energias limpas e renováveis por parte daquelas economias. Não restam dúvidas de que EUA e Europa dispõem de um conjunto único e extremamente valioso e sofisticado de ativos estratégicos tangíveis (infraestrutura física, recursos naturais e localização geográfica) e intangíveis (instituições e mercados sofisticados e capital humano e intelectual). Contudo, a produção de energias limpas e renováveis não é um deles, ao menos no curto e médio prazo.

Adicionalmente, não há consenso na literatura especializada de que barreiras tarifárias e não-tarifárias, subsídios e incentivos fiscais possam compensar em bases permanentes desvantagens comparativas no longo prazo. Portanto, os riscos associados aos efeitos do IRA e similares não devem ser desprezados pela ALC, da mesma maneira que seus benefícios e incentivos não deveriam ser superdimensionados por parte dos contribuintes, empresas e investidores privados.

No âmbito das ameaças e riscos internos destaca-se, como já pontuado, a maneira como algumas lideranças políticas e empresariais da ALC vislumbram explorar tais oportunidades advindas das vantagens comparativas da região na produção de energias limpas e renováveis. Há um forte movimento para a constituição de uma espécie de “modelo primário-exportador” de energia verde, com destaque para a exportação do H2V transportado na forma de amônia. A estratégia da constituição de hubs de exportação de H2V ou amônia verde no Hemisfério Sul, com destaque para a ALC e continente africano, está mais alinhada à agenda europeia de transição energética, tais como o EU Green Deal e o EU Hydrogen Strategy do que com as estratégias dos países exportadores para as suas transições energéticas e de criação de valor.

Parcerias envolvendo Europa e ALC para o desenvolvimento da produção e comercialização de H2V e amônia verde podem ser mutuamente vantajosos e benéficos. Da mesma forma que a constituição de hubs para exportação de H2V ou amônia verde na região da ALC não representa um problema, desde que outras oportunidades igualmente importantes para a geração de riqueza e valor econômico não sejam negligenciadas em função de uma estratégia de desenvolvimento monotemática e primário-exportadora.

Outro ponto a ser destacado a respeito do Powershoring diz respeito à sua proposta de valor empresarial. As vantagens comparativas da ALC em produzir energias limpas e renováveis, com segurança energética a custos competitivos, num cenário desafiador de transição energética e mudanças climáticas, têm

propiciado a criação de uma nova classe de ativos e de oportunidades para investimentos privados.

O fato é que as metas de descarbonização impostas às economias ao redor do globo implicam na emergência da transição energética. A emergência acomete a todos, mas os níveis de urgência variam consideravelmente de país-para-país e de setor-para-setor, a depender de vários fatores, incluindo as próprias estruturas das matrizes energéticas e dos perfis de capacidade instalada e geração de eletricidade, além das diferentes exposições a riscos de eventos climáticos e riscos geopolíticos. A partir desta perspectiva, parece claro que a estratégia do Powershoring constitui uma oportunidade única para aqueles projetos de investimento nos quais os custos incorridos na protelação da transição energética são crescentes e desproporcionalmente altos.

Além de produzir valor econômico aos investidores privados por meio de diversificação de riscos e maior resiliência, a estratégia do Powershoring está alinhada e em conformidade com as agendas da governança ambiental, social e corporativa (ESG) e com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Isto significa que o Powershoring é uma estratégia altamente aderente aos objetivos de empresas que perseguem o conceito de *triple bottom line*, ou tripé da sustentabilidade, um conceito de negócios que postula que as empresas devem se comprometer a medir seu impacto social e ambiental - além de seu desempenho financeiro - em vez de se concentrar apenas na geração de lucro ou no "resultado" padrão.

Os críticos do modelo do *triple bottom line* muitas vezes apontam a sustentabilidade como uma questão

periférica, como uma moda passageira, como greenwashing ou como uma questão de negócios sem importância. Contudo, o fato é que tais tipos de críticas já superaram o período de uma década e não há qualquer evidência de que estejamos tratando com uma moda passageira. Muito pelo contrário. Governos, consumidores, reguladores, investidores, acionistas, instituições bancárias, seguradoras, resseguradoras e agências de rating têm pressionado cada vez mais as empresas a perseguirem estes objetivos do *triple bottom line*.

A estratégia de Powershoring se alinha às novas propostas de geração de valor econômico para as organizações, tais como os modelos de Criação de Valor Compartilhado e o Modelo de Economia Circular. O ponto central é que os modelos de negócios que constituem a estratégia do Powershoring (produção, distribuição e comercialização de energias limpas e renováveis) foram originalmente concebidos à luz deste novo paradigma de “capitalismo de stakeholders” - em oposição ao paradigma anterior de “capitalismo de shareholders”, inclusive num período da história em que se acreditava que tais modelos de negócio não seriam economicamente viáveis, sustentáveis, replicáveis e escaláveis.

A adoção do Powershoring na ALC deveria considerar a “Estratégia de Três Vias.”

A primeira via consistiria em fomentar os fatores habilitadores para o aumento da produção da energia verde, segura, barata e abundante. A segunda via consistiria em promover a expansão da produção do H2V a níveis que garantissem ganhos de escala, ganhos de escopo e queda do preço, para enfrentar os subsídios dos

EUA e Europa, além de ganhos de aprendizagem, conhecimento do modelo de negócios, formação de parcerias nacionais e internacionais e produção local de equipamentos, de tal forma a converter a região num grande hub global de H2V, aproveitando-se das vantagens comparativas de energia verde, terrenos industriais, água e posição geográfica favorável. A terceira via consistiria no uso prioritário desse gás para a promoção do Powershoring, exportando os excedentes.

Tais estratégias são complementares, embora não sejam temporalmente sincronizadas. Isto porque ainda estamos distantes de alcançar tecnologias seguras e economicamente viáveis de transporte marítimo do H2V na forma de amônia, bem como de tecnologias igualmente seguras e econômicas de reconversão da amônia verde em H2V para uso industrial nos portos dos países importadores.

O Powershoring é uma oportunidade única para converter a vantagem comparativa da região em energia verde, o distanciamento da agenda geopolítica internacional e a capacidade de atender a combinação de resiliência com eficiência em instrumentos potentes de promoção do desenvolvimento econômico e social. O Powershoring terá efeitos importantes na produtividade, na competitividade, na tecnologia, na inovação e contribuirá para a formação e consolidação de cadeias regionais de valor. Certamente, o Powershoring será muito útil e benéfico para a região, mas será ainda mais útil para as empresas que entenderem as virtudes dessa estratégia.

Muito Prazer, Regulação!

Juliana Oliveira Domingues & Eduardo Molan Gaban

W*hat Is Regulation?* Barak Orbach foi explícito sobre o foco do seu *paper* com esse título¹.

Quando trazemos esse tema, em 2023, muitos ainda podem ficar surpresos com o fato de haver uma recorrente confusão terminológica. Quando falamos, então, de “coarregulação”, “autorregulação”, “regulação responsiva”, “análise de impacto regulatório”, “autorregulação regulada”, grandes e repetidas interrogações surgem para boa parte da comunidade jurídica.

Não deixa de ser um alento e - até mesmo - um sopro de esperança, observar que no berço do capitalismo persistam essas dúvidas.

Afinal, o que todos sabem sobre regulação?

A natureza evasiva do termo “regulação” é, em grande parte, produto de confusão. Obviamente, estamos tratando de mais um conceito abstrato. Não sem motivos, vemos opiniões sobre o que seria o “escopo desejável” de poderes regulatórios ou de políticas regulatórias.

Da mesma forma, há quem veja a regulação puramente como uma intervenção indesejável do Estado.

¹ ORBACH, Barak, *What Is Regulation?* (September 7, 2012). 30 *Yale Journal on Regulation Online* 1 (2012), *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 12-27*.

Dentro de referido grupo, encontramos os que entendem “regulação” como “intervenção na liberdade e nas escolhas”. Há quem defenda que a regulação tem o poder de definir as opções disponíveis e manipular os incentivos.

Porém, haveria uma espécie de regulação desejável?

No Brasil, de um lado, identificamos aqueles que querem sempre “mais regulação” e que desejam ver com frequência “as mãos” do Estado. De outro, também temos crenças e percepções críticas sobre a forma de intervenção (por meio da regulação) que coloca em xeque a necessidade de haver intervenções regulatórias.

E, não podemos nos esquecer do comportamento *free-rider* dos poucos (ou nada) preocupados com o adequado emprego da regulação: ora a sugerem, ora a repelem, ao sabor de seus interesses ou agendas².

Estudiosos no mundo que já se debruçaram sobre o significado do termo “regulação” produziram várias definições. Em boa parte dos estudos, o termo “intervenção” aparece. Outro caminho, baseia-se em crenças pessoais para explicar o conceito, o que acaba por criar definições informais.

Em nosso cenário regulatório, há destaque à atuação das agências reguladoras, uma vez que os debates

² Exemplo disso vimos com a alegação de que o PIX prescindiria de AIR (tema tratado em outra oportunidade neste portal). Cf. DOMINGUES, Juliana O. Pix e Air – quando a liberdade econômica desperta o ilusionismo e levanta cortina de fumaça. Disponível em: <<https://webadvocacy.com.br/2022/09/26/pix-e-air-quando-a-liberdade-economica-desperta-o-ilusionismo-e-levanta-cortina-de-fumaca1/>> Acesso em: 01 jun. 2023.

se centraram nelas, ao longo dos últimos anos, tal como nos EUA.³ Outra referência popular que atrai críticas à regulação se refere ao seu uso para atendimento aos grupos de interesse.⁴

De acordo com George Stigler, a regulação, “[...] *é adquirida pela indústria e é projetada e operada principalmente para seu benefício.*”⁵ Já Richard Posner, tal como estaca Orbach, trouxe uma versão mais “refinada” dessa percepção: “[...] *regulação [é] um produto alocado de acordo com princípios básicos de oferta e demanda [...] podemos esperar que um produto seja entendimento intuitivo da palavra “regulação”: intervenção governamental no domínio privado ou norma jurídica que implementa tal intervenção. A regra de implementação é uma norma jurídica obrigatória criada por um órgão do Estado que pretende moldar a conduta de indivíduos e empresas.*”⁶

³ Em adição, Orbach cita as leis criadas pelas cortes - common law - como uma forma tradicional de regulação. Veja-se: ANDREW P. MORRISS et. al., **Regulation by Litigation** (2008); **Regulation Through Litigation** (W. Kip Viscusi ed., 2002); POSNER, Richard A. **Regulation (Agencies) Versus Litigation** (Courts): An Analytical Framework, in *Regulation Vs. Litigation* 11 (Daniel P. Kessler ed., 2010).

⁴ Veja-se, também: ORBACH, Barak. **Invisible Lawmaking**, 79 *Uni. Chi. L. Rev. Dialogues* 1 (2012).

⁵ No mesmo sentido: PELZMAN, Sam. **Toward a More General Theory of Regulation**, 19 *J. L. & ECON.* 211 (1976).

⁶ Tradução Livre. POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**, 5 *Bell J. Econ. & Mgm't Sci.* 335, 344 (1974). As visões de Richard Posner sobre regulação evoluíram, neste texto: RICHARD A. Posner, **The Crisis of Capitalist Democracy** 1-2 (2010), p. 12: “*From a normative economic standpoint [...] the goal of*

Vale destacar que o “órgão do Estado”, isto é, o regulador, pode ser qualquer órgão legislativo, executivo, administrativo ou judicial que tenha o poder de criar uma norma jurídica vinculante. Essa definição geral é bem mais ampla do que “restrições”, “regras de agências administrativas / reguladoras”, ou “leis que atendem a grupos de interesse”.

Nesse sentido, Orbach foi muito feliz em resgatar esse debate para centrar a definição na “intervenção no domínio privado”, em vez de “intervenção nas escolhas”. O ponto essencial é observar que, teoricamente, pode-se considerar qualquer influência na conduta como interferência nas escolhas. No entanto, o significado “da interferência nas escolhas” é de difícil consenso. Seja como for, não podemos fugir do fato que regulação tem ligação com a intervenção no domínio privado.

Em resgate ao tema, cabe rememorar a definição de regulação como intervenção no domínio privado trazida, em meados do século XIX, por John Stuart Mill quando descreveu a intervenção governamental nos assuntos da sociedade⁷.

Mill argumentou que a fonte da controvérsia era, em grande parte, uma divisão ideológica entre dois grupos na sociedade: 1) [...] os defensores da interferência [i. e. que acreditam que o governo deve agir] onde quer que sua intervenção seja útil” e; 2) os que restringem a atuação do

regulation, whether by courts or by agencies, is to solve economic problems that cannot be left to the market to solve.”.

⁷ MILL; John Stuart, 2 Principles of Political Economy 525-71 (1848).

governo “[...] à proteção da pessoa e da propriedade contra a força e a contra a fraude.”⁸

O resgate de Mill pode iluminar como as pessoas combinam suas visões de políticas regulatórias desejáveis. Veja-se essa passagem: “[se] os venenos nunca foram comprados ou usados para qualquer finalidade, exceto a prática de assassinato, seria correto proibir sua fabricação e venda”. Por exemplo, os venenos podem “ser procurados não apenas para propósitos indecentes, mas também para fins úteis, e restrições não podem ser impostas em um caso sem operar no outro”. No exemplo acima, Mill recomenda como precaução rotular com alguma palavra (ou se fazer alguma referência) o potencial perigo do produto, sem violação da liberdade, uma vez que “o comprador deve saber que a coisa que possui tem qualidades venenosas.”⁹

Ora, a intervenção do Estado no domínio privado - subproduto de nossa realidade imperfeita e limitações humanas – por meio da regulação apenas ocorre porque existem “venenos” e os atos de regulação podem ter “efeitos venenosos” quando mal utilizados.

Nosso mundo é complexo, possui recursos finitos e as interações sociais estão mergulhadas nas mais diversas assimetrias. É verdadeira a premissa da análise econômica de que o indivíduo, portador de limitada racionalidade e informações incompletas, comporta-se procurando sempre maximizar o seu bem-estar. Certo também é que, não raras vezes, o mercado falha, ou seja, o subproduto da

⁸ Id. Ibid.

⁹ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 66-67 (1859). Id. p. 171-73.

comunicação entre demanda e oferta pode causar danos para muitos e riqueza para poucos.

É justamente em resposta a essas imperfeições, limitações, ou mesmo falhas que se estruturou a ideia de regulação econômica. Reconhece-se o problema e, então, procura-se enfrentá-lo de maneira propositiva visando mitigá-lo e converter as toxinas naturalmente resultantes das falhas em promoção de eficiência econômica e, até mesmo, do bem-estar geral (em alusão à ideia de equilíbrio geral).

Numa perspectiva metalinguística, vale dizer, as mesmas imperfeições e limitações, porém, garantem o caráter imperfeito e limitado da regulação. Nossas falhas humanas permitem, por exemplo, regulações excessivas e redundantes, e permitem - sim! - a adoção de regulações que atendam aos grupos de interesse (em sua mais ampla conceituação) em linha com James M. Buchanan.¹⁰

O desafio, portanto, é lidar com o fato de que há imperfeições e limitações iminentes à sociedade e, portanto, iminentes também à atividade estatal. Ambas prejudicam a tomada de decisões tanto no plano dos agentes econômicos em si, quanto no plano da atividade estatal de regulação econômica.

Nesse sentido, em linha com George Stigler, nada resta a ser feito?

¹⁰ BUCHANAN, James M. **Politics without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications**. (James Buchanan and Robert Tollison Eds). The Theory of Public Choice II 11, 11 (Michigan 1984).

Negativo. A ênfase de Stigler às limitações da regulação e sua tendência de captura, posteriormente temperada com o realismo de Buchanan ao escancarar a fragilidade humana de raramente conseguir sacrificar o interesse pessoal em favor do coletivo, conforme determina o mandato estatal, leva-nos a escolher o caminho inevitável da moderna ideia de regulação econômica baseada em dados empíricos, apresentada por Cass R. Sunstein, o mesmo que recentemente lembrou a importância de se compreender as motivações dos próprios reguladores¹¹.

¹¹ Nesse sentido vale conferir o artigo: SUSTEIN, Cass R. **Interest-Group Theories of Regulation: A Skeptical Note**. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3829993.

Acesso em: junho de 2023. Em adição, veja-se: “[...] *George Stigler, professor norte-americano, responsável pela “Teoria Econômica da Regulação” [...] aborda a captura de agentes públicos – reguladores e legisladores – por grupos de interesse; por isso, é também conhecida como “teoria da captura”.* Para Stigler, ao invés de regular os setores visando melhorar seu funcionamento e dirimir práticas danosas, a regulação atenderia às demandas dos agentes regulados levando ao desvirtuamento da estrutura do Estado e dos recursos públicos. Essa visão crítica das agências reguladoras foi revisitada recentemente por Cass R. Sunstein, professor da Universidade de Harvard, em seu “Interest-Group Theories of Regulation: A Skeptical Note”. Mencionando diretamente Stigler, Sunstein rebate a noção de que a regulação não visaria atender interesses públicos, buscando demonstrar que, se os reguladores e legisladores adotam determinado posicionamento, é porque acreditam que tal norma ou política terá resultados benéficos. [...] Apesar da maneira como Sunstein aborda o problema parecer lhe colocar em contraponto direto com Stigler e sua teoria da captura, uma aproximação entre os autores pode ser feita: por vezes, a informação a que os reguladores têm acesso é determinada pelos grupos de que fazem parte. Veja-se, por exemplo, legislações propostas durante a pandemia que buscaram moratórias e interferência nos preços, partindo de determinada visão, não necessariamente vinculada aos núcleos de informações cientificamente embasados, dissociadas da implementação de melhores práticas adequadas à realidade. De toda forma, a abordagem de Sunstein deixa claro, também, qual deve ser o papel das agências reguladoras (aqui estendemos aos reguladores em geral): adotar

Em suma, é seguro utilizar as instituições normativas adequadas da Regulação com a devida parcimônia. Em outras palavras, devemos aceitar o fato de que a regulação é uma ferramenta valiosa a serviço da atividade estatal que veio para ficar. Assim, tanto melhor será atribuírmos foco em compreendê-la bem e trabalharmos para maximizar seus benefícios e minimizar seus custos.

políticas que tenham consequências benéficas, se não para o setor privado, para o ambiente regulatório e para o usuário (consumidor) final. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira; Miranda; Isabella Dorigheto. **O Retorno de Jedi: Um olhar do Século XXI à Captura dos Reguladores.** Jota. Veja-se também: SUNSTEIN, Cass R., *Empirically Informed Regulation* (2011). University of Chicago Law Review, Vol. 78, No. 4, 2011, Harvard Public Law Working Paper No. 13-03.

Crescimento, Reformas e os Indicadores PMR de Competição, Regulação e Abertura

*Katia Rocha**

Há poucas semanas, o FMI divulgou o World Economic Outlook (2023), publicação de seu corpo técnico, todo mês de Abril e Outubro de cada ano, apresentando as análises sobre expectativas de crescimento global de curto e médio prazo. Os capítulos fornecem uma visão geral e uma análise mais detalhada da economia mundial, com considerações sobre economias desenvolvidas e em desenvolvimento, além de tópicos de interesse atual.

Conforme ilustra a tabela abaixo, as projeções de crescimento do Brasil para 2023 / 2024 foram estimadas em 0.9 / 1.5 % ao ano, abaixo da projeção de 3.9 / 4 % ao ano para economias emergentes de renda média (classificação do Brasil segundo sua renda per capita). Fato é que, desde a década de 80, o Brasil cresceu uma média de 2.3% ao ano, aproximadamente, metade do crescimento de países de renda média superior (4.7% ao ano).

* Katia Rocha é Pesquisadora do IPEA. katia.rocha@ipea.gov.br. As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade da autora, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Ipea.

Latest World Economic Outlook Growth Projections

(Real GDP, annual percent change)	PROJECTIONS		
	2022	2023	2024
World Output	3.4	2.8	3.0
Advanced Economies	2.7	1.3	1.4
United States	2.1	1.6	1.1
Euro Area	3.5	0.8	1.4
Germany	1.8	-0.1	1.1
France	2.6	0.7	1.3
Italy	3.7	0.7	0.8
Spain	5.5	1.5	2.0
Japan	1.1	1.3	1.0
United Kingdom	4.0	-0.3	1.0
Canada	3.4	1.5	1.5
Other Advanced Economies	2.6	1.8	2.2
Emerging Market and Developing Economies	4.0	3.9	4.2
Emerging and Developing Asia	4.4	5.3	5.1
China	3.0	5.2	4.5
India	6.8	5.9	6.3
Emerging and Developing Europe	0.8	1.2	2.5
Russia	-2.1	0.7	1.3
Latin America and the Caribbean	4.0	1.6	2.2
Brazil	2.9	0.9	1.5
Mexico	3.1	1.8	1.6
Middle East and Central Asia	5.3	2.9	3.5
Saudi Arabia	8.7	3.1	3.1
Sub-Saharan Africa	3.9	3.6	4.2
Nigeria	3.3	3.2	3.0
South Africa	2.0	0.1	1.8
Memorandum			
Emerging Market and Middle-Income Economies	3.9	3.9	4.0
Low-Income Developing Countries	5.0	4.7	5.4

Source: IMF, *World Economic Outlook*, April 2023

Note: For India, data and forecasts are presented on a fiscal year basis, with FY 2022/2023 (starting in April 2022) shown in the 2022 column. India's growth projections are 5.4 percent in 2023 and 6.3 percent in 2024 based on calendar year.

INTERNATIONAL MONETARY FUND

IMF.org

Na teoria econômica, diversos modelos tem sido utilizados para tentar identificar as causas do baixo crescimento Brasileiro. Entre elas, surgem questões relativas à produtividade, instituições, infraestrutura,

educação, etc. Algumas hipóteses advogam em favor de reformas estruturais, que teriam potencial de alavancar crescimento via aumento de produtividade, ao promover maior eficiência alocativa de recursos.

Diversos think tanks recomendam agendas para endereçar essa questão. A OCDE, por exemplo, em sua publicação OCDE – Economic Surveys Brazil (2020), estima, através de modelo de crescimento de longo prazo¹, o potencial impacto de médio e longo prazo na atividade, decorrente de diversos conjuntos de reformas políticas e institucionais.

Um pacote ambicioso, que melhorasse a qualidade regulatória e a concorrência, reduzisse as barreiras ao comércio exterior e melhorasse as instituições e a governança, geraria um aumento real do PIB de 14.1% e um incremento no crescimento médio anual de 0.9% ao ano.

As reformas sugeridas baseiam-se em três cenários principais.

O primeiro cenário assume o alinhamento das regulamentações do mercado de produtos, conforme capturado pelo indicador *Product Market Regulation* – PMR², com a média atual da OCDE até 2060. Representaria enorme aumento na competitividade do país, e incluiria a consolidação dos impostos sobre o consumo em um imposto sobre valor agregado (IVA).

¹ Ver Guillemette and Turner (2018).

²

Disponível

em:

<https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/>

O segundo cenário pressupõe maior abertura e integração global, decorrente da redução de barreiras tarifárias e não tarifárias de bens de capital e insumos intermediários, com redução de 7% nas tarifas, atingindo, em 5 anos, o nível atual vigente nas principais economias da OCDE. Além disso, supõe-se abertura gradual da conta de capital, atingindo, em 5 anos, o nível atual do Chile.

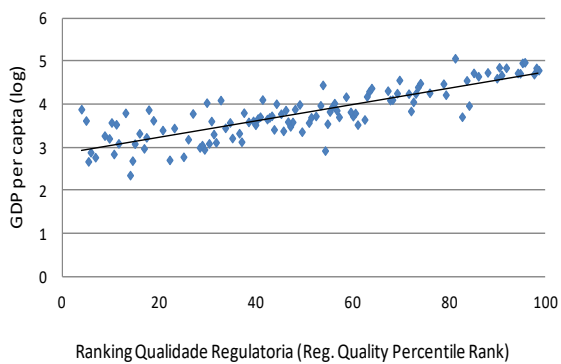
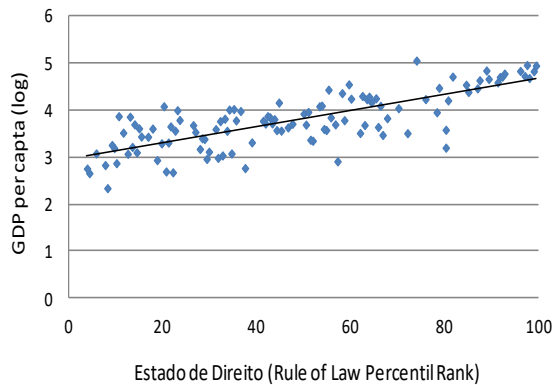
O terceiro cenário pressupõe a qualidade institucional, capturada pelos índices do World Governance Indicator do Banco Mundial³, convergindo ao valor médio atual da OCDE em 2060.

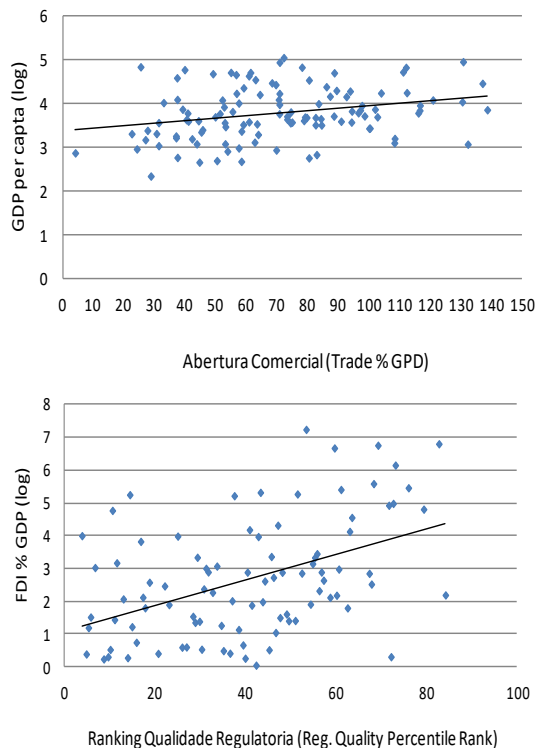
Basicamente, a agenda de reformas sugeridas dialoga bem com as diretrizes e instrumentos legais da própria OCDE, aos quais, o Brasil já aderiu, praticamente, à metade, em sua jornada para adesão. Alinha-se, igualmente, aos diversos eixos estratégicos do Estado Brasileiro para o desenvolvimento econômico e social.

A Figura 1 ilustra algumas dessas relações (estruturas de correlação) referente aos cenários que motivam essa agenda de reformas para 114 países de baixa, média e alta renda a partir de dados de 2021.

Figura 1: Cenários e Estruturas de Correlação

³ Abrangem seis grandes dimensões de governança (estado de direito, qualidade regulatória, controle de corrupção, eficácia do governo, responsabilidade e prestação de contas e estabilidade política e ausência de terrorismo) para mais de 200 países desde 1996 calculados seguindo metodologia própria. Disponível em: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/>





Fonte: [*World Development Indicator*](#) e [*World Governance Indicator*](#)

Vou, aqui, me ater ao primeiro cenário proposto, sobre melhoria nos indicadores Brasileiros de PMR da OCDE.

Os indicadores de PMR medem as barreiras regulatórias à entrada e à concorrência de empresas como um todo na economia e em setores regulados. Abrangem ampla gama de políticas relevantes, e, sobretudo, atuais, na agenda Brasileira, como governança das empresas estatais,

compras públicas, controle de preços, avaliação da qualidade regulatória, licenciamento e burocracia, interação com grupos de interesse, envolvimento do Estado na economia, e barreiras a investimentos e ao comércio exterior. Ressalto, o entendimento da OCDE, no qual a propriedade pública não é uma questão *per se*, desde que as regras de governança das empresas estatais envolvidas em atividades comerciais limitem a interferência política indevida, e, promovam a igualdade de condições entre empresas públicas e privadas.

Desse modo, os indicadores PMR são uma importante ferramenta para os países identificarem fraquezas regulatórias e formularem opções de políticas para superá-las, comparando-se aos países *peers*, e, adotando as melhores práticas internacionais.

A posição atual do Brasil nesse indicador é baixa, ocupando o percentil inferior de 5% das posições dos países membros da OCDE⁴. No entanto, um aumento para a média do grupo até o ano de 2060 parece factível.

Nesse sentido, é oportuno lembrar as tentativas de mudanças acerca do Marco Legal de Saneamento Lei 14.026 de 2020, fruto de intenso debate, desde 2018, envolvendo diversos agentes, tanto do setor público, quanto privado, cujo objetivo principal concentra-se na universalização do saneamento, um problema de décadas no Brasil, incentivando parcerias e ampliação da participação privada.

⁴ A base de dados PMR é atualizada após 5 anos, e neste ano de 2023 será divulgada atualização com as novas posições dos países.

A promulgação do Novo Marco de Saneamento de 2020 se posiciona em conformidade aos eixos dos indicadores de PMR da OCDE, criando um ambiente regulatório mais homogêneo, com eficiência concorrencial via licitações públicas, com indicadores obrigatórios de performance e qualidade para os investimentos no setor, e incentivos de maior parceria do setor público e privado. Um avanço na modernização do marco legal de PPPs do Brasil, tendo sido bem recebido por diversos *think tanks* (BID, OCDE, Banco Mundial)⁵.

Eventuais mudanças que desconfigurem tal propósito e objetivo podem produzir alto custo econômico e social, com atrasos ainda maiores nas metas de universalização, e possíveis contágios em outros setores de infraestrutura. Não condiz com a necessidade de priorização de investimentos no setor. Dados do Banco Mundial⁶ mostram que apenas 48,7% da população Brasileira apresenta algum nível de coleta e tratamento de esgoto. Nos países membros da OCDE esse percentual alcança 85%.

O esforço para melhorar a agenda de produtividade e crescimento econômico e social é extenso. Sigo acreditando que políticas públicas baseadas em dados e evidências podem nos ajudar a manter as conquistas, apresentar parâmetros de comparação, e, seguir caminhando na agenda de crescimento e desenvolvimento.

⁵ Ver OCDE (2022), World Bank (2022), IFC(2021).

⁶ World Development Indicators. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SH.STA.SMSS.ZS>

Referências bibliográficas

- Guillemette, Y.; D. Turner (2018). 'The Long View: Scenarios for the World Economy to 2060. OECD Economic Policy Papers, No. 22, OECD Publishing, Paris, Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/the-long-view_b4f4e03e-en
- IFC (2021). Tapping into private finance for more resilient water systems. Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/news_ext_content/ifc_external_corporate_site/news+and+events/new_s/private-financing-for-resilient-water-systems-in-brazil
- OCDE – Economic Surveys Brazil (2020). Disponível em: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2020-OECD-economic-survey-overview.pdf>
- OCDE (2022). Fostering Water Resilience in Brazil: Turning Strategy into Action. OECD Studies on Water. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/environment/fostering-water-resilience-in-brazil_85a99a7c-en#page4
- World Bank (2022). Water Supply and Sanitation Policies, Institutions, and Regulation: Adapting to a Changing World—Synthesis Report. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/099015208242275252/pdf/P165586002283004a086e105a00d8430696.pdf>
- World Economic Outlook (2023). World Economic Outlook: A Rocky Recovery. April. International Monetary Fund. 2023. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2023/04/11/world-economic-outlook-april-2023>
- World Governance Indicator – WGI. Disponível em: <https://info.worldbank.org/governance/wgi/>

Investimentos em Rodovias e o Novo Modelo Proposto de Compartilhamento de Risco de Demanda da ANTT

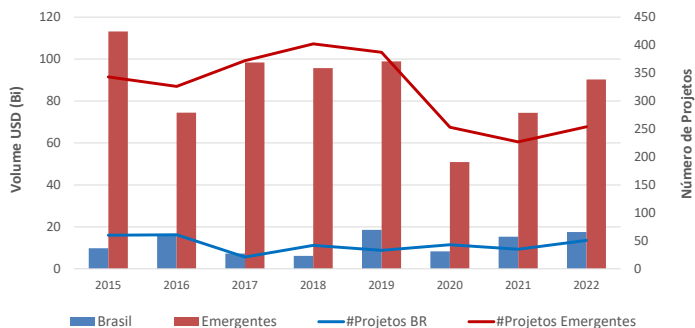
Katia Rocha

Em 2022, os investimentos privados em infraestrutura – concessões e PPPs, nas Economias Emergentes, continuaram sua recuperação, tanto em volume quanto em número de projetos, para níveis pré-pandemia segundo dados recentes disponibilizados pelo Banco Mundial¹. O volume total de capital investido, que inclui Capex e outorgas, totalizou USD 91.7 Bilhões, distribuídos em 263 projetos conforme ilustra a Figura 1.

Em termos absolutos, China (33%), Brasil (19%), Índia (13%), Indonésia (5%) e Vietnã (5%) receberam os maiores volumes, representando 75% dos recursos globais privados alocados em infraestrutura econômica em emergentes de baixa e média renda. Na desagregação setorial, o setor de transportes voltou a liderar a recuperação, com 68% do volume total.

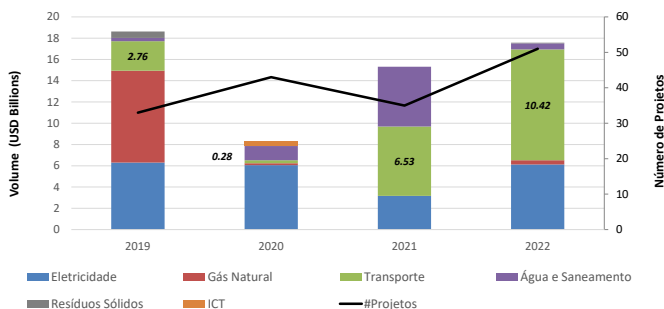
Figura 1. Investimentos Privados em Infraestrutura:
Emergentes x Brasil

¹ *Private Participation in Infrastructure (PPI) Database. Disponível em: <https://ppi.worldbank.org/en/ppi>*. Compreende os setores de eletricidade, gás natural, resíduos sólidos, água e saneamento, portos, ferrovias, rodovias, aeroportos e ICT.



No Brasil, o volume de investimentos totalizou USD 17.6 Bilhões (0,9% do PIB de 2022), distribuídos entre 51 projetos, alcançando os níveis pré-pandemia de 2019, como ilustra a Figura 2. O setor transporte continuou se destacando, mobilizando investimentos da ordem de USD 10 Bilhões (59% do volume total alocado no Brasil), com a seguinte distribuição dentro do segmento: portos (4%), aeroportos (8%), ferrovias (18%), mobilidade urbana (33%), e rodovias (37%).

Figura 2. Investimentos Privados em Infraestrutura:
Setorial Brasil



Esse panorama introdutório ilustra o contínuo apetite dos *stakeholders* pelos investimentos em infraestrutura no Brasil e emergentes de modo geral. Particularmente, no segmento de rodovias, um dos setores com maior lacuna de investimentos no Brasil², estima-se a necessidade de investimentos da ordem de R\$ 30 Bilhões/ano até 2050³.

Dada a necessidade considerável de investimento de longo prazo, o Brasil precisa melhorar a eficiência do investimento público e, ao mesmo tempo, mobilizar o capital privado em escala e ritmo, tendo, portanto, de gerar as condições necessárias para atrair, substancialmente, o investimento privado nesse segmento.

O setor de rodovias, assim como grande parte dos setores de infraestrutura do tipo *Greenfield*, envolvem incertezas diversas, tanto no desenvolvimento dos projetos, no custo de construção, na projeção da demanda; no perfil temporal das receitas – dissociadas das despesas, na dificuldade de conversão dos ativos para usos alternativos, entre outros específicos do setor (ambiental, desapropriação, etc). Representa um setor conhecido por ensejar grande número de incidências em renegociações de contratos de concessões em países emergentes⁴.

² Estimções em Raiser et al (2017) apontam este setor com 50% da lacuna de investimentos no Brasil.

³ Plano Integrado de Longo Prazo da Infraestrutura 2021-2050.

⁴ Guasch, Laffont e Straub (2008) e Global Infrastructure Hub. (2022).

Ocorrências de renegociações são esperadas e de certa forma necessárias para o bom funcionamento das concessões, dada a natureza incompleta dos contratos e da inviabilidade da previsão ex-ante de todas as contingências contratuais que podem afetar o acordo no longo prazo.

No entanto, uma alta incidência de renegociações levanta questionamentos sobre a credibilidade do modelo e do respectivo programa de concessão, impactando, até mesmo, o efeito competitivo do leilão, onde o concessionário selecionado passa a ser o “*especialista em renegociação*”, ao invés do operador mais eficiente. Isso incentiva comportamentos oportunistas, com impactos fiscais potenciais nas despesas do Governo e na percepção dos agentes econômicos e sociais, resultando em atrasos ou reduções nas obrigações de investimentos, aumentos na tarifa, diminuição dos benefícios do programa e do bem-estar dos usuários finais.

De forma geral, melhores características institucionais, presença de arcabouço regulatório expresso em lei, melhores indicadores de qualidade regulatória, controle de corrupção e do aparato legal do país, diminuem a incidência de renegociações. Por outro lado, maior obrigação de investimentos no contrato – regulação por meios, em oposição à regulação por incentivos, maior parcela de risco alocada ao operador, indefinição da matriz de alocação de risco do projeto, estimativas não realistas para demanda, desenhos de leilões de menor tarifa em detrimento aos de maior outorga, choques

macroeconômicos – recessão e desvalorização cambial, aumentam a incidência de renegociação⁵.

O Novo Modelo Proposto de Compartilhamento de Risco de Demanda da ANTT

Atualmente, cerca de 13 mil km da malha rodoviária federal são administrados por meio de concessões no âmbito da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT)⁶. Desse total, quase 5 mil km apresentam problemas com obras paralisadas há anos, em processo de devolução ou relicitação, em especial, as realizadas na segunda etapa do programa de concessão de rodovias federais (Procrofe) em 2013/2014, cujas estimativas de demanda foram frustradas, a partir da crise econômica de 2014/2016.

Com a evolução natural do Procrofe, nas suas diversas etapas desde a década de 90, a matriz de risco do contrato foi avançando nas definições e alocações de risco, evidenciando, gradativamente, maior maturidade regulatória. No entanto, é consenso que inúmeras divergências interpretativas e indefinições sobre matriz de risco, tem gerado, consistentemente, diversos conflitos judiciais, arbitrais e administrativos, em especial, a cada revisão, onde diversos pleitos de recomposição de equilíbrio econômico financeiro são requeridos.

⁵ Guash (2004).

⁶ Ver em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/informacoes-gerais>

Como forma de tratar essa questão, a ANTT lançou, ao final de 2022, a audiência pública 013/2022 sobre novo modelo proposto de alocação de risco nos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária no âmbito da ANTT⁷.

Diversos aprimoramentos de alocações para matriz de risco são endereçados na proposta, sendo o principal, objeto deste artigo, o compartilhamento de risco de demanda. Estabeleceu-se uma determinada banda em torno de uma variação simétrica de 15% nas receitas projetadas do projeto inicial. Variações de receitas dentro da banda são alocadas à concessionária e fora desta, ao Poder Concedente através de ajustes posteriores. O acesso à essa forma de proteção (*hedge*) para o risco de receita foi condicionado à conclusão de grande parte das obrigações de investimentos e obras pela concessionária – 90% do Capex.

O desenho proposto possibilita que a concessionária seja recompensada por variações de receitas, numa eventual realização abaixo de 15% da projetada no estudo de viabilidade econômico (risco negativo – *downside*), e, de forma análoga, ceda ao Poder Concedente o montante que exceder a 15% desta projeção (risco positivo – *upside*).

O compartilhamento de receitas, a partir de uma banda, representa um *hedge*, a semelhança de um derivativo financeiro do tipo *caps and floors*⁸, acionado a partir de um

⁷ Ver em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAv isoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=518>

⁸ Ver Hull (2009).

gatilho determinado, no presente caso, a partir da conclusão de investimentos superiores a 90% do Capex.

A ideia básica consiste em aumentar a atratividade do projeto, modificando sua estrutura de risco/retorno. A depender do comportamento da receita (demanda) – variável incerta, a concessão pode apresentar uma estrutura de risco/retorno mais atrativa, com maior valor esperado (VPL) e menor risco (variância, Value at Risk, etc), possibilitando, inclusive, maior desconto tarifário no momento do certame.

A depender da dinâmica da receita (demanda) e sua volatilidade pode-se estimar a probabilidade e magnitude que esta ultrapassa a banda estabelecida – tanto acima quanto abaixo, o que impacta e condiciona a atratividade da concessão e potenciais descontos tarifários. É possível, inclusive, que a atratividade se mantenha (mesmo VPL), ou até diminua (menor VPL), com modificações apenas na sua estrutura de risco (distribuição do VPL), o que não implica, necessariamente, em descontos tarifários na média. Há que se calcular.

Cabe apontar que o teto da banda, impede o concessionário de se apropriar de eventuais vantagens (*upside*) no caso de realizações favoráveis de demandas (risco positivo), e, dessa forma, conceder maiores descontos aos usuários.

Igualmente importante avaliar os impactos na flexibilização do percentual de gatilho proposto de Capex (90%) para acesso ao *hedge* de receita proposto. Um valor menor de gatilho pode aumentar a atratividade da concessão, potencializando maiores descontos tarifários.

Em uma ótica de análise de impacto regulatório (AIR), é possível estimar como flexibilizações no regramento modificam a atratividade da concessão e possibilitam maior potencial de desconto tarifário. Em especial, pode-se estimar o trade-off para o Poder Concedente entre menores tarifas imediatas ou eventuais desembolsos no futuro no caso do risco negativo (*downside*).

Nesse sentido, critérios de flexibilização podem ser analisados em eventuais AIRs. Seja no percentual do gatilho do Capex, na modalidade de garantia de receita mínima, que elimina para concessionária apenas o risco negativo (*downside*), preservando o risco positivo (*upside*), ou ainda, desenhos de leilões de menor valor presente de receita – LPVR⁹.

Sob a ótica de potencializar investimentos em setores essenciais como os de infraestrutura, ou num contexto onde as concessões mais atrativas já foram licitadas, o melhor desenho para viabilizar novos projetos pode não ser, necessariamente, o de menor ônus ao Poder Concedente.

Concluindo, o novo modelo de compartilhamento de risco de demanda, apresentado pela ANTT, endereça recomendações estruturais presentes na literatura, sobre a necessidade de uma matriz de risco previsível e eficiente, de forma a diminuir a incidência de renegociações recorrentes em concessões de infraestrutura, especialmente, no setor de transporte. Melhora a atratividade da concessão, com ajustes nas estruturas de risco/retorno, potencializando maiores descontos

⁹ Engle et al (2001).

tarifários, maior competição e investimentos. Possibilita estruturas de financiamentos mais favoráveis, incluindo modalidades do tipo *project finance*, com potencial de atrair maior gama de perfil de investidores para o segmento. A iniciativa é meritória e enseja grandes aprimoramentos regulatórios, na comparação às etapas anteriores do Procrofe.

Referências bibliográficas

- Engel, E., Fischer, R. and Galetovic, A. (2001). Least - Present - Value - of - Revenue Auctions and Highway Franchising. *Journal of Political Economy*, Vol. 109, No. 5
- Global Infrastructure Hub. (2022). Renegotiation Data. Disponível em: <https://managingppp.gihub.org/data/renegotiation-data/>. Acesso em: 26 de maio de 2023.
- Guasch, J. L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. World Bank. Washington, D.C.: The World Bank
- Guasch, J. L., Laffont, J. J., & Straub, S. (2008). Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. *International Journal of Industrial Organization*, 26(2), 421-442.
- Hull, J.C. *Options, Futures, and Other Derivatives*. Pearson/Prentice Hall, 2009
- 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.

Estratégias para Desenvolvimento do Mercado de Hidrogênio Verde – A Experiência do Leilão H2Global

Katia Rocha¹ e Nelson Siffert²

O desenvolvimento do mercado de hidrogênio de baixo carbono tornou-se um objetivo estratégico de governos e empresas em todo o mundo. Essa agenda ganhou momento a partir de políticas para a retomada econômica no pós-pandemia, visando acelerar a Transição Energética, buscando alcançar as metas estabelecidas no Acordo de Paris, ou, no *Green Deal* Europeu, com a respectiva neutralidade climática em 2050.

No contexto de Transição Energética e descarbonização da economia, o hidrogênio de baixo carbono posiciona-se como um dos protagonistas em termos de vetor energético. Possui vantagens devido à alta densidade energética, versatilidade de uso, ser um combustível *carbon-free* e a possibilidade de atuar no de armazenamento de energia renovável.

Diversos países estão estimulando o desenvolvimento da economia de hidrogênio conforme o crescente anúncio de políticas públicas, *roadmaps*, e

¹ Técnica de Planejamento e Pesquisa IPEA. E-mail: katia.rocha@ipea.gov.br. As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Ipea.

² Diretor ICT – Resel. Email: nfsfooo@gmail.com

projetos demonstrativos em toda cadeia de valor do hidrogênio, com número de projetos escalando com velocidade³.

No Brasil, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE instituiu em 2022 o [Programa Nacional de Hidrogênio – PNH2](#) com finalidade de desenvolver e consolidar o mercado de hidrogênio no Brasil através dos pilares de políticas públicas, tecnologia e mercado. Apresentou no mesmo ano o [Programa Trienal \(2023-2035\)](#) do PNH2, que estabelece atividades e metas para fortalecimento e desenvolvimento da cadeia de valor de hidrogênio de baixo carbono, sendo objeto de consulta pública em 2023.

As iniciativas trazem como princípios a valorização do potencial nacional de recursos energéticos, o reconhecimento da diversidade de fontes energéticas e rotas tecnológicas, a descarbonização da economia, a valorização e incentivo ao desenvolvimento tecnológico nacional; a cooperação internacional, e o interesse em desenvolver e consolidar o mercado de hidrogênio no Brasil e a inserção internacional do País em bases economicamente competitivas.

Nesse artigo, destacamos o eixo relativo aos mecanismos de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento do mercado do hidrogênio verde com

³ No Brasil os principais projetos em plantas de hidrogênio verde concentram-se no Ceará – Porto de Pecém (Energix Energy, Fortescue Future Industries, Qair Brasil, EDP Brasil), Bahia (Unigel), Pernambuco (White Martins, Qair Brasil), Rio Grande do Sul (Neoenergia), Rio de Janeiro – Porto do Açu (Shell Brasil). Ver Gesel (2022).

base na promoção de processos competitivos. Para tal, apresentamos a experiência do [Leilão H2Global](#), enquanto política pública que faz uso de leilões de compra e venda de derivados do hidrogênio verde, para sugerir estratégias voltadas para o desenvolvimento do mercado de hidrogênio verde no Brasil.

Certamente, a construção de paralelos desta ordem, entre a experiência internacional e o contexto local, implica em reconhecer que são distintos tanto os arranjos institucionais como os atores envolvidos. Todavia, entende-se que é possível indicar possíveis desenhos de políticas públicas que fazem uso de mecanismos competitivos para promoção da equalização de preços visando o desenvolvimento do mercado de hidrogênio.

O leilão H2Global de compra de derivados de hidrogênio verde (H2V), é uma iniciativa do governo Alemão, que estabelece contratos de longo prazo de fornecimento de derivados de H2V - amônia verde, metanol verde e combustível de aviação sustentável (SAF), com data prevista do certame para meados 2023, e entregas iniciais entre 2024 e 2026, mantendo regularidade até o final do contrato em 2033.

O Leilão apresenta um conjunto de critérios que, muito provavelmente, irão balizar a nascente indústria do hidrogênio verde, com possibilidades de sinalizar para todos os players, de diferentes geografias, com interesse na indústria do hidrogênio verde, os preços de mercado, obtidos por meio de processos competitivos com critérios transparentes disponíveis para todos agentes que atuam ou pretendem atuar neste mercado. Espera-se, assim, que sejam revelados os preços dos derivados de hidrogênio

verde, estabelecendo indicadores de preços de mercado, possibilitando os primeiros passos para estabelecer uma curva de preços, a semelhança do que já ocorre nos mercados futuros de *commodities*.

Podem participar como ofertantes somente países fora da União Europeia, buscando-se dar suporte ao nascente mercado internacional de energias renováveis. Dispõe de volume financeiro de € 900 milhões, podendo alcançar cifras ao redor de € 4 bilhões. Iniciativas recentes, como a do Governo Holandês, vão na mesma direção.

Representa um significativo passo inicial para o setor de hidrogênio verde em todo mundo. Em especial, para países competitivos em energias renováveis, como o Brasil, onde 83% da matriz de energia elétrica é proveniente de fontes renováveis⁴. É uma oportunidade para empreendedores inserirem-se na cadeia global de fornecimento do hidrogênio verde. Viabiliza novas e amplas possibilidades de investimentos e geração de empregos a partir do adensamento da indústria de energias renováveis.

No desenho do leilão proposto, a subsidiária HintCo – *Hydrogen Intermediary Network Company* (*trader/facility*) atua como um *offtaker*, se dispondo a estabelecer contratos de longo prazo (10 anos) de compra de derivados verdes (*Hydrogen Power Agreement – HPA*) e contratos de venda no curto prazo (*Hydrogen Supply*

⁴ O potencial Brasileiro para desenvolver uma economia de hidrogênio pode ser analisado pelo “[Painel de Dados de Potencial Técnico de Produção de Hidrogênio](#)” desenvolvido pela EPE, com visualização geográfica de diversas rotas tecnológicas e empresas envolvidas.

Agreement – HSA), equalizando a eventual diferença de preços entre ambos, via mecanismo de leilão duplo.

O mecanismo do leilão duplo, peça central da modelagem desenvolvida, sugere a adoção de processos competitivos para equalização de preços, tanto nos contratos de compra de longo prazo de derivados do H2V, como nos contratos de venda no mercado de curto prazo. O orçamento total para equalização disponibiliza EUR 300 milhões para cada lote de derivado (amônia, metanol e querosene SAF, verdes), disponibilizados em tranches anuais, à medida que o contrato de compra e venda realiza as entregas dos produtos em portos da Alemanha, Bélgica ou Holanda.

As regras colocadas no leilão, referentes ao suprimento de energia consumida no processo de produção de hidrogênio e respectivos derivados colocam os empreendedores do mercado brasileiro de energia renováveis com vantagens competitivas⁵. As três possibilidades de suprimento apresentadas – grid, contrato bilateral do tipo Power Purchase Agreement – PPA no mercado livre, e conexão própria do eletrolisador com o parque gerador – são passíveis de certificação pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

A CCEE desenvolveu, recentemente, procedimentos de [Certificação de Hidrogênio](#) com objetivo de comprovar a origem e rastreabilidade dos atributos ambientais da energia consumida. Apresenta-se apta para certificar que a energia consumida na produção dos derivados verdes, atendendo a critérios quanto: i) a

⁵ Tender procedure for the purchase of green hydrogen - Lot 1 (ammonia).

origem da sua geração; ii) princípio da adicionalidade; iii) correlação temporal; e iv) correlação geográfica.

O consórcio vencedor, com base no recebível gerado pelo contrato de longo prazo (HPA de 10 anos), tem condições de viabilizar a estruturação do *funding* necessário à implantação do projeto por meio de Sociedades de Propósito Específico⁶.

A eventual diferença de preços entre os HPA's e os HSA's representa o subsídio (equalização) destinado a tornar os produtos que fazem uso do hidrogênio verde mais competitivos, face aqueles que fazem uso de combustíveis fósseis.

É reconhecido que a indústria nascente do hidrogênio verde apresenta um custo nivelado de produção (LCOH) maior que os da molécula cinza (gás natural). No entanto, é esperado o aumento da sua competitividade nos próximos anos em função de diversos fatores como eficiência tecnológica, escala de produção, redução do preço da energia renovável, menores custos de equipamentos de eletrólise e do efeito da taxaço do carbono⁷. Quanto maior o valor dos

⁶ Na hipótese, exemplificadora, de quatro vencedores para o lote de amônia verde, simulações preliminares apontam cada consórcio com USD 130 Milhões de *Equity* (alavancagem 40/60), USD 330 Milhões de Capex (geração própria integrada), produção de 35 mil.t/ano de amônia verde (95 t/dia), 42 MW de capacidade de eletrólise, geração solar fotovoltaica PV com 180 MW, com geração anual de energia de 400 GWh/ano.

⁷ Enquanto o custo nivelado da produção de hidrogênio (LCOH) a partir de gás natural sem captura (CCUS) varia entre US\$ 0,5 a US\$ 1,7 /Kg, ou cerca de US\$ 1 a US\$ 2 /Kg com captura (CCUS), o hidrogênio verde gerado a partir de energia renovável custa cerca de

créditos de carbono ou mesmo a taxa  o sobre emissões, menor tende a ser o diferencial de preços entre os derivados verde e cinza⁸.

Dessa forma, a equalização de preços proposta deve ser entendida como um apoio temporário de política pública, visando promover o desenvolvimento da indústria de hidr  g  nio verde favorecendo a transição energética.

Recomendações das políticas públicas apontam para a necessidade de se garantir a demanda através de contratos de longo prazo, estabelecidos via uma *facility*, que no caso do Leilão H2Global é representado pela HintCo, cuja função é atuar como *trader*, administrando contratos de compra e venda, sem dispor da operação ou propriedade de ativos operacionais.

Os contratos de longo prazo estabelecidos pela HintCo possibilitam a estruturação do *funding* necessário    implantação dos projetos, em especial, na modalidade *project finance*, aumentando a atratividade dos investimentos privados na cadeia produtiva do hidr  g  nio verde. Novos modelos de negócios passam a ser viabilizados.

Igualmente importante é o mecanismo de Leilão Duplo para equalização de preços (subsídio), entre a molécula verde e cinza, construído em bases competitivas (leilão), buscando-se a eficiência no uso dos recursos públicos. Tal estratégia é entendida como um apoio

US\$ 3 a US\$ 8/kg. Estimativas apontam para LCOH similares a partir de 2030. Ver Global Hydrogen Review (2022).

⁸ Estimativas da Global Hydrogen Review (2021) apontam para EUR 100 – 120/ t.CO₂ em 2030.

temporário de política pública, dado a expectativa de aumento de competitividade da molécula verde nos próximos anos em comparação à cinza. Política semelhante já foi adotada para incentivos em geração solar PV e eólica⁹. Desta forma, o sistema de leilões teria potencial de alavancar toda a cadeia de valor da indústria de hidrogênio verde. Atingir a paridade de custos com formas intensivas de carbono é fundamental para as perspectivas futuras dessa indústria.

Finalmente, a coordenação institucional, demonstrada pela célere manifestação da CCEE no quesito certificação, ilustra que, não basta, apenas, possuir vantagens competitivas e comparativas em geração renovável. Faz-se igualmente necessário o desenvolvimento de arranjos institucionais específicos, setoriais, de natureza pública e privada, de modo a mostrar-se competitivo, visando o desenvolvimento potencial de toda indústria de hidrogênio verde no Brasil.

Referências bibliográficas

Gesel (2022). Observatório de Hidrogênio. 4^o Trimestre de 2022. UFRJ.

Global Hydrogen Review (2021). International Renewable Energy Agency.

Global Hydrogen Review (2022). International Renewable Energy Agency.

⁹ Ver IRENA (2019).

IRENA (2019). Renewable energy auctions: Status and trends beyond price, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi.

MME (2021). Programa Nacional de Hidrogênio. Propostas de Diretrizes.

MME (2022). Programa Nacional de Hidrogênio. Plano de Trabalho Trienal. 2023-2025.

Tender procedure for the purchase of green hydrogen - Lot 1 (ammonia) Los1_16_ENG Terms and Conditions for the Bidding Phase 28 Nov. 2022. <https://exficon.de/tad/current-tenders/>

Propostas de regulação concorrencial dos mercados digitais no exterior: visões e objetivos do Digital Markets Act e do American Innovation and Choice Online Act

Kevin Lucena de Oliveira Torres

Com o avanço dos mercados digitais na vida de bilhões de pessoas, principalmente com a popularização da internet e dos *smartphones* a partir do início do Séc. XXI¹, a defesa da concorrência deparou-se com um novo dilema: o de se estariam os instrumentos do antitruste tradicional aptos a identificar práticas anticompetitivas nos mercados digitais e se os atuais remédios empregados seriam suficientes para garantir a eficiência da concorrência nesse meio.

Tais preocupações surgem ao se observar as características peculiares inerentes aos mercados digitais que, somado aos avanços da tecnologia na área inteligência artificial e no tratamento de dados por parte de grandes empresas, que são evidenciadas pelo entrenchamento dos principais agentes que atuam nos mercados digitais, como a da empresa *Google*² no setor de

¹ WU, Tim. Impérios da comunicação: do telefone à internet, do AT&T ao Google. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 307.

² Tal citação faz referência ao buscador de páginas virtuais detido pela “Google Inc.”, empresa de tecnologia hodiernamente controlada pela holding multinacional “Alphabet.inc”, que possui como endereço eletrônico: <https://www.google.com.br/>.

serviços de buscadores online, da *Meta*³ no tocante a redes sociais, da *Amazon*⁴ em relação a *Marketplaces* de compra online, entre outros, como bem já reconheceu a OCDE⁵ em estudo recente⁶.

De mesmo modo, observa-se que a consolidação de posições dominantes neste meio em uma relação quase “*Winner Takes All*” ou “*Winner Takes The Most*”, como um resultado dos efeitos de rede dos mercados digitais, tanto diretos⁷ como indiretos⁸ nos principais meios de

³ Tal citação faz referência ao grupo de conglomerado de tecnologia “Meta Platforms, Inc.”, detentora das redes sociais *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, entre outras.

⁴ Tal citação faz referência a companhia “Amazon.com Inc.”, empresa atuante nos mercados digitais em diversos seguimentos, como plataformas de *streaming marketplace*, e venda online de livros digitais e físicos.

⁵ Sigla para “Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico”.

⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (“OCDE”). Ex ante regulation of digital markets. 1ª. ed. Paris: [s. n.], 2021. 72 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>. Acesso em: 23 jan. 2023.

⁷ Se trata da influência, tanto benéfica como maléfica para uma determinada plataforma que a quantidade de usuários exerce no tocante a sua utilidade, ou seja, é o aumento de eficiência de uma plataforma quando esta aumenta a quantidade de usuários que a compõe. BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Mercado de Plataformas Digitais. Cadernos do CADE, Brasília, ano 2021, ed. 1ª, 2021.

⁸ Se trata de uma característica inerente a mercados de múltiplos lados no tocante a capacidade de um dos grupos da plataforma tem de beneficiar ou aumentar quando a quantidade de membros do outro

mercancia no mundo digital como *marketplaces* e redes sociais.

Logo, diante de um cenário peculiar se comparado as práticas comerciais exercidas no início do capitalismo industrial do séc. XIX em que o antitruste convencional foi concebido, diversas autoridades legislativas, amparadas por suas respectivas autoridades concorrenciais, iniciaram processos de redação de propostas de regulação antitruste *ex ante* dos mercados digitais para garantir a existência da concorrência neste meio.

Com destaque nesta temática, há a recente aprovação do *Digital Markets Act*⁹ (“DMA”) pela União Europeia e a proposição da *American Innovation and Choice Online Act*¹⁰ (“AICO”) no Senado norte-americano, ambas regulações *ex ante* para os mercados digitais feitas pelas mais influentes jurisdições na defesa da concorrência, inclusive para o Brasil..

A *priori* a exposição e compreensão de tais instrumentos legislativos, é importante destacar as

grupo aumenta ou os seus serviços se aprimoram, como exemplo, o aumento na quantidade de possíveis consumidores de um marketplace devido a um aumento, também, na quantidade de fornecedores de produtos que utilizam a plataforma. BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Mercado de Plataformas Digitais. Cadernos do CADE, Brasília, ano 2021, ed. 1ª, 2021.

⁹ Referente a Regulação (UE) nº 2022/1925, proposta pela União Europeia.

¹⁰ Referente a proposta de nº S.2992, feito no Senado Federal dos Estados Unidos da América.

principais características econômicas que tornam a mercancia no meio digital um sistema único devido a sua dinâmica de intermediação.

Primeiramente, destaca-se a disponibilidade quase instantânea que todo o meio digital possui perante o usuário que, sem custos de transação expressivo, tem a capacidade de pesquisar e acessar a uma infinidade de produtos e serviços ofertadas na rede, com tais buscas sendo viabilizadas por ferramentas de pesquisa – com destaque ao *Google* – que conecta o potencial consumidor aos seus fornecedoras de interesse ou à plataforma de intermediação que irá viabilizar a relação entre o comprador e o fornecedor, neste caso toma-se como exemplo a atividade desenvolvida pela *Amazon* em seu *marketplace*.

Logo, se visualiza como relevante dentro do meio digital a figura do intermediador na viabilização da relação de usuários de grupos distintos ou iguais dentro do mundo digital, seja para conectar esses a uma determina página, seja para oferecer a um potencial comprador o produto que mais lhe interessa de acordo com os seus termos de busca perante um fornecedor.

Esta característica somada ao alto grau de entrincheiramento de posições dominantes em setores econômicos que conta com a intermediação, como o *market-share* de mais de 90% do *Google* no mercado dos motores de busca¹¹ e a dominância da *Amazon* a qual

¹¹ De acordo com dados disponíveis em: <https://www.similarweb.com/pt/engines/>.

movimenta quase metade do *e-commerce* norte-americano¹², configura para determinados agentes a característica tipificada como *gatekeepers*¹³, por terem a capacidade de controlar o acesso ou a dinâmica de determinado mercado.

Logo, as plataformas com a referida característica podem utilizar desta capacidade para consolidar ainda mais a sua posição ao realizar alguma forma de discriminação durante a prestação do seu serviço, como realizar auto preferência na oferta de produtos a um potencial consumidor em relação a um concorrente que depende da plataforma de intermediação para ter acesso ao mercado, por exemplo.

Tais preocupações no tocante a possibilidade de fechamento de mercado foi notada por autoridades concorrenciais, sendo um dos argumentos de debates acerca da necessidade de uma regulação concorrencial *ex ante* dos mercados digitais. Tais debates, acarretaram na propositura e futura aprovação do DMA na União Europeia como um instrumento legislativo para regular a atuação dos *gatekeepers* nos mercados digitais e garantir a concorrência.

¹² De acordo com dados disponíveis em: <https://www.statista.com/statistics/274255/market-share-of-the-leading-retailers-in-us-e-commerce/>.

¹³ Que, nos estudos desenvolvidos por Lina Khan, refere-se a “empresas que possuem a capacidade de controlar o acesso a determinado mercado e de definir as regras para o funcionamento do mesmo tanto para o usuário como para fornecedores de determinada plataforma ou rede”. KHAN, Lina. The Separation of Platforms and Commerce. Columbia Law Review, Nova York, ano 2019, ed. 973, p. 973-1093, 2019.

O DMA, portanto, possui um papel importante na definição objetiva das circunstâncias que caracterizariam um *gatekeeper* para a atuação da Comissão Europeia, as quais estão presentes no art. 3º do instrumento legislativo e, em síntese, o define como aquele agente que possui receita no montante de €7.5 bilhões nos últimos três anos e ao menos 45 milhões de usuários ativos com pelo menos 10 mil destes devendo estarem situados na União Europeia.

Após as definições dos parâmetros para definir “quem” será regulado pela nova Lei, a mesma define, em seu artigo 5º, um rol de obrigações positivas e negativas na atuação comercial das empresas enquadradas, ou seja, o “o que” deve e não deve ser feito pelos agentes regulados as quais se destacam: a obrigatoriedade em dar ao usuário – principalmente fornecedores de produtos – acesso a certas informações referentes performance de publicidades desenvolvidas na plataforma, permitir acesso a desenvolvedores de tecnologia a funcionalidades de dispositivos móveis caso seja desenvolvida pela plataforma, a proibição de estabelecer condições “desfavoráveis” entre usuários que atuem como fornecedores de um mesmo mercado, a proibição de realizar auto preferência de seus próprios produtos em relação aqueles disponibilizados pelos usuários da plataforma que também atuem como seu concorrente, entre outras.

Nota-se, portanto, que pelo seu escopo de atuação o DMA tem como objetivo determinar condutas, ora de forma objetiva, ora um tanto subjetiva, de modo a regular a atuação de grandes empresas – as que se caracterizaram como *gatekeepers* nos moldes da regulação –

, e garantir a não ocorrência de fechamento de mercado por discriminação, auto preferência ou pelo bloqueio à inovação. Ou seja, o referido instrumento tem como objetivo evitar o abuso de posição dominante por parte de agentes de destaque nos mercados digitais europeu.

Tamanha inovação legislativa em um meio tão importante como os mercados digitais não passou despercebido pelo Congresso norte-americano que, de forma análoga e menos abrangente, discute no momento de publicação deste trabalho a aprovação do *American Innovation and Choice Online Act*.

Tal dispositivo legal imporia a grandes agentes não só dos mercados digitais mais, também, desenvolvedores de tecnologia e de software – como aplicativos e programas – que permitem a pesquisa ou disponibilizam o acesso a uma grande quantidade de dados, certas obrigações com o intuito a garantir a eficácia da concorrência e do fomento a inovação.

As empresas enquadradas seriam, nos termos da proposta, referenciadas como “*covered platforms*” no artigo 5º da segunda seção, os quais se caracterizariam como os agentes que possui mais de 50 milhões de usuários, com vendas ou capitalização de mercado superior a US\$ 600 bilhões e que são “parceiros comerciais críticos”.

No tocante a imposição regulatória, a aparente similaridade com o DMA não simboliza na prática a coincidências das imposições por parte de ambas as legislações. A evidente influência da Escola Pós-Chicago¹⁴

¹⁴ No tocante a visão da referida escola de pensamento no tocante a defesa da concorrência nos mercados digitais e na defesa da inovação a seguinte obra se destaca: BAKER, Jonathan B. A Preface to Post-

na defesa da concorrência americana impõe atuações mais restritas de suas regulações concorrências. Em destaque, a auto preferência não é completamente proibida nos termos da proposta norte-americana, ao contrário do que acontece no texto europeu, ademais nota-se um escopo muito mais restrito na delimitação das empresas que estarão sujeitas a regulação concorrencial.

Porém, há sim similaridades com a regulação europeia, principalmente ao se observar a proibição de restringir o acesso de fornecedores a dados referentes as suas vendas na plataforma regulada, a discriminação entre fornecedores atuante de um mesmo mercado dentre da plataforma, entre em outros.

Conclui-se, portanto, que o AICO se trata de uma proposta com objetivos bastante similares ao do DMA, todavia esse não toma o mesmo grau de abrangência daquele, assim como possui uma atuação regulatória mais restrita, isto devido principalmente a uma filosofia de abordagem mais liberal propagada pela Escola de Chicago e Pós-Chicago nos Estados Unidos, como já foi mencionado, em contrapartida a uma dinâmica de atuação mais intervencionista como propaga a defesa da concorrência europeia.

Logo, há na hodiernidade a propositura de duas regulações que visam impedir o abuso de posição dominante por parte de gigantes do meio digital, principalmente no *e-commerce*, que atuam como intermediadoras para a ocorrência de comércio no meio digital ou na prestação de outros serviços, como

Chicago Antitrust. Post-Chicago Developments in Antitrust Analysis, Washington, D.C., ano 2002, p. 1 - 24, 7 jun. 2002..

ferramentas de busca, plataformas de *marketplaces* e até sistemas operacionais como abrange a regulação norte-americana. Problemas que, com o amadurecimento destas legislações e da defesa da concorrência nos mercados digitais, muito provavelmente serão tratados no Brasil por meio de regulação similar devido a crescente importância do meio digital na vida de quase a totalidade dos brasileiros.

CADE e Banco Central na defesa da concorrência do mercado financeiro

Leandro Oliveira Leite

O mercado bancário brasileiro tem passado por mudanças importantes nos últimos anos, impulsionadas principalmente pelo desenvolvimento de novas tecnologias e modelos de negócios. Nesse contexto, o PIX, a segmentação financeira, os bancos digitais, o WhatsApp Pay, o Open banking e a Autonomia do Banco Central do Brasil (BCB) são alguns exemplos de iniciativas que contribuíram para tornar o mercado bancário mais eficiente.

A colaboração entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é essencial para garantir um mercado financeiro saudável e competitivo. As responsabilidades complementares de ambas as autarquias permitem uma supervisão mais eficaz do mercado financeiro e uma resposta mais ágil a possíveis problemas de concorrência. A colaboração também ajuda a promover a inovação e a entrada de novas empresas no mercado financeiro, o que beneficia os consumidores.

Enquanto o Banco Central tem competência em supervisionar e regular o Sistema Financeiro Nacional (SFN), o CADE é responsável por garantir que as empresas do setor financeiro cumpram as leis antitruste e promovam a concorrência saudável, sendo responsável

por investigar e punir as empresas que violam as leis de defesa da concorrência. Isso inclui o combate a práticas anticompetitivas no mercado financeiro, como acordos de fixação de preços ou ações para limitar a entrada de novas empresas. O CADE também pode avaliar previamente as fusões e aquisições do setor e tomar medidas preventivas quando necessárias.

O Banco Central, por sua vez, possui competências complementares ao CADE na medida em que é responsável por monitorar e regulamentar a entrada de novas empresas no mercado financeiro, principalmente no caso das *fintechs*. O termo em inglês *Fintech* vem da junção das palavras financeiro e tecnologia, se tratando da tecnologia e inovação aplicadas na solução de serviços financeiros e que competem diretamente com o modelo tradicional ainda prevalente do setor. Deste modo, empresas *startups* que buscam operar e aperfeiçoar serviços financeiros através de soluções tecnológicas são consideradas empresas *fintech*.

De uma forma geral, as *fintechs* fazem uso de tecnologias como Inteligência Artificial, Computação em Nuvem e *Big Data* para criar um ambiente totalmente digital e automatizado, distribuído para seus clientes nos diversos canais digitais existentes, sobretudo *smartphones*. Isto permite que as empresas trabalhem de maneira remota, sem a necessidade de agências físicas ou mesmo de operadores humanos, como é o caso do atendimento operado por *bots*.

Trabalhando na fronteira da inovação, o CADE tem atuado na melhor eficiência do mercado com o uso das tecnologias e o Banco Central tem criados incentivos para promover a concorrência, seja com (i) a segmentação

regulatória financeira, (ii) o Sandbox Regulatório e (iii) o Laboratório de Inovações Financeiras Tecnológicas (LIFT). Este último tem-se oferecido um ambiente tecnológico controlado para que as empresas testem novas ideias e produtos financeiros. Isso permitiu que novas empresas concorram com os bancos tradicionais e tragam inovação e benefícios para os consumidores.

A segmentação financeira instituída pelo Banco Central, por sua vez, é uma classificação das instituições financeiras em cinco categorias (S1 a S5), de acordo com sua complexidade operacional. Essa classificação é utilizada pelo Banco Central para atender às exigências regulatórias às características específicas de cada instituição. Esse modelo tem permitido que os bancos mantenham produtos e serviços mais adequados às necessidades de cada segmento, ou seja, quanto maior for a instituição financeira maiores serão as exigências normativas, tratando os desiguais na exata medida de suas desigualdades normativas.

Corroborando com este entendimento, o *Sandbox* Regulatório é um ambiente controlado criado pelo Banco Central para permitir que as empresas testem novos produtos e serviços financeiros, sem estar sujeitos a todos os requisitos regulatórios de forma imediata, desde que cumprem com requisitos mínimos de segurança e proteção ao consumidor. Nesse sentido, o *Sandbox* Regulatório do Banco Central tem se mostrado uma importante ferramenta para a concorrência, uma vez que permite que novas empresas entrem no mercado e aumentem a competição entre as instituições financeiras.

Ao fomentar a inovação no mercado bancário, o programa contribui para a diversificação dos produtos e

serviços oferecidos pelas instituições financeiras, bem como para a redução dos custos e melhoria da eficiência no setor. Isso traz benefícios tanto para os consumidores, que têm acesso a produtos e serviços mais adequados às suas necessidades, quanto para as empresas, que conseguem se diferenciar no mercado e conquistar novos clientes. Além disso, aumenta a pressão competitiva sobre as instituições financeiras tradicionais, inibindo a possibilidade de práticas anticompetitivas, como a formação de cartel ou a criação de barreiras à entrada de novas empresas.

Outra inovação importante no mercado bancário foi o PIX (pagamento instantâneo brasileiro), em que permitiu a transferência imediata de dinheiro entre bancos e instituições financeiras em tempo real e sem custo para o usuário final, eliminando a necessidade de intermediários e atendendo os custos e tempo das transações financeiras. Com isso, o PIX trouxe maior eficiência ao mercado bancário e caiu no gosto popular.

Estas inovações têm contribuído para a extensão do acesso aos serviços financeiros, bem como para a redução dos custos de transação no mercado bancário, uma vez que elimina a necessidade de intermediários e torna as transações financeiras mais rápidas e seguras. Uma das principais vantagens apontadas pelo modelo é a maior acessibilidade e praticidade por parte dos clientes, promovidas pela difusão do produto em *smartphones*.

O WhatsApp Pay, por exemplo, integrado ao PIX, permite que as pessoas façam pagamentos e transferências de dinheiro diretamente pelo aplicativo de mensagens, sem a necessidade de baixar um aplicativo bancário separado. Apesar de inovações polêmicas, como no caso

do WhatsApp Pay, o Banco Central e o CADE têm atuado em conjunto para monitorar e garantir a melhor concorrência no mercado de pagamentos, tornando o processo mais fácil e conveniente para os usuários, garantindo a eficiência em menos cliques.

O *Open banking* é outra sacada do regulador que permitiu que os clientes compartilhem seus dados bancários com outras instituições financeiras, o que facilita a criação de produtos financeiros personalizados e adaptados às necessidades de cada cliente. Com isso, o mercado bancário se torna mais eficiente ao oferecer produtos e serviços que atendam melhor às necessidades dos clientes, avaliando-o melhor e reduzindo as taxas do crédito. O *Open Banking* é um conjunto de tecnologias e padrões que permitem o compartilhamento de dados financeiros entre instituições, de forma segura e padronizada.

Por fim, assim tão importante quanto a função judicante do CADE de entidade independente - a exemplo das agências reguladoras, a recente autonomia do Banco Central permitiu que possa atuar de forma mais eficiente na condução da política monetária e cambial do país, garantindo a estabilidade do sistema financeiro e a manutenção da estrutura da livre concorrência. Isso contribui para a eficiência do mercado bancário, criando um ambiente de estabilidade e confiança, bem como favorece a concorrência e o desenvolvimento do setor.

Em resumo, todas essas iniciativas têm em comum o objetivo de tornar o mercado financeiro mais eficiente, mais acessível e mais inovador, desejável para a promoção da concorrência e para o benefício dos consumidores. Tanto o Banco Central quanto o Conselho Administrativo

de Defesa Econômica (CADE), ilhas de excelência no serviço público, têm papéis importantes na promoção da concorrência no Sistema Financeiro Nacional (SFN). Esses avanços até aqui, com o uso consciente de tecnologias para tornar os serviços financeiros mais acessíveis e mais baratos, tem contribuído para aumentar a previsibilidade, confiança e a transparência das políticas públicas, o que tem efeitos de externalidades positivas sobre a economia como um todo.

Referências bibliográficas

Banco Central do Brasil. Memorandos de entendimento entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2018. Disponível em: https://www.BancoCentral.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/memorando_cade_bc_28022018.pdf

Banco Central do Brasil. (2020). PIX: O que é e como vai funcionar? <https://www.BancoCentral.gov.br/estabilidadefinanceira/pagamentosinstantaneos>

Banco Central do Brasil. (2020). Resolução BANCO CENTRAL nº 25, de 24 de fevereiro de 2020. Estabelece os requisitos e as condições para a prestação de serviços de pagamento iniciados por meio de dispositivos móveis. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-25-de-24-de-fevereiro-de-2020-245854155>

Banco Central do Brasil. (2021). Openbanking.
<https://www.BancoCentral.gov.br/estabilidadefinanceira/openbanking>

Banco Central do Brasil. (2021). Segmentação de clientes e de produtos no Sistema Financeiro Nacional.
<https://www.BancoCentral.gov.br/estabilidadefinanceira/segmentacaodeclientes>

Banco Central do Brasil. (2021). Autonomia do Banco Central do Brasil. <https://www.BancoCentral.gov.br/autonomia>

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). (2021). Atuação do CADE no Sistema Financeiro Nacional. <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sistema-financeiro-nacional>

Conselho Monetário Nacional (CMN). (2012). Resolução CMN nº 4.196, de 31 de dezembro de 2012. Dispõe sobre o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER) e estabelece critérios para a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/2011/Lei/L12431.htm#art9

GALLO, F. et al. Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): concorrência no Sistema Financeiro Nacional. Escola Nacional de Administração Pública, 2014. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5199/1/2-lugar-tema-1-profissional.pdf>

Gazeta do Povo. (2021). Sandbox regulatório: entenda como funciona e sua importância para fintechs. <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/startups/sandbox-regulatorio-entenda-como-funciona-e-sua-importancia-para-as-fintechs/>

Jornal Valor Econômico. (2021). BC cria laboratório de inovações tecnológicas financeiras. <https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/05/25/bc-cria-laboratorio-de-inovacoes-tecnologicas-financeiras.ghml>

LUIZ, RPS O papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional. Revista de Direito, Viçosa, v. 7, n. 1, pág. 91-105, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/6280/5508>

MENDONÇA, S. B.; IVO, F. de P. O conflito de competência entre o Cade e o BACEN sob a ótica do princípio da eficiência. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 7, n. 1, p. 160-187, 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/422>.

Nubank. (2021). Nossa história. <https://www.nubank.com.br/sobre-nos>

PARRECER nº 876/200, de 15 de dezembro de 2000. Conflito de competência entre o CADE e o Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2000. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Parrecer+n%C2%BA+876%2F200%2C+de+15+de+dezembro+de+2000>.

+Conflito+de+compet%C3%A2ncia+entre+o+CADE
+e+o+Banco+Central+do+Brasil&rlz=1C1GCEU_pt-
PTBR1042BR1042&sourceid=chrome&ie=UTF-8

ROS, LG. Análise do papel regulatório do Banco Central do Brasil no mercado de serviços financeiros brasileiros. 2014. 91 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014. Disponível em:
https://bdm.unb.br/bitstream/10483/9957/1/2014_LuizGuilhermeRos.pdf

SOUZA, ER et al. Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: atuação do Banco Central do Brasil e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. São Paulo: Revista USP, n. 106, pág. 131-147, 2015. Disponível em:
<https://repositorio.usp.br/item/001272661>

TeleSíntese. (2021). O WhatsApp Pay ganha autorização do Banco Central para operar no Brasil. <https://www.telesintese.com.br/whatsapp-pay-ganha-autorizacao-do-banco-central-para-operar-no-brasil/>

VASCONCELLOS, MAS de; SILVEIRA, FGA (Org.). Sociedade e Economia: estrutura produtiva, trabalho, tecnologia e instituições. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. Disponível em:
https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3225/1/Livro_Sociedade

É mesmo necessário regular plataformas digitais? Por quê? Como? Por quem?

Lucia Helena Salgado & Bianca Mollicone

Plataformas digitais são empresas de tecnologia que operam como intermediários entre ofertantes e demandantes, em mercados de dois ou múltiplos lados. Como desenho de negócios, não são uma inovação da era digital; veículos de comunicação (jornais) e de meios de pagamento (cartões de crédito) são exemplos mais antigos e conspícuos de mecanismos facilitadores e multiplicadores de transações entre compradores e vendedores. Nem mesmo a aparente gratuidade de serviços de redes sociais ou busca é uma invenção das plataformas digitais: basta recordar o exemplo do rádio e tv aberta, remunerados pela propaganda.

O que há de disruptivo na economia de plataformas é algo de dupla dimensão: de um lado o tratamento de dados dos usuários – coleta e análise crescente por poderosas ferramentas de inteligência artificial, utilizados como fonte de geração de valor (monetização); de outro lado a amplitude planetária do fenômeno, capaz de influenciar os rumos da economia e sociedade nas mais diversas jurisdições. As grandes empresas de tecnologia souberam aplicar resultados de décadas de pesquisa em ciência básica – a internet, o gps, a transmissão de dados por satélites e por fibras óticas –

em produtos e serviços. A economia *Lucia Helena Salgado & Bianca Mollicone* do conhecimento e da informação, potencialmente geradora de bens públicos e bem-estar, deu lugar neste século a tecnologias proprietárias, incorporadas ao modelo de negócios em plataformas, dando origem à concentração de poder econômico até então jamais vista na história humana.

A dominância exercida hoje pelas plataformas tecnológicas reproduz em escala superior o movimento de centralização e concentração de capital do final do século XIX e início do século XX, protagonizado pelas indústrias mais dinâmicas naquele período, formando trustes e cartéis: energia, metalurgia, siderurgia, ferrovias. Nos Estados Unidos, epicentro desse processo, as transformações do ambiente econômico geraram desconfiança e revolta nos mais diferentes segmentos entre empresários, trabalhadores e consumidores, traduzindo-se em ácidas críticas, nas ruas e nos meios de comunicação, aos riscos à democracia e aos princípios formadores daquela sociedade impostos pela monopolização de indústrias.

O mal-estar provocado pelo visível desequilíbrio de forças na sociedade em favor dos segmentos mais avançados e concentrados da indústria canalizou-se no Congresso norte-americano para a legislação que gerou as inovações institucionais que hoje tão bem conhecemos. Da mesma forma que a demanda social por uma resposta política à concentração de poder econômico naquele momento deu origem ao antitruste e à regulação de serviços de utilidade pública, em diversas jurisdições hoje

(tendo a União Europeia à frente), estuda-se e debate-se o que fazer para frear a dominação exercida pelas plataformas digitais.

A União Europeia (UE) promulgou recentemente duas leis regulando serviços digitais. O *Digital Services Act* (DSA), cujas regras para operação de plataformas entraram em vigor em novembro de 2022, determinando às empresas digitais o envio de dados em fevereiro deste ano. Com base neles, a Comissão Europeia adotou, em 25 de abril de 2023, as primeiras decisões de designação previstas no DSA, apontando dezessete plataformas¹ como “Very Large Online Platforms” (VLOPs) e duas como “Very Large Online Search Engines” (VLOSEs), que atingem pelo menos 45 milhões de usuários ativos mensais. A partir da designação, essas plataformas e mecanismos de busca terão quatro meses para estar em conformidade com as novas obrigações, o que deverá ocorrer até setembro de 2023. Empresas e Estados nacionais têm prazo para adaptação às regras até fevereiro de 2024.

O DSA, embora tenha um escopo bem mais amplo, serviu de inspiração ao PL 2.630/2020 (“PL das Fake News”). O PL busca estabelecer regras para a geração e divulgação de conteúdo pelas plataformas, responsabilizando-as solidariamente pelo conteúdo veiculado em caso de distribuição por meio de publicidade ou do descumprimento do dever de cuidado trazido pelo novo texto do Projeto.

¹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/dsa-vlops>

A segunda lei é o *Digital Market Act* (DMA), que entrou em vigor na EU em 1º de maio deste ano, estabelecendo ex-ante as condutas proibidas às denominadas *Gatekeepers*. O DMA define regras de conduta (“*do’s and dont’s*”) buscando impedir, antes que ocorram, abusos de posição dominante. Seguindo os debates e estudos travados desde 2019, a lei cria uma mescla de antitruste e regulação assimétrica, ao estabelecer a proteção da concorrência – com a intenção de preservar a contestabilidade e o potencial de inovação de novos entrantes, impedindo práticas de fechamento de mercado e predação de rivais, garantindo o acesso justo (*fair access*) aos mercados existentes (*multi-homing*) e mercados adjacentes.

O DMA inspirou o Projeto de Lei 2768, proposto em novembro de 2022 no Brasil, visando a regulação, fiscalização e sanção das plataformas digitais, delegando essa tarefa à Agência Nacional de Telecomunicações. O projeto mira nas plataformas consideradas detentoras de poder de controle de acesso essencial, assim definidas como aquelas que auferirem receita operacional anual igual ou superior a R\$ 70 milhões com a oferta de serviços ao público brasileiro, nos termos de regulamentação da ANATEL.

Na agenda de regulação das plataformas digitais em todo o mundo estão ainda estudos sobre leis que visam definir regras para o uso de inteligência artificial (IA). Na UE, pioneira nessa iniciativa, foi proposto, em abril de 2021, o AI Act, cuja aprovação avançou mais um passo em 11 de maio último. As regras seguem uma abordagem

baseada no risco, estabelecendo obrigações escalonadas para provedores e usuários, com base no nível de risco que a IA pode gerar. Sistemas de IA com um nível inaceitável de risco para a segurança das pessoas são estritamente proibidos.

Novamente com inspiração na UE, o presidente do Senado brasileiro protocolou, no dia 03.05.23, o Projeto de Lei 2338/23, que cria o marco regulatório da Inteligência Artificial no país. O projeto prevê maior transparência sobre a utilização e o funcionamento dos sistemas de IA e o direito a explicação. Assim como no AI Act europeu, os sistemas de IA também serão categorizados pelo nível de risco.

O exemplo europeu é inspirador: após profundo debate e análise, incluindo consultas públicas, dos problemas levantados pelo surgimento das plataformas digitais e a intensa concentração de poder econômico, formou-se consenso em torno da complexidade das questões a serem enfrentadas. Foram identificadas as três principais fontes de danos à sociedade geradas pelo modelo de negócio das plataformas: a) a rentabilização via propaganda e posicionamento em resultados de busca do tempo de atenção capturada do usuário, por meio de táticas de mobilização de emoções e filtragem de informações (bem conhecidas pela economia comportamental); b) condutas exclusionárias impulsionadas pelas externalidades de rede diretas e indiretas presentes nos mercados digitais; c) riscos para a coesão e mesmo convivência social advindos da utilização ilimitada e opaca de inteligência artificial. Para o

enfrentamento de cada dimensão de riscos vêm sendo definidas e postas em prática regras visando a proteção da privacidade, da concorrência, da coesão e da convivência social, de modo a preservar os benefícios gerados pelas inovações tecnológicas ao tempo em que se mitigam danos ao bem-estar.

No Brasil tampouco estamos distantes de inovar institucionalmente, estabelecendo regras de conduta e mecanismos de monitoração e cumprimento da legislação por plataformas digitais, na mesma direção do que se vem construindo na União Europeia, como visto, e do mesmo modo no Canadá, na Austrália e países nórdicos.

A economia digital, com estratégias focadas no uso intensivo de dados e inteligência artificial, tem trazido desafios significativos nas esferas da proteção de dados, defesa do consumidor e defesa da concorrência. Certamente uma futura entidade de supervisão deveria aliar competências nessas áreas, que já possuem legislação e órgãos reguladores próprios no Brasil. Temos dois Projeto de Lei em tramitação na Câmara de Deputados tratando de pontos levantados no DSA e DMA europeus. Contudo, para seguirmos avançando precisamos inovar no desenho institucional.

O aparato regulatório e de proteção da concorrência e do consumidor não tem se mostrado (aqui como em outras jurisdições), isoladamente, suficiente para estabelecer com clareza limites e obrigações para as empresas com posições dominantes nos mercados digitais.

Conferir autoridade para aplicar as leis que virão resultar dos Projetos de Lei 2630/2020 e 2768/2022 a um dos entes públicos já existentes pode estar longe de configurar uma solução inteligente, visto que há “n” dimensões da economia digital a serem tratadas, sendo que cada uma delas ultrapassa tanto competência como expertise dos entes públicos federais aqui referidos. Tampouco faz sentido criar uma autoridade regulatória específica quando várias das dimensões dos problemas gerados pela economia digital tangenciam ou são passíveis de tratamento pelas autoridades já existentes.

A solução institucional que propomos requer a mobilização transversal da capacidade técnica, ferramental e procedimental já em operação transferida para um ente destacado composto por conjunto de técnicos e gestores atuantes nas agências reguladoras, no CADE, SENACON e ANPD (sem excluir outros agentes públicos interessados e futuros concursados) a serem convocados para treinamento e capacitação nos fundamentos técnicos necessários para a compreensão dos mecanismos em uso na economia digital e respectivos impactos.

Esse núcleo de técnicos (experiente em regulação e/ou defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados e capacitado, pela nova iniciativa, em ciência de dados, ciência comportamental e até ciência da computação) seria responsável pela análise de denúncias e acompanhamento sistemático de mercados. As notas técnicas preparadas à forma de parecer seriam encaminhadas a um colegiado composto por representantes das autoridades (ANPD, ANATEL,

CADE, SENACON e eventualente do BACEN, tendo em vista o avanço das plataformas nos serviços financeiros), representante do Ministério Público (direitos difusos), representante de entidade de defesa dos consumidores e representante de instituto de estudos de mercados digitais, sem fins lucrativos. Esse corpo de representantes, da Sociedade e do Estado, decidiria o encaminhamento de providências como determinar ordem de fazer ou não fazer que, caso descumprida, importaria em remessa à autoridade indicada pelo colegiado (conforme tipo de infração), sugerindo a imposição de penalidade, assim como denúncia fundamentada ao MPF, tudo com ampla ciência da Sociedade.

Esse desenho institucional inovador – que não importaria em aumento da máquina estatal nem aumento expressivo de gastos de custeio (visto que os representantes da sociedade participariam das sessões do colegiado sem remuneração, recebendo apenas eventual cobertura de custos de deslocamento) – daria conta de aplicar uma “Lei das Plataformas Digitais”, que comportaria medidas como as previstas no PL 2768/2022, equivalentes às definidas no DMA europeu, que definem ex-ante o código de conduta das plataformas detentoras de poder de controle de acesso essencial, de modo a proteger a concorrência e o consumidor na era digital, sem prejuízo à inovação.

Arbitragem em contratos internacionais de mineração: salvação ou armadilha?

Luciano Ramos de Oliveira¹ & José Américo Azevedo²

Há muito já se debate no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da constitucionalidade de adoção obrigatória de procedimento arbitral em litígios empresariais e se tal adoção violaria os preceitos do acesso à justiça previstos na carta constitucional. A temática pouco discutida ainda diz respeito aos custos e despesas do procedimento arbitral enquanto óbice ao ingresso no Judiciário.

Um dos fatores relevantes para a ineficiência da prestação jurisdicional do Brasil é a grande quantidade de

¹ Licenciatura em História. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. LLM em Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP-Brasília. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado. Professor no curso de MBA do IDP-Online e na disciplina de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

² Engenheiro Civil pela Universidade de Uberaba e Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Consultor independente e colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal. Advogado. Experiência em gerenciamento e coordenação de contratos, licitações, contratos e concessões públicas atuando por empresas privadas e pelo Governo. Ex-membro de Comissões de Licitações. Relações institucionais e governamentais.

Colunista na plataforma WebAdvocacy.

processos que tramitam pelo país, em especial na primeira instância, que concentra 94% do acervo processual conforme levantamento do CNJ. A situação é mais alarmante diante do fato de que, no processo civil brasileiro, a fase de execução é a mais demorada, sendo necessários, em média, 5 anos e 11 meses para se chegar ao final do processo³

A autocomposição entre as partes (mediação e conciliação) e heterocomposição do litígio por arbitragem entabulam o debate doutrinário acerca dos limites e do objeto desta espécie de compromisso. Surge, a partir de tais compromissos, a indagação sobre o alcance da composição atinentes aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, sobretudo no conflito com direitos fundamentais aplicáveis ao processo em nosso ordenamento, nesse ponto é importante indagar: as partes podem transacionar sobre o exercício, previamente à existência do processo, de direitos fundamentais como o do acesso à justiça e do devido processo? Nesse cenário, não se ignora que há muito já se estabeleceu que o Estado Constitucional repudia a autotutela como sinônimo de “justiça com as próprias mãos” ou “vingança privada”.

Vale destacar que o debate sobre o cerceamento de acesso à justiça proveniente de cláusula arbitral, argumento já afastado pelo Supremo Tribunal Federal⁴,

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg da Sentença Estrangeira 5.206-7, Reino da Espanha, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

demonstra que o ingresso não é alcançado apenas por meio da tutela jurisdicional, mas, também, por meio do procedimento arbitral, o qual formata sentença equiparada às sentenças judiciais.

No processo SE 5206 analisado pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que o Ministro Sepúlveda Pertence enfatiza a peculiaridade do fato de que o “*laudo arbitral estrangeiro decidiu conflito entre duas sociedades comerciais*” e que se trata de “*direitos inquestionavelmente disponíveis*”. Tal afirmação no voto conduz à conclusão de que as relações comerciais, em regra, tratam de direitos disponíveis e o estabelecimento, em contrato, de compromisso arbitral compõe o acervo acessível à atividade empresarial.

De fato, a atividade empresarial, tanto sob à ótica da autonomia da vontade, quanto sob os direitos e deveres envolvidos, em sua grande maioria são disponíveis ante à natureza jurídica do Direito Mercantil. Como bem apontado por BARRETO FILHO, a atividade empresarial ostenta princípios próprios impostos pelas exigências econômicas como, por exemplo, a elaboração de leis uniformes para regular operações de comércio internacional, assentando, ainda, que “[i]sso tudo mostra que a atividade mercantil se reveste de contornos próprios e de um sentido institucional específico, que a distingue da atividade civil comum”⁵

A atração do setor mercantil à arbitragem se justifica por algumas razões. A primeira, apontada por RECHSTEINER, é a conservação das relações comerciais em razão da solução da controvérsia de forma célere,

⁵ BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do direito mercantil*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, pp. 17-18

discreta e “*levando em conta critérios e valores próprios das partes que estão envolvidas*”⁶. A celeridade tem previsão na Lei n.º 9.307 de 1996, especificamente no art. 23, que dispõe que caso as partes não tenham convenicionado, “*o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses*”.

Outro fator considerado como atrativo ao sistema arbitral é indicado por INÊS CAMPOLINA. A autora expõe que o “*sigilo é um importante instrumento negocial*” e que é forçoso reconhecer as “*implicações advindas da simples divulgação de ações judiciais envolvendo o nome da empresa*”⁷. O sigilo é peça central dos contratos comerciais em que as partes necessitam da confidencialidade para o sucesso da operação, especialmente aqueles contratos em que se verifica a presença de cláusula *Non-Disclosure Agreement* (NDA), a qual possui a função de proteger informações sensíveis e estratégicas para a empresa, evitando que estas sejam tornadas públicas e possam ser utilizadas por concorrentes⁸.

Além disso, a autora destaca a vantagem da economia financeira, visto que “*o procedimento arbitral geralmente é bem mais econômico que as custas e taxas que são pagas no Judiciário*”. Por fim, acentua que a sentença arbitral é uma decisão técnica, na medida em que “*é proferida por quem realmente conhece do objeto em litígio*”⁹. Embora a

⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil*, teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

⁷ CAMPOLINA, Inês Maria de Carvalho. *op.cit.* p. 69.

⁸ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. *Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 125.

⁹ CAMPOLINA, Inês Maria de Carvalho. *op.cit.* pp. 69-70.

economicidade do procedimento arbitral seja discutível, como será deslindado adiante, em relação à tecnicidade, vale o realce da especialização das varas e câmaras arbitrais.

Conforme anotam DÉBORA CHAVES MARTINEZ FERNANDES e JOÃO VICENTE FERNANDEZ PEREIRA, por mais que o procedimento arbitral tenha algumas características vantajosas, a “*cultura da arbitragem como substituto do Judiciário pode causar distorções no sistema brasileiro de resolução de conflitos empresariais*”. Quanto a isso, os autores expõem a inovação do Tribunal de Justiça paulista em matéria empresarial:

Conquanto o TJSP já esteja dotado de Câmaras Reservadas à matéria empresarial, a coordenação do trabalho entre as duas instâncias facilita e agiliza o desenvolvimento, pelo Tribunal paulista, de jurisprudência coerente e de uma maior clareza do regramento comercial brasileiro – diminuindo os riscos e custos de transação, negociação, produtos e serviços, atraindo investidores e impactando positivamente empresários e consumidores.

O Brasil já tem excelentes provas dos benefícios da concentração temática desde a primeira instância. A jurisprudência do TJSP sobre a Lei nº 11.101/2005 se tornou referência consultiva e contenciosa para empresas em crises e seus credores durante o boom de recuperações judiciais dos últimos anos – e ousamos dizer que o trabalho conjunto das Varas de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo e das Câmaras Reservadas do TJSP

*potencializou os efeitos da uniformização rápida da boa jurisprudência.*¹⁰

Sobre a mesma temática, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS e MARCELO GUEDES NUNES dissertam acerca do sucesso da criação de varas especializadas em direito empresarial e sublinham o aumento — significativo — de distribuições de demandas empresariais no TJSP, assinalando que “*o ano de 2018 fechou com um total de 2.079 processos, um aumento de 84% na quantidade de disputas distribuídas quando comparado aos três anos anteriores*”, e ressalta que “[s]e antes muitos empresários desistiam de recorrer ao Poder Judiciário por conta da excessiva demora e da insegurança sobre o resultado dos processos, hoje com a especialização o Poder Judiciário paulista passou a ser visto pela comunidade empresarialista como uma alternativa viável e competitiva para a resolução dessas disputas”¹¹.

Contudo, apesar da alteração do cenário paulista quanto à eleição de foro judicial para solução de litígios em contratos nacionais, o mesmo parece não se confirmar na formatação de contratos internacionais entre empresas brasileiras e estrangeiras, pelo menos no mercado de mineração.

¹⁰ FERNANDES, Débora Chaves Martinez; PEREIRA, João Vicente Fernandez. Varas empresariais do TJSP: uma boa notícia. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-empresariais-tj-sp-uma-bou-noticia-15022017>.

¹¹ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; NUNES, Marcelo Guedes. Um ano e meio das varas empresariais de São Paulo: um iniciativa de sucesso. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-empresariais-sucesso-05082019>.

Indaga-se se a imposição do foro arbitral às pequenas empresas de mineração mitiga o atributo da autonomia da vontade empresarial, vez que a eleição de foro judicial é fator de risco para companhias estrangeiras, para se firmar contratos para exportação de minério com grandes *players* de outros países.

Há muito é consolidada na doutrina que, no âmbito dos contratos empresariais, vigora uma relação jurídica pautada na presunção de que ambas as partes são dotadas de conhecimentos específicos e que lhes dão autonomia para negociar cláusulas contratuais de acordo com seus interesses.

As teorias contratuais, em que pese serem de base civilista, explicam o fenômeno da autonomia da vontade na formação de contratos. A teoria clássica expõe que a liberdade contratual independente produz certa autonomia para pactuar acordo conforme com os interesses, ao passo que a teoria contemporânea vem abordando a autonomia da vontade como “*algo inadequado à realidade política, econômica e social atual*”¹², permitindo certo dirigismo contratual por meio do Estado-Juiz.

Na perspectiva judicial, o STJ já inclinou para a linha do dirigismo contratual em demandas que a relação jurídica empresarial era tipicamente empresarial. No bojo do REsp 1881149/DF, discutia-se a nulidade de contrato de franquia e a intervenção judicial, aplicando-se o

¹² VASCONCELOS, João Paulo Angelo; HUNGARO, Ana Paula do Carmo Galiciani; DOS SANTOS, Khetlen Eduarda Ferreira Marinho. *Os contratos empresariais frente à pandemia da covid-19: excepcional abertura à solução judicial de conflitos parametrizada no princípio da preservação da empresa*. In: Colloquium Socialis. ISSN: 2526-7035. 2020. p. 6.

princípio da boa-fé contratual como pedra de toque para solução do litígio. Assentou a Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI da 3ª Turma do STJ que “[n]esse contexto, a boa-fé objetiva, expressamente prevista no art. 422 do CC/02, assume especial relevo, à medida em que impõe aos sujeitos da relação jurídica o dever de agir com probidade, honestidade, lealdade e de modo a não frustrar as legítimas expectativas da contraparte”, e concluiu afirmando que “a execução do contrato pela recorrente por tempo considerável configura verdadeiro comportamento concludente, por exprimir sua aceitação com as condições previamente acordadas com a recorrida”¹³.

Em outra oportunidade, a mesma 3ª Turma do STJ, em voto do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA no REsp 1867551/RJ, optou por manter incólume o acordo de vontade estabelecido pelas empresas em contrato, afirmando que “a cláusula penal está inserida em contrato empresarial firmado entre empresas de grande porte, tendo como objeto valores milionários, inexistindo assimetria entre os contratantes que justifique a intervenção em seus termos, devendo prevalecer a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos”.

Não se ignora que as empresas de mineração nacionais, ao firmarem contratos de fornecimento ou investimento com empresas estrangeiras, está a tratar de relação jurídica estritamente empresarial, a despeito do objeto social da empresa nacional estar vinculado às regras esposadas no *codex* minerário, e que, por tal razão, também estão sujeitas à legislação vigente. Portanto, as reflexões próprias do direito mercantil são aplicáveis aos contratos

¹³ REsp 1881149/DF, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 10/06/2021.

firmados entre empresas no ramo minerário, incluindo-se as posições jurisprudenciais quanto à análise de contratos empresariais.

A lógica do setor de mineração é pautada pela exclusividade do direito minerário, com isso se preserva a “regra da descoberta” de quem realizou a pesquisa e solicita a outorga para lavra do recurso mineral existente em dada área. Conforme ilustra ADRIANO DRUMMOND CANÇADO TRINDADE:

A prioridade permite, assim, que a pequena mineração tenha acesso a áreas de pesquisa e, se for o caso, lavra mineral da mesma forma que a mineração de grande porte. Em última instância, as políticas empresariais de uma e de outra naturalmente depuração as preferências e buscas por jazidas¹⁴.

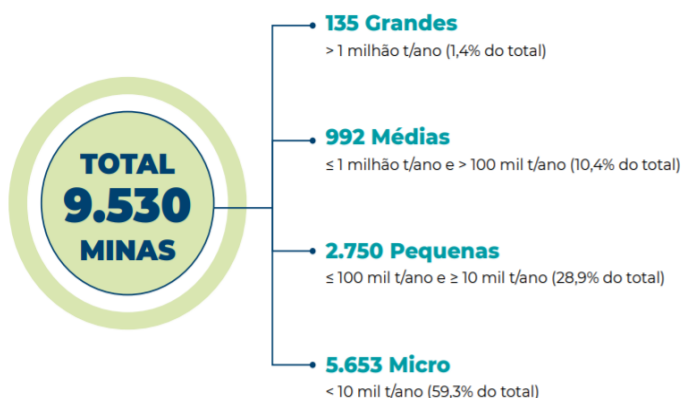
Assim, pequenos empreendedores do setor mineral, ao fazerem pedido à Agência Nacional de Mineração para exploração de dadas áreas, podem fazer frente ao poder econômico de grandes empresas.

Dada a lógica do mercado minerário, no Brasil hoje, conforme apuração da Compensação Financeira

¹⁴ TRINDADE, Adriano Drummond Cançado. A obtenção de direitos minerários segundo o regime de prioridade. In: FERRARA, Marina [et al]. Estudos de Direito Minerário. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 23-25.

pela Exploração de Recursos Minerais de 2019¹⁵, observa-se mais de 7 mil empresas de mineração em atuação.

No ano de 2017, segundo dados da Agência Nacional de Mineração, as micro e pequenas empresas mineradoras compõem quase 90% do setor mineral do Brasil, sendo assim disposto:



Fonte: ANM 2017. Valores relativos a ROM*, não sendo contabilizados aqui as lavras garimpeiras, licenciamentos e complexos de águas minerais.

A exportação de minério no Brasil tem sido grande vetor para o crescimento da economia. Em 2018, o setor exportou cerca de 410 milhões de toneladas, sendo a China a principal destinatária com aproximadamente 57%

¹⁵ Disponível em: <https://ibram.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Economia-Mineral-Brasileira-IBRAM-2020.pdf>.

deste total. Em 2019, o setor exportou cerca de 360 milhões de toneladas, sendo 65% para a China¹⁶.

Apesar do expressivo número de micro, pequenas e médias empresas no Brasil, tais empresas ainda sofrem dificuldades de atuação no mercado, seja pelo poder econômico, seja pela fragilidade nas áreas de tecnologia e acesso a novos mercados¹⁷.

Constata-se, então, que em um cenário econômico no qual o maior comprador de minério brasileiro é um grande agente econômico mundial, permanece a indagação: micro e pequenas empresas do setor minerário nacional ostentam relação paritária frente aos compradores/investidores internacionais a ponto de eleger foro judicial para situações de litígio ao invés de estabelecer compromisso arbitral?

A resposta é negativa. A posição dominante das empresas estrangeiras influencia o comportamento das micro e pequenas empresas nacionais de mineração, na medida em que elas, em regra, não possuem estrutura econômica, jurídica e nem tecnológica para recusar qualquer disposição contratual advindas desses *players* estrangeiros.

Assim, eventual violação contratual por parte do contratante estrangeiro (ou investidor) deverá ser

¹⁶ Disponível em: <https://ibram.org.br/noticia/micros-e-pequenas-empresas-mineradoras-representam-quase-90-do-setor-mineral-do-brasil/>

¹⁷ VALE, Eduardo. *Análise econômica das pequenas e médias empresas de mineração: relatório final*. Brasília: CPRM, 2000, p. 77.

discutida em foro arbitral e nas câmaras arbitrais eleitas em contrato para tanto. De acordo com a realidade das micro e pequenas empresas nacionais, a princípio, os custos de instauração das câmaras de arbitragem e remuneração de árbitros é fator que inviabiliza o acesso à justiça.

O poder econômico da maioria das empresas que operam o setor minerário, demonstra a inviabilidade de instauração de procedimento arbitral para solução de litígios oriundos de contratos internacionais. É de se questionar se tal condição imposta pelas grandes empresas estrangeiras viola o corolário nacional de acesso à justiça.

Quanto ao conceito de custos e despesa com arbitragem, THIAGO MARINHO NUNES e MARIANA GOFFERJÉ PEREIRA expõem que os custos e despesas com a arbitragem são os gastos indispensáveis, relativos à administração do procedimento, como, por exemplo: honorários dos árbitros, despesas de viagem dos árbitros e do secretário do tribunal arbitral, honorários de eventuais peritos, despesas com a realização de audiências, incluindo custos de serviços de estenotipia, intérpretes, etc., e, finalmente, custos administrativos da instituição administradora do procedimento¹⁸.

Além disso, outro fator que encarece o procedimento é o custo de instauração da câmara arbitral, o qual, geralmente, é calculado a partir do valor da causa que será objeto de análise pelos árbitros constantes

¹⁸ Disponível em :

<https://www.migalhas.com.br/coluna/arbitragem-legal/317140/breves-notas-sobre-custos-e-despesas-na-arbitragem-interna>.

daquela câmara. Ao pesquisar as despesas oriundas dos procedimentos arbitrais nas principais câmaras nacionais e internacionais, verifica-se que o importe, na maioria das vezes supera a casa de centenas de milhares de dólares, podendo-se chegar ao montante equivalente a quase 70% do valor da causa¹⁹.

Não obstante a matéria de alto valor das custas judiciais já ter sido enfrentada pelo Poder Judiciário — concluindo pela ofensa à garantia de acesso à jurisdição —, o que culminou na edição da Súmula n.º 667 do Supremo Tribunal Federal²⁰, a questão relativa à arbitragem ainda pende de apreciação pelo Poder Judiciário do Brasil. Marcos Luiz de Melo denomina como “custo proibitivo” da arbitragem e conclui que restaria o socorro à jurisdição estatal para a solução da disputa, visto que a “*jurisdição arbitral coloca obstáculo praticamente intransponível para seu acesso*”, e justifica:

Ao impor óbices exorbitantes, desarrazoados, desproporcionais ao pleno exercício do direito de

¹⁹ Disponível em:

<https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>

Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-arbitragem/>

Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/icc-arbitration-cost-calculator/>

²⁰ Súmula 667, STF : «Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa».

ação, estamos diante de impedimento do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ante a impossibilidade material de levar à jurisdição arbitral ou estatal lesão de direito e excluindo a garantia da tutela jurisdicional efetiva. [...]

A via de acesso à "Justiça", [...], deve caminhar pela via do Poder Judiciário, já que impossibilitada a própria instauração do processo arbitral, em face da abusividade das custas arbitrais, não sendo possível nem mesmo invocar o princípio Kompetenz-Kompetenz. Nesse caso, a via da jurisdição arbitral está obstaculizada, óbice já de início colocado pela exorbitância de custas arbitrais, que desafiam a razoabilidade e a proporcionalidade, e que impedem a própria abertura da porta de acesso arbitral para discutir o que quer que seja.²¹

Percebe-se que o autor conclui pela possibilidade de acesso à jurisdição estatal ante a abusividade dos custos e despesas de procedimento arbitral, sendo inclusive inviável invocar o princípio *Kompetenz-Kompetenz* para tanto. Conforme apontado, o STJ já excepcionou o aludido princípio em cláusulas compromissórias tidas por patológicas ou compromissos vazios (Resp 1082498/MT).

²¹ MELO, Marcos Luiz. *Custo proibitivo da arbitragem como óbice à jurisdição*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/marcos-melo-custo-proibitivo-arbitragem>

Ocorre que, sob à ótica analisada, o setor minerário ainda possui uma singularidade que teria o condão de despertar a análise pelo Poder Judiciário acerca da impugnação de cláusula compromissória: o direito minerário²² como questão de ordem pública e imperativo de soberania nacional.

Para FLAVIA MULLER DAVID ARAÚJO “*[s]e o regime militar protegia a mineração de forma a garantir suas estratégias de defesa e de segurança nacional, a Constituição de 1988, além de pensar nisso, tratou também de tentar disciplinar a questão sob o viés econômico, como forma de exploração e de aumento do patrimônio nacional*”²³.

Embora a Constituição de 1988 autorize a exploração econômica por particular brasileiro ou empresas constituídas sob as leis nacionais – aqui não importando a composição de estrangeiros como sócios –, o exercício do direito minerário é regulado pela Agência Nacional de Mineração e precisa seguir um catálogo de regras para que possa exercer lavra de mineral em solo brasileiro.

A título de exemplo, a atividade de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais na Faixa de Fronteira, bem como o exercício de atividade de

²² PESSOA, Thiago Thomaz Siuves. *A natureza jurídica do direito decorrente do título de concessão de lavra minerária*. In: FERRARA, Marina [et al]. *Estudos de Direito Minerário*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp 187-188.

²³ ARAUJO, Flavia Muller David. *O licenciamento ambiental no direito minerário*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 78.

mineração em terras indígenas possuem alguns fatores limitantes para aqueles que pretendem explorar tais áreas.

Constata-se, portanto, que tais matérias são dotadas de interesse nacional e de imperativo de ordem pública e, assim, caso algum compromisso arbitral ou laudo arbitral estrangeiro tenha se debruçado em tais matérias, permitirá ao Poder Judiciário julgar pela invalidade ou não homologação de laudos arbitrais por tais razões. Isso porque, não se trata, em alguns casos, de direito disponível, dependendo, por vezes, de autorização do Congresso Nacional, sob pena de ofender a ordem pública nacional.

Portanto, as demais matérias como abuso de poder econômico (violação à autonomia da vontade empresarial) e alto custo de instauração de procedimento arbitral não são razões suficientes para intervenção do Poder Judiciário, devendo as empresas nacionais de mineração demonstrar vício de vontade ou patologia no compromisso arbitral.

Já no que toca às matérias de interesse nacional em sede minerária, percebe-se que a intervenção judicial é factível, o que permite concluir pelo acesso franco à justiça, sem que viole os preceitos do princípio *Kompetenz-Kompetenz* do foro arbitral.

Como conclusão, pode-se constatar que o foro arbitral se demonstrou mais vantajoso ante à tecnicidade dos árbitros e sigilo do procedimento para resolução de controvérsias empresariais. No entanto, a institucionalização de varas e câmaras empresariais pelo Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado otimista e com maior adesão nos últimos anos, fato que demonstra

certa tendência de opção para eleição do foro jurisdicional, em oposição à escolha pela arbitragem.

Contudo, somente em casos excepcionais é que o órgão judicante tem afastado os compromissos firmados na relação mercantil. Com base nisso, a disparidade de poder econômico nem sempre será fundamento para análise de contratos comerciais com eleição de foro arbitral, isso porque a demonstração de abusividade de poder econômico deverá ser mais bem comprovada e admitida pelo Poder Judiciário.

Quanto às custas e despesas do procedimento arbitral, com a busca da legislação como fonte de previsibilidade para as decisões judiciais, é temerário estabelecer tal opção sem uma análise detida da questão. Assim, o mero custo da arbitragem, isoladamente considerado, não pode ser único fundamento para afastar o princípio *Kompetenz-Kompetenz* do foro arbitral no setor de mineração. Uma vez demonstrado que o direito minerário no Brasil guarda estreita relação com imperativos de interesse nacional e ordem pública, a modulação de tal princípio se mostra factível, principalmente em questões que envolvem operação de mineração em áreas sensíveis como, por exemplo, faixas de fronteira ou terras indígenas, onde a legislação nacional é mais restritiva e impositiva.

Portanto, a sensibilidade da temática “mineração” guarda singularidade e impende reflexão quanto ao compromisso arbitral e laudos arbitrais estrangeiros que envolvem tal matéria, haja vista a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário em razão de eventual violação à ordem pública e ao interesse nacional.

Restrição orçamentária do Governo e juros: um lembrete importante.

Marco Aurélio Bittencourt

A discussão sobre coordenação das políticas fiscal e monetária tem seu início, quase que ubíquo, a partir da década de 1960. Antes, aqui, tínhamos um olhar centrado no orçamento público e o lado monetário completava direta ou indiretamente o montante de recursos para fechar o orçamento. Não era sem razão uma inflação, em geral, nessa época anterior às mudanças de rumos das políticas macroeconômicas, no patamar de cerca de 10%. Chegou, então, no Brasil, com o regime militar de 1964, a perseguição de metas monetárias e o surgimento formal do Banco Central, concretizando-se a efetiva separação das políticas fiscal e monetária. O que veio junto com essas mudanças? A dívida pública nos padrões atuais: complementar o financiamento dos gastos públicos, com o efeito sobre a sua conta juros da política implícita de juros altos.

A dinâmica dessa implacável dívida pública é bem conhecida e está na raiz dos problemas inflacionários. Como se sabe, a restrição do governo federal encontra amparo em quatro itens: seus gastos, G , seus tributos, T , Dívida Pública, D , e Emissão monetária, M . Esses são os elementos que devem necessariamente fazer cumprir a restrição orçamentária. O lado monetário cuida de M e de forma independente do lado fiscal que cuida de G , T e D .

Como diz Leeper (2005) em seu artigo sobre restrição orçamentária do governo:

“A restrição orçamentária do governo é uma identidade contábil ligando as escolhas da autoridade monetária do crescimento monetário ou da taxa de juros nominal e as escolhas da autoridade fiscal de gastos, tributação e empréstimos em um determinado momento e ao longo do tempo. Os links intertemporais criam um rico conjunto de resultados possíveis a partir de experimentos de políticas macro padrão. Levar a restrição orçamentária do governo a sério pode derrubar algumas crenças amplamente mantidas sobre efeitos de política.”

Leeper analisa uma variedade de possibilidades para fazer cumprir a restrição orçamentária que dependeria das escolhas individuais, das políticas fiscal e monetária futuras e da estrutura econômica. O contexto ainda seria o de sincronização das políticas fiscal e monetária, muito embora a perseguição operacional de metas monetárias tenha sido substituída pelo uso dos juros como instrumento de ação do Banco Central. Que item especificamente importa destacar no orçamento público? O efeito da política monetária sobre o orçamento público, a saber, sobre a conta juros.

Os modelos teóricos, respeitando a restrição orçamentária do governo, garantem o equilíbrio orçamentário intertemporal, se T , G e D são rígidos, pelo efeito inflacionário. Mas esse efeito, estabelecido

teoricamente, está distante do que se passa na prática. O compromisso monetário deveria ser o de traduzir tal efeito inflacionário em efetiva redução do pagamento dos juros, garantindo-se, pois, o redirecionamento automático dos gastos públicos. Dessa forma, alcançaríamos novamente o equilíbrio orçamentário sem traumas.

A discussão atual sobre juros deveria focar sobre esse ponto, porque há ainda um hiato entre ação do Banco Central em direção a um aumento da meta inflacionária e seu efetivo efeito na restrição orçamentária do governo. Em outras palavras: aumentar meta inflacionária sem reduzir o pagamento de juros é fazer um desserviço de política monetária.

O que exatamente seria reduzido de juros, dependeria da meta inflacionária e da própria situação do estoque da dívida pública, além dos elementos de preferências e estrutura da economia. Minha expectativa é que, dados esses elementos, a inviabilidade do concertamento orçamentário é quase certa e, assim, o “nirvana monetário” não poderia cumprir seu objetivo final: o de reequilíbrio orçamentário. Dessa forma, seria necessário reduzir gastos públicos (aumentar impostos ou aumentar dívida tem custo elevado) e conferir o que poderia efetivamente ser reduzido na conta juros pela condução adequada do Banco Central da sua política de ajuste da meta inflacionária.

Como sabemos, o estoque da dívida pública é elevado e ainda carrega o endividamento de estados e municípios (embora conte com contrapartida desses entes federativos). Portanto, ajustar a liquidez com efetivo ajuste dos juros a recompor a estrutura prévia orçamentária não seria trivial. Talvez a ação da política

monetária tenha mesmo um efeito reduzido sobre juros a pagar na conta orçamento público federal. O fato é que, mesmo havendo tal direcionamento efetivo do Banco Central, se optarem pelo aumento da meta inflacionária, seria pouco provável o sucesso de um ajuste definitivo do orçamento público. Como disse em outro artigo publicado nessa Webadvocacy (2023), o concertamento orçamentário é urgente. Mas, para se obter sucesso, é necessário um amplo apoio político. Sob o presidencialismo, temos visto que tal concertamento não foi e certamente não será viável exatamente pela dificuldade de se compor uma ampla aliança política nessa direção. Se é para sonhar, que venha o parlamentarismo.

Referências bibliográficas

Leeper, E. **Government Budget Constraint**, The New Palgrave Dictionary of Economics, 2008.
https://www.researchgate.net/publication/311979085_Government_Budget_Constraint

Bittencourt, M.A. **Orçamento Público: Sua Estrutura Adequada para o Crescimento e Desenvolvimento**. Texto para Discussão 1.203. Webadvocacy , 2023.
<https://webadvocacy.com.br/2023/01/25/orcamento-publico-sua-estrutura-adequada-para-o-crescimento-e-desenvolvimento/>

Uma análise elementar de teoria de preços sobre a taxa  o às importações asiáticas de até US\$ 50

Marco Aurélio Bittencourt

Já sabemos que, em nome de uma análise com teor científico, necessitamos de dois elementos: modelo e prova do seu funcionamento. O modelo pode ser visto, num sentido amplo, como uma narrativa que embute alguma matemática ou lógica. Para sua consolidação teórica, precisa ter dados e teste. Este é o pacote científico numa versão livre e resumida. O ponto   que os dois elementos se casam, mas podem ser elaborados separadamente. Vou me ater ao campo da narrativa sobre o tema proposto.

Algumas hipóteses são imprescindíveis. Vejamos o contexto. Aqui falamos das importações livres pela internet que alcançam o limite de US\$ 50,00. Supomos que os compradores locais , ao comprar tais produtos, alcancem alguma folga financeira que , por hipótese, se dirige ao mercado interno. Então, há um efeito tributário indireto pela compra do produto estrangeiro: o aumento da arrecadação decorrente dessa folga financeira que se dirige aos produtos locais. Outra hipótese que assumimos que tais produtos importados atendem a uma faixa populacional de poucos recursos, podendo incluir outras faixas. Não tenho os dados sobre isso. Então nessa contabilidade hipotética quem ganha e quem perde? Ganham os consumidores. Perdem as empresas que teoricamente competem com as importações asiáticas. Quais seriam essas empresas? Lojas americanas, Renner, Magazine Luíza, Carrefour e similares. Em outras palavras, para produtos que saem , pela

importação asiática, por R\$ 120,00 estariam sendo vendidas , digamos, por R\$ 170,00, ou seja, não conseguem competir. De novo, não tenho os dados. É uma estimativa. O fisco ainda manteria receita sobre os R\$ 50,00 que se dirigiria ao mercado interno; digamos 20% sobre os R\$ 50,00, ou seja, R\$ 10,00.

Agora, façamos o experimento: impor alíquota sobre os produtos importados. A questão fundamental: qual a alíquota ? Suponhamos dois casos: uma impeditiva e outra parcialmente impeditiva. No primeiro caso, não se tem arrecadação fiscal pelas importações que iriam a zero. Então os R\$ 50 seriam perdidos com prejuízo de R\$ 10,00 para o fisco. Mais agora o importador brasileiro tem que pagar pelo produto R\$ 170,00. Certamente, irá reduzir suas compras. Então suponha que isso acarrete uma redução pela metade no valor gasto, ou seja R\$ 85,00 iria se dirigir ao mercado interno. Isso daria, um ganho tributário de R\$ 17,00 e liquidamente R\$ 7,00 (computando a perda pelo comercio internacional – o ganho indireto pela folga orçamentária). Certamente, pelo aumento de preços que agora o consumidor se depara, terá que reescalonar seus gastos , reduzindo-os e isso tem um efeito recessivo indireto que apareceria ao longo do tempo. Quem ganharia? Certamente, os empresários citados que teriam suas vendas acrescidas pelo redirecionamento forçado da demanda. O fisco, ganharia residualmente e declinante. E os pobres pagariam a conta. Qualquer outra alíquota, abaixo do limite impeditivo, traria alguma combinação desses valores, com ganhos para o fisco e o empresário.

As contas exatas requerem estimativas mais precisas. Independentemente dessa estimativa, a lógica básica se manteria: os consumidores mais pobres perderiam, os empresários ineficientes contariam com a proteção tarifária e o fisco aumentaria residualmente sua arrecadação, mas de forma

declinante. Portanto, do ponto de vista social, o ganho fiscal certamente não superaria a perda de bem-estar da população.

Trata-se, portanto, de uma velha política brasileira: o domínio de grupos de interesse sobre a política, usando-a em seu benefício. Nessa luta política, vale todo tipo de propaganda, como a de injustiça tributária por isentar importações. Como sabemos, as exportações não são, como boa regra de comércio externo, taxadas e assim cada país escolhe o que taxar de produtos importados; o que depende de negociações, pela possibilidade de simples retaliação. As empresas estrangeiras não mudariam sua posição, exceto se a faixa tributária lhe permitir alguma competição.

O Novo paradigma desenvolvimentista: produtivismo.

Marco Aurélio Bittencourt

Dani Rodrik, economista colocado no topo junto àqueles que contribuem para questões de políticas públicas relevantes para o desenvolvimento de países com baixa renda per capita, traz agora uma visão resumida para os tempos atuais: o paradigma neoliberal encontrou seu limite e só aprofunda problemas de política econômica. Em seu lugar propõe um novo paradigma: ***produtivismo***. Do que se trata?

Em suas próprias palavras, diz que “uma abordagem **que prioriza a disseminação de oportunidades econômicas produtivas em todas as regiões da economia e segmentos da força de trabalho enfatiza a produção e o investimento sobre o financiamento e a revitalização das comunidades locais sobre a globalização, trabalhando no lado da oferta da economia para criar boas oportunidades de empregos produtivos para todos**”.

Ele põe ênfase nos principais problemas econômicos como pobreza, desigualdade, exclusão e insegurança **que são reproduzidos e reforçados diariamente no curso da produção, como um subproduto imediato das decisões de emprego, investimento e inovação das empresas, ou seja, essas**

decisões estão repletas de externalidades para a sociedade.

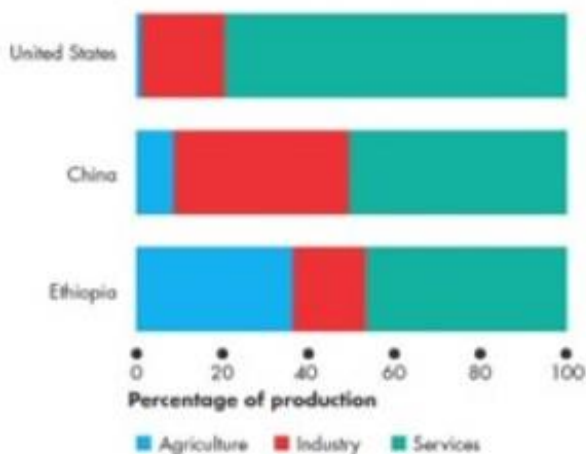
E nesse compasso produtivo de efeitos colaterais temos dois lados: externalidades negativas e positivas que podem ser reforçadas por políticas públicas. Rodrik vai se ater as externalidades positivas pela geração de “bons empregos.”

Segundo Rodrik, “Os formuladores de políticas em nações avançadas estão agora lidando com as mesmas questões que há muito preocupam os formuladores de políticas de desenvolvimento: **como atrair investimentos, criar empregos, aumentar as habilidades, estimular o empreendedorismo, melhorar o acesso ao crédito e à tecnologia** – em suma, como fechar a lacuna com as partes mais avançadas e produtivas da economia nacional?”

Certamente, nossas mazelas têm um pé nas externalidades negativas das próprias políticas públicas. A dificuldade de se identificar a tempo tais eventos perversos, talvez justifique em parte tal omissão corretiva. Mas sobram outras questões, principalmente a mentalidade escravagista. Mas isso não foi assunto tratado por Rodrik em seu artigo sobre o produtivismo – *on production* 2023.

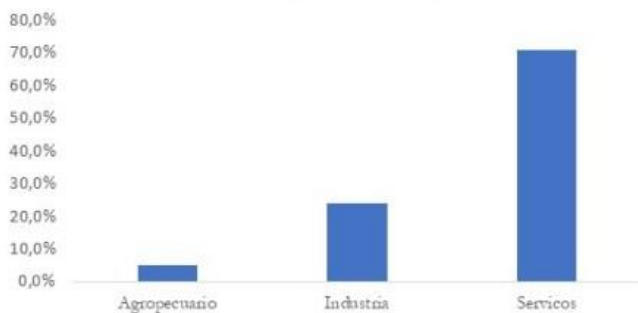
Essa indagação de como fechar a lacuna entre os setores produtivos tem que primeiro desvendar o padrão produtivo atual que pode ser refletido pelo gráfico abaixo (Parkin, economics).

FIGURE 1.1 What Three Countries Produce

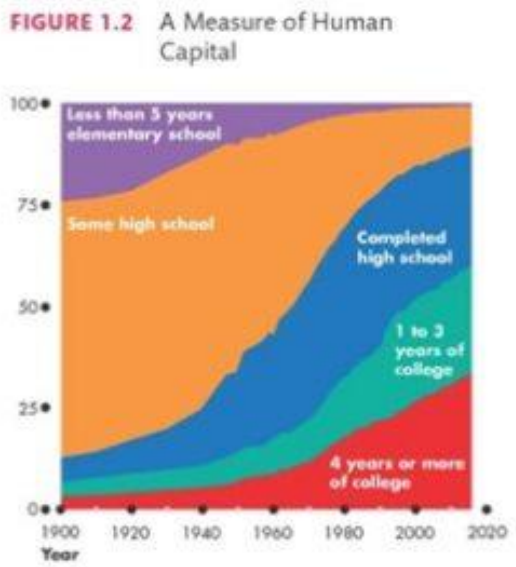


O Brasil se aproxima quantitativamente do padrão americano, conforme se depreende do gráfico abaixo (IBGE).

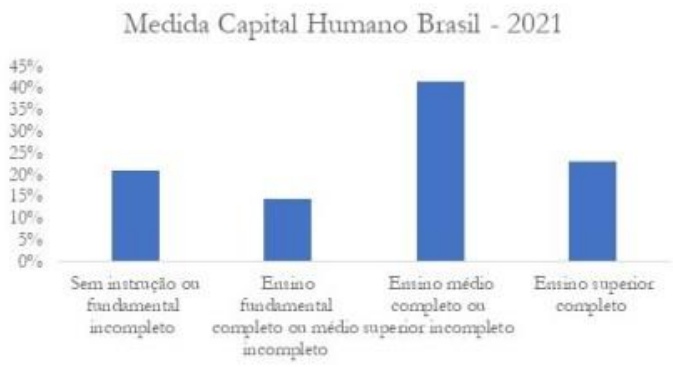
Participação dos Setores no PIB brasileiro -
2022 (4 trimestre)



O Capital humano acompanha essa estrutura produtiva. Para o padrão americano, temos a seguinte estimativa :



Para o padrão brasileiro, temos a seguinte configuração para o capital humano:



Uma análise mais aprofundada poderia revelar onde se encontram os mais qualificados. Certamente em serviços , por conta da participação governamental e da importância do segmento saúde, teremos fatia importante. Resta o setor financeiro e aqueles ramos de alta tecnologia. A indústria ocuparia outra faixa e agricultura uma faixa provavelmente pequena.

É essa estrutura produtiva nacional que me faz crer que a reforma do ensino médio está no caminho correto, privilegiando o setor serviços que demandam capital humano na faixa do ensino médio e superior incompleto. Mas chama atenção a faixa dos que detêm pouca qualificação o que demandaria política educacional específica.

As políticas públicas sugeridas por Rodrik devem necessariamente observar o padrão produtivo estampado nos gráficos acima. O trabalho recente do banco mundial – Equilíbrio Delicado para a Amazônia Legal Brasileira – Um Memorando Econômico – é uma tentativa nessa direção de Rodrik. Mas certamente o estímulo ao pleno funcionamento de instituições que promovam uma economia competitiva também deve entrar no rol de políticas públicas relevantes para abrir espaço para novas oportunidades de negócios.

O Ministério Público Federal no processo administrativo sancionador do CADE

Mauro Grinberg

Pouco (relativamente à relevância) tem sido escrito sobre a importantíssima tarefa do Ministério Público Federal (MPF) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Começamos pelo básico (lembrando que aqui tratamos apenas dos processos administrativos sancionadores e não dos atos de concentração), conferindo o art. 20 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC): “O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público para, nesta qualidade, emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator”.

Desde logo notamos que a opção “de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator” bem demonstra que a participação do MPF, embora de enorme importância, não se demonstra obrigatória, ou seja, o representante do MPF pode não emitir parecer se não lhe for solicitado pelo Conselheiro-Relator. Todavia, se o parecer for solicitado, ele se torna obrigatório, face aos termos do dispositivo acima transcrito), ainda que não vinculativo.

Com efeito, estabelece o art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Ou seja, zelar pela defesa da ordem jurídica, inclusive no Cade, sobretudo quando solicitado a tanto, é dever do MPF, o que se coaduna com o § 2º do art. 6º da Lei Complementar 75/1993: “A lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da instituição”.

Mas há mais. Em se tratando de interesses individuais disponíveis, sempre que algum/a Representado/a tiver sido declarado/a incapacitado/a para o exercício dos próprios direitos (o que deve ser raro mas possível), o MPF terá a defesa desta pessoa, sendo esta a única situação em que ele terá função de parte no processo administrativo do Cade para imposição de sanções administrativas.

Assim, mesmo quando o MPF oficia ao Cade comunicando a existência de uma infração contra a ordem econômica, sua ação equivale à notícia de um crime levada à autoridade policial. Como instituição, o/a representante do MPF pode (e deve, quando lhe é solicitado) emitir parecer, embora seja recomendável que não seja a mesma pessoa da instituição a fazê-lo. Ou seja, quem avisa ao Cade sobre uma possível infração não deve ser a mesma pessoa a emitir parecer, ainda que a instituição seja a mesma.

Vale aqui lembrar que Stephanie Vendemiatto Penereiro e Wagner José Panereiro Armani demonstram que “a defesa da concorrência é estruturada pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir de um tripé, possuindo três frentes de atuação: penal, cível e

administrativa”, sendo que “a centralidade e a relevância da atuação do Ministério Público na defesa da concorrência mostra-se evidente quando se verifica estar presente em cada uma dessas fontes”¹.

Todavia, na esfera do processo administrativo sancionador do Cade, o MPF é parecerista – de importância fundamental, como se vê adiante, mas com esta limitação – pois não emite decisão no processo administrativo sancionador do Cade, que pode, se for o caso, decidir de maneira diversa da orientação constante de pareceres anteriores do/a representante do MPF. Com efeito, estabelece o art. 9º, II e III, da LDC que “Compete ao Plenário do Tribunal (...) “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei” e “decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral”. Ou seja, a decisão é do Plenário do Cade, sem voto do MPF (bem como dos demais participantes do processo).

Mas é claro que não podemos ver o MPF como mero parecerista. Márcio Barra Lima, lembrando que, de acordo com o § único do art. 1º da LDC, “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”, afirma que “tendo em vista a existência de um interesse geral que transcende os limites das estruturas do mercado, a intervenção do Ministério Público Federal é crucial para garantir o fiel cumprimento dos preceitos normativos,

¹ “A atuação do Ministério Público na defesa da concorrência brasileira”, *Revista de Direito Concorrencial*, 14.12.2022, pág. 27

tanto dos princípios da ordem econômica como das garantias constitucionais do devido processo legal”².

Mais ainda, a Resolução Conjunta PGR/CADE 1/2016, tendo como objetivo estabelecer as condições de atuação do MPF junto ao Cade, atribuiu, já no seu art. 2º, I. a competência (ampla) de “atuar no controle das condutas anticoncorrenciais e na prevenção da concentração de mercado” e, mais adiante, no art. 3º, estabeleceu prerrogativas do MPF, entre as quais, por exemplo, a de “requerer ao Plenário do Tribunal a adoção de medidas de sua competência” (inciso IX). É o mesmo Márcio Barra Lima que conclui que “tais atribuições do MPF perante o CADE demonstram que sua atuação não se restringe à elaboração de pareceres, podendo igualmente atuar ativamente nos variados procedimentos administrativos que tramitam na autarquia”³.

Como a Resolução Conjunta acima referida regulou em detalhes o relacionamento do/a representante do MPF com o Cade, diz Márcio Barra Lima que “foi conferida uma carga de eficácia antes inexistente àqueles diplomas superiores (Constituição e Lei Complementar nº 75/1993), ao menos no que se refere ao relacionamento interinstitucional”⁴. Mais do que aumentar a carga de eficácia (lembramos dos atributos da norma: existência, validade e eficácia), tal resolução deu ferramental para as autoridades, que antes se valiam de instrumentos outros

² “A atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE”, RDC, vol. 6, nº 1, maio de 2018, pág. 10

³ Obra citada, pág. 14

⁴ Obra citada, pág. 10

que não tinham a mesma especificidade, não obstante a sua legalidade.

À parte o fato do/a representante do MPF ter direito, no Cade, a gabinete, assento e voz no Plenário (art. 3º, I e II, da Resolução Conjunta acima referida), a grande atuação do MPF nos processos administrativos sancionadores do Cade é a de fiscal da lei, com sua imparcialidade nata, por vezes contrariando versões que tendem a um determinado comportamento. Já se escreveu alhures que o Cade tem dois organismos distintos dentro dele: o acusador e o julgador, que não devem ser confundidos mas que, de qualquer sorte, sofrem a fiscalização do MPF para que não existam confusões desses dois organismos. Embora a convivência das duas atividades no mesmo órgão não seja uma situação ideal, é a que a lei nos proporciona e que faz avultar a importância do MPF.

Vale aqui lembrar a independência do/a representante do MPF, mencionando Hugo Nigro Mazzilli que “a hierarquia no Ministério Público é administrativa, não funcional. Em outras palavras, o Ministério Público, enquanto instituição, tem *autonomia* em face de outras instituições e órgãos do Estado; tem autonomia funcional até mesmo em face dos Poderes de Estado. E os membros e órgãos do Ministério Público têm reciprocamente *independência funcional*” (itálicos no original)⁵

Assim, a presença do/a representante do MPF, como fiscal da lei, nos julgamentos dos processos

⁵ “Regime jurídico do Ministério Público”, Saraiva, São Paulo, 2018, pág. 175

administrativos sancionadores do Cade, constitui garantia de equilíbrio e sobriedade. Portanto, ainda que a sua função nominal seja a de fornecer pareceres, a presença do MPF constitui garantia da sociedade.

Discriminação como infração. A propósito de um painel instigante mas enigmático

Mauro Grinberg

Durante o recente Antitrust Spring Meeting, da Section of Antitrust Law da American Bar Association, que ocorreu nos dias 29 a 31 de março em Washington DC, um dos painéis chamou a atenção para a (talvez tentativa de) revigoração do Robinson-Patman Act (RPA) de 1936, diploma destinado originariamente a proteger os pequenos empresários num período de recessão pelo qual os Estados Unidos então passavam. Com o passar do tempo, o objetivo, ao mesmo tempo que ampliado, perdeu seu vigor.

O que se procura aqui é traçar o paralelo entre os direitos norte-americano e brasileiro, uma vez que em ambos a discriminação – o tema possivelmente mais importante do RPA – constitui infração não só nos dois países como em todo o mundo ocidental.

Para exemplificar, uma rede de lojas de departamentos normalmente consegue um preço substancialmente mais baixo do que pequenos comerciantes de bairros, já que fazem suas aquisições em quantidades muito grandes. Mas nada é tão simples assim. É importante entender que a grande loja de departamentos pode vender por preço mais baixo mas, por outro lado, o pequeno comerciante de bairro precisa

sobreviver para manter a concorrência. As linhas divisórias aqui são tênues.

A conta que um cliente normal deve fazer – e aqui a constatação é prosaica, despida de considerações jurídicas e econômicas sofisticadas – diz respeito aos custos de transporte e de tempo (e talvez até entrem valores emocionais) que precisam ser gastos para procurar um produto mais barato, em vez de recorrer ao comerciante vizinho.

O problema se torna mais gritante quando tratamos de estabelecimentos comerciais em ambientes praticamente encapsulados, como aeroportos, rodoviárias, escolas, etc., em que não ocorre a pressão da concorrência e a procura de outros pontos de venda se torna praticamente inviável. As pessoas não saem, por exemplo, de um aeroporto para tomar um café, comprar uma revista ou (como ocorria antigamente) ter seus sapatos engraxados.

A verdade é que a discussão norte-americana tem andamento de forma um pouco confusa, mesmo sem definir os produtos, que podem ser uniformes ou diferenciados, daí dependendo as conclusões que se pode tirar. É claro que produtos uniformes têm nos preços o seu maior trunfo para a escolha do cliente e produtos diferenciados têm outros atributos para exibir e oferecer, aí entrando prestígio de marcas, gostos pessoais e possivelmente fatores afetivos (“minha mãe usava este produto”). Aqui entra a questão da substitutibilidade dos produtos uniformes e que, nos produtos diferenciados, depende de fatores diversos, como gosto, utilidade, adaptabilidade, etc.

Esse tipo de infração nos leva ainda a uma enorme dificuldade probatória, partindo-se da constatação de que ninguém pode ser condenado sem prova convincente e cabal da infração. Por exemplo, como provar que um determinado medicamento pode substituir outro? No Brasil, com a possibilidade de uso de medicamentos genéricos e/ou similares, essa dúvida se tornou menos aguda; mas ainda assim existe a possibilidade de uso *off label* de determinados medicamentos. Ou como demonstrar que um determinado alimento contém mais proteínas do que outro? A pergunta é importante porque precisamos sempre definir o mercado relevante, nas suas vertentes tanto material quanto geográfica, acrescentando-se aqui a (por vezes não menos importante) vertente temporal.

Os operadores do direito concorrencial conhecem bem as dificuldades da definição do mercado relevante, sabendo que delas não podem fugir e que elas tornam difícil (embora não impossível) o andamento de um processo administrativo ou judicial para tal punição. É preciso definir quais produtos concorrem pela vontade do adquirente (mercado relevante material) e até onde um adquirente pode ir para comprar um produto de outro fornecedor (mercado relevante geográfico).

Como aferir a vontade do consumidor de sair de sua zona de conforto para adquirir um produto concorrente daquele ao qual está habituado ou de marca para ele desconhecida em favor de determinado ganho que pode ter? Sabemos que há produtos tão tradicionais que suas marcas passam a designar os próprios produtos. A marca, nesses casos, independentemente do produto (é bom? é seguro? satisfaz plenamente? etc.) passa então a

constituir a zona de conforto do adquirente (comprando desta marca, dá tudo certo...). Na verdade, a intersecção do direito concorrencial com o direito de marcas constitui, desde o caso Colgate/Kolynos, um campo fértil a ser explorado.

Como aferir a vontade do consumidor de sair de uma região para se dirigir a outra com a finalidade de obter um produto melhor e/ou um preço menor? Todas as formulações econômicas esbarram em algo sutil, talvez até psicológico, que fica em torno da vontade. Quando se trata de produto homogêneo, essa vontade pode ser mais clara, tomando-se o exemplo dos postos de combustível: até onde um motorista se desloca para encontrar um produto mais barato (deixamos de tratar aqui das possíveis adulterações, matéria que às vezes aparece no noticiário criminal)? Nem o direito nem a economia podem fornecer respostas precisas; podem, quando muito, tratar de probabilidades, eventualmente altas.

Dito tudo isso, o grande desafio das autoridades concorrenciais é o de definir se e quando ocorre uma infração. Se concordamos em que uma indústria pode conceder descontos em função de quantidades compradas, como definir qual o limite desse desconto? Ou seja, a partir de qual porcentagem o desconto deixa de ser legítimo e passa a constituir uma infração, prejudicando a concorrência? Ou qual o preço que um concorrente verticalizado (indústria – distribuição – varejo) pode cobrar de seus adquirentes não verticalizados (sobretudo em se tratando de produto essencial em que não existam outros produtores e/ou distribuidores)? Qual o preço legítimo, acima do qual tem-se eliminação total ou parcial da concorrência?

As respostas a estas (e tantas outras) dúvidas, às quais as autoridades concorrenciais devem responder, certamente colocam tais autoridades quase na posição de legisladores. Assim, é a jurisprudência que vai ter que responder sobre a legitimidade de determinados comportamentos empresariais. Mas aí entra mais uma das várias faces do problema: o princípio da não surpresa, já constante da nossa legislação. O empresário não pode ser surpreendido ao ver caracterizado como infração uma conduta por ele praticada desde sempre e que ele, de boa-fé, considerava legal.

O dilema da autoridade aqui é: como fazer as advertências prévias ao mercado sem assumir o papel explícito de legislador e ao mesmo tempo deixar claro o que constitui infração? A autoridade tem à sua disposição um arsenal normativo (portarias, instruções normativas, resoluções) que p.ode usar para tanto, assim satisfazendo o princípio da não surpresa. Mas resulta obvio que há pontos sobre os quais não é possível fazer previsões exatas (por exemplo, a porcentagem de desconto). Mas o mercado tem que ser advertido de alguma forma.

Acrescente-se que estamos em uma quadra de aplicação do princípio da razoabilidade, que pode ser alterada de acordo não apenas com o mercado relevante mas com as próprias condições de mercado (este contempla sucessivamente períodos de crise e de escassez com períodos de euforia e abundância).

É extremamente salutar que este tipo de infração esteja novamente na mira das autoridades concorrenciais mas devemos ter em mente que este simples fato não elimina a perplexidade ante as dificuldades antevistas.

Venda casada de PC novo com sistema Operacional Microsoft

Maxwell de Alencar Meneses

A Microsoft pratica a conduta de venda casada de licenças do seu sistema operacional Windows, que são pré-instaladas em novos computadores fabricados por OEMs (original equipment manufactures), máquinas montadas de fábrica. Isso ocorre de modo análogo desde os primórdios da criação da empresa, sendo que na época tratava-se do seu precursor o MS-DOS, que também já vinha embarcado com os primeiros PCs (computadores pessoais).

A questão levanta polêmica quando o usuário se vê obrigado a pagar pela licença do Windows, mesmo que não tenha interesse em utilizá-lo, visto que se tratam de produtos que são diferentes e que podem ser vendidos separadamente, todavia a conduta em si cria barreiras para que o usuário possa optar quanto à aquisição da licença.

No processo de compra de um desktop de determinados fabricantes, por exemplo pelo site da Dell no Brasil, o usuário é forçado a adquirir desktops com o Windows, podendo optar por versões diferentes, mas apenas do Windows. Não é possível deixar de adquiri-lo, ao passo que esses fabricantes se recusam a vender um equipamento dessa categoria sem esse sistema operacional (S.O.), já que não disponibilizam essa opção.

Segundo o site statista, em 2021 o Microsoft Windows foi o sistema operacional mais utilizado em computadores (desktop, tablet e console) no mundo, possuindo mais de 70% de Market share. No mercado de PCs o Gartner group estimou para o quarto trimestre de 2021, a liderança em primeiro lugar da Lenovo com 24,6%, seguida de perto pela HP com 21,1% e com o bronze a Dell com 19,5%. Esse pódio totalizaria 65,2% do mercado de computadores. Nota-se que em 2008, a Lenovo chegou a não suportar mais o Linux nos seus desktops, o que reviu somente em 2016.

A Apple vem em quarto lugar nessa lista com 7,7% de share. Em sua arquitetura historicamente fechada e proprietária, a fabricante determina qual sistema é utilizado em seus computadores, que é o seu próprio sistema, o OS X, que tem raízes em comum com o Linux.

A Microsoft por sua vez estende sua posição dominante sobre os fabricantes, sendo alavancada formando um efeito artificial de conjunto hardware-software monolítico e quase monopolista, que mimetiza o efeito natural obtido pela Apple com seu conjunto próprio de hardware e software, Mac e OS X, indissociáveis pela engenharia de concepção do projeto, e não por uma conduta concorrencial, como no caso do Windows.

O curioso é que o fato de a Microsoft não ter vendido seus direitos do MS-DOS à IBM no início da era dos PCs, mas pelo contrário ter negociado com as outras empresas o fornecimento desse software para máquinas rivais da IBM, foi provavelmente o causador de hoje nós não termos apenas dois fabricantes de PCs cada um com

seu conjunto de hardware e software entranhados, que seriam a IBM e a Apple.

A abertura dada pela separação entre o S.O. e o hardware naquela ocasião, possibilitou o florescimento de vários fabricantes de computadores, maior concorrência e um barateamento de preços, em comparação a solução Mac que é mais cara desde o início e talvez sempre se mantenha assim.

Em 2007, a Dell declarou que seus computadores com Linux pré-instalado seriam US\$ 50 mais baratos de que a versão similar com Windows, em outras palavras seria pago à Microsoft uma “taxa” de licenciamento de US\$ 50, valor esse acrescido ao custo de um computador de US\$ 1000. A “taxa” Windows criada pelo incentivo dado pela Microsoft para que OEMs forneçam computadores com Windows pré-instalado é justificada pela empresa por uma eficiência gerada aos compradores, que têm o benefício de não necessitar instalar um sistema operacional. Muitas pessoas comprariam PCs com sistemas operacionais pré-instalados para não ter que lidar com a curva de aprendizado e a inconveniência de realizar sozinhas a instalação de um sistema operacional.

Ao mesmo tempo, revendas de software anunciam abertamente venda de licenças OEM Windows, direcionadas para venda casada com equipamentos novos, que não vem necessariamente com S.O. pré-instalado, ou seja, a eficiência alegada da pré-instalação é relativa. Essas licenças são atreladas a aquele hardware novo e perdem validade em caso de determinadas alterações que o descaracterize, como a troca da placa principal do computador.

Entre os que se dispõem a utilizar outro S.O. há relatos de compradores que obtiveram restituição do valor pago pela licença Microsoft e de outros a quem esse benefício foi negado, a depender do país, do entendimento do vendedor a esse respeito, e de condições específicas de venda do fabricante do hardware. Em sites especializados como o “Reclame Aqui” relatos de problemas de consumidores quanto a essa imposição do sistema ao adquirirem um PC.

Em 2007, foi apresentado o projeto de lei 167/07 na Câmara dos Deputados proibindo venda casada de hardware com sistema operacional, que veio a ser arquivado. O CADE julgou no caso Paiva Piovesan v Microsoft a venda casada do Microsoft Money com o Windows. A Microsoft enfrentou notórias ações antitruste, como no caso Netscape. Há, portanto, um histórico que corrobora uma inquietação de partes da sociedade com o que ao longo dos anos vem delineando um certo padrão de condutas comerciais da Microsoft visando afastar concorrência de modo não natural.

Em que pese haver aspectos técnicos qualitativos entre os sistemas operacionais existentes, há um aspecto comportamental que torna muito difícil a troca e é parte insidiosa da Conduta concorrencial da Microsoft. Quando se é introduzido ao uso de smartphones por meio de um celular iPhone, que utiliza sistema iOS, o usuário sente natural dificuldade ao operar um celular Android, o mesmo acontece com usuário inicial do Android com relação ao iOS.

Esse sintoma ocorre de modo semelhante com o usuário de sistemas para desktops. O usuário contumaz de

Windows fica perdido no ambiente Mac, bem como no ambiente Linux e vice-versa. Isso ocorre pela máxima de que o melhor ambiente é aquele no qual se foi habituado a utilizar desde o início. Isso explica o investimento de fabricantes de software de CAD (Computer Aided Design) para fornecer licenças em condições especiais aos arquitetos ainda na universidade, pois quando esses profissionais ingressarem no mercado dificilmente optarão por utilizar outro sistema, mesmo que tecnicamente superior.

Nesse sentido, é possível adicionalmente dizer que a fixação vezes obrigatória do Windows nas máquinas concorre para que os usuários se mantenham *ad aeternum* atrelados a esse fornecedor, dificultando não só a entrada de concorrentes já existentes, como a inovação tecnológica proveniente de um eventual novo entrante, que sente desestimulado face ao contexto de posição dominante inarredável.

Uma das possíveis alegações com efeito de balancing da conduta é que tanto é possível, quanto existe o fornecimento de computadores com Linux, bem como também haveria possibilidade de aquisição de máquinas montadas, que podem receber qualquer sistema operacional, todavia o efeito notado nas principais fabricantes de hardware que hoje perfazem um share de quase 80% do mercado de PCs, é que essas empresas utilizam sistema alternativo em uma fração diminuta de suas vendas, ou, por vezes, simplesmente não utilizam em absoluto.

Essa fração pode ser observada pelo share dos S.O. disponível no site statcounter, que informa que em

maio de 2022 os computadores Desktop no mundo todo se distribuem assim: Windows 75,54%; OS X 14,98%; desconhecidos 4,81%; Linux 2,45%; Chrome OS 2,22% e FreeBSD 0,01%.

A falta de opção ao comprador e além disso, a falta de informação de quanto lhe custa o software que está adquirindo de forma casada, e por quanto poderia adquirir um equipamento com uma alternativa de S.O. gratuito pode interferir na universalização do acesso à tecnologia. No contexto de pandemia em que famílias passaram a utilizar mais intensamente computadores em uma conjuntura de crise econômica, a possibilidade de redução do ônus do sistema operacional de em torno de R\$ 150,00 sobre um desktop de R\$ 800,00 pode fazer toda diferença e constituir um sobrepreço ao produto essencial almejado.

Em conclusão e síntese, procurou-se até aqui percorrer de modo fluído o teste jurídico utilizado em precedente do CADE já mencionado, de forma a constatar autoria, materialidade e dano advindo da conduta, visto que: (i) os produtos são diferentes e autônomos, (ii) existe elemento de coerção, (iii) existe uma posição dominante inequívoca para alavanca, (iv) existem efeitos duradouros no mercado alavancado, (v) a análise das eficiências pretendidas demonstra sinais de acobertamento de uma presumível naked restriction.

Regulação e concorrência: o setor de telecomunicações

Polyanna Vilanova & Ana Flávia Napoli

Nas últimas décadas, o setor de telecomunicações passou por inúmeras transformações tecnológicas, chegando no ano de 2010 como um dos pilares da economia global. Contudo, se pela perspectiva da praticidade e acesso à informação, o setor de telecomunicações gerou grandes ganhos à sociedade, sob o aspecto concorrencial e regulatório, o caminho foi árduo e repleto de desafios.

Fato: cada vez mais a sociedade tem se conectado por meio de aparelhos celulares. Uma pesquisa realizada pela Comscore em 2021 indicou que, dispositivos móveis somam 91% do tempo de acesso à internet no Brasil¹, ficando atrás somente da Indonésia. Em 2016, 5 anos antes, esse número era de apenas 60%². Essa crescente demanda por conectividade impulsionada pela proliferação desses dispositivos móveis e a popularização da internet demonstram a dinamicidade desse setor: a necessidade da criação constante de novos produtos e serviços (e novas infraestruturas para esses produtos) para se adequar às necessidades dos consumidores.

¹ Fonte: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/01/comscore-mobile-representa-91-da-conectividade-brasileira/>

² Fonte: <https://www.comscore.com/por/Insights/Press-Releases/2017/3/comScore-Releases-New-Report-Mobiles-Hierarchy-of-Needs>

No entanto, se por um lado essa dinamicidade traz tantas inovações à sociedade, por outro, é justamente ela que implica na tendência de concentração desse mercado, e o principal ponto dessa problemática é que os investimentos para a prestação de novos serviços no setor de telecomunicação (ou até mesmo os próprios custos de operação nesse mercado) são altos. Em 2021, a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) estimou que o investimento para as operadoras de telefonia operarem a tecnologia 5G no Brasil giraria em torno de R\$ 169 bilhões³. A partir desses valores, é possível concluir que são poucas as empresas no Brasil capazes de atuar nesse mercado – e é justamente isso que faz com que os agentes existentes possuam vantagens no mercado⁴, tornando necessário o olhar mais atento tanto por parte da Anatel quanto e pelo Cade.

Os desafios enfrentados pelo setor se dão pelas elevadas barreiras à entrada, grandes economias de escala e escopo, limitação da disponibilidade de insumo

³ Fonte: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/outubro/leilao-do-5g-deve-movimentar-r-169-bilhoes-em-investimentos#:~:text=Conectividade%205G%20%E2%80%93%20Com%20a%20compra,ao%20longo%20de%2020%20anos>.

⁴ Davi Paiva Ferraz, Ranna Dourado Barbosa Costa, Mariana Gomes Magalhães y Heriberto Wagner Amanajás Pena (2017): “Análise da concentração de mercado do setor de telecomunicações brasileiro”, Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana, Brasil, (septiembre 2017). En línea: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/17/mercado-telecomunicacoes-brasil.html>
<http://hdl.handle.net/20.500.11763/br17mercado-telecomunicacoes-brasil>

essencial, inovações tecnológicas e constantes mudanças⁵. Além disso, tendo em vista o ritmo acelerado dessas mudanças tecnológicas que frequentemente superam a capacidade da agência, torna-se necessário que a Anatel constantemente revise o seu arcabouço regulatório à luz dessas transformações no intuito de dar respostas rápidas e eficazes aos agentes do setor.

Em meio a esse dinamismo característico, há o desafio de haver uma regulação atual, adequada e capaz de estimular a entrada de novos agentes nesses mercados. Isso porque, apesar da regulação ser necessária ela também pode ter efeitos negativos no mercado, especialmente quando as regras são excessivamente restritivas e impedem a entrada de novas empresas ou a oferta de novos serviços. Isso pode afetar a concorrência e, consequentemente, elevar os preços e reduzir a qualidade dos serviços.

Se faz necessário, portanto, ponderar qual seria o melhor desenho para as novas tecnologias e modelos de negócios existentes, de que forma deve se dar a atuação do Cade e da Anatel para que seja alcançado o objetivo final de ampliar o oferecimento de serviços de qualidade a custos mais baixos e ao mesmo tempo estimular a competição.

Desse modo, o equilíbrio entre a regulação e a concorrência são elementos-chave para o bom funcionamento do setor de telecomunicações e devem caminhar lado a lado. Isso porque, em que pese a regulação seja necessária para garantir que as empresas

⁵ Vide, como exemplo, o que foi destacado pelo Conselheiro Relator no ato concentração nº 08700.002013/2019-56.

cumpram com normas, obrigações e regulamentos específicos, protegendo os interesses dos consumidores, por outro lado, a concorrência é fundamental para promover um ambiente competitivo saudável e estimular a inovação. Assim, as funções das instituições são complementares e fundamentais para o setor.

Ao longo das últimas décadas, o Cade e a Anatel têm mantido uma política de cooperação e troca de conhecimentos, essencial para a identificação e resolução de problemas relacionados à concorrência e a regulamentação do mercado de telecomunicações, de modo a dirimir as assimetrias informacionais com a abertura do diálogo entre a agência e as empresas do setor.

Inclusive, em 10 de abril de 2023, com a colaboração da Anatel, o Cade lançou a 18ª edição da série “Cadernos do Cade” que analisa os mercados de telecomunicações no Brasil, com foco nos segmentos de telefonia fixa e móvel, banda larga fixa e infraestrutura. O Caderno apresenta o contexto em que o mercado atualmente se insere a nível nacional e global abordando diversas estatísticas do setor e casos que passaram pelo Cade, sejam estes atos de concentração ou investigações de condutas anticompetitivas.

O Caderno elenca alguns casos em que o Cade analisou o mercado de forma mais aprofundada, e um caso que merece destaque é a aprovação da compra da Oi Móvel pela Tim, Claro e Vivo⁶. Em fevereiro de 2022, o Cade aprovou a compra dos ativos de telefonia móvel do Grupo Oi pelas operadoras Tim, Claro e Telefônica Brasil. Visando preservar as condições de concorrência no

⁶ Ato de Concentração n. 08700.000726/2021-08

mercado, a autorização do negócio foi condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações para mitigar possíveis riscos concorrenciais, pois ficou demonstrado que a saída do Grupo Oi do mercado de Serviço Móvel Pessoal (SMP) resultaria na redução de quatro para três o número de empresas que atuam nacionalmente no segmento, o que gera elevada concentração de mercado na oferta de telefonia móvel no país. Em vista disso, o Cade ponderou qual seria a melhor estratégia a seguir em relação a aprovação ou reprovação da operação, pois ao mesmo tempo, a possível insolvência da Oi geraria impactos sobre serviços de telefonia fixa, banda larga e comunicação de dados e outros serviços essenciais que dependem da infraestrutura da empresa. Assim, foi concluído pela autoridade que as condicionantes estabelecidas para a aprovação seriam suficientes para reduzir significativamente as barreiras à entrada, aumentar a expansão de concorrentes, mitigando, assim, as preocupações concorrenciais identificadas.

Da análise dos casos que passaram pelo Cade, é possível observar que no setor de telecomunicação, a existência de efetiva competição varia conforme a definição de mercado relevante, sob a ótica do produto e geográfica. Isso porque a depender do serviço ofertado e das regiões, a dinâmica competitiva é diferente. Essa variação em relação a definição de mercado relevante por parte da autoridade antitruste é também um dos reflexos das constantes mudanças que o setor sofre devido ao surgimento de novos modelos de negócios.

Ao longo dos anos, empresas que foram muito importantes para o setor, hoje perderam espaço. Tecnologias que antes eram supervalorizadas pelos

usuários, foram substituídas, como a rede de fios metálicos em comparação com a fibra ótica, a telefonia fixa sendo substituída pela telefonia móvel, o acesso discado à internet, que em um momento foi a principal tecnologia de banda larga, e a evolução da tecnologia de telefonia móvel.

O próprio edital do 5G é um exemplo concreto da reorganização do setor⁷, em que houve a possibilidade de regionalização da oferta desse espectro, permitindo a entrada de novos agentes nesse mercado, com a atração de novos investimentos, a possibilidade de crescimento de pequenas e médias empresas e o fortalecimento da competitividade do setor de telecomunicações brasileiro no cenário internacional. Com o advento de tal tecnologia, está ocorrendo a migração gradual dos consumidores para pacotes de dados em detrimento dos serviços de voz devido aos novos aplicativos de comunicação que surgiram.

Apesar da evolução, existem temas que são recorrentes desde os primeiros processos analisados pelo Cade e que possivelmente se manterão no radar da autoridade no futuro, como a convergência tecnológica, que seria a tentativa de colocar no mesmo mercado relevante diferentes produtos, tecnologias e também o acesso à infraestrutura e integrações verticais, pois nos mercados de telecomunicações há uma grande preocupação em relação a possibilidade de exclusão ou de

⁷ Anatel fala sobre tecnologia 5G na Câmara dos Deputados. 2019a. Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-fala-sobretecnologia-5g-na-camara-dos-deputados> . Acesso em 18.04.2023.

criação de dificuldades aos concorrentes por parte do detentor da infraestrutura.

Sobre o primeiro tema, convergência tecnológica, recentemente discutiu-se se os serviços *over-the-top* (OTTs) poderiam ser colocados no mesmo mercado dos serviços de telecomunicação. A conclusão da Superintendência-Geral do Cade foi da impossibilidade de tal inclusão, pois embora desenvolvam atividades similares, os serviços prestados pelas plataformas não estão submetidos ao mesmo tratamento que os serviços de telecomunicações.

Já em relação ao segundo tema, acesso à infraestrutura, houve processos recentes envolvendo acordos de compartilhamento de infraestrutura (acordos de *RAN Sharing*) por duas ou mais operadoras com o intuito de reaproveitar infraestrutura e reduzir custos. Essa prática é comum principalmente nos casos de cobertura de regiões menos povoadas, em que se faz necessário viabilizar a entrada de novos concorrentes através do compartilhamento da infraestrutura pré-existente.

A tendência é que o setor de telecomunicações continue se expandindo, mas para isso é essencial que o Cade e a Anatel estejam atentos e acompanhem – como assim já fazem, as mudanças e transformações para a proposição de um novo paradigma de agenda regulatória, adaptado a tais inovações.

Contudo, a atuação da agência reguladora e da autoridade da concorrência deve ser cautelosa para não desincentivar o setor e causar um grande prejuízo aos consumidores que dependem de tais serviços. O atual contexto não necessita de regras endurecidas e obrigações

que burocratizem ainda mais o setor. Em verdade, é necessário um ambiente cada vez mais flexível e principiológico que seja capaz de estimular novos modelos de investimento em infraestrutura e propor a melhoria constante na qualidade dos serviços prestados.

É fundamental, portanto, a adoção de medidas para promover a entrada de novas empresas no mercado, a redução de barreiras regulatórias excessivas e a promoção de concorrência saudável entre as empresas. Com essas medidas, será possível garantir um mercado de telecomunicações mais equilibrado, com serviços de qualidade, preços justos e uma maior oferta de serviços para a população.

Desenvolver aeroportos regionais requer gestão profissional

Raul Sandoval Cerqueira

Os gestores de aeroportos regionais, de forma geral, focam seus esforços no desenvolvimento da infraestrutura para viabilizar o incremento das operações.

Esse incremento operacional tem de ser buscado sem abrir mão da segurança e do atendimento às regras técnicas que permeiam o setor aéreo.

Dado esse contexto, este artigo se inicia com um breve apanhado de questões fundamentais sobre a regulação de aeroportos.

O pouso, decolagem e movimentação de aviões de uso civil, salvo poucas exceções (1), só é permitido em áreas destinadas para esse fim e previamente cadastradas na Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), tais áreas são conhecidas como Aeródromos (2).

A fim de ordenar a regulação aplicável, o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) (2) os classifica quanto ao seu uso, podendo ser:

- aeródromo militar
- aeródromo civil de uso privado
- aeródromo civil de uso público

Obviamente, aeródromos militares não estão sujeitos à regulação da aviação civil.

Aeródromos civis de uso privado, por serem de uso restrito pelo seu proprietário ou por quem ele permitir (2), dado o interesse pessoal na segurança da operação, a capacidade para promover as adequações necessárias e, principalmente, por haver pouca exposição de terceiros aos riscos de sua operação, estão sujeitos a uma regulação mais branda.

Já os Aeródromos civis de uso público, também denominados Aeroportos, destinam-se ao uso da população em geral (2), abrangendo usuários que desconhecem os detalhes da operação e não tem qualquer domínio sobre as condições em que essa se dá, por esses motivos, para os Aeroportos é requerida regulação mais intensa, a qual ainda é modulada segundo o porte da infraestrutura e as suas características (3).

Quando da implantação de um aeródromo, a primeira ação obrigatória junto a ANAC, para proporcionar a abertura ao tráfego, é a inclusão no cadastro apropriado (4), sendo que, operar sem atender a esse pré-requisito corresponde a uma condição de clandestinidade.

A inscrição no cadastro de Aeródromos de uso privado é um ato voluntário e simples, basta prover as informações, solicitar o cadastro e aguardar a publicação da portaria (5).

Outrossim, a inscrição no cadastro de Aeródromos de uso público tem como pré-requisito a

verificação pela ANAC do atendimento aos itens do regulamento RBAC 154 EMD07, o que é comumente chamado de homologação (5).

Ainda, após a homologação, como requisito para permanência no cadastro de aeródromos de uso público, há outra diferença importante em relação aos de uso privado, a ANAC fiscalizará a realização das rotinas necessárias à segurança das operações, segundo o RBAC 153 EMD07 e, a cada alteração da infraestrutura também verificará novamente o atendimento ao regulamento RBAC 154 EMD07.

Aeródromos de uso privado podem ser utilizados para operações de transporte público de passageiros, em certas condições, por aeronaves de até 19 assentos e até o limite de 15 frequências semanais (6), entretanto são impossibilitados de realizar a cobrança de tarifas ou exploração comercial.

Essa condição pode ser apropriada nos primeiros momentos de uso do aeródromo, mas se mostrará insustentável, em especial, nos casos em que a operação começar a se tornar mais frequente, por não haver fonte própria de recursos para a realização de sua operação, manutenção e conservação.

A conformidade aos regulamentos, embora trivial para aqueles já inscritos e com operações regulares, constitui-se em uma barreira para aqueles que ainda intencionam iniciar o atendimento ao público em geral.

Falhas na infraestrutura como distanciamentos insuficientes, inexistência de proteção do perímetro, presença de obstáculos na faixa de pista, sinalização inadequada, entre outros, e ainda, inexistência de

manutenção rotineira apropriada da infraestrutura e a dificuldade em manter as equipes, procedimentos e rotinas necessárias à segurança das operações, tem sido motivo de frustração das autoridades locais ao buscar o cadastramento da infraestrutura para o uso público.

Nesse contexto emerge a necessidade de se profissionalizar a gestão do aeródromo, afinal, não é suficiente apenas a realização das obras e melhorias, é necessária a correta manutenção, operação e prestação de contas aos órgãos reguladores.

Para alcançar esse resultado, há no mercado diferentes arranjos, quais sejam:

- Estruturar equipe própria para a gestão, operação e manutenção do aeroporto;
- Contratar empresas especializadas para operação comercial, manutenção e para a operação aérea;
- Contratar a INFRAERO;
- Implementar uma concessão patrocinada (PPP) da gestão, operação, manutenção e melhoria do aeroporto.

Todas essas alternativas encontram-se implementadas em um ou mais aeroportos no território nacional, por exemplo:

- Equipe própria: Aeroporto de Campo novo do Parecis/MT; Aeroporto de Porto Murtinho/MS; Aeroporto de Araxá/MG;
- Empresas contratadas: Aeroporto de Lages/SC; Aeroporto Fernando de Noronha/PE;

- **INFRAERO:** Aeroporto de Guarujá/SP; Aeroporto de Divinópolis/MG;
- **Concessão patrocinada (PPP):** Aeroporto da zona da mata/MG; Aeroporto de Parnaíba/PI.

Por apresentarem vantagens e desvantagens específicas, propõe-se uma comparação dos possíveis arranjos com base no seguinte rol de parâmetros:

- **Independência de demanda mínima:** a viabilidade econômica para se implementar a solução não requer a existência de um mínimo de demanda;
- **Baixo custo administrativo:** a solução independe de acompanhamento administrativo intenso do órgão público ou entidade privada responsável;
- **Equipe especializada:** a solução favorece a mobilização e manutenção de profissionais especializados na gestão operacional do aeroporto;
- **Escopo abrangente:** a solução é determinada por contratos robustos que abrangem a totalidade das necessidades operacionais, de manutenção e de desenvolvimento do aeródromo;
- **Estímulo para resultados, inovação e crescimento:** a solução estimula a equipe a promover estratégias para buscar novas ligações aéreas, novos modelos de negócio e viabilizar receitas e crescimento do aeroporto;

- **Independência política:** a política local, regional ou federal pouco interfere na organização e operação do aeroporto.

O quadro apresentado a seguir explicita o resultado dessa análise comparativa, sendo que a marca “(+)” significa vantagem da modalidade.

Tabela 1. Quadro comparativo de soluções para desenvolvimento de aeródromos

Características	Equipe própria	Contrato com empresas especializadas	Operação INFRAERO	Concessão patrocinada
Independência de demanda mínima	(+)	(+)		
Baixo custo administrativo			(+)	(+)
Equipe especializada		(+)	(+)	(+)
Escopo abrangente	(+)		(+)	(+)
Estímulo para resultados, inovação e crescimento				(+)
Independência política		(+)		(+)

Fonte: Elaboração própria

A escolha da solução requer uma análise prévia cuidadosa e dependerá do momento de desenvolvimento no qual a infraestrutura se encontra, das condições

institucionais que a cercam e da composição que trará mais resultados para os seus usuários e interessados.

Referências bibliográficas

Resolução nº 624, de 07/06/2021. RBAC 91 Emenda nº 03. Requisitos gerais de operação para aeronaves civis.

Lei 7.565 de 19/12/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA)

Resolução nº 712, de 14/04/2023. RBAC153 Emenda nº07. Aeródromos - Operação, Manutenção e Resposta à Emergência.

<https://www.gov.br/pt-br/servicos/realizar-alteracao-cadastral-de-aerodromo-privado>

Portaria SIA nº 3352/18

Resolução nº 576 de 04/08/2019

As Verdades e os Mitos da Marca e Qualidade no Mercado de Combustíveis Brasileiros

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Quando vamos a um restaurante, não perguntamos ao garçom a marca do sal ou do açúcar consumido? No entanto, quando vamos ao supermercado costumamos pagar mais caro pelo sal e açúcar de marcas mais renomadas, como, por exemplo, o sal Cisne ou o açúcar União.

No mesmo sentido, usualmente há uma tendência maior dos consumidores de optarem por abastecer os veículos em um posto de bandeiras renomadas como Shell, Ipiranga ou BR, mesmo que para isso acabam pagando dez, vinte ou trinta centavos mais caro pelo litro de combustível, se comparado com os preços praticados por postos de marca própria (bandeira branca) ou de “marcas” menos conhecidas.

Qual a razão para termos esse comportamento?

Akerlof foi um dos primeiros a estudar e explicar esse comportamento dos consumidores em seu artigo "*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*"¹, denominando-o de "seleção adversa".

¹ Disponível em <<http://www.data.unibg.it/dati/corsi/8906/37702-Akerlof%20-%20Market%20for%20lemons.pdf>>. Acessado em 25.05.21. Observe que o termo "*lemons*" utilizado por Akerlof em seu artigo refere-se a carros usados com problemas, que no vernáculo seria traduzido como um "abacaxi".

Resumidamente, segundo o autor, a seleção adversa ocorre em mercados onde existe grande "assimetria informacional" entre ofertantes e demandantes quanto à qualidade do bem comercializado e adquirido. Essa assimetria informacional é usualmente verificada em bens homogêneos e de experimentação, como são o açúcar, o sal, a gasolina, o etanol e o diesel, exatamente porque a qualidade desses bens somente é verificada após a sua aquisição e o seu consumo.

Note-se que em bens homogêneos, suas características físico-químicas tendem a ser as mesmas ou muito similares, a não ser que haja uma "desonestidade" por parte do ofertante, conforme destaca Akerlof, e que pode ser refletida, por exemplo, a partir da "adulteração" de suas características físico-químicas regulares.

Uma das soluções trazidas pelo autor para esse problema de ofertantes "desonestos" seria o investimento na reputação da marca do bem ("*brand-name good*"²), pelos seus ofertantes "honestos".

Por esta razão, o açúcar União, o sal Cisne e as distribuidoras BR, Ipiranga e Raízen / Shell investem montanhas de dinheiro na divulgação de suas marcas e sempre visando chamar a atenção dos consumidores para a "qualidade" de seus produtos.

No entanto, deve-se aqui indagar se realmente essas marcas ofertam produtos de melhor qualidade ou se sua

² O autor ainda cita como possíveis soluções para este problema da "desonestidade": (i) a concessão de "garantias" pelo fornecedor do produto; (ii) estruturas de "redes" / "licenciamentos" (genericamente conhecidas como franquias); e, ainda, (iii) organizações certificadoras. *Op. cit.* p. 13 e 14.

reputação é apenas fruto de seu maior poder econômico para investir em propaganda "reputacional"?

No caso específico dos combustíveis, é um fato que praticamente desde a abertura do mercado brasileiro a distribuidoras e postos bandeira própria (ou bandeira branca), verificou-se uma forte tendência de os consumidores enxergarem esses postos com certa suspeita e optarem por adquirir combustíveis em postos de marcas mais bem estabelecidas reputacionalmente, como BR, Ipiranga ou Shell.

Segundo dados divulgados pela ANP no "Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis, 2ª Edição, 2020"³, percebemos, contudo, uma certa tendência de alteração desse hábito dos consumidores brasileiros.

Nesse contexto, vale citar, por exemplo, que segundo a ANP a participação conjunta das três principais distribuidoras do país (BR, Ipiranga e Raízen/Shell) na comercialização de gasolina C no mercado brasileiro, em 2014, correspondia a aproximadamente 68,67 da oferta total; já, em 2019, essa participação conjunta estaria em torno de 63,25%⁴. Ou seja, durante esse período, houve uma migração no consumo de combustíveis para redes de distribuidoras menores ou para postos bandeira própria superior a 5 pontos percentuais.

Este mesmo fenômeno também foi constatado no caso do etanol hidratado, onde a participação conjunta das três

³ Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/diagnostico-sdc-2020.pdf>>. Acessado em 25.05.21.

⁴ Observa-se que a participação da Distribuidora Alesat, quarta colocada, também sofreu uma queda no período, passando de 5,76%, em 2014, para 4,20%, em 2019, o que reforça o argumento apresentado acima. *Op. cit.* p. 46,

principais distribuidoras do país passou de 58,4%, em 2014, para 53,52%⁵; e, ainda, do óleo diesel, onde esta participação conjunta passou de 78,81%, em 2014, para 71,03%, em 2019⁶.

Esta migração de demanda de combustíveis ofertados pelos postos bandeirados para aqueles de bandeira própria (ou de marcas menos conhecidas) pode ser explicada por duas razões principais cumulativas e que não possuem qualquer relação com a melhoria na qualidade dos combustíveis ofertados por esses últimos.

A primeira delas decorre da recessão econômica iniciada a partir de 2014 e que apenas se agravou com a Pandemia da COVID-19. Com efeito, esta recessão acarretou uma considerável perda de renda para a maioria da população brasileira, obrigando uma revisão considerável de seus gastos e consequentemente de suas preferências de consumo. Nesse contexto, parte dos consumidores passou a “experimentar” produtos mais baratos e que antes dessa recessão não se encontravam dentre aqueles de sua primeira opção. Os combustíveis ofertados por postos de bandeira própria ou de marcas menos conhecidas se enquadram nesse conceito de “produto mais barato”.

A segunda explicação, que se encontra diretamente relacionada à primeira, resume-se exatamente à elevação no nível de “experimentação” dos combustíveis ofertados por postos de bandeira própria ou bandeira de menor reputação. A partir dessa maior experimentação, os consumidores passaram a perceber que referidos postos, em sua maioria, comercializam combustíveis de qualidade igual àquela dos postos das principais bandeiras, porém com preços mais baixos. Ou seja,

⁵ *Op. cit.* p. 55.

⁶ *Op. cit.* p. 64.

o mito de que haveria diferenciação na qualidade caiu ou passou a ser mitigado entre esses consumidores.

De fato, a grande maioria dos consumidores desconhece que a Resolução ANP nº 807/20⁷ classifica os diferentes tipos de combustíveis líquidos ofertados no país como: "comuns", "aditivados" e "premium" e que os diferencia segundo o nível mínimo de octanagem ou a inclusão de aditivo em sua mistura⁸.

Segundo esta resolução, a gasolina "comum" se diferencia daquela "*premium*", em razão, principalmente, do nível mínimo de octanagem ("IAD" – Índice Antidetonante): comum 87; e *premium* 91⁹. Já, o que diferencia a gasolina "aditivada" da "comum" seria apenas a inclusão na primeira de um "aditivo", cujo função seria auxiliar a limpeza do motor e de seus componentes, com o objetivo de garantir uma melhor eficiência funcional¹⁰.

⁷ Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-807-de-23-de-janeiro-de-2020-239635261>>. Acessado em 25.05.21.

⁸ Sobre a diferença de qualidade entre gasolina comum, aditivada e *premium*, recomendo a leitura desse artigo: https://www.economist.com/babbage/2012/09/17/difference-engine-who-needs-premium?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=CjwKCAjwteCVBhA0EiwAT1fy70y9TWGs9xMJLmQni8ocRHaSq8k6oWVPDLXvHAslDbzN2MLTOv98tBoCAncQAvD_BwE&gclsrc=aw.ds

⁹ Vide ainda informações prestadas pela Petrobras em: <<https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-10-questoes-sobre-a-nossa-gasolina.htm>>. Disponível em 25.05.21.

¹⁰ Sobre aditivo, vide, por exemplo, explicação resumida constante no "Blog Bardhal", disponível em

Assim, seguindo a lógica da regulação atualmente em vigor, não haveria distinção entre a gasolina comum comercializada por distribuidoras bandeiradas ou sem bandeira, de grande ou pequeno porte.

Nesse mercado, há ainda comentários no sentido de os combustíveis (gasolina A e diesel A), produzidos pelas refinarias da Petrobras e conhecidos como “combustíveis de bombeio”, serem de melhor qualidade do que aqueles produzidos por outras refinarias, petroquímicas ou importados.

Esta diferenciação de qualidade não se encontra especificada nas normas editadas pela ANP, razão pela qual não haveria razão para acreditar que esses comentários teriam algum fundo de verdade.

No entanto, se for tecnicamente confirmado que os combustíveis produzidos e ofertados pelas refinarias da Petrobras são de melhor qualidade, é indispensável que a ANP reveja imediatamente a sua regulação que trata da qualidade dos combustíveis para que esta diferenciação esteja corretamente contemplada, além de divulgar amplamente essa diferenciação a todos os atores desse mercado (distribuidoras, revendedores e consumidores).

Também é fundamental que seja alterada a regulamentação da ANP sobre as informações da origem dos combustíveis comercializados pelos postos, com o objetivo de constar nas bombas e placas, não mais o nome da distribuidora que forneceu o combustível, mas, sim, o nome do produtor ou do importador que vendeu a gasolina A ou o diesel A, utilizado pela distribuidora na mistura que gerou a gasolina C ou o diesel B comercializado aos consumidores finais pelo posto

<<https://blog.bardahl.com.br/entenda-a-diferenca-entre-o-aditivo-vendido-em-frasco-e-a-gasolina-aditivada/>>. Acessado em 25.05.21.

revendedor. Ressalte-se, nesse sentido, que no caso da gasolina C e do diesel B comuns, a função principal da distribuidora é a realização da mistura de gasolina A com o etanol anidro; e do diesel A com o biodiesel. No caso do etanol hidratado, a distribuidora sequer exerce essa atividade, sendo mera intermediária entre produtor e posto revendedor.

Outra informação relevante que merece ser destacada nesse artigo e amplamente divulgada aos consumidores, refere-se ao fato de as três principais distribuidoras do país também serem as principais ofertantes de gasolina, diesel e etanol comum para postos bandeira própria (bandeira branca), os quais muitas vezes adquirem esses combustíveis junto a essas distribuidoras por preços mais baixos do que aqueles pagos pelos postos que ostentam suas marcas, conforme dados disponibilizados pela ANP até junho de 2020.

A principal razão para as três principais distribuidoras bandeiradas do país serem as principais fornecedoras dos postos bandeira própria (ou bandeira branca) está na ausência de uma concorrência efetiva no elo da distribuição, na maioria dos estados da Federação.

Esta ausência de concorrência tem relação direta com o fato de as três principais distribuidoras bandeiradas do país controlarem e compartilharem entre si a maioria das bases primárias e secundárias de distribuição instaladas; e, ainda, em decorrência da política de cotas de fornecimento de gasolina A e diesel A, definida pela Petrobras e baseada nas vendas pretéritas de cada distribuidora. A partir dessa política, a Petrobras aloca cotas máximas a cada distribuidora, definindo multas elevadas caso a distribuidora não cumpra com o volume de combustível solicitado, seja demandando volumes inferiores ou superiores àqueles previamente solicitados e definidos na cota determinada. Este modelo de cotas acaba gerando

desincentivos para distribuidoras menores elevarem sua oferta de combustíveis no mercado doméstico e, conseqüentemente, reduzirem drasticamente seus preços para ganhar mercado. Afinal, quase 50% dos postos instalados no país estão sob contratos de embandeiramento e nos 50% há forte concorrência das principais distribuidoras bandeiradas, conforme explicamos a seguir.

Em relação à cobrança de preços mais baixos a postos bandeira própria (bandeira branca), do que aos postos contratualmente vinculados às principais distribuidoras bandeiradas do país, a justificativa econômica está exatamente nesses contratos e em seu efeito prático de monopólio sobre a oferta e demanda de combustível junto a esses postos.

Ou seja, ao celebrar um contrato de “embandeiramento” com uma distribuidora, o revendedor se compromete também a comercializar apenas combustíveis fornecidos por essa distribuidora. Assim, como a maioria desses contratos não traz um preço definido ou definível e essas distribuidoras bandeiradas não têm qualquer obrigação legal ou infralegal de divulgar sua política de preços e descontos – diferentemente do que ocorre com a Petrobras e os postos revendedores –, acabam detendo o monopólio sobre esses postos e o direito de cobrar destes os preços que bem entenderem.

Já, no caso dos postos bandeira própria (bandeira branca), esse vínculo contratual inexistente. Isso significa que, em relação a esses postos, as distribuidoras bandeiradas concorrem entre si – e com outras distribuidoras bandeiradas ou não de menor porte, quando presentes no mercado local / regional – pelo fornecimento de combustíveis, sendo, portanto, obrigadas a cobrar preços mais baixos para tê-los como clientes.

Reitera-se que o combustível comum ofertado pelas distribuidoras, bandeiradas ou não, de grande ou pequeno porte, aos postos revendedores, bandeirados ou não, é o mesmo segundo a Resolução ANP nº 807/20. Assim, não haveria razão, do ponto de vista das características físico-químicas e de qualidade para as distribuidoras bandeiradas cobrarem cinco, dez, quinze ou vinte centavos mais caro pelo litro de combustível adquirido por um posto bandeirado, só porque este ostenta a sua marca. O mesmo vale em relação aos consumidores quando optam por abastecer em postos bandeirados.

Esta conclusão não é, contudo, válida para o caso dos combustíveis “aditivados” e “*premium*”, os quais possuem uma certa tecnologia desenvolvida ou adquirida pelas distribuidoras que os “produzem” ou comercializam. Tanto isso é verdade que, nos Estados Unidos da América, a exclusividade de fornecimento de combustíveis somente é aplicada para os combustíveis “*premium*” e “aditivados”, sendo aqueles “comuns” considerados como verdadeira commodity, podendo o proprietário do posto, bandeirado ou não, adquiri-lo de qualquer refinaria – ou distribuidora –, independentemente da marca que ostenta¹¹. Este poderia ser um bom exemplo a ser seguido pela ANP, em sua regulamentação, com o objetivo de baratear os preços dos combustíveis no país e incentivar o desenvolvimento, por refinarias, petroquímicas e distribuidoras, de combustíveis “*premium*” ou “aditivados” cuja qualidade tenderá a ser superior àquelas da gasolina e do diesel comuns, dependendo das características do veículo e recomendações de seu fabricante

¹¹ Vide, por exemplo: <<https://kendrickoil.com/the-differences-between-branded-vs-unbranded-fuel/>>. Acessado em 25.05.21.

Desafios da Análise Concorrencial em Mercados Digitais 1

Tatiane G. Oliveira Negreiros A.2

A expressividade dos Mercados Digitais nos tempos atuais é notória. As plataformas digitais assumiram um papel importante no cotidiano dos indivíduos e empresas, seja na hora de se locomover, se comunicar, ter acesso a entretenimento, fazer compras, buscar profissionais e até mesmo se alimentar.

O protagonismo dessas plataformas nos hábitos da sociedade e as possíveis consequências que podem advir de alterações significativas desse mercado fizeram com que os Mercados Digitais estejam sob os holofotes do Direito Concorrencial e da Regulação, conforme

¹ Este artigo foi desenvolvido como trabalho de conclusão de Curso de Defesa da Concorrência oferecido pela Web Advocacy e ministrado pelo Doutor em Economia e Ex-Conselheiro do CADE, Elvino de Carvalho Mendonça.

² Advogada, pós-graduanda em Direito Tributário, atualmente desempenhando a função assessora técnica no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

corroboram os diversos eventos³, grupos de trabalho e publicações⁴ relacionados ao assunto.

Dentre as discussões atuais a respeito desse tema destacam-se: (i) a suficiência dos instrumentos tradicionais de análise antitruste para o exame de operações em mercados digitais; (ii) a adequação dos critérios de notificação obrigatória para as operações nesses mercados; e (iii) os riscos associados a práticas de aquisição reiterada e sucessiva de entrantes que poderiam, em tese, vir a concorrer no mercado, o que poderia implicar na imposição de barreiras à entrada de novos *players*⁵.

Inicialmente, é relevante conceituar o que são as plataformas digitais. Embora não haja uma definição única, elas são genericamente referenciadas na literatura como estratégias de múltiplos lados que facilitam

³ Cabe citar os eventos realizados pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), pela *International Competition Network* (ICN), pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁴ A exemplo do Documento de Trabalho nº 005/2020 intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados” e da edição *Cadernos do Cade*, de agosto de 2021, “Mercados de Plataformas Digitais”, ambos do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/CADE).

⁵ *Inovações disruptivas e os desafios impostos à regulação e aos reguladores/organização* Ana Clara Klein Pegorim...[et al.]. 1. Ed. São Paulo: Editora Singular: IBRAC, 2022. Vários autores. p. 73.

interações entre dois ou mais grupos de usuários que consomem serviços a partir da internet⁶.

O universo desse mercado possui diversas peculiaridades que o difere dos mercados tradicionais e, conseqüentemente, reverberam diretamente nos critérios usuais da análise concorrencial.

Antes de adentrar na análise dos desafios do antitruste, vale mencionar algumas das principais especificidades desse mercado, como: (i) preço zero; (ii) plataformas multilaterais; (iii) efeitos de rede; (iv) uso de dados como insumo essencial; e (v) dinamicidade e elevado potencial de inovação.

Esses atributos, além de outros desafios colocados por esse mercado, vêm sendo tratados com cautela pelas autoridades antitruste ao redor do mundo, dado que a intervenção excessiva pode afetar a inovação, que por sua vez é de extrema importância para a competição. Nesse diapasão, é fundamental que o Direito da Concorrência, além de não comprometer ou dificultar a inovação, possa sobretudo funcionar como importante instrumento para incentivá-la e fomentá-la⁷.

Como visto, os mercados digitais possuem uma confluência de diversas características que os diferencia

⁶ Fernandes, Victor Oliveira. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: Entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 106

⁷ Frazão, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

dos mercados tradicionais, o que ocasiona desafios à análise antitruste, a exemplo da delimitação do mercado relevante e análise do poder de mercado dos *players*.

Segundo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, a delimitação do mercado relevante (MR) é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade – entre outras) – da empresa resultante da operação. Entretanto, o documento aponta ser esta uma ferramenta útil, mas não um fim em si mesmo. Isto porque a identificação dos possíveis efeitos competitivos envolve a avaliação de condicionantes que, por vezes, estão fora do mercado relevante pré-definido. Assim, a delimitação do MR não vincula o CADE⁸.

De acordo com a disciplina da Lei 12.529/2011, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia⁹.

⁸ Guia de análise de atos de concentração horizontal. Brasília, 2016, p. 13. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

⁹ Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Art. 36, §2º.

O *working paper* alemão sobre poder de mercado de plataformas afirma que os conceitos gerais de definição de mercado relevante, tais como substitutibilidade de oferta e demanda, são teoricamente aplicáveis a mercados digitais. Não obstante, autoridades encontrariam importantes desafios práticos na aplicação de testes de substitutibilidade¹⁰. Essa visão é compartilhada de modo geral, segundo o Documento de Trabalho nº 005/2020, intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”, do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/CADE).

A definição de mercado relevante também foi objeto de relatório da OCDE, o qual alerta sobre a dificuldade da definição do mercado e da necessidade de fazê-lo no âmbito de cada caso concreto, sobretudo tendo em mente que a tecnologia, por si só, não é capaz de definir contornos do MR. Todavia, as entidades regulatórias e de defesa da concorrência devem, em razão da crescente migração dos serviços tradicionais para plataformas digitais, avaliar as restrições competitivas potencialmente impostas por serviços do gênero,

¹⁰ Documento de Trabalho nº 005/2020 intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”, p. 19. <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

considerando que a regulação deve levar em conta o estado concorrencial atual dos mercados¹¹.

Outro desafio que merece ser mencionado são os critérios de notificação de operações envolvendo esse mercado. Nesse sentido, a Lei 12.529/2011, em seu art. 88,, disciplina que são de notificação obrigatória as operações nas quais um dos grupos econômicos envolvidos tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e a outra parte, no mínimo, R\$ 75 milhões¹².

Outro critério, cumulativo ao de faturamento, é o enquadramento da operação em algumas hipóteses de negócio previstas no art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, que considera a realização de um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem o controle ou partes de uma ou outras empresas, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras

¹¹ Frazão, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61.

¹² Valores adequados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Ocorre que muitas empresas-alvo em operações dos mercados digitais possuem baixo faturamento, bem aquém do estabelecido na legislação, ou operam a preço zero, uma vez que o usuário final dessa plataforma – buscas online e redes sociais, por exemplo – não as remunera em dinheiro. No entanto, nessas relações de preço zero, embora não haja contrapartida monetária, existem transações de bens imateriais de grande relevância, como os dados pessoais e a atenção.

Segundo estudo da Federal Trade Commission (FTC), entre 2010 e 2019 a Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft realizaram mais de 800 operações que não foram notificadas por serem consideradas pequenas e possuidoras de cláusulas de não concorrência, não se enquadrando nas transações de valor maior ou igual a US\$ 92 milhões, montante mínimo exigido pela autoridade estadunidense para verificação de operação¹³.

Para além dos pontos abordados até aqui, existem outros inúmeros problemas concorrenciais, tais como os efeitos anticompetitivos, que circundam as plataformas digitais, como *self-preferencing* e *killer acquisitions*.

Dessa maneira, diante das especificidades dos mercados digitais, é evidente que a atual legislação e

¹³ COELHO, Lara Iglesias Soares Antitruste e os marketplaces: os possíveis problemas concorrenciais das plataformas de varejo no Brasil / Lara Iglesias Soares Coelho. – 2022, p. 30.

análise concorrencial tradicional se mostram limitadas. Corrobora com esse cenário, o fato de que a mudança na forma de tratamento desse mercado já é uma realidade dentro do processo legislativo brasileiro.

Nesse sentido, ressalta-se que tramita atualmente na Câmara dos Deputados o PL 2768/2022¹⁴, de autoria do deputado João Maia (PL/RN), que dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro. A iniciativa propicia condições para a aprovação de uma norma que visa regular os mercados digitais.

Diante disto, a provocação que faço nesse artigo é se, de fato, a edição de uma Lei – que regule esse mercado e altere a Lei 12.529/2011 no que tange à análise dos atos de concentração e casos de condutas envolvendo plataformas digitais – seria a melhor solução, ou traria ainda mais desafios e problemas. Ainda, se seria salutar a edição, pelo CADE, de um Guia de Análise de Atos de Concentração do mercado de plataformas digitais.

A resposta para essas perguntas não é nada simples e óbvia. Portanto, enquanto as autoridades, a comunidade antitruste e os acadêmicos não chegam a um consenso sobre como endereçar esses desafios, a solução imediata e mais segura seria o CADE se valer da faculdade

¹⁴ PL 2768/2022:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2214237&filename=PL%202768/2022.

de fazer uma análise *ex post*, que lhe é garantida pela Lei de Defesa da Concorrência, no sentido de requerer a submissão das operações envolvendo mercados digitais no prazo de um ano, a contar da data da sua consumação.¹⁵.

Outra estratégia a ser possivelmente adotada pela autoridade antitruste para superar essas dificuldades, por ora, em vez de focar na definição de mercados relevantes propriamente ditos, seria a de direcionar sua análise para as evidências de poder de mercado (específica em relação ao caso, levando em consideração a economia comportamental), teorias de dano à concorrência ou identificação de estratégias anticompetitivas.

¹⁵ Lei 12.529/2011. Art. 88, § 7º.

Um feliz dia das mães em 2023?
Devolução do IR retroativo sobre valores das
pensões alimentícias recebidas e
Recomendação CNJ nº 128/2022: motivos
para comemorar.

Vanessa Vilela Berbel

Escrevo esta coluna para lhe dizer que, do ano passado para cá, avançamos no judiciário brasileiro em relação à pauta da mulher. Lembra-se de que, neste mesmo período do ano anterior, escrevi sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5422, que estava aguardando alguns dos onze detentores de reputação ilibada e notável saber jurídico do nosso STF ter um tempinho para olhar a causa das mães que pagavam imposto de renda sobre a pensão de seus filhos e filhas? Pois bem, não bastasse arcar com a maior parte das responsabilidade dos cuidados, ainda passavam por mais essa...nada bom. Enfim, essa luta se foi, julgada, em 23/08/2022, favoravelmente às mulheres.

É, de fato não precisava uma decisão judicial arrastar por tanto tempo essa discussão se houve a mínima sensibilidade institucional do órgão arrecadador. Será mesmo que a própria Receita Federal não poderia ter resolvido uma questão tão banal, que agudizava a desigualdade entre homens e mulheres deste país, por meio de um instrumento administrativo? Para mim sempre pareceu bem óbvio que alimentos ou pensão alimentícia oriundos do direito de família não se configuram como renda nem proventos de qualquer

natureza do credor dos alimentos, mas montante retirado dos acréscimos patrimoniais recebidos pelo alimentante para ser dado ao alimentado. No julgamento da ADI, o ministro Luís Roberto Barroso recordou que a tributação não pode aprofundar as desigualdades de gênero. Assim, sendo certo que o dever de cuidado é atribuído primordialmente às mulheres, fazê-las ainda pagar, como se renda fosse, os valores destinados pelo genitor à manutenção da prole, enquanto o pagador (em regra, o pai) poderia abater da base de cálculo de seu imposto a integralidade desses valores, era de fato anacrônico. Agora resta saber quem reparará o dano e restituirá os mais de 6 bilhões injustamente expropriados destas mulheres, visto ter Tribunal negado o pedido da União para que a decisão não tivesse efeito retroativo.

Justamente para se evitar essas distorções causadas pela legislação e interpretações oficiais é que a Ministra Rosa Weber, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conclamou todos a revisarem práticas e políticas que reproduzam a desigualdade entre homens e mulheres na sociedade e, em especial, no Poder Judiciário.

Esforços coletivos ainda são necessários para reafirmar o direito das mulheres à igualdade de tratamento, tornando concreta a chamada “imparcialidade” e “neutralidade”, corrompidas por padrões discriminatórios insculpidos nos desenhos institucionais.

Neste aspecto, no âmbito do Poder Judiciário, foi elaborada a Recomendação 128/2022, que orienta os órgãos do Poder Judiciário a adotarem o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, visando avançar

na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade. Dentre as orientações dispostas em suas 132 páginas, evidencia-se a convocação a se desmistificar a neutralidade do direito, comprometida em razão da involuntária e inconsciente reprodução de estereótipos forjados pela nossa peculiar e desigual construção social. Ideais de neutralidade, imparcialidade e objetividade, tão caros ao direito liberal, dependem da correção destas distorções para seu império.

O que de fato nada tem de neutro é o Protocolo. Navegando entre Ideologia e Utopia¹, adota uma perspectiva valorativa clara, que não lhe eximirá de críticas dos opositores. Porém, ainda que você discorde destas posições, não poderá desprezar as contribuições da Segunda Parte do documento, que serve como um “guia para magistrados e magistradas”, um ferramental para auxiliar os julgadores a “interpretar o direito de maneira não abstrata, atenta à realidade, buscando identificar e dismantelar desigualdades estruturais”. Uma metodologia para que os julgadores se atentem ao contexto no qual o conflito está inserido, o que, diante de sentenças pré-prontas (quem nunca recebeu uma destas, escrita no cabeçalho “Modelo X”), julgamentos televisionados e pressões por produtividade é, independentemente da posição política, muito bem vindo.

Talvez você se questione se de fato isso seria necessário. Digo-lhe que sim. Notícia de 12 de abril de

¹ alusão à obra de [Karl Mannheim](#), cuja noção de ideologia corresponde a um conjunto de representações que se orientam para a estabilização da ordem estabelecida, enquanto, por Utopia, entende-se a aspiração de outra realidade ainda inexistente, e, portanto, t subversiva da ordem vigente.

2023, site Migalhas: "Após negativa, advogada grávida de 9 meses terá audiência remarcada: em 1º grau o pedido foi negado sob o argumento de que a advogada já sabia do seu impedimento para a prestação dos serviços." A funesta decisão de primeira instância² denegatória do pedido de adiamento, proferida, pasme, pela Excelentíssima Senhora Juíza Substituta da 17ª Vara do Trabalho da Comarca de Fortaleza, afirmou, ainda, que: "o pedido beira a litigância de má fé, no sentido de trazer uma oposição ao andamento do processo criada pela própria parte ao buscar profissional que não poderia estar presente à audiência". Certamente essa julgadora é um dos que precisam seguir a Recomendação 128/2022.

É por isso que, neste dia das mães, desejo às nossas leitoras uma dia mais feliz do que o de 2022 e menos feliz do que o de 2024.

² processo nº 0000087-79.2023.5.07.0017

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 FLÁVIA NAPOLI. Advogada, graduada em direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), membra do grupo de pesquisa CEDIS/IDP "Mercados digitais: desafios concorrenciais e regulatórios". Integrante da comissão de defesa da concorrência da OAB/DF. Membra da Comissão de Concorrência do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência (IBRAC) e da rede Women In Antitrust (WIA). Possui experiência em ações anulatórias de decisões administrativas, bem como em investigações de condutas coordenadas e unilaterais.

ARTHUR VILLAMIL MARTINS. Doutor em Direito Público pela UFMG, Mestre em Direito Econômico pela UFMG, bacharel em Direito pela UFMG, Presidente da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/MG, advogado Coordenador do Departamento Jurídico Cível-Comercial do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado de Minas Gerais – MINASPETRO, consultor especializado em Direito da Concorrência e Direito Econômico da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes – FECOMBUSTÍVEIS, palestrante em cursos de aperfeiçoamento em gestão de projetos e claims em obras e serviços de Engenharia junto ao SINDUSCON-MG, advogado atuante em arbitragens no setor de Engenharia e obras de infraestrutura, autor de artigos, monografias e capítulos de livros jurídicos especializados, parecerista de revistas e periódicos jurídicos, foi professor de Direito da Concorrência e de

Direito do Consumidor na UFMG e nas Faculdades
Milton Campos

BIANCA MOLLICONE. Doutoranda em Direito pela USP, com pesquisa na área de concorrência e regulação de IA, Mestre em Administração pela UFBA, com pesquisa na área de competitividade e inovação, Economista pela UFBA. Pós-graduada em Gestão Empresarial pela FGV/RJ e em Direito Tributário pelo IBET. Formação complementar em Negociação pelo Program on Negotiation da Harvard Law School e em Law & Economics pela Law School da Universidade de Chicago. Professora convidada dos cursos de Direito e Economia e Proteção de Dados da Faculdade Baiana de Direito. Coordenadora do Legal Grounds Institute. Diretora Acadêmica da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE. Membro da Comissão Jurídica do IBGC. Sócia responsável pela área de Proteção de Dados e Compliance do Pessoa e Pessoa Advogados.

CÉSAR MATTOS. Doutor em economia. Ex-conselheiro do CADE e Ex-secretário da SEAE. Consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

CRISTINA RIBAS VARGAS. Doutora em economia do desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em Economia do Desenvolvimento pela PUC/RS e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Atuou como professora substituta na UFRGS e professora adjunta em instituições de ensino privado. É economista da Administração Pública Federal desde 2005, e atualmente está atuando na CGAA2 do Cade.

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.

FELIPE LIMA MENEGUIN. Graduando em Economia na FEA/USP. Vice-Presidente da Liga de Mercado Financeiro FEA/USP. Estagiário na área de Macro Research do Bradesco BBI.

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.

JORGE SABA ARBACHE FILHO. Vice-presidente de setor privado da CAF. Possui graduação em Economia pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1986), graduação em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior (1987), mestrado em Economia pela Universidade de Brasília (1990) e doutorado em PhD in Economics pela University of Kent (1998).

JOSÉ AMÉRICO AZEVEDO. Engenheiro Civil pela Universidade de Uberaba e Bacharel em Direito pelo

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Consultor independente e colaborador na Defensoria Pública do Distrito Federal. Advogado. Experiência em gerenciamento e coordenação de contratos, licitações, contratos e concessões públicas atuando por empresas privadas e pelo Governo. Ex-membro de Comissões de Licitações. Relações institucionais e governamentais. Colunista na plataforma WebAdvocacy.

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES. É professora doutora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), aprovada em concurso público de provas e títulos, e co-diretora regional da Academic Society for Competition Law (Ascola). É graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Visiting Scholar da Georgetown University Law School, como International Scholar in Residence da American Bar Association (Antitrust Section – única brasileira selecionada). Foi secretária Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria, assim como diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. É cofundadora da Rede Women in Antitrust (WIA). Possui dezenas de livros e artigos. Seu livro “Direito Antitruste”, publicado pela Ed. Saraiva, foi considerado o “melhor livro jurídico do ano” em 2008 (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Já o livro “Brazilian Competition Law: A practitioner’s Guide”, pela Wolters Kluwer, é referenciado internacionalmente. Na área de Direito Concorrencial

recebeu o Prêmio Ibrac-Esso, em 2004, e os Prêmios Ibrac-Tim de 2013 e 2018. Professora de Direito da Concorrência convidada de diversas instituições de ensino superior, é líder do Grupo de Pesquisa de Concorrência e Inovação da FDRP/USP. É mãe da Gloria (2011) e da Sofia (2014).

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).

KEVIN LUCENA DE OLIVEIRA TORRES. Universidade Federal do Maranhão. Estagiário no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CGAA 06 – Estagiário).

LEANDRO OLIVEIRA LEITE. Servidor público federal, analista do Banco Central do Brasil (BCB), atualmente trabalhando no CADE na área de condutas unilaterais, possui graduações em Administração, Segurança Pública e Gestão do Agronegócio e especialização em Contabilidade Pública. Tem experiência na parte de supervisão do sistema financeiro e cooperativismo pelo BCB, bem como, já atuou com assessor técnico na Casa Civil.

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.

LUCIANO RAMOS DE OLIVEIRA. Licenciatura em História. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. LLM em Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP-Brasília. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Advogado. Professor no curso de MBA do IDP-Online e na disciplina de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

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.

MAXWELL DE ALENCAR MENESES. Cearense radicado em Brasília há 35 anos, é Cientista da Computação, MBA Especialista em Gestão de Projetos, Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, atua no Cade na análise de Atos de Concentração e anteriormente no Projeto Cérebro, na área de Cartéis. Participou e acompanhou por 30 anos a concorrência no mercado de inovação e tecnologia no âmbito do Governo Federal e em organizações líderes de mercado, como Fundação Instituto de Administração, Xerox do Brasil, Computer Associates, Bentley Systems e Vivo.

NELSON SIFFERT. Diretor ICT – Resel.

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.

RAUL SANDOVAL CERQUEIRA. Mestre em engenharia civil e aviação, engajado em estudos e projetos de infraestrutura. Servidor federal, Especialista em regulação da aviação civil.

RODRIGO ZINGALES OLLER DO NASCIMENTO. Sócio fundador de Zingales Advogados, cujas atividades iniciaram-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.

TATIANE GONÇALVES OLIVEIRA NEGREIROS AGUIAR. Advogada, pós-graduanda em Direito Tributário, atualmente desempenhando a função assessora técnica no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

VANESSA VILELA BERBEL. Professora adjunta do Instituto Federal do Paraná. Pesquisadora dos temas direito e desenvolvimento econômico.



Direito e Economia