

Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Organizadores:

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Marcos André Mattos de **Lima**

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Adriano Paranaíba

Alessandro Guimarães Pereira

Amanda Flávio de Oliveira

André Santa Cruz

Angelo Prata de Carvalho

Andrey Vilas Boas de Freitas

Catharina Araújo Sá

Eduardo Molan Gaban

Eliane de Souza Fontes

Elvino de Carvalho Mendonça

Fabio Luiz Gomes

Fabiola Vianna Moraes

Fernanda Manzano Sayeg

Fernando Boarato Meneguim

Fernando de Magalhães Furlan

Filipe Aguiar de Barros

Josefina Guedes

Juliana Oliveira Domingues

Lucia Helena Salgado

Marcelo Nunes Oliveira

Marcio de Oliveira Junior

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Mauro Grinberg

Polyanna Vilanova

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Rogério Pitta

Sandro Leal Alves

Thiago Tirolli

Túlio Antonio Cravo

Uinie Caminha

Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Vol. III, nº 1 - 2022



Direito e Economia



Direito e Economia

Organizadores

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Elvino de Carvalho Mendonça

Marcos André Mattos de Lima

Autores(as)

Adriano Paranaíba

Alexandro Guimarães Pereira

Amanda Flávio de Oliveira

André Santa Cruz

Andrey Vilas Boas de Freitas

Angelo Prata de Carvalho

Catharina Araújo Sá

Daniela Santos

Eduardo Molan Gaban

Eliane de Souza Fontes

Elvino de Carvalho Mendonça

Fabio Luiz Gomes

Fabíola Vianna Morais

Felipe Fernandes Reis

Fernanda Manzano Sayeg

Fernando Boarato Meneguín

Fernando de Magalhães Furlan

Filipe Aguiar de Barros

Josefina Guedes

Juliana Oliveira Domingues

Karla Borges Furlaneto

Lucia Helena Salgado

Marcelo Nunes Oliveira

Márcio de Oliveira Júnior

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Mauro Grinberg

Polyanna Vilanova

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Rogério Pitta

Sandro Leal Alves

Thiago Tirolli

Tulio Antonio Cravo

Uinie Caminha

Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Direito e Economia

Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy:

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

WebAdvocacy – Direito e Economia, 2022.

Vários autores. Digital

Bibliografia.

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

22-107073
34:33:381.81

CDU-

Vol III

2022

Apresentação

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

Neste volume, estão publicados 33 artigos de opinião produzidos por renomados advogados e economistas nas áreas de direito econômico, direito empresarial, direito constitucional, direito do consumidor, direito do trabalho e comércio internacional.

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

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

Boa leitura!!!

Sumário

Apresentação

Monopólio Público ou privado: qual o pior?

Adriano Paranaíba

“Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio”

Amanda Flávio de Oliveira

Sandro Leal Alves

Regulação de novas tecnologias

Amanda Flávio de Oliveira

Encerrando uma empresa insolvente: uma proposta de simplificação

André Santa Cruz

Filipe Aguiar de Barros

Desafios à análise concorrencial de acordos entre concorrentes em mercados de telecomunicações

Andrey Vilas Boas de Freitas

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Alessandro Guimarães Pereira

O califa está de olho no decote dela: as implicações do caso Alibaba para a concorrência em mercados digitais

Angelo Prata de Carvalho

A água escolhe o seu percurso de acordo com o terreno que atravessa: desconsideração da personalidade jurídica na lei antitruste

Eduardo Molan Gaban

Concorrência desleal e *links* patrocinados no Google

Eduardo Molan Gaban

Os acordos internacionais de comércio, e sua importância para a política de comércio exterior e industrial do Brasil

Eliane de Souza Fontes

Josefina Guedes

Liberais? O caso da saúde e da educação públicas no Brasil: do mundo imaginário para o mundo imaginado

Elvino de Carvalho Mendonça

O que o adiamento do julgamento da alienação da refinaria Reman da Petrobras ensina a respeito do argumento de concorrência “descompromissada”?

Elvino de Carvalho Mendonça

Análise Inicial da Emenda Constitucional nº 125, de 14 de Julho de 2022, que instituiu o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional

Fabio Luiz Gomes

Thiago Tirolli

O problema da falta de paridade de armas no processo para uma decisão justa no Estado de Direito

Fabiola Vianna Moraes

A OCDE e o Novo Mercado de Gás: O Ponto Virtual de Negociação como Mercado Relevante no setor de Gás Natural

Felipe Fernandes Reis

Novas regras de comércio exterior promovem o alinhamento da legislação brasileira a acordos multilaterais de comércio e resultam em benefícios econômicos

Fernanda Manzano Sayeg

Karla Borges Furlaneto

O Acordo de Livre Comércio entre MERCOSUL e Singapura: Um importante avanço na aproximação com os países asiáticos

Fernanda Manzano Sayeg

Especialização dos juízes como recurso para a administração da justiça

Fernando de Magalhães Furlan

Ainda sobre a especialização de juízes: argumentos favoráveis à especialização

Fernando de Magalhães Furlan

Importância do sistema SISCORI na fiscalização das operações de comércio exterior

Josefina Guedes

Rogério Pitta

O Regime de Origem como um dos Focos Centrais das Negociações Internacionais

Josefina Guedes

Eliane de Souza Fontes

Um duelo entre direito e economia? Desmistificando o Guia de Análise de Preços

Juliana Oliveira Domingues

PIX e AIR: Quando a liberdade econômica desperta o ilusionismo e levanta cortina de fumaça

Juliana Oliveira Domingues

“*I know it when I see it*”: anotações sobre preços excessivos de medicamentos

Lucia Helena Salgado

MP do Ticket Alimentação: benefício para quem?

Marcelo Nunes Oliveira

Inovação, fretamento colaborativo e o fetiche regulatório Brasileiro

Marcelo Nunes Oliveira

Exclusive Dealings in Multisided Platform Markets: The Case of Gympass in Brazil.

Marcio de Oliveira Junior

Fernando Boarato Meneguín.

A Constituição em capítulos. Novas exigências para o Recurso Especial

Mauro Grinberg

Avanços no estabelecimento de metodologia pelo Cade para a dosimetria da pena de pessoas físicas envolvidas em condutas anticompetitivas

Polyanna Vilanova

Catharina Araújo Sá

O metaverso e o metrô da linha 743: o dia em que captar os pensamentos e sentimentos virou modelo de negócio das *big techs*

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

A democracia no Brasil e o Mito de Sísifo: a fronteira entre o direito (*Recht*) e o não-direito (*Unrecht*)

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Há um *trade-off* entre regulação prudencial e concorrência? O caso da saúde suplementar

Sandro Leal Alves

Em busca de melhores salários: uma oportunidade para atuação do Sistema Nacional de Emprego (Sine)

Túlio Antonio Cravo

A lei e os números: o que temos para contar

Unie Caminha

Licença Menstrual Remunerada: uma medida urgente de saúde das trabalhadoras brasileiras

Vanessa Vilela Berbel

Organizadores:

Autores

Monopólio Público ou privado: qual o pior?

Adriano Paranaíba

Introdução

A economia austríaca, assim como a economia *mainstream* (neoclássicos), vem discutindo monopólio há várias décadas, e muito tem sido feito sobre o assunto, principalmente se considerarmos a contribuição que Rothbard (1962) deu ao que Mises (1949) pensava sobre a percepção desta estrutura de mercado. É seguro dizer que, após alguma evolução nos estudos a esse respeito, na perspectiva austríaca, o monopólio é considerado ruim apenas quando concedido pelo governo. Ao mesmo tempo, na economia *mainstream*, muito se tem discutido sobre barreiras e poder de mercado, com a criação do termo Monopólio Natural como justificativa para o uso de ações de intervenção governamental em alguns mercados.

Monopólio à luz da Escola Austríaca de Economia

Conforme Block (1997) existem duas visões sobre monopólios na discussão acadêmica dentro do corpo de pesquisadores da Escola Austríaca: a visão Mises-Kirzner e a visão de Rothbard.

O expoente do pensamento da Escola Austríaca, Ludwig von Mises apontou que, a discussão sobre a existência de monopólios deveria ser entendida com uma existência temporal, não podendo ser interpretados como uma estrutura de mercado que se antagonizava à um mercado competitivo. Na verdade, o monopólio seria um estado relativo de um processo de mercado.

“The temporary coexistence of a plurality of prices for the same commodity is the outcome of the fact that the forces making for change are still operating and that a state of equilibrium has not yet been attained.” (MISES, 1998, p.3)

Para Mises (1949) o monopólio depende de três fatores: monopólio da oferta; inelasticidade de demanda do mercado, e; o monopolista conseguir descobrir os preços de monopólio. Partindo dessas premissas, seria equivocada a percepção da manutenção de um monopólio, pois não existe como os empresários serem oniscientes para praticar os preços que seriam superiores aos preços hipotéticos daquele mercado em estado de concorrência perfeita. Para sua existência efetiva, os preços praticados em monopólios devem ser vantajosos para aumentar sua receita líquida total, até o limite que o mercado permita (MISES, 1963), conceito esse sustentado por Kirzner (1973, p.110),

"The owner of the monopolized resource has withheld the use of some of his stock from the market, forcing up the price the market must pay for the smaller remaining quantity."

Nessa perspectiva o proprietário único de recursos poderia ser capaz de promover os preços de monopólio, utilizando-se da escassez daquele produto – retirando parte do fornecimento deste bem do mercado, ou restringindo a produção (COSTEA, 2003). Contudo essa restrição de produção de determinados bens significa que capital e trabalho foram alocados para a produção de outros bens (MISES, 1936). Assim, a perspectiva de Mises e Kirzner apontam a possibilidade da existência de monopólios em um mercado competitivo (BLOCK, 1997). A competitividade de um mercado não depende do número de empresas, e Bastos (2016, p.381) aponta “para a possibilidade

de um mercado com uma firma, mas ainda assim competitivo – pois sempre estaria à mercê de entrada de novos competidores”.

Armentano (1978) irá sinalizar que a obra de Rothbard (1964) irá refinar e corrigir a definição de monopólio dentro do contexto austríaco, definido que “monopoly is a grant of special privilege by the State, reserving (SERVING?) a certain área of production too ne particular individual or group” (Rothbard, 1964, p.669). Neste sentido, a forma de manutenção dos monopólios se dá pelo poder de coerção estatal o que representa forte intervencionismo, concessão de privilégios, caracterizando assim, um cenário incompatível com o livre mercado (BLOCK, 1997). Com uma proteção estatal, o monopolista fica livre para praticar preços acima dos preços de mercado. Sem a proteção estatal, apenas se o monopolista produzisse em economia de escala, minimizando custos e consequentemente praticando preços de mercado, esse conseguiria se estabelecer.

Para Costea (2003, p.60) “Mises’s attempts to incorporate the neoclassical concept of monopoly price into the framework of the market process.” Embora Rothbard tenha formulado uma teoria bem aceita sobre o monopólio, existem campos que ainda não foram bem explorados. Um dos problemas que as pessoas encontram na perspectiva austríaca de monopólio é devido ao seguinte: alguns monopólios são ruins e resistem a longo prazo, mas não são concedidos pelo governo, pelo menos não diretamente.

Importante sinalizar que o monopólio, é recorrentemente tratado na literatura como uma falha de mercado, sendo necessária a intervenção estatal para corrigi-la. Contudo, é exatamente o oposto e “é absurdo que ele (o Estado) aplique políticas antimonopolísticas; na realidade, o que ele deve fazer é, simplesmente, abolir as leis – ou melhor, as legislações (Thesis) – que estabeleceram os monopólios” (IORIO, 2013, p. 421). Os erros cometidos na tentativa de regular mercados ‘monopolísticos’ transformam ‘falhas de mercado’ em ‘falhas de governo’ que podem ser definidas como: “Quando a tomada de decisão para aplicabilidade de soluções normativas encontra limitações que incorrem à externalidades maiores que a falha de mercado que se justificou a regulação econômica.” (BRASIL, 2020, p. 7)

A regulação ajuda ou piora?

Tanto para a economia *mainstream* (neoclássicos) quanto para economistas austríacos, a discussão sobre monopólios está estabelecida sobre o debate sobre o poder de monopólio, como um ‘tipo’ de falha de mercado. Também tratam o monopólio a partir de uma análise de pré-existência do monopólio como ponto de partida analítico.

Especificamente para os austríacos a existência de monopólios repousa na intervenção estatal que realiza concessões para o monopolista operar no mercado de forma deliberada, por meio de proibições e autorizações. Para Méra (2010) não existe uma preocupação entre os economistas austríacos sobre as despesas monetárias para os vendedores, especificamente sobre Rothbard e aponta que,

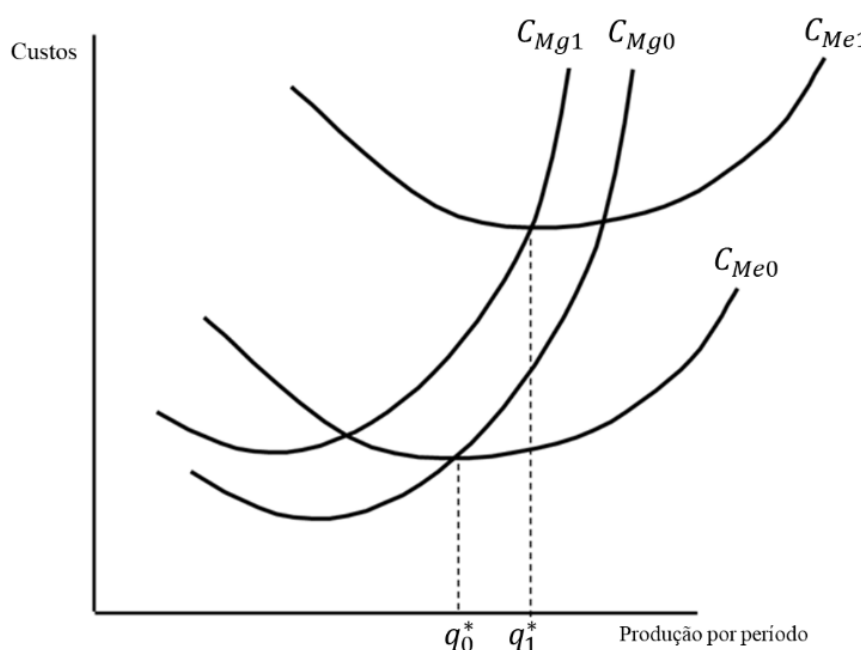
“Rothbard is not very explicit regarding factor pricing under monopolistic conditions. True, he stresses that monopoly price must be understood as a catallactic phenomenon and, as such, a phenomenon which is not independent from the general pricing and resource allocation process.” (MÉRA, 2010, p.54)

Desta forma, mais do que uma constatação de Rothbard, apontando o monopólio como uma concessão estatal, é possível construir uma hipótese de que, mais regras legais e infralegais, ou

seja, regulatórias, possam impedir a entrada de novos concorrentes neste mercado, elevando os custos regulatórios para a participação neste mercado, contribuindo para o surgimento de monopólios ex-ante.

Partindo do princípio que toda regulamentação incorre em custos para os regulados, é possível uma leitura de que os custos regulatórios impactam os custos marginais e médios de longo prazo das empresas. O impacto destes custos pode ser observado nas mudanças dos custos de insumos de um mercado típico, sem ainda a existência do monopólio, observado na figura 1.

Figura 1. Produção de equilíbrio de longo prazo com aumento de preço de insumos



Fonte: Adaptado de Nicholson, 2018, p. 290

A Figura 1 ilustra que o aumento de preços de insumos desloca tanto a curva de custo médio quanto a de custo marginal para cima. A magnitude deste deslocamento irá determinar se ocorrerá aumento ou não no nível ótimo de produção de uma empresa típica q^* . Para NICHOLSON (2018, p.291) “se $q_1^* \geq q_0^*$ a diminuição na quantidade acarretada pelo aumento de preço do mercado diminuirá com certeza a quantidade de empresas.” Caso ocorra o contrário, ou seja $q_1^* \leq q_0^*$ será indeterminado afirmar a redução da quantidade de empresas, pois dependemos da magnitude do deslocamento das curvas de custo marginal e custo médio de longo prazo podendo apenas afirmar que ocorrerá uma redução do tamanho ótimo da empresa. Porém, “provavelmente resultará na diminuição na quantidade de empresas quando um aumento no preço de insumo diminui a produção da indústria” (NICHOLSON, 2018, p.291).

Este fenômeno de redução do número de empresas causado pelo aumento de custos é também compartilhado por Bylund (2016) quando afirma que:

“Each investment, even those with anticipated very high profits, becomes riskier due to the added cost. As a consequence, the economy will develop at a much slower pace, and with less value creation there is a greater risk for distortive effects: the

number of opportunities that will never be realized—*the unrealized*—increases with the artificial burdens on economic action.” (Bylund, 2016, p.155)

Caso ocorra de apenas uma empresa conseguir subsistir com o novo custo marginal exigido pelas regulações (C_{mg1}), esta se sentirá confortável para elevar seu preço de P_r para P_m , visto que a ação do órgão regulador eliminou a concorrência pré-existente.

“Mesmo aqueles mercados brasileiros em que não existem monopólios estatais, ou regulação direta das agências reguladoras que criam oligopólios, são alvos de intervenção pela tributação, burocracia e benefício fiscal, tornando-os obstaculizados para acessar e permanecer, e ineficientes no processo econômico.” (SCHOENHERR, 2021, p. 29)

Assim, podemos apontar que a proposição de Rothbard sobre a existência de monopólios está correta, mas pode ser complementada com uma análise de uma criação indireta e não intencional de monopólios por parte do Estado.

Conclusão

Entre monopólios privados e estatais, muito ainda há para se discutir, mas o que fica evidente é que, monopólios privados são tão ruins quanto os estatais quando estes adquirem o poder de monopólio via concessão estatal, que lhe dá poder de manutenção sem a preocupação em atendimento os consumidores.

Mesmo que ocorreram avanços no arcabouço legal brasileiro na identificação de abusos do poder regulatório, entendemos que toda regulação propicia a elevação de custos das empresas convergindo para que o surgimento de monopólios possa ocorrer com a liberdade de prática de poder de monopólio, elevando preços e causando perda de bem-estar-social para os consumidores.

Referências bibliográficas

ARMENTANO, D. T. A critique of neoclassical and Austrian monopoly theory. *New Directions in Austrian Economics*. Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, p. 94-110, 1978.

BARBIERI, F. *A Economia do Intervencionismo*. São Paulo. Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2013.

BASTOS, J. P. Competição e Monopólio: o mainstream e a Escola Austríaca. *MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 377–390, 2016. DOI: 10.30800/mises.2016.v4.137.

BLOCK, W. Austrian monopoly theory - A critique. *The Journal of Libertarian Studies* vol. I. n.4, pp. 271-279. Pergamon Press.1977

BRASIL. Guia de Desregulamentação. Ministério da Economia. Brasília, DF. Dezembro. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a

Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

BYLUND, P. L. The seen, the unseen, and the unrealized: how regulations affect our everyday lives. London. Lexington Books. 2016.

CAVALCANTI, M. O. M. Comentários ao art.4º, caput. IN: CRUZ, A. S. Lei da Liberdade Econômica- Lei 1874/2019 Comentada Artigo por Artigo. Salvador. Editora JusPodivm, 2020.

COSTAE, D. A Critique of Mises's Theory of Monopoly Prices. The Quarterly Journal of Austrian Economics Vol. 6, No. 3. Fall 2003.

FETTER, Frank A. Economic Principles. New York: The Century Co, 1915.

GABAN, E. M.; Domingues, J. O. Comentários ao Capítulo III: Das garantias de livre iniciativa. IN: CRUZ, A. S. Lei da Liberdade Econômica- Lei 1874/2019 Comentada Artigo por Artigo. Salvador. Editora JusPodivm, 2020.

IORIO, U. J. A Grande Ficção das Falhas de Mercado. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 401–424, 2013. DOI: 10.30800/mises.2013.v1.493.

KIRZNER, I. M. Competition and Entrepreneurship. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. Brasília. 2021.

MISES, Lv. Human Action. New Haven: Yale University Press, 1963

MISES, Lv. Monopoly Prices. Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 1, No. 2, Summer 1998

MISES, Lv. Socialism. Indianapolis: Liberty Classics. [1936] 1981

NICHOLSON, W. Teoria Microeconômica: princípios básicos e aplicações. São Paulo. Cengage. 2018.

PINDYCK, R. S. Microeconomia. 7ª Ed. São Paulo. Pearson Education do Brasil 2010.

ROTHBARD, M. N. Man, economy, and state with power and market. Auburn: Mises Institute. 1962 [2009].

SCHOENHERR, M. H. A intervenção econômica como gênese do desequilíbrio dos mercados brasileiros: e o novo paradigma proposto pelas recentes mudanças legislativas. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 9, 2021. DOI: 10.30800/mises.2021.v9.1313.

“Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio”¹

Amanda Flávio de Oliveira

Sandro Leal Alves

Há quatro anos, a ANS revogava a então recentemente publicada Resolução Normativa nº433/2018, que estabelecia, entre outros, parâmetros para a cobrança de franquia e coparticipação. A norma entraria em vigor apenas no fim de dezembro daquele ano, mas foi suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A então Ministra Presidente, no exercício do plantão do mês de julho, atendeu o pedido de medida cautelar em Ação de Descumprimento Fundamental promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O tema “Mecanismos Financeiros de Regulação”, que engloba coparticipação e franquia, talvez seja um dos mais debatidos na história da saúde suplementar, ao longo das duas décadas de existência da ANS. Desde 2005 ele já foi objeto de duas Consultas Públicas, nos anos de 2006 e 2017, uma Câmara Técnica, no ano de 2012, um Grupo de Trabalho, em 2015, e um Grupo Técnico que deu origem à RN nº 433/18, que se reuniu desde julho de 2016. Todas as discussões foram públicas, com a participação de todos os agentes interessados no tema. Foram produzidos muitos estudos, notas técnicas e até mesmo Análise de Impacto Regulatório (AIR), prévia à publicação da Resolução Normativa n. 433/2018, mencionada. Sublinhe-se que apenas em 2019 a exigência de prévia AIR passou a ser conteúdo de determinação legal às agências, com a publicação das Leis n. 13.848 e 13.874. Mesmo sem obrigatoriedade de assim agir, a Agência do setor achou por bem empreender AIR sobre o tema.

Conhecer a trilha da produção e desfecho da então Resolução n. 433/2018, da ANS, é suficientemente frustrante para todos que se debruçam sobre o tema do aprimoramento regulatório em saúde.

Em primeiro lugar, porque debate não faltou. Tampouco abertura à contribuição dos interessados. Em segundo lugar, porque ele revela a verdade inquietante a todos os que vislumbram no instrumento da AIR um procedimento de racionalização e melhoria de normas regulatórias: de nada adianta fazê-lo, por melhor que ele seja, tecnicamente falando, se o Judiciário suspende os efeitos de seus resultados liminarmente, no caso, com efeitos definitivos, vez que essa decisão gerou como consequência a revogação da norma pela própria agência. Por fim, a decisão do STF colocou mais um obstáculo e ponto de insegurança no longo caminho de definição dos limites do poder normativo das agências: se elas foram criadas para serem braços independentes e técnicos do Poder, há que se definir com segurança se haverá ou não deferência às suas normas que não contenham fragilidade formal que as invalidem.

Do ponto de vista técnico, o assunto segue em aberto, e quem está perdendo são os excluídos do mercado (leia-se, as pessoas com menor poder aquisitivo). É que a falta da regulação, no caso, afugenta esses potenciais consumidores do mercado, dado o fato de que um produto mais acessível deixa de ser oferecido com maior vigor. A insegurança jurídica, em um país obcecado pela regulação, significa, em casos assim, redução de oferta.

Na trilha da história da regulação de coparticipação e franquia, a incompreensão vem ganhando de lavada. Trata-se de dois mecanismos comumente utilizados em outros ramos do seguro no Brasil, e o seguro de automóveis é um exemplo à mão. Transportado para o mercado de saúde, o argumento de que “saúde não é mercadoria” vem preponderando, superficializando o debate e revelando uma confusão jurídica e econômica importante.

¹ As afirmações constam do voto da Relatora na ADPF 532-MC.

É que a norma da ANS não regula *saúde*. Nenhuma norma da ANS regula *saúde*. A norma referida, assim como todas as normas administrativas por ela produzidas regulam a *prestação do serviço de saúde suplementar*, um mercado expressamente autorizado pela Constituição de 1988 e facultado à iniciativa privada. Nesse ponto, tem-se, sim, mercadoria, negócio, empresas, lucro. O exercício dessa atividade econômica, no entanto, não pode se dar de forma irrestritamente livre, nos termos do ordenamento jurídico. E é aí que entra a regulação, a Agência do setor, sua atribuição normativa.

Por outro lado, o plano de saúde funciona nas mesmas bases técnicas e atuariais que o seguro de automóvel, seguro de navio, seguro de plataformas de petróleo, seguro rural, seguro de crédito etc. Há uma mutualidade que se solidariza no risco. Muitos indivíduos contribuem com o pagamento de mensalidades para que aqueles que precisarem utilizar os serviços possam fazê-lo. Há necessidade de garantias financeiras das operadoras, reservas técnicas, ativos garantidores para garantir a solvência da operadora. Os preços são baseados em notas técnicas atuariais segundo critérios científicos para o cálculo de forma a garantir que sejam suficientes para honrar com os compromissos futuros. Os eventos devem ser aleatórios para que o sistema funcione. Caso contrário não seria seguro, mas financiamento.

Ainda na comparação entre o plano de saúde e os demais ramos do seguro, duas diferenças chamam a atenção. Em primeiro lugar, enquanto em todos os seguros é comum, e até mesmo indispensável, que a seguradora tenha liberdade para realizar a sua avaliação e aceitação de riscos, processo conhecido como subscrição, na saúde não há essa liberdade, desde que a Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/1998) determinou que *ninguém pode ser impedido de participar de planos em razão da idade, ou da condição de pessoa portadora de deficiências*, como prevê o art. 14. Em segundo lugar, outro instrumento muito utilizado no setor de seguros é a determinação da importância segurada no contrato. Essa limitação regula o risco a que a seguradora está disposta a correr. Na saúde suplementar, a Lei n. 9.656/1998, em seu art. 1º, determina que o *Plano Privado de Assistência à Saúde* é a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, *sem limite financeiro*, a assistência à saúde. Nos dois casos acima, os fundamentos do mutualismo, que fornecem a base técnica para o funcionamento do setor de seguros, foram rearranjados para acomodar a preocupação do legislador com a possibilidade de as operadoras de planos de saúde selecionarem os bons riscos (*cream-skimming*) ou interromperem a prestação do serviço ao longo de um tratamento ou internação, por exemplo. Evidentemente, essa opção traz consequências para a precificação, realizada com base em critérios técnicos-atuariais, e para o negócio em si.

Nos Estados Unidos, país em que a prática do *cost-sharing* é mais difundido, as seguradoras voluntariamente reduziram ou eliminaram as coparticipações em diversos procedimentos associados à Covid19 e tratamentos relacionados.² Não custa lembrar que é do interesse da operadora manter seus beneficiários saudáveis, evitando complicações de saúde que evoluíram para um cenário de maiores despesas. Muitas seguradoras utilizaram os mecanismos de incentivos à sua disposição para estimular a vacinação contra a covid19.

No Brasil, a coparticipação é uma tendência no mercado de saúde suplementar e está presente em praticamente 50% dos planos. Sua existência contribui para equilibrar as contas e os reajustes das despesas médicas, pois os custos são divididos entre as operadoras e os beneficiários. Ou seja, na coparticipação a mensalidade é menor, mas o usuário paga um valor à parte em cada procedimento, como consultas e exames. O uso mais consciente e o combate a fraudes são outras importantes vantagens. Mas a oferta de um produto mais acessível revela-se um valor importante pelo seu caráter inclusivo: mais pessoas podem se inserir no mercado consumidor.

A franquia agregada anual, muito comum nos EUA (*deductibles*), consiste na divisão de risco entre a operadora e o consumidor com base em um valor contratado. Até chegar a este valor, as

² <https://www.ahip.org/news/articles/health-insurance-providers-respond-to-coronavirus-covid-19>.

despesas são de responsabilidade do beneficiário e a partir desse limite, ficam sob responsabilidade da operadora. No mercado americano, o limite máximo anual do dedutível é limitado a US\$ 8.700,00.³ No Brasil, o que inibe esse tipo de plano é o fato de estar previsto, na Resolução CONSU nº 08/1998, que a incidência de coparticipação e franquia não pode configurar um *fator restritor severo* ao acesso à cobertura, sem, contudo, definir ou conceituar o que seria esse fator restritor severo. A referida Resolução, feita há mais de duas décadas, restringiu-se a conceituar estes mecanismos e afirmar: i) que os mesmos não poderiam representar o custeio integral do procedimento; ii) que a coparticipação só poderia incidir em valor fixo nas hipóteses de internação, sem prever ou estabelecer qualquer limite.

A Resolução da ANS, de curta vigência, previa um limite *máximo* de 30% para incidência de coparticipação. O objetivo era conceder segurança e objetividade ao tema, estimulando o mercado e esse tipo de produto. Reitere-se, a medida concluiu longo processo de debate e uma AIR.

Se saúde não tem preço, ela tem custo. A oferta de planos de saúde no mercado agrega bem-estar e dignidade às pessoas e é, sim, mercadoria no sentido estrito do termo, ou seja, um produto ou serviço suscetível de ser comprado ou vendido no mercado. A saúde individual não é transacionável, por óbvio. Mas o acesso aos serviços de saúde por meio da saúde suplementar está sujeito à lei da demanda e da oferta. E não é possível revogá-la pois as pessoas desejam acesso aos planos, os médicos precisam ser remunerados por seus serviços e as operadoras precisam buscar lucro e não prejuízo. Ou seja, o conjunto de serviços que integra toda a cadeia produtiva está sujeito às forças de mercado, em um mercado já extremamente regulado. Na pressa das decisões oficiais, sacrifica-se o acesso a esse mercado. Ainda está em tempo. Retomemos, com racionalidade e parcimônia, um tema de interesse de todos que se indignam com a falta de acesso à prestação de saúde de qualidade a pessoas de padrão aquisitivo menor.

Referências bibliográficas

Robert H. Brook, John E. Ware, William H. Rogers, Emmett B. Keeler, Allyson Ross Davies, Cathy Donald Sherbourne, George A. Goldberg, Kathleen N. Lohr, Patti Camp, and Joseph P. Newhouse. The Effect of Coinsurance on the Health of Adults: Results from the RAND Health Insurance Experiment. Santa Monica, Calif.: RAND Corporation, R-3055-HHS, December 1984.

Amitabh Chandra, A. Flack, E. and Obermeyer, Z. (2022). The Health Costs of Cost-sharing. National Bureau of Economic Research Working Paper 28439

³ <https://www.federalregister.gov/documents/2021/05/05/2021-09102/patient-protection-and-affordable-care-act-hhs-notice-of-benefit-and-payment-parameters-for-2022-and>.

Regulação de novas tecnologias

Amanda Flávio de Oliveira

Em 1800, 95% da população mundial encontrava-se em situação de extrema pobreza. Atualmente, esse número encontra-se abaixo de 10%. Certamente que o principal responsável por essa mudança expressiva não pode ser indicado como um grande líder global, que teria idealizado e implementado uma política vitoriosa de combate à pobreza. Tampouco decorreu de um conjunto de atuações oficiais/governamentais em convergência, sendo certo que ao longo desse período mais impactaram a esse título as divergências políticas entre países que suas convergências.

O que propiciou essa reviravolta mundial na qualidade de vida das pessoas foi a inovação consistente, sucessiva e cumulativa que proveio da mente criadora das pessoas, da força motriz das empresas, da iniciativa privada no exercício da liberdade econômica. E o resultado fascinante e auspicioso desse movimento global e convergente de autointeresse de pessoas – naturais e jurídicas – enseja reconhecimento e renovação, não contenção. Afinal, ainda temos quase 10% da população a acudir.

Entretanto, a duração da vida humana individual é um curto recorte dessa evolução, desse espaço de tempo. Para nascidos no atual cenário, os 10% remanescentes incomodam, e isso é bom. É bom porque os mobiliza a resgatá-los, dever de todos aqueles que se indignam com a indignidade. O problema surge quando são utilizadas premissas erradas nesse esforço, partindo do pressuposto de que os 90% atuais são garantidos, ou são históricos, e se atribui a iniciativas governamentais o encargo de acabar com a extrema pobreza, quase sempre, à custa de medidas que desencorajam o pleno vigor da livre iniciativa, que nos trouxe até aqui.

A bola da vez do ímpeto regulatório está no mercado digital. Na Europa, muito recentemente, dois instrumentos normativos surgiram com esse propósito: o *Digital Service Act (DSA)* e o *Digital Market Act (DMA)*, divulgados como instrumentos jurídicos preocupados com a proteção de direitos individuais e com a concentração inédita de *market share* das plataformas digitais.

Os argumentos são sedutores, mas não resistem a uma análise desapaixonada ou racional. As normas que restringem liberdade econômica podem ser tudo, menos uma expressão de proteção de direitos individuais. Tampouco o padrão de concentração das plataformas é inédito na história das atividades econômicas essenciais e sobre isso já se escreveu e exemplificou em outro texto, ao qual se remete o leitor¹.

Mas é um dado relevante notar que a preocupação europeia volta-se a algumas poucas empresas quase todas americanas: Google (Alphabet), Facebook (Meta), Apple, Microsoft, e mais umas duas ou três. Inevitável constatar que não há empresas europeias na lista de preocupação. Certamente, portanto, a Europa não está sabendo promover a inovação.

No Brasil, a produção regulatória, tanto em mercados tradicionais quanto em mercados de inovação, segue a todo vapor. Tampouco nossas empresas estão na lista das motivadoras da produção normativa europeia. Aparentemente nossas empresas não estão conseguindo incomodar fora das nossas fronteiras. Mas, sim, nós também estamos correndo atrás de regular empresas de outros países, além das nossas mesmas.

No amplo rol de iniciativas legislativas em tramitação no Brasil, o mercado digital tem ensejado debates acadêmicos e muito estímulo à sua regulação por meio de normas. Os argumentos giram em torno dos mesmos tópicos: defesa dos indivíduos e controle do poder econômico.

¹ Confira em: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/31/10824/>

O Projeto de Lei n. 21/20 busca estabelecer o Marco Legal de Inteligência Artificial no Brasil. Há o propósito de regular as plataformas digitais, dos quais o PL 2630/2020 é um exemplo. Há projetos de lei para regular criptoativos, curiosamente com o apoio ativo das empresas do setor. Há movimentos no sentido de produzir algo na linha do DMA europeu para o Brasil, e por aí vai.

Se os propósitos das regulações em mira aparentam ser nobres, sua capacidade de gerar os resultados desejados podem ser questionados. Quase sempre atualiza-se o setor em mira, mas os erros de iniciativa oficial seguem históricos: estabelece-se uma mesma régua para todos os regulados, são aumentadas ou instituídas barreiras à entrada, fecha-se o mercado.

No caso específico do mundo digital, o risco da ineficácia da norma é ainda maior. É que está-se diante de um ambiente anárquico por excelência, e os vazamentos de dados, inclusive de importantes Tribunais, apesar da LGPD e da ANPD, persistem; a *Deep* e a *Dark Web* resistem...

Precisamos aprender com a História. Regulação não promove inovação. Ou, pelo menos, não foi o que aconteceu ao longo dos dois últimos séculos. Quem inovou foi a mente humana, livre e autointeressada. Se não conseguimos abrir mão da regulação, por alguma razão política ou de escolha pública, que o façamos de forma a não confrontar esse movimento.

A conclusão é de Thomas K. McCraw. A história da regulação da atividade econômica nos revela um cenário amplo de frustrações e uma importante lição: reguladores e legisladores, se querem promover objetivos públicos por meio da intervenção estatal na economia, precisam sempre explorar os incentivos naturais dos regulados e convergir suas ações com os interesses deles. Caso contrário, ter-se-á apenas ineficácia e/ou ineficiência. Pagarão o preço por mais equívocos estatais os pouco menos de 10% ainda resistentes na linha da extrema pobreza. Ou, na pior das hipóteses, a eles se juntarão pessoas que já não estavam aí².

² MCCRAW, Thomas K.. *Prophets of regulation: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*. Massachusetts: Harvard, 1984.

Encerrando uma empresa insolvente: uma proposta de simplificação

André Santa Cruz

Filipe Aguiar de Barros

Introdução

No recente Informativo 735, de 9 de maio de 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) noticiou, a título de destaque do julgamento do Recurso Especial 1.876.549-RS pela sua 2ª Turma, que “no caso de micro e pequenas empresas é possível a responsabilização dos sócios pelo inadimplemento do tributo, com base no art. 134, VII, do CTN, cabendo-lhes demonstrar a insuficiência do patrimônio quando da liquidação para exoneração da responsabilidade pelos débitos”.

No caso em questão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) havia mantido sentença de extinção da execução fiscal ao fundamento de que a demanda fora ajuizada após a “baixa” da sociedade empresária executada.

Interposto recurso especial pela União (Fazenda Nacional), o STJ autorizou o prosseguimento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes¹, concedendo-lhes, todavia, a oportunidade para exoneração da responsabilidade tributária se comprovarem a insuficiência do patrimônio da sociedade empresária por ocasião da sua liquidação.

Dissolução regular de sociedade e seus efeitos

Conforme dispõe o Código Civil, a extinção de uma pessoa jurídica deve ser precedida de sua dissolução e da fase de liquidação (as regras gerais estão descritas nos arts. 51, 1.030 e ss. e 1.102 e ss.).

Na fase de liquidação, caso seja constatada insolvência da sociedade e não se opte por alguma alternativa porventura disponível (a exemplo da recuperação judicial), o liquidante tem o dever de confessar falência (art. 1.103, inciso VII do CC) ou, quando inaplicável esta, o instituto a ela correspondente, de acordo com a legislação específica. O art. 105 da Lei 11.101/2005 reforça isso ao prever que “o devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial **deverá** requerer ao juízo sua falência (...)” (sem grifos no original).

A mera dissolução, liquidação e/ou falência, notadamente se realizadas de forma regular, não autorizam, por si sós (a menos, por exemplo, que se trate de sócio de responsabilidade ilimitada ou de terceiro que tenha prestado garantia fidejussória, ou, em relação ao bem gravado, garantia real), a responsabilização de terceiros por dívidas fiscais constituídas exclusivamente em face da pessoa jurídica. Em regra, aplica-se o mesmo raciocínio para dívidas de outras naturezas.²

¹ A expressão, comumente utilizada, inclusive pela nossa Corte Superior, pode levar a conclusões equivocadas. Uma sociedade possui sócio(s) e administrador(es), e este(s) pode(m) ser sócio(s) ou não, a depender do tipo societário. O uso da expressão sócio-gerente (ou sócio-administrador) parece indicar a existência de uma categoria autônoma, com direitos e deveres próprios, algo que não existe. Nesses casos, portanto, entendemos que o correto seria usar a expressão administrador (que pode, repita-se, ser sócio ou não, a depender do tipo societário).

² Nesse sentido, merece menção a Súmula 430/STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

A “dissolução irregular” e suas consequências

No julgamento do Tema Repetitivo 630, o STJ definiu que, “em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente”, o que ocorre, por exemplo, na situação descrita na Súmula 435/STJ: “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes” (sem grifos no original).³

Em suma: o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que somente é possível responsabilizar o(s) administrador(es) de sociedades por dívidas objeto de execução fiscal, por meio do redirecionamento dela a ele(s), quando há dissolução irregular da pessoa jurídica executada (Tema Repetitivo 630) ou presunção de sua ocorrência (Súmula 435).⁴

A “baixa” simplificada e suas repercussões jurídicas

No Brasil, por razões histórico-culturais, não é comum ver uma sociedade ser extinta após um regular procedimento dissolutório (ato de dissolução – como um distrato – seguido da respectiva liquidação e da posterior extinção da pessoa jurídica). Mais raro ainda é ver, na prática, uma sociedade empresária formular pedido de autofalência.

Como alternativa à realização de tais procedimentos, e com a intenção de estimular a dissolução regular de sociedades, o art. 9º da Lei Complementar 123/2006 e o art. 7º-A da Lei 11.598/2007 admitem a extinção (ou “baixa”) da pessoa jurídica mesmo diante da existência de dívidas e da possibilidade de surgimento de dívidas futuras⁵. Para tanto, contudo, impõem aos empresários/titulares/sócios/administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores⁶ uma responsabilidade solidária pelos respectivos débitos, ou seja, nessa hipótese, a tal “baixa” simplificada implica, por si só, a responsabilização de terceiros por dívidas da pessoa jurídica⁷, na contramão dos entendimentos do STJ já mencionados.

Ocorre que tais regras não foram suficientes para mudar a realidade. Por razões óbvias, ninguém quer assumir, em nome próprio, as dívidas de uma pessoa jurídica insolvente. Disso resulta que continuamos tendo muitos casos de “dissolução irregular”, gerando um verdadeiro ciclo vicioso e sem escapatória. Um perde-perde.

Os problemas do julgamento do REsp 1.876.549-RS

É provável que essa constatação do parágrafo anterior tenha estimulado o STJ a, no julgamento do REsp 1.876.549-RS, mediante hermenêutica jurídica bastante questionável, misturar

³ Vale destacar que as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ entendem que o “distrato social, ainda que registrado na Junta Comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes” (v.g. REsp 1877340/RS e AgInt no AREsp 1561461/RS). Não é, portanto, suficiente o ato de dissolução, sendo necessária, também, a regular liquidação e a posterior extinção, que completam o chamado procedimento dissolutório.

⁴ Sobre que administrador (sócio ou terceiro) pode sofrer o redirecionamento da execução fiscal, ver Temas Repetitivos 962 e 981 do STJ, nos quais a Corte Superior decidiu que o importa é quem exercia a administração no período da ocorrência da dissolução irregular, e não da ocorrência do fato gerador.

⁵ Em relação às dívidas tributárias, observados, obviamente, os prazos dos arts. 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

⁶ Trata-se de um grave falha da legislação. Somente aqueles que optaram pela baixa simplificada (que não necessariamente são os mesmos administradores da época do fato gerador das dívidas) poderiam ser responsabilizados por tal fundamento.

⁷ No linguajar comum, “as dívidas do CNPJ passam para o CPF”.

o art. 9º da LC 123/2006⁸ com o art. 134, inciso VII do CTN, para criar, por via transversa, uma saída honrosa para as pessoas jurídicas insolventes (ao menos as microempresas e as empresas de pequeno porte).

O que nos parece, porém, é que o STJ pode ter acertado no diagnóstico, mas errou no remédio e, a bem da verdade, sequer seria competente para fabricá-lo, haja vista a necessidade de alteração legislativa.

O acórdão do REsp 1.876.549-RS não esclareceu exatamente como se daria essa comprovação da “insuficiência do patrimônio”, indicando, por exemplo, se caberia a produção de provas na execução fiscal (na via dos respectivos embargos⁹) ou se somente seria admissível a apresentação de documentos produzidos durante eventual liquidação formal¹⁰. Tampouco se explicou, no referido julgamento, como evitar o risco de decisões judiciais conflitantes, na hipótese de existirem diversas execuções fiscais. E mais: parece-nos que os julgadores não atentaram para o fato de que, enquanto o art. 134, inciso VII do CTN é restrito aos créditos tributários, o art. 9º da LC 123/2006 também abrange créditos de outras naturezas, a exemplo dos trabalhistas.

No entanto, longe de pretender se restringir ao exame do (des)acerto da decisão proferida pelo STJ quanto ao caso concreto e das consequências da sinalização conferida aos demais casos similares, o objetivo deste artigo é o de trazer à tona o problema existente (e que parece ser incontroverso) e instigar o leitor a refletir sobre possíveis soluções.

Uma proposta de solução para o problema exposto

Como, então, viabilizar, com eficiência, sem burocracia e sem gerar riscos sistêmicos para a economia, o encerramento de pessoas jurídicas insolventes, quando não for hipótese ou não houver interesse no uso de mecanismos voltados ao seu soerguimento?

O PLP 33/2020, aprovado pelo Senado Federal, busca endereçar uma solução para o tema, através da criação da Liquidação Especial Sumária. No entanto, tal proposição não é restrita ao tema e adentra em vários pontos polêmicos, revelando-se extensa e complexa, o que parece vir atraindo resistências e dificultando a sua discussão, tramitação e eventual aprovação.

No intuito de não incorrer no mesmo problema, ponderamos se não seria mais eficiente e factível a apresentação de um projeto de lei complementar específico, disciplinando exclusivamente um encerramento (“baixa”) especial ou uma espécie de falência extrajudicial de microempresas e empresas de pequeno porte cujo passivo não exceda determinado montante (ou mesmo pessoas jurídicas em geral que atendam a determinados critérios).

O pedido poderia ser direcionado à Junta Comercial (ou, quando fosse o caso, ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas)¹¹ e, quando admitido, poderia implicar imediatamente a extinção das obrigações, conferindo-se a devida publicidade. Nas hipóteses e no prazo do art. 159-

⁸ É importante lembrar que há similar previsão para as pessoas jurídicas em geral no art. 7º-A da Lei nº 11.598/2007 (acrescentado pela LC Nº 147/2014).

⁹ A jurisprudência somente admite exceção de pré-executividade para matérias cognoscíveis de ofício que não demandem dilação probatória

¹⁰ Além de ser bastante incomum, em casos concretos como o analisado pelo STJ, a efetiva ocorrência de fase de liquidação, é no mínimo duvidoso que dela possa resultar algum documento indicativo da insolvência, na medida em que isso obrigaria o liquidante a requerer a autofalência, dever este que, não cumprido, representaria uma irregularidade da liquidação.

¹¹ A menção aos cartórios se dá porque é neles que se registra a sociedade simples (art. 1.150 do Código Civil), a qual pode ser enquadrada como ME ou EPP, conforme previsão do *caput* do art. 3º da LC 123/2006.

A da Lei 11.101/05, seria cabível ação anulatória desse ato ou ação de cobrança em face do responsável pela sonegação do ativo e, eventualmente, daqueles que tenham se beneficiado do ato.

Para evitar a necessidade de criação de uma fase de liquidação nesse procedimento (com a escolha de liquidante, remuneração e possível litigiosidade), ele poderia ser, ao menos inicialmente, restrito às pessoas jurídicas que não possuam ativos ou, no máximo, àquelas cujos ativos sejam insuficientes para atender as despesas inerentes a um processo de falência/insolvência, o que provavelmente já contemplaria a maior parte dos interessados na medida. Nessa última hipótese, seria possível exigir que o responsável assuma o compromisso de realizar o ativo e pagar aos credores na ordem prevista na Lei 11.101/05, sob pena de ser responsabilizado pelas dívidas.

Não nos parece haver nenhum motivo para resistências a uma proposta nos moldes acima. Afinal, o art. 114-A da Lei 11.101/05 já admite o encerramento sumário da falência (o que implica extinção das obrigações do falido, nos termos do art. 158, inciso VI da mesma lei) “se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo”.

O assunto é instigante e traz sérias repercussões práticas no ambiente econômico, notadamente em relação ao reempreendedorismo. Há aspectos relevantes (sobretudo que exorbitam a seara tributária) que não foram aqui abordados, a exemplo das garantias fidejussórias prestadas por pessoas físicas. Mas julgamos ser o suficiente para iniciar e fomentar um imprescindível debate

Desafios à análise concorrencial de acordos entre concorrentes em mercados de telecomunicações

Andrey Vilas Boas de Freitas

Mariana Piccoli Lins Cavalcanti

Alessandro Guimarães Pereira

Para suportar e ampliar a demanda por tráfego simultâneo de dados em volumes cada vez maiores, empresas dos mercados de telecomunicações vêm ampliando seus investimentos em atualização tecnológica, valendo-se de sistemas e equipamentos mais sofisticados em diferentes cadeias de atacado, como nas redes de *backbone*, de *backhaul* e, mais localmente, nas estações rádio-base (ERB), baseadas no tráfego via faixas do espectro de radiofrequência.

O *trade off* destes agentes é baseado em fatores como a sua capacidade de investimentos, sua estratégia comercial e seus modelos de negócios. Se a empresa, dentre todos os sistemas instalados de telecomunicações e seus respectivos mercados à jusante, opera no mercado de Serviço Móvel Pessoal (SMP), buscará ampliar sua cobertura, visando ter maior capilaridade em todo o território nacional, por meio da implantação de novas ERB e pela obtenção de licenças para uso de faixas de espectro de radiofrequências, além, naturalmente, de manter redes próprias – e atualizadas – de *backbone* e *backhaul* ou de estabelecer contratos, em atacado, para uso destes elementos de uma outra empresa, diretamente concorrente ou não.

O espectro de radiofrequência vem sendo considerado uma *essential facility* para o mercado de SMP mas, face à atualização tecnológica que vem acompanhando as próprias mudanças nas tecnologias de rede do setor, desembocando nas novas oportunidades que emergem com o 5G, este status é ampliado para outros mercados - negócios - envolvendo sistemas de telecomunicações¹ como um todo.

A detenção de um rol de faixas e em diferentes amplitudes de frequência representa à Operadora (MNO), portanto, uma importante vantagem competitiva, uma vez que permite trafegar seus volumes de voz e dados, a curtas e longas distâncias, de maneira mais eficiente, otimizando-se os seus custos de transação. Assim bem o explica a Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade, do Ministério da Economia (SEAE):

Do ponto de vista técnico, frequências mais baixas (<1GHz) permitem uma melhor cobertura em grandes áreas geográficas, enquanto as maiores frequências (>1GHz), embora com maior capacidade de transmissão, tem alcance mais curto. Por tal razão, o portfólio de licenças de uso do espectro que uma MNO possui pode definir sua capacidade de fornecer serviços móveis e, ao mesmo tempo, orientar seus investimentos. Consoante a isso, deve-se considerar que, quanto maior o volume de espectro e a variedade de faixas/subfaixas detidas, menores serão os investimentos necessários em infraestrutura, à medida em que são exigidos menos equipamentos (como as próprias ERB) para trafegar os volumes de dados em determinada faixa.²

¹ Porque o uso do espectro vem, cada vez mais, dedicando-se a funcionalidades e negócios que extrapolam a típica lógica do mercado de SMP, tal como este é conhecido atualmente, imbricando-se com funcionalidades e serviços típicos de outros mercados, notadamente o SCM e suas evoluções, como este artigo tenta explicitar em seu decorrer.

² SEAE-ME. Nota Técnica nº 61841/2021/ME (Doc. SEI ME nº 21293757)

A detenção de amplas e diversificadas faixas de espectro é constrangida, todavia, por sua escassez, havendo limites bem definidos para o seu uso por um mesmo agente econômico, como prevê normativo da Anatel³. Sua disponibilidade depende de leilões específicos de determinadas faixas, da devolução, do reuso de radiofrequências legadas ou, por fim, do seu acesso em caráter secundário⁴.

Assim bem o explica a própria Agência, no seu Plano de Uso do Espectro de Radiofrequências no Brasil (2021-2028):

O crescente uso de tecnologias de comunicação baseadas em transmissão de radiofrequências e a possibilidade de desenvolvimento socioeconômico que essas tecnologias proporcionam, evidenciam a importância do espectro de radiofrequência e dos processos nacionais de gestão do espectro. O progresso tecnológico tem aberto continuamente as portas para uma variedade de novas aplicações que geram maior interesse e demanda por esse recurso limitado.⁵ - ⁶

Neste sentido, visando contornar as limitações de acesso a tais *essential facilities* e, ao mesmo tempo, otimizar os seus investimentos em elementos de rede, empresas concorrentes vem celebrando acordos horizontais de compartilhamento de suas ‘Redes de Acesso via Rádio’ (RAN)⁷, os quais são comumente denominados de acordos de *RAN Sharing*. Nestes acordos, empresas compartilham o uso mútuo de infraestrutura ativa das redes, como as ERB e seus elementos lógicos de *core* de rede⁸, de tráfego e transmissão, podendo também incluir também o uso compartilhado do espectro de radiofrequência.

Sob tais acordos, do ponto de vista racional/econômico, empresas concorrentes atingem objetivos diversos e complementares, como de otimizar o uso de infraestruturas passivas e ativas, visando a redução de custos operacionais sem, todavia, deixar de atender exigências técnicas e regulatórias. Como se sabe, a prestação do SMP exige contrapartidas que envolvem padrões mínimos de qualidade, de cobertura e de atendimento⁹, inclusive em áreas do território que são

³ ANATEL. Resolução nº 703/2018.

⁴ Situação na qual uma empresa detentora do direito de uso de determinada faixa de espectro, em caráter primário (via leilão da Anatel), oferta a uma empresa concorrente o direito de uso de parte desta mesma faixa.

⁵ ANATEL. Plano de Uso do Espectro de Radiofrequências para o período de 2021 a 2028. In: <https://sistemas.anatel.gov.br/anexar-api/publico/anexos/download/d402b717998a27a99764e1efb875e74c> - acesso em 8.6.2022

⁶ A Anatel reforça, ainda: “O uso eficaz do espectro pode fazer uma grande diferença para a prosperidade de um país, especialmente onde as comunicações dependem fortemente de tecnologias sem fio, como sistemas celulares. A escassez de espectro, seja real ou artificial, tem um impacto adverso sobre a prosperidade.” In: *Idem*.

⁷ Redes de acesso via rádio (*Radio Access Network* – “RAN”) são utilizadas desde o início da tecnologia de telefonia celular, evoluindo através de suas gerações, desde a 1G até a mais recente, 5G. Em uma tipologia RAN, a comunicação por dados se dá por meio das ERB (que também podem ser chamadas de *cell sites* ou simplesmente ‘*sites*’), as quais fornecem acesso por rádio de maneira coordenada e gerenciada entre diversas outras ERB.

⁸ O *core de rede*, grosso modo, é um sistema com informações individualizadas, composto de um equipamento do tipo *Home Locator Register* (HLR), o qual contém dados específicos de cada usuário (como seu plano contratado e endereço), como também de sistemas que controlam a própria gestão do serviço do usuário, como a sua franquia de dados e informações quanto à qualidade do serviço.

⁹ Há, geralmente, compromissos de abrangência assumidos pelas MNO, nos editais de radiofrequência em que participam, de cobrirem no mínimo 80% da área urbana do distrito sede com sinal SMP.

menos atrativas comercialmente, como aquelas de baixa densidade populacional (municípios até 30.000 habitantes), áreas rurais e rodovias.

Por outro lado, em regiões mais adensadas e, logo, mais atrativas economicamente, dadas as limitações de espaço e de infraestruturas, acordos de *RAN Sharing* revelam-se oportunidades para que MNO desliguem sistemas RAN antigos, compartilhem aqueles que ainda se mantêm ativos e façam o *refarming*¹⁰ das radiofrequências legadas de tecnologias que não serão mais utilizadas. O uso destes instrumentos evidencia, inclusive, que as MNO vêm se movimentando a partir de instrumentos promovidos pela própria Anatel, seja por meio de seus normativos como por suas próprias práticas regulatórias. A própria possibilidade de *refarming*, semelhante ao que ocorre em outros países¹¹, é incentivada pela Agência como uma forma racional de ampliar a oferta de espectro em tecnologias mais avançadas, como já argumentou o Conselheiro da Anatel, Vicente Bandeira de Aquino Neto:

A cada década, tem surgido uma nova geração de serviços móveis, com larguras de banda e condições de uso do espectro radioelétrico bastante distintas, conduzindo a eventuais necessidades de reorganização periódica das faixas de radiofrequências disponíveis (*spectrum refarming*).¹²

Acordos de *RAN Sharing*, portanto, além de ampliar economias de escala e escopo às MNO envolvidas, permitem-lhes direcionar investimentos em novas tecnologias para uso mais eficiente de espectro. Ao mesmo tempo, todavia, estes acordos podem embutir alguns riscos concorrenciais, pois envolvem a infraestrutura ativa e, oportunamente, o espectro diretamente empregados em mercados relevantes em que estas empresas vêm concorrendo no nível *downstream*, notadamente o próprio SMP.

Como exemplo hipotético, diversos acordos de *RAN Sharing*, na linha do tempo e entre diferentes agentes, poderiam ensejar a alteração dos incentivos para cada um deles concorrer entre si, uma vez que as redes de acesso detidas, elemento fundamental para se operar e que definem diferentes modelos de competição, poderiam se tornar homogêneas, não havendo um efetivo diferencial competitivo que incentivasse a necessária rivalidade nestes mercados. Tal homogeneidade, em tese, criaria um incentivo à acomodação entre *players* dominantes, limitando a escolha dos consumidores, os quais poderiam não perceber diferenças de qualidade, cobertura e mesmo de preço nos serviços ofertados. Oportunas, a este respeito, as preocupações do então Conselheiro do Cade, João Paulo Resende, quando da análise de *RAN Sharing* envolvendo as empresas TIM e Oi Móvel:

No limite, se 100% das redes das quatro grandes operadoras do Brasil for compartilhada, teremos então uma única rede, com a mesma qualidade, e cujos

¹⁰ O *refarming* representa a reutilização de uma faixa do espectro de radiofrequência de uma tecnologia mais antiga para tecnologias mais recentes, como por exemplo do 2G para o 4G, visando aumentar a disponibilidade e diversificar, inclusive, sua destinação final.

¹¹ Como trazido pela GSMA Association, entidade mundial que representa operadoras e organizações móveis em todo o ecossistema móvel e indústrias adjacentes, “*internationally, refarming is commonly used as a process to govern the repurposing of spectrum bands to more efficient technologies and/or new services.*” In: GSMA. How to implement Spectrum Re-Farming. In: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2017/11/10-Day-2-Session-3-How-to-Implement-Spectrum-Refarming-Shola-Sanni.pdf> - acesso em 5.6.2022

¹² ANATEL. Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Análise nº 132/2019/VA. (Processo ANATEL nº 53500.004083/2018-79)

custos de capital e operacionais serão compartilhados igualmente pelas quatro operadoras, e a estrutura de custos das empresas divergirá apenas em função de custos administrativos e de capital. [...] Conforme bem documentado na literatura, a homogeneização de custos potencializa a colusão entre concorrentes, pois esses conhecem, com alto grau de precisão, os custos uns dos outros, e isso permite um paralelismo, ou colusão tácita, entre as empresas. A homogeneização da qualidade, por sua vez, tende a ter efeitos ambíguos. Por um lado, torna o consumidor indiferente entre as operadoras nesta dimensão, tendo apenas a variável preço como vetor de escolha. Tal fenômeno é positivo para o consumidor, pois reduz sua assimetria de informação e facilita a escolha do melhor arranjo preço/qualidade, reduzindo a possibilidade de que as empresas pratiquem algum mark-up em função da diferenciação. [...] Assim, embora o compartilhamento ativo de rede já disponível não seja tão preocupante, a expansão coordenada das redes em novas tecnologias retira os incentivos das empresas, por meio de uma largada mais célere na introdução de uma nova tecnologia, por exemplo, de roubar clientes umas das outras.¹³

Do ponto de vista do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), os acordos de *RAN Sharing* são considerados ‘Contratos Associativos’, sendo, portanto, atos de concentração de notificação obrigatória à autoridade antitruste, como prevê o inciso IV, artigo 90¹⁴, da Lei 12.529/2011, e regulamentado pela Resolução Cade nº 17/2016¹⁵. Neste bojo, desde 2013, nove acordos de *RAN Sharing* foram notificados ao Cade e aprovados sem restrições, os quais são resumidos no quadro 1, abaixo:

Quadro 1. Acordos de *Ran Sharing* notificados ao Cade

Processo	Requerentes	Escopo	Arquitetura
08700.009535/2013-93	TIM e OI	<i>RAN sharing</i> em 4G	MORAN – sem compartilhar espectro
08700.003536/2013-24	Telefônica e Claro	<i>Infraestrutura passiva</i>	Apenas estrutura passiva – sem compartilhamento de espectro
08700.002975/2014-09	TIM, OI e Telefônica	<i>RAN sharing</i> em 2G e 3G – municípios até 30.000 habitantes	MORAN e MOCN – com compartilhamento de espectro
08700.011507/2015-06	TIM e Telefônica	<i>RAN sharing</i> rural	MORAN – sem compartilhar espectro

¹³ CADE. Conselheiro João Paulo de Resende. Voto no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (TIM Celular S.A. e OI Móvel S.A.) (Doc SEI Cade nº 0545523)

¹⁴ “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

[...]

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.” In: BRASIL. Lei 12.529/2011.

¹⁵ Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, respeitados os critérios estabelecidos no artigo 88 do mesmo diploma.

08700.010033/2015-77	TIM, OI, Telefônica e CLARO	Contrato para criação de rede indoor	Apenas estrutura passiva – sem compartilhamento de infraestrutura ativa e espectro
08700.003598/2016-89	Telefônica e NEXTEL	<i>RAN sharing</i> 2G, 3G e 4G	GWCN – com compartilhamento de espectro
08700.002276/2018-84	TIM e OI	<i>RAN sharing</i> - Aditivo contrato sob processo 08700.009535/2013-93	Evolução de MORAN para MOCN – com compartilhamento de espectro
08700.006163/2019-39	Telefônica e TIM	<i>RAN sharing</i> 2G, 3G e 4G	MORAN, MOCN e GWCN – com compartilhamento de espectro
08700.006656/2020-11	Claro e Telefônica	<i>RAN sharing</i> – cessão unilateral em 3G	MOCN – com compartilhamento de espectro

Fonte: elaboração própria.

A título exemplificativo, destacamos dois acordos mais recentes, entre Telefônica (Vivo) e TIM¹⁶ e entre Claro e Telefônica¹⁷, os quais possuem escalas e escopos distintos.

O *RAN Sharing* entre Telefônica (Vivo) e TIM envolveu dois contratos: (i) um contrato em tecnologia 2G, alcançando um rol de quase 50% dos municípios brasileiros e no qual previu-se o desligamento de ERB, visando o uso da infraestrutura resultante para a prestação de serviços em tecnologias mais modernas (4G), por meio de *refarming*, e (ii) um contrato para o 3G e 4G, envolvendo um rol de municípios com até 30.000 habitantes¹⁸, visando, de um lado, a expansão das coberturas 4G de cada participante em 400 localidades em que apenas uma delas operava e, de outro lado, visando a consolidação das redes 3G e 4G em cerca de 1.600 localidades em que ambas já operam. Em ambos os contratos foram previstos o compartilhamento de espectro entre as concorrentes. Importantes as conclusões exaradas pela Superintendência Geral do Cade (SG/Cade), acolhidas pelo Tribunal daquele Conselho, acerca deste acordo:

Dado o interesse das Partes em otimizar a infraestrutura existente em 2G para, via *refarming*, ampliar a oferta de 4G, depreende-se que a operação não gera um efeito de ‘acomodação’ mas, ao contrário, favorece uma busca maior por inovação nos mercados contemplados;

¹⁶ CADE. Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39 (Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.)

¹⁷ CADE. Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11 (Claro S.A. e Telefônica Brasil S.A.)

¹⁸ A limitação aos municípios até 30.000 é explicada pela própria regulação setorial. De acordo com o artigo 41 da Resolução nº 671/2016, em seus parágrafos 5º e 6º, estão dispensados de anuência prévia os contratos de exploração industrial para localidades de menor adensamento populacional, como municípios com menos de 30.000 habitantes e áreas rurais.

O aumento de eficiência pode ser repassado aos consumidores por meio de menores preços relativos, ou seja, por um aumento de serviços ofertados a preços proporcionalmente menores, restando tal perspectiva mais evidente naquelas localidades em que haverá a evolução tecnológica do 2G para o 4G.

[...]

A recomendação de aprovação da presente operação se dá porque, analisados todos os fatores apresentados, constata-se que, além dos potenciais benefícios ao bem estar do consumidor, os possíveis riscos existentes nos acordos de *RAN sharing* ou foram mitigados ou não alteram os atuais incentivos das operadoras para incorrerem em eventuais condutas anticompetitivas.¹⁹

Já o *RAN Sharing* entre Claro e Telefônica (Vivo) teve uma abrangência significativamente limitada e um modelo de cessão unilateral, envolvendo apenas 81 ERB em localidades pouco adensadas em Estados da Região Nordeste, sendo a maioria delas municípios com até 30.000 habitantes. Pelo contrato, a Telefônica compartilharia, à Claro, sua RAN e o espectro de radiofrequência, cuja contrapartida se daria por meio de contraprestação financeira. Nesta oportunidade, assim manifestou-se a SG/Cade:

As Partes atuam em mercado que opera com baixa assimetria de informações, com relativa homogeneidade de preços e tipos de serviços, havendo uma alta substituíbilidade entre produtos de uma operadora para outra. Ademais, pelas razões expostas ao longo deste parecer, não se espera que a presente operação incentive a colusão entre as Partes.

[...]

Ressalta-se, por oportuno, que contratos de *RAN sharing* demandam uma análise cuidadosa, do tipo caso a caso. O fato de até o presente essas operações terem sido aprovadas sem restrições, não significa, frente inclusive o aumento no número destes tipos de acordos, que quaisquer contratos, no futuro, serão automaticamente aprovados por este Cade. Por fim, fatores como: o grau de concentração do mercado; o possível aumento de operações que envolvam *players* concorrentes, incluindo os casos de *RAN sharing*; e a implantação de novas tecnologias, como a de 5G, podem, já a curto prazo, interferir na dinâmica concorrencial vigente. Tal cenário requer desta Autoridade Antitruste uma atuação vigilante no sentido de preservar e promover a concorrência no mercado de SMP.²⁰

Os dois exemplos acima ilustram, ainda que superficialmente, algumas dimensões destes acordos até o presente: as formas de compartilhamento almejadas pelos agentes, a racionalidade econômica que os motivou e, por fim, alguns pontos de preocupação considerados pela autoridade antitruste no que diz respeito, por exemplo, aos riscos de colusão – ainda que tácita – e às preocupações de que os ganhos de eficiência e inovação, gerados com tais operações, estimulem a

¹⁹ CADE. Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG. Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39 (Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.) (Doc. SEI Cade nº 0745523).

²⁰ CADE. Parecer nº 7/2021/CGAA4/SGA1/SG. Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11 (Claro S.A. e Telefônica Brasil S.A.) (Doc. SEI Cade nº 0904897)

rivalidade nos mercados, o que poderia se refletir, oportunamente, no incremento do excedente do consumidor.

No momento atual, no entanto, alguns fatores fundamentais alteram as tipologias, os cenários e os incentivos para celebração de acordos de *RAN Sharing*: o avanço das novas tecnologias de RAN e, principalmente, a implantação de uma tecnologia disruptiva como o 5G, que altera substancialmente a lógica dos mercados relevantes de telecomunicações e é definidora do surgimento de novos modelos de negócios.

Como se sabe, a implantação de todo o ecossistema²¹ em 5G, inclusive para aquisição de faixas espectro, impõe um alto CAPEX²² às empresas exploradoras, dado que a tecnologia exige a instalação de sistemas de RAN em número significativamente maior do que os atualmente existentes, baseadas em novas formas de transmissão e de computação. Neste sentido, visando otimizar custos²³ e valendo-se da experiência com os *RAN Sharing* já realizados, novos acordos tendem assim a se agudizar. Serão acordos em diversas localidades do País, mas visando não somente o compartilhamento dos sistemas existentes, mas a própria implantação, *greenfield*, de equipamentos de suporte às ERB maiores, das antenas transmissoras do tipo *small cells* e dos novos elementos que conectam e transmitem dados. Ao mesmo tempo, o uso de faixas do espectro em altas frequências e baixas latências, por diferentes *players*, tendem a ensejar outras formas de acordo, como, por exemplo, o compartilhamento puro de espectro, no qual o interesse mútuo entre as MNO será o compartilhamento da capacidade de tráfego da rede a ser ofertada a grandes clientes de atacado - em mercados diversos – ou entre elas mesmas.

Em artigo publicado em 2020, FRIAS e STOCKER bem prospectam estes novos cenários:

O 5G abandona a noção de separação física por meio de redes paralelas. Em vez disso, introduz um novo paradigma de compartilhamento de recursos: um conjunto em evolução de serviços deve ser eficientemente entregue de forma integrada, ou seja, através da mesma infraestrutura (compartilhada) e recursos de rede.

[...]

Acontece que esse novo paradigma de compartilhamento pode emergir como uma faca de dois gumes. O grau de sobreposição da cobertura geográfica necessária dos casos de uso de 5G pode ser fundamental para facilitar os casos de negócios e os investimentos necessários. Da mesma forma, quanto mais serviços forem fornecidos nos mesmos recursos de rede física, maior será o potencial de compartilhamento de recursos de rede. No entanto, resolver a rivalidade resultante de forma que o espectro de rádio seja compartilhado de forma economicamente eficiente é complexo e apresenta um desafio de coordenação sem precedentes. A

²¹ Destacam-se, por exemplo: insumos como antenas de grande porte e do tipo small-cells, com alto valor tecnológico, fornecidas por poucas empresas mundiais; investimentos em redes próprias ou alugadas de backbone e backhaul, trafegando altas taxas de dados; equipamentos lógicos que conectam os sistemas ERB/backhaul/backbone; investimentos em sistemas de armazenamento e comunicação em nuvem; investimentos em novos sistemas IOT.

²² CAPEX deriva da expressão inglesa *Capital Expenditure*, que significa Despesa de Capital. O CAPEX indica o nível de investimentos de uma empresa para concretização de suas atividades.

²³ Corroborando esta percepção, estudo da consultoria McKinsey estima que novos acordos de compartilhamento, com a implantação do 5G, podem resultar em economias acima de 40% entre os participantes. In: CADE. Parecer nº 8/2020/CGAA4/SGA1/SG. Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39 (Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.) (Doc. SEI Cade nº 0745523).

forma como o espectro é compartilhado está inerentemente ligada a problemas de coordenação e alocação.²⁴ **(livre tradução)**

Além disso, tais compartilhamentos tenderão, cada vez mais, a se conectar com outros mercados relevantes de telecomunicações, nos quais MNO concorrentes também ofertam serviços de atacado e varejo e, muitas vezes, são demandantes de outras *essential facilities* em mercados que não atuam.

Exemplo mais simples deste tipo de *essential facility* é o poste, infraestrutura de propriedade das empresas distribuidoras de energia e que é contratado por *players* de telecomunicações para a passagem de seus cabos de tráfego de voz e dados, para mercados de *downstream* típicos, como STFC e SCM. Espera-se que, com o advento do 5G e a ampliação do cabeamento em fibra ótica, a demanda por postes se ampliará, naturalmente, pois cada MNO desejará instalar neles suas *small cells* e caixas de tráfego e gerenciamento de dados, principalmente nas regiões adensadas e geradoras de maior ARPU e, por óbvio, EBITDA. Os espaços para esta instalação, todavia, são escassos. A própria miniaturização das antenas e a alta capacidade de tráfego que suportam, inclusive em diferentes faixas do espectro, criam, pois, os citados incentivos ao seu compartilhamento.

Desenham-se então novas situações em que MNO buscarão acordos com concorrentes, do tipo *RAN Sharing*, mas na fase ainda de implantação, visando a instalação das novas *small cells* e caixas lógicas, oportunamente com compartilhamento de espectro, em infraestruturas nas quais já passam seus cabos óticos e concorrem não só em mercados relacionados (STFC, SCM), mas também pelo próprio espaço no ponto de fixação do poste, o qual é ofertado por um monopolista que não opera, em tese, em telecomunicações (a distribuidora de energia). Tal realidade indica um aprofundamento nos relacionamentos horizontais e verticais, ampliando a complexidade em se avaliar os efeitos de tais sinergias, seja na fase *ex ante*, seja em sede de detecção de possíveis condutas anticompetitivas, notadamente ao se tratar de ampliação de barreiras à entrada ou de práticas exclusionárias. Neste sentido, complementam FRIAS e STOCKER:

Embora a concentração da demanda por serviços 5G em áreas específicas, como os principais centros urbanos, certamente colocará à prova os projetos técnicos e regulatórios do 5G, será interessante ver **como as diferentes abordagens regulatórias afetarão o compartilhamento de recursos de espectro e a realização de diferentes casos de uso do 5G**. As tecnologias de habilitação para o 5G, como fatiamento de rede e computação de borda, juntamente com a regulamentação do espectro 5G, levarão a um tráfego de rede mais localizado e enfatizarão o papel das redes 5G privadas. Em combinação, esses desenvolvimentos não apenas afetarão a economia 'tradicional' de compartilhamento de infraestrutura e convenções de compartilhamento de receita na esfera móvel, mas também poderão dar origem a novas (e indesejáveis) formas de fragmentação.²⁵ **(livre tradução, grifo nosso)**

Há, por isso, novos desafios regulatórios e antitruste que não são triviais, principalmente porque o imbricado relacionamento entre *players*, tanto no nível horizontal como em mercados verticalmente relacionados, se dará em contextos em que, na prática, os mercados relevantes tendem

²⁴ Frias, Z., Stocker, V. *The Economics of Shared Infrastructure in 5G Networks*. July, 2020. In: <https://cmte.ieee.org/futuredirections/tech-policy-ethics/july-2020/the-economics-of-shared-infrastructure-in-5g-networks/> - acesso em 10.6.2022.

²⁵ *Idem*.

a convergir, dada a cada vez maior substituíbilidade pela ótica da demanda. Ilustra esta característica a convergência entre os mercados de SMP e SCM, à medida que o 5G permite altas taxas de tráfego e velocidade e os novos equipamentos de transmissão de dados permitem ‘transportar’ a banda larga, hoje fixa, para quaisquer locais. Assim bem o explicou a SEAE, em análise sobre a operação de venda da empresa Oi Móvel:

Com o avanço das redes backbone e backhaul em fibra ótica, o desenvolvimento de novas tecnologias de transmissão espectral (como as antenas small cells mais recentes) e uma maior oferta, na última milha, de espectro em altas frequências e com tecnologia 5G, estima-se a transformação do mercado de SCM (a atual banda larga fixa), cujo funcionamento será mais flexível, aproximando-se à lógica do mercado de SMP, permitindo que um mesmo serviço contratado possa ser usufruído em qualquer local, sob qualquer plataforma ou suporte e, em tese, sem limites de tráfego (como atualmente é prática apenas dos pacotes típicos do SCM, diferentemente do SMP). Este novo mercado, como se viu, denomina-se ‘banda larga fixa sem-fio’ ou fixed wireless access (“FWA”).

[...]

Deve-se considerar, ainda, que a mesma infraestrutura de antenas que será utilizada para o 5G poderá também irradiar sinais na tecnologia Wi-Fi 6E, o que significará a diversificação de soluções a serem oferecidas, com maior flexibilidade nos serviços, tanto do ponto de vista da oferta como da demanda, sob o pressuposto Open RAN, ou seja, com interoperabilidade de hardwares, softwares e sistemas...²⁶

Tal exemplo de complexidade pode, inclusive, ensejar decisões conflitantes, em operações futuras envolvendo empresas concorrentes, entre o agente regulador setorial (Anatel) e a autoridade de defesa da concorrência (Cade).

No caso da Anatel, a análise de anuência prévia de operações entre concorrentes segue as previsões da LGT (Lei nº 9.472/1997) e de seus instrumentos regulatórios infralegais, como o Regulamento de uso do Espectro (RUE), o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) e o Regulamento de Compartilhamento Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicações. Tais instrumentos condicionam a análise da Agência, naturalmente, às definições e escopos vigentes para os mercados relevantes envolvidos, como SMP, SCM e STFC. A análise dos aspectos concorrenciais – alguns deles já definidos em norma, como os limites de uso do espectro por agente econômico²⁷ – é efetuada à luz do arcabouço regulatório e respeitando os mecanismos de incentivo à competição, como o citado PGMC, instrumento que delimita os mercados relevantes de atacado objeto de regulação assimétrica.

Para o Cade, quando da análise de controle de estruturas, a definição de um mercado relevante é mais aberta. É, naturalmente, inspirada em jurisprudência ou entendimentos anteriores, mas sendo também baseada em testes de mercado e investigações para averiguar se, em fato, a substitutibilidade, seja pela ótica da oferta ou da demanda, corresponde ao que as Requerentes indicaram para as suas dimensões produto e geográfica. Neste sentido, é possível, hipoteticamente, que uma operação entre empresas que atuem em mercados relacionados (como exemplo, o SMP e o SCM) possa vir a ser entendida como um acordo horizontal e não um acordo de fornecimento de capacidade ou de complementariedade, tipicamente vertical.

²⁶ SEAE. Nota Técnica nº 61841/2021/ME. (Doc. SEI/ME nº 21293757)

²⁷ ANATEL. Resolução nº 671/2016 - Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências (RUE).

Ainda hipoteticamente, um acordo entre concorrentes poderia ser entendido como uma relação vertical de fornecimento, pela Anatel, mas, para o Cade, frente aos efeitos concorrenciais possíveis, como um contrato associativo horizontal. É sob esta perspectiva que tais órgãos tem como desafio ampliar sua atuação coordenada, evitando inclusive eventuais contradições práticas entre as decisões exaradas, ainda que cada uma delas atendam aos ditames regulatórios e aos pressupostos da Lei nº 12.529/2011. Estas contradições poderiam resultar em ineficiências alocativas, aumento de lides judiciais ou arbitrais, maior ônus regulatório e dificuldades no acompanhamento de eventuais remédios antitruste que possam ser determinados.

Duas recentes operações de alienação de ativos envolvendo o Grupo Oi, aliás, ilustram alguns desafios desta natureza: (i) a venda da Oi Móvel, de forma dividida, a seus três concorrentes nacionais no atual mercado de SMP; e (ii) a venda do controle da sua unidade de infraestrutura de fibra óptica, atualmente denominada V.Tal²⁸, para fundos de investimento controlados pelo Banco BTG Pactual²⁹.

A V.tal busca se consolidar como um operador nacional de redes neutras, ofertando em atacado soluções relacionadas ao compartilhamento de capacidade para operadoras e provedores de internet, independentemente do porte, e fazer as conexões e transporte de dados que darão sustentação aos sistemas 5G. A empresa possui cerca de 400.000 quilômetros de fibra ótica conectados em redes de *backbone* e uma rede de cabos submarinos, oriunda da Globenet, com enlace internacional.

Ao mesmo tempo, a empresa estima outros modelos de negócio³⁰, como se descreve:

“Edge computing e edge data center, trazer o computador para perto do cliente, são uma realidade. Se você tem lentidão, não tem real time applications, que são os carros, autônomos, o gaming, tudo que exige latência de 1 ms ou menos. Não se fala mais em banda larga, se fala em latência”. [...]

... a V.tal herda não apenas a fibra, mas prédios e edificações da Oi que poderão ser utilizadas para novos serviços, inclusive para a hospedagem de equipamentos de data centers. “Temos a vantagem de ser o data player mais relevante do país e termos prédios espalhados pelo Brasil que podem ser explorados”.

[...]

A V.tal não tem torres móveis, mas pode se beneficiar da presença capilar em edificações e mobiliário urbano para construir uma rede de internet das coisas e oferecer ainda small cells para as operadoras móveis do país. A seu ver, elas vão

²⁸ A V.tal foi criada no bojo do processo de recuperação judicial do Grupo Oi, representando os seus ativos de fibra óptica (Infracó). Seu processo de transferência ao mercado ocorreu com a transferência de participação de controle para a GlobeNet, empresa de cabos submarinos, e os fundos de investimento do BTG Pactual, que assumiram a responsabilidade pela gestão.

²⁹ Com esta venda, estima-se que o fundo do BTG Pactual deterá cerca de 65% da empresa, sendo a sua controladora.

³⁰ No mencionado exemplo da V.tal, a empresa indica que, por movimentar-se a um mercado atacadista de redes neutras, ofertará suas capacidades de forma não discriminatória e atendendo grandes e pequenos clientes, como os PPP. Tal pressuposto, segundo a empresa, evita favorecer a própria Oi, que é uma de suas detentoras e, concomitantemente, sua principal cliente, consumindo cerca de 50% de sua capacidade para ofertar, à jusante, internet banda larga, IPTV e o STFC.

precisar de um backbone de alta capacidade para escoar o tráfego 5G, e também de capilaridade em fibra e antenas.³¹

São exemplos de novos relacionamentos potenciais e que envolverão mercados de atacado e varejo, nos quais as grandes empresas concorrentes, que já adquiriram fatias da Oi Móvel, também operam e para os quais também estão buscando suas soluções, à luz das inovações em curso. Estes relacionamentos, a depender dos níveis de interação, de escala e do *core business* da empresa, podem ser entendidos como meros contratos de fornecimento (verticais) ou se ampliar para um modelo associativo, ao preverem compartilhamento de riscos, resultados e definirem formas de contrapartida que afetam seus típicos *trade-off* nos mercados de varejo (horizontais).

Outras formas de compartilhamento, inclusive, como a dos citados *data centers* urbanos, podem ensejar situações análogas a dos típicos *RAN Sharing* atuais: para além de uma ERB e do espectro, compartilha-se toda a capacidade e latência de sistemas computacionais, dedicados ao armazenamento e tráfego de dados para 5G, inclusive em nuvem, e localizados em prédios em grandes centros urbanos, reduzindo-se custos de investimentos aos participantes e ensejando economias de escala e escopo, de um lado, mas embutindo novos riscos concorrenciais, de outro.

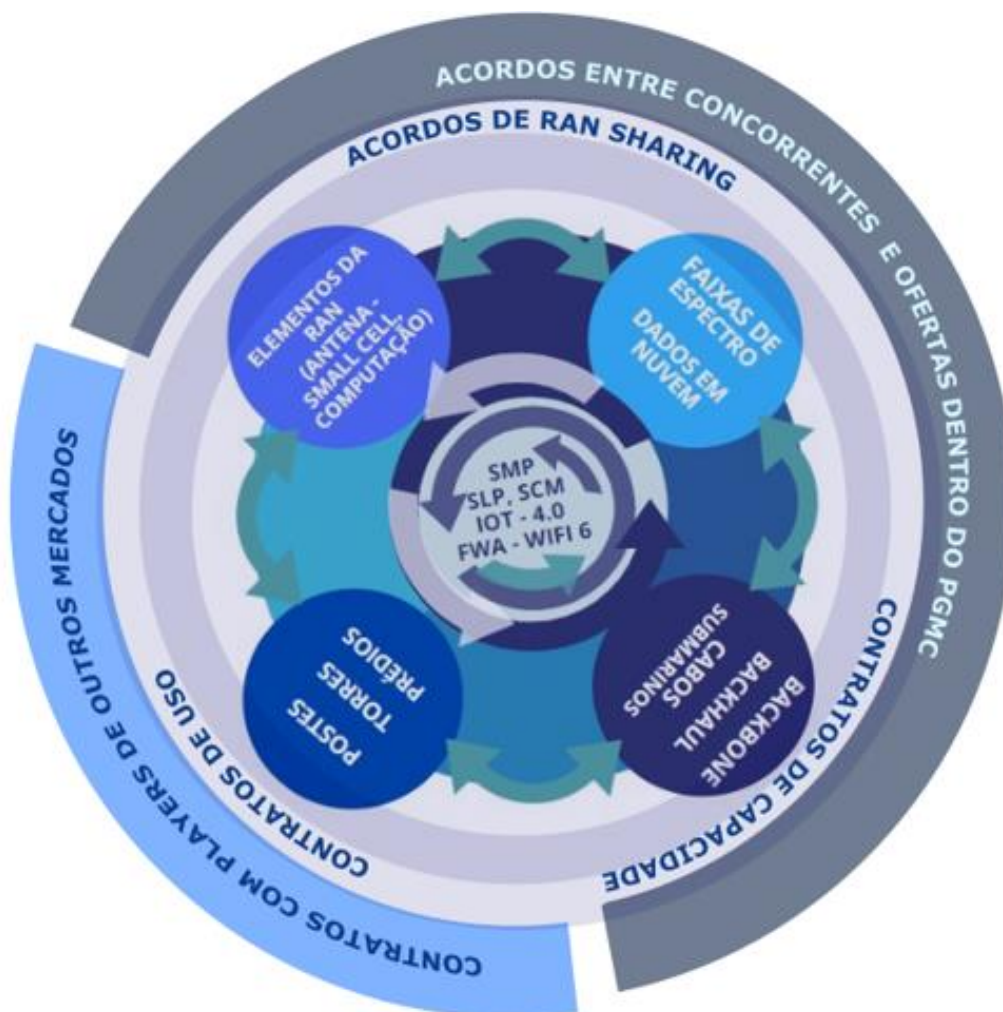
Ao se observar um mercado de oferta de acesso a redes neutras em atacado, parece-se, de fato, estar diante de uma típica relação vertical, ainda que ela se apresente inovadora frente aos modelos de oferta preexistentes. Diante, contudo, dos imbricados relacionamentos que os concorrentes aprofundarão e considerando-se a maior substitutibilidade, via convergência, dos diversos serviços ofertados à jusante, tais ofertas em atacado podem se confundir como um grande e intenso compartilhamento em mercados horizontalmente afetados, uma vez que tais relacionamentos podem representar, por sua intensidade e uso mútuo de infraestruturas fundamentais para se operar nos mercados de *downstream*, a repetição indeterminada de um mesmo jogo. Neste hipotético jogo, cada nova rodada reduz a assimetria de informações entre os *players*, definindo suas estratégias de atuação e de contrapartidas, podendo resultar em nuances típicas de contratos associativos de fato.

Em síntese, embora as relações verticais de ofertas atacadistas se mantenham evidentes, seja em relações típicas de fornecimento, seja dentro da lógica do PGM, visando atender empresas concorrentes em mercados no nível *downstream*, observam-se intersecções cada vez mais intensivas, impulsionadas pelo relacionamento entre empresas em situações cruzadas de fornecimento e em acordos horizontais. São relacionamentos que, pelo próprio dinamismo do setor, revelam-se cada vez mais complexos e que afetam diretamente a atuação nos diferentes níveis em que operam. Isso ocorre, também, concomitantemente à intensa transformação destes mesmos mercados à jusante, tornando-se ainda mais complexo, inclusive, estabelecerem-se definições taxativas sobre suas dimensões produto e geográfica.

A Figura 1 tenta ilustrar, sucintamente e de forma prospectiva, um pouco destas sinergias que, cada vez mais, vem definindo os diferentes níveis de concorrência nas cadeias de telecomunicações:

Figura 1. Modelo de Sinergia entre diferentes níveis da cadeia de telecomunicações

³¹ TELESÍNTESE. *V.tal vai investir em data centers, small cells e IoT, diz Amos Genish*. In: <https://www.telesintese.com.br/v-tal-vai-investir-em-data-centers-small-cells-e-iot-diz-amos-genish/> - acesso em 13.6.2022. Os trechos entre aspas figuram, na matéria, como palavras do CEO da V.tal, Amos Genish.



Fonte: Elaboração própria. Observa-se, da borda, para o centro, os fatores de relacionamento entre diversos elementos necessários para se concorrer em telecomunicações, os quais afetam e definem a tipologia dos mercados no nível *downstream* (centro da figura).

Desta forma, ao se considerar os modelos de oferta atacadista *vis a vis* os diversos relacionamentos acima ilustrados, há a possibilidade de práticas discriminatórias e da criação de barreiras artificiais à entrada, notadamente à agentes menores, ao se considerar que eles não detêm outras infraestruturas e capacidades ofertadas que exerçam pressão e alterem incentivos de empresas com poder de mercado.

E, como todas estas infraestruturas de atacado estarão intimamente relacionadas à oferta de 5G e seus mercados emergentes, fornecendo-lhe todo o suporte ao tráfego em altas capacidades e baixas latências necessários para que operem de forma efetiva no nível espectral, a cadeia de incentivos entre grandes *players* pode ensejar condutas restritivas, ainda que de difícil mensuração quanto ao caráter anticoncorrencial, mas com potencial prático para frear o ritmo de inovações – principalmente para o surgimento de novos modelos de negócios - que agentes menores, disruptivos, podem fomentar.

Em casos de *RAN Sharing* em que há, por exemplo, compartilhamento envolvendo também o espectro de radiofrequência, ainda que o RUE vigente explicita que os contratos devam permitir

a adesão de terceiros³², as próprias práticas de mercado podem constranger tais entradas, mesmo que as celebrantes destes acordos não o intentem em fazê-lo: as próprias economias de escala que detém, em função de suas diversas sinergias, podem fomentar tais barreiras. Neste sentido, em recente manifestação ao Cade, assim argumentou a empresa Algar:

[...] o compartilhamento de rede aumenta as barreiras à entrada de concorrentes, visto que uma empresa que queira disputar mercado com as empresas parte do acordo terá um custo proporcionalmente maior em relação a tais empresas integradas. Caso uma entrante queira cobrir uma determinada área, teria de fazer investimentos integrais em um sítio de uso próprio, enquanto suas concorrentes terão sítios disponíveis a custos bem menores em função do compartilhamento.

[...] questões que merecem ser aprofundadas pelo CADE são: a eventual existência de disposições que garantam a entrada de novos concorrentes de maneira não discriminatória, em condições isonômicas de preço e acesso [...] ³³

Destaca-se, neste sentido, que os atuais processos de revisão do PGMC e do RUE, pela Anatel, parecem considerar estas preocupações, sendo importante que contemplem, inclusive aos *players* não detetores de PMS, mecanismos de incentivo à entrada que reflitam este forte movimento de convergência dos mercados de telecomunicações, incentivando, por exemplo, a redução dos níveis de assimetria de informações, quanto à escala e escopo³⁴, dos diversos acordos de compartilhamento existentes e àqueles que serão celebrados.

Para além deste contrapeso regulatório, busca-se demonstrar que tais relações entre concorrentes requerem uma observação antitruste acurada. Fundamental, por isso, a atuação coordenada entre Anatel e Cade para a análise caso a caso, visando inclusive o aperfeiçoamento de regras e procedimentos existentes. Tal coordenação pode ser ampliada, a depender do caso, a múltiplos agentes, como no citado exemplo dos postes, tema que envolve também, diretamente, a Aneel³⁵.

De forma similar, em acordos entre concorrentes nos quais o compartilhamento de elementos lógicos de sistemas e redes tendam a facilitar o conhecimento do comportamento dos clientes, os riscos concorrenciais embutidos demandarão atuação coordenada também com outras entidades, visando enfrentar novos desafios postos, como com a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e a própria SEAE.

Prospectados alguns destes cenários para futuros acordos envolvendo infraestruturas de telecomunicações, deve-se ressaltar que, conquanto possa haver incentivos a práticas anticompetitivas, não significa que em fato estas ocorrerão. É necessário observar atentamente o

³² De acordo com o parágrafo 9º, artigo 41 do RUE, “os contratos de exploração industrial deverão conter cláusula expressa, dispondo sobre a possibilidade de participação de novos interessados no compartilhamento, em condições isonômicas e não discriminatórias.”

³³ ALGAR. Pedido de habilitação como terceira interessada no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11 (Doc. SEI Cade nº 0858022)

³⁴ Acordos de *RAN Sharing* envolvem, invariavelmente, a troca de informações entre empresas horizontalmente concorrentes. Neste sentido, a restrição de acesso às localidades RAN em tais acordos ocorrem podem conferir às empresas participantes vantagem competitiva desproporcional, por assimetria de informações, em detrimento de outras empresas não participantes, por exemplo.

³⁵ No exemplo dos postes, tal ação coordenada pode contemplar também os formuladores de políticas, como o Ministério das Comunicações e o de Minas e Energia, visando amplificar o uso eficiente de infraestruturas essenciais aos serviços de telecomunicações sem quaisquer prejuízos à distribuição de energia elétrica.

dinamismo destas relações e suas racionalidades econômicas, muitas das quais, ao ensejarem eficiências, podem também resultar no incremento de competitividade e do bem estar do consumidor. Como explicado, demandam, caso a caso, minuciosa investigação antitruste.

Necessário, todavia, que os mecanismos de regulação assimétrica estejam alinhados às múltiplas preocupações de ordem concorrencial, almejando não somente coibir práticas anticompetitivas mas, *ex ante*, estimular novas formas de entrada e rivalidade para os mercados que estão emergindo.

O califa está de olho no decote dela: as implicações do caso Alibaba para a concorrência em mercados digitais

Angelo Prata de Carvalho

As permanentes discussões sobre o futuro do Direito da Concorrência e as disputas dogmáticas e narrativas quanto às suas finalidades têm há muito dominado a literatura antitruste, que constantemente se debruça sobre a dicotomia entre as premissas metodológicas tradicionalmente fixadas pelo direito norte-americano – baseadas, em larga medida, nos fundamentos estruturados pela Escola de Chicago e na teoria econômica neoclássica – e os entendimentos dissonantes advindos da Europa – com postura considerada mais intervencionista, na medida em que tende a limitar a concentração e a tomar decisões mais rigorosas no âmbito do controle de condutas.

No entanto, com a crescente integração da economia global, e especialmente com a avassaladora influência transnacional das chamadas *big techs* ou gigantes da internet – o que tem levantado preocupações relevantes inclusive nos Estados Unidos, notadamente com as autoridades nomeadas pelo governo Biden, marcadamente partidárias de visão crítica quanto às perspectivas dominantes que permitiram o grande movimento de concentração econômica das últimas décadas –, diversas vozes relevantes têm inclusive apontado ou para a necessidade de convergência de abordagens (perspectiva que também é potencialmente problemática, mas que será abordada em outra oportunidade), ou ao menos para problemas compartilhados que mereceriam a construção soluções holísticas. Pode-se mencionar, nesse sentido, recente discurso no qual a Comissária Europeia para a Concorrência Margrethe Vestager expressamente afirmou que mercados abertos e justos são um objetivo compartilhado por ambos os lados do Atlântico, de tal maneira que haveria forte convergência quanto às preocupações das duas jurisdições¹.

Por mais emocionantes que possam ser as disputas pelo protagonismo da defesa da concorrência, notadamente no que se refere aos mercados digitais, e por mais heroicas que sejam as iniciativas europeias e norte-americanas pelo controle do poderio econômico das *big techs*, tal narrativa insere o restante do mundo na plateia da exibição de um filme com legendas mal traduzidas. Causa inclusive alguma perplexidade que, apesar de os gigantes dos mercados digitais projetarem seu poder sobre todas as demais jurisdições, estas parecem estar, parafraseando-se a famosa carta de Aristides Lobo, assistindo bestializadas a tal processo, atônitas e surpresas, sem saber o que significa, acreditando seriamente estarem acompanhando mais um desfile de ideias.

No entanto, não somente há outros Direitos da Concorrência distintos daqueles ao norte, como há posturas firmes que desafiam diversas das premissas lá estabelecidas. Exemplo disso é o que vem ocorrendo na China, que desencadeou processo resumido pela manifestação do presidente Xi Jinping após sessão plenária da Comissão de Inspeção Disciplinar do Partido Comunista Chinês, segundo o qual “esforços deverão ser tomados para investigar e punir o comportamento corrupto por trás da expansão desordenada do capital e do monopólio das plataformas, e para cortar a ligação entre poder e capital”².

O pronunciamento vem na esteira da avassaladora condenação da gigante chinesa de tecnologia Alibaba, condenada em multa equivalente a 2.8 bilhões de dólares, em 2021, pela Administração Estatal de Regulação do Mercado da China (conhecida pela sigla em inglês SAMR), pela prática de conduta anticompetitiva consistente na criação de estrutura de incentivos que forçava vendedores a comercializarem seus produtos exclusivamente na plataforma da empresa. Conforme

¹ https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/speech-evp-margrethe-vestager-american-chamber-commerces-transatlantic-business-works-summit-europes_en.

² http://www.news.cn/politics/2022-01/20/c_1128283479.htm.

explica Sandra Colino, a rigorosa postura da autoridade concorrencial chinesa não consiste propriamente no ingresso do país asiático no movimento global de combate às *big techs*, mas no resultado de uma estratégia *sui generis* de controle do poder econômico, fundada na ideia de “observar e então agir” (*observe-then-act*)³. O caso da Alibaba, nesse sentido, é lapidar: após longo período de desenfreado e descontrolado crescimento, no qual o conglomerado liderado por Jack Ma conquistou habilmente mercados dominados por agentes ligados ao governo central (como ocorreu com a Alipay, braço financeiro do grupo Alibaba que rapidamente ocupou relevantes espaços dos pouco eficientes bancos chineses), vem sendo mais rigorosamente controlado pelas autoridades de regulação do mercado.

A distinção, aqui, não é meramente política e tampouco se trata tão somente de um novo golpe em uma complexa disputa por espaços de poder, mas diz respeito a uma forma particular de visualizar-se o desenvolvimento e a proteção de mercados. Isso porque, como explica Lillian Li, existe uma relação simbiótica entre as instituições públicas chinesas tradicionais e as instituições digitais privadas em ascensão, de tal maneira que a tecnologia se desenvolve da China a partir da premissa de que se trata de um país em desenvolvimento com instituições em desenvolvimento, de tal maneira que a tecnologia não está aprimorando instituições já existentes, mas verdadeiramente criando-as⁴. Trata-se, em síntese, segundo a autora, do processo enunciado por Deng Xiaoping ao propagar que “é preciso cruzar o rio sentindo as pedras sob os pés”: diante da ausência de consenso sobre a melhor forma de lidar com a inovação, pode ser interessante verificar como os agentes econômicos se comportam para então reequilibrar os mercados quando necessário.

Considerando que a inovação franca passou a dar lugar a uma série de abusos – como é o caso da conduta anticompetitiva perpetrada pela Alibaba, dentre outros exemplos⁵ – o arcabouço regulatório e concorrencial chinês vem sendo robustecido com soluções originais, como a recente recomendação da Administração do Ciberespaço da China que vedou a utilização de algoritmos para a imposição de restrições indevidas sobre provedores da internet que obstem o regular funcionamento dos serviços informacionais ou produzam condutas monopolistas ou anticompetitivas⁶.

A postura adotada pela China serve, assim, para questionar diretamente o recorrente truísmo segundo o qual as autoridades concorrenciais dos Estados Unidos teriam historicamente adotado postura mais contida em razão da circunstância de que os gigantes da internet encontram-se sediados em território americano, ao passo que a União Europeia teria a possibilidade de tomar decisões mais arrojadas por não seguir as mesmas tendências protecionistas – e, ao contrário, contaria com incentivos para proteger-se da dominância das *big techs* norte-americanas. Evidentemente que não se ignora que tanto Estados Unidos quanto União Europeia podem ser movidos por anseios protecionistas ou outras finalidades políticas (tendo em vista que o Direito da Concorrência é, invariavelmente, político).

No entanto, igualmente não se pode deixar de levar em consideração o fato de que se trata de posturas teórico-ideológicas em disputa sobre o Direito da Concorrência que dificilmente serão verdadeiramente efetivas (especialmente se carregarem o ônus de promover a convergência) se não dialogarem com as idiossincrasias daqueles que terão de segurar o Tchan.

³ COLINO, Sandra Marco. The case against Alibaba in China and its wider policy repercussions. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 10, pp. 217-229, 2022.

⁴ <https://lillianli.substack.com/p/let-the-bullets-fly-for-a-while>

⁵ Ver: <https://www.cigionline.org/articles/how-antitrust-facilitates-chinas-goal-to-achieve-technological-self-sufficiency/>

⁶ Disponível em: <https://digichina.stanford.edu/work/translation-internet-information-service-algorithmic-recommendation-management-provisions-effective-march-1-2022/>.

A água escolhe o seu percurso de acordo com o terreno que atravessa: desconsideração da personalidade jurídica na lei antitruste

Eduardo Molan Gaban

A Lei Antitruste Brasileira (Lei n. 12.529/2011), em seu artigo 36, tipifica as infrações à ordem econômica e, embora as condutas ali previstas também caracterizem infrações a outras leis¹, é esta que em regra contém as sanções pecuniárias mais significativas², conforme artigos 37 e seguintes.

O artigo 33 da Lei Antitruste garante, ainda, uma ampla legitimação passiva na responsabilização dos agentes econômicos por condutas anticoncorrenciais e ilícitos concorrenciais de modo geral³, ao prever que “[s]erão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

Assim, o texto atual admite a solidariedade entre integrantes do grupo econômico quando ao menos uma das empresas pratica infração. Caracterizada a existência de grupo econômico, no âmbito do qual determinada entidade praticou infração, seria aplicável a regra da responsabilidade solidária aos demais integrantes⁴.

Para além da solidariedade do grupo econômico, a lei permite ainda que a responsabilidade pelo ilícito concorrencial seja estendida à pessoa do sócio, conforme redação do artigo 34, *caput* e parágrafo único:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A redação do parágrafo único é expressa ao estabelecer que a falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica autorizam a “desconsideração”, ou seja, a retirada do véu da personalidade jurídica para cobrança da sanção administrativa imposta pelo CADE diretamente dos sócios.

A partir desta previsão, denota-se que a mera insolvência da pessoa jurídica autoriza que se atinja o patrimônio do sócio, independentemente da necessidade de demonstração do abuso de poder ou desvio da finalidade, como originalmente preveem as teorias clássicas subjacentes ao

¹ Por exemplo, a Lei n. 8.137/1990, que previne os crimes contra a ordem econômica; o Código de Defesa do consumidor (Lei n. 8.070/1990) e a Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170.

³ Ibidem, p. 175.

⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 126-139, 2022.

instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como, por exemplo, a teoria *ultra vires societatis*.

Tal norma assemelha-se às hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental, às quais se aplicaria a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica⁵.

E, de fato, a redação do artigo – em seu parágrafo único - contém apenas o termo “desconsideração”, sem remeter ao instituto previsto no artigo 50 do Código Civil, atualmente alterado com a edição da Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), que adota a teoria maior, em que a responsabilização do sócio pelos débitos da pessoa jurídica somente pode ocorrer “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”.

Contudo, o emprego do termo “desconsideração” pode causar certa confusão no intérprete da lei. Tanto é verdade que parcela da doutrina⁶ defende que, no âmbito da Lei Antitruste, aplica-se a teoria maior da desconsideração, prevista no Código Civil, inclusive com a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Código de Processo Civil (artigos 133 a 137), sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

No entanto, no caso da Lei Antitruste, em especial o parágrafo único do artigo 34, denota-se que a real intenção do legislador é garantir uma verdadeira responsabilidade subsidiária do sócio, com o redirecionamento da execução, à semelhança do Código Tributário Nacional, em seus artigos 134 e 135.

Sobretudo porque o artigo 94⁷ da Lei Antitruste prevê expressamente a aplicação da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) para cobrança da multa pecuniária aplicada pelo CADE.

Nesse sentido, ante a adoção pela Lei Antitruste de legislação específica para reger o procedimento de execução da sanção pecuniária (Lei de Execução Fiscal), resta afastada a incidência das normas do Código de Processo Civil – e, via de consequência, a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização da pessoa do sócio.

Trata-se de uma questão de direito positivo: a moldura normativa existente é da aplicação da norma específica em relação à norma geral nos casos de conflito (*lex specialis derogat lex generali*). E, uma vez que a Lei de Execução Fiscal permite a adoção de um caminho mais simplificado para o redirecionamento da execução, o Estado e o Contribuinte não estão obrigados a seguir o caminho mais tortuoso (incidente de desconsideração da personalidade jurídica) previsto no Código Civil.

No âmbito das execuções fiscais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já fixou o entendimento de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com

⁵ Há quem aponte três teorias para a aplicação da desconsideração no direito brasileiro: teoria maior subjetiva (fundada na fraude e no abuso do direito), teoria maior objetiva (fundada na confusão patrimonial) e teoria menor (fundada no mero inadimplemento da obrigação). Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 44.

⁶ Neste sentido: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. Volume VII – Direito Concorrencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94-95; e TOMAZETTE, Marlon. Arts. 49-A e 50 do Código Civil com a redação dada pela Lei da Liberdade Econômica. In: GABAN, Eduardo Molan et. al. (org.). *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: Comentários à Lei 13.874/2019*. São Paulo: Juspodivim, 2020, pp. 391-416.

⁷ Art. 94, Lei n. 12.529/2011. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

o procedimento da Lei n. 6.830/1980, visto que, pelo princípio da especialidade, a aplicação do Código de Processo Civil é subsidiária nos casos em que a demanda é regida por lei específica⁸.

Com isso, independe de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica a pretensão da Fazenda Pública de redirecionar a execução fiscal para alcançar pessoa distinta daquela contra a qual a execução fiscal foi originariamente ajuizada, já que o artigo 4º, incisos V e VI, da Lei de Execução Fiscal explicita a possibilidade de ajuizamento da execução fiscal contra o responsável legal por dívidas, tributárias ou não, das pessoas jurídicas de direito privado e contra os sucessores a qualquer título⁹.

Este entendimento se estende às execuções fiscais das sanções pecuniárias aplicadas pelo CADE, à medida que a Lei Antitruste prevê diretamente as hipóteses de redirecionamento do débito à pessoa do sócio (artigo 34, parágrafo único).

Nesta lógica, em caso de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, é desnecessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para execução da multa por ilícito concorrencial em face do sócio, que poderá ser diretamente responsabilizado, sem a necessidade de demonstração do abuso de poder ou desvio de finalidade, havendo verdadeiro caráter de responsabilidade subsidiária.

Ao fim e ao cabo, verificar-se algo semelhante ao que se passa com a natureza: a água escolhe o seu percurso de acordo com o terreno que atravessa. Isto é, embora seja defensável a aplicação da teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica para o *caput* do artigo 34, da Lei Antitruste, a previsão de seu parágrafo único torna o “terreno” mais propício à aplicação pura e simples da responsabilização subsidiária dos sócios, dispensando-se quaisquer das teorias de desconconsideração da personalidade jurídica e seus conhecidos custos de transação processuais de implementação.

Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 1.786.311/PR. Min. Rel. Francisco Falcão. Brasília/DF. Data do julgamento: 15/10/2019. Data da publicação: 18/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.775.269/PR. Min. Rel. Gurgel de Faria. Data do julgamento: 07/04/2020. Data da publicação: 14/04/2020

CARVALHOSA, Modesto et. al (org.). Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial. Vol. VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARACO, Alexandre Ditzel. Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 126-139, 2022.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 1.786.311/PR. Min. Rel. Francisco Falcão. Brasília/DF. Data do julgamento: 15/10/2019. Data da publicação: 18/10/2019.

⁹ O entendimento da 1ª Turma do STJ é que a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será necessária apenas nas hipóteses em que não haja previsão legal autorizando o redirecionamento para pessoa diversa da qual a execução foi originariamente ajuizada. (STJ, EREsp n. 1.775.269/PR, Min. Rel. Gurgel de Faria. Data do julgamento: 07/04/2020. Data da publicação: 14/04/2020).

TOMAZETTE, Marlon. Arts. 49-A e 50 do Código Civil com a redação dada pela Lei da Liberdade Econômica. In: GABAN, Eduardo Molan et. al. (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: Comentários à Lei 13.874/2019. São Paulo: Juspodivim, 2020, pp. 391-416.

Concorrência desleal e *links* patrocinados no Google

Eduardo Molan Gaban

Em recente e inédita decisão proferida no julgamento do Recurso Especial n. 1.937.989/SP, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que configura concorrência desleal o fato de empresa anunciante utilizar a marca registrada de empresa concorrente como palavra-chave no sistema de *links* patrocinados da Google como meio de obter resultados privilegiados nas buscas e captar clientela¹.

Segundo a autora da ação, empresa de turismo cujo principal produto são viagens para a Disney, em que pese detentora do regular registro dos direitos relativos à sua marca junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), o resultado da pesquisa do nome completo de sua marca junto à Google mostrava como primeiro resultado empresa concorrente do ramo de turismo, prestadora do mesmo tipo de serviço, requerida na demanda.

Em primeira instância, o juiz monocrático reconheceu que a empresa requerida utilizou indevidamente a marca da autora como palavra-chave para fins dos mecanismos de busca remunerados da Google, condenando-a ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 15 mil. O valor da indenização foi reduzido para R\$ 10 mil no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

No Recurso Especial, em que pese a empresa ré tenha argumentado que a prática se trata de exercício da livre demanda e prática comum de captação de clientela no *e-commerce*, o STJ manteve a decisão de segunda instância.

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão pontuou que a utilização indevida de nome empresarial e marca alheia perpetrado pela empresa ré configura crime de concorrência desleal, conforme condutas coibidas pelo artigo 195, incisos III e V, da Lei de Propriedade Industrial e pelo artigo 10 bis da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

O artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.297/1996) traz rol de condutas tipificadas como crime de concorrência desleal, dentre as quais o emprego de meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem (inciso III); e usar expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos (inciso IV).

Para melhor entender o funcionamento do mecanismo dos sites de busca e como eles podem ser empregados para práticas de concorrência desleal a partir do uso indevido de marca como palavra-chave, destaca-se a definição dada pelo CADE, em Nota Técnica expedida no âmbito do Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19², em que é apontada a diferença entre a busca gratuita e a busca patrocinada:

¹ QUARTA TURMA vê concorrência desleal no uso de marca alheia em link patrocinado do Google. Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/26082022-Quarta-Turma-ve-concorrenca-desleal-no-uso-de-marca-alheia-em-link-patrocinado-do-Google.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2022.

² CADE. Nota Técnica nº 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. **Disponível em:** <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?dz2uweayicburzefhbt-n3bfpllu9u7akqah8mpb9ypu6wevpqsd71wzh_uxehbwngimcevh_dwu20vj-yrkhn0rsauy_vzle-vw6lie0jkiptmdqrdz40fqukwedxd2>. Acesso em: 19 set. 2022.

[...] de um lado – os sites de busca permitem que internautas digitem palavras-chave e recebam – em troca e gratuitamente – uma lista de sites cujo conteúdo seja relacionado ao texto que o usuário digitou. Assim, a plataforma presta aos usuários da busca o serviço de coleta, ranqueamento e apresentação de resultados para uma determinada busca do internauta. Outro lado gratuito da plataforma é o lado que estabelece a relação entre os sites que são listados no Google e a própria plataforma, que presta a eles o serviço de exibí-los para potencial audiência, na página de busca do Google. Por sua vez, tais sites permitem que o seu conteúdo seja rastreado pelos crawlers do Google, que copiam o seu conteúdo, para então indexá-lo e ranqueá-lo, em seguida apresentando-o ao usuário do Google Busca. Esse lado é gratuito porque os sites listados no Google não pagam nem recebem quaisquer valores para serem listados no buscador. Por fim, há o lado pago da plataforma, conhecido como “busca patrocinada”, reservada à publicidade virtual. Os links pagos ou patrocinados são colocados em lugares estratégicos do site de busca, normalmente acima da busca orgânica, ou na sua lateral direita. Usualmente, os mecanismos de busca são remunerados quando os internautas clicam nos links patrocinados, forma de remuneração conhecida como CPC, ou custo por clique. Há também outras formas de remuneração pela publicidade e links patrocinados, utilizadas em menor escala. Por exemplo, os sites de busca podem receber uma “taxa de sucesso” (taxa de conversão) por vendas realizadas pelos anunciantes, se tais vendas forem decorrentes de tráfego do site de busca”.

Assim, utilizando o “lado pago” do mecanismo de busca da Google, a empresa requerida adquiriu palavra-chave equivalente à marca registrada / nome empresarial de sua concorrente, a fim de que os consumidores que buscassem por ela recebessem, em primeiro lugar da busca, o *site* da requerida.

No caso em tela, é possível observar que o ponto essencial para a configuração da conduta de concorrência desleal foi a existência de marca registrada / nome empresarial equivalente à palavra-chave cadastrada pelo concorrente no mecanismo de busca patrocinada. Tal parâmetro também foi adotado em decisões proferidas por outros tribunais, em casos semelhantes³.

Diversas situações semelhantes à do Recurso Especial n. 1.937.989/SP vem sendo submetidas ao crivo do Poder Judiciário brasileiro. Ganhou destaque o caso de duas ações judiciais⁴ envolvendo as empresas Magazine Luiza e Via Varejo (Casas Bahia e Ponto Frio) em que se discute suposto uso indevido do nome empresarial da concorrente como palavra-chave no *Google Search*.

Em primeiro momento, a Magazine Luiza ingressou com ação, apontando que a concorrente estava utilizando o nome exato de sua marca como palavra-chave remunerada no *Google Search*, às vésperas da Black Friday, o que lhe causaria sérios efeitos de desvio de clientela. Foi concedida liminar determinando à Via Varejo que se absteresse de fazer uso dos termos “Magazine Luiza” ou “Magalu” no prazo de 2 horas após o recebimento da intimação, sob pena de multa fixada em R\$ 5 milhões.

³ Por exemplo: Processo n. 0082836-06.2019.8.16.0014, julgado pela 9ª Câmara Cível do TJ/PR; Processo n. 1016104-20.2018.8.26.0196, julgado pela 1ª Câmara de Direito Empresarial do TJ/SP; Processo n. 0120484-07.2021.8.19.0001, julgado pela 3ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ; Processo n. 5630287-26.2020.8.09.0051, julgado pela 31ª Vara Cível de Goiânia/GO.

⁴ Processo n. 1128548-85.2021.8.26.0100, movido por Magazine Luiza S/A contra Via Varejo S/A. e Processo n. 1130874-18.2021.8.26.0100, movido por Via Varejo S.A. em face de Magazine Luiza S/A, ambos em trâmite perante a 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

Já no caso da ação movida pela Via Varejo, ajuizado posteriormente, a autora alegou que a Magazine Luiza estaria utilizando termos semelhantes aos nomes empresariais do grupo, porém, com pequenas variações/erros de digitação: “pontu friu”, “casa baia”, “caza bahia”, entre outros.

Também foi concedida liminar determinando a abstenção do patrocínio de tais termos para fins de palavra-chave no *Google Search*, embora a Magazine Luiza tenha negado o emprego de tais práticas e a impossibilidade de controle, dada a incalculável probabilidade de variações diversas.

Ambos os casos ainda pendem de julgamento em primeira instância. Assim, ainda não há decisão que reconheça que a utilização de termos muito semelhantes à marca registrada / nome empresarial, ou com erro de digitação, configure crime de concorrência desleal previsto no rol do artigo 195 da Lei de Propriedade Intelectual.

Como pontuado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento Recurso Especial n. 1.937.989/SP, “embora seja lícita a contratação do serviço de priorização de resultados de pesquisa, a inexistência de parâmetros ou proibições de palavras-chaves nas ações publicitárias pode resultar em conflitos relacionados à propriedade intelectual”⁵.

No atual ambiente digital, cuja virtualização se intensificou a partir da pandemia, os mecanismos de busca *online* têm representado para as empresas importante meio de oferta, pois é a partir deles que o consumidor geralmente inicia a busca por produtos e serviços. Neste cenário, sistema de *links* patrocinados representa uma das mais importantes ferramentas do *e-commerce* que vem sendo cada vez mais utilizado pelas empresas como meio de propaganda e de competição.

É preciso considerar que, desde o ano de 2020, a Google ocupa o primeiro lugar na concorrência entre mecanismos de busca globais⁶, sendo que, no ano de 2022, a empresa (Alphabet Inc.) está em 4º lugar mundial entre as companhias de maior valor⁷, sendo, portanto, o mecanismo de busca *online* mais utilizado no Brasil e no mundo.

Logo, o uso de tais mecanismos, sobretudo o *Google Search*, por *players* com objetivo de prejudicar os concorrentes através do emprego de meios fraudulentos e/ou ilícitos é passível de acarretar efeitos negativos ao ambiente da livre concorrência.

Contudo, especificamente na questão do uso indevido de marca e/ou nome empresarial como palavra-chave nas buscas patrocinadas, há quem entenda pela impossibilidade de imputar responsabilidade civil à Google, na medida em que é apenas o prestador de serviço.

Neste sentido, recente decisão proferida pela 1ª Vara Empresarial do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP⁸, foi julgada improcedente a ação movida pela empresa autora em face

⁵ QUARTA TURMA vê concorrência desleal no uso de marca alheia em link patrocinado do Google. Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/26082022-Quarta-Turma-ve-concorrenca-desleal-no-uso-de-marca-alheia-em-link-patrocinado-do-Google.aspx>>. Acesso em: 16 set. 2022.

⁶ THE 100 LARGEST companies in the world by market capitalization in 2020. Statista, maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32A1hV2>. *apud* LEURQUIN, P.; ANJOS, L. Condenações da Google pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 104-124, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i1.903. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/903>. Acesso em: 19 set. 2022, p. 104.

⁷ THE 100 LARGEST companies in the world by market capitalization in 2022. Statista, abril 2022. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization/>. Acesso em: 19 set. 2022.

⁸ Processo n. 1105759-92.2021.8.26.0100, movido por CONSTRUCOLOR COMÉRCIO DE TINTAS LTDA. contra GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., cuja sentença foi disponibilizada em 06 set. 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1105759-92.2021.8.26.0100&cdProcesso=2S001H4H80000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JM&tpOrigem>>

da Google, sob alegação de que, a partir da busca de sua marca registrada no mecanismo de busca da Google, estaria ocorrendo o direcionamento para anúncios de empresas concorrentes a partir do *Google Ads*.

Inicialmente, o juiz monocrático havia concedido medida liminar para que a Google se abstivesse de veicular os anúncios. Contudo, proferida sentença, o magistrado modificou seu entendimento, ao entender que, no caso, não haveria verdadeira violação da marca da autora. Para além disso, pontuou que, na contratação de palavra-chave com terceiro, “[...] não compete à Google exercer o controle prévio ou a fiscalização do conteúdo (lícito ou ilícito) do anúncio do produto”.

A fundamentação da decisão cita o artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), que determina:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Sob tal entendimento, a responsabilidade da plataforma Google não é direta e só se iniciaria após a comunicação da existência de irregularidade no anúncio veiculado.

Assim, a partir da primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, não há dúvidas quanto à possibilidade de responsabilização civil e penal da empresa anunciante pelo uso indevido de marca registrada ou nome empresarial de concorrente em *links* patrocinados, nos termos do artigo 195 da Lei de Propriedade Intelectual. Já sobre a responsabilidade da Google, com a evolução das discussões sobre o tema, não tardará para que seja apreciada pelo Tribunal Superior.

m=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=AWXAW1RVACSqXqfRnHC1XAnusAIbAwRw%2F457agFUiTReBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJdZxOn4AsukCSGF6nhVRpc%2BOiCmnwD082Bhwt7Vl69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsdpu5I0oERzG8vZnF6zX%2B3tUL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJFvYQir7tuyYEHt%2F6Io9SuWwjS%2BbRTrNm8dOPywDY4kdEPAfUitTSXwv4%2BER5J8N%2Br5IjtULuOkeL3cBEjmB2HOdvVvwzaRjstzQwL9VAcNqCy2IHiQDY9l5Ghi7KYm5sRIIHBahPxeVp9h%2BMI%2FW5XvJY7qfv79NFB%2BQUdoj6TXI7fayeeA%2FMPN0uCqS9y7fo7SCIb2SFCyHJLhS8PmEWB98h%2F0eP%2Bfr6VKCi4ANP3bA%3D%3D>. Acesso em: 16 set. 2022.

Os acordos internacionais de comércio, e sua importância para a política de comércio exterior e industrial do Brasil

Eliane de Souza Fontes

Josefina Guedes

Desde a década de 1990, com a explosão da fragmentação internacional da produção, a economia mundial está cada vez mais influenciada por duas realidades estreitamente vinculadas, de um duplo processo de globalização e de regionalização.

Por um lado há uma crescente interdependência econômica, política e social, decorrente da rápida globalização dos circuitos produtivos, dos capitais, da tecnologia e dos serviços. Por outro, observa-se o nascimento e consolidação de espaços geoeconômicos regionais, oriundos de áreas econômicas preferenciais.

Até então a maior parte das economias, como a brasileira, adotava política do modelo de substituição de importações, com adensamento das cadeias produtivas domésticas. Com os avanços tecnológicos e a evolução nos meios de transportes (rodoviário, ferroviário, hidroviário, aeroviário e marítimo), as cadeias globais de valor mudaram esta concepção e os produtos passaram a agregar valor em várias partes do mundo.

Foram intensificados vários tipos de processos de integração econômica para facilitar as relações entre as economias de dois ou mais países e para incrementar o fluxo de mercadorias e serviços, principalmente por meio de acordos internacionais de comércio.

Estes acordos de comércio entre dois ou mais países são importantes, comercial e politicamente. De uma maneira geral, constituem um canal de diálogo diferenciado que propicia equilíbrio nas condições de competição, estabilidade de regras e previsibilidade, inserção nas cadeias globais de valor, ganhos dos produtores pela maior diversidade de fornecedores de insumos e matérias-primas, possibilitando a obtenção de melhores condições de comercialização (preço e qualidade) e formação de parcerias, ganhos dos consumidores por novos produtos e serviços e ganhos de logísticas nas operações de comércio exterior.

Segundo o grau de intensidade observa-se, de forma sucessiva e gradual, as seguintes possibilidades e etapas de desenvolvimento dos blocos econômicos e de organização do comércio:

- Zona de Preferência Tarifária = redução de tarifas de importação para os países membros para uma série reduzida de produtos, condicionadas ao cumprimento de regras de origem;
- Área de Livre Comércio = redução de tarifas de importação para o substancial de comércio e eliminação das barreiras tarifárias e não tarifárias;
- União Aduaneira = livre circulação de bens com adoção de uma tarifa externa comum a todos os membros, válida para importações de terceiros mercados;
- Mercado Comum = livre circulação de bens, serviços e fatores de produção com harmonização das políticas macroeconômicas de: comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial, de capitais, de serviços, alfandegária, de transporte, comunicações, entre outras;
- União Econômica e Monetária = adoção de moeda única e política monetária conduzida por Banco Central comunitário.

O Brasil está com reduzida inserção internacional, representando somente 1,3% do comércio global e com poucos acordos internacionais firmados, isoladamente ou em conjunto com o Mercado Comum do Sul (Mercosul), pela ausência de políticas estratégicas de comércio exterior e industrial nos últimos 30 anos.

Mesmo diante desse contexto, o Brasil conta com indústrias inovadoras, tecnológicas e sustentáveis. Mas o chamado “Custo Brasil” tira a competitividade final dos nossos produtos, em cerca de 30%. Entre as assimetrias competitivas enfrentadas pelos produtores nacionais pode-se elencar: carga tributária elevada sobre investimentos, alta complexidade tributária, exportação sem a total desoneração de impostos, guerra fiscal dos Estados cobrando impostos menores dos importados, energia elétrica e gás natural caros, elevados custos sociais e trabalhistas, juros elevados para investimentos e capital de giro, deficiência crônica de infraestrutura, logística complicada e burocratizada, elevados gastos em segurança patrimonial e das cargas, pesadas exigências burocráticas e mudanças constantes das regras do jogo gerando insegurança jurídica.

O acordo do Mercosul deu impulso simbólico à causa da integração regional no hemisfério ocidental. Suas motivações foram políticas, objetivando o fortalecimento dos processos democráticos emergentes nos quatro sócios iniciais, ainda que os argumentos sempre estejam expressos em termos de vantagens econômicas. Foi um processo de integração econômica iniciado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, por meio da assinatura do Tratado de Assunção, em 26/03/1991. Em 2012 foi admitido o ingresso da Venezuela, que está suspenso no presente.

Além dos países do Mercosul, o Brasil conta com acordos de livre comércio no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) com Chile, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Venezuela e acordos de preferências tarifárias com México, Cuba, Suriname, Guiana e São Cristóvão e Névis, bem como do acordo da Preferência Tarifária Regional (PTR-04). Fora da ALADI, estão em vigor os acordos de livre comércio com a União Aduaneira da África Austral – SACU (que compreende Botswana, Lesoto, Namíbia e Suazilândia), Israel, Palestina e Egito e o acordo de preferências tarifárias com a Índia.

O Brasil também participa de outros acordos comerciais multilaterais, como o Sistema Global de Preferências Comerciais entre Países em Desenvolvimento (SGPC), firmado por membros do Grupo dos 77, e se beneficia das preferências outorgadas unilateralmente pelos Países Desenvolvidos pelo Sistema Geral de Preferências (SGP), ambos firmados no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

Externamente, de 2000 a 2014, o Brasil e o Mercosul vinham apostando no multilateralismo da Organização Mundial do Comércio (OMC) que, de tempos em tempos, promove redução das tarifas de importação a cada rodada de negociação, mas um dos temas centrais para o Brasil era redução ou até eliminação dos subsídios agrícolas e das medidas de Apoio Interno, que nunca foi alvo de avanços profundos, principalmente por causa das pressões da União Europeia e dos Estados Unidos.

Porém, com a paralisação da atual Rodada Doha (iniciada em 2001), por desinteresse dos países desenvolvidos, esse caminho foi dificultado. Por essas dificuldades, os demais países intensificaram negociações entre si, sendo que, nos últimos anos, cerca de 300 acordos preferenciais foram notificados na OMC.

Recentemente, o Mercosul redirecionou sua estratégia objetivando ampliar a negociação de novos acordos preferenciais de comércio. Nessa linha, em 28/06/2019, o Mercosul concluiu as negociações de acordo de livre comércio com a União Europeia, que reúne um PIB de US\$ 18 trilhões e um mercado de 750 milhões de pessoas, com US\$ 101,6 bilhões de comércio bilateral, o qual ainda se encontra em análise nos Congressos Nacionais para entrada em vigor. Ocorre que parlamentares e governos europeus com maior tendência protecionista na área agrícola, como a

França, se escudaram em questões ambientais, como o desmatamento da Amazônia, como meio de barrar o avanço do acordo.

Pela sua importância econômica e a abrangência de suas disciplinas, é o acordo mais amplo e de maior complexidade já negociado pelo Mercosul. Cobre temas tanto tarifários quanto de natureza regulatória, como serviços, compras governamentais, facilitação de comércio, barreiras técnicas, medidas sanitárias e fitossanitárias e propriedade intelectual. Promoverá o comércio eliminando as tarifas alfandegárias de 92% das exportações do Mercosul e outorga de tratamento preferencial para quase todos os 8% restantes. Impulsionará o aumento do PIB pela transformação da matriz produtiva, a integração das cadeias globais de valor, a geração de empregos e o desenvolvimento das economias regionais, além de conceder um peso político e estratégico para o Brasil e demais países do Mercosul.

Além deste, em 23/08/2019, foi firmado acordo de livre comércio entre Mercosul e Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), bloco formado por Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça que reúne um PIB de mais de US\$ 1,1 trilhão e um mercado de 14,3 milhões de habitantes. Juntos, se posicionam em 5º lugar no ranking mundial de comércio de serviços e em 9º lugar no comércio de bens, sendo que Suíça, Noruega e Islândia estão entre os 5 países com maior poder aquisitivo. O acordo comercial está em fase de tradução jurídica dos textos e também terá de ser aprovado pelos parlamentos nacionais para entrar em vigor. Poderá entrar em vigor bilateralmente, uma vez que seja ratificado por um país da EFTA e um do Mercosul.

Recentemente, em 20/07/2022, o Mercosul assinou com Singapura um acordo de livre comércio, que é o 6º maior destino das exportações brasileiras, mas as bases deste acordo ainda não foram divulgadas. Segundo estimativas do Ministério da Economia, poderá incrementar o PIB brasileiro em R\$ 28,1 bilhões, considerando os valores acumulados entre 2022 e 2041. Para o mesmo período, estima-se um aumento de R\$ 11,1 bilhões nos investimentos, R\$ 21,2 bilhões nas exportações brasileiras para aquele país e R\$ 27,9 bilhões nas importações.

Em todos os acordos preferenciais um ponto muito importante são as negociações da Regras de Origem Preferenciais, para evitar triangulação indevida e tratamento tarifário preferencial para produtos de países que não integram os acordos. A origem de uma mercadoria está relacionada com o processo produtivo desta, ou seja, onde ela foi obtida ou onde foi fabricada.

Cabendo observar que, em uma transação comercial podem incorrer três tipos de países: (i) o país de origem que é o local da produção ou da fabricação dos bens, seguindo os critérios de origem estabelecidos em cada acordo; (ii) o país de procedência é aquele que desembarçou as mercadorias ao país de importação e (iii) país de aquisição, que é aquele no qual foi realizada a transação comercial.

As regras de origem são critérios de transformação substancial eleitos por países ou comunidades convenientes, e são classificadas em duas categorias: Preferenciais e Não-preferenciais. As Regras de Origem Preferenciais são regulamentos negociados entre as partes signatárias de acordos preferenciais de comércio, cujo objetivo principal é assegurar que o tratamento tarifário preferencial se limite aos produtos extraídos, colhidos, produzidos ou fabricados nos países que assinaram os acordos. O Certificado de Origem é o documento que permite comprovar se os bens cumprem os requisitos de origem exigidos em cada acordo e as condições pactuadas.

Independentemente de negociações dos acordos preferenciais, outros acordos internacionais servem para estabelecer regras concretas para a parceria em áreas específicas, como por exemplo em Facilitação de Comércio ou em Convergência Regulatória, temas hoje muito importantes, devido ao fato de que as tarifas aduaneiras de grande parte dos países não representam mais a maior barreira ao fluxo de comércio, mas sim as normas sanitárias e fitossanitárias e os regulamentos técnicos.

Sobre estes, importa destacar que em 20/02/2017 entrou em vigor o Acordo de Facilitação de Comércio da OMC, que tinha sido assinado em 2013 e se constituiu no primeiro acordo multilateral da OMC, desde a sua criação em 1995. Objetiva simplificar e desburocratizar os procedimentos alfandegários, estimando-se que permitirá redução do tempo das operações e de cerca de 14% dos custos, que seria um ganho maior se todas as tarifas alfandegárias fossem zeradas por todos os países.

Este acordo prevê um conjunto de direitos e obrigações que irão resultar na reforma de procedimentos aduaneiros em todo o mundo, contemplando medidas para modernizar a administração aduaneira e simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, além de possibilitar a cooperação na prevenção e combate a delitos aduaneiros.

Contém regras sobre transparência na publicação de normas, tempo de despacho e trânsito de mercadorias, encargos e taxas incidentes no comércio exterior, janela única de comércio exterior, facilitação do credenciamento de Operadores Econômicos Autorizados (OEA), facilitação de pagamentos eletrônicos, coordenação entre órgãos de fronteira, entre outras.

De um total de 47 compromissos criados por este acordo, o Brasil notificou que adotou 42 imediatamente. Apenas 5 compromissos estão sendo implementados em curto prazo porque requerem o desenvolvimento de ferramentas específicas por parte do governo brasileiro, como para o processamento antecipado de documentos de importação.

O Programa OEA da Secretaria da Receita Federal do Brasil vem ampliando a certificação de empresas para se tornarem OEA, que passam a ser consideradas como parceiras estratégicas, com controle de gestão dos fluxos e grau de baixo risco, usufruindo de benefícios de maior agilidade nos trâmites aduaneiros. A implantação integral do Portal Único de Comércio Exterior, para aprimorar o SISCOMEX, auxiliará na total adesão brasileira, com redução estimada de 40% dos custos dos processos, integrando as operações de todos os intervenientes em uma janela única, eliminando o uso de papel, que já está vigorando plenamente nas exportações pela Declaração Única de Exportação (DUEXP) e em fase final na Declaração Única de importação (DUIMP).

Outro tema importante é a chamada Convergência Regulatória. O interesse por este tema surgiu principalmente a partir de 2016, após a assinatura do Acordo de Associação Transpacífico (TPP), que estabeleceu o livre-comércio entre 12 países banhados pelo Oceano Pacífico (com posterior retirada dos Estados Unidos), que está sendo considerado como marco regulatório dos próximos acordos comerciais de última geração, em razão de sua magnitude econômica e pela série de medidas econômicas, sociais e ambientais que objetiva garantir.

Em realidade, as tarifas de importação já não são o principal instrumento de controle do comércio exterior, como já mencionado anteriormente. As economias mais relevantes controlam as importações e protegem suas produções e empregos pela aplicação de variadas barreiras não tarifárias, de regulamentos técnicos, medidas sanitárias, fitossanitárias e ambientais, requisitos trabalhistas e de comércio inclusivo, entre outras. Além da criação de padrões de sustentabilidade, os chamados “padrões privados”, hoje adotados exclusivamente pela União Europeia, com perigo de disseminação para outros países. É um mundo de regras de comércio não palpáveis, que não dá para medir nas fronteiras.

Para reduzir os custos e estas travas ao comércio, que exige, entre outros, a realização de testes, envio de amostras e custos de certificação das mercadorias pelas duas partes envolvidas no comércio, é interessante que os países realizem estudos comparativos das suas regulamentações técnicas e os “standards” adotados, objetivando harmonizar os procedimentos e eliminar entre si o máximo das barreiras regulatórias, em um processo de convergência regulatória.

Bom exemplo destas novas modalidades de negociação é o Protocolo ao Acordo de Comércio e Cooperação Econômica assinado entre o Brasil e os Estados Unidos (*Agreement on Trade and Economic Cooperation*, conhecido pela sigla ATEC), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo

nº 34/2021, que visa expandir o comércio entre dos dois países, ao promover ambiente aberto e previsível e reduzir barreiras não tarifárias, um dos frutos do Diálogo Comercial Brasil-Estados Unidos (CEBEU) que se iniciou há 20 anos.

Este Protocolo contém 3 anexos especificando regras comerciais e de transparência. O Anexo 1, de Facilitação de Comércio e Administração Aduaneira, traz medidas para redução de entraves burocráticos, como a criação de centros de informação pelos dois países para responder a consultas realizadas por interessados sobre procedimentos de importação e exportação. O Anexo 2, de Boas Práticas Regulatórias, permite, entre outros pontos, a coordenação entre os órgãos reguladores das duas nações para facilitar o comércio. O Anexo 3, de Anticorrupção, trata da cooperação bilateral no combate à corrupção relacionada ao comércio internacional, por meio de ferramentas como a recuperação de ativos.

Mas o cenário internacional recomenda cautela. As tendências mundiais e os mercados mais relevantes estão numa guerra comercial, com medidas e contramedidas de exceção, em escalada tarifária que não dá sinais de arrefecimento, em efeito dominó. As regras da OMC não estão preparadas para enfrentar tais medidas e o tipo de participação do Estado na economia da China. O Organismo de Solução de Controvérsias da OMC está desativado e ameaçado.

No quadro atual, de aumento do protecionismo dos principais mercados, como reflexo dos efeitos econômicos da pandemia do Covid-19 e da guerra entre Rússia e Ucrânia, estima-se que haverá uma retração no comércio mundial e uma redução do PIB mundial. O Brasil pode se tornar um alvo prioritário para os produtos excedentes no mercado mundial, em condições nem sempre leais.

Devemos efetuar uma abertura comercial negociada, via assinatura de novos acordos de comércio, que devem ser equilibrados, atendam aos nossos interesses ofensivos e resguarдем as nossas sensibilidades, para ter acesso privilegiado aos principais mercados, nos quais seriam também inseridas medidas de facilitação de comércio e de convergência regulatória das barreiras não tarifárias.

As regras devem ser transparentes e diferenciadas, com razoável gradualismo na sua implementação e concomitante eliminação de grande parte das assimetrias competitivas. Inclusive deve fortalecer a eficiência e o funcionamento institucional do sistema brasileiro de defesa comercial e de salvaguardas, pois neste momento de acirramento de disputas de mercado, não podemos abrir mão de nossos instrumentos de política comercial, direito legítimo, ratificado pelos membros da OMC, como forma de eliminar o comércio injusto.

Liberais? O caso da saúde e da educação públicas no Brasil: do mundo imaginário para o mundo imaginado

Elvino de Carvalho Mendonça

Quero falar sobre a mais importante frase do pai do liberalismo, Adam Smith, de que o Estado deveria se ocupar única e exclusivamente das questões da saúde, da educação e da segurança. E por que Smith falou que o Estado somente deveria se dedicar a estas questões? Porque ele entendia que o mercado deveria ser o único agente nas outras atividades econômicas, tendo em vista que o agente privado era aquele que ao buscar o lucro fazia sempre o seu melhor e, se todos fizessem o seu melhor, o melhor geral estaria garantido.

É importante não esquecermos que Adam Smith era um oponente feroz do mercantilismo¹, situação em que o Estado definia quais deveriam ser as empresas exportadoras e importadoras, sempre buscando a famosa “balança comercial favorável”. Ele traz no livro “A Riqueza da Nações”² a ideia de que o mercado seria o fiel da balança e as alocações na economia seriam realizadas por uma “mão invisível” e não pela mão do Estado. O mecanismo de preços seria o motor da economia!!

É fato, o setor privado é um maximizador de riqueza e não poderia ser diferente, não é mesmo? Afinal, temos as nossas ambições legítimas individuais e todos temos o direito de maximizar riqueza, se assim o desejarmos e, principalmente, se assim conseguirmos.

É fato, também, que para aqueles que leram a obra prima de Adam Smith, que o Estado tem perfil e características para cuidar da saúde e da educação, ou, como diria o pai do liberalismo, este seriam os únicos setores em que o Estado deveria atuar.

Adam Smith é direto ao dizer que Estado deve se ater exclusivamente à saúde, à educação e à segurança pública, mas não fica claro, pelo menos para mim, que a atividade de saúde e de educação pode ser compartilhada com a iniciativa privada. Esta é uma questão muito importante e que norteia este artigo!!

No meu entendimento, a “Riqueza das Nações” queria delimitar as ações do Estado, mas não as do setor privado. Estes, a princípio, poderiam se dedicar a qualquer atividade, inclusive educação, saúde e segurança pública. Não sei!! Esta é uma interpretação, mas que precisa ser e será esmiuçada!!

Está certo!!! Talvez eu concorde que o Estado deva se dedicar a saúde e a educação, mas não só!! Recursos minerais, por exemplo!! Mas isto é um assunto para outro artigo. Mas tenho dúvidas se o setor privado deveria atuar em saúde e educação como concorrente do Estado.

É polêmico?

Caros liberais, não me crucifiquem antes de me escutarem!!! Também me considero um liberal!!! Eu explico!!!

O Brasil é um país que ocupa uma das piores colocações em termos de desigualdade de renda, sendo que grande parte desta desigualdade se concentra no último decil da distribuição, o que significa dizer que a diferença entre quem possui a maior e a menor riqueza no último decil é

¹HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, M.. História do Pensamento Econômico - Uma Perspectiva Crítica. Editora Atlas. 2012.

² SMITH, A (27 de agosto de 2010). *The Wealth of Nations: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (em inglês). Smith (1776).

muitas vezes superior a esta diferença nos demais decís da distribuição. Infelizmente, a pobreza também é um dos nossos principais males!!!

Também não é novidade a existência de grupos de interesse, sendo mais poderosos àqueles que detêm maior poder econômico, pois riqueza e poder político caminham juntos desde sempre.

Por que tratar de desigualdade de renda para explicar que a presença do setor privado nas áreas de saúde e educação é geradora de ineficiência para a sociedade brasileira? Se não desistirem da leitura, entenderão os meus argumentos.

Vamos a resposta da pergunta!!!

Se considerarmos a saúde e a educação como sendo totalmente públicas, teríamos na mesma sala de aula e nos mesmos hospitais ricos e pobres convivendo no mesmo espaço e dividindo as mesmas dúvidas e preocupações.

Alguns diriam que estaríamos a nivelar por baixo, pois o pobre se beneficiaria do convívio com o rico, mas o rico nem tanto. Descordo veementemente disto!! Conviver com as mazelas dos demais é a melhor forma de eliminá-las da sociedade. É exatamente aí que está o meu ponto!! Em geral, é muito difícil cuidar de uma estrada esburacada se não passamos por ela.

Colégios públicos e saúde pública onde ricos e pobres convivam provoca preocupações de grupos de interesse das mais variadas formas, o que garante, na média, maior pressão política pela melhoria da educação e da saúde, de maneira que a bandeira da saúde e educação na mão do Estado sai do “mundo imaginário” dos “liberais” para mergulhar definitivamente no “mundo imaginado” pelo verdadeiro liberal Adam Smith.

Portanto, ser liberal não é sinônimo de setor privado, como muitos apregoam por aí! Ser liberal é dar a “César o que é de César e a Deus o que é de Deus”!! Educação e saúde são elementos sociais e, como tal, devem ser tratados sob o ponto de vista social. Maximizar riqueza é bom e eu gosto, mas tem limite e o limite é a dignidade humana, coisa que, lamentavelmente, falta nos hospitais públicos e na educação pública.

Se tem algo que concordo com Adam Smith é que o Estado tem que cuidar de Saúde, Educação e Segurança Pública. Eis a minha face liberal!!!

O que o adiamento do julgamento da alienação da refinaria Reman da Petrobras ensina a respeito do argumento de concorrência “descompromissada”?

Elvino de Carvalho Mendonça

O adiamento pelo Cade do julgamento do ato de concentração nº 08700.006512/2021-37¹, em que a refinaria Isaac Sabbá (Reman) da Petrobras² está sendo alienada para o setor privado, reacendeu a discussão em torno das vendas das refinarias da empresa previstas no TCC do Refino do CADE para ampliar a competição no mercado de derivados de petróleo. O base do argumento é o de que “é preciso competição para ampliar o bem-estar do consumidor”.

É verdade!! A teoria microeconômica neoclássica³ já demonstrou que em mercados de produtos homogêneos, as estruturas de mercado mais próximas da concorrência perfeita são aquelas que geram a melhor quantidade de produto e menores preços para a sociedade.

Resultado muito conhecido dos economistas e que demonstra os benefícios da concorrência perfeita em relação ao monopólio, é a fatídica comparação entre o preço de equilíbrio nestas duas estruturas de mercado:

$$Preço_{monopólio} > Preço_{concorrência\ perfeita}$$

Segundo a teoria microeconômica, o preço de equilíbrio em qualquer estrutura de mercado é dado por:

$$Preço = margem * custo\ marginal$$

Tecnicamente, pode-se representar a margem pela seguinte equação:

$$margem = \frac{1}{1-\frac{1}{\varepsilon}}$$

Onde ε é a elasticidade-preço da demanda.

Para os menos familiarizados com o termo, a elasticidade-preço da demanda é uma medida de redução percentual da demanda quando o preço do produto aumenta em 1%: se a demanda pelo bem decresce mais do que 1%, então diz-se que a demanda é elástica por este bem; se a demanda

¹ SEI - Pesquisa Processual :: (cade.gov.br)

² Atualmente, a Petrobras possui as refinarias 13 refinarias que são atendidas por bacias terrestres e marítimas de produção de petróleo. As refinarias Landulpho Alves (Rlam) na Bahia já foi alienada, a refinaria Isaac Sabbá (Reman) no Amazonas encontra-se em análise no CADE² e a cláusula 2.1 do TCC do Refino² celebrado entre a Petrobras e o Cade ainda prevê a venda de mais seis refinarias: Refinaria Abreu e Lima (RNEST); Unidade de Industrialização de Xisto (SIX); Refinaria Gabriel Passos (REGAP); Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR); Refinaria Alberto Pasqualini (REFAP); e Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (LUBNOR).

³ Ver capítulo 24 do livro VARIAN, HALL. Microeconomia: Princípios Básicos. Editora Campus. 2000.

decrece menos do que 1%, então diz-se que a demanda por este bem é inelástica; e se a demanda diminui exatamente 1%, então diz-se que a demanda por este bem é unitária.

Também nos ensina a teoria microeconômica que em concorrência perfeita a demanda por bens é perfeitamente elástica, o que significa dizer que o aumento do preço por um concorrente desloca a demanda para outro concorrente, fato que não acontece com a estrutura de mercado do monopólio, em que a demanda pelos bens é perfeitamente inelástica.

Portanto, é válido dizer que:

$$P_{\text{monopólio}} = \text{margem} * \text{custo marginal} > \text{margem} * \text{custo marginal} = P_{\text{concorrência perfeita}}$$

Como, por hipótese, o custo marginal é idêntico em ambas as estruturas de mercado, a margem é o elemento que define o preço.

Eis um resultado clássico da teoria microeconômica neoclássica!!!!

Conquanto não se discuta que concorrência é sempre melhor do que monopólio sob a ótica do bem-estar do consumidor, o que define a margem em cada um dos casos não é simplesmente a definição por decreto ou qualquer coisa que o valha.

É na margem que se separa o joio do trigo!!

Aqui, nós precisamos adentrar nas características que fazem com que um mercado seja ou não concorrencial. Entender que o mercado concorrencial é ideal não é difícil, no entanto, difícil é entender que a margem carrega elementos que não dependem de “boas intenções”, mas que são intrínsecos aos mercados, de maneira que não há soluções simples para algo que está na essência da estrutura.

Não tem jeito!! Aqui temos que nos debruçar sobre a teoria da defesa da concorrência e explicar que as características da margem no mercado de derivados de petróleo não são a margem do “belo” modelo de concorrência perfeita, mas algo muito mais complexo. Devemos atentar para os perigos de uma venda das refinarias da Petrobras simplesmente tendo como base o modelo microeconômico apresentado nas equações anteriores.

Para isso, devemos mergulhar no conceito mais básico da análise de defesa da concorrência que é o de mercado relevante e suas duas dimensões: produto e geográfico. Vale ressaltar que as refinarias transformam o óleo bruto, que extraímos dos campos, nos diversos produtos que todos nós utilizamos diariamente...([Refinarias | Petrobras](#)).

Figura 1. Cadeia produtiva de combustíveis líquidos

6/2022/CGAA4/SGA1/SG/CADE⁵ da Superintendência-Geral do CADE no ato de concentração nº 08700.006512/2021-37 e das manifestações das requerentes e dos terceiros interessados mostra a dificuldade desta definição. Deve-se tratar o mercado relevante geográfico de derivados de petróleo como regional? Ou como raio de influência? O que fica claro é que o caso a caso traz a resposta.

A retirada de julgamento do ato de concentração não foi por acaso, também não foi por acaso que o governo se manifestou a favor da alienação das refinarias da Petrobras.

A teoria microeconômica ora apresentada permite concluir que alienar refinarias de petróleo não é vender pão francês na padaria. O poder de mercado das Refinarias de petróleo está na complexidade da sua *Margem*, haja vista as *essential facilities* necessárias para o desenvolvimento do negócio.

Portanto, não nos enganemos!! Utilizando a teoria microeconômica e a teoria da defesa da concorrência fica fácil entender que a alienação das Refinarias da Petrobras está mais próxima do monopólio do que da concorrência perfeita.

Tenhamos compromisso com a concorrência!!!

⁵ SEI/CADE - 1060809 - Parecer

Análise Inicial da Emenda Constitucional nº 125, de 14 de Julho de 2022, que instituiu o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional

Fabio Luiz Gomes

Thiago Tirolli

1. Critério temporal

Constata-se que o Art. 3º delimitou que a Emenda Constitucional entrou em vigor na data da publicação e fixou que a exigência da relevância aos recursos interpostos após a entrada em vigor da Emenda Constitucional, isto é, 14 de julho de 2022.

Não restando dúvidas de que os recursos em trânsito no Superior Tribunal de Justiça não poderão ter como filtro de admissibilidade esta Emenda Constitucional.

2. Conceito de Relevância

Um dos desafios impostos pela Emenda Constitucional será estabelecer um conceito de “relevância”.

Estabelece o Art. 1º da Emenda Constitucional (acrescentou um § 2º ao Art. 105 da CRFB) que no Recurso Especial “o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso”.

Trata-se, nesse caso, de um reflexo claro da visão que o Superior Tribunal de Justiça possui de sua missão constitucional, de pacificar e dar a última palavra na aplicação da legislação federal, sem que funcione como verdadeira Corte de revisão.

Portanto, é fato constitutivo – decorrente do mandamento do próprio texto da emenda constitucional, ao dispor que o recorrente “deve” demonstrar a relevância - que a partir de 14 de julho de 2022 o Recurso Especial traga em suas razões um tópico de admissibilidade recursal que fundamente o requisito da relevância das questões de direito infraconstitucional a ser demonstrado pelo recorrente.

Ao contrário do que ocorreu na regulamentação da transcendência dos Recursos de Revista direcionados ao TST, ocorrida em 2017 pela chamada “Reforma Trabalhista”, que define que o Tribunal analisará se a causa transcende aos interesses individuais – desobrigando o recorrente de trazer o tema como tópico recursal -, no presente caso o texto constitucional já prevê uma atuação positiva do recorrente.

Assim, a demonstração da relevância metaindividual, portanto, transcendente, deve fazer parte da petição recursal.

A negativa de trânsito ao Recurso Especial por conta da ausência de relevância apenas pode ocorrer pela manifestação de 2/3 dos membros do órgão competente. Nesse caso, tratando-se de Resp, em regra o órgão julgador é uma das Turmas do STJ, compostas por 5 ministros. Assim, o não conhecimento do REsp, por esse motivo, apenas pode ocorrer pela manifestação de ao menos 4 Ministros.

Observa-se, contudo, que o próprio dispositivo utiliza o vocábulo “nos termos da lei”, parece que em uma interpretação mais açodada poder-se-ia considerar essa norma constitucional como sendo de eficácia limitada.

Contudo, ao se realizar uma interpretação sistemática constata-se que na verdade se trata de uma norma constitucional de eficácia contida, isto é, essa norma já possui a aplicabilidade direta e eficácia imediata, e se posteriormente houver uma norma infraconstitucional poderá restringir o seu alcance.

Posto isto, urge delimitar o alcance do que seja “relevância” para essa norma enquanto não houver a norma infraconstitucional restritiva.

De início, a própria norma traz previsões em que a relevância será presumida. Recursos Especiais que envolvam matéria penal, improbidade administrativa e inelegibilidade não passam pelo filtro da relevância.

Ainda, o texto da EC nos aponta mais critérios: (i) Recursos especiais oriundos de causas cujo valor da causa seja superior a 500 salários mínimos; (ii) em que o acórdão afronte jurisprudência dominante do STJ; e (iii) demais casos previstos em Lei.

Tais critérios, que afastam a necessidade do Recurso Especial se sujeitar ao filtro da relevância, nos dão um direcionamento inicial em que casos teremos essa relevância “presumida”. Entretanto, decerto exigirão interpretação e discussão do próprio STJ para definir as especificidades de sua aplicação.

Por exemplo. Quando se fala que o valor da causa, é adequado considerar o valor apontado na inicial (ou em correção posterior) ou, em interpretação sistemática, deve-se considerar o proveito econômico da demanda e o seu potencial reflexo econômico? *O tema é abordado com mais detalhamento no tópico adiante.*

E mais. Não podemos apontar com segurança o que pode ser considerado jurisprudência dominante do STJ, pois se trata de conceito aberto. Seriam as decisões reiteradas de Turmas da Corte? Decisões canceladas pela Corte Especial? Decisões vinculantes?

Por fim, sobre a presunção de relevância “nos termos da lei, poder-se-á fazer uma interpretação sistemática do termo “relevância” e por analogia se fixaria um critério terminológico, buscar-se-ia no requisito de repercussão geral nos recursos extraordinários¹, que também se utiliza o termo “relevância” para definição do que seja repercussão geral.

Portanto, a delimitação do conceito de “relevância”, enquanto não sobrevier a norma infraconstitucional restritiva, será relevante “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa...”.

Tal se alinha com o desenho e atuação do Poder Judiciário brasileiro, em especial o STF que, por ser a Corte Suprema, em princípio, daria a última palavra sobre que temas entende haver transcendência dos interesses individuais.

Ou seja, uma causa em que o Supremo Tribunal Federal entendeu possuir Repercussão Geral, atrai a existência de transcendência para o Recurso e Revista trabalhista e assim deve ser para o Recurso Especial.

O STF assim já se manifestou, a exemplo da Rcl 38529 AgR-ED, em que estipulou que:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte, o óbice suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho à admissão do agravo de instrumento no recurso de revista (ausência de transcendência da matéria) está em descompasso com a premissa de que os

¹A regulamentação do § 3º do art. 102 da Carta Magna foi realizada pela Lei nº 11.418, de 2006, que inseriu os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, e pela Emenda Regimental nº 21, de 2007, do Supremo Tribunal Federal (STF).

julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal dos paradigmas referidos (Tema 246 e ADC 16) revelam a transcendência da questão debatida nos autos de origem.

Dessa desarmonia, resulta a usurpação da competência desta Suprema Corte, pela inadmissível obstrução da via recursal extraordinária”.

Portanto, adequado que na pendência de Lei que regule a EC, utilize-se os parâmetros de Repercussão Geral.

Em conclusão, os recursos especiais devem destacar um tópico que demonstrem a relevância recursal, apontando os casos em que a relevância seja presumida nos termos do próprio texto constitucional e enquanto não houver a norma restritiva, deverá ser uma causa meta-individual do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

E, ademais, como a EC trouxe conceitos abertos, cabe aos recorrentes iniciarem a discussão desses temas, em especial do que seria considerado, neste caso, jurisprudência dominante do STJ.

3. Valor da Causa

Em dois dispositivos o termo “valor da causa” é repetido:

1. No primeiro faz parte do texto constitucional, fixando como causa relevante o consubstanciado no Art. 1º da Emenda Constitucional, que estabeleceu no rol exemplificativo, no § 3º, III do Art. 105 da Constituição: “ações cujo valor ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos.
2. O segundo está disposto no Art. 2º da Emenda Constitucional: “ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo.”

Em relação ao item 1, pode-se chegar às seguintes interpretações:

Uma primeira interpretação é a literal, de que não caberia recurso especial de causas que fossem inferiores a 500 (quinhentos) salários mínimos, porém, numa perspectiva interpretativa sistemática, não poderia infirmar tamanho impeditivo as causas inferiores a esse patamar, sob pena de contrariar diversos princípios constitucionais, dentre eles destacaríamos o do devido processo legal substantivo (due process of Law), afinal não se pode restringir a vida-patrimônio ou liberdade sem o devido processo, neste caso, nem uma lei, no caso uma emenda constitucional, poderiam fazê-lo.

No entanto, objetivamente, essa lei gera uma presunção de que nas causas superiores a esse valor poderia ser considerada relevante, com uma argumentação simplificada. Nesse diapasão, restaria simplificada a argumentação da relevância jurídica-social-econômica nas causas superiores a esse valor.

Ao passo que nas causas inferiores a esse valor, a parte recorrente deverá demonstrar de forma analítica-fundamentada a relevância jurídica.

Concluindo, as causas superiores a 500 (quinhentos) salários mínimos gozam de uma presunção relativa de que haja relevância jurídica, nas causas inferiores a esse valor, caberá às partes fazerem uma demonstração analítica da relevância jurídica de sua causa.

Já no item 2, inicialmente poderia se pensar que ao fixar o valor da causa com um valor inferior na petição inicial, no curso do processo ficar constatado o benefício econômico, poderia

ser pleiteada a revisão do valor da causa em sede de recurso especial e com isso, se for superior a 500 (quinhentos) salários mínimos, poderia ser revista.

Contudo a Emenda Constitucional não se utilizou do conceito de benefício econômico, portanto, a atualização deverá ser versada do valor atribuído ao valor da causa.

4. Jurisprudência dominante do STJ

O fato da emenda constitucional trazer o conceito aberto “Jurisprudência dominante” do STJ abre espaço para que o recorrente, utilizando-se da argumentação jurídica e retórica, classifique que o acórdão recorrido, de alguma forma, violou a jurisprudência dominante do STJ.

E a discussão é proveitosa e, ao nosso ver, decerto será parametrizada pelo STJ logo no início da aplicação do filtro de relevância nos Recursos Especiais.

A despeito da falta de definição, o Código de Processo Civil pode auxiliar em tal interpretação.

O artigo 489, § 1º, VI do CPC, ao falar das decisões que são consideradas não fundamentadas, inclui aquela que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

E sobre isso, o STJ já pôde se manifestar no sentido de que “A regra do art. 489, §1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos.”(REsp n. 1.892.941/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 8/6/2021.)

Portanto, é provável que o STJ, ao aplicar o filtro da relevância, considere que jurisprudência dominante seja apenas os precedentes qualificados e vinculantes que possui.

Não obstante, na visão dos produtores deste texto, para garantir o cumprimento do mister constitucional da Corte cidadã, jurisprudência dominante deve ser considerada aquela (i) reiterada nas turmas; (ii) oriunda da Corte Especial; ou (iii) consubstanciada em Súmula da jurisprudência da Corte.

Isso porque, a produção de precedentes qualificados no STJ pode não ocorrer na velocidade que os jurisdicionados necessitam, o que permitiria a interpretação descompassada da legislação federal pelos Tribunais Estaduais.

De toda forma, considera-se proveitoso o debate sobre o tema para ensejar a pacificação da questão desde logo.

O problema da falta de paridade de armas no processo para uma decisão justa no Estado de Direito

Fabiola Vianna Moraes

Introdução

Entender como o Direito se produz e se deve pronunciar é tarefa árdua para os juristas desde sempre. Desde a corrente positivista até o realismo jurídico, não são simples nem conclusivas as formulações a esse respeito.

O positivismo entendeu-se como produtor de normas justas porque nascidas do poder representante do povo com função típica legislativa. O realismo sustenta que o juiz está autorizado a criar o Direito a partir das questões, interesses e exigências características do seu presente.

No Brasil, notam-se traços do realismo nas decisões judiciais, no entanto a formação do Direito a partir dos Tribunais deve levar em consideração a paridade de armas das partes em jogo, porquanto a linguagem se estabelecerá nesse contexto, sendo imperioso que ambos os interessados tenham voz efetiva no processo.

O presente trabalho aborda as concepções de Estado de Direito e a falta de paridade de armas como um problema a ser superado ainda mais diante do ativismo judicial no qual o Direito sai da boca dos Tribunais através de um processo judicial que envolve em geral dois pólos de interesses. Adotam-se os métodos analítico e reflexivo.

1. O Estado de Direito entre o formalismo, o realismo e a prática social

Segundo Emílio Santoro, o núcleo essencial do Estado de Direito é o vínculo virtuoso entre a soberania do Estado, a lei e a liberdade, variando entre a concepção lockeana segundo a qual os limites à liberdade são impostos pelo sujeito racional¹ e a concepção rousseauiana cuja liberdade não é prejudicada pelo corpo coletivo.² (p. 25)

Acrescentam-se as lições de Montesquieu sobre a separação dos poderes, pelo que se atribui ao Parlamento, órgão fundado na vontade popular, a função precípua de fazer as leis, cabendo ao Judiciário as fazer cumprir (paradigma legicêntrico)³, vigorando a partir da segunda metade do século XIX o princípio da legalidade tanto para a atividade jurisdicional como para a atividade administrativa.

O juiz exerce, neste modelo, a cognição, porquanto verifica os fatos a partir do que é previamente estabelecido pela lei, sendo um mero aplicador da lei. Essa tarefa⁴ garante a certeza do Direito (o Direito é feito por normas fixadas na lei⁵), a igualdade perante a lei e liberdade contra o arbítrio.

¹ Ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo e não em virtude de lei.

² O contrato social estabelece a vontade geral.

³ SANTORO, p.25.

⁴ De caráter lógico, no sentido de encontrar a norma aplicável. Nisso consistiria o caráter científico do Direito, cuja aplicação, é desprovida de quaisquer outros elementos, o que justifica os institutos da impessoalidade, da imparcialidade, por exemplo. Ainda que houvesse dúvida na interpretação das normas, ou lacunas legislativas para o caso concreto perante o qual se depara o juiz, este está vinculado às regras de interpretação e de integração oferecidas pela própria lei, como se bastasse em si mesma, sendo vedado ao aplicador qualquer atividade criativa ou criadora do Direito. Disso decorrem também a justiça e a justeza do Direito, de modo a garantir a liberdade de cada um e de todos.

⁵ Direito como sistema de normas; Direito como vontade do legislador.

Em Kelsen, o Parlamento deixa de ser um órgão soberano – o Estado identifica-se com o ordenamento jurídico que segundo a hierarquia das leis, tem a Constituição como base material e formal das leis cujo controle se dá pelo Poder Judiciário que deve operar como a “boca da Constituição”.

O Estado de certeza (de vinculação às leis) migra para o Estado segundo o qual o juiz recorre à norma para explicar sua decisão, mas esta é tomada segundo outros parâmetros, aqueles que o juiz considera justos no caso concreto. O realismo, em alternativa ao formalismo, não vincula o juiz às normas, e, portanto, afasta a ideia de que as normas decidam o conflito.

As correntes realistas do início do século XX sustentam que o intérprete do Direito o reescreve, o juiz não encontra o Direito dado, mas o cria, a partir das questões, interesses e exigências características do seu presente, e a legitimidade da decisão, sua veracidade, e portanto da interpretação do Direito pelo juiz do caso concreto, se traduz no consenso que ela pode obter sob as bases dos pressupostos compartilhados num grupo, numa sociedade, num dado contexto e a interpretação não pertence ao domínio da lógica mas sim da retórica (COSTA *apud* SANTORO, p. 41-2)

Variam, portanto, entre as fundamentações políticas e epistemológicas, constituindo, todavia, as últimas pressupostos das primeiras. (SANTORO, p. 41). Desta forma, como não existe significado precedente à atividade de interpretação, não há que se distinguir entre as corretas e as equivocadas (SANTORO, p. 42).

Hart, no entanto, salienta que se não se atribui às palavras ao menos um núcleo de significado autoevidente de forma que possa vincular pelo menos parcialmente os intérpretes, o mundo é sem princípios, onde o único critério é a força (HART *apud* SANTORO, p. 42). Desta forma, as palavras têm um significado geral que pode ser utilizado para o âmbito das interpretações locais.

A noção de Estado de Direito está ligada a uma concepção da verdade para julgar as ações humanas e não como produto da ação humana (SANTORO, p 43).

Distinguindo os sistemas *civil law* europeia e *common law*, identifica-se que a produção do Direito parece estar mais nas mãos dos juízes do direito anglo-saxônico, não obstante estejam adstritos aos precedentes que só podem ser quebrados mediante prova no caso concreto de se tratar de *distinguishing* ou *overruling*.⁶

O direito continental, cuja fonte primária do Direito tida pelos seus Códigos, especialmente, as Leis de Introdução do Direito, é a lei, abraça as normas jurídicas como ponto de partida para as interpretações judiciais, estabelecendo os métodos hermenêuticos do Direito e os critérios de integração das lacunas da lei.

Nomeadamente na Europa, desde a fundação da União Europeia, quando se adotou o Euro e a livre circulação de pessoas e capitais, já ultrapassada, portanto, a ideia de mera Comunidade Econômica Europeia, o direito transnacional – compreendido como aquele produzido pelas instâncias comunitárias – passou a ter que lidar mais fortemente com as diferenças entre os sistemas jurídicos dos Estados-membros que compunham o bloco regional, e teve que conciliar muitos institutos que não eram tradicionais num país mas que era tradicional em outros.

Como o quadro normativo produzido pelas instâncias da União Europeia modificam necessariamente os ordenamentos jurídicos internos do Estados-membros, com o fito de atender aos objetivos do mercado interno estabelecido -sempre atentos aos direitos fundamentais, porém -

⁶ O Processo Civil vigente atualmente no Direito brasileiro adota os mesmos critérios para o afastamento de temas já pacificados pelos Tribunais Superiores.

houve uma flexibilização entre os sistemas *civil law* e *common law* que tinham, cada um, tradicionalmente, suas próprias fontes primárias de Direito.

Verificou-se um aumento na produção legislativa dos países da *common law- statutes* (que não são tradicionalmente fonte primária do Direito, mas sim o são os precedentes judiciais) e em contrapartida notou-se uma revisão pelo Judiciário de concepções normativas mais fechadas para adaptá-las ao que o mercado interno da União Europeia já exigia.⁷

No entanto, é de se reconhecer que tradicionalmente nos sistemas da *common law*, baseados principalmente na análise econômica do direito de Richard Posner, as normas são produzidas pelos Tribunais para maximizar as riquezas. O Direito, sob essa corrente, é governado pela lógica econômica.

Também Dworkin, afirma que o ordenamento jurídico se compõe de normas (conforme Kelsen), *principles* (valorações morais num dado tempo e em determinada sociedade) e *policies* (fins a serem alcançados na vida da comunidade). Contudo ressalta que as Cortes não devem basear suas decisões nas *policies*. A politização do Direito, segundo o autor, retiraria a sua cientificidade. Portanto, sustenta que o Direito deve ser formulado a partir das normas e dos princípios, estes últimos aplicados para os casos difíceis para os quais as normas jurídicas não são suficientes para um resultado justo.

Reafirma-se que para a concepção rousseauiana-montesquiana, o caráter autoevidente das afirmações normativas e a consequente concepção da ciência jurídica como empreendimento de mero reconhecimento são elementos essenciais que garantem a imparcialidade do juiz, a impessoalidade das atividades estatais, a universalidade da lei, a segurança jurídica e a certeza do Direito típicos do Estado de Direito. Do contrário, este se transforma no governo da persuasão, no governo da parte que tem no processo o poder do convencimento mais forte.

Sem a autoevidência prévia e preestabelecida pela lei, o Direito fica à mercê do significado que o mais forte lhe possa atribuir, variando o sentido das palavras segundo a força, provocando naturalmente instabilidade e incerteza na aplicação e no conteúdo do Direito.

Deve-se afastar ainda a possibilidade de subjetividade do juiz, de sorte que a decisão não esteja cívada de interesses pessoais, convicções próprias e idiosincrasias. Ou seja, não se deve deixar a interpretação do Direito à práxis jurídica, que pode variar segundo cada juiz, cada intérprete, eis que poderá adotar a corrente epistemológica que lhe apraz. O Direito, nesse caso, seria o próprio intérprete, aquele que decide, o que o tornaria obrigatoriamente subjetivo.

A decisão deve ser a projeção da ordem imanente em determinada comunidade (Schmitt)⁸.

O normativismo é impessoal e objetivo (a lei a governar e não os homens). A crítica de Schmitt, entretanto, está em que o Estado de Direito se confundiu com o Estado de Leis.

O Direito não deve ser entendido como norma, nem ordenamento, nem como decisão, mas sim como prática social (SANTORO, p. 55), a partir do qual é elaborado e vivido segundo a comunidade interpretativa que confere sentido ao Direito (SANTORO, p. 56).

⁷ Na verdade, pode-se notar fora mesmo do contexto do bloco regional da União Europeia, esse movimento de aproximação dos sistemas jurídicos *civil law* e *common law*, por exemplo, já com a adoção de instrumentos internacionais como o caso da Convenção das ações Unidas para o Contrato Internacional e Compra e Venda de Mercadorias (CISG), de 1980, que abarca ideias e conceitos tanto da *civil law* como da *common law*, obrigando os Estados aderentes a adotar as duas linhas, portanto. O que muito contribuiu, aliás, para a aproximação do direito dos contratos da União Europeia. (MORAIS, Fabíola. *Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

⁸ SCHMITT *apud* SANTORO, p. 52.

A comunidade interpretativa estabelece uma gramática fundamental que define a práxis de julgar, delineando as interpretações. O Direito, segundo este entendimento, é construído no interior de complexas relações sociais (SANTORO, p. 64)

Destarte, todo acordo ou desacordo entre indivíduos é em última análise, concordância ou discordância de sua linguagem, quem entra em conflito com a comunidade de intérpretes usa uma linguagem diversa daquela corrente.

Em Ross, a normatividade seria aquela da ideologia normativa conforme a noção da cultura jurídica em dada sociedade e contexto histórico. A verdade e a falsidade de uma proposição (jurídico-científica) dependem de sua verificação e contrastação na experiência sensível (ROSS, p. 62).

O direito e sua validade, em Ross, são estudados e compreendidos em termos de efetividade social.

O “Direito válido”, para Ross, significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias (ROSS, p. 41). Nesse contexto faz alusão e analogia às “normas válidas no jogo de xadrez”, a fim de explicar que a regra do xadrez decorre do comportamento no jogo de xadrez e de suas normas (ROSS, p. 39).

A ciência do direito que mereça ser desse modo considerada, isto é, como uma verdadeira ciência, pode estabelecer com segurança qual é o direito de um determinado país com relação a certos problemas, de modo objetivo, com base em fatos observáveis e segundo o método de verificação empírica (ROSS, p. 53).

O juiz não se limita a dirimir controvérsias, mas a resolver problemas que outros órgãos públicos ou outras instituições sociais não estão em condições de afrontar satisfatoriamente. (SANTORO, p. 115).

Considerando a lógica do mercado que se impõe cada vez mais com a globalização e sobre o Estado de Direito, tornando-o antes seu instrumento, tendente a fortalecer a liberdade econômica dos detentores de poder, a concepção do Direito como prática é para Santoro o único instrumento teórico capaz de restaurar, no âmbito global, a autoridade do Direito e dos direitos e de enfrentar a mudança da economia do sofrimento.

Nesse diapasão, Santoro pondera que o jurista não devia apenas dominar os instrumentos jurídicos formais, mas deveria ser seu papel problematizar as normas jurídicas no sentido de garantir os direitos de liberdade contra a ideologia dominante da segurança e do contrato (SANTORO, p. 123).

Neste sentido, Alf Ross aborda a ideia de que a norma suprema de ação coloca limites à liberdade; esse limite consiste na exigência de que os interesses dos outros sejam considerados na busca da realização dos interesses próprios, e que essa consideração seja pensada como se fosse com si mesma. Exige que o juiz harmonize os conflitos de interesses.

Referindo a uma das formulações mais famosas do princípio supremo do Direito é a de Kant: “um procedimento é lícito se a liberdade para o realizaré compatível com a liberdade de todas as outras pessoas, segundo uma regra geral”.

Pela utilização da consciência moral geral e jurídica, Ross (2003) acredita que Leonard Nelson sustenta a ideia de justiça de uma maneira mais penetrante, ao dizer que ela tem como significado o igual equilíbrio de todos os interesses afetados por uma determinada decisão.

2. Ausência de paridade de armas no processo e a injustiça das decisões judiciais

As ideias que foram apresentadas a respeito do Estado de Direito, conceito de Direito e sua aplicação, levam-nos a indagar se o Direito a partir das normas postas, sua interpretação pelos Tribunais e a prática social se dará de forma válida (legítima) entre partes que não são dotadas de mesmas armas no processo judicial, ou numa relação processual em que há desequilíbrio do poder entre as partes em razão das armas de defesa técnica de que dispõem.

De um lado, podem-se ver grandes estruturas de poder em defesa dos que já têm poder econômico ou político; de outro, pequenas estruturas sobrecarregadas para defender pessoas desprovidas de poder político ou econômico. Por maior esforço que haja, por mais competentes que sejam os profissionais que atuam deste lado, a estrutura determinada pelo poder do outro lado vence pela força.

Essa força questionada tanto pelos autores supracitados, que vão de encontro ao Estado de Direito que busca se reconstruir através de novas reformulações de questionar a legitimidade de normas jurídicas que são criadas através das pressões que lhes são impostas pelo mercado, como um ato permanente de dominação.

Para além da defesa técnica, ainda que seja em atos de conciliação ou mesmo de mediação, verifica-se muitas vezes a precariedade de armas de uma parte frente a outra determinada pela falta de estrutura de concorrer igualmente com o poder econômico ou político que do outro lado se estabelece.

Acrescenta-se ainda a ausência de esclarecimento a respeito dos próprios direitos que impede que se tenha voz. E como se disse, ainda que essa voz venha a ser manifestada pelo profissional de defesa técnica, muitas vezes esta é prejudicada pela falta de estrutura frente ao poder que do outro lado se depara.

Demandas mais complexas são conduzidas até as últimas instâncias judiciais quando são patrocinadas por corpos técnicos dotados de grande estrutura. São esses ‘organismos de força’ que criam a jurisprudência e estabelecem os temas que só podem ser refutados a partir de então por um *distinguishing* ou *overruling* muito bem fundamentados.

Novamente, os mais fracos, os menos providos, não terão um julgamento pautado na igualdade, haja vista que não tiveram acesso à construção do pensamento jurídico-jurisprudencial.

Uma vez que os precedentes judiciais ganham relevância cada vez maior no Brasil, desde a promulgação do atual Código de Processo Civil, debater a respeito da (não) paridade de armas em juízo torna-se urgente.

A discussão a respeito da isonomia no processo tendo em conta o debate sobre a paridade de armas visa a impedir a permanência de hierarquias de humanidade entre nós, que é o que há de mais grave e dramático para a sociedade brasileira⁹.

Não obstante estejam devidamente representadas as partes no processo por meio de seus respectivos advogados ou defensores, quando se observa a não paridade de armas no processo, apenas formalmente estão cumpridos o princípio do contraditório e da ampla defesa e, quiçá, o devido processo legal, porquanto a parte que está em desvantagem não consegue ter efetivo acesso aos que esses princípios processuais visam garantir, que é a entrega justa do direito material por meio da tutela jurisdicional.

Por conseguinte, mesmo que o processo produza efeitos tão somente entre as partes, seu resultado afeta o mundo real no qual aquelas partes estão inseridas e, portanto, aquela comunidade.

⁹ FLAUZINA, Ana e PIRES, Thula. *Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie*. In Rev. Direito e Práxis., Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020, p. 1211.

Agrava-se se o processo é capaz de produzir um precedente judicial de repercussão geral ou que gera um tema refutável somente com o árduo preenchimento dos requisitos legais.

Como é produzido o Direito e como será sentido como socialmente obrigatório, nos termos de Alf Ross, se uma das partes que deveria criar o diálogo indispensável ao processo e seu resultado não dispõe de armas em igualdade com a outra parte? Em outras palavras, as regras do jogo são estabelecidas e determinadas pela parte que possui maior poder no processo e não mediante um procedimento verdadeiramente dialogal que leva em consideração todos os interesses em jogo.

Diante do ativismo judicial brasileiro, no qual o Direito sai da boca dos Tribunais através de um processo judicial que envolve em geral dois pólos de interesses, a linguagem deve se estabelecer ouvindo ambas as partes em paridade de armas.

Ressalta Adriana Dias Vieira que o direito a tratamento isonômico universal é fundamental para o exercício da cidadania e da distinção entre o Estado policial e o Estado de Direito.¹⁰

De fato, não há que se falar em cidadania plena com ausência de paridade de armas entre os litigantes, porquanto a voz de um será excluída pelo poder imposto pela outra parte, por mais que formalmente se fixem prazos e abram-se oportunidades para defesa técnica.

Por essa razão, é importante que se atribua às palavras ao menos um núcleo de significado autoevidente de forma que possa vincular pelo menos parcialmente os intérpretes, sem o que o mundo é sem princípios, onde o único critério é a força.

Há de se estabelecer uma linguagem previamente, do contrário o Direito fica à mercê do significado que o mais forte lhe possa atribuir, variando o sentido das palavras segundo a força, provocando naturalmente instabilidade e incerteza na aplicação e no conteúdo do Direito.

Considerações Finais

O Direito concebido de acordo com o positivismo, em que a lei é ou pretende-se exauriente como solução do caso concreto trouxe problemas de legitimação das normas jurídicas.

Por sua vez, para o realismo o juiz não encontra o Direito dado, mas o cria, a partir das questões, interesses e exigências características do seu presente e a legitimidade da decisão, sua veracidade, e portanto da interpretação do Direito se traduz no consenso que ela pode obter sob as bases dos pressupostos compartilhados num grupo, numa sociedade, num dado contexto e a interpretação não pertence ao domínio da lógica mas sim da retórica.

No entanto, no processo em concreto, muitas vezes as partes em disputa e para quem o Direito será revelado pelo juiz não dispõem das mesmas armas para defesa técnica, o poder econômico e/ou político de uma tende a se sobrepor aos interesses e direitos da outra parte por meio da estrutura organizacional que a representa.

Desta forma, na medida em que o convencimento do juiz é formulado através do processo, das provas ali produzidas e petições apresentadas, a parte com menos acesso a armas para sua defesa resta prejudicada na entrega da tutela jurisdicional.

A linguagem estabelecida no ativismo judicial deve partir de um processo onde seja observada a paridade de armas.

Fica a indagação e não a conclusão, se quaisquer das correntes são suficientes para resolver o problema da ausência de paridade de armas no processo para a decisão justa no Estado de Direito.

¹⁰ Sobre as garantias do processo e a dignidade da pessoa humana e vários exemplos de julgados do Supremo Tribunal Federal neste sentido, v. DIAS VIEIRA, Adriana. *Os sentidos da noção de dignidade humana em disputa: consonâncias e dissonâncias discursivas no campo jurídico*. Tese de Doutorado disponibilizada à disciplina do PPGDIN, p. 165 e ss.

Em todo caso, se o Direito se constrói a partir dos Tribunais, o respeito à paridade de armas é mais do que nunca indispensável.

Referências bibliográficas

FLAUZINA, Ana e PIRES, Thula. *Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie*. In Rev. Direito e Práxis., Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020.

MORAIS, Fabíola. *Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

SANTORO, Emílio. *Estado de Direito e Interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*. Trad. Maria Carmela Juan Buonfiglio Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIEIRA, Adriana Dias. *Os sentidos da noção de dignidade humana em disputa: consonâncias e dissonâncias discursivas no campo jurídico*. Tese de Doutorado pela Universitàdegli Studi Firenze, 2011/2013. Disponibilizada à disciplina do PPGDIN.

A OCDE e o Novo Mercado de Gás: O Ponto Virtual de Negociação como Mercado Relevante no setor de Gás Natural

Felipe Fernandes Reis

Os desafios do setor de gás natural no Brasil vem sendo objeto de iniciativas em prol de boas práticas regulatórias e de defesa da concorrência, a Web Advocacy ostenta importantes publicações nesse sentido, dentre os quais destaco a coluna da Dra. Daniela Santos, profunda conhecedora da matéria¹. Com esse intuito, a proposta deste artigo é defender o conceito e dinâmica de um dos pilares desenhados para o novo modelo do setor, “o mercado de comercialização atacadista de gás”, especialmente no indispensável papel do CADE em suas análises de atos de concentração ou controle de condutas.

Aliás, aproveita-se que a OCDE incluiu a delimitação de mercado relevante nos setores de *Oil & Gas* (“*O&G*”) entre os temas tratados na “*Latin American and Caribbean Competition Forum*”², como oportunidade de também considerar as recomendações desse importante órgão a respeito desse tema. No *paper* que endereça as principais questões encaminhadas no aludido Fórum³, é destacado a importância de boas práticas na delimitação do mercado relevante, reforçando o entendimento que tal exercício consiste em valioso instrumento de análise, mas não sendo “*um fim em si mesmo*” ou o único meio de análise da autoridade antitruste para apurar os possíveis efeitos anticompetitivos de uma conduta ou ato de concentração. O CADE, inclusive, vem adotando essa premissa, reconhecendo o papel da delimitação do mercado relevante como instrumento de análise e importante mecanismo para apurar probabilidade de condutas anticompetitivas e seus respectivos efeitos⁴.

No referido *paper* da OCDE, também é mencionado o desafio da delimitação de mercado relevante em setores objetos de transformação, seja em razão de inovações tecnológicas ou pela própria regulação, como é o caso do setor de gás natural no Brasil, que nos últimos anos vem sendo objeto de reformas legais e regulatórias, alterando a sua estrutura e dinâmica, com o objetivo de promover concorrência, eficiência e liquidez no setor de gás natural, conforme proposto pelo Comitê de Promoção da Concorrência no Mercado de Gás Natural⁵ e estruturado pelo novo modelo desenhado pela ANP⁶.

Além disso, vale citar a orientação da OCDE sobre a necessidade da interação entre a agência reguladora com a autoridade antitruste, para melhor compreensão do setor, redução de assimetrias de informação e outras formas de colaboração na adoção de medidas de preservação e promoção da concorrência. Ressalta-se, também, o reconhecimento, no referido *paper*, acerca da evolução das análises do CADE na delimitação do mercado relevante no setor de gás natural, especialmente a partir do ato de concentração envolvendo a aquisição do controle da GASPETRO pela Compass Gás e Energia S.A, que antes era detido pela Petrobras⁷. No documento, essa

¹ Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/daniela-santos/>

² Para mais informações sobre o *Latin American and Caribbean Competition*: <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2022forum/>

³ Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)12/en/pdf)

⁴ Nesse sentido, ver: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2010/documento-de-trabalho-n01-2010-delimitacao-de-mercado-relevante.pdf>

⁵ Instituído pela Resolução n.:04 de 2022 do CNPE.

⁶ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/arquivos/cp/2020/cp01/cp1-2020-modelo-conceitual.pdf>

⁷ Ato de Concentração: 08700.004540/2021-10.

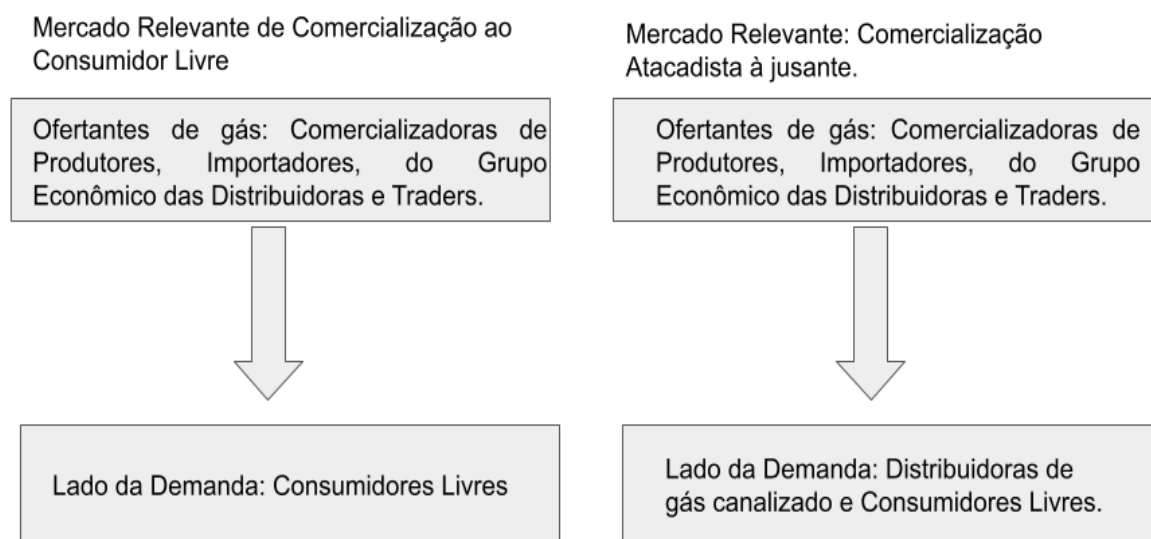
evolução é atrelada à importante separação entre os mercados de comercialização e distribuição de gás natural⁸.

Nesse sentido, vale citar que a referida operação foi objeto de análise tanto pela Superintendência Geral (“SG/CADE”) como pelo Tribunal do CADE. A SG/CADE⁹ e o Conselheiro Relator definiram o mercado relevante da distribuição de gás canalizado de forma separada da Comercialização, a qual foi segmentada em dois mercados distintos:

- Comercialização para atender ao Consumidor Livre;
- Comercialização para fornecimento ao Consumidor Cativo (ou seja: Comercialização para atender as Distribuidoras de Gás Canalizado).

Por outro lado, apesar de acompanhar o Relator em suas conclusões quanto à aprovação da operação, o Conselheiro Victor Fernandes divergiu no tocante à delimitação dos mercados relevantes acima mencionados. No que se refere aos mercados de Comercialização de gás, o Conselheiro o definiu em “*Comercialização Atacadista*”, segmentado em dois níveis: a montante (i.e. entre produtores e importadores) e a jusante (que ocorre a partir da rede de transporte), aliás, também tratou do mercado de comercialização varejista, que consiste no fornecimento aos usuários do mercado cativo, atualmente de exclusividade das Concessionárias do serviço público de distribuição gás canalizado (Distribuidoras/CDL).

Entre as diferenças dos entendimentos acima, é importante principalmente destacar a opção de incluir as distribuidoras no lado da demanda juntamente com os consumidores livres, conforme delimitado pelo Conselheiro Victor no denominado “mercado de comercialização atacadista à jusante”, enquanto o entendimento da SG/CADE e do Conselheiro Relator seria apenas incluir os consumidores livres na demanda do mercado de comercialização, sem considerar, portanto, o volume adquirido pela Distribuidora e seu papel enquanto adquirente de gás nesse mercado.



⁸ Entendimento da OCDE desde os anos 2000, disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/1920080.pdf>

⁹ Em seu parecer, a SG consignou a possibilidade da revisão desse entendimento conforme as mudanças da dinâmica do setor, nos moldes pretendidos pela regulação

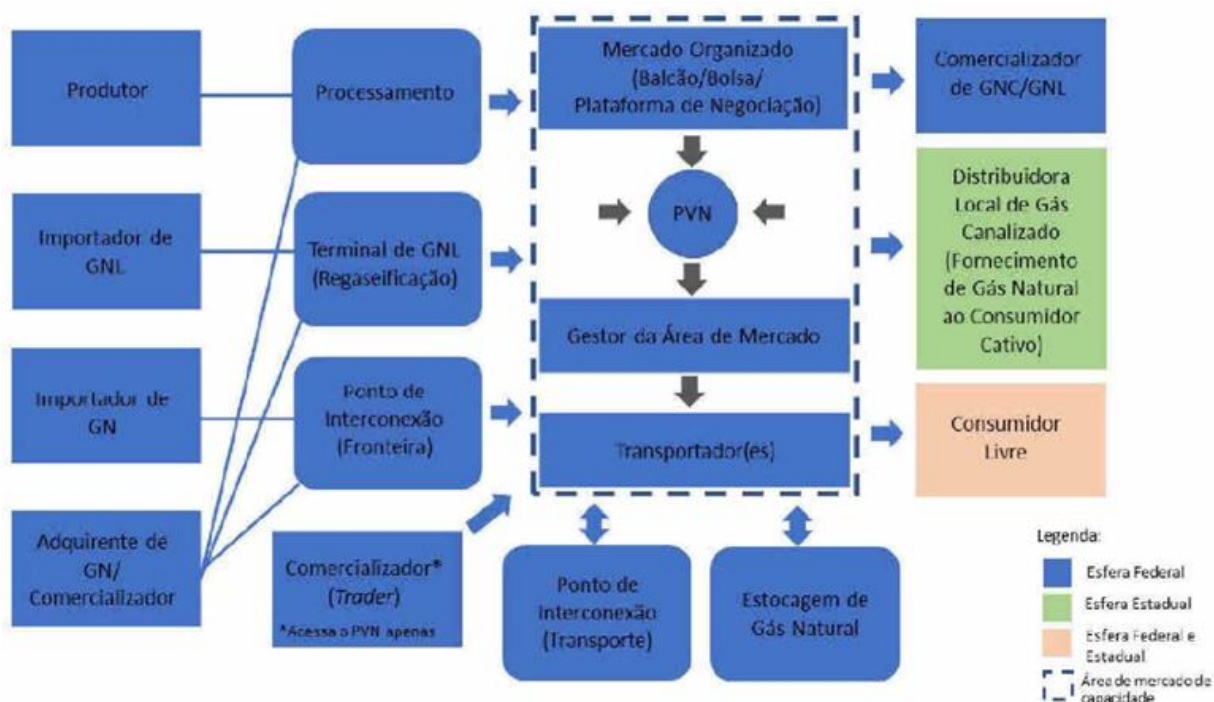
É importante destacar que o presente artigo não tem por objeto analisar os fundamentos e motivações alcançadas no referido ato de concentração, o que poderá ser feito em oportunidades futuras. Contudo, é importante apenas mencionar que durante a análise dessa operação, os debates a respeito da dinâmica do setor, em especial sobre a comercialização de gás (se seria apenas uma atividade; um elo e/ou um mercado relevante) acabou por prejudicar, a meu ver, a adequada compreensão da comercialização, sua definição como um mercado relevante, bem como a sua dinâmica concorrencial.

Feito esse breve resumo acerca dos diferentes entendimentos recentemente adotados pelo CADE, entende-se de suma importância defender o mercado de comercialização atacadista de gás à jusante (nos termos propostos pelo Conselheiro Victor), isso porque, no atual momento e de forma geral, é possível e provável que os ofertantes atuem e rivalizem para atender tanto o consumidor livre como as distribuidoras, as quais, além de representarem a maior parcela do volume comercializado no país, desempenham significativo papel no acesso dos comercializadores ao consumidor livre, na medida que esses precisam contratar seu serviço de distribuição de gás no nível downstream para então migrarem como demandante nesse mercado de comercialização atacadista à jusante. Aliás, são vários os casos de comercializadoras que já celebraram contratos com ambos¹⁰.

As recentes reformas do setor buscaram instituir o mercado de comercialização atacadista à jusante¹¹, a partir do Ponto Virtual de Negociação (“PVN”) ou “Hub” atrelado à respectiva área de capacidade de transporte- como o ambiente propício à competição entre os diferentes ofertantes (comercializadoras de produtoras, importadoras, do grupo econômico das distribuidoras e traders) para atender a demanda das CDL’s, dos consumidores livres e das distribuidoras a granel (GNL/GNC), de modo que as relações comerciais não sejam necessariamente atreladas ao fluxo físico da molécula, gerando, desse forma, liquidez, concorrência e flexibilidade, com aumento da oferta e entrada novos agentes. Por tais razões, o CNPE, através da Resolução n.03 de 2022, estabeleceu como de interesse da Política Energética Nacional que os agentes identifiquem nos contratos de comercialização o Ponto Virtual de Negociação como o ambiente de troca de titularidade do gás, conforme modelo estruturado nas reformas do setor:

¹⁰ Nesse sentido, ver: <https://epbr.com.br/abertura-do-mercado-de-gas-natural-ja-tem-dez-novos-fornecedores/>

¹¹ Nessa linha, sugere-se o estudo da CNI sobre a organização do mercado atacadista: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/22/4d/224de293-bec6-455d-8b9f-dc5a69e30e14/id_237108_organizacao_do_mercado_atacadista_de_gas_web1.pdf



Sugere-se, portanto, que o mercado relevante de comercialização atacadista à jusante seja delimitado à luz do Ponto Virtual de Negociação, adotando, inclusive, essa terminologia, de modo a evitar que esse seja confundido com outras atividades e segmentos adjacentes que também envolvem a compra e venda de gás, por exemplo: comercialização de gás *não processado* entre produtoras (upstream) ou o fornecimento de gás pelas Distribuidoras ao usuário cativo (downstream).

Em sua esfera geográfica, até a completa integração entre as diferentes áreas de transportes, sugere-se a segmentação do mercado conforme cada uma das áreas de capacidades de transporte,



uma vez que a sua contratação (no formato de entrada e saída) é necessária para a atuação do agente em cada mercado, conforme assim delimitado pela ANP:

Reita-se que a definição do PVN como um mercado relevante permite a melhor identificação de sua dinâmica competitiva e os riscos de eventuais atos anticoncorrenciais, em especial a partir da sua integração vertical, seja com o elo *upstream* (comercialização atacadista à montante) como a partir do *downstream* (Distribuidoras Locais de Gás Canalizado).

No que se refere ao elo *upstream*, cita-se, como hipótese, o caso dos concorrentes da Petrobras que constantemente necessitam contratar capacidade de escoamento e processamento de suas infraestruturas à montante para então ofertarem gás junto aos consumidores livres e distribuidoras no mercado Ponto Virtual de Negociação. Sob a perspectiva concorrencial, a adequada delimitação do PVN como mercado relevante, permite avaliar riscos de eventuais estratégias para criação de custos, dificuldades e outras condutas restritivas verticalizadas a partir do elo upstream contra esses concorrentes na contratação de gás e de acesso às suas *essential facilities*, prejudicando a concorrência no Ponto Virtual de Negociação.

Em relação à integração vertical entre o mercado de Ponto Virtual de Negociação com as distribuidoras de gás canalizado (monopólio natural), os riscos decorrem especialmente no caso do grupo da distribuidora também atuar como comercializadora no PVN, ou seja, concorrendo com outros comercializadores para atender a sua demanda ou a dos usuários cativos aptos para migrarem para o ambiente livre. A definição do PVN como mercado relevante independente, permite, assim, identificar quaisquer tentativas de práticas restritivas a partir do elo da distribuição, as quais devem ser efetivamente apuradas, para fins de preservar um ambiente competitivo, no qual os agentes tenham condições reais de concorrerem para atender às CDL's e aos potenciais consumidores livres.

Por fim, importante destacar que a nova Lei do Gás (Lei Federal 14.134/2021) instituiu mecanismos importantes para preservação da concorrência nesse mercado, e, assim, evitar condutas anticompetitivas. Contudo, a aplicação dessas medidas requer a constante atuação e cooperação entre as autoridades competentes, em especial do CADE com os respectivos reguladores, à luz das boas práticas internacionais e conforme destacado pela OCDE.

Novas regras de comércio exterior promovem o alinhamento da legislação brasileira a acordos multilaterais de comércio e resultam em benefícios econômicos

Fernanda Manzano Sayeg

Karla Borges Furlaneto

No mês de junho de 2022, foram publicadas importantes alterações legislativas relacionadas a comércio exterior. Em 8 de junho de 2022, foi publicado o Decreto nº 11.090, que alterou o artigo 77, do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 ao determinar que devem ser excluídos do valor aduaneiro os gastos incorridos no território nacional e destacados no custo do transporte, comumente denominados de capatazia. Já em 24 de junho, foi publicada a Instrução Normativa RFB nº 2090, de 22 de junho de 2022, que atualizou as regras de controle e valoração aduaneira de mercadorias e previu expressamente a exclusão da capatazia do valor aduaneiro.

As duas publicações foram comemoradas por entidades de classe, importadores e estudiosos do comércio internacional e do direito aduaneiro. Afinal, a legalidade da inclusão das despesas relativas à carga, à descarga e ao manuseio das mercadorias importadas, também conhecidas como “despesas de capatazia”, na base de cálculo do imposto de importação estava sendo questionada judicialmente há anos.

Com a publicação do Decreto nº 11.090/2022, de iniciativa do Ministério da Economia e motivada pela necessidade de redução do preço de bens essenciais importados em um cenário de alta de preços e inflação, prevaleceu a tese defendida pelos importadores e estudiosos do direito do comércio internacional, que havia sido rejeitada em 2020 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Entendimento equivocado que passamos a esclarecer.

As normas da Organização Mundial do Comércio (OMC), foro de caráter multilateral do qual o Brasil é parte, estabelecem parâmetros e critérios para o estabelecimento dos tributos que podem ser cobrados na importação de mercadorias.

Nesta linha, tanto o Poder Executivo, como o Legislativo brasileiro devem se ater ao que diz as normas da OMC para determinar quais itens integram a base de cálculo do imposto de importação. Em específico, ao Acordo sobre Valoração Aduaneira (AVA) do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) determina quais valores compõem o valor aduaneiro de um produto, ou seja, o que pode ser acrescentado ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas.

O AVA visa a criar um sistema equitativo, uniforme e neutro para a valoração de mercadorias para fins aduaneiros, que exclua a utilização de valores aduaneiros arbitrários ou fictícios. Recordando que, o imposto de importação tem como base de cálculo o valor aduaneiro da mercadoria importada. Desta forma, o AVA estabelece que, sempre que possível, a base de valoração de mercadorias para fins aduaneiros deve ser o valor de transação das mercadorias a serem valoradas.

O artigo 8º do AVA autoriza a inclusão dos gastos relativos ao carregamento descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação. Contudo, não há previsão de inclusão das despesas incorridas após a chegada do navio no porto, a exemplo do descarregamento e manuseio da mercadoria, por se tratarem de despesas incorridas após a chegada da mercadoria até o porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro.

No Brasil, o AVA foi internalizado à legislação pátria pelo Decreto Executivo nº 1.355/94 e, até 1º de julho de 2022, era regulamentado pela Instrução Normativa (IN) SRF nº 327/03. Contrariamente ao AVA, o artigo 4º, § 3º, da IN SRF nº 327/03 determinava que os gastos relativos à descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional no território nacional serão incluídos no valor aduaneiro, independentemente da responsabilidade pelo ônus financeiro e da denominação adotada.

Em outras palavras, a IN nº 327/03 desconsiderava que somente integram o valor aduaneiro os gastos de carga e descarga associados ao transporte da mercadoria até o porto ou o aeroporto e determinava que fossem incluídos os gastos de descarga de mercadoria após a entrada no porto/aeroporto, contrariando o texto do artigo 8º do AVA.

A esse respeito, é importante ressaltar que o AVA e demais acordos da OMC são aplicáveis no Brasil e devem prevalecer sobre a legislação tributária interna, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, assim como dos artigos 96 e 98 do Código Tributário Nacional (CTN).

Logo, teve início uma relevante discussão sobre a legalidade da inclusão dos custos de descarga da mercadoria na composição do valor aduaneiro no Poder Judiciário, que chegou ao STJ em 2014. Muitos anos depois, em abril de 2020, a Primeira Seção desse tribunal superior definiu, sob o rito dos recursos repetitivos, que os serviços de capatazia deveriam ser incluídos na base de cálculo do Imposto de Importação.

Segundo o ministro Francisco Falcão, cujo voto prevaleceu no julgamento, o GATT estabelece normas para a determinação de valor para fins alfandegários, prevendo a inclusão no valor aduaneiro dos gastos relativos à carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação.

Assim, segundo a interpretação do STJ, tais serviços integrariam a atividade de capatazia, de acordo com a Lei nº 12.815/2013, editando a instrução normativa RFB explicitando que eles deveriam fazer parte do valor aduaneiro.

Desse modo, desde 2020, os pedidos de exclusão dos serviços da base de cálculo do imposto de importação estavam sendo julgados improcedentes, não obstante a flagrante violação às normas internacionais e os prejuízos econômicos que essa medida trouxe ao país.

Em estudo de 2020, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) projetou que o fim da inclusão da capatazia no valor aduaneiro contribuiria para um acréscimo de R\$ 3,6 bilhões ao PIB no acumulado dos próximos 20 anos. No setor de alimentação, esse valor seria de R\$ 2,4 bilhões e, no de siderurgia e construção, de R\$ 1,8 bilhão. Outros setores que elevariam sua contribuição para o crescimento do PIB seriam os de têxtil e calçados, em R\$ 1,4 bilhão; eletroeletrônicos, em R\$ 861 milhões; químicos com R\$ 832 milhões; perfumaria, cosméticos e farmacêuticos, R\$ 824 milhões; petróleo, etanol e outros R\$ 523 milhões; e madeira, papel e celulose, com R\$ 173 milhões.

O referido estudo elencou, ainda, os 20 produtos que teriam maiores ganhos na produção até 2040 caso fosse retirado o custo da capatazia portuária. Em valores, os produtos com maiores altas na produção seriam automóveis e utilitários, com R\$ 4 bilhões, e semiacabados e outros aços, com R\$ 2,3 bilhões. Máquinas e equipamentos e vestuário ficariam em terceiro e quarto lugar, com R\$ 2,2 bilhões e R\$ 1,9 bilhão, respectivamente.

Segundo as projeções feitas, a indústria de transformação exportaria R\$ 11 bilhões a mais, no acumulado dos próximos 20 anos, com a retirada da capatazia do custo aduaneiro. Os números mostram que o setor de construção e siderurgia teria o maior ganho em exportações nesse período, de R\$ 3,5 bilhões ou 4,8%. Para o setor químico, o ganho seria de R\$ 2,3 bilhões ou 9,8%. O setor de bens de capital seria o terceiro com o maior ganho em exportações, de R\$ 1,7 bilhão ou 1,9%, seguido do de alimentação, de R\$ 1,6 bilhão ou 1,3%.

Fato é, que as alterações legislativas em questão possibilitarão uma importante redução no valor pago por importadores a título de imposto de importação, com impactos positivos na competitividade e na integração do Brasil aos fluxos globais de comércio. Afinal, a inclusão dessa taxa contribuía para inflar o custo de importação, na contramão da agenda de competitividade e da melhoria do ambiente de negócios no Brasil, onerando a produção nacional, inclusive para a exportação.

Da mesma forma, também representa o alinhamento da legislação aduaneira brasileira aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil junto aos parceiros do Mercosul e à Organização Mundial do Comércio. Exatamente em linha com o que a sociedade precisa, de um mais competitivo e mais integrado ao comércio internacional.

O Acordo de Livre Comércio entre MERCOSUL e Singapura: Um importante avanço na aproximação com os países asiáticos

Fernanda Manzano Sayeg

No dia 20 de julho de 2022, os Ministros das Relações Exteriores e da Economia dos Estados Membros do MERCOSUL e o Ministro do Comércio e Indústria de Singapura anunciaram a conclusão das negociações do acordo de livre comércio entre o bloco sul-americano e o país asiático, que vinha sendo negociado desde 2019. O acordo deve ser assinado até o fim do presente ano e entrará em vigor após a aprovação por todos os signatários.

Trata-se do primeiro acordo de livre comércio entre o MERCOSUL e um país do sudeste asiático. Atualmente, o continente asiático apresenta as maiores taxas de crescimento econômico e populacional do mundo, bem como um altíssimo nível de integração entre as economias regionais.

A celebração do acordo comercial com o país asiático é estratégica do ponto de vista econômico. Singapura é uma ilha e um dos principais entrepostos comerciais do planeta, concentrando o fluxo comercial para o Sudeste Asiático. A economia do país tem sido tradicionalmente caracterizada por um robusto crescimento, inflação moderada, amplas reservas fiscais e monetárias, estabilidade financeira, forte posição externa e alto grau de abertura ao comércio e investimento internacionais. Singapura é um país de renda alta e com grande envolvimento no comércio internacional de bens e serviços, ocupando o 10º e 12º lugar no ranking de exportações e importações mundiais de bens e serviços. Com relação a investimentos estrangeiros diretos, o país do sudeste asiático é o 3º maior destino de investimentos estrangeiros e figura na lista como um dos principais investidores no mundo.

Atualmente, Singapura é o segundo principal parceiro comercial no Brasil na Ásia – atrás apenas da China – e o sexto maior destino das exportações brasileiras. A corrente de comércio de bens entre Brasil e Singapura totalizou US\$ 6,7 bilhões em 2021 e, apenas em junho de 2022, o Brasil vendeu US\$ 939,36 milhões para a ilha asiática, o equivalente a 2,88% do total exportado pelo país. O acordo com Singapura deverá aumentar ainda mais as exportações do MERCOSUL para o país asiático. Estimativas do Ministério da Economia demonstram que o acordo de livre comércio levará a um incremento nas exportações brasileiras de US\$ 500 milhões por ano.

Justamente por ser um dos principais entrepostos comerciais do planeta, Singapura é parte de diversos acordos de livre comércio. O país é parte de 27 acordos de livre comércio, dentre os quais a Parceria Econômica Abrangente (RCEP) e Parceria Transpacífica (CPTPP) — que representam juntos cerca de 45% do PIB mundial. Tais acordos são caracterizados por uma alta ambição nas reduções tarifárias, em muitos casos com eliminação de tarifas sobre quase 100% dos bens comercializados entre as partes, bem como por compromissos robustos em temas não-tarifários, entre os quais propriedade intelectual, serviços e compras governamentais. Em razão dos referidos acordos comerciais, hoje Singapura aplica tarifa de 0% sobre todo o universo tarifário, exceto para duas categorias de produtos de cervejas de malte.

Ou seja, um acordo de livre comércio entre o MERCOSUL e Singapura não poderia ser um acordo substancialmente distinto dos 27 acordos de livre comércio celebrados pelo país asiático, que sempre esteve na vanguarda em relação a esse tema.

De fato, o acordo celebrado entre o bloco sul-americano e a ilha asiática é moderno, abrangente e inovador. Entre os temas abrangidos pelo acordo estão regras sobre comércio de bens, regras de origem, facilitação de comércio e cooperação aduaneira, barreiras técnicas ao comércio (TBT), medidas sanitárias e fitossanitárias (SPS), micro e pequenas empresas, serviços, investimentos, propriedade intelectual, compras governamentais, comércio eletrônico, defesa comercial e solução de controvérsias. Na área de investimentos, o acordo estabelece uma estrutura

de governança que estimula a cooperação e a facilitação de investimentos e conta com elementos que favorecem a proteção a investimentos.

A aproximação comercial com a Ásia deve continuar nos próximos anos. Atualmente, o MERCOSUL mantém negociações comerciais com mais dois países situados na Ásia, a saber: Coreia do Sul e Líbano. Também existem mandatos negociadores para acordos de livre comércio com Vietnã e Indonésia. De acordo com estimativas da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Economia, se concluídas, as negociações com Coreia do Sul, Indonésia, Vietnã e Singapura trarão um aumento no PIB brasileiro de R\$ 502 bilhões em termos acumulados até 2040, além de impactos positivos nos investimentos, na corrente de comércio, na massa salarial e da queda nos preços.

Portanto, o acordo comercial com Singapura representa um importante primeiro passo em busca de maior inserção internacional da economia brasileira, com o estreitamento das relações com uma das regiões mais dinâmicas do mundo, o que pode resultar em diversas benefícios econômicos, incluindo o aumento das exportações para essa região e a inclusão de empresas sul-americanas nas cadeias globais de valor.

Especialização dos juízes como recurso para a administração da justiça¹

Fernando de Magalhães Furlan

Os juízes são responsáveis pela última palavra do Estado nas relações sociojurídicas numa democracia. Representam o derradeiro controle dos atos do próprio Estado e das relações entre particulares. Mas ao juiz não cabe somente interpretar e aplicar a lei, a ele se espera que corresponda à Justiça, ainda que dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.

A administração da Justiça é, portanto, não somente o melhor direito aplicado a situações concretas, mas o direito aplicado da forma a mais eficiente, rápida e consistente, por julgadores empenhados, informados e atualizados. Conferir justiça é mais do que a distribuir equitativamente, é mantê-la funcionando de forma qualificada, rápida e estável. Isso demanda diagnóstico, planejamento e execução.

O fato de que os recursos judiciais são escassos e não podem ser ampliados infinitamente apresenta um problema familiar: como fazer o melhor uso de uma “mercadoria limitada”². A própria teoria econômica fornece uma resposta típica: a divisão do trabalho por meio da especialização do sistema judicial.

Este artigo trata brevemente de diferentes experiências internacionais na criação e operação de cortes especializadas em temas específicos, com ênfase nas matérias econômico-empresariais, bem como as melhores práticas e, naturalmente, a doutrina. O artigo busca contribuir com o debate sobre a criação e operação de varas federais especializadas em temas econômico-comerciais no Brasil e, eventualmente, no MERCOSUL e BRICS.

A Justiça especializada não é novidade. Na França³, por exemplo, o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) é um órgão do governo nacional francês que atua como consultor jurídico do Poder Executivo e como órgão jurisdicional, de última instância, para casos envolvendo o Estado francês, seja por atos administrativos ou como parte numa controvérsia. As decisões de juízes administrativos espalhados pelo país também poderão ser revistas pelo conselho. Foi criado em 1799 por Napoleão Bonaparte.

¹ Excerto do livro “Especialização Judicial: uma Solução Econômica Para a Administrativo da Justiça”. FURLAN, Fernando de M. 1ª ed. Ed. Singular, São Paulo, 2017. ISBN-13: 9788586626951.

² JORDAN, Ellen R. Specialized Courts: A Choice? *Northwestern University Law Review*, 1981, vol. 76, nº S. 76 Nw. U. L. Rev. 745 1981-1982. Disponível em: Pence Law Library, Washington College of Law, 2017.

³ A maioria dos juzgados especializados no sistema jurisdicional francês é abrangida pela categoria geral de tribunais administrativos – em vez de judiciais – dispostos numa estrutura hierárquica, cujo ápice é o Conselho de Estado. As cortes administrativas decidem questões envolvendo contratos governamentais, ações judiciais contra o governo, controvérsias fiscais selecionadas e apelações de decisões emitidas por órgãos administrativos. Embora tais ações tipicamente envolvam disputas entre o governo e particulares ou corporações, algumas envolvem disputas entre departamentos governamentais independentes. As distinções jurisdicionais entre os tribunais administrativos e judiciais não são tão precisas como se pode suspeitar. Existem tribunais judiciais especiais para resolver questões trabalhistas, previdenciárias e “rurais”. Além disso, os tribunais judiciais lidam com litígios envolvendo impostos indiretos, condenações de terras e responsabilidade municipal em casos envolvendo motins ou outros distúrbios públicos.

Além da França, a Inglaterra⁴, a Bélgica⁵ e a Alemanha⁶, dentre vários outros países europeus, também adotam sistemas judiciais com variados graus de especialização⁷. Na verdade, de acordo com o relatório *Doing Business*⁸ do Banco Mundial, trata-se de um fenômeno global, pois a criação de cortes especializadas foi uma das reformas mais comuns empreendidas no mundo entre 2005 e 2006, por exemplo.

Nos Estados Unidos, onde a organização do Poder Judiciário é competência exclusiva do Congresso, a última mudança legislativa criou, além da estrutura clássica dos juízes federais com jurisdição abrangente⁹, os juízes administrativos, também conhecidos como juízes legislativos¹⁰, com atuação limitada a áreas específicas e vinculados a agências e órgãos da Administração Pública Federal, com poderes *quasi*-judiciais e cujas decisões podem ser revistas pelos tribunais federais clássicos¹¹.

Na própria América Latina temos exemplos bastante recentes e bem-sucedidos como o do Tribunal da Concorrência do Chile, cujas decisões somente podem ser revistas pela Corte Suprema do país; e dos juzgados especializados em defesa da concorrência e regulação das telecomunicações, no México, seguindo uma recente reforma constitucional.

Mesmo no Brasil, a Justiça também se especializou e as áreas mais conhecidas são a eleitoral, a militar e a do trabalho. Mas há também especializações em nível estadual como as varas de falência

⁴ Um dos mais antigos e mais renomados tribunais comerciais, o Tribunal de Comércio, um dos Tribunais Reais de Justiça em Londres, lida com casos complexos decorrentes de disputas comerciais, tanto nacionais como internacionais. Há especial ênfase no comércio internacional, nas atividades financeira e bancária, *commodities* e arbitragem. Os Tribunais Reais de Justiça incluem vários tribunais afiliados, incluindo o Tribunal do Almirantado, a Divisão da Chancelaria, o Tribunal Mercantil de Londres e o Tribunal de Construção e Tecnologia. No final de 2011 foram inauguradas as moderníssimas novas instalações do Tribunal de Comércio de Londres, com o objetivo de igualar a reputação de classe mundial do Reino Unido para o direito empresarial que atrai disputas de todo o mundo. A nova “super corte” proporciona 29 salas de julgamento, 12 salas de audiência, 44 salas de consulta pública e instalações de espera para as partes envolvidas em processos. Espera-se que isso consolide o trabalho desenvolvido pela Divisão de Chancelaria, pelo Tribunal de Comércio e pelo Tribunal de Tecnologia e Construção. A corte atrai para si todos os casos relacionados às empresas e aos negócios dos Tribunais Reais de Justiça, tais como marcas e patentes, processos de construção técnica, casos de almirantado (detenção de navios) e litígios contratuais internacionais. Para fins administrativos, o Tribunal de Comércio de Londres permanecerá ligado ao Grupo de Tribunais Reais de Justiça.

⁵ Os tribunais comerciais especializados têm competência em litígios comerciais envolvendo valores acima de cinquenta mil euros. Um tribunal especializado em arbitragem tem jurisdição para resolver os conflitos entre (i) leis promulgadas pelo Parlamento Nacional e decretos ratificados pelos legislativos locais ou regionais/provinciais, (ii) entre decretos promulgados por vários legislativos locais ou regionais/provinciais e (iii) entre essas leis e decretos e dispositivos selecionados da Constituição.

⁶ Aproximadamente 25% dos juízes do sistema judicial alemão atuam em sistemas judiciais especializados em matéria de direito administrativo, tributário e fiscal, trabalhista e previdenciário. Os tribunais do trabalho têm jurisdição em litígios entre empregadores e empregados que decorrem de relações de trabalho, questões de negociação coletiva e codeterminação empresarial na medida que as relações de trabalho estão envolvidas. Os tribunais administrativos têm jurisdição sobre questões de direito administrativo, tais como zoneamento, imigração, licenças estaduais – inclusive aquelas sob regulamentação de comércio exterior. A competência dos tribunais fiscais inclui questões fiscais gerais e estende-se aos direitos aduaneiros e outros impostos que envolvem o comércio internacional e exterior. Os tribunais sociais exercem jurisdição em litígios que se enquadram na legislação social, como a seguridade social e os cuidados públicos obrigatórios de saúde.

⁷ ZIMMER, Markus B. Overview of Specialized Courts. *International Journal for Court Administration*, August 2009. Disponível em: <<http://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.111/>>. Acesso em: 23/05/2017.

⁸ World Bank. *Doing Business 2007 – How to reform*. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2007>>. Acesso em: 23/05/2017.

⁹ Juízes do artigo III da Constituição Estadunidense.

¹⁰ Juízes do artigo I da Constituição dos Estados Unidos da América, os *Administrative Law Judges* (ALJs).

¹¹ Tribunais de Apelação dos Estados Unidos (*United States Courts of Appeals*).

e recuperação judicial e as da Fazenda Pública. Mais recentemente também houve louváveis especializações como:

- I. Varas federais especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens¹², famosas internacionalmente por conta, inclusive, do caso “Lava-Jato” e do juiz especializado Sergio Moro¹³; e as diversas varas empresariais¹⁴ no estado do Rio de Janeiro;
- II. Varas federais especializadas¹⁵ em propriedade industrial e intelectual, inclusive marcas e patentes, e benefícios previdenciários do regime geral (INSS), no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ, ES)¹⁶;
- III. Varas empresariais no estado de Minas Gerais¹⁷.
- IV. Varas federais especializadas em matéria de saúde (3ª vara de Curitiba e 1ª, 2ª, 4ª e 5ª varas de Porto Alegre); além de outras iniciativas estratégicas importantes.

Tais iniciativas, em prol de melhor administrar a Justiça, ao menos no caso brasileiro, vêm ao encontro de pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São

¹² Hoje no Brasil já são 27 varas federais especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens. Elas estão em 14 estados e no Distrito Federal. Em outros 12 estados, os casos denunciados pelo Ministério Público ainda são distribuídos entre varas criminais comuns. São Paulo concentra 2.968 processos desse tipo em andamento; Mato Grosso do Sul tem 613; Paraná, 331; Ceará, 314; Rio de Janeiro; 302 processos; e o DF, 91.

¹³ Sérgio Fernando Moro, juiz federal da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, especializada em crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e praticados por grupos criminosos organizados. Trabalhou como Juiz instrutor no Supremo Tribunal Federal durante o ano de 2012. Coursou o *Program of Instruction for Lawyers* na *Harvard Law School* em julho de 1998 e possui título de mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Participou do *International Visitors Program* organizado em 2007 pelo Departamento de Estado norte-americano com visitas a agências e instituições dos EUA encarregadas da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro. É Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

¹⁴ Atualmente, há na comarca da capital do estado do Rio de Janeiro sete varas empresariais, que concentram ações atinentes à arbitragem, ações coletivas relativas ao Direito do Consumidor, falências e recuperação judicial, execuções por quantia certa contra devedor insolvente, direito societário, propriedade industrial e nome comercial; causas em que a Bolsa de Valores for parte ou interessada e Direito Marítimo. O desafio da Justiça fluminense nessas varas especializadas, de acordo com o advogado carioca Felisberto Caldeira Brant, entrevistado pelo autor em 7 de abril de 2017, é que há litígios complexos, em que fica difícil definir, com rapidez e precisão, se a competência é das varas empresariais ou das varas cíveis. Tanto mais, quando a competência é especializada, e, portanto, deve ser interpretada restritivamente. Tudo o que não estiver contido nos incisos, alíneas e números da norma que definiu a competência especializada deve, obrigatoriamente, ser remetido às varas cíveis. De acordo com o causídico carioca, “*nada muito grave, pois o juiz pode enviar de ofício para outra vara (especializada ou não), mas quando se trata de ‘guerra de liminares’, um erro pode ser fatal*”.

¹⁵ 9ª, 13ª, 25ª e 31ª Varas Federais no Rio de Janeiro-RJ.

¹⁶ Artigo 25 da Resolução 42/2011 do TRF2.

¹⁷ Há hoje duas varas empresariais na comarca de Belo Horizonte, com competência para processar e julgar os feitos relativos às seguintes matérias: falência, recuperação judicial, resolução, dissolução e liquidação de sociedades empresariais e seus respectivos incidentes; homologação de plano de recuperação extrajudicial; litígios societários concernentes à constituição, deliberação, transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedade empresária; liquidação extrajudicial ou ordinária de sociedade empresária; registro do comércio e propriedade industrial; incorporação de créditos ao patrimônio da massa falida; direito de retirada de que trata o art. 137 da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; as ações, e seus respectivos incidentes, de execução específica de cláusula compromissória, proposta com fundamento no art. 7º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; os pedidos de cumprimento ou execução de sentença arbitral, promovidos na forma do art. 475-I e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, bem como as impugnações oferecidas pelo executado; as ações para decretação da nulidade ou anulação de sentença arbitral, propostas com base no art. 33 da Lei nº 9.307, de 1996.

Paulo (IDESP), em 2000, que demonstrou que 89% da classe empresarial brasileira avaliava a agilidade do Poder Judiciário como “ruim” ou “péssima”¹⁸.

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) lançou em junho de 2016 a “Agenda Internacional da Indústria”¹⁹, e dentre as mais importantes medidas defendidas está a “Desburocratização do Comércio Exterior – por meio do aumento da segurança jurídica e da redução dos tempos de decisões com varas especializadas em comércio exterior no Judiciário brasileiro”. Foi a primeira vez que a CNI elaborou um documento específico para ampliar a inserção internacional das empresas brasileiras.

O Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE), ao realizar estudo²⁰ em 2005 para avaliar a confiança da população brasileira em suas instituições, revelou que dentre quatorze organizações investigadas, o Poder Judiciário ocupava a sétima colocação, atrás da Igreja Católica, das Forças Armadas, dos jornais, das redes de televisão, dos sindicatos e dos advogados.

De acordo com Sadek²¹, para “ilustrar o descontentamento social para com o serviço prestado pelo Poder Judiciário”, levantamentos de institutos especializados, como *Vox Populi*, Data Folha, IBOPE e Gallup, mostram que, em média, 70% dos entrevistados não confiam no sistema de justiça brasileiro.

Uma das conclusões de estudo sobre a criação de varas especializadas em Defesa Comercial, publicado em 2012²², foi a de que havia necessidade de melhoria do nível de conhecimento técnico-jurídico especializado em temas de comércio exterior por parte dos julgadores federais.

A confusão entre conceitos fundamentais²³ como: (i) características, objetivos e limitações de cada um, além de diferenças decisivas entre o antidumping, as medidas compensatórias e as salvaguardas; e (ii) o momento determinante da incidência da norma para fins de cobrança de medidas aplicadas, por exemplo, foram as situações mais apontadas.

A especialização judicial é um fenômeno mundial que acompanha a tendência de especialização profissional não somente na seara jurídica, mas em todas as áreas do conhecimento humano.

A necessidade de especialização de juízes não é diferente daquela dos advogados e acadêmicos, que buscam se adaptar às exigências de uma sociedade crescentemente complexa e que depende da atividade jurisdicional do Estado para uma miríade de situações e soluções.

¹⁸ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 34.

¹⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. *Agenda Internacional da Indústria 2016*. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/06/cni-lanca-agenda-internacional-com-propostas-para-ampliar-comercio-exterior/>>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁰ Idem, p. 35. Apud CABRAL, Marcelo Malizia. *Administração Judiciária: caminho para a construção de um Judiciário mais eficiente e legítimo*, 2010. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/depeso/109777/administracao-judiciaria-caminho-para-a-construcao-de-um-judiciario>>. Acesso em: 27/05/2017.

²¹ Ibidem, p. 13. Apud CABRAL, Marcelo Malizia, *Op. cit.*

²² LIMA-CAMPOS, Aluísio de; KRAMER, Cynthia. Criação de Varas Especializadas em defesa comercial: uma necessidade para o comércio exterior brasileiro. *Revista do IBRAC*, São Paulo, ano 19-22, jul-dez. 2012.

²³ ÁRABE NETO, Abrão M.; BONOMO, Diego Z. Tribunal especializado em comércio exterior. *Valor Econômico*, 03/07/2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/impresimprimir/noticia/2735934/brasil/2735934/tri>>. Acesso em: 27/05/2017.

É uma questão que irá se repetir, com crescente frequência, à medida em que os “*atrasos judiciais conspirarem com a maior complexidade social e tecnológica*”²⁴ para estimular cada vez mais cortes especializadas em áreas jurídicas amplamente diversificadas.

A crescente penetração de entidades e órgãos do Poder Executivo nas finanças, nos negócios e na economia, exatamente para contrabalançar as poderosas forças econômicas, exige uma crescente preocupação em tornar o controle sobre os atos administrativos realmente efetivo.

Posner considera que talvez o problema jurídico central do nosso tempo seja “*harmonizar o ‘direito em ação’ com o ‘direito dos livros’*”²⁵. A enorme atividade legislativa iniciada há cerca de uma geração se preocupava com questões intrincadas e técnicas. A doutrina geral que governava os serviços públicos era bastante simples. Contudo, as “*mais sutis dificuldades foram encontradas na sua aplicação. Problemas de direito tornaram-se problemas de administração*”²⁶. Foram, então, necessários novos instrumentos de especialização e precisão. O direito tinha que atender às exigências de uma era de especialização.

Para fazer frente a essas exigências de uma sociedade industrial mais complexa, as cortes ou tribunais especializados surgem como uma resposta possível para exercer o controle sobre os sucessivos campos de legislação emanada do Executivo. Para Root, “*as questões jurídicas administradas por eles chegam a ser tão diversificadas que fazem nascer novos ramos do direito administrativo*”²⁷.

Afinal, às vezes se diz que os juízes implementam políticas públicas feitas por outros Poderes. Mas para muitas questões, o oposto é verdadeiro: os juízes fazem política pública e outras instituições respondem à sua liderança²⁸, pois as restrições de jurisdição, impostas pelo princípio da inércia judicial, podem limitar a capacidade de formulação de políticas públicas dos juízes, mas “*não os impedem de participar ativamente do processo de sua construção*”²⁹. As decisões judiciais podem “*antecipar metas de políticas públicas e mostrar que a justiça individual pode também influenciá-las*”³⁰.

Contudo, se os juizados e tribunais crescerem somente de forma horizontal, haverá mais juízes e oficiais judiciais a entregar mais decisões, elaboradas sob as mesmas premissas e sobre as mesmas questões. Isso produzirá maior incoerência jurídica, dando origem a ainda mais litígios.

Embora o problema da incoerência possa ser resolvido por meio da introdução de novas esferas recursais, ainda assim haverá uma proliferação de decisões, mesmo que de forma vertical. Nesse contexto, “*se os tribunais não podem crescer para fora, e se crescer para cima também não é útil, o que resta é a diferenciação*”³¹.

Cortes especializadas aliviam substancialmente os encargos de outros juizados e tribunais generalistas. Medir o alívio na sobrecarga de trabalho não é, no entanto, simplesmente uma questão de contar processos deslocados de uma corte ou de um tribunal para outro. O que importa é a

²⁴ LEGOMSKY, Stephen H. *Specialized justice: courts, administrative tribunals, and a cross-national theory of specialization*. New York: Oxford University Press, 1990, p. 4.

²⁵ POSNER, Richard A. *Federal Courts: crisis and reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

²⁶ FRANKFURTER, Felix; LANDIS, James M. *The business of the Supreme Court: a study in the federal judicial system*. New York: The Macmillan Company, 1972, p. 146.

²⁷ ROOT, Elihu. Public Service by the Bar. 41 AM. Bar Assn. Rep. 355, 368.

²⁸ VAN HORN, C. E.; BAUMER, D. C.; GORMLEY, W. T. *Politics and Public Policy*. 3rd. CQ Press: Washington, DC, 2001. Vol. xiii, 366. p. 183.

²⁹ EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. *The Choices Justices Make*. CQ Press: Washington, DC, 1998. Vol. xviii. p. 200.

³⁰ CHRISTENSEN, Robert K.; KREIS, Anthony M. Courts and Policy in the U.S. *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Third Edition, 2015. DOI: 10.1081/E-EPAP3-120053550, p. 707.

³¹ MEADOR, Daniel J. An Appellate Court Dilemma and a Solution Through Subject Matter Organization, 16 U. Mich. J.L. Reform 471, 475-82 (1983).

quantidade de tempo e esforço poupados aos juízes. O truque, portanto, é “encontrar os casos que impõem os maiores encargos de recursos (tempo e pessoal) sobre os tribunais, em comparação com a sua importância”³².

Cortes judiciais que desempenham bem a função de controle judicial e prestação jurisdicional são um “*determinante indireto da performance econômica*”³³ de um país. Elas promovem a produção e distribuição eficientes de bens e serviços e asseguram “*dois pré-requisitos essenciais das economias de mercado: a segurança dos direitos de propriedade e o cumprimento e execução de contratos*”³⁴.

A segurança dos direitos de propriedade reforça os incentivos à poupança e aos investimentos, protegendo os retornos e a sustentabilidade dessas atividades. O cumprimento adequado dos contratos induz os participantes do mercado a manter relações econômicas, “*desencorajando comportamentos oportunistas*”³⁵ e diminuindo os “custos de transação”³⁶.

Nesse contexto, é mister estudar a relevância, a viabilidade e os resultados sociais líquidos da criação de varas especializadas em matérias “econômico-empresariais”.

Emprestar segurança jurídica e institucional, além de credibilidade e confiança a investidores caprichosos, num ambiente internacional crescentemente competitivo, não é tarefa simples. Todavia, os juízes estão excepcionalmente qualificados para realizar um equilíbrio dos princípios processuais e substantivos na aplicação dos diversos ramos do direito econômico e empresarial, devido a pelo menos três razões principais³⁷:

- a) **independência** de outros Poderes e entidades do Estado, o que lhes permite imparcialidade e coerência na interpretação do direito aplicável;
- b) **experiência** no processo de discernimento do(s) objetivo(s) subjacente(s) da lei e reconciliação de seus objetivos fundamentais com a necessidade de sua aplicação justa e transparente;
- c) **especialização** na interpretação da lei.

Órgãos jurisdicionais especializados, com competência para julgar causas relativas a assuntos que demandam notória especialização e que, em regra, não são objeto de maiores aprofundamentos, quer na graduação, quer nos próprios concursos e cursos da magistratura, podem indicar uma solução viável ao crescente e desafiante problema do volume e acúmulo de processos no Judiciário brasileiro, assim como noutras Jurisdições.

³² BRUFF, Harold H. Specialized Courts in Administrative Law. HeinOnline: 43 Admin. L. Rev. 329, 199. Available Through: Pence Law Library, Washington College of Law.

³³ OECD Economic Surveys: Mexico. 2013. OECD Publishing, Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-mex-2013-en>. Acesso em: 28/05/2017.

³⁴ WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanics of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

³⁵ O oportunismo é definido como a busca de interesses próprios com astúcia. Inclui formas flagrantes como mentir, furtar e trapacear, assim como formas sutis de engano, principalmente a divulgação incompleta ou distorcida de informação.

³⁶ Custos de transação são custos incorridos na realização de um intercâmbio econômico, isto é, o custo de participação em um mercado.

³⁷ OCDE. *Judicial enforcement of competition law*. Policy Roundtables, 1996.

Nesse contexto, e considerando a abordagem multijurisdicional para a designação de varas federais especializadas no Brasil, nossa conclusão vai ao encontro daquelas do Conselho da Justiça Federal (CJF)³⁸, ou seja:

- a) pela redefinição da organização judiciária da Justiça Federal, de modo a estabelecer uma ou mais varas com competência para resolver questões relacionadas à defesa da concorrência, comércio exterior³⁹, regulação⁴⁰, arbitragem⁴¹⁻⁴² e mediação⁴³ e proteção do consumidor (ações coletivas e ações civis públicas). Assim, todas as ações ajuizadas na Justiça Federal de determinada região, independentemente da competência geográfica, seriam distribuídas à(s) vara(s) especializada(s) em temas econômico-difusos, conforme listados acima; ou, alternativamente;
- b) pela especialização de uma ou mais vara(s) nas capitais, em temas de defesa da concorrência, comércio exterior, regulação, arbitragem e mediação e proteção do consumidor. Essa(s) vara(s), contudo, manteria(m) as suas competências atuais, agregando estas novas competências jurisdicionais especializadas. Os processos dessas áreas especializadas seriam distribuídos às varas com preferência, e, havendo espaço para distribuição suplementar, se seguiriam os processos relativos às prioridades definidas na estratégia nacional do Judiciário, ou seja, as ações coletivas, as ações civis públicas e as ações de improbidade administrativa, nessa ordem.

Essa(s) vara(s) especializada(s) teria(m) atribuição preferencial para o julgamento de ações conforme os temas elencados acima, isto é, vara(s) específica(s) para a(s) qual(is) seriam distribuídos todos os processos que tratem de concorrência, comércio exterior, regulação, arbitragem e mediação e proteção do consumidor.

Havendo espaço para distribuição suplementar, tal(is) vara(s) também receberia(m) ações coletivas e ações civis públicas sobre outros temas previstos na legislação, bem como, eventualmente, as ações por improbidade administrativa.

Essa abordagem não pressuporia necessariamente a criação, com ônus, de nova(s) vara(s) na Justiça Federal, mas simplesmente uma reorganização e reestruturação de varas para que passe(m), alguma(s) dela(s), a atuar preferencialmente nessas áreas específicas, embora sem exclusividade.

³⁸ Sugestão nº 3 e, alternativamente, da nº 1, ambas do Conselho da Justiça Federal (CJF). Processo nº CJF-PPP-2016/00010, cujo objeto é: “Proposta de criação e instalação de varas federais especializadas em Direito da Concorrência e Comércio Internacional”.

³⁹ Defesa comercial (antidumping, medidas compensatórias e salvaguardas), licenças de importação, regimes de origem, financiamento e garantia às exportações e tarifas.

⁴⁰ Sistema Financeiro Nacional (BACEN); valores mobiliários e mercado de capitais (CVM); energia elétrica (ANEEL); telecomunicações (ANATEL); petróleo, gás natural e biocombustíveis (ANP); recursos hídricos (ANA); mineração (ANM – antigo DNPM); mercado audiovisual (ANCINE); saúde suplementar (ANS); fármacos e vigilância sanitária (ANVISA); aviação civil (ANAC); transportes terrestres (ANTT) e aquaviários (ANTAQ).

⁴¹ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁴² Lei nº 13.129, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁴³ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

É muito importante que se tenha cuidado, contudo, para que, ao incluir as ações civis públicas, as ações coletivas e as ações por improbidade administrativa na competência das varas especializadas, não acabem essas últimas por engolir aquelas competências que foram inicialmente propostas⁴⁴ e que têm o condão de melhorar o ambiente de negócios, a segurança jurídica, enfim, a estabilidade e credibilidade necessárias à atração e manutenção de investimentos, ao desenvolvimento econômico e, conseqüentemente ao bem-estar geral da sociedade.

A correta divisão do trabalho, por si só, é capaz de contribuir muito para promover a eficiência. A limitação de casos atribuídos a juízes especializados e o conseqüente aprofundamento de conhecimentos certamente produzirão decisões mais expeditas e sólidas.

Por fim, uma alternativa vai ao encontro do que já se faz em países como os Estados Unidos⁴⁵ e a Nova Zelândia⁴⁶, por exemplo. Trata-se da designação de *panels* (turmas ou câmaras) de juízes de primeiro grau que se reúnem periodicamente, em colegiado, para discutir casos semelhantes, esclarecer questões, aproximar interpretações e, possivelmente, apreciar alguns tipos de recursos, aliviando a 2ª instância, sem, contudo, perder o foco numa adjudicação especializada.

Em certa medida, essas eventuais câmaras especializadas da 1ª instância da Justiça federal se aproximariam das turmas julgadoras dos juizados especiais federais. Todavia, com competências em razão da matéria, e não em razão do valor.

Tais câmaras especializadas seriam integradas por juízes federais de 1º grau, com experiência profissional e conhecimentos teóricos suficientes e cujas atribuições singulares se concentrariam, preferencialmente, em casos envolvendo defesa da concorrência, comércio exterior⁴⁷, regulação⁴⁸, arbitragem⁴⁹⁻⁵⁰ e mediação⁵¹ e proteção do consumidor (ações coletivas e ações civis públicas). Não havendo volume suficiente (consoante média ponderada a ser atribuída) nessas áreas especializadas, seriam distribuídos também processos relativos às prioridades definidas na estratégia nacional do Judiciário, ou seja, as ações coletivas, as ações civis públicas e as ações de improbidade administrativa.

Dada a natureza complexa do direito da concorrência, do comércio internacional e da regulação, por exemplo – considerada a estreita relação entre os princípios jurídicos e econômicos –, os juízes devem ter experiência e conhecimentos especializados na interpretação desses ramos do direito, “*a fim de equilibrar duas das suas principais funções, nomeadamente assegurar o devido processo legal e aplicar, quando apropriado, princípios econômicos substantivos no seu raciocínio*”⁵². Por conseguinte, a

⁴⁴ Concorrência, regulação, comércio exterior, arbitragem e mediação e proteção do consumidor.

⁴⁵ UNAH, Isaac. Op. cit., p. 11.

⁴⁶ LEGOMSKY, Stephen H. Op. cit., p. 43.

⁴⁷ Defesa comercial (antidumping, medidas compensatórias e salvaguardas), licenças de importação, regimes de origem, financiamento e garantia às exportações e tarifas.

⁴⁸ Sistema Financeiro Nacional (BACEN); valores mobiliários e mercado de capitais (CVM); energia elétrica (ANEEL); telecomunicações (ANATEL); petróleo, gás natural e biocombustíveis (ANP); recursos hídricos (ANA); mineração (ANM – antigo DNPM); mercado audiovisual (ANCINE); saúde suplementar (ANS); fármacos e vigilância sanitária (ANVISA); aviação civil (ANAC); transportes terrestres (ANTT) e aquaviários (ANTAQ).

⁴⁹ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

⁵⁰ Lei nº 13.129, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁵¹ Lei nº 13.140, de 26 de junho 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

⁵² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). A Resolução de Casos de Concorrência por Cortes Especializadas e Generalistas (*The Resolution of Competition Cases by Specialised and Generalist Courts*), 2016.

compreensão dos fatos e conceitos econômicos na interpretação do direito constitui uma parte importante da aplicação efetiva do direito pelo Poder Judiciário.

Ao resistir à especialização, o Judiciário pode vir a impor custos significativos à sociedade. É provável, portanto, que não seja simplesmente uma questão de implementação da especialização judicial, mas de quanto tempo o público permitirá que a falta de especialização continue no Judiciário. À medida que as despesas do Estado aumentam, as pressões sobre o Judiciário para conter custos e administrar eficientemente os recursos judiciais também crescem.

Novas “demandas de serviços e desafios organizacionais”⁵³ na prestação da Justiça criaram a necessidade de um planejamento mais sistemático e integrador a longo prazo. Para enfrentar esse ambiente cada vez mais complexo e dinâmico, os sistemas judiciais têm-se voltado para ferramentas e métodos de planejamento estratégico preestabelecidos.

Questão importante e fulcral para o bom funcionamento da Justiça especializada, e da Justiça em geral, é a concepção, o desenvolvimento e a constante evolução de sistemas integrados de informação, bancos de dados, relatórios, análises e estudos sobre a realidade e os números da Justiça brasileira.

A carência de ferramentas de diagnóstico e análise da situação do Judiciário torna muito difícil, senão impossível, determinar a sua melhor e mais eficaz estrutura, a mais consentânea com os crescentes desafios de tornar fluida a economia e garantir os interesses difusos.

Entretanto, parecem faltar instrumentos à Justiça Federal brasileira para um diagnóstico adequado do quadro atual de ações envolvendo temas como concorrência, regulação e comércio exterior, uma vez que o cadastramento, a atuação e a identificação dos processos por tema ou área ainda seriam falhos.

Conforme afirmado pela presidência do TRF da 1ª Região: “os parâmetros de pesquisa indicados não são suficientes para gerar um diagnóstico próximo da realidade. Inúmeros processos envolvendo agências reguladoras deixaram de ser relacionados, porque, na maioria das vezes, são autuados na classe ação ordinária/outras, sem levar em consideração qualquer outra especificidade. Sem falar nos mandados de segurança”.

Assim, resta mais dificultoso o labor de colheita de informações para embasar uma análise apropriada e conclusões judiciosas sobre a melhor, mais eficiente e sustentável estrutura de atuação do Judiciário, em suas mais diversas frentes.

Tão importante quanto a criação desse aparato para se conhecer, diagnosticar e melhorar a prestação jurisdicional é estabelecer mecanismos de intercâmbio de informações, estatísticas e análises entre instituições como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), por exemplo.

Como medida de efetividade das propostas aqui apresentadas e estudadas, temos que, em 2022, a situação das varas federais especializadas em Direito da Concorrência, Regulação e Comércio Internacional é a seguinte:

- O Tribunal Regional da 1ª Região tem 2 varas (a 14ª e a 20ª, ambas na Jurisdição de Brasília-DF) cíveis especializadas nos temas de concorrência e comércio internacional; e competência concorrente nos demais temas residuais de natureza cível;

⁵³ BOTCH. Deborah A. Court System Strategic Planning. *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Third Edition DOI: 10.1081/E-EPAP3-120011040, 2015, p. 691.

- O Tribunal Regional da 2ª Região tem 3 varas especializadas (a 1ª, a 2ª e a 6ª), na Seção Judiciária do Espírito Santo; e 2 varas especializadas (a 16ª e a 29ª), na Seção Judiciária do Rio de Janeiro;
- O Tribunal Regional Federal da 3ª Região criou, em 2017, um grupo de trabalho para produzir um relatório sobre a criação de vara(s) especializada(s) em direito da concorrência e em comércio exterior. O relatório, apresentado recentemente, é favorável à designação de vara(s) especializada(s) em concorrência e comércio internacional.

Ainda sobre a especialização de juízes: argumentos favoráveis à especialização

“If the advocates must be specialists, can we wholly ignore the need for some specialization in the judicial systems?”¹
Chief Justice Warren Burger, 1982

Fernando de Magalhães Furlan

O sopesamento da relação custo-benefício na concepção e operação de juizados especializados é não somente natural, mas também indicada para se evitar o dispêndio de tempo e recursos, humanos e financeiros, de maneira desnecessária ou inconsistente.

As características de exclusividade e limitação dos juizados e tribunais especializados criam diversos benefícios e custos. Esses benefícios e custos podem ser classificados em quatro linhas principais de raciocínio: “(a) desenvolvimento do capital humano judicial; (b) criação de jurisprudência e doutrina uniformes e previsíveis; (c) impacto do sistema legal na economia política; e (d) ganhos na gestão eficiente dos tribunais”².

Como, afinal, podemos avaliar se a especialização influencia o resultado do caso ou a qualidade e utilidade da decisão? Como a especialização promove a proficiência e o quanto ela é útil para o julgador?

Alguns comentaristas³ argumentam que “depois da nomeação de um juiz para uma corte especializada específica, a sua proficiência tende a aumentar”. A repetição de casos semelhantes solidifica a compreensão do julgador em relação a subáreas específicas, e a diversidade de casos dentro da jurisdição especializada pode preencher as lacunas no conhecimento do julgador sobre o conjunto das matérias sob a sua responsabilidade.

Os juízes especializados tendem a se tornar hábeis em questões substantivas e processuais que envolvem determinadas matérias, especialmente as altamente técnicas. Disso certamente devem resultar decisões mais precisas. Algumas dessas matérias poderão exigir treinamento extralegal como, por exemplo, fundamentos econômicos, finanças, engenharia e ciências aplicadas⁴.

Além disso, juizados especializados podem estimular o surgimento de advogados especializados que incentivem o julgador a se manter atualizado e com uma formação contínua. Por sua vez, os julgadores têm um forte incentivo para investir o tempo necessário para aprender mais sobre áreas do conhecimento jurídico nas quais eles permanecerão engajados.

Advogados e servidores são também falíveis e juízes especializados podem reduzir a probabilidade de “inadvertência simples”⁵, numa determinada decisão. Isto é, por sua experiência e conhecimento conseguem compensar descuidos de advogados e auxiliares. Também podem reduzir

¹ “*Se os advogados precisam ser especialistas, podemos ignorar completamente a necessidade de alguma especialização nos sistemas judiciais?*” (Juiz Warren Burger, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, 1982 – tradução livre).

² KESAN, Jay P.; BALL, Gwendolyn G. Judicial experience and the efficiency and accuracy of patent adjudication: an empirical analysis of the case for a Specialized Patent Trial Court. *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 24, Number, 2 Spring 2011 (24 Harv. J. L. & Tech. 393 2010-2011), p. 400.

³ WOODWARD D. R.; LEVIN, R. M. In Defense of Deference: Judicial Review of Agency Action, 31 *Administrative Law Review*, 329, 332, 1979. Apud LEGOMSKY. Op. cit., p. 8.

⁴ BRUFF, Harold H. Specialized Courts in Administrative Law. HeinOnline: 43 *Admin. L. Rev.* 329, 199. Available Through: Pence Law Library, Washington College of Law.

⁵ LEGOMSKY, Stephen H. Specialized justice: courts, administrative tribunals, and a cross-national theory of specialization. New York: Oxford University Press, 1990, p. 9.

a chance de uma parte ganhar ou perder um caso similar apenas por causa de um desequilíbrio na qualidade da advocacia. Além disso, a presença de mais de um julgador na mesma área de especialização e até no mesmo local físico permite um intercâmbio mais produtivo entre os juízes.

A utilidade do conhecimento especializado depende, naturalmente, do estágio do processo. “Presumivelmente, a especialização do julgador é mais importante nas fases iniciais do processo”⁶, quando os fatos, depoimentos, testemunhas, documentos e todo o acervo dos autos estiver sendo colhido e as primeiras decisões sendo tomadas.

Isso porque não há decisão prévia a considerar, o julgador terá que construir o caso por conta própria. “À medida que o caso avance para instâncias recursais, a necessidade de conhecimentos especializados tende a diminuir”⁷, pelo menos se o julgador de primeira instância houver expressado bem o seu raciocínio e a sua conclusão, bem como tratado corretamente evidências e testemunhos.

Embora se admita que alguma familiaridade com uma determinada área específica do direito possa ser útil para um juiz desempenhando funções recursais, acredita-se que os benefícios de conhecimentos mais específicos e especializados seriam apenas marginais nesse caso, ao contrário do que ocorre com juízes de primeira instância.

Legomsky pondera que quanto maior o escopo da escolha do julgador, mais essencial é a compreensão profunda dos objetivos de políticas públicas relevantes, a redução da inadvertência, a coerência e a minimização da dependência das habilidades dos advogados envolvidos na controvérsia⁸.

Em fases posteriores da adjudicação, o papel tipicamente limitado de um tribunal de revisão, apelação ou recursos, em questões de fato e ponderação de evidências, diminui o valor da especialização.

Em relação a questões fáticas e colheita de evidências, típicas das instâncias iniciais de um processo, a especialização pode ser favorável pois⁹:

- a. a familiaridade com matérias jurídicas interconectadas facilita a compreensão e a inquirição de especialistas e peritos;
- b. permite melhor avaliação de informações e dados técnicos de áreas como a economia;
- c. a repetição de temas correlatos melhora o entendimento de fontes recorrentes de evidência e permite ao julgador uma melhor avaliação da influência e legitimidade dessas fontes sobre a qualidade da evidência.

A especialização também promove a eficiência na medida em que permite a redução do tempo necessário para que os advogados esclareçam o julgador sobre aspectos básicos de uma

⁶ Idem, p. 9.

⁷ Ibidem, p. 9.

⁸ Ibidem, p. 22.

⁹ Ver entrevista com o Juiz Jeffries da Alta Corte da Nova Zelândia (*New Zealand High Court*). *Apud* LEGOMSKY, Stephen H. *Op. cit.*, p. 10.

determinada área de especialização¹⁰. Essa redução de tempo acaba tendo repercussões financeiras, tanto para o Erário quanto para as partes do litígio.

Para a juíza da Suprema Corte dos Estados Unidos Sandra Day O'Connor, “*não há dúvida de que quando um juiz tem uma especialização em uma área ou campo do direito, esse juiz pode se preparar para audiências com menos tempo e pode resolver problemas mais rapidamente e talvez melhor*”¹¹.

Nos Estados Unidos, atualmente 28 estados contam com cortes de negócios (*business courts*) ou cortes especializadas em litígios complexos¹². As cortes de negócios têm sido principalmente “uma divisão de um tribunal maior, com jurisdição limitada a alguns tipos de disputas comerciais, presididas por apenas alguns juízes especializados, com ênfase na gestão agressiva de casos”¹³.

Essas cortes de negócios foram criadas “sob a premissa da inovação, eficiência e flexibilidade, especificamente adaptadas às necessidades dessas jurisdições”¹⁴. Enquanto algumas cortes de negócios são fisicamente separadas, com o seu próprio e exclusivo magistrado, outras estão integradas a um registro geral baseado em critérios de distribuição pré-estabelecidos.

As variáveis mais comuns entre essas cortes de negócios dizem respeito a: (i) retenção de um montante mínimo de controvérsias sobre negócios para critérios jurisdicionais de inclusão e distribuição; (ii) aceitação de transferências de jurisdição em todo o estado, distrito ou região abrangida; ou (iii) se a inclusão deve se limitar a apenas uma região específica. Adicionalmente, as jurisdições que adotam cortes de negócios devem decidir se os casos serão automaticamente atribuídos a elas, com base apenas em critérios de especialização pré-estabelecidos, ou se uma transferência está subordinada a um pedido das partes ou a recomendação do magistrado responsável¹⁵.

A maioria dos modelos de cortes de negócios incorpora um conjunto complexo de litígios econômico-empresariais a uma lista preexistente de controvérsias genéricas. Tal modelo tem sido preferido porque permite que juízes já estabelecidos possam se responsabilizar por essas demandas judiciais complexas, sem a necessidade de nomeação de juízes exclusivos para a corte de negócios, reduzindo custos¹⁶.

Aspectos da eficiência comparativa podem parecer óbvios para qualquer advogado ou juiz sem a necessidade de verificação empírica. Entretanto, já é possível realizar análise comparativa de desempenho, com as introduções altamente bem-sucedidas de cortes de negócios em Nova York e em Chicago. Em Nova York, o julgamento de casos comerciais aumentou 35% em 1993 (ano em que os juízes especializados começaram a atuar) em relação a 1992, uma eficiência atribuída à introdução dos juízes especializados¹⁷. O resultado de tais eficiências é que, com os mesmos

¹⁰ LUBBERS, Jeffrey S. A unified Corps of Administrative Law Judges (ALJs): A proposal to Test the Idea at the Federal Level, 65, *Judicature* 266, p. 274.

¹¹ MIDDLETON, Martha. Specialty courts: two more Justices speak out. *American bar Association Journal* (January), 69:23, 1983.

¹² BERGAL, Jenni. Business Courts Take on Complex Corporate Conflicts. The Pew Charitable Trusts, Oct. 28, 2015.

¹³ PEEPLES, Ralph and NYHEIM, Hanne. Beyond the Border: An International Perspective on Business Courts. 17:4 *Bus. L. Today*, Mar/Apr 2008.

¹⁴ PITTMAN, Spence C. Business Courts: Specialized Courts for Complex Business Litigation. 87 *Okla. B.J.* 805 2016, p. 806. Available through: Pence Law Library, Washington College of Law.

¹⁵ DRAHOZAL, Christopher R. Business Courts and the Future of Arbitration. 10 *Cardozo f. of Conflict Resol.* 491, 496, 2008.

¹⁶ PITTMAN, Spence C. Op. cit., p. 806.

¹⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION. Business courts: towards a more efficient judiciary. *Business Lawyer*. 52.3 (May 1997): p. 947-963.

recursos, o trabalho de mais de quatro juízes generalistas pode ser realizado por três juízes especializados (uma redução inicial de 25%).

Em mercados regulados, por exemplo, em que se faz necessário um planejamento de longo prazo e, portanto, é demandado um grau elevado de segurança jurídica e previsibilidade, os benefícios da especialização na promoção da consistência das decisões judiciais se tornam ainda mais pronunciados¹⁸.

O dinamismo e a constante evolução de certas áreas do conhecimento jurídico, inclusive aquelas relacionadas à economia e aos negócios, também advogam a favor da especialização.

De outra parte, o volume de litígios em determinadas áreas do conhecimento jurídico é altamente relevante para o estabelecimento de um órgão jurisdicional especializado.

O Grupo de Trabalho sobre a Implementação da Política de Concorrência da Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network* – ICN), por exemplo, publicou um documento de trabalho¹⁹ durante a sua 6ª Conferência Anual em Moscou, Rússia, em maio de 2007. Nesse documento, a ICN reafirmou que “a falta de conhecimentos especializados sobre questões de concorrência pelo Poder Judiciário é uma questão crucial que afeta a implementação da política de concorrência, especialmente para os países em desenvolvimento”.

Quando um sistema de tribunais de jurisdição geral é premido pelo volume de casos, e todos os esforços razoáveis para reduzir o número total de casos já foram feitos, então três opções básicas se colocam²⁰:

- criar juizados de jurisdição genérica;
- expandir o tamanho dos juizados de competência geral existentes; ou
- grupos selecionados de casos para juizados especializados.

Em relatório²¹ publicado em 2016, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) defende que a especialização do Judiciário é uma questão de grau e pode variar entre a especialização parcial e completa. A especialização judicial, de acordo com aquela organização plurilateral, pode implicar pelo menos três vantagens:

- a. maior eficiência decorrente da repetição e padronização das tarefas, das competências e da experiência dos juízes que analisam e compreendem as evidências e os argumentos econômicos. A eficiência pode ser medida por meio de indicador de duração da revisão judicial. Tempos de revisão menores gerarão maior certeza nos mercados, e o estabelecimento de prazos de conclusão da revisão judicial é uma prática positiva;

¹⁸ CURRIE, David P.; GOODMAN, Frank I. Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum. *Columbia Law Review*, Vol. 75, Nº 1, January 1975,

¹⁹ “Concorrência e Judiciário – Estudo de Casos” (*Competition and the Judiciary. 2nd. Phase – Case Studies*). International Competition Network. Competition Policy Implementation Working Group. 6th ICN Annual Conference Moscow, Russia. May-June 2007.

²⁰ CURRIE, David P.; GOODMAN, Frank I. Op. cit., p. 63.

²¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). A Resolução de Casos de Concorrência por Cortes Especializadas e Generalistas (*The Resolution of Competition Cases by Specialized and Generalist Courts*), 2016.

- b. a uniformidade das decisões é alcançada por meio da concentração de casos semelhantes e de áreas correlatas em cortes específicas. Uma maior especialização em assuntos determinados e uma redução do número de juízes responsáveis promoverão a uniformidade de forma natural. Quanto maior a uniformidade na interpretação em temas jurídico-econômicos, maior a certeza e a previsibilidade no mercado; e
- c. a melhoria da qualidade das decisões é resultado do aumento da habilidade e da experiência na aplicação correta de ramos relacionados do direito às evidências de um caso. Além disso, quando os juízes discordam, ainda que parcialmente, ou invertem as decisões administrativas quando equivocadas, isso pode ter um efeito na qualidade das decisões emitidas pelas próprias autoridades administrativas.

Aquele relatório também enfatiza outros fatores que influenciam o desempenho das cortes judiciais, tanto de jurisdição geral quanto especializada, envolvidas com temas econômico-empresariais. Dentre eles destacamos:

- a. especialistas (economistas e demais profissionais) internos ou externos podem ajudar os juízes a interpretar evidências econômico-gerenciais e avaliar o seu valor probatório. Idealmente, os especialistas devem defender as suas próprias posições econômico-gerenciais, e tais posições devem estar firmemente fundamentadas em conceitos e modelos econômicos e na razoabilidade gerencial;
- b. as competências técnicas dos servidores do Judiciário são essenciais para o desenvolvimento de uma especialização em matérias econômico-comerciais. Essas competências podem ser desenvolvidas e apoiadas num robusto sistema de formação continuada nessas matérias. A perspectiva internacional também é essencial para se ter acesso às melhores práticas e experiências de outras jurisdições;
- c. devem ser adotados sistemas de gestão sólidos para uma administração confiável e transparente dos processos judiciais, bem como para a produção sistemática de bases de dados e estatísticas sobre os resultados obtidos; e
- d. o orçamento da corte é um meio eficaz para aumentar a performance e reduzir a duração dos litígios. A experiência internacional mostra que o investimento em infraestrutura e tecnologia da informação contribui para tanto.

A OCDE²² pondera que quando as cortes e tribunais são de jurisdição geral e a concentração de casos da mesma natureza não for possível, os juízes podem usar outros meios para complementar os seus próprios conhecimentos e experiências, como, por exemplo, a realização de audiências de instrução e esclarecimentos com as partes, antes dos julgamentos, e a utilização de peritos econômicos ou profissionais especializados para ajudar a estruturar o processo de coleta de fatos e dados e o entendimento de questões complexas para facilitar a compreensão por juízes de jurisdição geral.

Afinal, mesmo que o volume de casos em áreas específicas do direito não seja muito grande, a carga de trabalho nas cortes e tribunais generalistas seria sensivelmente reduzida, desde que os

²² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). A Resolução de Casos de Concorrência por Cortes Especializadas e Generalistas (*The Resolution of Competition Cases by Specialised and Generalist Courts*), 2016.

casos transferidos fossem suficientemente complexos, o que disponibilizaria uma boa porção do tempo dos juízes generalistas.

Em estudo realizado com juízes generalistas e, em especial, juízes de falência (*bankruptcy judges*) nos EUA, que são certamente especialistas, Rachlinski, Guthrie e Wistrich descobriam que o nível de dependência do pensamento intuitivo dos juízes de falência era comparável ao do de juízes generalistas. Entretanto, os juízes de falência se saíram melhor em desconsiderar alegações que prejudicariam a qualidade da sua tomada de decisão. Tal resultado deixou aberta a possibilidade de que a especialização dos juízes de falência ajude a melhorar os processos pelos quais eles tomam decisões²³.

No contexto brasileiro, consoante levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁴ em 2009, as ações judiciais envolvendo agências reguladoras e CADE e que foram finalizadas, apresentaram tempo de processamento médio de 36 meses. Para as ações judiciais ainda pendentes de decisão há um prazo estimado de processamento de 50 meses.

Enquanto ainda em curso uma ação judicial, as decisões administrativas oscilam entre ter os seus efeitos suspensos (geralmente por meio de medidas liminares ou cautelares) e serem restabelecidas em diversos graus recursais. Em um cenário no qual o Judiciário dá margem à insegurança e à incerteza para depois confirmar decisões administrativas, o estudo do CNJ indaga se uma jurisdição específica para lidar com essas disputas, em um foro célere e especializado, não seria uma resposta.

²³ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. The “Hidden Judiciary”: An Empirical Examination of Executive Branch Justice, 58 DUKE L.J. 1477, 1479 (2009).

²⁴ AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 20.09.2022.

Importância do sistema SISCORI na fiscalização das operações de comércio exterior

Josefina Guedes

Rogério Pitta

Durante longos anos de ausência de um sofisticado e transparente sistema de estatísticas de comércio exterior no Brasil, dificultou os atores que atuam de forma legal e de boa fé, consequentemente favorecendo os importadores e exportadores que atuaram de má fé, resultando num enorme prejuízo ao Erário, ao emprego, investimentos e produção no país, por décadas.

A partir de 2007 até final de 2015, os operadores de comércio exterior e a indústria nacional passaram a contar, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com dados das importações brasileiras e informações detalhadas, divulgados em bases acess no próprio *site* da SRFB, porém restritos a apenas alguns poucos Capítulos da Nomenclatura de Comércio Exterior (NCM) tidos como sensíveis no comércio exterior.

Com as rápidas e significativas mudanças no comércio internacional, ficou clara a necessidade de um novo sistema de divulgação de dados, com maior transparência e complexidade, tendo em vista as novas formas e regras que foram sendo incorporadas nos acordos comerciais de preferências tarifárias e da Organização Mundial do Comércio.

Além desses acordos, o comércio internacional tem se mostrado dinâmico a ponto de surgirem novas práticas, realizadas pelos novos players do comércio mundial. Então, todo esse novo cenário, fez com que as autoridades brasileiras tenham elaborado um novo sistema de divulgação de estatísticas de comércio exterior, o Siscori.

Pela primeira vez na história do comércio exterior brasileiro, o sistema de informações estatísticas de comércio exterior passou a ser formado com base de dados mais detalhados que o anterior, sendo que, o mais importante, foi disponibilizar ao público em geral, a partir de janeiro de 2016, informações mensais das operações, tanto de importação como de exportação.

Dados relativos às NCM, origens e destinos das operações, descrições detalhadas dos produtos, volumes, valores, fretes, seguros, preços unitários das operações, unidades de despacho (exportação) e de desembaraço (importação), entre outros, eram disponibilizados a todos os operadores no comércio exterior brasileiro.

Cabe ressaltar que, em ambos os métodos de divulgação de dados pela SRFB, a confidencialidade das empresas importadoras e exportadores sempre foi garantida, inclusive com a restrição da divulgação de operações realizadas por menos de quatro empresas em uma mesma NCM e mês.

De divulgação pública, o sistema Siscori era único em relação ao detalhamento dos dados das importações, e se mostrou fundamental no acompanhamento para o combate de ilicitudes no comércio exterior brasileiro, cada vez mais visado dentro desse novo cenário do comércio mercado mundial competitivo.

Esse sistema estatístico de comércio exterior teve papel fundamental e, durante sua duração, foi *sine qua non* para o combate de várias práticas ilegais e/ou desleais no comércio internacional brasileiro, como importações de produtos subfaturados e fraudes diversas, tais como falsa declaração de origem ou de classificação fiscal ou produtos que não cumprem requisitos regulatórios importantes para a proteção da saúde pública e do meio ambiente, exigidos dos produtores nacionais.

Principalmente em razão do aumento da complexidade de ações indevidas e/ou ilegais realizadas, por agentes do comércio exterior pelo mundo, prejudicando o combate às práticas lesivas ao Erário, aos empregos, aos investimentos e produção. Infelizmente esses agentes que atuam de forma irregular e prejudicial, obrigam as empresas que atuam de boa fé acompanhar e monitorar a atuação dos demais atores do mercado.

Após o grande avanço no sistema estatístico de comércio exterior brasileiro, em 17 de dezembro de 2021, por meio da publicação no Diário Oficial da União da Portaria SRFB nº 100, de 16 de dezembro de 2021, foi determinada a descontinuidade do funcionamento do sistema Siscori, o que pode ser avaliado como um grande retrocesso para todo o ganho que o comércio exterior realizou após décadas de atraso.

Voltamos a época da falta de transparência, fator determinante para o combate às práticas ilícitas no comércio exterior brasileiro, décadas perdidas! Precisamos avaliar quem ganha com esse retrocesso, urge uma análise rápida e objetiva dessa questão!

É importantíssimo notar que, contrariamente à justificativa apresentada pelo governo brasileiro para o encerramento do sistema Siscori, este Sistema se diferencia de forma significativa dos dados disponibilizados pela Secretaria de Comércio Exterior do Brasil no Comexstat, e de qualquer outro sistema estatístico, pois é o único que fornecia descrição detalhada dos produtos importados e/ou exportados dentro de cada NCM, dado de total relevância para o combate de práticas ilícitas.

Diversos produtos classificados em uma mesma NCM têm características bastante amplas, com variações que afetam valores e preços das mercadorias transacionadas. Podem-se citar, como exemplo, produtos químicos com inúmeras composições e fórmulas, produtos têxteis produzidos com as mais diversas matérias-primas e produtos siderúrgicos, com uma infinidade características de tamanhos, espessuras, diâmetros, revestimentos e acabamentos, classificados dentro de um mesmo código tarifário.

Assim, tendo em vista a extensa gama de classificações dispostas pelos códigos da NCM, em muitos casos, é impossível identificar o verdadeiro produto, sem uma descrição detalhada da mercadoria comercializada. A ausência destas informações inviabiliza que os operadores nacionais denunciem, junto aos agentes públicos brasileiros, para colaborar no combate a práticas irregulares, como subfaturamento, falsa declaração de origem do produto, desvio de NCM para pagar menos impostos (Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados e impostos estaduais), bem como práticas de dumping, subsídios e outras estabelecidas em nossa legislação nacional.

Com o crescimento acelerado do comércio internacional e a diversificação cada vez maior das mercadorias vendidas pelo e ao Brasil, é fundamental que a informação do produto seja a mais detalhada possível permitindo assim, que o setor privado identifique as características específicas das mercadorias, tornando as medidas de combate às irregularidades no comércio internacional mais apuradas e precisas. De outra forma, a análise dos dados detalhados permite melhor identificação da “doença”, possibilitando a aplicação do “remédio” mais adequado.

Assim sendo, infere-se ao sistema Siscori extrema importância para que os setores público e privado possam, em colaboração mútua, monitorar o mercado e auxiliar no combate a fraudes, garantindo assim o comércio justo e legal, evitando prejuízos milionários ao Erário. Ademais, os dados detalhados são também absolutamente imprescindíveis nos casos de instrumentos de políticas comerciais, que o Brasil como membro da Organização Mundial do Comércio pode aplicar.

É sempre fundamental salientar, que a competição justa de comércio e dentro dos padrões e regras internacionais colaboram na geração de renda e empregos, o pagamento de impostos, a produção e o desenvolvimento industrial do país.

É muito importante o diálogo da SRFB e todo o setor privado nacional e a Secretaria tem se mostrado sensível à essa questão. Mas se faz necessária uma solução rápida e eficiente diante das necessidades do Brasil nesse momento. Recentemente, novos dados de importação passaram a ser divulgados pela SRFB, contemplando as seguintes informações:

Valor Unitário Mínimo do Produto na Condição de Venda
Valor Unitário Médio do Produto na Condição de Venda
Valor Unitário Mediano do Produto na Condição de Venda
Valor Unitário Máximo do Produto na Condição de Venda
Desvio Padrão do Valor Unitário do Produto na Condição de Venda
Valor de Frete Mínimo
Valor de Frete Médio
Valor de Frete Mediano
Valor de Frete Máximo
Desvio Padrão do Valor de Frete
Valor de Seguro Mínimo
Valor de Seguro Médio
Valor de Seguro Mediano
Valor de Seguro Máximo
Desvio Padrão do Valor de Seguro

Fonte: RFB (<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/resultados/aduana/dados-estatisticos/importacao>)

Entretanto, estes dados estão apresentados de forma pouco didática, de difícil compreensão e não contemplam informações primordiais às análises do setor privado, como dados de volume importado (kg, toneladas, etc) e origem das importações.

Portanto, a questão segue sem solução. A indisponibilidade de ferramentas de consulta às operações, há mais de seis meses, tem dificultado a apresentação de denúncias, facilitando que o mercado nacional fique exposto às irregularidades citadas. É necessária absoluta celeridade, seja no restabelecimento do sistema Siscori, seja na criação de um sistema similar de divulgação de dados do comércio exterior brasileiro, pois enquanto não houver uma solução, as irregularidades/ilegalidades continuam a ocorrer e aumentar, uma vez que certos da impunidade, os criminosos se tornaram cada vez mais ousados, causando cada vez mais prejuízo para o Erário e todo país.

O Regime de Origem como um dos Focos Centrais das Negociações Internacionais

Josefina Guedes

Eliane de Souza Fontes

Quando se aborda o tema de acordos internacionais, imediatamente pensa-se em questões tarifárias, procurando resguardar as tarifas de importação dos produtos fabricados e reduzir as dos não fabricados, dependendo do interesse de cada nação envolvida. Acordos internacionais são complexos e abarcam inúmeros temas, que vão muito além da mera desgravação tarifária para obter acesso a mercados ou tentar restringi-los. De maneira alguma, questiona-se a relevância de questões tarifárias, mas normalmente quando se completa a desgravação tarifária perde-se o objeto. Outros temas, em contrapartida, ganham em importância, como é o caso do regime de origem, que abordaremos no presente artigo.

Regime de origem é o corpo normativo de determinado acordo comercial que estabelece a maneira pela qual a origem será comprovada para que faça jus aos benefícios firmados nesse acordo. Por intermédio do regime de origem, as partes acordam sobre os critérios, exigências e obrigações na matéria origem. A observância desse regime permite que os países possam garantir vantagens comerciais que foram acordadas, sendo considerado importante instrumento de política comercial.

Historicamente, após a Segunda Grande Guerra, em 1947, foi estabelecido o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio ou Acordo Geral sobre Aduanas e Comércio (*GATT*), visando promover o comércio internacional e remover ou reduzir barreiras comerciais, tais como tarifas ou quotas de importação, a eliminação de preferências entre os signatários.

O Acordo Geral tratava-se de um conjunto de normas tarifárias destinadas a impulsionar o livre comércio e a combater práticas protecionistas nas relações comerciais internacionais, gerando com isso riqueza entre as nações.

Vinte e três foram membros fundadores, são eles: Brasil, Bélgica, África do Sul, Austrália, Birmânia (ou Myanmar), França, Canadá, Reino Unido, Ceilão, Holanda, Estados Unidos, Chile, China, Cuba, Checoslováquia, Índia, Líbano, Síria, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Rodesia do Sul.

O Acordo inicialmente foi discutido na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego, em Havana, entre 1947 e 1948, após o fracasso das negociações para criação da *International Trade Organization* (ITO).

Assim, o Acordo Geral, conhecido como *GATT*, foi assinado, em Genebra, no dia 30 de outubro de 1947, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, ficou vigendo até 14 de abril de 1994, quando foi substituído pelos Acordos da Rodada do Uruguai, assinado por 123 países membros, em Marrakesh, criando a entidade internacional denominada Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1º de janeiro de 1995.

Em paralelo as negociações multilaterais, nessa mesma época, diversos outros acordos foram surgindo em formatos regionais, uniões aduaneiras, como a União Europeia, ALADI na América Latina, Mercosul, NAFTA, ASEAN, entre outros. Cada um desses acordos estabeleceu seu próprio regime de origem, para assim preservar preferências regionais mais vantajosas para seus parceiros. Além de garantir, o início das cadeias globais de valor das grandes multinacionais e nações.

Esse emaranhado de acordos, no final da década de 90, passou a ser um problema, sendo duramente criticado, uma vez que os regimes de origens elaborados para cada acordo, sejam regionais ou de livre comércio, passaram a ser grandes barreiras ao comércio de bens pelo mundo.

A complexidade dos regimes de origens começou a ser questionada pelas cadeias globais de valor que foram surgindo nas últimas décadas, uma vez que o objetivo desses grandes grupos é fabricar seus produtos em regiões mais competitivas, levando em consideração o custo da mão de obra, logística e incentivos fiscais locais.

Diante de todo esse movimento, foi necessário reavaliar os regimes de origem e buscar uma simplificação, principalmente a redução de conteúdo local, para poder atingir as necessidades desse novo desenho de produção e comércio.

Nesse novo cenário, surgiram novos conceitos de regime de origem, sofisticando-se de tal forma, que a nomenclatura vem resultando numa linguagem complexa para os que não atuam na área internacional, como mercadoria originária, mercadoria obtida, mercadoria integralmente elaborada, transformação substancial, salto tarifário, índice de conteúdo regional e etc.

Em função dessas necessidades, houve um desmembramento das regras de origem, podendo ser classificadas em regimes de origem: Não-Preferenciais ou Preferenciais.

Independentemente do tipo de regras de origem, todos observam conjunto de leis, normas, regulamentos e atos administrativos de aplicação geral, utilizados por cada país para a determinação do país de origem das mercadorias, desde que não relacionados as regras comerciais contratuais ou autônomos acordadas, que prevejam a concessão de preferências tarifárias.

Em relação ao regime de origem não-preferencial, a regra de origem utilizada é o tratamento de nação mais favorecida que está prevista no Acordo Geral da OMC, como também, nas medidas de defesa comercial, nas restrições quantitativas discriminatórias ou quotas tarifárias como salvaguardas, compras governamentais, entre outras.

No âmbito da OMC foi criado um Comitê para estabelecer regras de origem não-preferenciais comuns, para utilização de todos os Países-Membros. No entanto, por diferenças incontornáveis de enfoques econômicos entre os países, o trabalho não pode ser concluído.

Quanto aos regimes de origem preferenciais, usualmente são regras negociadas nos acordos internacionais de comércio, para a concessão de preferências tarifárias entre as partes signatárias, que devem ser cumpridas para que uma determinada mercadoria possa ser considerada originária de um desses países e assim receber tratamento tarifário preferencial.

Existem alguns regimes de origem preferenciais estabelecidos sem negociação entre as partes, quando um país decide conceder, unilateralmente, preferências tarifárias para outros. Um exemplo clássico é o Sistema Geral de Preferências (SGP), pelo qual vários Países Desenvolvidos, se comprometeram, no âmbito da UNCTAD, a efetuar concessões unilaterais preferenciais a Países em Desenvolvimento ou Países Menos Desenvolvidos, podendo estabelecer regras de origens próprias para esses regimes comerciais autônomos ou específicos, com o objetivo principal de auxiliar no desenvolvimento econômico e social e a inserção dos outros países na economia mundial.

Mas a grande maioria das regras de origem preferenciais integram os Regimes de Origem negociados nos acordos de comércio, definindo duas categorias de mercadorias que podem ser consideradas como originárias: (i) bens integralmente obtidos ou produzidos no território de um ou mais países signatários do acordo, e (ii) bens que utilizam algum tipo de insumo importado, mas cumprem com as regras de origem estabelecidas no acordo. São consideradas como originárias:

- Quando as mercadorias são totalmente obtidas no território dos países-membros do acordo. Normalmente são produtos do reino animal, vegetal ou mineral, recursos naturais ou frutos da caça e pesca extraídos no território dos países-membros, produtos de pesca. Ou podem ser produtos elaborados integralmente no território de qualquer parte quando

em sua elaboração forem utilizados, única e exclusivamente, materiais originários das partes.

- Quando as mercadorias utilizam insumos importados de países não integrantes do acordo. Nesses casos, as mercadorias podem ser qualificadas como originárias, mesmo tendo sido produzidas com materiais não-originários, desde que esses produtos, elaborados total ou parcialmente com insumos de países de fora do acordo, cumpram com as regras de origem estabelecidas no acordo. Estas regras podem ser de cumprir um percentual mínimo de valor agregado no seu território ou de que os produtos são resultantes de um processo de transformação que lhes confira nova individualidade, caracterizada pelo fato de estarem classificados em uma posição tarifária diferente dos materiais não-originários.

Outrossim, as partes envolvidas no acordo podem determinar requisitos específicos de origem, que prevalecem sobre os critérios gerais, os quais têm por objetivo principal dificultar qualquer manobra para o não cumprimento das regras de origem acordadas e assim garantir a correta utilização dos benefícios do acordo.

A título de exemplo, o acordo de livre comércio Mercosul e União Europeia, o regime de origem foi em grande parte baseado em requisitos específicos por setor econômico ou até por produto, devido as cadeias globais de valor, e demais necessidades das regiões envolvidas, como a manutenção de investimentos e empregos.

Com os acordos que resultaram em uma união aduaneira e considerando também as cadeias globais de valor, foram necessárias outras regras para acomodar tais situações, o que resultou na regra de acumulação de origem, que consiste na possibilidade da mercadoria ser originária, quando os produtores de um país-membro desse acordo ou união aduaneira, considere como originário todos os insumos provenientes dos países sócios do acordo ou união aduaneira.

Dessa forma, a acumulação de origem, constitui um dos elementos mais importantes dos regimes de origem, porque permite integrar as estruturas produtivas dos países-membros do acordo, incrementando o comércio entre as partes signatárias. Para isso, é necessário que se cumpram alguns tipos de acumulação:

- “a) Acumulação de mercadorias ou bens: considerar como originário todos os insumos dos países sócios do acordo, desde que esses cumpram os regimes de origem do acordo;
- b) Acumulação de processos: no momento da aplicação da regra de origem, considera os territórios dos países-membros do acordo como um único território;
- c) Acumulação estendida: permite aos membros de um acordo (A e B) acumular insumos de terceiros países não-membros (C), sempre que esses terceiros países tenham acordos com cada um desses países-membros (A e B). A acumulação pode ser ampla (para todos os produtos) ou somente setorial ¹”

Por exemplo, no caso europeu, um produto pode ter seu processo produtivo em 2 (dois) ou mais países e ser considerado produto originário da União Europeia.

Diante da complexidade do tema, somado a dinâmica do comércio exterior, conclui-se que em negociações internacionais para criação de acordo comercial o capítulo destinado às regras de

¹ Fonte: Secretaria de Comércio Exterior - SECEX

origem deve ter atenção especial e redobrada, pois essas regras subsistirão aos temas tarifários, que podem ser considerados temporários, durando apenas enquanto a desgravação tarifária total não é atingida.

Por fim, o dinamismo atual, em especial do comércio internacional, onde a cada momento surgem novas necessidades para atender as demandas globais, somados a fatores externos, como guerras e pandemias nos permite dizer que muitas outras mudanças poderão ocorrer no debate sobre regras de origem.

Um duelo entre direito e economia? Desmistificando o Guia de Análise de Preços

“*Houve um pequeno engano, [...] numa comprida complicação*”.¹

Juliana Oliveira Domingues

No conto “Duelo”, de Guimarães Rosa (de onde se extraiu o trecho, acima) há duas histórias de vingança correlacionadas: de um lado, a do marido buscando o amante da esposa e, de outro, a do homem buscando o assassino do irmão.

O conto foi rememorado em uma conversa com um ex-orientando, professor e amigo diante de outro “duelo” mais sofisticado entre articulistas experientes: de um lado, um economista e, de outro, um advogado. Surpreendentemente, o referido duelo envolveu recorte de argumentos do *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços*² numa espécie de réplica do segundo artigo para o primeiro. A divergência entre os autores poderia ter se dado de diversas formas, como em todo espaço em que se discutem ideias, mas chama a atenção a utilização, *in casu*, do referido “Guia”.

Explico, pois estive na Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), entre janeiro de 2020 e março de 2022, ou seja, no ápice da pandemia. “Fora da cadeira”, não posso me furtar a trazer luz ao debate.

Para essa finalidade, não preciso entrar no caso concreto que motivou o “duelo”. Também não discutirei outras questões sensíveis ainda que, como professora de Direito, eu me preocupe com o uso de espaços acadêmicos para defesas de teses sem o chamado *full disclosure*. Aliás, essa não é uma particularidade da academia brasileira³.

Voltemos ao foco: o histórico do *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços*. Como responsável à época (desde o início da pandemia) explicarei, de forma sintética, a gênese, a motivação e os objetivos centrais que culminaram no Guia, construído com esmero, ao longo da pandemia.

Como Secretária Nacional do Consumidor, eu fui a primeira presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), composto por representantes de entidades públicas estaduais e municipais de defesa do consumidor, do CADE, do Ministério da Economia, do Banco Central, de agências reguladoras, de entidades civis de defesa de consumidores, entre outros, promovendo um ambiente plural para debater temas desafiadores. A ideia central da criação do CNDC é meritória, proporcionando um foro de debate institucional para a redução de insegurança jurídica e a proposição de recomendações aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Vale lembrar que a Secretaria Nacional do Consumidor atua diante da atração das competências que envolvem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Portanto, não se discute - e muito menos se coloca em dúvida - o interesse da Senacon em analisar supostas

¹ [...] “E, ainda assim, sabemos todos, os capiaus gostam muito de relações de efeito e causa, leviana e dogmaticamente inferidas.” Cf. ROSA, João Guimarães. *Duelo*. Sagarana. 7a ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1965.

² BRASIL. MJSP. SENACON. *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/arquivos/guia-precos-abusivos.pdf>> Acesso em: 26.7.2022.

³ Veja-se, nesse sentido, o documentário “Inside Job”, vencedor do Oscar em 2011 que retrata, também, as atividades dos acadêmicos.

condutas que possam afetar os consumidores, por diversos motivos. O CDC traz um rol extenso de possíveis práticas lesivas/abusivas aos consumidores: falta de transparência, publicidade enganosa ou abusiva, venda casada, entre outras. Mas, o grande debate que antecedeu e motivou a elaboração do guia foi, especificamente, a dificuldade de definição do que seria “*eleva sem justa causa o preço de produtos ou serviços*” (art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor), popularmente chamado de “preço abusivo”⁴, especialmente em um livre mercado⁵ durante uma grande pandemia.

Afinal, como aferir os tais *preços arbitrários, leoninos ou abusivos*? E o que pode configurar “abusividade”?

Pois bem, o tema é desafiador “per se”: logo, poderia se fazer nada (caminho mais simples) ou buscar mínimos denominadores comuns (caminho mais desafiador). Houve esforço do CNDC para estabelecer parâmetros mínimos, garantindo previsibilidade, segurança jurídica e um padrão uniforme de análise caso a caso.

Ou seja, pensando na defesa do consumidor compatibilizada com outros princípios constitucionais da ordem econômica, a orientação que o guia traz é analisar a cadeia produtiva a fim de identificar: i) o produto que se quer verificar abusividade; ii) as empresas que atuam como concorrentes nesse mercado; iii) a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto; iii) racionalidade econômica no aumento de preços. Todas essas etapas são analisadas antes de qualquer conclusão. Em nenhum momento, o guia foi pensado ou direcionado à avaliação de uma relação puramente comercial, visto que cada análise depende de dados relacionados a cada produto e serviço individualizado e seu efeito (e preço final) na relação de consumo⁶.

O *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços* é resultante dos 02 (dois) anos de debates e de relatórios de uma comissão presidida pela Senacon, que também contou com tripla relatoria: do Cade, da Seae/ME e de Procons. Foram colocados atores que possuíam entendimentos diferentes para um esforço inédito de padronização que decorreu das diversas demandas surgidas e que subsidiaram as atividades dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, em um período desafiador⁷. Nesse sentido, foi salutar a experiência adquirida na pandemia.

No referido “Guia Prático”, houve cuidado ao explicar as competências de cada órgão (i.e. Senacon, Procons, SEAE, CADE, Ministério Público, Defensorias Públicas etc.) e princípios

⁴ Sobre o conceito de preço, veja-se: GABAN, Eduardo M.: “O preço reflete o valor de um bem ou serviço, sendo este o resultado da interação simultânea do comportamento de todos os agentes econômicos (ofertantes e demandantes) em uma economia livre, isto é, em um ambiente concorrencial. Nessa linha, se posicionam desde os clássicos como Adam Smith (1776) e Stuart Mill (1848), aos neoclássicos Vilfredo Pareto (1909), John Hicks (1939) e Samuelson (1945). Preço é um sinal de quão desejado e disponível é um determinado bem ou serviço em um dado momento e localidade. Quanto maior a procura e maiores as dificuldades de acesso, maiores são os preços. Quanto maior o ganho, mais agentes se dispõem a ofertar o bem ou serviço. Essa é a ideia subjacente ao conceito de equilíbrio geral, o qual resulta da constante e dinâmica interação dos agentes econômicos no mercado. Em sentido similar, podemos empregar o conceito de eficiência potencial de Pareto, ou mais conhecido como critério Kaldor-Hicks de bem-estar, em alusão aos seus precursores Nicholas Kaldor – *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility* – (1939) e John Hicks – *The foundation of welfare economics* – (1939).” In: Coronavírus, preços abusivos e a deterioração do Estado Democrático de Direito, Coluna da ABDE do JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/coronavirus-precos-abusivos-e-a-deterioracao-do-estado-democratico-de-direito-31032020> Acesso em: Julho de 2022.

⁵ Sobre esse tema e a Lei da Liberdade Econômica, veja-se: DOMINGUES, Juliana Oliveira; SANTACRUZ, A; GABAN, E. M. (coord). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica - Comentários À Lei 13.874/2019 (2020)**. 1. Ed. Juspodvum. 2020, 640 p.

⁶ BRASIL. MJSP. SENACON. *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrencia/arquivos/guia-precos-abusivos.pdf>> Acesso em: 26.7.2022.

⁷ Cf. JOTA. Economia. Disponível em <https://www.jota.info/jotinhas/senacoinstitui-comissao-para-tratar-do-aumento-de-preco-em-itens-da-cesta-basica-15092020> Acesso em 30 de julho 2022.

constitucionais que norteiam a ordem econômica foram destacados⁸. Por esse motivo, há explicações sobre os efeitos deletérios das tentativas artificiais de controle de preços⁹ (como o tabelamento) vividos nos anos 80: experiências malsucedidas que geraram o desabastecimento de produtos à população, mercados informais e o aumento da cartelização¹⁰.

Assim, o roteiro apresentado descreve quatro etapas¹¹: i) a identificação dos possíveis indícios de comportamento abusivo, envolvendo o exame dos índices de inflação e, também, a definição do mercado. É preciso separar, por exemplo, setores regulados dos não-regulados; ii) encaminhamento de acordo com essa identificação (diante de uma possível atração da regulação setorial e concorrencial) avaliando-se os choques de oferta/demanda. Quando forem identificadas práticas anticoncorrenciais, encaminha-se, por exemplo, para a análise do CADE ou da Seae/ME; iii) exame de especificidades do período (i.e. casos de emergência ou de calamidade) e a especulação de preços dos fornecedores; iv) análise econômico-jurídica das causas dos aumentos, com base em critérios técnicos e objetivos, com possível identificação de falhas de mercado.

O Guia tem caráter de *soft law* e é orientativo. Seu lançamento como uma cartilha didática trouxe referenciais que reforçam que o Brasil é uma economia de mercado onde há liberdade para que as empresas estabeleçam seus preços. Abusividades devem ser analisadas de forma adequada para evitar interferências desnecessárias, ou medidas desproporcionais.

Portanto, o *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços* sintetiza as orientações aprovadas no âmbito do CNDC, com um passo a passo, facilitando a sua correta aplicação, com base sólida constitucional, consumerista, regulatória e também com fundamentos tradicionais da Análise Econômica de Direito. Pensando na imprescindível segurança jurídica, é preciso destacar: o guia se baseou em uma construção jurídica racional, baseada em dados e evidências, sempre voltada a avaliar preços finais de produtos e serviços ao consumidor.

As relações estabelecidas na cadeia produtiva são capazes de gerar externalidade negativas ao consumidor e ao bem-estar social? Sim, claro! Essas externalidades geradas por relações comerciais podem ser analisadas de outras formas, com base nos instrumentos jurídicos/regulatórios que existem para essa finalidade. “Nem tudo que reluz é ouro”, assim como nem todas as condutas com potenciais reflexos na relação de consumo atraem a aplicação do guia.

⁸ Mais sobre o tema, veja-se: DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, B. F. M. **A liberdade econômica tem limites? – Reflexões sobre a aplicação do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência**. In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Org.). 30 anos da Constituição Federal. São Paulo: CEDES, 2019, p. 279-300.

⁹ Parecia não haver divergência sobre o tema entre PRATES TEIXEIRA, C; e MATTOS, C. “Os problemas de se interferir nas estruturas de preços”: “[...] Para além do dilema entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei de Liberdade Econômica, o conceito pouco objetivo do que seja aumento abusivo de preços ou arbitrário dos lucros colocam sérias dificuldades analíticas. Muitas vezes o que pode se entender que seria algo abusivo não é mais do que o reflexo natural de mudanças de oferta e demanda. Devemos lembrar que preços são sinais na economia que definem o comportamento do consumidor e, principalmente, das empresas.” Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/precos-problemas-interferir-estrutura-08102020> >. Acesso em 30 de julho de 2022. E, também, em um passado recente: “[...] liberdade econômica ou livre iniciativa significa a liberdade de atuar e de participar do mercado (produzindo, vendendo ou adquirindo bens e serviços, alienando sua força de trabalho). Dito de outro modo é um princípio que estabelece, a priori, uma liberdade econômica, que antecede a sua regulação pelo Estado. Cf. TIMM, L. B. “O direito fundamental à livre iniciativa (ou à liberdade econômica)”. In: JOTA, Coluna da ABDE, 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/o-direito-fundamental-a-livre-iniciativa-ou-a-liberdade-economica-22052019> >. Acesso em julho de 2022.

¹⁰ Cf. DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹ Vale a pena conferir todo Guia: “BRASIL. MJSP. SENACON. *Guia Prático de Análise de Aumentos de Preços de Produtos e Serviços*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrenca/arquivos/guia-precos-abusivos.pdf>> Acesso em: 26.7.2022.

PIX e AIR: Quando a liberdade econômica desperta o ilusionismo e levanta cortina de fumaça¹

As revoluções, como os vulcões, têm os seus dias de chamas e os seus anos de fumaça.

Victor Hugo

Juliana Oliveira Domingues

A fumaça natural é muito diferente da “cortina de fumaça”. A expressão cortina de fumaça costuma ser utilizada como uma alusão às estratégias militares e de mágicos (ilusionistas). Essas “cortinas” são produzidas, artificialmente, para “confundir”. Trata-se de tradicional manobra direcionada à desorientar. Agora, muito se engana quem imagina que essa tática só é utilizada por mágicos e ilusionistas.

No mês passado, por exemplo, houve evento muito interessante onde levantou-se uma cortina de fumaça sobre o PIX. A fala polêmica, por assim dizer, deu-se no evento da ABIPAG, com o apoio do IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional) e de diversas associações sobre “*Concorrência no Mercado Financeiro: Desafios da Nova Economia Digital*”. Organizado em cinco painéis temáticos compostos por painelistas e moderadores do mercado, autoridades públicas e membros da academia, o evento debateu os impactos das inovações tecnológicas no mercado financeiro e seus reflexos na defesa da concorrência.

Nesse sentido, foram focos dos debates *open finance*, *open banking*, novidades que envolvem os meios eletrônicos de pagamento e evoluções decorrentes de plataformas digitais, entre outros exemplos. Regra geral, aqueles que são naturalmente pró-concorrência partem da premissa que “*competition drives innovation*”, ou seja, concorrência e inovação caminham juntas.

Foi interessante observar, ao longo do evento, as posições quase uníssonas confirmando aspectos positivos ao bem-estar social, diante das recentes inovações tecnológicas. Inegavelmente, mercados secularmente fechados tornaram-se mais competitivos. No caso do PIX não foi diferente, especialmente quando falamos sobre os métodos de pagamento. Dados do Bacen indicam que 80% das transações com PIX substituíram as transações em dinheiro. O pagamento em “cash” (dinheiro) possui custo de logística para o Bacen, para as instituições financeiras, para as próprias empresas (tal como Ronald H. Coase e Oliver Williamson explicam) e tais custos acabam sendo repassados para a sociedade.

Com base em dados do Bacen e diversos estudos recentes, o PIX tem se destacado como exemplo exitoso para a transformação do mercado de pagamentos, trazendo inúmeros benefícios em razão da diminuição de custos, democratização de acesso e desburocratização. Desse modo, surpreendeu a fala de professor de direito e economia da FGV/SP ao afirmar que: i) o PIX não respeitou (ou não foi precedido) da AIR e que ii) haveria maior judicialização a partir de seu uso massificado.

Neste breve artigo, dedico-me a assoprar a fumaça levantada em cima do tema de AIR.

Afinal: AIR seria aplicável, ou não, para o PIX?

¹ Com especial agradecimento aos debates realizados com exímios profissionais que contribuíram para o amadurecimento do texto: Mariana Zilio (advogada e ex-assessora/ chefe de Gabinete da Senacon), Andrey Freitas (Ex-Coordenador Geral na Senacon e subsecretário da SEAE/ME, também colunista do Webadvocacy), Conselheiro Gustavo A. Freitas de Lima (que acompanhou o tema na Casa Civil e esteve no debate sobre o PIX como representante do CADE), Aluísio de Freitas Miele (professor, pesquisador e coautor de artigos que envolvem o tema) e Ângelo Duarte (chefe de departamento de Competição e de Estrutura do Mercado Financeiro do Bacen).

Pois bem, retomo esse tema, após dois anos da publicação com Miele e Silva do texto “*Análise de Impacto Regulatório nas políticas públicas consumeristas*”². A força normativa à AIR está na LLE (lei da Liberdade Econômica - Lei nº 13.848/2019) vinculando a sua aplicação. A LLE foi decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente, entrando em vigor no dia 20 de setembro de 2019.

Contudo, tal como reiterada em diversas Notas Técnicas da Senacon³ e em produções acadêmicas anteriores, a produção dos efeitos quanto à AIR ocorreu apenas em 15 de abril de 2021 para o Ministério da Economia, para as agências reguladoras (Lei nº 13.848/2019) e para o Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia) e, a partir de 14 de outubro de 2021, para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 24)⁴.

E o que motivou o legislador a prever esse regime de transição?

Obviamente, quando há nova orientação passa a ser necessária adequação e capacitação das estruturas que farão a análise. Vimos a mesma situação na entrada em vigor da lei 12.529/2011, há 10 anos, quando a estrutura do CADE passou a ser adequada à análise prévia de atos de concentração empresarial, por exemplo.

No que diz respeito ao AIR, quem trabalhou com políticas públicas na transição da norma (i.e. no Ministério da Economia, nas agências reguladoras, Inmetro e nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional), e/ ou segue acompanhando essa transição, testemunha muitos desafios durante a execução de referida análise.

Cabe dizer, ainda, que há dispensa da aplicação da AIR quando há ato normativo de “baixo impacto” ou seja, aquele que: “*b i. não enseja aumento excessivo tanto de custos para os usuários de determinados serviços e para os agentes econômicos quanto de despesa orçamentário ou financeira para o Estado; e ii. não impacta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais*”⁵.

Em resumo, explicado o contexto acima, temos premissas que sopram a fumaça para longe: AIR não era necessária para o *open banking* visto que a previsão da LLE é superveniente a esse processo. E, ainda que por hipótese fosse exigida, há muito espaço para se discutir se não seria o caso de dispensa. Para além disso, vale lembrar que a concorrência entre as fintechs e as grandes instituições financeiras e de meios pagamento não deve ser considerada como “despesa financeira”.

Afinal, para quem o PIX causou “*aumento excessivos de custos?*” Bem, para os consumidores e cidadãos não houve custo, muito pelo contrário! O PIX notadamente promoveu maior inclusão social. Schumpeter estaria comemorando essa grande revolução dos meios de pagamento. Hoje, é possível observar vendedores ambulantes aceitando o PIX como forma de pagamento, em todos

² DOMINGUES, Juliana O; MIELE, Aluísio de F.; SILVA, Pedro Aurélio de P. Q. da. **Análise de Impacto Regulatório nas políticas públicas consumeristas**. 27/11/2020. Disponível em: < Análise de Impacto Regulatório nas políticas públicas consumeristas - JOTA Acesso em: 22 de set. de 2022.

³ Veja-se, Nota Técnica n.º 48/2020/CGEMM/DPDC/SENACon/MJ, elaborada pela Senacon em 2020, com o objetivo de esclarecer os objetivos do Open Banking. A nota técnica traz conclusões positivas e recomendações sobre o assunto. Mais sobre o tema, veja-se: DOMINGUES, Juliana O. PARAVELA, Tatyana C. **Open banking: o futuro do sistema financeiro aberto no Brasil na perspectiva do Consumidor**. v. 15 n. 2 (2021): Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Disponível em: < <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/article/view/1133> > Acesso em 22 de set. de 2022.

⁴ CF. DOMINGUES, Juliana O; MIELE, Aluísio de F.; SILVA, Pedro Aurélio de P. Q. da. **Análise de Impacto Regulatório nas políticas públicas consumeristas**. 27/11/2020. Disponível em: < Análise de Impacto Regulatório nas políticas públicas consumeristas - JOTA Acesso em: 22 de set. de 2022.

⁵ Id.Ibid.

os cantos do Brasil. É um fenômeno raro, mas de fato o PIX foi bem recebido em todas as classes sociais e em pouco tempo se tornou importante ferramenta.

De todo modo, tirando as imprecisões interpretativas⁶ naturais de toda norma jurídica, há ao menos 03 premissas que assopram para muito longe a fumaça artificial levantada pelo colega professor em torno do PIX:

1. O PIX foi previsto e entrou em vigor após o início da primeira etapa do open banking e sem obrigatoriedade, por lei, de AIR, mas foi construído com participação do setor privado por meio do Fórum PIX (com instituições financeiras e de pagamentos, além de empresas de tecnologia e muitos representantes do varejo).
2. O PIX não enseja *aumento excessivo de custos* (i. e. perda eventual de lucro dos tradicionais métodos de pagamento não é despesa) e *não impacta negativamente as políticas públicas*. Aliás, o PIX é um mecanismo disruptivo e eficiente para maximizar a competitividade do setor financeiro, de forma a funcionalizar o alcance do bem-estar social (*consumer welfare*) previsto na análise econômica e nas políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência;
3. O PIX permanece sob permanente monitoramento do Bacen, com base em suas competências. Isto significa que o regulador/ agente público poderá criar mecanismos de correções de eventuais percursos não esperados. Isso faz parte de toda inovação e não deve “matá-la”.

A Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) - interessante mecanismo de análise dos efeitos - segue prevista. O ARR permite o controle de efeitos dos atos já editados, confere o atingimento dos seus objetivos e avalia os outros impactos para mercado e para a sociedade (art. 2º, inc. III). Entretanto, as agências mais maduras neste tema (entre as quais ANVISA, ANEEL, ANCINE, ANATEL, ANAC) ainda encontram desafios para adequar a abrangência e a implementação tanto da AIR quanto da ARR.

Em resumo, o PIX é uma realidade que nos obriga a compreender os efeitos da liberdade econômica e da economia criativa digital. Isso tira muitos de suas zonas de conforto e será uma prova àqueles que sempre defenderam a bandeira liberal: não dá para defender a liberdade, a eliminação dos custos de transação e o empreendedorismo e, ao mesmo tempo, fomentar ruídos para garantir reservas de mercado.

É verdade que “[p]or muitas décadas, conformamo-nos a viver em um país avesso à liberdade econômica, ao empreendedorismo, [...]”⁷, como afirma a Professora Luciana Yeung (Insper) no capítulo “*uma chama de esperança*”, em livro organizado pela professora Ana Frazão com os Ministros Ricardo Villas Boas Cueva e Luis Felipe Salomão com comentários à LLE. Sim, após anos de entraves, muitos se conformaram com o ambiente pouco favorável à entrada de novos negócios, às novas tecnologias e com a ausência de concorrência. Não é de hoje que falhas de mercado são combatidas pelos reguladores. Assim, passa a ser mais importante a valorização das alternativas criadas no sistema financeiro (precisamente com o *open banking*) que o Bacen buscou corrigir.

Portanto, impossível compararmos os efeitos ocasionados em Pompeia após a erupção do Vesúvio com os efeitos do gelo seco em um palco de show de mágica. A fumaça artificial do ilusionista se dissipa facilmente, mas aquela decorrente de mudanças profundas – decorrentes de

⁶ A lei traz conceitos abertos como “aumento expressivo” e “forma substancial” (art. 2º, II, a, b e c).

⁷ YEUNG, Luciana L. Friedrich Hayek, Liberdade Econômica, a MP e a Lei da Liberdade Econômica: Por Que É Necessária? In: Luis Felipe Salomão; Ricardo Villas Boas Cueva; Ana Frazão. (Org.). **Lei da Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, v. 1, p. 88.

um “vulcão”, fazendo alusão à frase de Victor Hugo do início do artigo – tendem a seguir por muito tempo. Firmam-se os efeitos da revolução (neste caso, a digital) e da economia 4.0, com marcas perenes e permanentes das chamadas de um grande vulcão da disrupção.

***“I know it when I see it”*: anotações sobre preços excessivos de medicamentos**

Lucia Helena Salgado

A conhecida definição de pornografia – *eu sei que é quando eu vejo* (*I know it when I see it*, em tradução livre) – estreou no voto discordante do Juiz Potter Stewart na histórica decisão da Suprema Corte norte-americana de 1964, que confirmou condenação de proprietário de cinema por exibir filme de conteúdo dito obsceno. Desde então, tornou-se a referência mais repetida sobre o “problema da identificação” em pornografia¹.

Com preços abusivos² passa-se o mesmo. Você reconhece quando o vê. A proximidade com o evento pornográfico é ainda maior quando se tratam de preços de medicamentos prescritos, que impactam orçamentos de saúde pública, oneram sistemas privados de saúde e tornam-se inacessíveis aos indivíduos cujas vidas dependem deles.

Por décadas a população estadunidense conviveu com preços de medicamentos por prescrição crescentes e muito superiores aos encontrados em outros países, mesmo aqueles de alta renda³. Há poucos dias, após um ano de debates e negociações, foi aprovada a primeira norma naquele país capaz de dar início ao processo de contenção de preços de medicamentos.

A lei batizada de *Inflation Reduction Act*⁴ ataca diferentes problemas a afligir os cidadãos de classe média e os mais vulneráveis naquele país, dentre eles a prática da indústria farmacêutica de atribuir preços estratosféricos a medicamentos novos desenvolvidos para tratar doenças graves, como diabetes, câncer, esclerose múltipla e esclerose lateral amiotrófica.

Durante as décadas de prevalência das ideias ultraliberais na condução da administração pública federal estadunidense, a ideia de intervenção na liberdade de preços soava como heresia. Quando tiveram oportunidade, os governos democratas – de Clinton e Obama – tentaram garantir acesso à saúde para milhões. Uma das medidas propostas em 1993 foi incluir medicamentos nos serviços prestados pelo *Medicare*, mas a ideia de que o poder de compra do Estado poderia levar a negociação de preços garantindo garantir preços de aquisição mais baixos foi explicitamente rejeitada pela indústria e seus representantes. Apenas no governo Bush a indústria convenceu-se que teria muito a ganhar com a inclusão de milhões de novos consumidores e a proibição expressa de negociação direta de preços entre *Medicare* e indústria afastou preocupações quanto à limitação de sua liberdade de precificar: a lei que incluiu a cobertura de alguns medicamentos prescritos na cobertura do *Medicare*, promulgada por um Congresso de maioria republicana, continha uma “cláusula de não-interferência”.

A teoria econômica convencional fundamenta-se na crença de que preços, por carregarem todas as informações necessárias para promover o equilíbrio entre oferta e demanda no mercado, tendem a se ajustar “naturalmente”⁵ - desde que não sujeitos à interferência artificial pelo governo.

¹ *Jacobellis v. Ohio*

² Ou excessivos, da expressão comum nas jurisdições europeias.

³ Relatório de 2021 da Rand Corporation mostra que os preços de medicamentos nos Estados Unidos são 256% mais caros que em 32 outros países: International Prescription Drug Price Comparisons www.rand.org/t/RR2956 citado no relatório da Investigação da Câmara dos Deputados sobre preços de medicamentos publicado em dezembro de 2021: <https://oversight.house.gov/sites/democrats.oversight.house.gov/files/DRUG%20PRICING%20REPORT%20WITH%20APPENDIX%20v3.pdf>

⁴ <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5376/text>

⁵ Não por outro motivo, é conhecida como “Teoria dos Preços”.

A ideia de que um grande comprador como o *Medicare* não possa negociar preços mais favoráveis com seus fornecedores, em prol do melhor uso dos recursos públicos, soa fora de propósito, mas passa a fazer sentido quando se considera a força doutrinária da teoria econômica tradicional, por um lado e o inigualável poder de lobby da indústria farmacêutica nos Estados Unidos, por outro.

Quanto ao primeiro aspecto: na Nova Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, a tradição cristã ocidental de condenação moral ao desejo insaciável de ganho individual em desarmonia com o bem comum foi pouco a pouco substituída pela ética puritana de que acumulação de riqueza seria indicação de escolha divina. A conhecida tese weberiana de redenção moral do lucro⁶. Daí à consolidação do capitalismo industrial ao final do século XIX e à sistematização da teoria econômica como ciência, foi um pulo de pouco mais que um século.

Quanto ao segundo aspecto, a indústria farmacêutica é a “campeã do *rent seeking*,” despendendo milhões de dólares a cada ano com lobby - incluindo financiamento de campanhas de ambos os partidos – , conforme a organização *OpenSecrets*⁷, organização do terceiro setor especializada em pesquisa e transparência governamental, que se dedica a “acompanhar o curso do dinheiro” na política e seus efeitos sobre eleições e políticas públicas.

Impressionante é que, já ao final da 2ª década do 2º milênio, autoridades estadunidenses continuassem a vocalizar as mesmas crenças sobre o funcionamento dos mercados – crenças sim, porque postulados carentes de verificação empírica – de séculos anteriores. Vejamos, como exemplo, o documento apresentado pelo FTC, que expõe a posição oficial daquele país em reunião do Comitê de Concorrência debate sobre os preços excessivos de medicamentos, organizado pela OCDE⁸ em 2018. Sinteticamente, os representantes estadunidenses explicam aos colegas de antitruste dos países mais ricos do mundo que: (i) nos Estados Unidos, a legislação antitruste não impede as firmas que adquiriram poder de mercado legalmente de cobrar preços que maximizam lucros; (ii) limitar a liberdade para precificar diminui incentivos à competição e à inovação; (iii) interferir nos mecanismos de precificação de mercado fatalmente distorce oferta e demanda e impede a alocação eficiente de recursos.⁹

Demonstrar as falácias embutidas nas afirmações (ii) e (iii) acima sobre o funcionamento dos mercados está além do objetivo dessa nota, de modo que podemos saltar no tempo para a promulgação da *Inflation Reduction Act*. A lei traz medidas que – a despeito da timidez do alcance, resultado do difícil processo de negociação que garantiu sua aprovação – representam verdadeiro rompimento de barreiras doutrinárias, vez que autoriza o poder público (*Medicare*) a negociar preços de medicamentos em suas aquisições, visando a obter preços menores, e na disponibilização de medicamentos prescritos em co-participação com beneficiários; estabelece um teto de gastos anuais em medicamentos por indivíduo, que não deve ultrapassar US\$ 2,000¹⁰. Ademais, contrariando décadas de crença ultraliberal na inviolabilidade do direito da indústria de precificar sem limites, a

⁶ Max Weber, *Ética Protestante e O Espírito do Capitalismo* (edição comemorativa de 100 anos de publicação) Companhia das Letras, 2004.

⁷ <https://www.opensecrets.org> A organização do terceiro setor é especializada em pesquisa e transparência governamental e dedica-se a “acompanhar o dinheiro” na política e seus efeitos sobre eleições e políticas públicas.

⁸ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

⁹ FTC, “*Excessive Pricing in Pharmaceutical Markets - Note by the United States*” in Competition Committee, DAF/COMP/WD(2018)11, OECD, November, 2018.28 (This document reproduces written contribution from the United States submitted for Item 9 of the 130th OECD Competition Committee meeting on 27-28 November 2018).

¹⁰ É comum ouvir-se depoimentos de pacientes que dispendem anualmente – à força de superendividamento - quantias da ordem de 4 a 5 dígitos por apenas um medicamento, dos vários prescritos para doenças crônicas e graves.

lei prevê medidas para obrigar farmacêuticas a absorver parte dos custos de fabricação de medicamentos cujos preços têm subido acima da inflação.¹¹

Contudo, por impactantes que se apresentem, as medidas acima representam apenas os primeiros passos em direção a um ambiente econômico em que possam conviver a eficiência e a equidade: o número de medicamentos cujos preços serão acompanhados mais de perto é restrito, havendo a previsão de que paulatinamente outros medicamentos serão acrescidos à lista; enquanto isso, novos medicamentos continuarão a ser precificados tão arbitrariamente como sempre.

Casos de preços estratosféricos de medicamentos de marca são frequentes também no outro lado do Atlântico, assim como no Brasil. Sob a justificativa de que são custosos e arriscados os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e sobre a garantia de uma elasticidade-preço que não reflete condições normais de mercado¹² e de uma particular opacidade na estrutura de custos de produção, preços de medicamentos novos têm sido estabelecidos a níveis arbitrariamente elevados. Na Europa, contudo, preços excessivos são tratados tecnicamente como abuso de posição dominante, sendo copiosa a lista de casos investigados e condenados, ou encerrados mediante acordo, tanto em jurisdições nacionais quanto europeia.

O caso clássico, que deu origem ao teste de preços excessivos e que até o presente é o parâmetro básico de análise nas investigações tanto da Comissão Europeia como de outras autoridades de concorrência da Europa é o caso *United Brand*¹³. O teste é dividido em duas partes: em 1º lugar se verifica se a diferença entre os custos realmente incorridos e o preço cobrado é excessiva; em 2º lugar se a resposta for positiva, verifica-se se o preço é injusto por si ou em relação a outros produtos concorrentes. Outro caso de grande relevo (concluído com acordo) foi a investigação da autoridade britânica (*Competition and Market Authority*) entre 2002 e 2007 contra a prática de discriminação de preços e preços excessivos adotada pela *Napp* na comercialização de morfina de liberação controlada, para pacientes terminais de câncer, sendo preços excessivamente baixos nos hospitais e excessivamente altos para as cooperativas de *home care*.

É inegável que atividades de P&D são complexas, que o risco e incertezas associadas a trajetórias tecnológicas - que podem ser ou não bem-sucedidas - implicam custos elevados. É inegável também que grandes avanços científicos na cura e prevenção de doenças tem se dado por força da parceria entre governos, universidades e a indústria¹⁴. Inegável também é a extrema opacidade envolvendo o processo de formação de preços de produtos farmacêuticos antes e depois da obtenção de patentes. Trata-se aqui de uma assimetria radical de informação, uma falha do mercado a demandar solução.

A nova lei estadunidense foi viabilizada em um ambiente em que a reordenação de forças políticas e um contexto de agravamento de dilemas econômicos demandavam a ousadia de buscar novas soluções. Deu-se assim ensejo à ruptura do dogma da inviolabilidade do direito de firmas monopolistas precificarem medicamentos sob prescrição.

¹¹ Entre 2009 e 2018, o preço médio de medicamentos de marca prescritos mais do que dobrou, enquanto entre 2019 e 2020, metade de todos os medicamentos cobertos pelo *Medicare* tiveram seus preços majorados acima da inflação (relatório da Kaiser Family Foundation, 2021 cif. The New York Times, 5 de agosto de 2022 <https://www.nytimes.com/2022/08/05/us/politics/medicare-drug-costs.html>)

¹² A decisão de escolha de um medicamento costuma ser feita pelo médico responsável pelo tratamento, o “consumidor substituto”, que não percebe sua decisão sujeita à restrição orçamentária do paciente, usuário final do medicamento.

¹³ (*U Brands e U. Brands Continental v Commission*, 27/6- 1978)

¹⁴ Azoulay et al “*Funding breakthrough research: promises and challenges of the “ARPA Model”* in Innovation policy and the Economy 19 (1), 69-96, 2019. 2018; Jeffrey Furman Academic “*collaboration and organizational innovation: The development of research capabilities in the US pharmaceutical industry, 1927-1946*” disponível em Research Gate www.researchgate.net consultado em 1/1/2021.

São em momentos assim, de superação de ideias arraigadas, que se pode tornar a sopesar a busca de lucro e a proteção do bem comum. Que os mesmos ventos logo soprem por aqui, abaixo do Equador. Afinal, o preço abusivo “você reconhece quando o vê”.

MP do Ticket Alimentação: benefício para quem?

Marcelo Nunes Oliveira

Na semana que passou o Congresso Nacional aprovou o texto da MP 1108/2022, que, dentre outras medidas, altera algumas regras do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, mais conhecido como ticket refeição ou alimentação.

A discussão do texto final foi cercada de polêmicas, em especial, quanto a três pontos: (i) possibilidade do trabalhador receber o valor em espécie; (ii) a proibição da chamada taxa negativa na negociação entre empregadores e empresas de meios de pagamentos eletrônicos; e (iii) a possibilidade do trabalhador efetuar a portabilidade do saldo do seu benefício para outra administradora.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT foi instituído pela Lei 6.321/76 e regulado posteriormente pelo Decreto 05/1991, com o objetivo de melhorar as condições nutricionais e de qualidade de vida dos trabalhadores, a redução de acidentes e o aumento da produtividade, tendo como unidade gestora a Secretaria de Inspeção do Trabalho/Departamento da Saúde e Segurança no Trabalho.

Por meio do programa, os empregadores tributados com base no Lucro Real podem deduzir do Imposto de Renda devido, a título de incentivo fiscal, entre outros, o valor correspondente à aplicação da alíquota do imposto sobre a soma das despesas de custeio realizadas no período em Programas de Alimentação do Trabalhador (PAT).

O Programa pode ser ofertado de diferentes formas: (i) manutenção de serviço próprio de refeições; (ii) distribuição de alimentos in natura; e (iii) convênios com entidades que fornecem ou prestam serviços de alimentação coletiva, desde que essas entidades sejam credenciadas pelo Programa e se obriguem a cumprir o disposto na legislação do PATe na Portaria MPT 672/2021, condição que deverá constar expressamente do texto do convênio entre as partes interessadas. Nesta última categoria se enquadram as empresas emissoras de vales refeição e alimentação, geralmente ofertados por meio de cartões eletrônicos passíveis de utilização nas redes credenciadas pelos respectivos arranjos de pagamento.

Contudo, a disponibilização do benefício por meios eletrônicos, formato prevalente no mercado, decorre de uma negociação entre empregadores e as empresas emissoras. Não raro - muito pelo contrário, nessas negociações as empresas emissoras dos cartões oferecem aos empregadores uma taxa negativa ou deságio sobre o valor do benefício contratado. Por exemplo, se um empregador possui um montante mensal de benefícios alimentação a pagar aos seus colaboradores de R\$ 100.000 (cem mil reais), a administradora de cartões de benefícios pode oferecer esses benefícios por talvez R\$ 95.000 (noventa e cinco mil reais), ou seja, com 5% de desconto sobre o valor nominal dos benefícios. Ora, como isso seria possível, considerando que a emissora ainda tem todos os custos administrativos e comerciais para emissão dos cartões, cadastramento da rede de estabelecimentos parceiros, dentre outros?

Simple: o custo de deságio, somado aos demais custos da operação e a margem dos emissores é repassada para a taxa de desconto cobrada dos estabelecimentos comerciais que aceitam esses cartões. Não por outro motivo as taxas de desconto para cartões de benefícios são consideravelmente mais elevadas do que as taxas de desconto de cartões de débito/crédito comuns. Segundo a nota Técnica nº 20/2019/DEE/CADE, que analisou aspectos concorrenciais em uma operação entre o Itaú e a Ticket Serviços S.A., enquanto a taxa média de débito e crédito girava em torno de 2,5%, nos vales alimentação/refeição esse desconto seria de aproximadamente 4,7%. Naturalmente, o custo da operação acaba sendo repassado para o preço dos alimentos adquiridos pelo trabalhador, ou seja, o desconto obtido pelo empregador na negociação com o emissor dos

cartões de benefícios é compensado na forma de preços mais elevados aos trabalhadores, uma política “Robin Hood” às avessas.

Essa é a falha de mercado que a MP 1108 busca endereçar, ao propor a proibição de “qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado” (art. 3º, I, da MP 1108/2022). O Texto aprovado pelo Congresso ainda acrescentou dois pontos adicionais: i) a possibilidade de saque do benefício em espécie após 60 dias do recebimento do benefício; e ii) a possibilidade de portabilidade do benefício para outra empresa administradora.

Sem dúvidas a proposta de proibição do deságio na contratação dos benefícios por parte dos empregadores tem potencial de reduzir o custo das taxas de desconto praticadas pelos arranjos de pagamento que atuam no mercado de benefícios alimentação/refeição. Contudo, são as mudanças inseridas pela Câmara dos Deputados – e também as que mais provocaram reações contrárias, aquelas que podem, de fato alcançar o objetivo de redução de custos via aumento da competição.

A primeira, que permite o saque integral dos recursos após 60 dias do crédito do benefício, viabiliza, ainda que via uma escolha intertemporal, uma competição entre o meio eletrônico e o dinheiro em espécie: usar o benefício imediatamente, com os custos embutidos; ou, aguardar um período de tempo para sacar o benefício em espécie e, com isso, ter maior barganha no momento da aquisição dos produtos de seu interesse.

A segunda medida, aquela que potencialmente mais interfere positivamente a competição no mercado, permite ao trabalhador fazer a portabilidade do benefício para outro cartão, como se fosse uma conta-salário. A portabilidade torna quase desnecessária a proibição da prática do deságio, já que a empresa emissora não tem a garantia de retenção do consumidor na sua rede – único meio de recuperar o deságio ofertado ao empregador. Além de inibir o deságio, a portabilidade fomenta a competição entre as administradoras dos benefícios por custo e também por qualidade, aspecto que abrange desde o atendimento ao usuário até a qualidade/diversidade da rede credenciada. Em sendo um mercado de dois lados, quanto maior a rede credenciada – fator que depende significativamente das taxas de desconto cobradas, mais atrativo é determinado emissor.

Contudo, ambas as medidas já são alvo de ataques, inclusive com menção a possibilidade de veto às duas alterações promovidas pelo Congresso.

A possibilidade de saque do valor em espécie após 60 dias é criticada pelo setor de comércio e serviços alimentícios, que teme a perda de até R\$ 30 bilhões de recursos cativos para o setor. A portabilidade dos valores é atacada, de maneira genérica, como uma perda de direitos dos trabalhadores.

É importante se ter em mente que se trata de um direito e um benefício destinado aos trabalhadores, ainda que sujeito a críticas quanto à sua necessidade, já que poderia constituir parte do salário, embora não seja este o objetivo deste texto. Os interesses desse grupo de indivíduos deve nortear as discussões em detrimento de interesses de setores porventura “prejudicados” com a perda de demanda cativa ou com o aumento da competição, seja entre estabelecimentos comerciais, seja entre administradoras de benefícios.

Vale ressaltar, ainda, que os servidores públicos federais recebem o benefício, há muito anos, de maneira pecuniária. Ampliar as possibilidades de recebimento e administração dos benefícios alimentícios por parte dos trabalhadores é, antes de tudo, conferir maior liberdade para que possam utilizar um recurso que lhes é de direito, e com menor custo. O que for dito em sentido contrário tende a ser tão somente defesa de interesse corporativo travestido de virtude.

Inovação, fretamento colaborativo e o fetiche regulatório Brasileiro

Marcelo Nunes Oliveira

Quem nunca se deparou com a seguinte situação: empresa inovadora/*startup* lança novo produto conferindo nova roupagem a algum serviço tradicional, atraindo a atenção do público e, ato contínuo, especialistas, legisladores e empresas do setor comentam sobre a necessidade de regulamentar o novo serviço?

Lembremos do caso Uber e a batalha jurídica para (i) regulamentar o serviço; e (ii) decidir quem regula o serviço, até que, enfim, a Lei 13.640/2018 (que alterou a Lei de Mobilidade Urbana – 12.587/2012) regulamentou transporte remunerado privado individual de passageiros e o STF pacificou o entendimento acerca da obrigatoriedade de sua adoção pelos municípios Brasileiros na decisão da ADPF 449.

Passando pela polêmica fugaz dos patinetes elétricos, que surgiram e sumiram na mesma velocidade – não sem antes despertar os defensores da regulamentação pública, a bola da vez são os serviços de fretamento compartilhado, representado de maneira mais notória pela empresa Buser, também conhecida como “Uber dos ônibus”.

Em resumo, o fretamento colaborativo nada mais é do que a oferta de assentos em ônibus de fretamento por meio de um aplicativo da empresa em que os custos são divididos pelos passageiros.

Importante, no caso, diferenciar as linhas regulares do transporte de fretamento. O transporte regular, nos termos do Decreto 2.521/1998, é aquele delegado para transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros entre dois pontos terminais, com tarifas e esquema operacional aprovados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Ou seja, é o ônibus que o usuário pega nas rodovias e possui uma oferta contínua e regular de horários. O fretamento, por sua vez, é o serviço prestado a um grupo de pessoas, em circuito fechado (ou seja, ida e volta), em que o transportador precisa enviar uma lista prévia à ANTT para que seja autorizado. Cabe ressaltar que os conceitos acima também se aplicam, analogamente, ao transporte intermunicipal de passageiros, de competência dos Estados.

As empresas de fretamento colaborativo atuam por meio de parceiros – empresas de ônibus de fretamento, autorizadas pelas agências nacional ou estaduais, disponibilizando veículos dessas empresas para determinados trajetos, mas se utilizando da tecnologia de *marketplace* para formar os grupos de fretamento.

As empresas atuantes no serviço regular alegam que o serviço de fretamento colaborativo seria um serviço público, assemelhando-se ao serviço regular e, portanto, sujeito às regras do serviço regular. Sob esse argumento, diversas agências reguladoras estaduais e a própria ANTT têm autuado ônibus de fretamento colaborativo, impedindo-os de seguir viagem.

O debate traz consigo um elemento bastante comum nas discussões envolvendo tecnologias disruptivas: a necessidade de alguns agentes, públicos e/ou privados, de tentar encaixar a inovação nas caixinhas da regulamentação disponível, normas elaboradas, necessariamente, quando a tal tecnologia sequer existia.

Voltando ao caso Uber, os defensores da regulamentação à época, em geral também defensores dos taxis, alegavam ser o Uber e seus assemelhados serviços não regulados e que, portanto, ofereciam riscos aos usuários.

Ora, primeiramente, defender a regulamentação de um serviço como elemento fundamental para sua legalidade é uma completa inversão do princípio constitucional da livre iniciativa, assentado no artigo 170 da Constituição Federal e que, em seu parágrafo único, dispõe que “é assegurado a

todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, **independentemente de autorização de órgãos públicos**, salvo nos casos previstos em lei”. Em segundo lugar, a ausência de regulamentação jamais pode ser utilizada como argumento de segurança, pois, se assim o fosse, todos os serviços não regulados estariam colocando em risco a população. A regulação é exceção, não regra.

O que deve mover o intento regulamentador do Estado é a existência de falhas de mercado, falhas essas suficientemente relevantes que justifiquem uma intervenção do Poder Público. No caso dos taxis, o que um dia justificou a intervenção do Estado para regular a entrada no serviço e as condições de sua oferta são as assimetrias informacionais entre prestador e usuário, relativas ao preço cobrado, qualidade e segurança do serviço (manutenção do veículo, habilitação do motorista, etc).

Contudo, a inovação tecnológica promovida pelas tecnologias de plataformas não apenas reduziu as assimetrias informacionais como também aprimorou o produto de forma que nem a regulação seria capaz. Com um simples toque no aplicativo de celular o usuário consegue obter informações do preço exato (e não apenas o valor da bandeira), da nota do motorista e de seu serviço, aspectos que garantem ao usuário segurança e qualidade em nível superior àquele garantido pela regulação estatal. Considerando esses elementos, em vez de defender a regulação do Uber, não seria o caso de se protestar pela desregulamentação dos taxis? infelizmente, a discussão sobre desregulamentar o serviço de taxis passou longe da agenda pública.

No caso do fretamento colaborativo, a analogia é válida. Não se trata de defender a desregulamentação do transporte rodoviário – embora a tecnologia atual permita avançar sobre diversos aspectos da regulação; mas de se questionar se há necessidade real de regulamentar o novo serviço. Lembrando que as empresas parceiras, proprietárias dos veículos, já são devidamente reguladas. O que se questiona é se a mera intermediação da oferta de assentos em veículos fretados deve ser objeto de regulação e, especialmente, proibição por parte do Poder Público.

A tecnologia de plataformas hoje permite que usuários e consumidores sejam agrupados remotamente, o que de outra maneira não aconteceria, e se conectem a ofertantes do serviço de maneira simples, otimizando a formação de grupos aptos a fretarem um veículo para o mesmo destino. Trata-se de uma nova forma de fazer algo antigo, só que muito mais eficiente.

Outros serviços regulados hoje também se valem desses *marketplaces* para otimizar a oferta de serviços aos clientes, com significativo impacto na concorrência, como as plataformas de investimentos e empréstimos pessoais, que estão revolucionando o mercado financeiro no Brasil. Por meio dessas plataformas, ofertantes antes sem acesso a uma rede de atendimento capilarizada alcançam milhões de consumidores e esses, por sua vez, deixam de depender apenas dos grandes bancos para ter acesso e comparar serviços de dezenas de ofertantes distintos em um só aplicativo.

O surgimento de novos produtos e serviços ou novas formas de se ofertar produtos e serviços tradicionais deve provocar discussões para além da mera cobrança por regulamentar o novo. Mais do que isso, é imperativo a reflexão acerca das razões pelas quais aquilo foi regulado no passado e se as condições ainda subsistem ou não. Nesse sentido, um grande avanço pode ser notado na Instrução Normativa SEAE/ME nº 60/2022, que regulamentou o papel da SEAE nos processos de Análise de Impacto Regulatório – AIR das agências reguladoras federais e entrou em vigor no último 1º de setembro. Em seu artigo 8º a referida IN dispõe que, nos processos de AIR as agências reguladoras devem considerar alternativas regulatórias em número não inferior a 3 (três), devendo estar disponíveis, dentre as alternativas, necessariamente (i) a não intervenção regulatória adicional, ou seja, manter como está; e (ii) a desregulamentação do tema, revogando o normativo existente.

Trata-se de um primeiro e enorme passo no sentido de se provocar a discussão e a reflexão sobre desregulamentação, colocando-a como opção mandatória nos processos decisórios das

agências reguladoras federais e um contraponto ao fetiche regulatório que usualmente domina o debate no país. Mais uma vez, não se trata de uma crítica à regulação em si, mas à forma como se faz regulação no Brasil, que, muitas vezes, coloca interesses privados e de determinados grupos acima do interesse público, como já defendia George Stigler lá na década de 1970¹. Que um dia possamos, diante de uma inovação, nos questionar: “o que podemos desregulamentar”?

¹ The Theory of Economic Regulation. George J. Stigler. Source: The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21

Exclusive Dealings in Multisided Platform Markets: The Case of Gympass in Brazil.

Marcio de Oliveira Junior

Fernando Boarato Meneguim.

Introduction.

In 2020, the wellness platform Totalpass filed a complaint before the Brazilian antitrust authority (CADE) claiming that a competitor, Gympass, had imposed exclusivity agreements to more than 80% of the gyms in Brazil, which hindered the entry of new competitors and maintained its dominant position¹.

Totalpass submitted evidence to CADE that it had been investing to enter into the wellness platforms market for years. However, due to Gympass's exclusivity dealings with gyms, Totalpass was unable to sign up a sufficient number of gyms to make the platform attractive for corporate clients to join². Consequently, Totalpass could not reach a critical mass of gyms and corporate clients which would enable it to gain traction and rival Gympass.

Following a request from Totalpass, on February 2022, CADE issued an injunction which ordered Gympass to suppress exclusivity and most favorable nation clauses of the contracts with the gyms on its platform until CADE could reach a final decision on the matter. CADE also ordered Gympass to suspend all exclusivity clauses with corporate clients until its final ruling³.

To assess CADE's interim decision, we apply an exclusive dealings analytical framework to multisided markets. Following this framework, we present a theory of harm to show that Gympass has both the incentive and the ability to use exclusive dealings to prevent competing platforms from rivaling it in order to maintain its dominant position.

Analytical Framework.

Exclusivity clauses in contracts between producers and their distributors are vertical restraints. They are often business strategies that can mutually benefit the parties. Also, consumers can benefit from lower prices due to the elimination of double margins, and from lower transaction costs.

Also, not only can exclusivity clauses stimulate investments in brands and technologies by reducing the risk of competitors free riding on these investments, but they also allow greater control of the quality of goods, as well as stimulate the training of distributors. The direct consequence is that better products and services can be delivered to consumers.

Nevertheless, should exclusivity dealings hinder entry or force competitors to exit the market, they are considered anticompetitive. However, exclusivity clauses should not be seen as anticompetitive based solely on the slice of the market they cover, that is, on the degree of market foreclosure. There must also be an assessment of whether the slice of the market not covered by

¹ Totalpass also presented evidence to CADE that Gympass had imposed most-favorable nation clauses (MFN) to gyms, and exclusivity clauses to corporate clients.

² According to Totalpass, gym owners were usually unaware that they had signed an exclusivity agreement until they were notified by Gympass after joining a competing platform.

³ CADE allowed Gympass to maintain exclusivity clauses when it can show beyond any reasonable doubt that it has invested in a gym, and as long as exclusivity clauses last only for the period necessary to ensure the pay-back on the investment.

exclusivity enables competitors or potential entrants to operate above the minimum efficient scale (MES). If this is the case, the market remains contestable⁴. Consequently, there is no anticompetitive effect and exclusivity clauses should not raise competitive concerns.

This framework is useful to assess the effects of exclusive dealings in the case of multisided platforms, which connect two or more markets. This is the case of wellness platforms, which connect companies (corporate clients), their employees, and gyms. To enjoy indirect network effects, these platforms must attract as many gyms as possible. Should they succeed, they will become more valuable to the corporate clients and their employees, who will be willing to join them as well. Therefore, a platform creates value primarily by enabling direct interactions between gyms and companies (and, of course, their staff).

David Evans (2010)⁵ explains that multisided platforms must secure enough customers on both sides, and in the right proportions, to provide enough value to either group of customers, and to achieve sustainable growth. This right proportion is called critical mass. In this sense, if a platform does not reach such critical mass, not only do members who have already joined tend to leave it, but new members will not join it.

In this way, a connection can be made between the critical mass and the minimum efficient scale concepts. Platforms must reach critical mass to be able to operate above minimum efficient scale and stay afloat. Therefore, in case exclusive dealings between an incumbent wellness platform and gyms prevent competitors from reaching critical mass and, consequently, rivaling it, these dealings should be considered an antitrust violation.

The Theory of Harm.

This is the case of the wellness platform market assessed by CADE. Gympass, the first mover, has approximately 80% of Brazilian gyms (approximately 24 thousand gyms) on its platform. These gyms cannot be on competing platforms due to exclusivity clauses, which result from their standard form - take it or leave it - contracts with Gympass. Therefore, competing platforms have only 20% of the gyms in Brazil (6 thousand gyms) available to try to reach critical mass. According to financial records provided by Totalpass, this slice of the market is not enough for an average competing platform to reach critical mass, gain traction and, as a result, become a rival of Gympass. Consequently, Gympass's exclusive dealings with gyms raise competition concerns, as it can artificially create a monopoly.

As a justification for its exclusive dealings with gyms, Gympass claims that they were important for stimulating investments that benefited gyms, companies and consumers. However, our view is that Gympass was unable to show evidence of these benefits. According to the literature, exclusivity dealings can be justified in order to prevent competitors from free riding on investments. Even so, the exclusivity would have to have a well-defined duration, enough for the investment pay-back. An arrangement like the one made by Gympass, in which the exclusivity has an unlimited duration, can be seen as a sole protection of its dominant position, as they lock-in nearly all of the gyms in the market. Consequently, rival platforms cannot grow and will eventually exit the market.

Regarding the ability to use exclusive dealings to prevent competition, Gympass was the first mover in this market. Such an advantage has allowed it to reach a critical mass of gyms. Due to this, it was able to attract a significant number of corporate clients to its platform. This raised

⁴ Wellford, H. and Wells, G. *Contratos de exclusividade: incentivos, economia e concorrência*. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-exclusividade-incentivos-economia-e-concorrancia-30072021>

⁵ Evans, D. S. How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups. In: Gawer, A. *Platforms, Markets and Innovation*. US: Edward Elgar, 2010.

the opportunity cost for a gym to stay out of Gympass's platform. As a result, so did its bargaining power over gyms, which made it possible for Gympass to impose exclusivity on them.

On the other hand, these exclusive dealings prevented competing platforms from attracting enough gyms and from reaching critical mass. Hence, these competing platforms will either exit the market or stagnate, imposing little challenge to Gympass's dominant position.

Feng Zhu and Marco Iansiti (2012)⁶ shed light on the reasons why the dominance of first movers may be undermined by entrants and, consequently, why incumbents have an incentive to adopt strategies to preserve their dominance. The likelihood of an entrant platform being successful when it competes with an incumbent depends on the "*relative importance of indirect network effects, platform quality, and consumer expectations in such markets*".

Should a new entrant be able to have a lead in either side of the market, it can benefit from indirect network effects and challenge the first mover. Additionally, if an innovative entrant offers a higher quality service, it can outsell the first mover. Last, "*consumers often form rational expectation with respect to each platform's market size*". Consequently, if consumers expect an entrant platform's market share to grow, they will join it and so will service providers. In this case, an entrant will be able to challenge the first mover and competition will prevail.

Therefore, incumbent platforms must understand the importance of indirect network effects, quality, and consumer expectations when formulating their strategies to deal with entrants, as successful entries depend on these parameters. For example, if indirect networks effects are not strong enough to prevent a higher quality platform to have a lead in either side of the market, the incumbent's dominance can be eroded. If consumers expect an entrant's market share to grow, it can also eventually become the market leader. So, there is a risk for the incumbent, who has incentives to adopt strategies to minimize it.

If there is uncertainty about the strength of indirect network effects, the first mover has an incentive to prevent competing platforms from benefiting from these effects. Nevertheless, these strategies may harm competition, as does Gympass's exclusive dealings with gyms. Not only do they prevent competitors from benefiting from indirect network effects, but they also limit their access to premium gyms, which hinders quality. So, consumers do not expect a competitor's market share to grow and do not join it. Also, gyms will not join, and the competing platforms will not be able to reach critical mass. So, they either exit the market, or remain unable to effectively rival Gympass.

Conclusion

The analytical framework and the theory of harm show that Gympass has the ability and the incentive to use exclusive dealings to artificially maintain its dominant position. They also lead to the conclusion that CADE's interim decision is correct. By issuing it, CADE has made it possible for the defendant's rivals to compete for gyms and corporate clients. Such competition enables these rivals to try to reach critical mass and operate above their minimum efficient scales. Should they succeed, there will be more competitors in the market, which benefits consumers.

⁶ Zhu, F. e Iansiti, M. Entry into Platform-Based Markets. *Strategic Management Journal*, Vol. 33, N. 1 (January 2012), pp. 88-106.

A Constituição em capítulos

Novas exigências para o Recurso Especial

Mauro Grinberg

Já se disse que a Constituição Federal é uma obra em capítulos. O último (até o momento em que este singelo artigo é escrito) é a Emenda Constitucional 125, de 14 de julho de 2022, que altera o art. 105 para introduzir o quesito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional.

Estabelece o art. 105, III, “a”, que “competete ao Superior Tribunal de Justiça” “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e territórios, quando a decisão recorrida” “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

Foi agora acrescentado, pela nova emenda, o § 2º: “No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento”.

Leonardo Carneiro da Cunha, em oportuno artigo, já nos adverte que a expressão “nos termos da lei” traz exigência: “O novo requisito de admissibilidade do recurso especial depende de regulamentação, pois o referido § 2º dispõe que o recorrente deve demonstrá-lo “*nos termos da lei*”, a exigir que haja disciplinamento legal”¹.

O que se vê é que a interposição de recurso especial com base na alínea “a”, acima referida, impõe a necessidade da demonstração de relevância (“nos termos da lei”), sendo que tal relevância pode, em tese, não ser conhecida pela maioria de 2/3 do órgão julgador. Até aqui temos um entendimento.

Mas a emenda acrescentou também o § 3º, que Leonardo Carneiro da Cunha trata como de “relevância automática”²: definindo em seus incisos os casos em que “haverá a relevância”: “ações penais”, “ações de improbidade administrativa”, “ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos”, “ações que possam gerar inelegibilidade”, “hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça” e “outras hipóteses previstas em lei”.

De início já se percebe que o legislador constitucional deixou aberta ao legislador ordinário a faculdade de acrescentar hipóteses de cabimento do recurso especial, no que parece ser uma alteração perigosa de competência, dando ao legislador ordinário o poder de, na prática, legislar constitucionalmente. Em linguagem mais clara, o legislador ordinário poder mudar a Constituição com quórum menor e procedimento mais simples. Mas há outra dúvida trazida pela nova emenda.

Tal dúvida é saber se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) poderá negar seguimento a um recurso especial mesmo que se aplique um dos incisos do § 3º acima referido, como, por exemplo, se uma causa ultrapassa o valor de 500 salários mínimos – o que hoje resultaria no valor de R\$ 660.000,00. Se o valor

¹ “Relevância das questões de direito federal em recurso especial e direito intertemporal”, Consultor Jurídico, 16/07/2022

² Artigo citado

da causa for superior a este valor, pode o STJ ainda assim negar a relevância quando o novo texto constitucional diz que “haverá relevância” a esta hipótese?

Em outras palavras, quando o novo texto constitucional diz que “haverá relevância” em determinadas hipóteses, ele parece, na leitura simples, ser determinante. E nem precisa de disciplinamento legal por ser de “relevância automática”. Então, a possibilidade de rejeição por 2/3 dos membros do órgão julgador parece ser destinada às demais hipóteses, que não estas previstas no § 3º acima referido. Isto porque a linguagem da emenda é determinante, indicando que, por exemplo, um recurso especial em uma causa cujo valor exceda 500 salários mínimos será necessariamente relevante. Assim, em um processo de valor superior a R\$ 660.000,00, a demonstração de relevância é desnecessária porque o assunto é relevante por determinação constitucional.

Vale lembrar que o art. 2º da emenda permite que, nas causas iniciadas antes da sua entrada em vigor, a parte interessada altere o valor da causa. Aí existirá uma outra dúvida na hipótese do réu original da ação ser o recorrente pois o valor terá sido fixado pelo autor.

Aguardemos novos capítulos.

Avanços no estabelecimento de metodologia pelo Cade para a dosimetria da pena de pessoas físicas envolvidas em condutas anticompetitivas

Polyanna Vilanova

Catharina Araújo Sá

A dosimetria da pena sempre foi um dos temas que gerou discussões ricas no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Temas como estimação ou cálculo da vantagem auferida, metodologias adequadas para definir a multa, aplicação das atenuantes ou agravantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, dentre outros, são temas recorrentes discutidos no Plenário. Recentemente, o Tribunal Administrativo, em caso envolvendo cartel em licitação da Infraero¹, tratou sobre metodologia para cálculo da multa a ser aplicada para pessoas físicas considerando a capacidade econômica do infrator e é especificamente sobre este tema que o presente artigo abordará.

Antes mesmo deste caso em específico, é importante lembrar discussões anteriores que envolveram a consideração da capacidade econômica do infrator pessoa física a ser computada na dosimetria da pena em casos de condutas anticompetitivas. No julgamento referente ao “Cartel de Distribuidoras e Revendedoras de Combustíveis em Joinville/SC”², o Conselheiro Sérgio Ravagnani requisitou informações sobre renda e patrimônio de pessoas físicas Representadas à Receita Federal³, com o objetivo de observar a situação econômica do infrator (inc. VII, art. 45 da Lei nº 12. 529/2011) no estabelecimento da pena, em respeito ao caráter dissuasório e à proporcionalidade da multa, considerando o momento da condenação, não o momento dos fatos ocorridos.

À época, o Tribunal Administrativo homologou, por maioria, a requisição de informações apresentada pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani na 170ª Sessão Ordinária de Julgamento. Na ocasião, o ex-presidente do Cade, Alexandre Barreto, questionou se esse seria um procedimento adotado em todos os processos do Cade, mesmo aqueles com elevado número de pessoas físicas representadas no polo passivo, ao que o Conselheiro Sérgio Ravagnani respondeu afirmativamente, sustentando que seria fundamental verificar a capacidade de pagamento da pessoa física para fazer a calibração da alíquota, de modo a conservar o caráter dissuasório da multa.

Posteriormente, no “Cartel de Filtros Automotivos”⁴, da mesma forma, o Conselheiro Sérgio Ravagnani também requisitou os informes de rendimentos de pessoas físicas representadas à Receita Federal⁵, dando seguimento à sua tese de dosimetria da multa a ser aplicada para pessoas físicas representadas.

¹ Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17.

² Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64.

³ CADE. *Processo Administrativo 08700.009879/2015-64*. Ofício nº 8732/2020/GAB5/CADE. 2020. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM9ekr5pABrXDr-Tets2h4mia_kmQzI_NNPh3hRBx_Z4hQIyZE6R2fguxNqEJ9P-a6WQG-G_YW1vUFWZMB2su0u. Acesso em 08 set. 2022.

⁴ Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63.

⁵ CADE. *Processo Administrativo 08700.003340/2017-63*. Ofício nº 955/2021/GAB5/CADE. 2021. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-

Recentemente, na 200ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica deu continuidade ao julgamento do caso envolvendo cartel em licitação da Infraero e voltou a discutir esta temática, que já vinha sendo abordada em sessões anteriores contando com a atual composição do Conselho. No caso, o Tribunal Administrativo condenou as empresas e pessoas físicas por formação de cartel. No que se refere à dosimetria imposta às pessoas físicas, retomou-se a discussão sobre a capacidade econômica do infrator.

Na 196ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Conselheiro Gustavo Augusto apresentou voto vista⁶ destacando a necessidade da elaboração de uma metodologia para o cálculo da multa de pessoas físicas envolvidas em condutas anticompetitivas, não necessariamente como “uma fórmula matemática”, mas observando a necessidade de dar uma sinalização para os agentes de mercado, no sentido de garantir previsibilidade e segurança jurídica.

Em seu voto, o Conselheiro destacou que o Cade já vem buscando uma sistematização para a aplicação de multas de pessoas físicas em casos de condenação por cartel, por meio da jurisprudência. Nesse sentido, citou os votos do Conselheiro Sérgio Ravagnani nos casos já indicados e do Conselheiro Luiz Hoffmann no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60, no qual o Conselheiro abordou os padrões de dosimetria considerados em outras jurisdições.

O Conselheiro Gustavo Augusto destacou, contudo, que o Cade ainda não tem uma metodologia específica para o cálculo da multa de pessoas físicas, especialmente considerando os dados obtidos a partir da Receita Federal para aferir a capacidade econômica dos representados a ser considerada na dosimetria da pena.

Tendo em vista este contexto, o Conselheiro Gustavo Augusto propôs uma metodologia de cálculo da multa composta de duas fases. Na “Primeira Fase”, constatou que devem ser observadas as circunstâncias da conduta, as quais devem ser consideradas para a fixação da alíquota aplicável. Tomando como base os padrões de dosimetria que são aplicados pelo Cade, propôs as seguintes faixas de alíquota a serem aplicadas: (i) cartel clássico ou cartel em licitação (12 a 20%) e (ii) cartel difuso, paralelismo *plus*, demais condutas colusivas e condutas individuais de menor gravidade (1 a 12%).

Após a determinação das faixas, sustentou que a determinação da alíquota exata no caso concreto, ainda na “Primeira Fase”, deve ser definida com base nas circunstâncias agravantes e atenuantes do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, à exceção da “situação econômica do infrator” (inciso VII), pois esta deve ser considerada apenas na “Fase Dois”. Ainda na “Fase Um”, o Conselheiro destacou que eventual diferenciação entre a multa aplicada a administradores e não administradores deve ser ponderada de acordo com o caso concreto, pois a atuação de cada um depende do caso, de modo que não é possível afirmar que o administrador necessariamente atuará de forma mais gravosa em eventual conduta anticompetitiva.

Uma vez definida a multa na “Fase Um” (alíquota-base), com base nas circunstâncias da conduta, na “Fase Dois” (situação econômica), o valor da multa deverá ser adequado à situação econômica do infrator. Para tanto, o Conselheiro destacou que devem ser utilizadas preferencialmente as informações do Imposto de Renda da Pessoa Física com base em dados financeiros mais recentes,

n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO0waFRhaHmauOKJu42n9EEegASci7KJ-
9sJvcbti9flfaIQ0Ygnii2CGp2QNYj9lqALBNEtuhvvAOBhXWchz6. Acesso em 08 set. 2022.

⁶ CADE. *Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17*. Voto do Conselheiro Gustavo Augusto. 2022. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYyad9C33RKmYladycJWo-r_O6NbCYIRILsLUt3N2D0XWXbveNECtAUoxpvM8U2xSH6kTAo8FUwiyHTdCwx5hoy. Acesso em 08 set. 2022.

que deverão ser requisitadas à Receita Federal. Além disso, na visão do Conselheiro, também deve ser considerado o patrimônio do infrator.

Em seguida, estabeleceu que, em regra, a multa a ser aplicada não deve ser superior a 30% da renda bruta anual do infrator, tendo em vista ser este o percentual máximo que tem sido admitido no Superior Tribunal de Justiça em face do superendividamento, somados a 6% do valor do patrimônio do infrator (valor que se refere aos juros legais da poupança). O Conselheiro ainda fez a ressalva de que se houver fontes de rendimentos ilícitos, considerando prova de lavagem de dinheiro ou participação em organização criminosa, o Tribunal Administrativo poderá deixar de aplicar os limites máximos da “Fase Dois”.

A proposta do Conselheiro Gustavo Augusto foi acatada pela maioria do Plenário e o caso ainda segue em discussão, tendo em vista a oposição de Embargos de Declaração.

O voto do Conselheiro Gustavo Augusto foi interessante para dar previsibilidade aos agentes que atuam em diferentes mercados, uma vez que criou uma metodologia com base na jurisprudência do Cade, tornando a aplicabilidade de eventuais multas às pessoas físicas representadas mais clara, no sentido de mostrar quais os critérios considerados e como estes critérios impactarão nas alíquotas.

Em 2020, o Cade havia submetido uma minuta de “Guia de Dosimetria de Multas de Cartel”⁷ à Consulta Pública nº 02/2020, com o objetivo de apresentar uma metodologia geral para a aplicação de multas, tanto para empresas quanto para pessoas físicas representadas, com base na observância da jurisprudência do Conselho e com a sinalização de passos que devem ser seguidos. Apesar de não ter sido publicada uma versão final do Guia, o documento também demonstra um esforço da autoridade concorrencial para a consolidação de uma metodologia para a dosimetria da multa, com base em critérios mais claros que possam ser observados de forma mais objetiva por representados em processos administrativos.

Discussões no sentido de criar uma metodologia para a dosimetria da pena são relevantes para deixar claro quais as variáveis consideradas e como estão sendo aplicadas pelo Cade ao determinar a pena, além de revelarem uma preocupação do Conselho com o caráter dissuasório da multa, de modo a evitar que eventuais infrações concorrenciais voltem a ocorrer.

⁷ CADE. Minuta do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel. 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribui%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20vers%C3%A3o%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf. Acesso em 08 set. 2022.

O metaverso e o metrô da linha 743: o dia em que captar os pensamentos e sentimentos virou modelo de negócio das *big techs*

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

O que é o metaverso? Muito tem se falado nessa expressão, sobretudo, após Mark Zuckerberg ter anunciado em 28/10/2021 que o Facebook, o Instagram e o WhatsApp passariam a ser chamados de “Meta”¹ com o objetivo de lincar os produtos oferecidos nessas redes sociais a uma nova tecnologia que pretende promover a convergência entre uma realidade física virtualmente aprimorada e um espaço virtual fisicamente persistente, incluindo a soma de todos os mundos virtuais, realidade aumentada e Internet.²

A literatura registra que o termo “metaverso” foi idealizado por Neal Stephenson em um romance chamado *Snow Crash* em 1992, onde o autor se referia a um mundo virtual 3D habitado por avatares de pessoas reais. Ernest Cline, ao escrever *Ready Player One*, em 2011, igualmente tratou desse mesmo fenômeno. Etimologicamente, a palavra “metaverso” é a junção do prefixo “meta” que significa “além” e a palavra “universo”. Até então estávamos no plano da ficção científica.

No entanto, produtos desenvolvidos com tecnologia inspirada no metaverso já estão disponíveis há cerca de duas décadas no mundo e vem ganhando, paulatinamente, mercado, com os jogos *on-line* que combinam plataforma de relacionamento com interação entre pessoas e ambientes digitais imersivos, como o Habbo³ e Club Penguin⁴.

Registre-se que outras tecnologias mais recentes como a dos jogos GTA RP Cidade Alta ou PK XD, também disponíveis para celulares Android e Iphone (IOS), vem ganhando ainda mais mercado. O GTA RP, segundo especialistas, utiliza a técnica *Roleplay* que quer dizer “interpretação de personagem”, onde o jogador tem a possibilidade de criar uma história e fazer um tipo de simulação de vida, ou seja, se cria um personagem avatar que interage com outros personagens avatares, no mundo digital, por meio de pessoas reais.⁵ Já o PK XD⁶, muito direcionado ao público infantil e adolescente, inicialmente criado no âmbito da subsidiária *PlayKids*, rapidamente, diante de seu sucesso, deu origem a criação do estúdio de games da empresa *Afterverse*. A essência é a mesma, onde se cria um avatar que pode realizar diversas atividades e interagir ao mesmo tempo com outros jogadores por meio de um *chat*, mesclando o ambiente real e o virtual em uma única dimensão.

Até então, as tecnologias de interação do mundo virtual e do mundo real estavam restritas aos games, mas diante do sucesso com o público e dos vultuosos lucros que geraram, a indústria já começou a desenvolver produtos tecnológicos diferenciados sob a mesma concepção tecnológica unindo o real e o virtual em uma única dimensão.

¹ <https://tecnoblog.net/noticias/2021/10/28/facebook-muda-de-nome-para-meta-por-causa-do-metaverso/> disponível em 19/07/2022.

² <https://tecnoblog.net/responde/entenda-o-que-e-metaverso-a-realidade-do-futuro/> disponível em 17/07/2022.

³ <https://www.habbo.com.br/> disponível em 20/07/2022.

⁴ <https://newcp.net/pt/> disponível em 20/07/2022.

⁵ <https://mktesports.com.br/blog/games/o-que-e-gta-rp/> disponível em 20/07/2022.

⁶ <https://canaltech.com.br/mercado/pk-xd-e-apanas-para-criancas-a-estrategia-da-afterverse-para-o-jogo-vai-alem-177960/>

Um dos produtos que está em alta é o chamado “óculos do Facebook”, uma parceria entre a Ray Ban e o Facebook chamado de *Ray-Ban Stories Smart Glasses* que mescla a função precípua dos óculos de sol e agrega as funções de vídeo câmera e áudio, permitindo tirar fotos, gravar vídeos, ouvir músicas e compartilhar conteúdos pela mídia social.⁷

Há outros produtos que aderem tais tecnologias que estão sendo desenvolvidas para serem disponibilizadas em veículos, permitindo ao passageiro uma experiência de imersão muito maior que apenas a visual, despertando novos sentidos. A Holoride⁸ é uma empresa que desenvolve tecnologias, como a XR, que permite o feedback físico em tempo real do veículo, fazendo com que você passe a sentir o que vê. Tais tecnologias já estão disponíveis em automóveis da marca Audi⁹ e Porsche¹⁰, por exemplo. Outras grandes empresas como a Neuralink e a Minlab desenvolvem tecnologias voltadas para o conhecimento (ilimitado) do cérebro, para entendê-lo em uma teia de comunicação que permite que você se mova, pense, sinta e perceba¹¹, para produzir uma interface com o cérebro, empurrando os limites da engenharia neural¹², além de promover engenharias junto ao cérebro com o objetivo de melhorar a vida¹³.

Diante de tais exemplos, é possível afirmar que o Metaverso já é uma realidade incontornável. No entanto, nesse momento histórico, essa tecnologia ainda não foi capaz de alterar o modo de viver da humanidade. Ao que tudo indica, o Metaverso não será um *plus* da internet. Será uma outra dimensão real/virtual unívoca e pretende mudar a forma da humanidade se relacionar em todos os seus aspectos.

Mudanças paradigmáticas como essas ocorrem de tempos em tempos. Como exemplos, a invenção da escrita pelos povos sumérios na antiga civilização mesopotâmica (atual Iraque) por volta de 4.000 a.C; a invenção da imprensa pelo alemão Johannes Gutenberg no século XV, por volta de 1439 e a invenção da internet, no pós-guerra fria, com todos os desenvolvimentos tecnológicos que permitiram a Tim Berners-Lee criar a *World Wide Web* em 1992.

A tecnologia, de fato, encanta, seduz. É sempre a possibilidade de nos encontrarmos com o novo, com a descoberta, vivenciar novas emoções, experiências, facilidades e sensibilidades. A tecnologia representa superação e inteligência, expressão da criatividade do ser humano e acaba transformando em realidade a capacidade do ser humano produzir, inventar, proporcionar experiências

⁷ Prontos para óculos inteligentes? Torne seus os Ray-Ban Stories, a última novidade em termos de tecnologia vestível. Nossos óculos de grau e de sol inteligentes, com videocâmara e áudio, combinam a lendária tecnologia de Facebook com o estilo icônico Ray-Ban. Com os óculos Ray-Ban X Facebook, você pode tirar fotos, gravar vídeos, ouvir músicas e fazer chamadas, além de compartilhar conteúdos diretamente nos seus canais de mídia social. Escolha seus óculos tecnológicos Ray-Ban entre 3 modelos atemporais e 20 combinações de cores de lentes e armação.⁷ https://www.ray-ban.com/brazil/ray-ban-stories?cid=IN-SGA_210607-4.BR-RayBan-PT-NB-DSATargetUrl&gclid=EAIaIQobChMiz4_pt9uH-QIVGEJlAB1c3A1XEAAAYASAAEgJ9oPD_BwE&gclsrc=aw.ds disponível em 20/07/2022.

⁸ <https://www.holoride.com/> disponível em 20/07/2022.

⁹ <https://www.audi.com/en/innovation/development/holoride-virtual-reality-meets-the-real-world.html> disponível em 20/07/2022.

¹⁰ <https://newsroom.porsche.com/en/2022/innovation/porsche-entertainment-technology-startup-holoride-location-based-virtual-reality-lbvr-porsche-experience-center-pec-los-angeles-27561.html> disponível em 20/07/2022.

¹¹ <https://neuralink.com/science/> disponível em 20/07/2022.

¹² <https://neuralink.com/approach/> disponível em 20/07/2022.

¹³ <https://neuralink.com/applications/> disponível em 20/07/2022.

ainda não vividas pela humanidade, inovar, expressar-se, utilizar sua inteligência para produzir o “novo”.

No entanto, a pergunta que fica é: o que está por trás dessas tecnologias do metaverso? Qual é a real intenção desse modelo de negócio? Shoshana Zuboff identificou que, no caso da internet, o modelo de negócios gira em torno da obtenção de superávit comportamental para ganhos alheios. Segundo a Autora,

“não somos mais os sujeitos da realização de valor. Tampouco somos, conforme alguns insistem, o “produto” das vendas do Google. Em vez disso, somos os *objetos* dos quais as matérias-primas são extraídas e expropriadas para as fábricas de predição do Google. Predições sobre o nosso comportamento são os produtos do Google, e são vendidos aos verdadeiros clientes da empresa, mas não a nós. *Nós somos os meios para os fins dos outros.*”¹⁴

Com o metaverso, o modelo de negócios que está por trás dessa tecnologia é a obtenção de superávit de pensamentos e sentimentos para ganhos alheios. Assim, a obtenção dos “comportamentos” humanos está para o modelo de negócios da internet, como a obtenção dos “pensamentos e sentimentos” humanos está para o modelo de negócios do metaverso. E é aqui que surgem as significativas preocupações com o que está por vir e quais os impactos da adoção desse modelo de negócios para os direitos humanos fundamentais.

Raul Seixas, músico brasileiro, se estivesse vivo poderia não acreditar que, ainda que sob outro viés, teria sido um profeta da humanidade ao escrever a letra da música “O metrô da linha 743” e prever que o preço das mercadorias poderia variar conforme o nível mental do consumidor. Se o que interessa são os pensamentos e não os documentos e se as tecnologias do metaverso têm por propósito conhecer não mais só nossos comportamentos, mas também nossos pensamentos e sentimentos, é hora de se parar e avaliar se os Estados não precisam colocar limites ao desenvolvimento dessas tecnologias, por mais encantadoras que sejam.

Muitos questionamentos surgem dessas reflexões: Quais mudanças sociais, econômicas e jurídicas poderão advir da adoção em massa dessa nova tecnologia? Como será a humanidade ciborgue? O que diferencia as sociedades que pensam mais das que pensam menos? Como saber o que você pensa pode alterar a concentração econômica, o preço do arroz e do feijão, as regras de custo da oferta e da demanda e a lógica dos mercados? O que é o pensamento? O que pensa o pensamento?¹⁵

Pensar é um exercício. Pensar é refletir, é dar tempo de considerar opiniões em contrário, é parar, é considerar a opinião do outro, é, também, poder mudar de opinião. Pensar é um ato interno, privativo, solitário e só é compartilhado quando da vontade do pensador. Até aqui, o pensar faz parte da privacidade e da intimidade do ser humano.

Tecnologias que captam nossos pensamentos e sentimentos sem nossa permissão e usam tais informações contra o próprio ser humano, como estratégia dos seus modelos de negócios, induzindo comportamentos (e porquê não pensamentos e sentimentos?) são aviltantes e é preciso que o

¹⁴ ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 115.

¹⁵ Em referência a Felipe Zanchet, professor de Filosofia do Direito na Universidade de Brasília.

desenvolvimento dessas tecnologias, se usadas como modelos de negócios, sejam “limitadas” para que a nossa cabeça “oca” não seja jogada no lixo da cozinha e nem nossos cérebros sejam comidos vivos à vinagrete por senhores alinhados, despertando ao nosso último pedaço, antes de ser engolido, o pensamento de “quem seria esse desgraçado dono dessa zorra toda”.

Lutemos, pois, enquanto há tempo, contra o abuso de poder econômico e imponhamos limites às tecnologias que possam violar direitos fundamentais do ser humano ao captarem nossos comportamentos, pensamentos e sentimentos, sem nosso consentimento. Chega de ganharmos espelhos.

A democracia no Brasil e o Mito de Sísifo: a fronteira entre o direito (*Recht*) e o não-direito (*Unrecht*)

Direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar o direito e só o direito pode limitar o poder.
Norberto Bobbio

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

1. A fronteira entre o direito e o não-direito

O movimento de democratização mundial é objeto de estudo sobre a sociologia das constituições e traz, em geral, características em comum referentes a adoção de princípios de direitos humanos de modo transnacional e a submissão a julgamentos por Tribunais Internacionais. Com o Brasil, não foi diferente. O movimento de transição de um Estado despótico para um Estado democrático se iniciou em 1985 e culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em vigor. No entanto, a manutenção do estado democrático nos países depende de uma confluência de fatores e exige, não só das Instituições postas, mas também do Direito vigente, uma integração e um alinhamento com os princípios democráticos consagrados na Constituição, de modo que as dimensões normativas e institucionais acabam por ser dois grandes sustentáculos da democracia.

À medida que o Direito posto é contrário aos princípios constitucionais democráticos ou é utilizado, interpretativamente, em contrariedade a esses mesmos princípios, se verifica um balanceamento na higidez da democracia permitindo que os Estados sejam mais ou menos democráticos (híbridos), conforme a adoção e a aplicação desse mesmo Direito.

No Brasil, no último quadriênio, verificam-se algumas legislações ou políticas públicas contrárias aos princípios democráticos consagrados na Constituição de 1988, o que acende um alerta para a necessidade de se fortalecer ainda mais das dimensões institucionais e normativas do país, acionando os órgãos de controle e os olhares atentos dos cidadãos e da mídia em geral que acabam por denunciar tais irregularidades. Sabe-se que o acesso à informação, a liberdade de expressão, de manifestação, o respeito à privacidade e à intimidade são importantes pilares que medem o grau de higidez da democracia dos países. Não obstante tais direitos e garantias estejam expressamente previstas na Constituição Federal de 1988, tem-se visto inúmeras políticas públicas e legislações publicadas no último quadriênio que têm trazido reflexões importantes sobre a higidez da democracia brasileira, o que pode auxiliar diretamente no enfraquecimento dos pilares democráticos brasileiros.

Inúmeras práticas tecnoautoritárias foram implantadas pelo governo brasileiro, utilizando a “informação” para restringir a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados, a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, as quais passamos a enumerá-los sem a pretensão de esgotá-las.

- (i) Governança e compartilhamento de dados no âmbito da administração pública e criação do Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados instituído pelo Decreto nº 10.046, de 09/10/2019, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 6649 e ADPF 695/DF, recentemente, em 15/09/2022.
- (ii) Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), empresa pública vinculada ao Ministério da Economia, foi autorizado a disponibilizar para terceiros, acesso a dados e

informações sob a gestão da Secretaria Especial da Receita Federal, mediante remuneração, conforme Portaria MF nº 457, de 8 de dezembro de 2016 e Portaria RFB nº 167, de 14/04/2022, sem autorização do titular dos dados, em clara contrariedade ao art. 5º X e XII da Constituição Federal de 1988 c/c Lei nº 13.709/2018 (LGPD). Os dados que estão sob a tutela do SERPRO são: Cadastro de Pessoa Física (CPF), Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), Carteira Nacional de Habilitação (CNH), Informações sobre os Detrans, dentre eles o Radar (gestão de infrações e penalidades de trânsito), Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), Sistema de Notificação Eletrônica (SNE), Datavalid — como análise de informações de cadastros, identidade e biometria digital e facial, Certificado Digital, Programa de Recuperação Fiscal (Refis), Parcelamento Especial (Paes), Parcelamento Excepcional (Paex), Serviços Público de Escrituração Digital (Sped), dentre outros.

- (iii) *Open Health*: Compartilhamento de dados sensíveis de saúde do Estado com a iniciativa privada. Projeto de Lei de Conversão (PLV) 07/2019, ajustando a redação do art. 11, §4º da Lei 13.709/2018.
- (iv) O Projeto de Nação – o Brasil em 2035, elaborado por militares aborda temas como “integração da Amazônia no Brasil e cobrança de mensalidade em universidades públicas e no Sistema Único de Saúde (SUS);
- (v) Sistema Cortex – Liderado pelo Ministério da Justiça, o Sistema Cortex representa uma das maiores ferramentas de vigilância e controle no Brasil. Por meio de câmeras instaladas em todos os lugares, usa inteligência artificial para fazer a leitura das placas dos carros e acessá-los juntamente com diversos bancos de dados com informações sensíveis, como a relação anual de informações sociais (RAIS), informações sobre funcionários, Identificação, endereços, salários, cargos etc;
- (vi) Dossiês antifascistas – Liderado pelo Ministério da Justiça, o dossiê antifacista foi vetado pelo Supremo Tribunal Federal com o argumento técnico-jurídico de que não se pode usar a máquina estatal para a colheita de informações de servidores com postura política contrária ao governo, caracterizando essa ação como uma afronta aos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento, privacidade, reunião e associação (ADPF 722);
- (vii) Medida Provisória nº 954/2020 - Dispôs sobre compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Todas essas práticas configuram, lamentavelmente, um não-direito.

2. A hibridização das democracias

O estudo das sociedades tem um propósito de buscar compreender os acontecimentos que levam as sociedades a se organizarem de uma ou de outra forma, a adotarem um ou outro comportamento, a fazerem umas ou outras escolhas políticas, sociais, econômicas, mais ou menos embebidas de princípios éticos ou morais, a adotarem leis ou emitirem julgamentos mais vanguardistas ou mais conservadores, a buscarem regimes mais democráticos ou terem uma tolerância e uma aceitação maior a regimes e práticas despóticas.

Segundo Chris Tornhill,

[n]o final dos anos 90, a democracia poderia ser considerada, com algumas ressalvas, como uma forma política global. As principais exceções regionais permaneciam no Norte da África, Oriente Médio, Ásia Central e China, mas a promoção da democracia não era mais um compromisso individual ou localizado. Na maior parte do mundo, a legitimidade de um governo era medida a partir de critérios ligados à democracia.¹

Muitos foram os fatores que acabaram por gerar a conscientização de que era necessário haver regras transnacionais para a manutenção da paz mundial. As duas guerras mundiais, a militarização, o descontentamento dos soldados transbordando sentimentos de escravidão e não de cidadania, o custo altíssimo das guerras, o receio de uma destruição do próprio planeta com a criação das bombas atômicas e outros fatores fizeram com que os líderes mundiais da época chegassem a um consenso que as regras democráticas e a adoção de alguns princípios básicos de direitos humanos deveriam ser adotados se não por todos os países, mas, ao menos, por sua grande maioria.

Registre-se que em todo esse processo de transição para regimes democráticos mundo afora, a integração institucional e normativa foram fundamentais para a construção de um Estado Democrático de Direito que teve como uma de suas bandeiras a integração social por meio da criação de direitos de cidadania que tornaram o indivíduo/militar/escravo, paulatinamente, em um cidadão que, com sua subjetividade política, passou a se sentir parte no processo de escolha dos governantes.

Segundo Chris Tornhill,

a democracia pode ser observada como um sistema de governança com duas dimensões. A democracia existe como um sistema de integração institucional, servindo à incorporação material da sociedade na esfera da autoridade governamental. A democracia existe como um sistema de integração normativa, que define as premissas de legitimação para a tradução das obrigações humanas em relações jurídicas compartilhadas. Estas dimensões estão dialeticamente conectadas umas às outras. A dimensão normativa da democracia consolida a dimensão institucional da democracia.²

Como decorrência desse consenso, as democracias foram sendo adotadas pelos países do mundo, assim como direitos humanos consagrados internacionalmente com o objetivo de se obter uma paz social. Sobre a paz, Norberto Bobbio resume bem esse sentimento ao sustentar que “[o] sistema ideal de uma paz estável pode ser expresso com esta fórmula sintética: uma ordem democrática de Estados democráticos”³. A paz mundial, pois, está diretamente relacionada com o nível ótimo de democracia e a sua razão inversa acaba por trazer severos riscos para a humanidade.

No entanto, com o decorrer do tempo, se percebeu que o estado de democracia não era estático. Ao contrário, híbrido, dinâmico, instável, compreendeu-se que o seu equilíbrio ou desequilíbrio

¹ THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional global**. Tradução: Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, 2021, p.13.

² THORNHILL, Chris. *Op.Cit.*, p. 61.

³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 17ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 21.

dependia de uma conjunção de inúmeros fatores internos e externos. Assim, considerando que a democracia possui gradações e gira em diferentes rotações, a tarefa de compreender o enfraquecimento das democracias, em particular nas sociedades afetadas pela recente ascensão de movimentos e partidos populistas⁴ e esse amplo processo de desestabilização democrática, inclusive, por meio da publicação de leis e elaboração de políticas públicas contrárias à proteção dos direitos e garantias individuais, é uma tarefa árdua que exige de todos os brasileiros uma vigilância contínua e incansável.

Segundo Norberto Bobbio “[o] Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito”⁵. Nesse sentido, parafraseando, Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, questiona-se: Democracias tradicionais entram em colapso⁶? Quais são os fatores que levam um regime democrático tornar-se autoritário e vice-versa?

Jamie Susskind tratando sobre o crescimento exponencial e o declínio da adoção dessa forma de governo, antes e depois da Segunda Guerra Mundial anuncia que:

“[n]o século XX, o prestígio da democracia no campo das ideias foi acompanhado pelo seu crescimento na prática. De apenas doze até o final da Segunda Guerra Mundial, no final dos anos 1990, 120 democracias eleitorais no mundo: mais de 60% de estados independentes. Mas, essa não é toda a história. Durante a maior parte da história, os humanos foram céticos à democracia. Como o sistema de governo tem se destacado principalmente em sua ausência. E desde 2006, o número e a qualidade das democracias no mundo vêm diminuindo gradualmente.”⁷

Desse modo, “[e]ntender o modo com que regimes democráticos tradicionais e consolidados são enfraquecidos de modo ‘legal’, por dentro, é fundamental”⁸. Com base nessa compreensão, passa-se a fazer uma correlação entre a higidez da democracia e o mito de Sísifo, buscando mostrar a importância da vigilância constante sobre a manutenção dos pilares mínimos de manutenção de países democráticos no mundo.

3. A constante vigilância do estado democrático: o mito de Sísifo

As democracias estão em constante transformação. A democracia é dinâmica, se transforma diariamente e possui graus. Em alguns períodos, se apresenta mais forte, mais sólida e, em outros, mais fragilizada, menos respeitada, menos eficaz. Segundo Norberto Bobbio, “para um regime democrático, o

⁴ THORNHILL, Chris. *Op.Cit.*, p.11.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Op.Cit.*, p.29.

⁶ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 7.

⁷ SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living Together in a World Transformed by tech**. Oxford: Oxford University Press. 2018, p. 211. Tradução: “[i]n the twentieth century, democracy’s prestige in the realm of ideias was matched by its growth in practice. From just twelve at the end of the Second World War, by the late 1990s, there were 120 electoral democracies in the world: more than 60 per cent of independent states. But that’s not the whole story. For most of history, humans have been sceptical of democracy. As a system of government it has been conspicuous mainly in its absence. And since 2006 the number and quality of democracies in the world has been gradually declining”.⁷

⁸ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Op.Cit.*, p.II.

estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”⁹.

Segundo Jamie Susskind, a democracia é entendida do seguinte modo:

O termo democracia é geralmente usado para se referir uma forma de governo em que o poder político final está com muitos (o povo, as massas, a multidão, os governados) em vez de poucos (monarcas, ditadores, oligarcas). Essas definições abrangem uma gama de sistemas, desde aqueles em que todos participam dos negócios do governo, até sistemas mais diluídos em que os governantes são meramente responsáveis, eleitos ou governam no interesse dos governados. Como se sabe, a palavra *demokratia* é uma mistura de palavras de raiz grega, *demos* (povo), *kratos* (regra). Além de descrever um procedimento para a tomada de decisões coletivas, o termo democrático também é usado para descrever os ideais sociais que sustentam esse procedimento.¹⁰

Equilibrar os pratos da balança com fatos sociais, históricos e econômicos, momentos despóticos, Chefes de Estados autoritários e/ou populistas, o fortalecimento/enfraquecimento das instituições e das leis que garantem direitos humanos, abusos de poder econômico, práticas de *rent seeking* e *logrolling*, altíssima desigualdade social e econômica, baixa escolarização da população, censura de informação/comunicação, queda drástica no nível de privacidade/intimidade; controle excessivo das ações humanas, *Fake News*, robotização/algoritmização das funções do juiz, algoritmização de toda as sociedades, dentre outros inúmeros fatores, exigem um olhar vigilante e atento a todos os movimentos das nações e se assemelham a incansável tarefa de Sísifo no livro “O mito de Sísifo” de Albert Camus.

A vigilância sobre a higidez e a frugalidade da democracia deve ser contínua, diária, minutária e muito próxima ao encargo ou condenação que os deuses deram a Sísifo, herói do absurdo, por conta de suas paixões e, também por seus tormentos. Segundo Albert Camus, Sísifo foi condenado a empurrar incessantemente uma rocha até o alto de uma montanha, de onde tornava a cair por seu próprio peso. O mito narra que:

“... só vemos todo o esforço de um corpo tenso ao erguer a pedra enorme, empurrá-la e ajudá-la a subir uma ladeira cem vezes recomeçada; vemos o rosto crispado a bochecha colada contra a pedra, o socorro de um ombro que recebe a massa coberta de argila, um pé que a retém, a tensão dos braços, a segurança totalmente humana de duas mãos cheias de terra. Ao final desse prolongado esforço, medido pelo espaço sem céu e pelo tempo sem profundidade, a meta é atingida. Sísifo contempla então a pedra

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op.Cit.*, p. 23.

¹⁰ SUSSKIND, Jamie. *Op.Cit.*, p.213. The term democracy is generally used to refer to a form of government in which ultimate political power rests with the many (the people, the masses, the multitude, the governed) rather than the few (monarchs, dictators oligarchs). This definitions embraces a range of systems, from those in which everyone takes part in the business of government, to more diluted systems in which rulers are merely accountable to, elected bu, or rule in the interest of the ruled.” As is well-known, the word *demokratia* is a fudge of to Greek root words, *demos* (people) and *kratos* (rule). In addition to describing a procedure for taking collective decisions, the term democratic is also used to describe the social ideals that underpin that procedure.

despencando em alguns instantes até esse mundo inferior de onde ele terá que tornar a subi-la até os picos. E volta a planície.”¹¹

Com a mesma força, resiliência e determinação de Sísifo, narrada por Albert Camus, para lutar pelas democracias mundo afora é preciso entender-se como homem absurdo e dizer “que sim, o seu esforço não terá interrupção”¹².

4. As fronteiras do direito (Recht) e do não-direito (Unrecht)

Para albergar a necessidade de se usar a força e a resiliência mitológica de Sísifo, é fundamental compreender os limites e os fundamentos do direito que sustentam cada uma das democracias constitucionais, na medida em que também com o uso do próprio direito, pode-se permitir a degeneração das democracias, na medida em que “[t]oda degeneração da democracia é uma degeneração do direito e vice-versa”¹³.

A vigência da Constituição de Weimar – 1919 e a implantação do nazifascismo sob a sua regência é exemplo disso, de modo que “[e] entender as fronteiras do direito é, enfim, a condição necessária para sabermos direcionar o direito para sobreviver à complexidade contemporânea”¹⁴, afinal,

[d]urante o regime Nacional-Socialista, o direito produzido democraticamente foi manejado para fins diversos, subordinado aos interesses do partido de Hitler e à sua agenda genocida e totalitária. Ao contrário do que se imagina, o sangue derramado não se deu sob o império cego das leis positivistas. As ferramentas da degeneração agiram de forma escamoteada, tendo, nas decisões judiciais sem limites, o instrumento de consolidação daquele projeto político totalitário.¹⁵

Sobre esse ponto específico, importantíssimo registrar que o enfraquecimento das democracias ou a transição de estados democráticos para estados autoritários não necessariamente necessitam da adoção de um ato formal como ocorreu com o Ato Institucional nº 5 (AI-5) no Brasil, em 13 de dezembro de 1968, pelo governo de Artur da Costa e Silva.

Muitas vezes, e a história nazifacista da Alemanha já mostrou isso, “[n]ão se trata de romper em definitivo com a legalidade, se trata de poder suspender essa legalidade sempre que for conveniente ao exercício totalitário desse poder”, na medida em que “é o direito produzido no não direito ou, se preferirem, um não direito produzido a partir das estruturas do direito, sendo esse o paradoxo da degeneração”¹⁶.

Segundo Abboud, “[o] não direito não é a funcionalização da barbárie. O não direito produz a barbárie sob o signo do direito, mediante corrupção e apodrecimento das instituições”, “sem que se precisasse destruir as leis ainda

¹¹ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 9 ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017, p. 121-122.

¹² CAMUS, Albert. *Op.Cit.*, p.124.

¹³ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p.36.

¹⁴ ABOUD, Georges. *Op.Cit.*, p.29.

¹⁵ ABOUD, Georges. *Op.Cit.*, p.37.

¹⁶ ABOUD, Georges. *Op.Cit.*, p. 113.

vigentes ou editar novas”¹⁷.

Considerando que, nesses casos, “[a] *força política substitui por completo a força da lei*”, “há uma *perigosa zona intermediária entre o direito (Recht) e o não direito (Unrecht)*”¹⁸. E, para realizar esse intento, “[a] interpretação judicial sem limites foi uma arma mais poderosa do que a própria reforma legislativa na funcionalização do direito como instrumento e implementação dos ideais do nazismo”¹⁹.

Assim, o olhar atento, incansável e especificamente direcionado não só para o conteúdo que está sendo produzido pelo Poder Legislativo, mas como o Poder Judiciário e o Poder Executivo o estão aplicando representa uma tarefa inarredável para equilibrar os pratos da balança entre o exercício do poder e seu desvio/abuso e a criação/interpretação do próprio Direito dos países.

Conclusão

O presente artigo buscou mostrar que as democracias tradicionais podem entrar em colapso, que os graus de maior ou menor democracia (hibridização) flutuam, conforme questões políticas, sociais, históricas, jurídicas e econômicas e que a passagem de um estado democrático para um estado autocrático pode se dar não somente pela instituição de um decreto presidencial ou pelo fechamento do Congresso Nacional ou de Tribunais, mas pela utilização do próprio Direito para a corrosão dos pilares democráticos de um país.

A vigília sobre o que é o direito e o que está sendo produzido como leis ou enquanto políticas públicas deve ser contínua, diária. A atuação dos órgãos de controle, seja do Poder Judiciário, seja dos demais poderes do Estado no pleno exercício do *checks and balances* e de todos os cidadãos, como da mídia em geral, é importantíssima, na medida em que muitas leis, vestidas com a roupagem do direito e da verdade, representam o não-direito, a corrosão paulatina da democracia dos países.

Como visto, no último quadriênio, o Brasil foi protagonistas de inúmeras situações de não-direito, de violação dos direitos e garantias fundamentais, da transgressão dos princípios democráticos que devem assegurar a todos os seres humanos os mesmos direitos humanos transnacionais que foram protagonizados quando da elaboração das Constituições ao redor do mundo, sob pena de dia após dia, a democracia sofrer seus reveses e acabar por colapsar. Estejamos atentos.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

_____. Democracia para quem não acredita. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 17^a ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 9 ed. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2017.

¹⁷ ABBOUD, Georges. *Op.Cit.*, p.109.

¹⁸ ABBOUD, Georges. *Op.Cit.*, p.89.

¹⁹ ABBOUD, Georges. *Op.Cit.*, p.81.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: Living Together in a World Transformed by tech**. Oxford: Oxford University Press. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Júlia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019.

THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional global**. Tradução: Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, 2021.

Há um *trade-off* entre regulação prudencial e concorrência? O caso da saúde suplementar

Sandro Leal Alves

1. Introdução

O propósito desse artigo é avaliar a relação entre a regulação prudencial e a concorrência no mercado de seguros em geral, e o de saúde suplementar em particular. Busca-se apontar alguns caminhos e escolhas de políticas públicas quando dois objetivos são postos lado a lado. Como escolher entre objetivos igualmente desejáveis e aparentemente concorrentes entre si? Este parece ser o caso quando se pensa na regulação prudencial, que busca garantir a solvência de mercados que trabalham com riscos e a regulação da concorrência, que busca garantir diversidade e preços menores para os consumidores. A falta de regulação prudencial pode gerar insolvências e riscos sistêmicos enquanto a falta de concorrência leva a abuso de poder de mercado. Como escolher entre dois males?

Ao se criar licenças e requerimentos técnicos para entrada no mercado, elevam-se as barreiras à entrada, reduzindo a concorrência. Essa foi a opção adotada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar no início de sua regulação, no ano 2000. Naquele momento, com exceção das seguradoras, que já eram reguladas pela SUSEP, as demais operadoras não observaram regras prudenciais e tampouco se submetiam ao acompanhamento econômico-financeiro. Após 22 anos de regulação, o número de operadoras se reduziu de cerca de 2000 para algo em torno de 700 enquanto os preços dos planos de saúde seguem uma tendência crescente. Uma leitura rápida poderia levar ao entendimento de que preços elevados são consequência de uma concentração de mercado oriunda da regulação prudencial. No entanto, para preservar a solvência do sistema é essencial que os preços sigam acompanhando a dinâmica peculiar da variação dos custos médico-hospitalares, acima dos índices de preços no Brasil e no mundo.¹

O preço do plano de saúde depende evidentemente dos custos assistenciais e da própria estrutura do mercado. Tratei especificamente da precificação dos planos de saúde em coluna anterior.² Saindo das ciências atuariais e acrescentando microeconomia, sabemos que os preços de mercado dependem da estrutura do mercado, ou seja, das condições básicas (e elasticidades) de oferta e demanda. Um mergulho mais profundo vai nos mostrar que dependem também das características do produto, dos consumidores, da tecnologia (expressas na função de produção), da existência de economias de escala. Passaríamos então a uma análise do número de compradores e vendedores, o grau de diferenciação de produto, a estrutura de custos, integração vertical e as barreiras de entrada e saída. Não é objetivo deste artigo examinar as condições de organização industrial do mercado, mas chamar a atenção de que elas têm um papel fundamental na determinação do preço.

Nesse sentido, analisar as barreiras à entrada, em geral regulatórias, mas também derivadas das economias de escala, é fundamental para compreender a estrutura do mercado e a formação de preços. E dentre as barreiras regulatórias, as licenças e a regulação prudencial emergem como as principais formas de regulação de mercados que operam com riscos futuros como bancos, seguros e planos de saúde. Nesse segundo ponto que queremos focar.

¹ A Variação do Custo Médico Hospitalar - VCMH/IESS – para um conjunto de 688,9 mil beneficiários de planos individuais atingiu 27,7% nos 12 meses terminados em setembro de 2021 relativamente aos 12 meses terminados em setembro de 2020. Nesse mesmo período, o IPCA foi de 10%. Fonte: IESS.

² ALVES, SL (2022).

2. Seguro e mutualismo

Uma breve exposição do mecanismo de funcionamento do seguro e da saúde suplementar é importante para compreendermos a importância da regulação prudencial. Sabemos que a exposição aos diferentes tipos de riscos faz parte da natureza humana. Antes mesmo do nascimento, já convivemos com o risco associado ao desenvolvimento do embrião até o momento do parto. Geralmente, os riscos geram “desutilidades” para os indivíduos na medida em que, na hipótese de sua materialização, impõem perdas físicas e monetárias para as pessoas. Desde a antiguidade, diante das incertezas e dos riscos, as comunidades desenvolveram maneiras de mitigar ou diluir este risco entre pessoas igualmente afetadas por sua ocorrência. Carregar o risco sozinho é um ato de coragem, mas não parece ser a atitude mais sensata sob o ponto de vista econômico, principalmente quando oportunidades de diluição se encontram disponíveis no mercado segurador.

O seguro é socialmente desejável por compartilhar riscos. Já que nem sempre é possível eliminá-los, muitas vezes é possível dividi-lo com outras pessoas que também se encontram na mesma situação. Diversificando o risco, ou seja, não colocando todos os ovos na mesma cesta, o indivíduo consegue reduzir a variabilidade da ocorrência do evento incerto tornando-o mais previsível. O mutualismo foi o termo cunhado da biologia para definir a cooperação entre indivíduos mediante a agregação de seus riscos. Na biologia, quando a interação entre duas espécies proporciona ganhos recíprocos decorrentes da associação entre elas, há mutualismo³

O alicerce para o funcionamento dos mercados securitários é o mutualismo. Neste mecanismo, há um grupo solidário com todos contribuindo com suas mensalidades/prêmios para um fundo mútuo comum. A contribuição individual custeia as despesas do próprio indivíduo (se necessário) e as de todas as pessoas do grupo que necessitarem. O seguro fornece, portanto, uma possibilidade de troca mutuamente benéfica ao reduzir o custo do risco para os segurados. Se a troca é voluntária, a sua efetivação é um jogo de soma positiva em que ambos os agentes ganham, melhorando sua situação inicial. O seguro permite que um agente avesso ao risco consiga transferi-lo, mediante o pagamento de um prêmio de risco, para um agente comprador de riscos que é a seguradora.⁴

Cabe ressaltar que o contrato de seguros é disciplinado no Código Civil dos artigos 757 a 802, estabelecendo as obrigações e direitos das partes que o subscrevem. No art. 757, é destacado que, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados”. Ou seja, o segurador só se obriga pelos riscos que forem predeterminados no contrato, desde que receba o prêmio correspondente como condição fundamental para o atendimento do interesse legítimo do segurado (objeto do contrato de seguro) que incida sobre a pessoa ou a coisa (sobre bem material, patrimonial, de valor econômico).

A delimitação do risco é o DNA do seguro e fundamental para o equilíbrio financeiro da operação. Permite ao segurador medir o risco, taxar o prêmio, dimensionar sua responsabilidade e estabelecer as provisões técnicas pertinentes. Com isso, confere segurança jurídica e contratual, pois

³ Alguns autores contam ter se originado durante a travessia de camelheiros no deserto. Como durante as longas travessias, alguns camelos morriam, havia um acordo entre os camelheiros de reporem as perdas do participante que sofreu o infortúnio. Bernstein, P. (2007). *Desafio aos Deuses. A Fascinante História do Risco*. Ed. Campus.

⁴ Para informações mais técnicas sobre a economia do seguro, sugere-se consultar a obra de Contador (2014) e Galiza (2011).

cabe ao gestor da mutualidade zelar para que os riscos cobertos sejam suscetíveis de indenização ou de pagamento do capital segurado.⁵

A relevância econômica do seguro é expressa em números. Em 2021, o mundo faturou US\$ 6,8 trilhões em seguros, o Brasil estando na 17ª posição no ranking por países. A previsão é que o número mundial passe de US\$ 7 trilhões em 2022. Mas, nesse ano, a taxa de inflação mundial e a queda do PIB vão trazer efeitos, sobretudo nas economias mais desenvolvidas.⁶ A Tabela 1 apresentada a seguir mostra os dados de arrecadação do setor segundo ramos do seguro.

Tabela 1. Arrecadação do mercado segurador por grupo de ramo (R\$)

			2020	2021
Danos e Responsabilidades		Automóvel	35.258.704.683	38.335.605.030
		Patrimonial	14.622.043.696	16.969.206.890
		Habitacional	4.510.454.485	5.086.862.352
		Transportes	3.357.865.499	4.297.618.527
		Crédito e Garantia	5.309.640.563	5.636.463.837
		Garantia Estendida	3.045.876.718	3.259.737.485
		Responsabilidade Civil	2.591.911.335	3.282.790.525
		Rural	6.880.079.726	9.635.429.006
		Marítimos e Aeronáuticos	1.190.510.565	1.405.069.861
	Outros	1.560.316.884	1.883.865.219	
Subtotal			78.327.404.155	89.792.648.731
Coberturas de Pessoas	Planos de Risco	Seguro Coletivo	33.756.089.246	36.879.701.317
		Seguro Individual	11.644.919.285	14.296.946.380
	Planos de Acumulação	Família PGBL	11.053.985.525	11.577.658.705
		Família VGBL	112.707.068.028	126.164.877.797
	Planos Tradicionais		3.292.240.951	3.336.446.739
Subtotal			172.454.303.035	192.255.630.938
Capitalização			22.932.299.928	24.290.287.863
Saúde Suplementar		Médico-Hospitalar	221.431.886.880	241.273.175.824
		Odontológico	5.787.427.213	6.197.652.792
		Não Segregável	-1.459.535	-1
Subtotal			227.217.854.558	247.470.828.615
Mercado Segurador (sem DPVAT)			500.931.861.676	553.809.396.148
Mercado Segurador (sem DPVAT e sem Saúde)			273.714.007.118	306.338.567.533
DPVAT			330.266.007	38.271.990

Fontes: DIOPS (ANS) - Extraído em 01/05/2022 SES (SUSEP) - Extraído em 14/07/2022. Elaboração CNseg.

3. O que é e a razão de ser da regulação prudencial

⁵ É comum dizer que o risco é uma medida da incerteza. São conceitos distintos, como proposto pelo economista Frank Knight. Se não sabemos o que acontecerá, mas conhecemos as probabilidades, temos o conceito de risco. Se não conhecemos nem mesmo as probabilidades, estamos falando de incerteza. A incerteza é não quantificável, com regras de formação e causas desconhecidas.

⁶ World insurance: inflation risks front and centre. Swiss Re Institute, 2022. Disponível em: <https://www.swissre.com/institute/research/sigma-research/sigma-2022-04.html>.

Guillaume e Rochet (2007) listam duas principais razões para que as seguradoras sejam submetidas à regulação prudencial. Em primeiro lugar, devido ao ciclo de produção invertido, ou seja, a seguradora recebe prêmios antecipadamente para posterior pagamento de indenizações, a gestão financeira da companhia pode ser incentivada a adotar comportamentos mais arriscados. Ocorre que o pagamento das indenizações contratadas pode ser prejudicado devido a imprudência da gestão, gerando externalidades negativas para os segurados.

O fluxo financeiro invertido acaba criando estímulo para um comportamento excessivamente arriscado na gestão. Em segundo lugar, a ausência de titulares de direitos (apólices) com poder de influência na gestão, faz com que essa dinâmica não termine até que um problema real de liquidez se revele. Neste caso, pode ser tarde demais para recuperar a empresa e honrar os compromissos contratados. Em suma, há uma dificuldade de os detentores de apólices controlarem o risco assumido pela gestão da seguradora.

Trata-se do conflito clássico de agência entre segurados e os proprietários de empresas seguradoras. O problema de assimetria de informação entre o agente e o principal suscita o comportamento típico de *moral hazard*. Nesse sentido, Jensen e Mackling (1976), definem a relação Principal-Agente como um contrato em que uma das partes (o principal) engaja a outra parte (o agente) a desempenhar algum serviço em seu nome, e que envolve uma delegação de autoridade para o agente. No caso em questão, o principal, que é o detentor da apólice (segurado), tem poucos mecanismos de monitoramento e incentivo para que o agente (seguradora) tome as melhores decisões sob o ponto de vista dele.

Diante dessa assimetria, o alinhamento de incentivos não ocorre e falências podem resultar da interação entre eles. Para controlar o risco de insolvência, surge a regulação prudencial que em síntese produz regras disciplinando o capital regulatório, as reservas, a alocação do capital da seguradora e de seus investimentos. Cada autoridade reguladora define suas regras de acordo com os objetivos de sua área de atuação.

No caso do sistema bancário, por exemplo, a regulação prudencial “estabelece requisitos para as instituições financeiras com foco no gerenciamento de riscos e nos requerimentos mínimos de capital para fazer face aos riscos decorrentes de suas atividades. O gerenciamento de riscos e os requerimentos mínimos de capital contribuem para que eventual quebra de uma instituição financeira não gere um efeito dominó no sistema financeiro e, em última instância, perdas para a sociedade como um todo. Esse efeito dominó é conhecido como risco sistêmico”⁷.

No setor segurador, a regulação prudencial “diz respeito ao estabelecimento de regras que visem a resguardar a solvência das sociedades e entidades supervisionadas pela Susep (ou seja, sua capacidade financeira para cumprir os compromissos assumidos junto aos segurados e beneficiários) mesmo em face de eventuais acontecimentos desfavoráveis. Seu objetivo é reduzir a probabilidade de eventos de insolvência (embora seja impossível garantir sua completa eliminação) e, caso estes ocorram, mitigar seus impactos para os segurados, o mercado segurador e o sistema financeiro como um todo. Alguns dos principais temas tratados no contexto da Regulação Prudencial são Provisões Técnicas, Ativos, Requerimentos de Capital, Governança, Gestão de Riscos, Controles Internos e Contabilidade”.⁸

No caso da ANS, conforme Serra (2016), “A regulação prudencial do mercado de saúde suplementar tem por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ente regulado

⁷ www.bacen.gov.br.

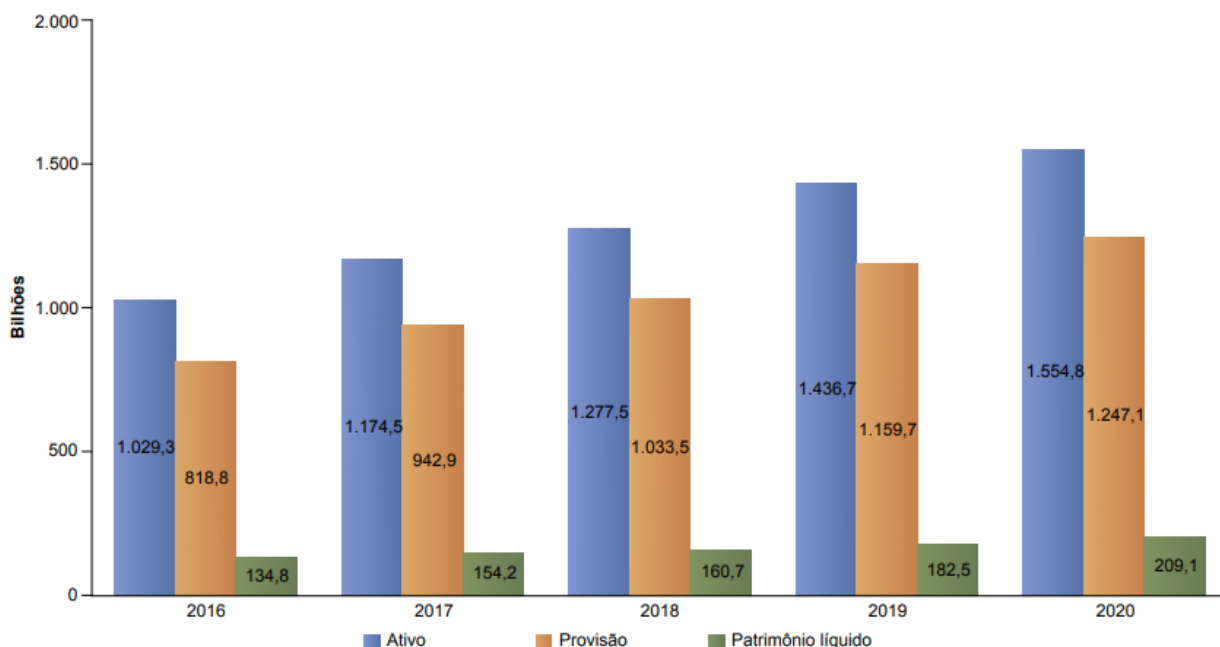
⁸ www.susep.gov.br

como forma de garantir a continuidade e a qualidade do serviço contratado pelo consumidor. O ciclo invertido pode gerar falsa percepção de solidez, o que pode ocasionar decisões equivocadas e perigosas para a sustentabilidade do negócio.” Ainda segundo o autor, “a regulação prudencial, pretende que as operadoras reconheçam adequadamente as obrigações assistenciais a que estão sujeitas, minimizando a possibilidade de percepção irreal de liquidez, de forma que sejam mantidos recursos suficientes para a garantia de suas atividades. Como é mercado que envolve significativos riscos (a ocorrência do evento médico é imprevisível, tanto em termos de “quando” como principalmente em termos de “quanto”), traduzidos muitas vezes em prejuízos substanciais, é fundamental que haja, também, solidez patrimonial. A regulação busca, portanto, que sejam fortalecidos dois conceitos fundamentais: liquidez e solvência. Liquidez é o correto dimensionamento das obrigações assistenciais e a manutenção de uma estrutura de ativos suficiente para sua cobertura e solvência é manutenção de capital próprio em volume capaz de fazer frente a eventuais prejuízos, de forma que a operadora consiga atravessar períodos adversos sem comprometer a continuidade de suas operações.”

No caso da regulação prudencial da ANS, importante ressaltar que o mercado calcula seus riscos em modelos paramétricos e fórmulas padrões como a margem de solvência. No entanto, a regulação tem evoluído na direção de modelos de capital baseado em riscos. Até 2022 operam regras transitórias, mas a partir de 2023, entra em operação o capital baseado em riscos (RN 526/2022). Já foram regulados os riscos de subscrição, crédito, mercado e operacional. Adicionalmente, a comprovação da aderência às práticas mínimas de governança corporativa, permitem à operadora utilizar fatores reduzidos de capital (RN 518/2022). Há previsão inclusive da substituição do modelo de capital base regulatório pelo modelo interno, desde que aprovado pela ANS.

Os requisitos prudenciais não impedem necessariamente que uma instituição financeira enfrente dificuldades ou vá à falência, mas minimizam efeitos negativos de eventual encerramento das atividades de uma instituição financeira. A abordagem teórica padrão subjacente à regulação de seguros se origina em métodos atuariais e, mais especificamente, na teoria da ruína. De um modo geral, esta abordagem postula que o objetivo da regulação prudencial é garantir que a probabilidade de ruína das companhias de seguros esteja abaixo de um determinado valor “aceitável”. O segundo pressuposto é que a principal ferramenta de que o regulador dispõe para atingir este objetivo é a fixação de uma margem de solvência obrigatória, o montante mínimo de capital próprio de uma empresa que pode ser utilizado como *buffer*. O Gráfico apresentado a seguir mostra o volume de recursos alocados em termos de ativo, provisões e patrimônio líquido do setor.

Figura 2. Ativo, provisão e patrimônio líquido – histórico anual (R\$ bilhões)



Fonte: DIOPS (ANS) – Extraído em 01.06/2021

SES (SUSEP) – Extraído em 09.06.2021

Nota: Em ativo não foram deduzidas as parcelas de participações acionárias dentro do próprio mercado.

4. Há um *trade-off* entre regulação prudencial e concorrência?

Feitas essas digressões sobre seguro e a regulação prudencial, cabe retornarmos à pergunta: Quanto a sociedade está disposta a sacrificar, em termos de menor garantia de solvência das empresas, para obter maiores ganhos de bem-estar resultantes de mais concorrência no mercado? Essa pergunta somente faz sentido se acreditarmos na existência de um *trade-off* entre esses dois objetivos. O primeiro certamente é tarefa primordial da autoridade reguladora dos mercados de riscos enquanto o segundo é o objetivo das políticas de defesa da concorrência. Evidentemente o custo regulatório não se limita ao esforço de cumprimento das exigências econômico-financeiras e de capitalização das empresas. Há que se considerar todos os demais custos de atendimento da regulação que encarecem a operação e reduzem a margem de lucro esperada e o retorno do investimento ao acionista. Mas para ficarmos apenas na questão prudencial, pode-se argumentar que há um nível ótimo em que a solvência fica preservada, mas ao mesmo tempo não cria barreiras à entrada a ponto de tornar-se o mercado não contestável, no sentido de Baumol.

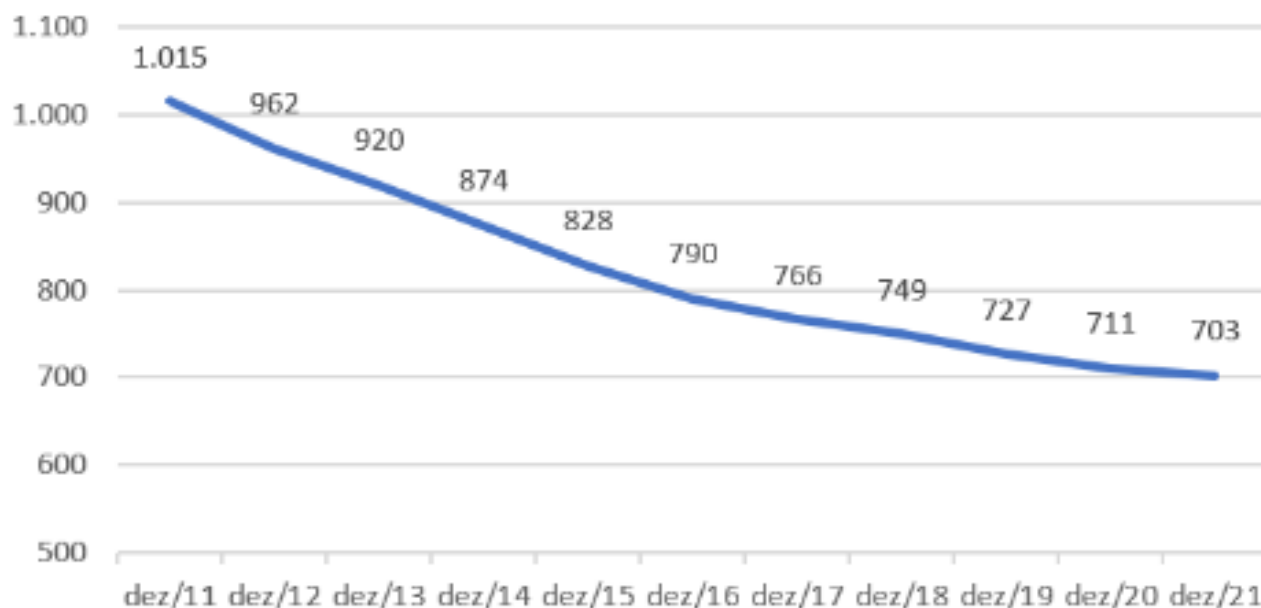
O que se conclui neste artigo é que a agenda de elaboração de políticas de regulação e de defesa da concorrência precisaria ser colaborativa no sentido de atuarem em uma mesma direção. Se no curto prazo os objetivos parecem ser concorrentes, no longo prazo, com liberdade de entrada sujeita às regras prudenciais, a qualidade da concorrência tem dominância sobre a quantidade de concorrentes, permitindo uma agenda conciliatória entre as autoridades da concorrência e regulatória.

Não podemos deixar de considerar que em mercados de risco, a escala mínima viável, tradicional barreira à entrada, se submete à inevitável lei dos grandes números e a massa segurada é fundamental para a estabilidade dos resultados. No caso da saúde suplementar, o movimento em direção à concentração é impulsionado não somente pela melhoria das regras prudenciais, mas

principalmente pelo risco assumido pelas operadoras que cresce a cada nova incorporação ao rol de procedimentos com inclusões de drogas cada vez mais caras.

Nesse sentido, a regulação prudencial é a função de reação do próprio órgão regulador ao processo de inclusão vertiginosa de novas tecnologias que acrescentam custos ao setor de forma acelerada, nem sempre com a adequada verificação de sua custo-efetividade e, principalmente, da capacidade financeira da população suportar o aumento de custos da saúde, consistentemente acima dos índices oficiais de inflação. O Gráfico a seguir apresenta a redução da quantidade de operadoras no mercado de saúde suplementar. Muitas delas saíram voluntariamente, foram adquiridas ou foram retiradas do mercado pela ANS, após a decretação de liquidação extrajudicial ocasionada por problemas econômico-financeiros. Neste caso, a escolha tem sido sacrificar a concorrência em benefício da solvência do mercado. Com a aceleração nesse processo, a tendência é de redução ainda maior na oferta. Um bom ponto para discussão integrada entre os *policy-makers* regulatórios e concorrenciais.

Figura 3. Número de operadoras médico-hospitalares – 2011-2021



Fonte: Cadastro de Operadoras/ANS/MS e Sistema de Informações de Beneficiários – SIB/ANS/MS

Referências bibliográficas

- ALVES, SL (2005). Regulação Prudencial e Concentração na Saúde Suplementar. Revista Cadernos de Seguro, Ed. Maio/2005, p. 52-54.
- ALVES, SL (2022). Precificação de Planos de Saúde: Risco e Incerteza sobre o Rol de Procedimentos. Webadvocacy. Brasília. DF. Coluna de junho.
- BAUMOL (1982). Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, with J.C. Panzar and R.D. Wilig.
- BERNSTEIN, P. (2007). Desafio aos Deuses. A Fascinante História do Risco. Ed. Campus.

CONTADOR, C.R. (2014). Economia do Seguro. Fundamentos e Aplicações. Versão revisada e ampliada. Ed. Atlas

CORIOLOANO, M (2022). Nota: Há uma escala mínima de beneficiários para a operação segura de um plano de saúde regulado? <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6955907350318706688/>

GALIZA, F (2011). Economia e Seguros: Uma Introdução. Ed. Funenseg, 3ª ed revisada e atualizada.

GUILAUME AND ROCHET, JC (2007). When Insurers go Bust. An Economic Analysis of the Role and Design of Prudential Regulation. Princeton University Press.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. Journal of Financial Economics, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

SERRA, C. (2016). Entendendo a regulação prudencial no mercado de saúde suplementar. A operação em preço preestabelecido e o incentivo à descapitalização. Revista Cadernos de Seguro nº 186, p.27-33.

Em busca de melhores salários: uma oportunidade para atuação do Sistema Nacional de Emprego (Sine)

Túlio Antonio Cravo

O mercado de trabalho no Brasil apresentou melhoras no último ano e houve uma redução do nível de desemprego de 14,2% para o período de abril a junho de 2021 para 9,3% para o mesmo período em 2022. Contudo, o rendimento médio dos trabalhadores continua em queda e passou de R\$ 2.794 para R\$ 2.652, embora tenha havido uma pequena melhora nos últimos meses.

A retomada do nível de emprego é muito positiva, mas segue o desafio de que esta retomada seja acompanhada de melhores salários. De certa forma, o desafio de encontrar empregos com melhores salários é também um desafio do Sistema Nacional de Empregos (Sine) no contexto brasileiro em que apenas 5% dos trabalhadores que buscam empregos o fazem por meio do Sine.

O Sine é um instrumento importante para intermediar a conexão entre empresas e trabalhadores e aumenta a probabilidade de o trabalhador encontrar emprego e em menor tempo de acordo com um estudo recente.¹ Contudo, o desafio de encontrar um novo emprego com bons salários também é um desafio para o Sine uma vez que ser encaminhado pelo Sine pode reduzir o salário quando comparado com o último emprego do trabalhador.

Em um momento de aparente melhora no mercado de trabalho, o Sine que já é efetivo em ajudar o trabalhador a retornar para o mercado de trabalho mais rapidamente, deve também explorar mais alternativas para contribuir na difícil tarefa de reconectar os trabalhadores com as empresas com melhores salários.

Uma estratégia para tentar fazer com que a conexão entre trabalhadores e empresas gere vínculos com maiores salários é por meio do maior engajamento das empresas no processo. Uma avaliação de impacto feita recentemente para o serviço público de intermediação laboral francês mostra que uma maior aproximação com as empresas aumenta o número de vagas postadas e o número de contratações por parte das empresas que participam desta iniciativa. Contudo, o mais interessante é que os resultados mostram que existe uma melhoria da qualidade do novo vínculo empregatício formado na forma de mais contratos permanentes e menos contratos temporários.² Uma maior aproximação entre o serviço público e as empresas pode fazer com que as empresas tenham mais segurança sobre o trabalhador contratado e melhore as condições de trabalho oferecidas. Nesta lógica, uma maior aproximação do Sine com as empresas pode gerar uma maior confiança das empresas no processo e fazer com que elas ofereçam um salário de reentrada no mercado de trabalho melhor. Um vínculo empregatício de melhor qualidade pode também ter implicações na rotatividade e produtividade da mão de obra.

Outra estratégia para procurar melhorar a qualidade do vínculo laboral e convencer o empregador a fornecer melhores salários é aperfeiçoar a tecnologia utilizada nos encaminhamentos das plataformas do Sine via web ou aplicativo Sine Fácil. Se as empresas de igual forma tiverem a percepção de que um processo com melhor tecnologia melhora a qualidade dos trabalhos indicados para contratação, podem decidir melhorar as condições de contratação dos trabalhadores.

¹ O livro “Employment dynamics and labor market policies in Brazil” publicado recentemente pela Web Advocacy apresenta estas evidências. Para mais detalhes ver Cravo et al., (2018) e O’Leary et al., no prelo.

² Algan et al., (2022).

Portanto, a retomada do nível de emprego, mas com redução no salário médio representa também uma oportunidade para o Sine aperfeiçoar alguns aspectos do processo de intermediação e reforçar o engajamento com as empresas. Uma maior aproximação do Sine com as empresas pode melhorar a qualidade do vínculo empregatício e por consequência influenciar o salário de reentrada do trabalhador no mercado de trabalho com possíveis ganhos de bem-estar para os trabalhadores e de produtividade para as empresas.

Referências bibliográficas

Algan, Y., B. Crepon, and D. Glover (2022). Are active labor market policies directed at firms effective? Evidence from a randomized evaluation with local employment agencies. J-PAL working paper.

Cravo, T; Ribeiro E.P; Quintana, R; Sierra, A (2018) O impacto do Sine no mercado de trabalho, Boletim IPEA do Mercado de Trabalho, Brasília, Brasil.

https://www.amazon.com/Employment-dynamics-market-policies-Brazil-ebook/dp/B09MNQSHMM/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=1640560755&sr=8-1

Cravo, T; O'Leary, C; Quintana, R; Sierra, A; Veloso, L. (Effect of job referrals on labor market outcomes in Brazil. *Economía - Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association*, forthcoming.

O'Leary, C; Cravo, T; Sierra, A; Veloso, L. Effect of job referrals on labor market outcomes in Brazil. *Economía - Journal of the Latin American and Caribbean Economic Association*, forthcoming.

Tulio A. Cravo. Economista-país do Banco Africano de Desenvolvimento em Angola. Anteriormente foi especialista sênior de mercado de trabalho e previdência do Banco Interamericano de Desenvolvimento, pesquisador sênior da UNU-WIDER e Professor Adjunto da PUC-RS. Doutor em economia pela Loughborough University, mestre em economia pela Universidade de Coimbra e economista pela UFMG.

A lei e os números: o que temos para contar

Unie Caminha

É célebre a fala de Ariano Suassuna na qual narra que fez Direito porque não sabia “fazer conta de somar”. O genial escritor paraibano fala de maneira jocosa da recorrente falta de habilidade com os números daqueles que optam pela Direito. Tradicionalmente, diz-se que, em matéria de número, advogado só sabe o número do artigo. Todavia, hoje não é mais possível as profissões jurídicas ignorarem outras disciplinas que envolvem a matemática. Em algumas áreas, como Direito Societário e Tributário, conhecer contabilidade e finanças não é apenas um diferencial, é uma necessidade.

Mais recentemente, também a estatística vem se tornando uma grande aliada do Direito, tanto na elaboração de leis quanto na formulação de políticas de organização judiciária, e ainda na definição de estratégias para defesa dos interesses de clientes.

A Jurimetria, como ficou conhecida a aplicação da estatística na medição de indicadores jurídicos, tem, cada vez mais, sido utilizada nas decisões envolvendo formulação e aplicação de leis, e ainda estratégias contratuais e processuais.

Por vezes, nós, que estudamos o Direito de maneira dogmática, não percebemos que o que muitos chamam de ciência do Direito é, na verdade, um amontoado de opiniões que são misturadas e escalonadas de maneira que, ao final, haja alguma possibilidade de conclusão compatível como nossa própria opinião. É muito comum nós, acadêmicos na área jurídica, criarmos teses e hipóteses que não se sustentam diante de uma análise superficial dos fatos, da realidade em que o Direito é aplicado.

Já na década de 1960, Lee Loewinger¹ diferenciava de maneira muito didática as atividades desempenhadas por aplicadores do Direito, Juristas e Cientistas:

“Lawyers and judges generally are engaged in seeking to apply the principles or analogies of cases, statutes, and regulations to new situations. Scientists generally are engaged in collecting experimental and statistical data and in analyzing them mathematically. Writers on jurisprudence are engaged in the philosophical analysis of legal concepts and ideas.”

Precursor das análises jurimétricas no Brasil, o Professor da PUC de São Paulo Marcelo Nunes Guedes² costuma afirmar em suas aulas e palestras que os fatos não têm a menor educação... afrontam uma ideia que nos parece boa e dão-lhe uma sova... isso é comum quando se trata de produção legislativa. Se forem analisadas corretamente, grande parte das reformas legislativas parecem mais soluções a procura de um problema que nem existe. Em suas palavras

“O jurista estuda as leis sem se preocupar com seus resultados práticos. Os bacharéis em Direito (futuros advogados, juízes, consultores legislativos, promotores e diretores jurídicos de empresas) são treinados para discutir ad nauseum todos os sentidos

¹ Lee Loewinger, Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry, 28 *Law and Contemporary Problems* 5-35 (Winter 1963) Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol28/iss1/2>

² Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.

hipotéticos atribuíveis uma lei, mas pela falta de conhecimentos básicos em estatística e pesquisa empírica, não possuem qualquer preparo para verificar as consequências práticas que esses sentidos produzem”

A Jurimetria se propõe a analisar os cenários existentes para efetivamente identificar os problemas e permitir traçar a melhor estratégia para resolvê-lo... deixa-se o campo da opinião, para o da probabilidade. Note-se que não se fazem necessárias grandes ferramentas tecnológicas (apesar de ajudarem muito) ou uma mente matemática tão aguçada, como ensina a Professora Luciana Yeung³

“O primeiro mito a ser destruído no exercício da aplicação da Jurimetria é que ela exige emprego de métodos sofisticadíssimos, com matemática e/ou recursos computacionais de última geração, manejáveis apenas por doutores das ciências exatas. Qualquer estudo cujo objeto faz parte das ciências jurídicas (...) que se valha de dados coletados empiricamente, e cuja análise se baseie de alguma forma em conceitos estatísticos (...) é um trabalho jurimétrico”

Para a advocacia, conhecer os cenários e gargalos do Judiciário é extremamente importante para a avaliação da conveniência de medidas judiciais, cláusulas contratuais e eventuais acordos, especialmente no cenário de insegurança jurídica do Brasil. Para isso, não precisamos de fórmulas tão complexas, mas talvez, apenas ceder um pouco do espaço de nossos pensamentos e análises aos números.

Atualmente, existem muitos serviços de mapeamento de decisões de grandes litigantes, e conhecer e saber interpretar esses resultados é, e cada vez mais será, importante para uma advocacia de qualidade.

Muito se fala de uma suposta obsolescência de profissões jurídicas, e que em breve não mais serão necessários advogados, pois “máquinas” poderão substituir seus serviços. Alguns serviços, não só de advogados, mas de juízes e outros agentes do Direito deveriam, mesmo, ser executados por programas. Porém, os números, assim como as palavras, também podem ser “torturados” até que nos digam o que queremos... Assim, os advogados (e todos os outros que vivem de fazer, aplicar e interpretar a Lei) precisamos conviver com os números e aprender a interpretá-los para nos mantermos indispensáveis como diz a Constituição. Isso é certo como dois e dois são quatro.

³ Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: Machado, Máira Rocha (Org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274.

Licença Menstrual Remunerada: uma medida urgente de saúde das trabalhadoras brasileiras

Vanessa Vilela Berbel

Os direitos reprodutivos da mulher são pauta recorrente do Poder Judiciário e da política nacional e internacional. Em 2022, enquanto a Suprema Corte Americana, em contraposição ao entendimento consolidado desde 1973 a partir do caso *Roe vs. Wade*, declarou a inexistência de um direito constitucional ao aborto pautado na Décima Quarta Emenda e o chefe do Poder Executivo brasileiro vetava dispositivos da lei de criação do Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual (Lei 14.214/21), que autorizava a distribuição gratuita de absorventes pela rede pública de saúde, o governo espanhol, em caminhos opostos, propunha a criação de licença menstrual remunerada às trabalhadoras.

Por trás da proposta da criação da licença menstrual remunerada às trabalhadoras na Espanha há a organização político-partidária das mulheres do Unidas Podemos, associada a uma representatividade feminina do atual governo espanhol, composto por 14 (quatorze) mulheres e 08 (oito) homens em cargos ministeriais; o fato reforça a importância de temas que já abordamos em colunas anteriores, como o combate à violência política eleitoral e a importância da participação política das mulheres.

Em relação à licença menstrual remunerada, há também, por detrás desta decisão, um governo socialista, que alinhou, à sua pauta social-democrática, as bandeiras ecologistas e feminista, como afirmado durante o 40º Congresso do Partido Socialista Operário Espanhol, ocorrido em Valência, no ano de 2021. Nenhum partido é obrigado a levar o socialismo em seu nome, mas, se o faz, precisa se alinhar a pautas protetivas do operariado e aceitar que compete ao Estado a missão de gerenciar as desigualdades sociais. O governo espanhol está, portanto, coerente com seu projeto.

Mas nada impede que pautas como a licença menstrual remunerada também caibam em governo não socialistas, ou seja, liberais. Como lembraram Amanda Flávio e Adriano Paranaíba na coluna “Liberalismo, esse desconhecido”, o liberalismo está longe de ser a ameaça do bem-estar social; trata-se de uma doutrina política em que se encontram diferentes escolas de pensamento, cujo ponto fulcral entre elas está “no enaltecimento da pessoa humana e a sua proteção contra os arroubos do Estado”. Neste conjunto, há diferentes matizes de pensamento sobre o quanto de Estado se é necessário aceitar.

Portanto, tudo é uma questão sobre quem deverá pagar a conta. O governo espanhol entendeu que as dores menstruais que, mensalmente, incapacitam para o trabalho diversas mulheres, devem ser repartidas pela sociedade. Segundo o Projeto de Lei Espanhol, caberia, à Previdência Social, remunerar o afastamento, em regra por três dias, às mulheres que precisam se ausentar durante o período menstrual. Poderia ser feita outra opção, obrigar o empregador a internalização este ônus, mas, a Espanha preferiu reparti-lo de outra maneira.

Hoje, no Brasil, os efeitos econômicos e sociais das dores menstruais são, via de regra, suportados exclusivamente pela trabalhadora, visto que a falta ao trabalho é apenas justificada por doença ou acidente e precisa ser sempre acompanhada de atestado médico. Menstruação não é uma doença e conseguir um atestado todo mês, além de certamente não ser bem compreendido pelo empregador acarretando sua demissão futura, será uma tarefa hercúlea em um sistema único de saúde congestionado. Repartir socialmente esse ônus parece ser uma boa medida para as mulheres e para toda a sociedade.

A Taxa de participação das mulheres no mercado laboral é baixa se considerarmos que somos nós a maioria da população brasileira. A parcela da população em idade de trabalhar (PIT) que está na força de trabalho, ou seja, trabalhando ou procurando trabalho e disponível para trabalhar, aponta a maior dificuldade de inserção das mulheres no mercado de trabalho. Em 2019, a taxa de participação das mulheres com 15 anos ou mais de idade foi de 54,5%, enquanto entre os homens esta medida chegou a 73,7%.

São diversas as razões para a baixa incorporação da mulher ao mercado de trabalho: maternidade na adolescência ou pré-adolescência, carência de vagas em creches e pré-escolas, desigualdade na distribuição das tarefas domésticas entre os casais, dentre outras. Claramente, há que se pensar em medidas para integrá-las. Mas não só, essa internalização também deve ser acolhedora, proporcionando um ambiente de trabalho saudável e compatível com suas necessidades biológicas. E quem já teve o dissabor de ter que trocar de roupa após o vazamento de um absorvente ou sentir um quase desmaio durante o trabalho pelo cansaço absurdo dos sangramentos ou a contração da cólica, sabe bem o que precisa: ficar em casa.

É preciso avançar em uma incorporação e promoção menos segregada e estereotipada nos empregos e implantar medidas transversais voltadas para elevar a taxa de emprego feminino, incluindo condições mais favoráveis ao exercício e permanência no labor remunerado, dentre elas a licença menstrual remunerada.

Organizadores:

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.

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.

Autores:

ADRIANO PARANAIBA. É Economista, Doutor em Transportes. Professor do IFG e Diretor Acadêmico do Instituto Mises Brasil. Já atuou como Subsecretário de Competitividade e Melhoria Regulatória no Ministério da Economia.

ALESSANDRO GUIMARÃES PEREIRA. É Coordenador de Inovação e Telecomunicações na Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia.

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA. Sócia fundadora do Escritório Amanda Flávio de Oliveira. Graduiu-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 1996, onde também cursou Mestrado (2000) e Doutorado (2004), tendo realizado formação complementar em Louvain-la-Neuve, Bélgica (1999). É professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB).

ANDRÉ SANTA CRUZ. Procurador Federal. Doutor em direito empresarial pela PUC-SP. Professor de direito econômico e empresarial do Centro Universitário IESB-DF.

ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS. É Subsecretário de Advocacia da Concorrência na Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia

ANGELO PRATA DE CARVALHO. Advogado sócio de Ana Frazão Advogados. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor voluntário na Faculdade de Direito da UnB. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECM/UnB).

CATHARINA ARAÚJO SÁ. É advogada no escritório Vilanova Advocacia, graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UnB). Cursou o XVIII Curso de Extensão em Direito da Concorrência (UnB). Ex-estagiária da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 8 (CGAA8) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Atuou na área de concorrencial e *compliance* em uma das maiores bancas de advocacia do País.

DANIELA SANTOS. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado, ex advogada da Agência Nacional de petróleo, gás e biocombustíveis, sócia fundadora da SG Advogados, escritório especializado em energia, publicará mensalmente artigos sobre temas atuais que envolvam energia elétrica, petróleo e gás natural, com enfoque na concorrência.

EDUARDO MOLAN GABAN. O Professor Doutor de Direito Econômico e Direito Penal Econômico nos programas de pós-graduação da FDRP/USP e PUC-PR, Diretor do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação – IBCI. Líder do Núcleo de Pesquisa em Concorrência e Inovação da PUC-SP e sócio de Nishioka & Gaban Advogados publicará mensalmente artigos de relevante interesse em suas áreas de pesquisa e atuação. Contato: gaban@nglaw.com.br.

ELIANE DE SOUZA FONTES. Economista, Ex-diretora do Departamento de Negociações Internacionais da Secretaria de Comércio Exterior do MDIC, Especialista em Negociações Internacionais, Conselheira de Conselho Empresarial de Política e Comércio Exterior da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ) e do Conselho de Relações Internacionais da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN).

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Professor da Webadovacy, ex-conselheiro do CADE, Doutor em economia pela UNB, mestre em economia pela UFF e administrador de empresas pela PUC/RIO.

FABIO LUIZ GOMES. Mestre e Doutorando em Direito Público, Advogado Corporativo com atuação nos Tribunais Superiores. Autor, Co-autor, Prefaciador de diversas obras jurídicas.

FABÍOLA VIANNA MORAIS. Advogada. Doutoranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense, na linha de pesquisa sobre o Saneamento Básico. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra.

FELIPE FERNANDES REIS. Advogado, sócio coordenador da equipe de Direito Econômico e Concorrencial do Malard Advogados Associados. Graduado em Direito e Master of Laws (LLM) - Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP/Brasília. Membro- Consultor das Comissões Especiais de Direito Econômico e de Energia de OAB/Federal; e membro das Comissões de Defesa da Concorrência e de Relações Governamentais e Institucionais da OAB/DF. Associado Internacional da American Bar Association, nos comitês de Antitrust Law e Environment, Energy and Resource Law.

FERNANDA MANZANO SAYEG. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2014 e 2009). Especialista em Direito do Comércio Internacional pela Faculdade de Direito pela Universidade de Buenos Aires (2006). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2003).

FERNANDO BOARATO MENEGUIN. Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia – Berkeley. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG/CNPq-UnB. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Microeconomia Aplicada. Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Sócio da Pakt Consultoria e Assessoria e Consultor Sênior no Brasil da Charles River Associates (CRA).

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN. Antigo Secretario-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.

FILIPE AGUIAR DE BARROS. Procurador da Fazenda Nacional, Chefe da Defesa na 5ª Região. Mestrando em Direito Tributário pela FGV-SP. Ex-Coordenador-Geral de Representação Judicial da PGFN e assessor da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia.

JOSEFINA GUEDES. Diretora da GBI Consultoria Internacional e fundadora da antiga Guedes e Pinheiro, é economista, com formação especializada na área de Comércio Exterior, adquirida em Curso de Capacitação em Negociações Internacionais na Florida University – EUA e ao longo de 12 anos de atividade em cargos de chefia em órgãos do governo relacionados com comércio exterior, nas áreas de

negociações internacionais e defesa comercial, tendo participado da reforma da Tarifa Aduaneira do Brasil, da introdução e implementação dos Códigos antidumping, de salvaguardas e subsídios e medidas compensatórias no Brasil, atuando como representante do Governo Brasileiro nas negociações do GATT.

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES. Professora Doutora de Direito Econômico da USP, Procuradora-Geral do CADE e Ex-Secretária Nacional do Consumidor.

KARLA BORGES FURLANETO. Ph.D. in international law granted by the University of Sao Paulo Law School and a Master degree received from the Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University. To improve its skill, she also took a course at the University of Beijing in partnership with the London School of Economics focusing the Chinese economic changes. Currently she conduces researches, most of them related to international trade law & investment law and in international economic law, such the ones in collaboration with the Centro Brasileiro de Relações Internacionais - CEBRI. Karla has been teaching at Graduation and Undergraduation Programs since 2009 for 10 years now at ESPM, FECAP, FIA and other instituitons.

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.

MARCELO NUNES DE OLIVEIRA. É administrador de empresas pela Universidade de Brasília – UNB, especialista em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e mestre em Economia pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP). É servidor efetivo da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) no Ministério da Economia. Atuou no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), entre 2009 e 2019, exercendo, a partir de 2012, a função de coordenador-geral de Antitruste.

MÁRCIO DE OLIVEIRA JÚNIOR. Possui Doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006). É graduado em Economia (UFMG) e em Direito (UniCEUB – Brasília). Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Economia da Concorrência, Economia Internacional e em Economia Regional e Urbana. Foi Conselheiro e Presidente Interino do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de 2014 a 2017. Na área de Economia Internacional, atuou

principalmente nos seguintes temas: abertura comercial, áreas de livre comércio, zonas de processamento de exportação. Na área de Desenvolvimento Regional, atuou na análise dos instrumentos de desenvolvimento regional e na análise das instituições voltadas à redução das disparidades regionais. Tem também interesse em Direito Econômico, nas áreas de regulação e antitruste, tendo atuado como pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Econômico (GREDE), do Doutorado em Direito do UniCEUB. Atualmente, é Consultor Legislativo do Senado Federal, o órgão de assessoramento técnico do Senado, Consultor Sênior no Brasil da Charles River Associates (CRA) e Professor do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), lecionando estatística, regulação e concorrência.

MARIANA PICCOLI LINS CAVALCANTI. É Coordenadora-Geral de Inovação, Indústria de Rede e Saúde na Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia

MAURO GRINBERG. Ex-Conselheiro do Cade, Procurador da Fazenda Nacional aposentado, advogado especializado em Direito Concorrencial, sócio e fundador de Grinberg Cordovil.

POLYANNA VILANOVA. Sócia no Vilanova Advocacia e Ex-Conselheira do Cade. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pelo IDP. Especialista em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV.

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA. Doutoranda em direito pelo IDP, mestre em direito público pela UNB, pós-graduada em direito econômico e regulatório pela PUC-RIO, pós-graduada pela EMERJ, advogada, sócia fundadora do Mendonça Advocacia e sócia fundadora da WebAdvocacy.

ROGÉRIO PITTA. Economista da GBI Consultoria Internacional, atua em comércio internacional desde 2004. É graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ). Participou, dentre outros, do curso de Contabilidade Geral e Análise de Balanços da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ).

SANDRO LEAL ALVES. Economista. Superintendente de Estudos e Projetos Especiais da FenaSaúde.

THIAGO TIROLI. Advogado corporativo com atuação nos Tribunais Superiores. Especialista em Direito Processual Civil.

TÚLIO ANTONIO CRAVO. Economista-país do Banco Africano de Desenvolvimento em Angola. Anteriormente foi especialista sênior de mercado de trabalho e previdência do Banco Interamericano de Desenvolvimento, pesquisador sênior da UNU-WIDER e Professor Adjunto da PUC-RS. Doutor em economia pela Loughborough University, mestre em economia pela Universidade de Coimbra e economista pela UFMG.

UINIE CAMINHA. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Doutora e Pós-doutora pela Universidade de São Paulo. Advogada.

VANESSA VILELA BERBEL. Professora adjunta do Instituto Federal do Paraná.



Direito e Economia