

Direito e Economia

# Colunas da WebAdvocacy

---

## Organizadores:

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Marcos André Mattos de **Lima**

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 Morais

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

Unie Caminha

Vanessa Vilela Berbel



*Direito e Economia*

Vol. IV , nº 1 - 2022



*Direito e Economia*



*Direito e Economia*

## **Organizadores**

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

## **Autores(as)**

|                                 |                                  |
|---------------------------------|----------------------------------|
| Vanessa Vilela Berbel           | Fernando Boarato Meneguim        |
| Sandro Leal Alves               | Fernanda Manzano Sayeg           |
| Rachel P. de Andrade Mendonça   | Fabio Luiz Gomes                 |
| Polyanna Vilanova               | Elvino de Carvalho Mendonça      |
| Mauro Grinberg                  | Eliane de Souza Fontes           |
| Mariana Piccoli Lins Cavalcanti | Eduardo Molan Gaban              |
| Márcio de Oliveira Júnior       | Daniela Santos                   |
| Marcos André Mattos de Lima     | César Mattos                     |
| Lucia Helena Salgado            | Angelo Prata de Carvalho         |
| Kemil Raje Jarude               | Andrey Vilas Boas de Freitas     |
| Juliana Oliveira Domingues      | André Santa Cruz                 |
| Josefina Guedes                 | Ana Sofia C. Monteiro Signorelli |
| Iany Macedo Brum                | Amanda Flávio de Oliveira        |
| Guilherme dos Santos            | Adriano Paranaíba                |
| Fernando de Magalhães Furlan    |                                  |



*Direito e Economia*

## **Colunas da WebAdvocacy**

### **Direito e Economia**

#### Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy (livro digital):

Direito e Economia: volume IV. -- Brasília, DF:  
WebAdvocacy – Direito e Economia, 2022.

Vários autores.

Bibliografia.

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

22-107073

CDU-34:33:381.81

Vol IV

2022

## Sumário

### **SOCIEDADE DO CUIDADO, ADI 7222 (PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DA ENFERMAGEM) E DESIGUALDADE DE GÊNERO**

*VANESSA VILELA BERBEL E LANY MACEDO BRUM*

### **LEI QUE INSTITUI O PROGRAMA EMPREGA + MULHERES**

*VANESSA VILELA BERBEL*

### **“DATA IS THE NEW OIL”\_ALGUMAS REFLEXÕES NA ÁREA DA SAÚDE**

*SANDRO LEAL ALVES*

### **O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E AS CONSTITUIÇÕES ANALÓGICAS: AFINAL, QUAL É O TAMANHO DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ERA DA REVOLUÇÃO DIGITAL 4.0?**

*RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA*

### **O PANORAMA BRASILEIRO ATUAL DO *PRIVATE ENFORCEMENT* CONCORRENCIAL, AS ALTERAÇÕES PERPETRADAS PELA LEI Nº 14.470/2022 E AS NOVAS EQUAÇÕES DA MATEMÁTICA DO CRIME ECONÔMICO NO BRASIL**

*POLYANNA VILANOVA & HENRIQUE MUNIZ*

### **A ATUAL COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DO CADE E A OXIGENAÇÃO DOS DEBATES DA RELAÇÃO ENTRE TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA**

*POLYANNA VILANOVA & HENRIQUE MUNIZ*

### **ANTITRUSTE E INFLAÇÃO NO BRASIL: POR VEZES, ASSUNTOS DIVERSOS, MAS CONVERGENTES**

*POLYANNA VILANOVA & RUBENS CANTANHEDE*

### **PERÍCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DO CADE: UMA DECISÃO HISTÓRICA DO STJ**

*MAURO GRINBERG*

### **OS CONSELHEIROS E O PRESIDENTE DO CADE: ANÁLISE DE UM PROJETO**

*MAURO GRINBERG*

### **UMA RECOMENDAÇÃO E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS E NÃO CONSEQUÊNCIAS**

*MAURO GRINBERG*

**EXCLUSIVE DEALINGS IN MULTISIDED PLATFORM MARKETS:  
THE CASE OF GYMPASS IN BRAZIL.**

*MÁRCIO DE OLIVEIRA JUNIOR & FERNANDO BOARATO MENEGUIN.*

**PETROBRAS: PARA ONDE E PARA QUEM?**

*LUCIA HELENA SALGADO & ROGERIO STUDART*

**AINDA SOBRE DESVIOS, ABUSOS E USURPAÇÕES: O CADE NA  
CONTRAMÃO DA PRÓPRIA HISTÓRIA**

*LUCIA HELENA SALGADO*

**“I KNOW IT WHEN I SEE IT”: ANOTAÇÕES SOBRE PREÇOS  
EXCESSIVOS DE MEDICAMENTOS**

*LUCIA HELENA SALGADO*

**REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO COMO TERCEIRO  
INTERESSADO EM PROCESSOS DE ANÁLISE DE  
CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO CADE**

*KEMIL RAJE JARUDE*

**“ENTÃO É NATAL”: A NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO  
INTERADMINISTRATIVA NA AGENDA BRASILEIRA DE  
PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR**

*JULLANA OLIVEIRA DOMINGUES*

**UM DUELO ENTRE DIREITO E ECONOMIA?  
DESMISTIFICANDO O GUIA DE ANÁLISE DE PREÇOS**

*JULLANA OLIVEIRA DOMINGUES*

**O REGIME DE ORIGEM COMO UM DOS FOCOS CENTRAIS DAS  
NEGOCIAÇÕES INTERNACIONAIS**

*JOSEFINA GUEDES & ELLANE FONTES*

**BRASIL, MOSTRA A TUA CARA!**

*JOSÉ AMÉRICO AZEVEDO*

**UMA DISCUSSÃO SOBRE PROPOSTA DE  
IMPRESCRITIBILIDADE DOS PONTOS DE PROGRAMAS DE  
FIDELIZAÇÃO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

*FERNANDO B. MENEGUIN & RENATA BERTOLUCCI FERREIRA*

**ESPECIALIZAÇÃO JUDICIAL: EPÍLOGO - ARGUMENTOS  
CONTRÁRIOS À ESPECIALIZAÇÃO, JUÍZES E CORTES  
ESPECIALIZADOS E DEFERÊNCIA JUDICIAL.**

*FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN*

**CONGRESSO FINALMENTE APROVA LEI DOS CRIPTO-ATIVOS,  
QUE VAI À SANÇÃO.**

*FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN*

**O NOVO PROTECIONISMO**

*FERNANDA MANZANO SAYEG*

**DO MARSHALL AO ATIVISMO – LIMITES**

*FABIO LUIZ GOMES*

**ASSIM COMO NÃO HÁ JUSTIÇA SEM ADVOGADO, TAMBÉM NÃO  
HÁ DIREITO CONCORRENCIAL SEM TEORIA ECONÔMICA**

*ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA & MARCOS ANDRÉ MATTOS DE LIMA*

**ANPD, UMA AUTARQUIA ESPECIAL PARA TRATAR DE BENS  
ESPECIAIS**

*EDUARDO MOLAN GABAN*

**CONCORRÊNCIA DESLEAL E LINKS PATROCINADOS NO  
GOOGLE**

*EDUARDO MOLAN GABAN*

**“THE ART OF M&A” PARA SOCIEDADES ANÔNIMAS DE  
FUTEBOL (SAF)**

*EDUARDO MOLAN GABAN & GUILHERME DOS SANTOS*

**O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA AIR E A PARTICIPAÇÃO  
EX ANTE DA SOCIEDADE COMO PRESSUPOSTOS  
NECESSÁRIOS PARA A EFICÁCIA REGULATÓRIA**

*DANIELA SANTOS*

**INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O NOVO  
GOVERNO**

*CÉSAR MATTOS*

**O FIM DA HISTÓRIA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

*ANGELO PRATA DE CARVALHO*

**SENTADO À BEIRA DE UM CAMINHO QUE NÃO TEM MAIS FIM.  
O ANTITRUSTE QUE PRECISA LEMBRAR QUE EXISTE**

*ANGELO PRATA DE CARVALHO*

**CONTRIBUIÇÕES À DISCUSSÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS A  
PARTIR DA ÓTICA DO PROJETO DE LEI Nº 2.768/2022**

*ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS, MARIANA PICCOLI LINS CAVALCANTI  
& ALESSANDRO GUIMARÃES PEREIRA*

**CONCORRÊNCIA É O MELHOR REMÉDIO.\_UMA PROPOSTA  
PARA A PRECIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL**

*ANDREY VILLAS BOAS DE FREITAS, MARIANA PICCOLI LINS CAVALCANTI  
& MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR*

**EXIGÊNCIA DE CND PARA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO  
JUDICIAL**

*ANDRÉ SANTA CRUZ*

**ANGLICANISMO, ELEIÇÕES E ANTITRUSTE:\_“UMA CASA  
DIVIDIDA CONTRA SI MESMA NÃO SE SUSTENTA”.**

*ANA SOFLA CARDOSO MONTEIRO SIGNORELLI*

**AÇÕES CIVIS REPARATÓRIAS EM DIREITO ANTITRUSTE:  
ÚLTIMAS LINHAS**

*AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA & MARCIO DE OLIVEIRA JUNIOR*

**TRANSPORTE URBANO... UM CONTO DE ENTUSIASMO E  
DESÂNIMO**

*ADRIANO PARANAIBA & SERGIO ALBERICH*

**ORGANIZADORES:**

**AUTORES:**

## **Sociedade do cuidado, ADI 7222 (piso salarial dos profissionais da enfermagem) e desigualdade de gênero**

*Vanessa Vilela Berbel & Iany Macedo Brum*

Os efeitos sem precedentes da crise sanitária causada pelo COVID-19 somaram-se à crise econômica e social, agudizando as desigualdades sociais já presentes na sociedade brasileira, dentre elas a desigualdade de gênero. O aumento da demanda de cuidados e a sobrecarga dos esforços desenvolvidos pelas mulheres importam em um olhar mais atento a esta seara do trabalho remunerado e não remunerado indispensável à manutenção da vida.

Apesar de sua função estrutural para o desenvolvimento humano e bem-estar social, o cuidado esteve à margem de análises de teóricos sociais e distante de consenso quanto à sua definição. Hirata e Guimarães (2020) destacam que as variações ao definir o cuidado tratam-se de um detalhe significativo, visto que demonstram a diversidade com que tal atividade se estrutura e desenvolve em diferentes contextos sociais. Para elas, o cuidado é um trabalho que descreve processos, atividades, relações e sentimentos, na oferta de uma resposta concreta às necessidades dos outros, bem como implica um sentido de responsabilidade em seu exercício, seja remunerado ou não.

A economia do cuidado é descrita, por José Manuel Salazar-Xirinachs, Secretário Executivo da CEPAL, como “um setor econômico central para potencializar a dinâmica de crescimento, reduzir as desigualdades de gênero e facilitar a incorporação das mulheres ao mercado laboral” (Prólogo, 2022, p. 11). Inclui-se neste setor todo o trabalho, remunerado ou não, que se destine à satisfação do cuidado com o outro, dentre eles os afazeres domésticos, compras no supermercado e preparo de refeições até a educação e o cuidado de crianças, pessoas idosas e com deficiência.

Desde a Primeira Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social de América Latina e do Caribe, ocorrida em Havana, em 1977, se reconhece a urgência na redistribuição e valorização dos cuidados como elemento indispensável para a promoção do desenvolvimento social, estando previstas dentre os 17 objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Esta coluna já pontuou os impactos econômicos excludentes causados pela desigual distribuição do trabalho não remunerado no âmbito doméstico. Vale recordar que dados do IBGE apontam que as mulheres dedicam 73% a mais do tempo aos trabalhos domésticos e tarefas de cuidado de outras pessoas em comparação com os homens. Em todo o mundo, 76,2% do tempo dedicado ao trabalho de cuidado não remunerado é desenvolvido pelas mulheres (OIT, 2019).

Aliado a esses dados temporais está o déficit de suas remunerações, seja pela redução da carga horária dedicada ao trabalho externo ou pela impossibilidade de aceitar promoções e desafios profissionais que exijam mais tempo de dedicação. Não só, o desequilíbrio da distribuição das tarefas também lhes retira a capacidade de destinar tempo ao autocuidado e a outras atividades centrais para suas autonomias e aspirações.

O trabalho de cuidado remunerado também é por elas exercido prioritariamente. As mulheres são a maioria nas ocupações ligadas ao cuidado, como no caso dos profissionais da enfermagem, dos quais 84% são mulheres, e trabalho doméstico remunerado, composto por 92% de mão-de-obra feminina, de acordo com a Fiocruz e o IPEA. Portanto, atentar a este setor da economia é também olhar para as mulheres.

Na outra ponta, temos que os profissionais mais bem remunerados no setor do cuidado, os médicos, são representados em sua maioria por homens. Dados da Demografia Médica 2020 informam que desses profissionais, 53,4% são do sexo masculino; ou seja, apesar da redução das diferenças ano a ano, os homens ainda são a maioria do setor. Ainda, anote-se que em algumas regiões, como os Estados do Piauí e do Maranhão, os homens chegam a representar 60%.

Este fenômeno associa-se à distribuição histórica das atividades do cuidado, onde este universo foi compreendido como algo relativo às classes subalternizadas da sociedade. Inicialmente, aos escravos de guerra, negros escravizados, pobres e nos últimos dois séculos, às mulheres. Este deslocamento associa-se, dentre outros, à fabricação do “amor materno”, de modo que é possível localizar na maternagem, amparada pela não diferenciação entre procriar e cuidar, expectativas de que mulheres assumam atividades de cuidado, especialmente, às mulheres negras e pobres (Zanello, 2018).

Conscientes da importância do cuidado para a sociedade e de uma melhor atenção ao setor, países da América Latina, dentre eles o Brasil, participaram da XV Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e Caribe, promovida pela Cepal em coordenação com a ONU Mulheres, na cidade de Buenos Aires, entre os dias 07 a 11 de novembro deste ano. No ato, os países assinaram o Compromisso de Buenos Aires, em que se comprometeram a um novo modelo de desenvolvimento: a sociedade do cuidado. Esse ato, significou o compromisso em adotarem marcos normativos que garantam o direito ao cuidado, sob uma perspectiva de gênero, interseccionalidade, interculturalidade e direitos humanos.

Esse compromisso dialoga diretamente com o conteúdo da ADI 7222, por meio do qual a Confederação Nacional De Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNSAÚDE questiona a constitucionalidade da Lei nº 14.434/2022, que promoveu o aumento do piso salarial para R\$ 4.750 para profissionais enfermeiros, 70% desse valor para técnicos de enfermagem e 50% para auxiliares de enfermagem e parteiras. Neste ponto, uma retificação, melhor seria, ao invés de enfermeiros, falarmos em enfermeiras, técnicas em enfermagem e parteiras, público majoritário atingido pela decisão.

Segundo dados do DIEESE, a medida teria um impacto de R\$ 4,4 bilhões ao ano para os Municípios, R\$ 1,3 bilhões ao ano para os Estados e de R\$ 53 milhões ao ano para a União. Amparado nestes dados e no risco de insolvibilidade e demissões em massa apontados pelos afetados, o Min. Luis Roberto Barroso deferiu, em

04/09/22, medida liminar suspendendo os efeitos da lei e conferindo prazo para que os entes públicos e privados da área da saúde esclarecerem o impacto financeiro, os riscos para empregabilidade no setor e eventual redução na qualidade dos serviços.

Como informa o Conselho Federal de Enfermagem – COFEN, foram justamente essas mulheres que atuaram prioritariamente no combate ao COVID-19. São também elas que, fora dos hospitais, amparam os cuidados domésticos necessários às vítimas diretas e indiretas da pandemia. Portanto, o aumento salarial promovido pela Lei nº 14.434/2022, é um aumento salarial diretamente vinculado a questões de gênero.

*Pari passu* com o compromisso brasileiro de se estabelecer uma sociedade do cuidado digna, o valor do orçamento do Ministério da Saúde foi fixado com a redução de R\$ 22,7 bilhões, quando comparado a 2022, inviabilizando inclusive o funcionamento básico do setor, quiçá a remuneração digna de seus profissionais, fato que foi denunciado pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), em 26/10/22, à Relatoria da Saúde da Organização das Nações Unidas (ONU).

Ora, para promoção de regimes de cuidado mais democráticos e baseados em serviços universais, faz-se necessário modificar o contrato de gênero. É preciso apostar em mudanças normativas quanto ao papel dos homens no cuidado, bem como na compreensão de que o cuidado é uma prática e quanto mais se faz, mais se sabe. Aumentar a cobertura de serviços para o cuidado destinados primeira infância, estabelecer, implementar e igualar os salários mínimos, tomar medidas efetivas contra a discriminação laboral, estabelecer um piso de direitos laborais para toda população trabalhadora, reformar licenças parentais, reconhecer, reduzir e redistribuir o trabalho doméstico e de cuidado não remunerado e avançar na construção de sistemas de proteção social universal com foco no gênero.

Em conclusão, não se é possível estabelecer uma sociedade de cuidado, compromisso este adotado internacionalmente pelo Brasil, sem que, além da redistribuição equânime das tarefas do trabalho não remunerado, haja uma remuneração justa e suficiente

aos profissionais (especialmente mulheres) atuantes no setor, o que, como afirmou o Min. André Mendonça, implica em "escolhas difíceis, complexas, que tentam compatibilizar valores constitucionais".

## **Referências bibliográficas**

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género (LC/CRM.15/3), Santiago, 2022.

Demografia Médica no Brasil 2020 / Coordenação de Mário Scheffer; equipe de pesquisa: Alex Cassenote, Alexandre Guerra, Aline Gil Alves Guilloux, Ana Pérola Drulla Brandão, Bruno Alonso Miotto, Cristiane de Jesus Almeida, Jackeline Oliveira Gomes e Renata Alonso Miotto. – São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Federal de Medicina, 2020.

Hirata, H, & Guimaraes, N. A. (2020). O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades. Ateliê Editorial.

Zanello, V. (2018). Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação.

## Lei que institui o Programa Emprega + Mulheres

*Vanessa Vilela Berbel*

A parentalidade positiva está associada ao adequado desenvolvimento da saúde mental e física de crianças e adolescentes. Muitos aspectos estão envolvidos nesta relação entre pais, mães e prole. Chen, Y., Haines, J., Charlton, B.M. *et al.* (2019), em artigo publicado na *Nature Human Behavior*, identificaram que aspectos como maior autoridade dos responsáveis e jantares familiares regulares também associam-se a maior bem-estar emocional dos infantes, menos sintomas depressivos, menor risco de comer demais e equilíbrio do comportamento sexual.

A Recomendação Rec(2006)19, editada pelo Comitê Ministerial do Conselho Europeu em 13 de dezembro de 2019, traça diretrizes para apoio à parentalidade positiva e toma como premissa o papel vital do Poder Público no apoio a famílias em geral e, particularmente, aos que realizam a parentalidade, por meio de ações como transferências de renda e tributação, medidas para o equilíbrio entre trabalho e família, cuidados na infância, dentre outras.

Os Estados não estão sozinhos nesta missão. Em 2011, a ONU lançou o guia *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, aprovado pela Resolução 17/4, de 16 de Junho de 2011 do Conselho de Direitos Humanos. Nele há, claramente, a perspectiva de que Estados e empresas devem conjugar esforços para a garantia da efetividade dos direitos humanos. Ponto importante, os Estados não são responsáveis *per se* pelas violações aos direitos humanos praticadas por atores privados, mas desrespeitam suas obrigações de direito internacional quando não tomam as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar a violação por aqueles praticada.

Mas, como se sabe, as sanções não são as principais garantias de efetividade do direito internacional, cuja regência

também se opera por métodos de cooperação, reciprocidade e incentivos pecuniários e não pecuniários. Também assim se dá com a implementação de políticas públicas de direitos humanos no âmbito interno, cuja efetividade depende de muitas outras condições além da punição a violadores.

Seguindo a lição de John Brigham e Don Brown (1980), políticas públicas podem ter por base medidas de incentivos e punições. Punições são sanções que resultam em consequências negativas, impostas por uma autoridade legalmente instituída, ante o descumprimento da lei; por sua vez, incentivos incluem subsídios, isenções e medidas facilitadoras que procuram induzir uma mudança “voluntária” nos comportamentos.

Pois bem, estando a parentalidade positiva no rol dos direitos humanos, cabe também ao Poder Público incentivá-la e, no que couber, coibir práticas dos atores privados que a violem. Mas, mais do que punições, cabe ao Estado implementar políticas de incentivo ao estabelecimento das condições mínimas ao exercício do comportamento parental baseado no melhor interesse da criança. Como fazer? A opção recentemente adotada pelo Estado brasileiro parece passar por medidas de incentivo não financeiro e de caráter reputacional.

Caminhando neste sentido, a Secretaria Nacional da Família, por meio da Portaria nº 2.904, de 13 de novembro de 2020, lançou o programa Equilíbrio Trabalho-Família, com disposições que visam a promover informação, sensibilização e formação em temáticas relacionadas ao tema. Apesar das boas intenções, a normativa se apoiava em ações de fomento não financeiro, como a publicação da lista de melhores práticas em Portaria do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e a concessão de Selo Empresa Amiga da Família (SEAF), de pouca eficácia.

Mais recentemente houve também o advento da Lei 14.457/2022, Instituidora do Programa Emprega + Mulheres, resultante da conversão da Medida Provisória 1.116 de 2022, com algumas modificações pontuais. A Lei diz criar programas de apoio à parentalidade na primeira infância, por meio da flexibilização do regime de trabalho, incentivo à qualificação de mulheres em áreas estratégicas para a ascensão profissional e suposto apoio ao retorno

ao trabalho das mulheres após o término da licença-maternidade; neste último caso, creio que ao invés de incentivo ao retorno ao trabalho seria, o certo, dizer desestímulo ao desligamento de mulheres após o término do afastamento legal. Vejamos:

A Lei 14.457/2022 viabiliza a implantação do reembolso-creche, de que trata a alínea “s” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, destinado (i) ao pagamento de creche ou de pré-escola de livre escolha da empregada ou do empregado ou (ii) ao ressarcimento de gastos com outra modalidade de prestação de serviços de mesma natureza, comprovadas as despesas realizadas. Neste caso, a adesão à medida promove a dispensa dos empregadores da instalação de local apropriado para a guarda e a assistência de filhos de empregadas no período da amamentação e o benefício concedido não será considerado de natureza salarial, não se incorporando à remuneração para todos os efeitos e não sendo incluído na base de cálculo do FGTS.

A lei também prevê medidas de flexibilização da jornada de trabalho e prioridade na alocação de vagas para o teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, quando a atividade comportar, aos empregados e empregadas que possuam filho, enteado ou criança sob guarda judicial com até 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, sem limite de idade.

Dentre as medidas adotadas pela lei, está também a polêmica possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, prevista nos artigos 15 e 17, as quais consistem, respectivamente, (i) na suspensão de contrato trabalho da empregada para qualificação profissional e (ii) do empregado com filho, cuja mãe tenha encerrado o período da licença-maternidade, para apoiar o retorno ao trabalho de sua esposa ou companheira. Nestas hipóteses, a suspensão poderá ser formalizada por meio de simples acordo individual e, durante o período da suspensão, faculta-se ao empregador pagar ao empregado e à empregada uma ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, como incremento à bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

Algumas impropriedades das disposições da Medida Provisória 1.116 de 2022 foram corrigidas. Agora, não mais se

faculta ao empregador decidir sobre a suspensão ou não do contrato de trabalho da empregada para alocação em programa de qualificação, pois o ato depende de requisição formal da interessada. Outrossim, fato antes não previsto na MP, a Lei estipulou penalidade ao empregador se ocorrer a dispensa do empregado ou empregada no transcurso do período de suspensão ou nos 6 (seis) meses subsequentes ao seu retorno ao trabalho, impondo o direito, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação, à percepção de multa a ser estabelecida em convenção ou em acordo coletivo, que será de, no mínimo, 100% (cem por cento) sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato de trabalho.

A recentíssima lei demandará tempo para que possamos apurar se, de fato, estabeleceu efeitos positivos à empregabilidade feminina e à realização da parentalidade positiva por ambos os genitores ou outros socialmente imbuídos deste importante dever de cuidado e afetividade.

Contudo, devemos lembrar que, para que os atores privados sejam de fato guiados pelas disposições da Lei 14.457/2022, várias condições são necessárias e baseiam-se nos quatro passos já traçados pelo guia da OCDE denominado *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulator compliance*.

A primeira condição para a conformidade legislativa é que o grupo-alvo deve estar ciente da regra e compreendê-la. Em segundo lugar, o grupo-alvo deve estar disposto a cumprir e, nisso, incentivos econômicos podem ser essenciais, os quais não vislumbramos que tenham sido satisfatoriamente previstos na lei. A terceira condição é que o grupo-alvo deve ser efetivamente capaz de cumpri-las, sendo indispensável a ciência de seus termos e o suporte técnico para sua implantação, fato ainda muito incipiente ante a pouca divulgação das disposições legais.

Esperamos que, em colunas vindouras, os dados possam nos apontar a efetividade da lei. Por ora, nos cabe divulgar sua existência e estimular o engajamento dos atores.

## Referências bibliográficas

BRASIL. LEI Nº 14.457, DE 21 DE SETEMBRO DE 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.116, DE 4 DE MAIO DE 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres e Jovens e altera a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRIGHAM, John e BROWN, Don W. Policy implementation: penalties or incentives? Beverly Hills, Calif. : Sage Publications, 1980.

Chen, Y., Haines, J., Charlton, B.M. *et al.* Positive parenting improves multiple aspects of health and well-being in young adulthood. *Nat Hum Behav* **3**, 684–691 (2019). <https://doi.org/10.1038/s41562-019-0602-x>

OCDE - Organisation for Economic Co-operation and Development. REDUCING THE RISK OF POLICY FAILURE: CHALLENGES FOR REGULATORY COMPLIANCE. 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1910833.pdf>

## ***“Data is the new oil”***

### **Algumas reflexões na área da saúde**

*Sandro Leal Alves*

A famosa cunhada pelo matemático e cientista de dados inglês Clive Humby já é de reconhecimento amplo na sociedade da informação: Dados são o novo petróleo. A discussão das possibilidades e consequências dessa nova economia digital vai muito além do setor de saúde, foco deste artigo. Há uma crescente literatura em desenvolvimento se dedicando ao estudo do impacto dessas mudanças sobre as práticas concorrenciais e estruturas dos mercados e sobre o impacto dessas novas tecnologias sobre as decisões judiciais (Mendonça 2022)<sup>1</sup>.

O volume de dados gerados no setor de saúde é enorme e crescente. No entanto, ainda são usados de forma pontual em decisões individuais de tratamento. Há um enorme potencial para o aumento da eficiência dos sistemas público e privado. Alguns exemplos ajudam a ilustrar a utilidade dos dados organizados, estruturados e disponíveis para o setor de saúde.

Conhecer a história clínica do paciente logo na admissão no hospital revela se ele já foi internado previamente, seus antecedentes clínicos, eventuais alergias a medicamentos. Com essas informações disponíveis, a qualidade da prática médica e a segurança aumenta, evitando efeitos adversos sobre a saúde e geram volumosos custos evitáveis ao sistema. Estima-se que ocorrem cerca de 421 milhões de internações/ano no mundo e que aproximadamente 42,7 milhões de pacientes são prejudicados

---

<sup>1</sup> Mendonça, R. (2022) A robotização do Poder Judiciário brasileiro (Justiça 4.0) e o par eficiência e celeridade: o Juiz de Lata e os perigos da algoritmização da função de julgar. (colunas webadvocacy/out de 2022) e Mendonça, R. (2022) Os algoritmos e a discriminação de preços: qual é o papel do direito antitruste na sociedade do capitalismo de vigilância? (colunas webadvocacy/jan de 2022).

por eventos adversos durante essas interações, provocados por procedimentos inadequados e/ou ineficazes de cuidados de saúde. Segundo a OCDE, 15% dos gastos em saúde são usados para cobrir todos os aspectos dos eventos adversos. São externalidades produzidas diariamente que aumentam o custo global da saúde para quem financia: governos, famílias e empresas. O uso de dados de maneira mais eficiente poderia melhorar esses indicadores gerando economias ao sistema que poderiam ser mais bem alocados em outras atividades<sup>2</sup>.

Evidentemente, os incentivos no setor de saúde, particularmente o *moral hazard* (estímulo ao uso excessivo do plano) e o sistema de pagamento *fee-for-service* (pagamento por procedimento realizado) ampliam o estímulo à maximização do volume e não da qualidade assistencial. O uso de dados de mundo real poderia contribuir para evitar muitos procedimentos desnecessários. Evidentemente, a parte da cadeia de valor que lucra com o modelo atual vê com certa reticência a essas inovações tendo em vista que a repetição de exames e procedimentos significa mais receita para seus negócios. Faço esse comentário pois o compartilhamento de dados na saúde deve ser pensado sob o ponto de vista da política pública da saúde para além dos interesses particulares que no setor de saúde são divergentes em grande medida.

Uma segunda possibilidade virtualmente benéfica são as negociações de preços de medicamentos inovadores baseado em valor agregado à saúde do paciente. Para tanto, é fundamental ter dados de mundo real possibilitando compartilhamento de riscos entre a indústria farmacêutica e o comprador (governo ou plano de saúde), melhorando a eficácia do tratamento e, novamente, a eficiência no uso dos recursos, preocupação central dos economistas.

Esses exemplos mostram que nem sempre o interesse individual e coletivo está bem alinhado na saúde e o desafio regulatório para coordenação é crítico. No caso da saúde

---

<sup>2</sup> <https://medicinasa.com.br/seguranca-do-paciente-confira-10-fatos-importantes-segundo-a-oms/>

suplementar, a ANS regula as operadoras, mas não os prestadores de serviços assistenciais sejam eles hospitais, laboratórios, médicos, dentistas e outros profissionais de saúde responsáveis pelas decisões de cuidado terapêutico e pela alocação dos recursos no sistema. Como conciliar interesses particulares com regulação assimétrica?

Acrescente-se a isso outras dificuldades operacionais que precisam ser endereçadas para uma melhor integração de dados. Sabemos que as bases de dados foram construídas com premissas diversas a fim de atender objetivos específicos. A disparidade geográfica e econômica no Brasil também dificulta o acesso às melhores tecnologias. Não podemos desconsiderar as dificuldades para pareamento e vinculação (identificador único) a fim de eliminar duplicidade e a proteção dos dados.

## **Saúde Suplementar**

Em meio à pandemia, as *healthtechs* receberam aportes financeiros e ficaram na mira de investidores. O que se viu foi a busca acelerada das operadoras por processos tecnológicos para atender os beneficiários durante o isolamento social instalado no país como o fortalecimento de canais digitais, a telessaúde, a interação eletrônica. Essas tecnologias diminuíram distâncias, reduzindo a necessidade da presença física em hospitais ou laboratórios e consequentemente auxiliando no bem-estar dos seus clientes. Nesse sentido, reduziu o custo de oportunidade do tempo das pessoas devido a deslocamentos que passaram a ser desnecessários. Uma consulta digital economiza muito o tempo das pessoas em deslocamentos nos trânsitos das grandes cidades principalmente e amplia o acesso a pessoas que vivem em locais remotos, mas para isso é fundamental a infraestrutura tecnológica e ausência de barreiras regulatórias que produzam reservas de mercado.

Todos os participantes do sistema de saúde contribuem de certa forma para gastos desnecessários, mas em graus diferentes. Médicos podem solicitar a repetição redundante dos exames que se fossem de propriedade do paciente e estivessem disponíveis (não

em papel, mas em um aplicativo), não teriam necessidade de novas solicitações. Os médicos podem escolher um procedimento de tratamento desnecessário e caro, mesmo que exista uma alternativa mais barata. Em 2019 o número de exames de ressonância magnética por pessoa com plano de saúde privado no Brasil (179 por 1 000) foi 2,3 vezes maior do que a média da população na OCDE (79 por 1 000) e consideravelmente acima da taxa da Áustria (148 por 1000), que foi a mais alta da OCDE naquele ano.<sup>3</sup>

Mas que tecnologias são essas que podem criar grandes benefícios sociais ao mesmo tempo em que suscitam discussões regulatórias e concorrenciais? Me refiro a tecnologias utilizadas pelos profissionais de saúde e pacientes que ajudam a melhorar a saúde das pessoas. Envolve uma ampla gama de dispositivos inteligentes e conectados, incluindo a Internet das Coisas, computação avançada, big data, inteligência artificial, incluindo machine learning, e robótica. Também incluem os registros eletrônicos de saúde, vestíveis (wearables), dentre outros.

Esse conjunto de tecnologias contribui para digitalizar a economia da saúde. De acordo com o relatório da consultoria Precedente Research,<sup>4</sup> o gasto global em 2021 em produtos e serviços digitais em saúde superou US\$ 270 bilhões e cresce a uma taxa de 20% a.a. Os serviços vão muito além como a computação e armazenamento em nuvens, que reduzindo o custo da infraestrutura tecnologia. A saúde conectada propicia o desenvolvimento de programas de alertas terapêuticos para populações específicas como diabéticos, idosos, monitoramento em tempo real de comportamentos de indivíduos podendo estimulá-los a mudanças positivas na saúde com maior qualidade de vida e prática de exercícios. O número de healthtechs cresceu 16,11% no Brasil entre os anos de 2019 e 2022, de acordo com dados da Liga Ventures em parceria com a PwC Brasil. Provavelmente, o boom se deu por conta do avanço da telemedicina, do crescimento das clínicas médicas populares, do

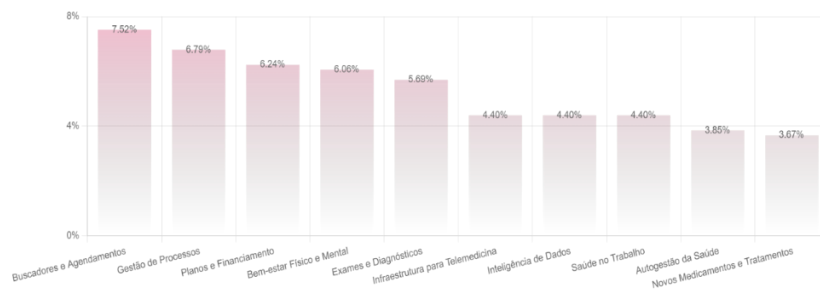
---

<sup>3</sup> Estudos da OCDE sobre os Sistemas de Saúde: Brasil 2021.

<sup>4</sup> Improving Health Care through pro-competitive procurement policy. Digital Health Care market study Part 2. Competition Bureau Canada.

custo dos planos de saúde, da saturação do SUS e do interesse da população em cuidar mais de sua saúde e bem-estar físico e mental. Atualmente, estão cadastradas no site Startup Scanner 545 startups na área da saúde.<sup>5</sup>

Gráfico 1. Distribuição de Startups na área da saúde (Total=545)



Fonte: startups scanner.com

## Mercado Global

Artigo muito interessante de Guilherme S. Hummel<sup>6</sup> aponta que a “ByteDance, empresa chinesa controladora da gigantesca plataforma TikTok, adquiriu em agosto/2022 a Amcare Healthcare, uma luxuosa cadeia hospitalar que conta com 7 unidades, 2 Centros Ambulatoriais e outras 5 unidades emergenciais. Localizada em Pequim, Xangai e Shenzhen, a Amcare existe desde 2006 e foi adquirida pela ByteDance por US\$ 1,5 bilhão. Trata-se de outro passo significativo da empresa (avaliada em US\$ 300 bilhões) na direção da Saúde, seguindo o cortejo dos “grandes players de tecnologia” (Big Techs) na direção de aquisições dentro do mercado privado de assistência médica. O portfólio da ByteDance na saúde cobre várias áreas, incluindo consultas digitais, clínicas offline, labs de diagnósticos, tratamentos

<sup>5</sup> <https://startupscanner.com/mapas/health-techs-b788761a>. Trata-se de ferramenta da Liga Ventures com o apoio estratégico da PwC Brasil. Consulta realizada em 9/10/22.

<sup>6</sup> TikTok compra rede hospitalar chinesa. Big Techs inovarão a saúde? Saude Business (7/10/2022).

hospitalares, bem como pesquisa e desenvolvimento de medicamentos”. O autor ainda esclarece que as “Big Techs são movidas pelo “futuro”. ... Só o mercado de saúde dos EUA supera gastos de US\$ 4 trilhões anuais(...) Se Amazon, Apple ou Google abocanharem 2% desse gasto, cada uma adicionaria US\$ 80 bilhões de receita anual (...) O que as big techs ocidentais ou orientais trazem a mesa? Possivelmente alguns itens que o mercado de saúde tradicional só enxerga por luneta: (1) uma colossal base de consumidores, dados e análises, com know-how para entender a colossal escala de demanda deles (elas já fazem isso em outros setores); (2) são campeões de “experiência do usuário”, um elemento crítico na adoção de tecnologias digitais, (3) são versados e hábeis em tecnologias complementares, como wearables, que estão impulsionando rapidamente a consumerização da saúde; (4) possuem enorme expertise nas cadeias de suprimentos (*delivery*), constantemente otimizadas por novas ferramentas interoperáveis (*blockchain*); (5) como “moram” no futuro, não têm medo de errar no presente, não se intimidam com os “experimentos equivocados”; e o mais importante: (6) todas suas estratégias gravitam em torno do consumidor e não do influenciador (comunidade médica) ou do financiador (seguradoras)”.

A partir dessa visão do autor, pode-se ter uma ideia de como a economia digital na saúde trará uma nova configuração impondo desafios adicionais para as autoridades antitruste para a caracterização do mercado relevante nas dimensões tradicionais de produto e geográfica. Mais do que a configuração da estrutura industrial, atenção especial deve ser dada às práticas para se evitar problemas de discriminação tendo em vista que os dados da saúde são sensíveis e devem estar sob o escrutínio das autoridades públicas como a ANPD e ANS para garantir a sua privacidade sem desestimular a inovação.

## **Dados Abertos**

Em abril de 2019, o Banco Central anunciou as diretrizes para implementação do Open Banking no Brasil. As medidas seguem a LGPD, que entrou em vigor em agosto de 2020. A premissa básica é que os dados bancários pertencem ao indivíduo

e não à instituição financeira da qual ele é cliente, podendo, portanto, ser compartilhados com outras empresas, desde que com autorização do titular dos dados. As instituições participantes do Open Banking deverão compartilhar informações sobre diferentes produtos e serviços financeiros disponibilizados em sua rede, entre os relacionados a seguros, previdência aberta complementar e títulos de capitalização. Com o intuito de ampliar a disponibilidade de informações sobre produtos de seguros, previdência e capitalização em um sistema aberto foram publicadas em 20 de julho de 2021 a Resolução CNSP 415 de 2021 e a Circular Susep 635 de 2021, que dispõem e regulamentam o Sistema de Seguros Aberto (Open Insurance) no Brasil.

Em 19.1.22, o Ministro da Saúde, Marcelo Queiroga, em entrevista ao jornal Valor Econômico, afirmou que pretende criar o *open health*, compartilhamento de dados de beneficiários entre as empresas de planos de saúde, com o objetivo de “ampliar a concorrência no setor de saúde suplementar”.<sup>7</sup> Segundo o ministro da Saúde, a proposta é de que o sistema seja autorizado por meio de Medida Provisória (MP). A ideia é seguir um modelo semelhante ao do Open Banking, implementado pelo Banco Central em 2021. A proposta foi elaborada a partir da Portaria GM/MS nº 392, de 23 de fevereiro de 2022 que criou um Grupo de Trabalho (GT) coordenado pelo Ministério da Saúde e com a participação do Ministério da Economia, BACEN e ANS. O Relatório Final para o Aprimoramento do Setor de Saúde Suplementar divide o tema em dois pilares sendo o primeiro assistencial, via aprimoramento das informações disponibilizadas na Rede Nacional de Dados em Saúde e disseminadas pelo Conecte SUS, dentro dos preceitos da LGPD, e o segundo pilar financeiro, com o objetivo de estimular a concorrência entre operadoras de planos de saúde e diminuir o custo de transação, através de propostas que possibilitem que o beneficiário encontre um plano de saúde adequado a suas necessidades.

O GT definiu como escopo do plano de ação o compartilhamento de dados cadastrais de consumidores de planos

---

<sup>7</sup> Governo estuda MP para criar o 'Open Health'– Valor Econômico de 19/01/2022

de saúde, mediante consentimento e de forma segura, e de dados de operadoras de planos de saúde com registro ativo na ANS, e dos produtos por elas ofertados, com a finalidade de simplificar e facilitar a contratação de planos de saúde e aprimorar a portabilidade de carências na troca de plano. Com isso, objetiva estimular a inovação e a concorrência no setor, criando condições para melhorias na qualidade dos seus respectivos produtos e serviços, em benefício da sociedade. Deixa claro que a proposta estará em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o marco regulatório do setor (Lei 9.656/98), em especial no que diz respeito ao impedimento de acesso de tais dados por operadoras, de forma a proteger os cidadãos de práticas nocivas que levem à discriminação seja no acesso a planos de saúde, seja no ambiente de trabalho. Há preocupação com a possibilidade de seleção de risco no qual as operadoras podem utilizar informações pessoais (saúde) para fazer discriminar e escolher a clientela (*cream skimming*), o que contraria a Lei 9.656/98 (Art. 14) e a LGPD (Art. 11).

No Brasil, a Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS) é uma iniciativa do Departamento de Informática do SUS (DATASUS), da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, e teve como base importantes diretrizes: a Política Nacional de Informática e Informações em Saúde (PNIIS, 2021), a Estratégia da e-Saúde (CIT, 2017), o Plano de Ação, Monitoramento e Avaliação de Saúde Digital para o Brasil (PAM&A, 2019) e a Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028 (ESD28). Em maio de 2020, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei (PL) 3.814/2020, que obriga o SUS a criar uma plataforma digital para unificar as informações de pacientes da rede pública e privada e que possibilitará a formação da RNDS. Pelo PL, a plataforma digital deverá centralizar nacionalmente os dados sobre prescrições, procedimentos ambulatoriais e hospitalares, encaminhamentos, prontuários médicos, laudos de exames e dados demográficos. O paciente deverá autorizar a inserção dos seus dados na plataforma, que continuarão protegidos por sigilo e serão acessíveis pelo próprio paciente ou por profissionais de saúde diretamente envolvidos em seu atendimento. Atualmente, o PL tramita em regime de urgência na Câmara dos Deputados. Até 2028, a RNDS

será a plataforma digital de inovação, informação e serviços de saúde para todo o Brasil, em benefício de usuários, cidadãos, pacientes, comunidades, gestores, profissionais e organizações de saúde. Na saúde suplementar esses dados serão extraídos da TISS, troca de informações entre operadoras e prestadores, que as operadoras encaminham regularmente para a ANS.

Diversos países estão avançando na estratégia de compartilhamento de dados de saúde, entre os prestadores assistenciais, alavancando grandes investimentos e *healthtechs*. Em todos há legislação específica, recomendada pela OECD, que permitem uso de dados secundários para pesquisa com privacidade garantida<sup>8</sup>. Nos EUA a legislação (21st Century Cures Act) foi publicada em 2016 para incentivar o desenvolvimento, descoberta e entrega de produtos para levar inovações e avanços para os pacientes. A Lei regulamentou o uso de dados para experimentos como *clinical trial*, dados de mundo real e resultados clínicos. Também projetou o programa de registro eletrônico de dados para pagadores (planos), prestadores (hospitais, médicos), dentre outros, e estabelece inclusive a criação de redes de compartilhamento de dados. A lei também estipulou um cronograma para que os dados reportados sejam eletrônicos (até 2023) dentro do Padrão estabelecido (*United States Core Data for Interoperability standard*). No mercado americano há empresas que certificam o compliance das empresas sujeitas à regulação (*Health IT Certification Program*). Até o API deve ser padronizado - *standardized application programming interfaces* (APIs). A legislação impõe penalidades para aqueles players que obstruïrem a troca eletrônica de informações - *Electronic Protected Health Information* (ePHI).

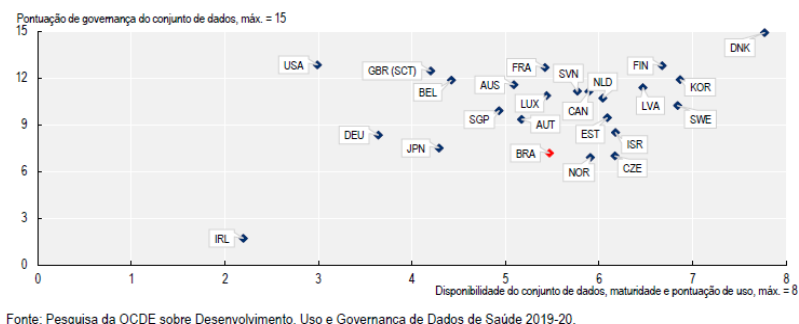
Segundo pesquisa da OCDE, a disponibilidade, a maturidade e o uso do conjunto de dados são calculados por parâmetros que medem o grau de desenvolvimento de cada país nesses aspectos. O Brasil relatou desempenho muito bom em alguns desses parâmetros, como a porcentagem de conjuntos de dados disponíveis que compartilham o mesmo identificador único

---

<sup>8</sup> OECD Health Policy Studies - Health in the 21st Century Putting Data To Work For Stronger Health Systems.

do paciente; e conjuntos de dados de saúde onde os códigos padrão são usados para terminologia clínica. Para outros parâmetros, o desempenho do Brasil é próximo à média dos membros da OCDE, como porcentagem de conjuntos de dados de saúde nacionais importantes disponíveis; conjuntos de dados de saúde com cobertura de 80% ou mais da população; conjuntos de dados de saúde onde os dados são extraídos automaticamente de registros clínicos ou administrativos eletrônicos; conjuntos de dados usados para informar regularmente a qualidade da saúde ou o desempenho de seu sistema; e conjuntos de dados vinculados regularmente para pesquisa, estatísticas e/ou monitoramento.

Gráfico 2. Distribuição do desempenho geral dos países no desenvolvimento, na maturidade e no uso dos dados de saúde e na governança dos conjuntos de dados de saúde



## Aspectos Econômicos da Privacidade de Dados

Sob o ponto de vista econômico, a privacidade não é o oposto ao compartilhamento. Na verdade, ela significa o controle individual sobre o compartilhamento<sup>9</sup>. A maioria dos modelos econômicos teóricos tratam a privacidade como um bem intermediário. Do ponto de vista individual, a escolha envolve alguma avaliação de

<sup>9</sup> Alessandro Acquisti, Curtis Taylor, and Liad Wagman The Economics of Privacy Journal of Economic Literature 2016, 54(2), 442–492

custos e benefícios de manter o dado sob seu controle ou compartilhá-lo. Dependerá de como antecipar o efeito desses dados sobre os resultados econômicos futuros. Se, por exemplo, os dados levam uma empresa a cobrar preços mais altos com base no comportamento que observar nos dados, o consumidor pode desejar a privacidade. Se a empresa poderá se intrometer em seu tempo (enviando ofertas, ligações), então, novamente, o consumidor pode desejar privacidade. Por outro lado, se o compartilhamento do dado permite produtos mais adequados ao seu perfil bem como programas de saúde focalizados em suas necessidades, ele pode preferir compartilhar o dado. Raciocínio análogo é feito por empresas, de todos os segmentos. Ocorre que nem sempre a sociedade convergirá para resultados mais eficientes que maximizem o bem-estar social. Nestes casos, alguma regulação poderá estimular ou mimetizar o resultado ótimo.

Em primeiro lugar, grande parte do debate envolve se os consumidores são ou não capazes de fazerem a escolha certa em torno da decisão de fornecer dados, e se o “aviso e consentimento” fornecem informações suficientes aos consumidores para que façam a escolha certa. Trabalhos como McDonald e Cranor (2008) enfatizam que até dez anos atrás era irrealista pensar que os consumidores teriam tempo para se informar adequadamente sobre como seus dados podem ser usados, pois a leitura das políticas de privacidade levaria um tempo estimado 244 horas por ano.

Da mesma forma, mesmo que se suponha que os clientes tenham sido adequadamente informados, uma nova literatura “comportamental” sobre privacidade mostra que efeitos da economia comportamental, como o efeito de dotação ou “âncora”, também podem distorcer as formas como os clientes tomam decisões em torno de seus dados. Tais distorções podem permitir intervenções políticas do tipo “nudge” para permitir que os consumidores façam melhor decisões (Acquisti, Taylor e Wagman 2016). As empresas têm incentivos adequados para fornecer níveis adequados de privacidade? Qual é o trade-off entre privacidade e desempenho econômico? É amplamente reconhecido que os regulamentos de privacidade podem limitar a

capacidade dos fornecedores de *machine learning* de combinar dados de várias fontes e limitar o uso da Inteligência Artificial.

Políticas restritivas podem gerar efeitos não intencionais. Um exemplo é o Health Insurance Portability and Accountability Act de 1996, comumente conhecido como HIPAA. A intenção original da legislação era estimular a competição entre as seguradoras, estabelecendo padrões para manutenção de registros médicos. No entanto, muitos pesquisadores argumentam que isso teve um impacto negativo significativo na quantidade e na qualidade da pesquisa médica. Qual seria a política ótima para garantir privacidade e inovação?

O fundador da computação, Jeff Hawkins, argumenta que a inteligência humana é, em essência, a previsão (Hawkins 2004). No entanto, muitos neurocientistas, psicólogos, e outros discordam. As tecnologias de inteligência artificial são tecnologias de previsão essencialmente. Para entender o impacto dessas tecnologias, é importante avaliar o impacto da previsão nas decisões.<sup>10</sup> Mas até que ponto devemos confiar nossas decisões aos modelos matemáticos? Esse é um alerta que deve ser lido não como um freio ao desenvolvimento das novas tecnologias. Do ponto de vista das ciências da saúde, tornar a incerteza associada a tratamentos em riscos calculáveis é bem-vinda e reduz o risco de má prática e erros médicos. Isso vale para a gestão de organizações de saúde.

## Conclusão

A afirmação de que os dados são o novo petróleo tem fundamento no sentido de que ambos são geradores de valor para a sociedade. Ambos precisam ser refinados para serem úteis. Mas uma distinção importante, do ponto de vista econômico, é que o petróleo é um bem privado e o seu consumo é rival, no sentido de que o consumo de petróleo por uma pessoa torna-o indisponível para o consumo das demais pessoas. É cada vez mais barato

---

<sup>10</sup> Bickley, S., Chan H, Torgler, B. Artificial intelligence in the field of economics. *Scientometrics* (2022) 127:2055–2084

armazenar informações o que significa que o dado pode permanecer muito tempo disponível após a sua geração mesmo que de forma não intencional. O dado pode ser reaproveitado para uso diverso do qual foi originalmente produzido, gerando externalidades negativas para outros indivíduos.

Isso significa que a regulação do mercado de dados deve levar esses aspectos em consideração ao mesmo tempo em que deve garantir o devido estímulo à inovação.<sup>11</sup> Ao avançar nessa discussão, aspectos como a propriedade dos dados, dados abertos, colusão algorítmica surgem como aspectos importantes para os *policy makers*. O desenho dos incentivos para proporcionar o nível ótimo de compartilhamento de dados deve ser alinhado aos aspectos mais amplos do interesse da sociedade.

No caso do Open Health, a discussão está começando pelos dados pessoais dos beneficiários, de enorme sensibilidade e deve avançar considerando a inexistência de padronização de dados de saúde sobre a experiência do usuário, de resultados clínicos que permitam acessar a qualidade assistencial. Mas o desafio vai muito além e precisa levar em consideração a necessidade urgente de inclusão digital dos brasileiros.

Qualquer avanço das políticas públicas precisa levar em conta a desigualdade digital no país como mostra o estudo PWC/Instituto Locomotiva do Abismo Digital no Brasil.<sup>12</sup> No Brasil, “81% da população com 10 anos ou mais usam a internet, mas somente 20% têm acesso de qualidade à rede. Há diferenças marcantes no acesso à internet entre os extremos das classes de renda (100% na classe A, em comparação com 64% na DE)”. O Brasil ocupa a 80ª posição, entre 120 países, no ranking de alfabetização digital do índice “The Inclusive Internet 2021”, publicado pela revista britânica *The Economist*. O indicador mede o nível de competência para uso da internet, como a capacidade de leitura para acessar notícias na Web. Isso torna ainda mais crítico

---

<sup>11</sup> Varian, H. (2019). Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization. NBER. <http://www.nber.org/chapters/c14017>

<sup>12</sup> <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>

um dos principais desafios do nosso tempo que é eliminar o gap de habilidades que as pessoas têm no mundo digital

# O Constitucionalismo Digital e as Constituições Analógicas: afinal, qual é o tamanho do Estado para a proteção dos direitos e garantias fundamentais na era da Revolução Digital 4.0?

*Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça*

A era digital inaugura uma nova ordem das coisas, uma verdadeira metamorfose do modo da humanidade ser e estar no mundo. É verdade que constantemente o ser e o estar no mundo modificam-se, transformam-se, metamorfoseiam-se. Como leciona Yuval Harari, “a única constante da história é que tudo muda.<sup>1</sup> No entanto, importante registrar que algumas rupturas paradigmáticas podem provocar maior amplitude e intensidade que outras e a revolução digital 4.0 se apresenta como uma grande metamorfose do modo como o ser humano se relaciona com o ambiente e entre si.

Segundo Ulrich Beck “vivemos num mundo que não está apenas mudando, mas está se metamorfoseando”, ou seja, “[a] metamorfose implica em uma transformação muito mais radical, em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge.”<sup>2</sup>

Essa é a Revolução Digital 4.0 e “[q]uando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções<sup>3</sup> e, também os problemas

---

<sup>1</sup> HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução: Paulo Geiger. 20ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 75.

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução: Maria Luíza X. de A. Borges; revisão técnica Maria Cláudia Coelho. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15.

<sup>3</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 145.

mudam e, “mudam também, seguidamente, os padrões que distinguem uma verdadeira solução científica de uma simples especulação metafísica, de um jogo de palavras ou de uma brincadeira matemática”.<sup>4</sup>

Nessa metamorfose ambulante <sup>5</sup>, a proteção por meio de direitos e liberdades fundamentais em um mundo digitalizado, suas nuances e a necessidade ou não de positivação de novos direitos humanos ou liberdades civis diante do controle do comportamento digital são abordados pelo Prof. Wolfgang Hoffmann-Riem no seu §4º A I.

A forma inovadora das metamorfoses sociais vivenciadas com o controle digital do comportamento humano e as ameaças à liberdade associadas precisarão, para a sua completa eficácia horizontal, ter alterados seus padrões antigos, criados padrões novos ou será possível protegê-los com a interpretação dos padrões já existentes?

Segundo a sua compreensão, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais devem ser transversais, flexíveis e dinâmicos, devendo também ser aplicados à geração, a análise e o uso de dados, especialmente na forma de *Big Data*, assim aduzindo:

[a] proteção da dignidade humana, o princípio da igualdade, a liberdade de comunicação, a proteção da personalidade, a liberdade profissional, a liberdade de religião ou a garantia de propriedade aplicam-se de forma transversal e não se limitam ao uso das tecnologias convencionais.<sup>6</sup>

Prossegue aduzindo que:

---

<sup>4</sup>, *Idem*, p. 138.

<sup>5</sup>Canção de Raul Seixas: metamorfose ambulante

<sup>6</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital desafios para o Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 46/47.

não há motivo para acrescentar a fórmula de que todas as normas de proteção da liberdade e dos direitos humanos devem abranger também as comunicações digitais o uso de infraestruturas digitais e Big Data, Big Data Analytics ou, especificamente, o uso de instrumentos de controle de comportamento digital.<sup>7</sup>

Não obstante tais idealizações, o Professor Hoffmann-Riem, ao tratar das “convulsões fundamentais atualmente trazidas pela transformação digital da sociedade”, se propõe a averiguar se as flexibilidades dos novos desenvolvimentos seriam capazes de lidar com a metamorfose da tecnologia da informação e do controle de comportamentos digitais, assim aduzindo:

“A princípio, é útil que as disposições sobre direitos fundamentais, mesmo que tenham uma longa tradição, sejam interpretadas dinamicamente ao longo do tempo, com o objetivo de garantir que suas premissas permaneçam relevantes diante de realidades em transformação. Para tanto, será analisado em que medida as premissas empíricas e prescritivas das mudanças – aqui no ambiente técnico, social ou econômico – e em que medida as mudanças nas premissas podem ou mesmo devem levar a ajustes na proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, é de forma alguma certo que tais possibilidades do sistema jurídico de reagir com flexibilidade aos novos desenvolvimentos sejam plenamente capazes de lidar com as convulsões fundamentais atualmente trazidas pela transformação digital da sociedade. Se este não for o caso, há necessidade de mudanças no sistema jurídico escrito.”<sup>8</sup>

Ao tratar do efeito horizontal da proteção da liberdade e a tarefa de desenvolver as possibilidades de exercício da liberdade leciona que *“os direitos fundamentais têm sido concebidos principalmente como direitos de defesa dos seus titulares contra a intervenção do Estado.”* No

---

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 48.

entanto, é preciso entender “*se os direitos fundamentais também são significativos e efetivos na relação entre privados*”.

Na sequência, afirma que:

“a exploração, monitoramento e controle do comportamento humano – está sendo realizada atualmente, em aspectos significativos por empresas privadas, que podem exercer considerável influência sobre as liberdades de outros indivíduos privados e as condições reais de uso da liberdade, e que o fazem tendo em vista seus próprios interesses”.<sup>9</sup> (grifos nossos).

Considerando que o controle do comportamento digital, enquanto modelo de negócios, tem sido exercido por empresas privadas, poderosíssimas (algocracia = poder dos algoritmos) e tem, na prática, restringido às liberdades dos seres humanos em claro abuso de sua posição dominante, é possível que seja “necessário adaptar a área de liberdade à nova situação”, a fim de garantir a efetiva democracia (poder do povo).<sup>10</sup>

E, na sequência, faz o seguinte questionamento:

Em que medida os direitos de liberdade em questão contêm, além do seu conteúdo subjetivo-jurídico para a proteção dos indivíduos, também mandados objetivos-jurídicos aos detentores do Poder Público para garantir a proteção específica da Liberdade, não apenas na direção da defesa contra a intervenção do Estado, mas também no efeito horizontal das relações entre indivíduos privados ou no que diz respeito ao desenvolvimento e, quando apropriado, à formação da ordem social da realização da liberdade, mesmo em condições alteradas?

Aduz, do ponto de vista do direito constitucional alemão, que “as normas de direitos fundamentais contêm instruções

---

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 49.

objetivas e juridicamente fundamentadas ao Estado para especificar a possibilidade do uso de liberdade e proteger a liberdade, também em relação a ameaça de particulares (o chamado efeito perante terceiros ou horizontal dos direitos fundamentais).”

Os mandados são dirigidos a todos os detentores do Poder Público no âmbito dos seus respectivos campos de responsabilidade e, também ao legislador que pode e deve criar disposições no sistema jurídico para a proteção efetiva dos direitos fundamentais, inclusive no efeito horizontal.

Desse modo, para que seja produzido esse efeito horizontal (entre particulares), deve-se verificar: (i) o desequilíbrio entre as partes contrárias, o significado social de certos serviços ou o poder social de um dos lados.”

A Corte Constitucional Alemã, em 2019, já havia formado a compreensão que se, de um lado, “[e]ssas empresas desempenham um papel decisivo na formação da opinião pública, na geração e restrição de oportunidades, na participação na vida social ou em tarefas elementares da vida diária”, também aduziam que “os indivíduos dificilmente terão outra escolha senão a revelar em grande medida seus dados para essas empresas, caso não queiram ser excluídos de serviços básicos”. Desse modo, ficou absolutamente claro que “o direito à autodeterminação informativa deve neutralizá-los”, ou seja, é fundamental que tal direito seja implementado na prática. A jurisprudência do Tribunal Alemão está considerando estender esse direito objetivo dos direitos fundamentais em relação aos poderosos atores no campo da comunicação digital<sup>11</sup>.

Finaliza o item afirmando que “[a] garantia da autonomia individual e coletiva é particularmente importante na transformação digital e que é preciso assegurar a eficácia horizontal do princípio da neutralidade da rede, do direito à anonimização da comunicação pessoal e à proteção contra a desanonimização à

---

<sup>11</sup> *Ibidem.* p. 50.

redefinição entre as esferas privada e pública, mas também a aplicações em diversas áreas sociais<sup>12</sup>.

Como exemplo, refere-se à interpretação dada ao art. 8º do Tribunal de Justiça Europeu (TJE) que se referia, originariamente, a proteção de dados pessoais, com a criação do “direito fundamental a ser esquecido”.

As Constituições mundo a fora foram estruturadas sob a ótica do mundo analógico. Não obstante isso, o mundo real, da era digital, avança muito rapidamente em proporções inimagináveis. A tecnologia é disruptiva e coloca em xeque as estruturas constitucionais analógicas até então previstas, sobretudo, as que visam proteger os direitos e garantias fundamentais. A algocracia já toma alguns papéis relacionados a defesa e garantia das liberdades fundamentais em desfavor do Estado. A democracia balança, se desequilibra. Urge pensar, refletir sobre o tema, idealizar novas conformações, frear o poder dos algoritmos a bem da democracia e do efetivo controle do Estado sobre a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Muito caminho há pela frente. O Constitucionalismo Digital urge.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 52.

# O panorama brasileiro atual do *private enforcement* concorrencial, as alterações perpetradas pela Lei nº 14.470/2022 e as novas equações da matemática do crime econômico no Brasil

Polyanna Vilanova & Henrique Muniz

O artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência<sup>1</sup> prevê que os prejudicados por uma conduta anticompetitiva podem ingressar em juízo para obter a cessação da prática, bem como para o recebimento de indenização por perdas e danos. Tais ações judiciais constituem o denominado internacionalmente como *private enforcement*.

Muito embora a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 (“Antiga Lei Antitruste”)<sup>2</sup> já oportunizasse tal direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a complementação do *public enforcement* exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) com o *private enforcement*, conforme as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) para o fortalecimento da defesa da

---

<sup>1</sup> Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm). Acesso em: 7 dez. 2022.

concorrência no Brasil<sup>3</sup>, a utilização de ações de reparação de danos concorrenciais é ainda incipiente<sup>4</sup>.

Segundo pesquisa realizada por Livia Carvalho<sup>5</sup>, até o ano de 2011, eram pouco mais de 20 (vinte) ações ajuizadas em todo o país. Já de acordo com uma pesquisa realizada mais recentemente, no ano de 2021, o coautor deste artigo Henrique Muniz<sup>6</sup> aponta que as ações reparatórias provenientes de danos relacionados a cartéis consistiam em 53 (cinquenta e três), considerando o período compreendido entre junho de 1994, data em que a Antiga Lei Antitruste entrou em vigor, e 1º de dezembro de 2021.

De outro lado, o último balanço de atuação do Cade, divulgado em 2022<sup>7</sup>, revela que a autarquia foi o órgão brasileiro que mais arrecadou recursos para o Fundo de Direitos Difusos, gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2021,

---

<sup>3</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019**. 2019, p. 137/143. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia-brasil-2019-web.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>4</sup> MARTINEZ, Ana Paula. ARAUJO, Mariana Tavares. **Private Damages in Brazil: Early Beginnings, Big Stumbling Blocks**. Disponível em: <[https://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034\\_1309160-1.pdf](https://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20160201161034_1309160-1.pdf)>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>5</sup> SILVA FILHO, Henrique Muniz da. **As ações de reparação de danos decorrentes de cartel: uma análise da jurisprudência brasileira atual acerca das problemáticas da prescrição e do passing-on defense**. Recife: Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - UFPE Direito, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/50>>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>6</sup> FERNANDES, Luana Gaziela Alves. Passing-on defense: uma análise da jurisprudência brasileira atual em ações de reparação de danos por cartel. **Revista Ibrac**, São Paulo, p. 19-38, Número 1, 2021. Disponível em: <[https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista\\_do\\_IBRA\\_C\\_n\\_1\\_2021.pdf](https://ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRA_C_n_1_2021.pdf)>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>7</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Anuário CADE 2021**. Fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/adfd8e43-0a8b-4b2d-be7c-75bf058a4239>>. Acesso em: 7 dez. 2022.

gerando recursos da ordem de 4,9 bilhões de reais desde a entrada em vigor da nova Lei Antitruste. Ademais, apenas no ano em comento, foram aplicadas multas no montante total de R\$ 1.296.852.162,37 (um bilhão, duzentos e noventa e seis milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil, cento e sessenta e dois reais e trinta e sete centavos) em 25 (vinte e cinco) condenações pelo Tribunal Administrativo do Cade<sup>8</sup>.

Em que pese a atuação bastante expressiva do Cade na repressão e dissuasão de condutas ofensivas à ordem econômica através do *public enforcement*, tais números revelam um verdadeiro descompasso entre a atuação pública e a privada na repressão e dissuasão das condutas anticoncorrenciais, o que denuncia a deficiência considerável do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e corrobora com o próprio diagnóstico da OCDE sobre os parâmetros para a melhoria da defesa concorrencial brasileira.

O ordenamento brasileiro apresenta uma série de fatores que contribuem para este ínfimo número de ações de reparação de danos concorrenciais (“ARDCs”) propostas até então, que, se não impedem, desestimulam o ajuizamento dessas ações pelos prejudicados, tais como:

- i. as incertezas quanto à prescrição: a falta de uma regra específica aplicável às ARDCs gera extrema incerteza quanto ao tempo de prescrição, ao termo inicial e à aplicabilidade dos impedimentos de fluência do prazo prescricional para exercício da pretensão indenizatória;
- ii. a aceitação da tese do *passing-on defense* pelo Poder Judiciário: o repasse de sobrepreço à cadeia produtiva ou ao consumidor final por quem foi prejudicado diretamente

---

<sup>8</sup> Cf. Cálculo realizado através da ferramenta do “Cade em números” para aferir a quantidade de condenações, processos administrativos julgados e multas aplicadas no ano de 2021. Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 7 dez. 2022.

pelo cartel (efeito repasse ou “*passing-on*”) tem gerado dúvidas em relação ao legitimado para propor ação de indenização, bem como quanto à comprovação de prejuízos decorrentes da conduta anticompetitiva;

iii. a assimetria de informações: o caráter oculto das práticas anticoncorrenciais, o tempo decorrido entre o início delas e sua divulgação pública e as regras de sigilo de informação no âmbito do processo administrativo são fatores que obstaculizam a produção de provas do dano pelos prejudicados ou o acesso às provas produzidas no âmbito do processo administrativo, prejudicando a defesa dos interesses dos prejudicados no juízo cível;

iv. a ausência de incentivos ao ajuizamento de ações: as incertezas jurídicas relativas aos fatores acima destacados tornam-se desestímulo ao ajuizamento das ARDCs pela parte prejudicada, que pode, ainda, temer represálias na eventualidade do ajuizamento de ação judicial, sobretudo em casos de cartel, em que todos ou quase todos os potenciais substitutos também se encontram envolvidos na prática.

Seria possível concluir, então, que o crime compensa?

No que se refere a crimes econômicos no Brasil, diante de todo esse cenário, a resposta até o momento talvez seja sim. Isso porque os infratores não restituem às vítimas os ganhos adquiridos de forma ilícita.

Trata-se da famosa “matemática do crime”<sup>9</sup>. Cientistas já se debruçaram sobre essa questão e verificaram que o criminoso faz uma análise dos riscos e das vantagens de um crime - algo como uma avaliação da relação custo-benefício.

Na verdade, é o que ocorre, em tese, em toda empreitada humana. É possível se questionar por que as pessoas jogam na

---

<sup>9</sup> A matemática do crime. Disponível em: <<https://www.diariodaregio.com.br/opiniao/paineldeideias/a-matematica-do-crime-1.986540>>. Acesso em 7 dez. 2022.

mega-sena? Todo homem médio sabe que a chance de ganhar é ínfima, então por que gastar dinheiro com um jogo tão negativamente assimétrico? A resposta é simples: o prêmio é enorme. Em outras palavras, o evento positivo, mesmo que raríssimo, tem consequências dramáticas - nesse caso, o vencedor fica rico.

Em se tratando da teoria da matemática do crime, a maneira de corrigir a equação em prol da ordem é piorar, sob a ótica do criminoso, a combinação entre duas variáveis: a chance de o infrator ser punido e a magnitude da punição.

Esse é exatamente um dos objetivos da Lei nº 14.470/2022, que altera dispositivos da Lei Antitruste para fortalecer a política brasileira de combate às infrações à ordem econômica.

Em relação ao *enforcement* concorrencial privado, destacam-se três principais temas da lei: as definições quanto à prescrição, abrangendo a fixação do prazo prescricional específico e a instituição data inicial de sua contagem; a criação do dano em dobro; e a vedação expressa à presunção de repasse do dano, mitigando a aplicação da tese do *passing-on defense*.

A nova lei elimina uma das principais incertezas jurídicas que desestimulavam o ajuizamento de ações indenizatórias no Brasil, consistindo na principal causa de extinção das ARDCs ajuizadas até o momento: as indefinições quanto à prescrição. A alteração legislativa estabelece o prazo prescricional quinquenal, bem como a data da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade como termo inicial da prescrição, consolidando a interpretação já adotada para a legislação vigente com base na ciência inequívoca do ilícito pela vítima em respeito à teoria da *actio nata*.

Em segundo lugar, tem-se a previsão do denominado *double damage*, isto é, todos os prejudicados por infrações à ordem econômica terão direito ao ressarcimento em dobro por seu prejuízo. Trata-se de verdadeiro desestímulo à prática do ilícito com o objetivo de torná-lo financeiramente inviável. De um lado, uma taxa de detecção das violações pelo Estado que não chega a 100%, bem como uma pequena parcela de vítimas que buscam o

ressarcimento por seus danos. De outro, a implementação do *double damage* equilibra a equação.

Por último, a nova lei endereça outro relevante obstáculo que contribui para a incipiência das ARDCs: a ampla aceitação do *passing-on defense* pelo Poder Judiciário brasileiro. Segundo levantamento realizado por Muniz (2022), a alegação de que os autores das ARDCs não sofreram prejuízos sob o fundamento da *passing-on defense* foi o motivo da improcedência de aproximadamente 56% (cinquenta e seis por cento) dos processos com julgamento de mérito válido que foram mapeados. A inclusão do § 4º no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência é de grande importância para eliminar qualquer dúvida e definir cabalmente a regra processual aplicável, estipulando que o repasse de sobrepreço não pode ser presumido e distribuindo o ônus da prova de tal alegação para o réu.

Por meio dessas previsões, as alterações legislativas perpetradas pela Lei nº 14.470/2022 endereçam, ao que nos parece, as principais questões que contribuíam para o descompasso entre a atuação pública e a privada na repressão e dissuasão das condutas anticoncorrenciais no Brasil.

Tem-se uma verdadeira mudança nas equações da matemática do crime econômico, que anima a comunidade antitruste ao alterar, sob a ótica do infrator, a relação custo-benefício das infrações à ordem econômica, contribuindo com o fortalecimento do *private enforcement* concorrencial através dos incentivos ao ajuizamento das ações indenizatórias.

Uma lei com apenas algumas semanas de vigência que, nas palavras de Bruno Maggi, “nasceu vocacionada para mostrar que a partir de agora, no Brasil, o crime econômico certamente não compensa<sup>10</sup>”.

---

<sup>10</sup> MAGGI, Bruno Oliveira. O crime compensa? A responsabilidade civil concorrencial como agente catalizador da probidade. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/377517/o-crime-com-a-responsabilidade-civil-concorrencial>>. Acesso em 7 dez. 2022.

# A atual composição do Tribunal do Cade e a oxigenação dos debates da relação entre tributação e concorrência

*Polyanna Vilanova & Henrique Muniz*

Os diversos efeitos da tributação na economia e os eventuais impactos de distorções tributárias no ambiente competitivo vêm ganhando espaço nos debates da comunidade antitruste.

Muito embora tais debates ainda necessitem de bastante aprofundamento, é possível identificar a formação de análises doutrinárias que buscam entender em que medida práticas tributárias (p. ex. sonegação fiscal e benefícios e incentivos fiscais) podem afetar a concorrência ao ponto de atrair a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e, em especial, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Por outro lado, verifica-se que, historicamente, o Cade opta por afastar sua competência quando se depara com casos de ilícitos tributários como meio de infração à ordem econômica, seja sob o fundamento de que quaisquer distúrbios na concorrência seriam sanados após o enfrentamento da questão no foro competente (Poder Judiciário, Receita Federal e demais órgãos), seja sustentando a impossibilidade de penalizar agentes econômicos que fazem uso de benefícios ou isenções fiscais concedidos pelo poder público, que, embora gerem diferenciação de agentes, não seriam práticas evasivas e tratar-se-iam de medidas positivadas no ordenamento jurídico.<sup>1</sup>

Inclusive, logo após tomar posse na presidência da autarquia antitruste, Alexandre Cordeiro, em entrevista ao Jota,

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Vinicius Marque de; MATIUZZO, Marcela. Tributação e concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 9, nº 2, dez. 2021, p. 54.

quando questionado qual deveria ser o posicionamento do Cade na hipótese de outras infrações, como a sonegação de impostos, terem impacto no direito concorrencial, afirmou seguramente que seria um equívoco atuar, uma vez que o órgão teria que “ficar na seara da concorrência”. Complementou, em seguida, que a solução seria o correto funcionamento do sistema tributário, não sendo possível se transferir para o Conselho a responsabilidade que não é dele.<sup>2</sup>

Assim, diante de um cenário em que, de um lado, o Cade apresenta um histórico, reafirmado por seu atual Presidente, de afastar sua competência para analisar os efeitos de práticas tributárias na concorrência e em que, de outro, a comunidade antitruste está cada vez mais atenta para tal discussão e vem cobrando posicionamentos da autarquia sobre o tema, haveria alguma expectativa de mudança de paradigma pelo Cade em sua atual formação?

Pois bem. A gênese da discussão do tema tributação e concorrência no Brasil está intimamente ligada à questão dos impactos concorrenciais da guerra fiscal, com inspiração no latente debate europeu sobre a harmful tax competition<sup>3</sup> na ordem jurídica europeia.

Ainda em 1998, na União Europeia, onde o estudo das questões relacionadas à tributação e seus efeitos sobre o mercado já parecia ter um elevado amadurecimento, ficou estabelecido o Código de Conduta de Fiscalidade das Empresas, reconhecendo a existência de uma concorrência fiscal prejudicial entre os países-membros capaz de distorcer os padrões de comércio e de investimento e outros defeitos na esfera concorrencial. Nesse sentido, diversos são os casos julgados pela Corte Europeia de Justiça envolvendo a concessão de incentivos fiscais e seus

---

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/intervencao-estatal-inseguranca-juridica-cade-01092021>

<sup>3</sup> PEROTTO, Gabriella. How to cope with harmful tax competition in the eu legal order: going beyond the elusive quest for a definition and the misplaced reliance on state aid law. *European journal of legal studies*, 2021, Vol. 13, No. 1, pp. 309-340. Retrieved from Cadmus, European University Institute Research Repository. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/71283>

impactos na dinâmica do mercado comum europeu<sup>4</sup>. Além disso, a OCDE, tendo em conta o cenário europeu, desenvolveu o relatório “Guidelines on Harmful Preferential Tax Regimes” com o objetivo de desencorajar a guerra fiscal entre os países europeus e trazer diretrizes para mitigação dos paraísos fiscais.

Paralelamente a essa relevante discussão europeia acerca da concorrência fiscal, o Cade, nos autos da Consulta nº 0038/99, foi instado a se manifestar quanto à “nocividade ou não à livre concorrência da prática conhecida como guerra fiscal, realizada principalmente entre estados e através de mecanismos fiscais e financeiro-fiscais relacionados ao ICMS<sup>5</sup>”. Isto é, questionou-se se uma determinada empresa detentora de benefício fiscal estaria em situação de vantagem em relação às suas concorrentes, na medida em que teria condições de praticar um preço inferior ou obter maior lucratividade. A conclusão do Conselho foi de que a guerra fiscal prejudica a concorrência e ocasiona efeitos danosos ao bem-estar da coletividade.

Inspirada no parecer exarado pelo Cade, a comunidade antitruste brasileira voltou os olhos para o tema da guerra fiscal e dos benefícios e incentivos fiscais como vantagem competitiva, produzindo literatura e acionando a autarquia para analisar tal imbróglio. Ocorre que em diversas oportunidades<sup>6</sup>, o Conselho optou por afastar sua competência por entender que tais questões deveriam ser levadas à análise do Judiciário, uma vez que não estariam no rol de condutas abarcadas pela legislação antitruste, não havendo como imputar, ademais, aos entes federados infração à ordem econômica.

---

<sup>4</sup> C-173/73 (Italy v. Comissão); C-259/87 (France v. Comissão); C-465/20 (Commission vs. Ireland and others). *In*: CAMPANILE, Vinicius Tadeu. Livre concorrência, tributação e desenvolvimento econômico: utilização de legítimas vantagens tributárias em prejuízo da livre concorrência. Dissertação (mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 127.

<sup>5</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 0038/99, p. 1.

<sup>6</sup> Processos Administrativos: 08012.000668/1998-06, 08012.006746/1997-41, 08000.018405/1997-11 e 08700.003984/2010-85, Consulta 08700.002380/2006-35; Averiguação Preliminar 08012.006665/2001-99.

Nesse ínterim, contudo, outras práticas tributárias ganharam espaço no debate da relação entre tributação e concorrência. Passou-se a defender que determinadas práticas de evasão fiscal, que consistem em condutas praticadas por particulares em descumprimento a obrigações tributárias, podem estar na origem de distúrbios concorrenciais e, portanto, deveriam ser caracterizadas como infrações à ordem econômica.

Nesse ponto, não há entendimento unitário na jurisprudência do Cade a respeito da competência da autoridade antitruste para tratar de tais casos. Vê-se que, em algumas oportunidades, o órgão optou por negar sua competência ao entender que as distorções no mercado provocadas pela sonegação fiscal eram delimitadas no tempo. Em outros casos, quando avançou a etapa de análise de sua competência e se engajou numa análise concorrencial da questão, comumente o fez sob a ótica de preço predatório, concluindo invariavelmente por sua inexistência devido às diversas dificuldades de configurar tal conduta em concreto<sup>7</sup>.

Ocorre que recentes manifestações de atuais conselheiros conferem razões para se crer em uma possibilidade de análises mais acuradas do Cade sobre os impactos de práticas tributárias na concorrência.

Após o despacho de arquivamento da Superintendência-Geral nos autos do inquérito administrativo nº 08700.002532/2018-33, o Conselheiro Luis Braidó apresentou proposta de avocação pelo tribunal administrativo, sustentando a necessidade de instrução complementar para apurar suposta conduta anticompetitiva decorrente do não pagamento de tributos, o que conferiria a possibilidade de praticar, de forma indevida e sem relação com sua maior eficiência, preços inferiores aos dos concorrentes adimplentes com suas obrigações tributárias, de modo a incrementar participação no mercado relevante e a causar prejuízos à livre concorrência. Muito embora tenha concluído pela não avocação, o Conselheiro Sérgio Ravagnani confirmou a competência legal do Cade para analisar práticas tributárias que

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Vinicius Marque de; MATIUZZO, Marcela. *Op. cit.*, p. 56/57.

possam produzir danos à concorrência, uma vez que a prática de sonegação fiscal reiterada, referida como “macrodelinquência tributária reiterada”<sup>8</sup>, poderia ser caracterizada como infração à ordem econômica. No entanto, durante a 1ª Sessão Extraordinária de Julgamento, realizada no dia 20 de janeiro de 2021, o plenário, por maioria, não homologou o despacho de avocação.

Desfecho diferente se deu no caso do Procedimento Preparatório nº 08700.001571/2022-08, em que o tribunal administrativo homologou o despacho de avocação (Despacho Decisório nº 5/2022) proferido pelo Conselheiro Gustavo Augusto Lima para instaurar o inquérito administrativo e proceder com o prosseguimento das investigações com o objetivo de apurar possível prática de discriminação de preços no mercado de comercialização de combustíveis derivados do petróleo produzidos na Refinaria de Mataripe, localizada no Estado da Bahia.

Segundo o Presidente Alexandre Cordeiro, durante a 197ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, realizada no dia 25 de maio de 2022, considerando que o setor econômico está em evidência e que sua abertura consiste em uma medida estrutural objetivada pela autarquia, a investigação pode originar trabalhos de advocacy no sentido de elaborar normas interessantes para o setor junto à regulação setorial e a importante discussão tributária relacionada ao preço de referência do petróleo e seus critérios de fixação previstos na Resolução ANP nº 874/2022.

Nesse sentido, a Conselheira Lenisa Prado também registrou “me anima muito saber que grande parte deste tribunal está inclinada a investigar questões tributárias que surtem reflexo no âmbito concorrencial”. A conselheira afirmou que a questão de diferenciação de preço a maior de combustível adquirido dentro da Zona Franca de Manaus sugere a possibilidade de utilização de algum tipo de benefício fiscal ou a adoção de regime especial de tributação para favorecer um determinado grupo econômico ou

---

<sup>8</sup> Expressão cunhada pelo ministro do STF Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 550.769, para práticas ilícitas perpetradas por devedores contumazes, que por meio da inadimplência reiterada e sistemática alcançam expressiva vantagem concorrencial.

concorrente. Complementou, ainda, que o Cade, por vezes, apreciou questões em que, infelizmente, por motivos alheios, não foi possível aprofundar o tema tributário com o concorrencial, mas que nesse caso seria possível identificar uma “curva ótima entre tributação e concorrência”.

Assim, é possível concluir que a oxigenação do debate da relação entre tributação e concorrência no direito brasileiro indica uma tendência para a mudança de paradigma no histórico de análises do Cade acerca do tema. Todavia, a confirmação da tendência se encontra nas mãos do atual quadro de conselheiros da autarquia e são cenas para os próximos capítulos.

## Antitruste e inflação no Brasil: por vezes, assuntos diversos, mas convergentes

*Polyanna Vilanova & Rubens Cantanbede*

Quando Joe Biden enumerou entre os objetivos de sua política concorrencial o combate à inflação<sup>1</sup>, uma nova controvérsia emergiu ou, mais propriamente, ressurgiu. Diante da atual situação polarizada duradoura na qual se encontra os Estados Unidos, a nova política antitruste de Biden foi acusada internamente como somente mais um ataque às grandes empresas, bem como que tal medida teria o efeito oposto ao pretendido<sup>2</sup>.

A polêmica, no entanto, é exagerada, visto que a promoção da defesa da concorrência vem sendo guiada há décadas por preocupações relativas ao aumento de preços<sup>3</sup>. Nesse sentido, mesmo a literatura associada à escola neobrandesiana, sempre acusada de não se importar com a busca por preços baixos, costuma enxergar a alta de preços como eventual consequência do aumento de concentração de mercado<sup>4</sup>.

Assim, soa quase evidente que o *enforcement* antitruste tenha impactos significativos na redução de preços e, de fato, a atual literatura econômica tem demonstrado cada vez mais a relação

---

<sup>1</sup> POLITICO. Europe wary of following US in using antitrust to fight inflation. 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/europe-wary-us-antitrust-fight-inflation/>

<sup>2</sup> LAFFER, Arthur B.; BURKE, John Barrington. Antitrust Laws Will Make Inflation Worse. 2022.

<sup>3</sup> HOVENKAMP, Herbert. On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle. *Revue Concurrentialiste* (Jan. 17, 2020), U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper, n. 20-16, 2020.

<sup>4</sup> KHAN, Lina M.; VAHEESAN, Sandeep. Market power and inequality: The antitrust counterrevolution and its discontents. *Harv. L. & Pol'y Rev.*, v. 11, p. 235, 2017.

umbilical entre os níveis de competição de um determinado segmento e o possível arrefecimento ou aceleração da inflação.

O estudo do *European Central Bank*, conduzido por Marcin Przybyla e Moreno Roma em 2005, investigou a relação entre a concorrência no mercado de produtos e a taxa média de inflação no longo prazo em 15 (quinze) países europeus. Referido trabalho descobriu que o nível de competição dos mercados em exame era um importante fator na explicação da taxa média da inflação por país, detendo uma relação inversamente proporcional e comprovando, categoricamente, que mercados mais competitivos contribuem com a redução dos índices de inflação no longo prazo<sup>5</sup>.

Outro estudo, analisando 20 (vinte) países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) entre 1961-2006, identificou que os níveis de competição nos mercados de determinada região têm impacto significativo na resposta à inflação em situações de choques macroeconômicos<sup>6</sup>.

Ainda, há pesquisas também no sentido de que a atuação de autoridades antitruste no controle de condutas, unilaterais ou colusivas, pode reduzir significativamente a inflação em mercados específicos. Estudo empírico conduzido por um trio de pesquisadores, analisando os efeitos de um cartel *hub and spoke* no mercado canadense de pão, identificou que a colusão foi responsável pelo aumento de 40% do preço do pão, muito acima da inflação média para produtos similares, sendo de longe, quanto ao caso analisado, a principal variável responsável pela inflação do produto<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> PRZYBYLA, Marcin; ROMA, Moreno. Does product market competition reduce inflation? Evidence from EU countries and sectors. Evidence from EU Countries and Sectors (March 2005), 2005.

<sup>6</sup>CORREA-LÓPEZ, Mónica; GARCÍA-SERRADOR, Agustín; MINGORANCE-ARNÁIZ, Cristina. Product Market Competition and Inflation Dynamics: Evidence from a Panel of OECD Countries. BBVA Research Working Papers, Number 10/26, 2010.

<sup>7</sup> CLARK, Robert; HORSTMANN, Ignatius; HOUDE, Jean-François. Hub and Spoke Cartels: Theory and Evidence from the Grocery Industry. National Bureau of Economic Research, 2021.

Assim sendo, a atuação de autoridades da concorrência no combate a cartéis, ao contribuir com o desfazimento de estruturas de mercado eivadas de condutas anticompetitivas, pode, sim, gerar expressiva redução de preços. Tal fato, aliás, explica em parte o surgimento de um movimento contrário aos cartéis em alguns países da Europa, sobretudo pela percepção de serem estes responsáveis pela alta na inflação<sup>8</sup>.

Em vista disso, o antitruste pode combater a inflação ao menos de 2 (dois) modos: i) tanto de forma preventiva, assegurando estruturas competitivas de mercado e, assim, coibindo o ganho artificial de poder de mercado, quanto ii) punindo condutas que resultem em altos preços sem a geração de benefícios líquidos ao consumidor.

Desse ponto de vista, o antitruste possui ao menos 2 (duas) vantagens em relação à abordagem ortodoxa do combate à inflação – aumento de taxas de juros e austeridade fiscal –, daí ser potencialmente ferramenta importante em seu controle. Primeiro, é remédio menos amargo em comparação às medidas ortodoxas, visto que estas possuem um caráter contracionista perigoso em tempos de retomada econômica pós-covid. Segundo, o antitruste consiste em ferramenta mais adequada e menos gravosa em endereçar preocupações inflacionárias não advindas de uma demanda super aquecida.

A promoção de concorrência nos mercados é descrita por Hal Singer como uma ferramenta útil de combate à inflação pelo lado da oferta, sobretudo por desincentivar que empresas com poder de mercado aumentem seus preços. Ademais, o autor sugere maior atenção das autoridades da concorrência a mercados oligopolizados, com crescimento das suas margens de lucro e que apresentam aumentos de preço superiores a 10% ao ano, de forma a desencorajar colusões tácitas ou explícitas nesses mercados, em especial diante do fato de que referidas condutas possuem

---

<sup>8</sup> STORLI, Espen; NYBØ, Andreas. Publish or be damned?: Early cartel legislation in USA, Germany and Norway, 1890–1940. In: *Regulating Competition*. Routledge, 2015. p. 17-29.

baixíssimo índice de detecção, bem como por serem facilmente camufladas em períodos de inflação<sup>9</sup>.

Ainda sobre o assunto, quanto ao perigo de que a disrupção dos mercados em decorrência da pandemia de Covid-19 levasse a um aumento generalizado de risco em mercados concentrados, Fiona Scott e Steven Salop, em 2020, aduziram que uma das razões para isso seria que, com a crise sanitária global, as plantas produtivas se reduziram e ficaram mais suscetíveis aos impactos de crises externas. Para tanto, os autores deram como exemplo o mercado de produção de carne nos Estados Unidos, um dos segmentos que mais vem puxando a inflação para cima ao longo dos últimos anos<sup>10</sup>.

Nesse sentido, recentemente vem surgindo uma literatura especializada, sobretudo em departamentos de direito e de economia nos Estados Unidos, que associa o exercício abusivo do poder de mercado não apenas ao aumento de preços, mas, também, à queda de produtividade empresarial e à redução na quantidade ofertada de bens e serviços. Exemplo paradigmático desse tipo de estudo é o trabalho de Jan Eeckhout intitulado “*The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work*”<sup>11</sup>.

Diante de tais evidências é um tanto desanimador constatar a polarização excessiva existente em uma das poucas áreas onde poderia haver alguma concordância: o enfrentamento à alta rápida e generalizada de preços. Referida confluência precisa ser mais bem examinada, especialmente no Brasil, tendo em consideração que os estudos em antitruste e a respeito da inflação tanto confirmam a importância do combate a cartéis e condutas anticompetitivas quanto justificam maior atenção ao controle de estruturas.

---

<sup>9</sup> HAL SINGER. Prospect. Antitrust Should Be Used to Fight Inflation. 2022. Disponível em: <https://prospect.org/economy/antitrust-should-be-used-to-fight-inflation/>

<sup>10</sup> SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. The 2010 HMGs Ten Years Later: Where Do We Go From Here?. Review of industrial organization, v. 58, n. 1, p. 81-101, 2021.

<sup>11</sup> EECKHOUT, Jan. The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work. Princeton University Press, 2022.

O direito da concorrência, por óbvio, não é uma bala de prata no combate à inflação, sobretudo no curto prazo, visto existirem no País outras políticas públicas aptas e competentes para tal. Contudo, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), mas em especial o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) pode, sim, fazer parte de um esforço amplo para que se enderece problemas inflacionários não advindos exclusivamente de excesso de demanda, os quais são o principal foco das políticas atuais dos bancos centrais.

Por conseguinte, se é que o Cade e sociedade brasileira assim entenderão seu papel, ao centrar seus esforços na oferta, na produção e na prevenção e punição de abusos de poder de mercado, a autoridade da concorrência brasileira, embora não objetive tal consequência, muito contribui, no longo prazo, com o controle da inflação. A questão realmente interessante, mas que foge ao escopo do presente artigo, consistiria muito mais em se encontrar a métrica ideal que orientasse a relação entre ambas as políticas públicas em território nacional, preservando, ao mesmo tempo, concorrência e inflação como questões e assuntos diversos, ainda que eventualmente convergentes.

# **Perícia no Processo Administrativo do CADE: uma decisão histórica do STJ**

*Mauro Grinberg*

## **A decisão**

Em 08 de novembro de 2022 a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo Relator o Ministro Benedito Gonçalves, por unanimidade deu provimento ao Recurso Especial 1.979.138 que tratava da produção de prova no processo administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Assim, determinou a decisão que o Cade deve necessariamente deferir o pedido de prova pericial econômica. Essa decisão merece ser apreciada em dois pontos: (i) aplicação da Lei 9.784/1999 – chamada Lei do Processo Administrativo (LPA) – ao processo administrativo do Cade e (ii) consideração como não discricionário (e, portanto, vinculado) o ato da autoridade que deve deferir a prova.

## **Aplicação da LPA ao processo administrativo do Cade**

A decisão menciona expressamente o § único e seu inciso X, do art. 2º da LPA: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de” “garantia dos direitos (...) à produção de provas”. Assim, a decisão oferece uma determinação clara da aplicabilidade da LPA ao processo administrativo do Cade. Obviamente isso não deve se refletir apenas no que diz respeito à produção de prova mas, por exemplo, à interposição de recursos (mesmo dispositivo) e à vedação de aplicação retroativa de nova interpretação (mesmo parágrafo, inciso XIII).

## **Obrigatoriedade de deferimento de prova**

Como a decisão do Cade ocorreu sob a égide da Lei 8.884/1994, a decisão enfrentou o art. 43 daquele texto legal: “O

Conselheiro-Relator poderá (...) facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos”. Sobre este artigo, manifesta-se o voto condutor no STJ: “Não se pode tirar do art. 43 da Lei 8.884/1994 uma prerrogativa discricionária ao relator do CADE”.

Do mesmo voto condutor extrai-se o seguinte: “(...) em um contexto de exercício de direito sancionatório pelo Estado, o direito aplicado à espécie é diferente daquele que rege uma relação jurídica processual de natureza civil. (...) Como na hipótese, tendo por objetivo apurar a prática penalidade, o livre convencimento motivado, aplicável aos juízos de natureza cível, cede espaço à garantia legal de efetiva produção probatória do acusado”.

Assim, a decisão tira qualquer discricionariedade do Conselheiro-Relator em relação ao artigo em questão. A palavra “poderá”, no que diz respeito ao deferimento da produção de provas, deve ser entendida como “deverá”. Celso Antonio Bandeira de Mello bem explica o fenômeno: “(...) o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um ‘poder’ discricionário”<sup>1</sup>.

O mesmo autor conceitua: “*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*”<sup>2</sup>.

No caso examinado pela decisão, não havia dois caminhos para a autoridade. Com efeito, a natureza do procedimento

---

<sup>1</sup> “Discricionariedade e Controle Jurisdicional”, Malheiros, São Paulo, 1992, pág. 15a

<sup>2</sup> Obra citada, pág. 48

sancionatório estatal não permite ao Conselheiro-Relator outra decisão que não o deferimento da produção da prova. Trata-se, portanto, de ato vinculado porque, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a lei não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”<sup>3</sup>.

### **Lei 12.529/2011**

Poder-se-á alegar que, enquanto a Lei 8.884/1994, no seu artigo 43, falava que o Conselheiro-Relator “poderá” deferir a produção de provas, o art. 76 da Lei 12.529/2011 – a atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) – estabelece que “o Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize (...)”. Como o fato de poder deferir implica também em poder indeferir, a expressão “a seu critério” tem o mesmo sentido que “poderá”. Desta forma, a decisão do STJ tem aplicação em relação à LDC também.

É evidente que o Conselheiro-Relator não é obrigado a deferir todo e qualquer pedido de perícia; isso seria atentatório ao princípio da razoabilidade, inserido no caput do art. 2º da LPA como um dos princípios que a Administração Pública deve seguir em todos os processos administrativos. Mas as exceções são as trazidas pelo art. 464 do Código de Processo Civil (CPC), que permite o seu indeferimento quando “a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico”, “for desnecessária em vista de outras provas produzidas” ou “a verificação for impraticável”.

Essas exceções, todavia, devem ser interpretadas de modo restritivo, em homenagem ao direito à ampla defesa. Com efeito:

- (i) se duas pessoas confessam ter comparecido a uma reunião e combinado uma determinada conduta, a prova pericial é supérflua;
- (ii) no mesmo caso, a confissão torna desnecessária nova prova,

---

<sup>3</sup> “Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988”, Atlas, São Paulo, 2001, pág. 66

ficando claro que o CPC fala em prova “produzida” e não “a produzir” (não autorizando a autoridade a indeferir a produção de prova pericial porque há outras provas a serem produzidas, podendo a autoridade, quando muito, adiar a decisão); e (iii) a impraticabilidade da verificação pode ocorrer, por exemplo, quando o objeto da perícia está em uma zona de guerra ou conflagração.

Não se deve esquecer, também, do princípio da cooperação, constante do art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Isso significa que, em princípio e salvo evidência contrária, quando a parte requer a produção de prova pericial, não existe a tentativa de tumultuar o processo mas sim de cooperar para a sua solução, produzindo uma prova que poderá ser importante para uma boa decisão.

## **Conclusão**

Mantido o entendimento desta decisão histórica do STJ, tem-se que a parte acusada, quando um processo é distribuído a um Conselheiro-Relator no Cade, tem o direito de produzir a prova que entender necessária.

# Os Conselheiros e o Presidente do CADE: Análise de um Projeto

*Mauro Grinberg*

## **Introdução**

O noticiário de 13.12.2022 informa que a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) aprovou o Projeto de Lei 4.323/2019, de autoria do ilustre Deputado Eduardo Cury, que “altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, para dispor sobre os critérios de elegibilidade, vedações, impedimentos e o processo de escolha dos Conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, e dá outras providências”.

O presente texto, deixando de lado a melhor intenção e a boa descrição da melhor escolha, visa esclarecer sobre alguns problemas que resultam da sua aplicação, se o projeto se tornar lei da forma como está.

## **2. Escolha**

Começamos pelo §1º do art. 6º-A: “A escolha, pelo Presidente da República, do Presidente e demais Conselheiros do Cade a serem submetidos à aprovação do Senado Federal será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente do término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento”.

A delimitação da escolha, pelo Presidente da República, aos integrantes de uma lista tríplice (que pode ser tríplice, quádrupla ou sêxtupla) deve ser vista como um progresso, sendo que tal procedimento já existe no Poder Judiciário. Todavia, a incerteza sobre a comissão que deverá elaborar tal lista (“cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento”) deixa uma

dúvida razoável. Se o desejo é a transparência, a comissão deve ser logo prevista; exemplos: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, etc. Caso contrário, o Presidente da República, cujos poderes se objetiva limitar, não terá limites para a escolha da comissão que necessariamente indicará o candidato de sua predileção.

Na sequência, examinemos o art. 6º-B e seu inciso IV: “É vedada a indicação para o Tribunal Administrativo” “de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue em setor sujeito à regulação exercida pelo Cade ou que tenha matéria ou ato submetido à sua apreciação”.

### **3. Vedações**

À parte certa imprecisão terminológica (melhor seria “jurisdição” do que “regulação”), a participação direta ou indireta acima referida é extrema e desnecessariamente ampla, de modo a evitar nomeações daqueles que podem dar alguma contribuição ao Cade, sobretudo os provenientes do setor privado. É preciso lembrar que todos os setores econômicos, inclusive o Poder Público, estão sujeitos ao Cade, conforme o art. 31 da Lei 12.529/2011: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

Não pode restar dúvida a respeito da enorme abrangência da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Desta forma, excetuar da possibilidade do exercício de cargo no Cade uma “pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue em setor sujeito à regulação exercida pelo Cade” é tornar o Cade feudo de burocratas e/ou acadêmicos, embora nada se possa alegar contra uns nem contra outros, impossibilitando o acesso de quaisquer pessoas que tenham ligações mínimas com a iniciativa privada e/ou com certos cargos públicos.

#### **4. Substitutos**

Outro ponto a ser aqui abordado é a questão dos Conselheiros integrantes de uma lista de substituição, conforme prevê o art. 6º-C: “Durante o período de vacância que anteceder a nomeação de novo titular do Tribunal, exercerá o cargo vago um integrante da lista de substituição”.

Completa o §1º: “A lista de substituição será formada por 3 (três) servidores do Cade, ocupantes de cargos de direção, chefia ou equivalente hierárquico, escolhidos e designados pelo Presidente da República entre os indicados pelo Tribunal Administrativo, observada a ordem de precedência constante do ato de designação para o exercício da substituição”.

O problema não se encontra na forma de designação mas no fato de que o ato de julgar, inerente aos cargos dos Conselheiros (inclusive o Presidente) do Cade não pode nem deve ser exercido por quem não tenha sido aprovado pelo Senado Federal, de acordo com o Art. 6º: “O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal”.

Assim, para exercer tal cargo, é preciso que o nomeado tenha sido aprovado pelo Senado Federal (como, por exemplo, os Embaixadores que representam o país. Esta necessidade bem demonstra a importância da aprovação, que confere a chancela democrática ao exercício do cargo. A lista de substituição só pode existir se seus integrantes forem tiverem a aprovação senatorial, o que não consta do projeto e, além do mais, poderá trazer um encargo desnecessário para o Senado.

#### **Conclusão**

Há pontos muito interessantes no projeto comentado. Todavia, procurou-se aqui abordar apenas os pontos que devem impedir a transformação em lei do texto original do Projeto.

## **Uma recomendação e suas possíveis consequências e não consequências**

*Mauro Grinberg*

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

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

Começemos com o seu objetivo declarado: “maximizar a segurança jurídica” e “impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência”. Há aqui uma presunção, embora relativa, de que as partes acusadas querem minimizar a segurança jurídica e comprometer a política de defesa da concorrência. Além de ignorar o princípio da cooperação, instituído pelo art. 6º do Código de Processo Civil (“os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), a Recomendação parte da ideia de que a parte contrária ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) está sempre do lado culpado, eliminando assim o princípio da inocência até prova em contrário (Constituição Federal, art. 5º, LVII:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

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

Sidney Sanches, em curta obra-prima anterior ao atual CPC, bem definiu o “*fumus boni iuris*”: “Consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente, em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou, então, a ser instaurado”<sup>1</sup>. E quanto ao “*periculum in mora*”: “probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante na demora do ajuizamento ou no processamento e julgamento desta”<sup>2</sup>. Se encontrados esses requisitos, a tutela de urgência deve ser concedida, ainda mais porque ela pode ser revogada a qualquer tempo (CPC, art. 296: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”). Assim, se, mais adiante, os fundamentos para a concessão da cautela se revelarem inexistentes ou mesmo fracos, o próprio magistrado ou a instância superior podem revogar a medida.

Mas aí vem a pergunta: quando é possível ouvir previamente o Cade? Vamos examinar aqui duas hipóteses, a primeira das quais envolve uma empresa condenada pelo Cade a multa milionária mas que entende descabida a condenação ou até mesmo a multa aplicada, por entende-la confiscatória. Há um prazo

---

<sup>1</sup> “Poder Geral de Cautela”, RT, São Paulo, 1978, pág. 43

<sup>2</sup> Obra e pág. citadas

para o cumprimento da decisão do Cade (pagamento da multa e eventuais condenações acessórias) e, se não cumprido o prazo, pode ocorrer a inscrição na Dívida Ativa e as suas consequentes limitações, inclusive o impedimento de contratar com o Poder Público e as consequências negativas no próprio mercado. Numa situação como esta, se o Juiz ouvir o Cade antes de proferir seu despacho, este, se for positivo para o litigante, será inócuo pois as consequências já terão sido observadas e os danos já verificados.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “as tutelas antecipada e cautelar são incompatíveis com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente”<sup>3</sup>. Assim, nas palavras do CPC e na interpretação do autor, já se terão verificado o “dano” e o “risco ao resultado útil do processo”. Assim, se a concessão tiver que aguardar a manifestação do Cade – ou, para este efeito, qualquer manifestação –, ter-se-á a perda do direito.

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

Seguindo no exame do texto da Recomendação, o que ela procura minimizar são os “efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar”. Mas não se pode presumir que o

---

<sup>3</sup> “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência”, RT, São Paulo, 2018, pág. 13

direito de demandar seja abusivo. Ao contrário, a presunção é de legitimidade e o magistrado deve considerá-la desta maneira, até decisão final. Não se pode presumir que o demandante quer levar ao “comprometimento da política de defesa da concorrência”. Ao contrário, mirando-se o art. 6º do CPC, o demandante está apresentando contribuição ao bom desenvolvimento do processo.

Não há motivo lógico para concluir previamente que qualquer das partes envolvidas está certa ou errada. Como dizem Pollyanna Vilanova e Isabel Jardim, “não se descarta que o mérito das decisões do Cade pode e, em alguns casos *deve* ser revisto pelo Poder Judiciário, no entanto, a complexidade do Direito Concorrencial deve ser levada em consideração na análise dos tribunais, bem como os possíveis impactos no mercado”<sup>4</sup>.

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

---

<sup>4</sup> Recomendação CNJ nº 135/22 e a Judicialização das Decisões do Cade”, Consultor Jurídico, 20/09/2022

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

*Márcio de Oliveira Junior & Fernando Boarato Meneguín.*

## 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 position<sup>1</sup>.

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 join<sup>2</sup>. 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 ruling<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Totalpass also presented evidence to CADE that Gympass had imposed most-favorable nation clauses (MFN) to gyms, and exclusivity clauses to corporate clients.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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

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 exclusivity enables competitors or potential entrants to operate above the minimum efficient scale (MES). If this is the case, the market remains contestable<sup>4</sup>. Consequently, there is no

---

exclusivity clauses last only for the period necessary to ensure the pay-back on the investment.

<sup>4</sup> 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-concorrenca-30072021>

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)<sup>5</sup> 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 -

---

<sup>5</sup> Evans, D. S. How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups. In: Gawer, A. *Platforms, Markets and Innovation*. US: Edward Elgar, 2010.

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 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)<sup>6</sup> 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

---

<sup>6</sup> Zhu, F. e Iansiti, M. Entry into Platform-Based Markets. *Strategic Management Journal*, Vol. 33, N. 1 (January 2012), pp. 88-106.

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.

## Petrobras: para onde e para quem?

*Lucia Helena Salgado & Rogerio Studart*

Não é de hoje que as grandes corporações de petróleo e gás vem alterando os parâmetros do seu planejamento estratégico para uma transição energética em combustíveis renováveis. Em tempos de emergência climática, as razões morais para uma transição energética são evidentes. Mas há uma racionalidade econômica forte por detrás desta decisão: a sobrevivência dos seus negócios. A Petrobrás, entretanto, parece navegar outros mares. Esta dissintonia é um risco para a empresa, e deveria preocupar o seu principal acionista: o povo brasileiro.

Um rápido exame dos sítios na internet e balanços das grandes empresas de energia revela o esforço comum despendido nesta direção. E há pelo menos duas interrelacionadas razões que justificam tal estratégia. Por um lado, a utilização de combustíveis fósseis é uma das principais causas de emissão de gás de efeito estufa, e por conseguinte, da mudança climática. Isto faz com que somente cresça a pressão pública para que essas empresas ajudem com a solução do problema. Esta mesma pressão acaba redundando em mudanças regulatórias ou comportamentais que tendem a deprimir a demanda no médio prazo. O que leva a um segundo motivo: as empresas que exploram os combustíveis fósseis temem tornarem-se “ativos encalhados” (“stranded assets” em Inglês). Ou seja, receiam que uma inevitável transição para uma economia global de baixo carbono elimine as que dependem de combustíveis fósseis economicamente inviáveis. Não por outra razão, a maioria das grandes empresas globais - como Equinor, de capital misto, a BP e Shell, privadas, e mesmo as estatais chinesas - clamam estar se preparando para se tornarem empresas de energia proveniente de diferentes fontes renováveis, em cuja tecnologia e desenvolvimento vêm investindo de forma consistente.

Até há poucos anos, a Petrobras caminhava na mesma direção. Já em janeiro 2019, a condução da empresa, indicada pelo governo Jair Bolsonaro, decidiu de forma inequívoca abandonar os

promissores projetos em energia renovável então em curso. Na época, o presidente da companhia, um dos três indicados pelo atual governo, alegava, em coletivas à imprensa: “se decidirmos entrar no jogo [das energias renováveis] queremos entrar para vencer, não vamos nos apressar sem pensar só porque outras grandes empresas de petróleo estão fazendo isso.” Esta fala traduz a lógica financista que a empresa passou a assumir de maneira radical.

E de onde se extrai mais valor no curto prazo, com um mínimo investimento, e gerando lucros líquidos recordes distribuídos em dividendos para alegria dos acionistas? Das atividades de extração de petróleo bruto e gás, de jazidas já descobertas, sobretudo do pré-sal. Redefinido o foco da empresa nas atividades *upstream*, a nova condução decidiu pela venda dos ativos relacionados às atividades *midstream* e *downstream*, do refino à distribuição e revenda. E para robustecer ainda mais os ganhos de curto prazo, decidiu-se pela venda de ativos, como transporte de gás e participações detidas em campos produtivos de petróleo. Não é surpreendente, portanto, que já no 2º trimestre de 2019, a empresa tenha obtido lucro recorde de R\$ 18 bilhões, após venda de ativos da ordem de R\$ 34,5 bilhões.

Ainda no mesmo ano, a empresa pôs em prática o plano de reduzir seu escopo de atividade, vendendo o controle da maior distribuidora brasileira, a BR. E assina, por sua iniciativa, acordo com o CADE para a venda de oito refinarias como contrapartida do arquivamento de investigação sobre suposto abuso de posição dominante. Importante notar que os efeitos presumidos sobre “aumento da concorrência” com a venda desses ativos (refinarias regionais interligadas por dutos de transporte e distribuição, cada qual representando genuínos monopólios naturais) não resistem a uma análise técnica mais cuidadosa. Tampouco fica de pé a presunção de que a magia da “abertura do mercado” à importação iria levar a introdução da concorrência no mercado de combustíveis. De fato, passados seis anos da adoção de política de preços de paridade internacional no governo Temer, a participação das importações na oferta doméstica de combustíveis é de 8% para gasolina e 23% para diesel.

Talvez ainda mais impressionante, desde 2016, com aval governamental, a Petrobras passou a se comportar como se o acionista principal já não fosse a União, estando a empresa liberada de perseguir objetivos de longo prazo, colaborando com o planejamento energético do país. O parâmetro adotado passou a ser o preço de paridade internacional (PPI), que na prática representa equivalência com o preço de importação – supostamente para estimular a concorrência com importadores, quando dados da ANP indicam que as importações somente respondem por 8% do total da gasolina e 23% do diesel comercializados internamente. De fato, o plano posto em marcha a partir de 2019 é concentrar-se no que rende lucro de monopólio de imediato, desfazendo-se de ativos à montante, à jusante (refinarias, distribuidora, dutos de transporte) bem como em segmentos estratégicos como insumos para fertilizantes e defensivos agrícolas (que o país até o presente não produz e do qual depende como de oxigênio), usinas eólicas e outros.

O objetivo de “é proibido perder dinheiro”, anunciado pelo presidente da empresa ainda em 2019 está expresso nas duas distribuições recorde de dividendos no ano de 2022: conforme apuraram as entidades sindicais, que tentaram judicialmente suspender a distribuição, a empresa, sob protestos, entregou aos seus acionistas R\$ 180 bilhões apenas em 2022 – marca jamais atingida por qualquer das empresas do setor –, contra R\$ 17 bilhões previstos em investimentos no mesmo ano. Enquanto a Equinor, BP, Shell e Total investem em ativos eólicos solares e *onshore* no Brasil, o maior acionista da Petrobras decidiu instar a empresa a abandonar o futuro, e concentrar-se na atividade mais lucrativa a curto prazo, a extração em águas profundas, para satisfação dos acionistas privados. Tornou-se, assim, uma peça a mais da estratégia centrada no desmonte de políticas públicas, na implosão de suas capacidades, e na venda de ativos e saída de segmentos.

O resultado deste comportamento? No momento em que todo mundo busca a segurança energética, no Brasil, a importação de petróleo ainda é necessária, visto que o óleo mais leve trazido de outras fontes é misturado ao nacional para torná-lo adequado à produção de combustível. O refino do petróleo extraído nas bacias brasileiras, em quantidade superior ao consumo, demandaria

investimentos para modernizar e adaptar refinarias que foram projetadas para um tipo de petróleo mais leve que só recentemente, no Pré-Sal, passou a ser produzido no país. Não à toa, das oito refinarias que o Cade determinou a venda pela Petrobras em 2019, decisão aplaudida e apoiada pelo governo, apenas duas encontraram até agora interessados. Por sinal, apesar da justificativa oficial sobre a necessidade de “quebrar monopólios”, a venda de dutos de transporte e refinarias, em diferentes mercados relevantes geográficos, dará origem a monopólios regionais.

Impressiona que, em um momento em que o Brasil poderia ganhar com uma transição energética para baixo carbono, a maior empresa de energia do país é instada a operar movida pela ingênua crença de que a concorrência se estabelecerá por meio de algumas poucas oportunidades e incentivos. Em realidade, transformamos um monopólio público de direito em um monopólio privado de fato, que decide, às expensas da sociedade, maximizar seus lucros de monopólio, enquanto abre mão de sua capacidade de planejamento energético de longo prazo do país, desenvolvendo fontes de energia renováveis, pesquisa em novos insumos, em bio-fertilizantes e bio-defensivos, em tecnologia de reciclagem de resíduos, tudo o que em um horizonte mais largo se mostra absolutamente indispensável para a retomada de desenvolvimento em bases sustentáveis.

É uma *démarche* anacrônica, despida de qualquer resquício de estratégia de desenvolvimento. Os acionistas privados minoritários batem palmas à esta bizarra abdicação do direito e da responsabilidade do acionista majoritário - o Estado brasileiro.

## Ainda sobre Desvios, Abusos e Usurpações: o CADE na contramão da própria história

*Lucia Helena Salgado*

Há pouco, no dia 10 de setembro, o CADE completou 60 anos como a autoridade brasileira de defesa da concorrência. No desenrolar dessas seis décadas, a trajetória da instituição tem refletido com precisão o desenrolar da História contemporânea do país. O CADE conheceu um longo período ofuscado pelo intenso dirigismo estatal da economia durante o regime militar. O advento da Nova República representou uma verdadeira primavera para a instituição, com a indicação de juristas notáveis, como Isabel Vaz e Mauro Grinberg. O rito de passagem para a maioria como instituição, identidade essa conferida pela lei 8.884/94, foi conduzido por agentes públicos do calibre de Neide Malard e Rui Coutinho, que não poderiam traduzir melhor os critérios legais de notório saber e ilibada reputação.

O momento em que o CADE como autoridade antitruste alcança a maioria não por acaso coincide com aquele em que se gestava o Plano Real, os programas de transferência direta de renda e a reforma do Estado, com a introdução de novos atores, as Agências Reguladoras, e novas formas de gestão de setores de infraestrutura. Foi em meados dos anos 1990, que o CADE inaugura o desenho de “agência reguladora”, como autarquia dotada de autonomia decisória e recursos necessários para o *enforcement* legal (como capacitação técnica, procuradoria especializada e institutos como medidas preventivas e sancionadoras e ordens de cessação). No curso das mais de duas décadas, já neste século, sucessivas composições memoráveis da autoridade brasileira – sempre primando pela excelência técnica e a submissão ao interesse público – lograram difundir a cultura da concorrência, obtendo sucesso na alteração de padrões de conduta de firmas no mercado, firmar jurisprudência, propor ao legislativo aperfeiçoamentos ao *enforcement* legal – como os instrumentos de busca e apreensão e acordos de leniência firmados em casos de

cartel. Foi o processo que levou a instituição à maturidade, com a promulgação da lei 12.529/11, que confirmou os avanços anteriores, corrigiu falhas e lapidou o desenho institucional da autoridade.

Esse processo de amadurecimento do CADE, no curso do qual firmou reputação que ultrapassa fronteiras pela qualidade e independência de suas decisões, acompanhou um processo mais amplo de construção institucional, inaugurado com a promulgação da Constituição Cidadã e moldado de forma especial pelos princípios da boa governança – autonomia, transparência e fundamentação técnica das decisões e prestação de contas à sociedade soberana. É com profundo assombro, portanto, que se recebe a notícia de que o atual presidente do CADE determinou de ofício à Superintendência Geral a abertura de inquérito administrativo para apurar suposta conduta colusiva de institutos de pesquisa de opinião em razão de erros de previsão semelhantes incorridos nos levantamentos de intenção de voto a candidatos à Presidência da República.

O desenho institucional do CADE, fortalecido pelo compromisso de seus integrantes – dirigentes e corpo técnico – com o cumprimento estrito das melhores práticas de governança, manteve-o por muito tempo infenso ao fenômeno que a literatura especializada denominou como captura. A reputação de qualidade técnica das decisões, por outro lado, sempre inibiu indicações fundadas no apadrinhamento político. Essas salvaguardas, contudo, demonstram perder força quando as instituições que sustentam o Estado de Direito – como as eleições – sofrem continuado ataque.

A determinação para que a SG abra inquérito para apurar suposto cartel entre institutos de pesquisa não encontra qualquer fundamento na Economia e no Direito Antitruste; os elementos econômicos básicos estão ausentes, a começar pela racionalidade da conduta: conluíus quando organizados intencionam afetar artificialmente quantidades e preços visando maximizar lucros conjuntos. Não há teoria do dano fundada em teoria ou jurisprudência de defesa da concorrência capaz de descrever como hipótese a racionalidade de institutos de pesquisa combinarem

errar resultados de pesquisas de intenção de voto para assim maximizarem lucros no mercado de *surveys* de opinião.

A ilação de que haveria “uma ação orquestrada dos institutos de pesquisa na forma de cartel para manipular em conjunto o mercado e, em última instância, as eleições” (SEI/CADE – 1133237 – Ofício) revela um espantoso desconhecimento da economia aplicada à defesa da concorrência, do escopo da legislação em defesa da concorrência e das competências legais do CADE. Em última análise, estamos diante de um flagrante desvio de finalidade e de vício de competência, condutas incorridas por parte do dirigente do CADE que ferem mortalmente a reputação construída pela instituição em décadas de esforço coletivo de seus integrantes e da comunidade antitruste que a acompanha e respeita.

Em editorial do último dia 15/10<sup>1</sup>, a *WebAdvocacy* descreveu com perfeito didatismo o porquê da economia antitruste não se aplicar à análise de pretensa conduta de institutos de pesquisa de opinião, além de explicar as características básicas de uma análise estatística – algo que se esperaria ser de conhecimento da presidência do CADE, saber elementar que jamais faltou aos ocupantes desse importante cargo de Estado. Àquela análise, caberia acrescentar apenas uma conjectura: os *surveys* de opinião seguem metodologia estatística consagrada, usualmente supondo uma distribuição gaussiana (normal) da população. Contudo, o distanciamento entre resultados de pesquisa e resultados concretos de eleições na atualidade – como na eleição presidencial estadunidense de 2020 e nos referendos do Brexit também em 2020 e do projeto de Constituição chilena em 2022 – apontam para a necessidade de revisão da metodologia que supõe a distribuição normal da população (em formato de sino). É plausível supor que

---

<sup>1</sup> WEBADVOCACY. Resultados semelhantes e distantes do efetivamente verificado são indícios de cartel capazes de merecer inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica? Vamos à teoria antitruste!!! – WebAdvocacy. Editorial. 15 de outubro de 2021. Disponível em: Resultados semelhantes e distantes do efetivamente verificado são indícios de cartel capazes de merecer inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica? Vamos à teoria antitruste!!! – WebAdvocacy.

a divisão recente das sociedades entre posições inconciliáveis esteja gerando distribuições assimétricas de frequências, a serem melhor representadas por outros formatos de função.

Como é consabido, na mesma data de publicação do fatídico ofício do Presidente do CADE a seu Superintendente, a Presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tornou de pronto sem efeito a decisão de instaurar o referido inquérito administrativo, entendendo haver usurpação de competência da Justiça Eleitoral e indícios de abuso de poder político. Determinou ainda o envio do despacho à Corregedoria-Geral Eleitoral e à Procuradoria-Geral para apuração das irregularidades cometidas. Aguardemos com paciência – e confiança na solidez institucional do CADE – os resultados das apurações serem promovidas pelo TSE.

Mais uma vez, o instituto dos pesos e contrapesos, um dos pilares da engenharia institucional que sustenta o Estado de Direito, veio em socorro de nossa jovem Democracia. Que o funesto episódio sirva de alerta à Sociedade, para que esta atente à seriedade da exigência imposta pelo Legislador quando estabeleceu requisitos de notório saber e ilibada reputação aos indicados pela Presidência e sabatinados e aprovados pelo Senado da República para exercer mandato seja nas Agências Reguladoras, seja no CADE.

## **“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 pornografia<sup>1</sup>.

Com preços abusivos<sup>2</sup> 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 renda<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> *Jacobellis v. Ohio*

<sup>2</sup> Ou excessivos, da expressão comum nas jurisdições europeias.

<sup>3</sup> 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](http://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>

A lei batizada de *Inflation Reduction Act*<sup>4</sup> 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”<sup>5</sup> - desde que não sujeitos à interferência artificial pelo governo.

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

---

<sup>4</sup> <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/5376/text>

<sup>5</sup> Não por outro motivo, é conhecida como “Teoria dos Preços”.

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 lucro<sup>6</sup>. 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*<sup>7</sup>, 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 OCDE<sup>8</sup> 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)

---

<sup>6</sup> Max Weber, *Ética Protestante e O Espírito do Capitalismo* (edição comemorativa de 100 anos de publicação) Companhia das Letras, 2004.

<sup>7</sup> <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.

<sup>8</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

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.<sup>9</sup>

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\$ 2,000<sup>10</sup>. Ademais, contrariando décadas de crença ultraliberal na inviolabilidade do direito da indústria de precificar sem limites, a lei prevê medidas para obrigar farmacêuticas a absorver parte dos custos de fabricação de medicamentos cujos preços têm subido acima da inflação.<sup>11</sup>

Contudo, por impactantes que se apresentem, as medidas acima representam apenas os primeiros passos em direção a um

---

<sup>9</sup> 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 130<sup>th</sup> OECD Competition Committee meeting on 27-28 November 2018).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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>

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 mercado<sup>12</sup> 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<sup>13</sup>. 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

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> (*U Brands e U. Brands Continental v Commission*, 27/6- 1978)

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 indústria<sup>14</sup>. 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.

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”.

---

<sup>14</sup> 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](http://www.researchgate.net) consultado em 1/1/2021.

## **Requisitos para participação como terceiro interessado em Processos de Análise de Concentração Econômica no CADE**

*Kemil Raje Jarude*

O Processo de Análise de Atos de Concentração Econômica no contexto da Lei 12529/11 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC) se insere enquanto mecanismo de atuação preventiva da autoridade antitruste quanto a proposta de alteração de uma determinada estrutura de mercado. Nesse sentido, a avaliação de dada estrutura de mercado se coloca sob o desafio de encontrar parâmetros os mais concretos possíveis para tal análise, o que só pode ser feito com a própria participação dos agentes de mercado envolvidos bem como os que possam a vir ser afetados pela alteração de uma estrutura de mercado.

Não à toa, a submissão de uma operação econômica perante o CADE conta com o papel primordial das partes, que trazem informações perante o órgão para a sua avaliação. Entretanto, o olhar da autoridade também se baseia em informações próprias e em informações de terceiros, que podem ser obtidos a pedido do CADE ou quando do pedido de tais terceiros em participar de todo o processo de análise de um ato de concentração.

Dada o maior poder de intervenção desse terceiro quando se habilita a participar do escrutínio de tal avaliação é que surge a necessidade da imposição de critérios objetivos para a sua participação, temática que será discutida a seguir.

### **Quando é possível ingressar com pedido de terceiro interessado?**

Uma vez que os agentes envolvidos diretamente em uma operação econômica apresentam o seu pedido de análise de ato de concentração nos termos indicados na Resolução CADE nº

33/2022, então é publicado o edital dando publicidade a análise deste ato de concentração, nos termos do Art. 111, parágrafo único do Regimento Interno do CADE (RICADE)<sup>1</sup>.

Portanto, a publicação do edital no Diário Oficial da União (DOU) é o gatilho que determina a contagem do prazo para que outros agentes econômicos venham a se apresentar como terceiros interessados. É preciso que se esclareça que a contagem do prazo se inicia no primeiro dia útil após a publicação do edital no DOU, nos termos Art. 62, I, RICADE<sup>2</sup>.

E qual é o prazo? De acordo com o Art. 118 do RICADE é de 15 dias após a publicação do edital no DOU, no que se reitera aqui que tal prazo se inicia no primeiro dia útil posterior a sua publicação no DOU<sup>3</sup>.

Como expresso anteriormente, o papel do terceiro interessado é justamente o de auxiliar a autoridade antitruste a ter maior clareza quanto aos impactos de uma operação econômica junto ao restante do mercado, no que se insere o próprio terceiro interessado. Assim, o Art. 118, §1º do RICADE determina que o terceiro interessado apresente documentos que demonstrem de que forma seus interesses serão afetados por uma dada operação econômica<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> RICADE. Art. 111. Parágrafo único. Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital.

<sup>2</sup> RICADE. Art. 62. Aplicam-se aos prazos as disposições normativas estabelecidas na lei, em especial: I - os prazos começam a correr a partir do primeiro dia útil subsequente à publicação no Diário Oficial da União ou da juntada do instrumento, do aviso ou do comprovante cumprido nos autos, ou da confirmação de acesso eletrônico aos autos ou qualquer outra forma de ciência inequívoca do ato;

<sup>3</sup> RICADE. Art. 118. O pedido de intervenção de terceiro interessado cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração econômica deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias da publicação do edital previsto no parágrafo único do art. 111, e será analisado nos termos do art. 43.

<sup>4</sup> RICADE. Art 118. § 1º O pedido de intervenção deverá conter, no momento de sua apresentação, todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações, sob pena de indeferimento

Caso o terceiro interessado entenda que no prazo dos 15 dias não terá plenas condições de levantar todas as informações que crê serem necessárias, então o que deve ser feito é a apresentação do pedido de ingresso como terceiro interessado conjunto com um pedido de dilação de prazo para o levantamento mais robusto de tais informações e documentos<sup>5</sup>.

### **Uma exceção quanto a atos de concentração em rito sumário**

Dessa forma, o que é possível observar é que após a publicação do edital, temos a possibilidade de ocorrência de uma situação em que o terceiro interessado tenha apresentado o seu pedido ao final dos 15 dias pós-edital e requerido mais 15 dias para levantamento das informações, totalizando 30 dias pós-edital. Porém, diante de atos de concentração submetidos em rito sumário, então há a possibilidade de que a Superintendência-Geral aprove o ato de concentração em prazo inferior a 30 dias<sup>6</sup>.

Caso isso aconteça, impedindo uma eventual análise das informações a serem trazidas pelo terceiro interessado, caso a aprovação ocorra entre 15 e 30 dias, ou mesmo antes do próprio pedido de intervenção, caso ocorra antes dos 15 pós-edital. Nestes casos, o pedido de terceiro interessado deve ser apresentado não mais ao Superintendente-Geral, mas sim ao Presidente do CADE<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> RICADE. Art. 118. §2º A critério da Superintendência-Geral ou do Presidente, quando for o caso, poderá ser concedida dilação de até 15 (quinze) dias ao prazo referido no caput a pedido do terceiro interessado quando estritamente necessário para a apresentação dos documentos e pareceres referidos no §1º.

<sup>6</sup> Vide Resolução CADE nº 33/2022. Art. 7º §2º. A Superintendência-Geral deve observar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, para decidir os atos de concentração enquadrados em Procedimento Sumário e que não sejam reclassificados para análise em Procedimento Ordinário

<sup>7</sup> RICADE. Art. 118. §5º Nos casos previstos no §4º, em que a decisão da Superintendência-Geral for exarada antes do decurso do prazo previsto no caput, o pedido de intervenção de terceiros poderá ser dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal, respeitado o prazo previsto no caput.

## **E quais ferramentas processuais são disponibilizadas ao terceiro interessado?**

De forma geral, pode-se dizer que o ingresso de terceiros interessados em processos de análise de ato de concentração econômica se dá pela discordância de tais interessados frente a operação econômica sob análise. Até o momento, já foi citado o primeiro instrumento disponibilizado a tais terceiros que é a apresentação de informações para SG ou mesmo para o Presidente do CADE, que também preside o Tribunal do órgão. Assim, caso o uso da primeira ferramenta não seja capaz de convencer a SG para impugnar o ato de concentração em tela, então ao terceiro interessado é dada uma segunda ferramenta, que é a apresentação de recurso caso a SG aprove o ato de concentração.

A possibilidade de apresentação de recurso é um mecanismo de provocação do Tribunal do CADE no sentido de reavaliar a decisão tomada pela SG<sup>8</sup>. Na hipótese de não haver terceiros interessados, então essa possibilidade só poderia ser exercida mediante avocação de algum dos Conselheiros do Tribunal<sup>9</sup> ou, ainda, por agência reguladora<sup>10</sup>, caso tal ato de concentração envolvesse algum mercado regulado.

Interposto o recurso, então será sorteado um Conselheiro-Relator para o caso, que deverá, no prazo de 5 dias úteis, encaixar o recurso em umas das três hipóteses possíveis: I – determinar a inclusão do recurso já para julgamento, caso entenda que o recurso já possui robustez suficiente para tanto; II – determinar a execução de instruções complementares; ou III – não conhecer o recurso por

---

<sup>8</sup> Lei nº 12.529/2011. Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados (...).

<sup>9</sup> Lei nº 12.529/2011. Art. 65. II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

<sup>10</sup> Lei nº 12.529/2011. Art. 65. I – (...) ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

entender que não possui pertinência, mantendo a decisão da SG e arquivando o recurso.

**Critérios apresentados no Ato de Concentração nº 08700.003959/2022-35 quanto a admissibilidade de recursos apresentados por terceiros interessados**

Como vimos, o ingresso como terceiro interessado prevê a utilização de duas ferramentas, de maneira geral, de maior intervenção no processo administrativo de análise de concentração econômica: (i) a entrega de documentos e informações quando do próprio pedido de ingresso; e (ii) a interposição de recurso quando da aprovação da operação pela SG para análise do caso pelo Tribunal do CADE.

Publicada a decisão da SG, os terceiros interessados devidamente habilitados têm o prazo de 15 dias para interpirem seus recursos, no que determina o RICADE no seu artigo 122, I<sup>11</sup>.

Quanto a essa segunda ferramenta, por assim dizer, é interessante analisar uma recente decisão do Conselheiro Luiz Hoffmann, sorteado relator, no AC nº 08700.003959/2022-35, que trata da fusão entre as operadoras de planos de saúde Rede D'Or e Sulamérica. Esse caso contou com o ingresso de 9 terceiros interessados, a saber: Real e Benemérta Associação Portuguesa de Beneficência, Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírto Libanês, Hospital Alemão Osvaldo Cruz, Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, Fundação Antônio Prudente - AC Camargo Câncer Center, Associação Beneficente Sírta - Hospital do Coração, Hospital Mater Dei S.A., Supermed Administradora de Benefícios Ltda. e Benevix Administradora de Benefícios Ltda.

---

<sup>11</sup> RICADE. Art. 122. No prazo de 15 (quinze) dias contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração ou não conhecê-lo: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados habilitados no processo, nos termos do art. 118, ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

Em seu despacho, o relator indicou a necessidade de que os recursos apresentados deveriam obedecer aos requisitos do Direito Processual Civil. Interessante notar que, pelo menos nesse caso específico, o relator indica que a observância aos requisitos de Processo Civil se baseia em precedentes do CADE. De toda forma é sempre importante lembrar que se aplicam subsidiariamente a LDC o Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor<sup>12</sup>.

### **Análise dos requisitos recursais apresentados no caso**

O relator seguiu fazendo a análise a partir de “requisitos intrínsecos” e “requisitos extrínsecos”, sendo que: “requisitos intrínsecos de (i) cabimento; (ii) legitimidade recursal; (iii) interesse recursal; e (iv) inexistência de ato impeditivo de recurso; e os requisitos extrínsecos de (i) tempestividade; (ii) preparo; e (iii) regularidade formal.<sup>13</sup>” (grifos nossos)

A referência doutrinária utilizada para fins de interpretação da aplicação de tais requisitos foi o Curso de Direito Processual Civil dos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro Cunha.<sup>14</sup>

No Despacho, o relator analisa o preenchimento de cada um destes elementos em relação aos recursos de cada terceiro interessado. A seguir, vamos identificar o que o relator buscou avaliar em relação a cada ponto<sup>15</sup>:

---

<sup>12</sup>Vide. Lei nº 12.529/11. Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

<sup>13</sup> Vide Despacho Decisório 13/2022 no AC nº 08700.003959/2022-35 (SEI 1154190)

<sup>14</sup> Vide Nota 3 do Despacho supracitado: “DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. Curso de Direito Processual Civil. Vol.3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8.ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p.44.”

<sup>15</sup> Vide Despacho 13/2022 supra.

## **Requisitos intrínsecos**

**Cabimento:** segundo indica o Conselheiro Hoffmann, o recurso é o mecanismo indicado pelo RICADE e pela LDC para questionar decisão de aprovação de ato de concentração e, por ser o meio adequado, então haveria então o cabimento.

**Legitimidade recursal:** para o relator, a legitimidade recursal decorre da previa habilitação do recorrente enquanto terceiro interessado.

**Interesse recursal:** aqui, o interesse recursal decorreria da argumentação em oposição a decisão recorrida nos termos previsto pelo RICADE, Art. 122, §1º.

**Inexistência de ato impeditivo:** aqui é necessário observar se o recorrente não teria eventualmente de forma prévia expressado desistência, renúncia ou aquiescência. Em caso negativo, então cumprido o requisito.

## **Requisitos extrínsecos**

**Tempestividade:** conforme até mesmo já indicado mais acima no texto, o prazo é de 15 dias contados da decisão de aprovação do ato de concentração pela SG/CADE nos termos da LDC, Art. 65 e RICADE, Art. 122, I.

**Preparo:** a constelação legal sobre o assunto não indica a necessidade de preparo como condicionante para esta espécie de recurso, portanto se trata de requisito *nullus effectus*, por assim dizer.

**Regularidade formal:** este requisito resume, de forma geral, os elementos anteriores, trazendo a necessidade da recorrente em utilizar a via adequada indicada pela lei ou regulamento, motivação adequada em relação aos pontos questionados, além de indicar de forma clara os pedidos pretendidos pelo recurso.

**E caso um agente de mercado se manifeste mesmo não tendo se habilitado enquanto terceiro interessado?**

Como vimos, a participação de terceiros em um processo de análise de concentração econômica tem também o papel de auxiliar a autoridade antitruste a avaliar uma operação econômica sobre bases mais sólidas e com uma referência mais ampla sobre uma dada realidade econômica, que pode não ser a mais precisa possível quando se leva em consideração apenas as informações trazidas pelas partes e pelo próprio CADE.

Entretanto, a participação de terceiros também levanta o risco de algo próximo a um “*moral hazard*” na medida em que tais terceiros possam estar atuando apenas de má-fé e, portanto, a existência de filtros como a prévia habilitação possuem o intuito de mitigar tal risco.

De toda forma, é importante que se mencione o fato de que manifestações de terceiros que não tenham se habilitado como interessados possam ser recebidos sob o Direito de Petição ao qual está obrigada a Administração Pública.

No caso em análise, Bradesco e o Real Hospital Português de Recife tiveram suas manifestações, que foram apresentadas na forma de recursos mesmo não tendo se habilitado devidamente, recebidas pelo relator sob exercício de direito de petição.

E qual a diferença? A diferença reside nos efeitos. Enquanto que as manifestações dos agentes que não foram devidamente habilitados possam a vir a influência a convicção do julgador, apenas as manifestações na forma de recurso dos agentes devidamente habilitados é que podem possuir efeitos em termos de terem seus pedidos acatados enquanto medidas de intervenção na instrução do caso de modo a terem seus argumentos comprovados em contraposição ao exposto pelas requerentes.

## **Conclusões**

O tema da intervenção de terceiros interessados em processos de análise de atos de concentração econômica no CADE não é dos temas que mais instigam o fervor em debates no tema do antitruste.

Porém, como a experiência mostra, as grandes disputas são resolvidas nos detalhes. Conhecer e saber utilizar essa ferramenta de forma adequada pode ser a chave para que uma operação econômica sob análise do CADE tenha o seu destino completamente alterado, sobretudo em situações em que alguma das partes não esteja amparada por especialistas no tema.

Obviamente, o caso indicado acima representa a visão de um conselheiro e não de todo o plenário, pois o despacho, até o momento da finalização deste artigo, não fora ainda homologado pelo plenário. Ademais, a composição do plenário mudará significativamente no ano de 2023 com a entrada de 04 novos conselheiros.

Mesmo feito esse esclarecimento, é importante destacar que a posição do Conselheiro Hoffmann em pouco inova em relação a decisões anteriores e tenta dar parâmetros os mais objetivos possíveis para a análise desta questão, o que sempre é importante em termos de segurança jurídica.

Assim, embora a decisão analisada não possa ser tomada como “*ex cathedra*”, ela se mostra como um referencial importante para advogados e pesquisadores que desejem ter uma noção técnica e objetiva deste assunto.

## **“Então é Natal”: a necessidade de Cooperação interadministrativa na agenda brasileira de proteção de dados do consumidor**

*Juliana Oliveira Domingues*

*“Loucura é querer resultados diferentes fazendo tudo exatamente igual!”*

*Albert Einstein*

Entramos em dezembro de 2022.

Já conseguimos ouvir a velha canção “então é Natal” da cantora Simone, tocando em todo Brasil. Chega a ser curioso que um povo tão criativo como o brasileiro não consiga mudar o enredo natalino, há muitos natais. Neste caso, nem poderíamos dizer que a música é muito criativa, tendo em vista ser uma versão “tabajara” – e longe de ser uma tradução “Herbert Richers” – da canção de John Lennon *Happy Xmas (War Is Over)*. Ainda assim, trata-se de um grande sucesso no Brasil, replicado à exaustão.

Assim como a música natalina, aparentemente, temos estratégias jurídicas que, independentemente de governos e das pessoas que ocupam os espaços públicos, acabam por repetir “mais do mesmo”. Basta uma experiência mais próxima da gestão pública para uma conclusão óbvia: precisamos repensar as respostas que temos dado aos velhos problemas.

Tanto na gestão pública como na privada, nós teremos sempre as soluções “ideais” e as soluções “possíveis”. O dilema do cobertor curto – isto é, do número crescente de demandas que não acompanham o número de servidores e o tamanho das estruturas públicas – é um antigo problema da administração pública, exigindo criatividade para além das soluções “ideais” que ficam distantes quando são aventadas e envolvem “mais orçamento” e/ou mais “Estado”.

Pensando no cenário concreto, sempre é recomendado observar os dados da realidade e os possíveis desenhos que temos a nossa disposição. Em adição, quando se coloca no centro da discussão o tema de proteção de dados dos consumidores, é preciso pensar na grande exposição dos dados no ambiente virtual. Sem dúvida, houve maior compartilhamento de dados ao longo da última década e da pandemia.

Logo, em boa hora, ocorreu a criação da ANPD no Brasil, com um perfil técnico e engajado, que coincidiu com o período pandêmico. Entretanto, assim como as leis não resolvem problemas de imediato, as novas estruturas também possuem inúmeros desafios. Ou seja, a existência de autoridades competentes não diminuiu e não diminuirá de imediato todos os problemas jurídicos de um mundo cada vez mais digital e conectado.

Claro que devemos relembrar de 2022 como um ano muito importante para a proteção de dados no Brasil, especialmente com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 115/2022, em 10 de fevereiro de 2022. Referida Emenda incluiu a proteção aos dados pessoais (inclusive nos meios digitais) aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup> Em adição, a Medida Provisória nº. 1.124/2022 veio garantir o regime autárquico especial e maior autonomia para a promoção a proteção de dados pessoais à ANPD.<sup>2</sup>

Portanto, o problema que vemos, neste momento, não se refere a garantia constitucional e, muito menos, às previsões legais e estruturantes voltadas à proteção de dados no Brasil. Afinal, tal como exploro com Mariana Zilio Nasaret em artigo publicado em

---

<sup>1</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º [...] (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

<sup>2</sup> BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. ANPD torna-se autarquia de natureza especial. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-torna-se-autarquia-de-natureza-especial>>

livro recém-lançado pela ABRADADE<sup>3</sup>, a preocupação com a coleta e o uso de dados pessoais não é um tema recente.<sup>4</sup>

Em nosso artigo, resgatamos o movimento crescente na última década em torno da proteção de dados dos consumidores sem olvidar que há essa preocupação no Código de Defesa do Consumidor (CDC), seguindo com o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) e, mais recentemente, com a entrada em vigor na LGPD.

Nem é preciso dizer que o tema adquiriu novos contornos com o Covid-19 e com as medidas de isolamento e distanciamento social. Observamos o consequente uso maior da internet para as transações diárias de consumidores do mundo todo (isto é, ao menos para aqueles que têm acesso à internet). Nesse contexto, o movimento do Congresso Nacional em reconhecer o valor fundamental dos dados pessoais ganhou relevância, na medida em que os dados se tornaram importantes ativos econômicos<sup>5</sup>. Este também foi um dos enfoques de nosso artigo, divulgado no lançamento realizado em 02 de dezembro, em Foz do Iguaçu – PR, no Congresso Nacional da Associação Brasileira dos Magistrados do Trabalho e que tem lançamento previsto na cidade de São Paulo no dia 15 de dezembro.

Em recente momento histórico, e ainda durante a minha gestão como Secretária Nacional do Consumidor, foi possível construir com a ANPD um Acordo de Cooperação Técnica (ACT).

---

<sup>3</sup> DOMINGUES, Juliana Oliveira; ZILIO, Mariana Nasaret. **Cooperação Interadministrativa: O Papel da Senacon na Agenda de Proteção de Dados do Consumidor no Brasil**. In. Proteção de Dados Pessoais e Compliance Digital. Coord. FERRAZ, Sergio; VENTURINI, Otavio; GIL, Gustavo G. Cuiabá: Umanos Editora, 2022, p. 473-492.

<sup>4</sup> “*A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1998, já trouxe preocupações com a divulgação de informações pessoais na internet e, em 2002, ou seja, há duas décadas, a OCDE publicou recomendações para proteção de dados online*”. In. Domingues e Zilio, 2022, p. 473. No mesmo sentido, veja-se: OCDE. Privacy Online: OECD Guidance on Policy and Practice. 2002.

<sup>5</sup> MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 173-222, São Paulo, nov. 2019.

Assinado entre a SENACON e Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), essa foi a primeira iniciativa interadministrativa executada pelo órgão (i.e. ANPD), em março de 2021<sup>6</sup>.

Referido ACT garante espaços para iniciativas conjuntas para o fortalecimento da proteção de dados do consumidor e promoveu pautas pioneiras entre os órgãos, como foram as campanhas de educação para o consumo na era digital, o trabalho para melhorias nos campos de denúncia do Consumidor.gov.br, a atuação conjunta em casos (como o famigerado caso da política de privacidade do WhatsApp), a publicação do Guia do Núcleo de Proteção de Dados do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor “Como proteger seus Dados Pessoais”<sup>7</sup>, entre outras.

Em nosso artigo, Zilio e eu sistematizamos e sintetizamos 10 (dez) conclusões centrais sobre o tema, com base em nossa experiência de gestão na Senacon e, também, com base da repercussão positiva do caso Whatsapp (quando uma atuação conjunta e equilibrada entre MPF, CADE e ANPD foi coordenada pela Senacon)<sup>8</sup>. Nesse sentido, também incluímos considerações sobre as melhores práticas internacionais e à economia comportamental como instrumental adicional apto a mitigar problemas do consumidor na era digital.

Portanto:

---

<sup>6</sup> BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. ANPD e SENACON assinam acordo de cooperação técnica. 22 de março de 2021. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-senaccon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>.

<sup>7</sup> Nesse sentido, veja-se: BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. “Como proteger seus dados pessoais”, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor\\_como-protger-seus-dados-pessoais-final.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor_como-protger-seus-dados-pessoais-final.pdf).

<sup>8</sup> BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Após esforço interinstitucional, WhatsApp se compromete a atender às recomendações sobre sua política de privacidade. 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/apos-esforco-interinstitucional-whatsapp-se-compromete-a-atender-as-recomendacoes-sobre-sua-politica-de-privacidade>.

“[...]”

1. A mudança formal trazida pela EC 115/2022 em incluir a proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal reforça a importância de empenho conjunto entre autoridades para a preservação de valores como a privacidade e a segurança de dados de forma mais efetiva e mais abrangente.
2. As constantes evoluções tecnológicas verificadas nos mercados digitais impõem aos órgãos do SNDC a atribuição de conciliar a defesa do consumidor sem restringir o desenvolvimento da inovação.
3. Nos mercados digitais, a aplicação de sanções dos mercados pelo SNDC para a proteção e defesa do consumidor deve ser focada no CDC.
4. Economia comportamental deve ser considerada nas políticas públicas diante do grande poder econômico dos grandes players, de modo que as mudanças endógenas no comportamento corporativo possam gerar mais externalidades positivas.
5. Exemplos de atuações interinstitucionais recentes, como no caso WhatsApp, demonstraram que o diálogo entre autoridades de competências diversas possui um grande potencial de fortalecimento de políticas públicas voltadas ao consumidor.
6. A cooperação interadministrativa é especialmente relevante para a ANPD em razão dos desafios regulatórios da inovação tecnológica.
7. A ANPD é uma estrutura nova no ordenamento jurídico brasileiro que já possui o desafiador papel de interpretar e aplicar a LGPD.
8. A proteção de dados ainda é bem jurídico tutelado sob outras perspectivas, como a defesa do consumidor, de forma que a cooperação com outras autoridades, a exemplo da SENACON, pode auxiliar a maximizar os efeitos de defesa do consumidor.

9. Experiências anteriores demonstraram que a cooperação interadministrativa tem muito a crescer à defesa do consumidor e à proteção de dados pessoais.

10. O esforço conjunto de autoridades demonstrou que o descumprimento das orientações estabelecidas poderia ensejar a aplicação de sanções em diversas esferas, por órgãos de diferentes competências, atribuindo mais efetividade às recomendações que visavam a proteção de dados do consumidor. (Domingues e Zilio, 2022, p. 489-490)”

As propostas e apontamentos maximizam uma coordenação saudável e harmônica entre os órgãos, garantindo mais segurança jurídica e espaço para construções interadministrativas. Os pontos acima subsidiam potenciais ações de conformidade (*compliance*) assim como auxiliam as futuras gestões, diante do desafio de unir autoridades com diversas competências na agenda de proteção de dados dos consumidores. Nesse contexto, vale destacar que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) é composto de centenas de Procons no Brasil, além das defensorias públicas, MPCon, entre outros atores. Referidos membros do SNDC estiveram compondo o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, recriado em 2020, que teve uma agenda dedicada à proteção de dados do consumidor por meio do Núcleo de proteção de dados.

A atuação no tema de proteção de dados do consumidor, entre 2020 e março de 2022, na SENACON/MJSP, seguiu pautada na compatibilização dos fundamentos da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor, com base no art. 170 da Constituição de 1988, que instituiu a ordem econômica e os valores indissociáveis para a sustentabilidade de nosso modelo econômico<sup>9</sup>. Em um momento de transição de governo, é

---

<sup>9</sup> DOMINGUES, Juliana Oliveira; ZILIO, Mariana Nasaret. “Cooperação Interadministrativa: O Papel da Senacon na Agenda de Proteção de Dados do Consumidor no Brasil” In. Proteção de Dados Pessoais e Compliance Digital. Coord. FERRAZ, Sergio; VENTURINI, Otavio; GIL, Gustavo G. Cuiabá: Umanos Editora, 2022, p. 473-492.

importante reforçar o espaço pavimentado para que essa atuação siga passando a mensagem certa para inibir as ações abusivas, sem afetar o espaço salutar para o desenvolvimento econômico e para iniciativas da economia digital que trazem a maximização do bem-estar para o consumidor.

Aliás, não se pode negar a natural interdisciplinaridade na proteção do consumidor. Ainda que não tivéssemos a criação da ANPD, ou a entrada em vigor do Marco Civil e da LGPD, as relações de consumo (que envolvem os dados pessoais de consumidores) já atraíam o CDC. Essa característica também atrai uma possível atividade de muitos órgãos competentes para analisar os fenômenos jurídicos sob diversas lentes. Por esse motivo, a atuação coordenada de agências / autarquias e autoridades, com competências distintas e complementares, segue sendo fundamental.

É essencial que as autoridades públicas colaborem na compatibilização dos princípios da economia 4.0, especialmente considerando-se que a Constituição garantiu à proteção de dados e à defesa do consumidor o *status* de direitos fundamentais. Com efeito, o esforço interadministrativo para o reconhecimento do valor dos dados pessoais ainda inseriu o Brasil em discussões conduzidas por autoridades internacionais no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao menos desde 1998.

No artigo escrito com Zilio (2022), além de explorar o contexto da inserção dos dados pessoais enquanto direito fundamental na Constituição para a proteção de dados do consumidor, nossas ideias buscam o equilíbrio: ao mesmo tempo preservar a livre iniciativa, garantir a promoção de mecanismos de conformidade (*compliance*) e motivar atuações interadministrativas para o bem da segurança jurídica e da previsibilidade nas relações de consumo. É importante buscar resultados diferentes, sem repetir velhas canções.

OBS: Quando do fechamento do texto, fiquei imensamente consternada com a notícia do falecimento precoce do Prof. Danilo Doneda. Danilo foi um dos membros indicados e nomeados por mim para compor o Núcleo de Proteção de Dados do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor quando eu era Presidente (entre agosto de 2020 e março de 2022). Doneda foi um dos ativos participantes da construção do Guia “Como proteger seus dados pessoais”, lançado em 2021 pela SENACON com a ANPD e disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor\\_como-proteger-seus-dados-pessoais-final.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor_como-proteger-seus-dados-pessoais-final.pdf)<sup>10</sup>

Em nosso último encontro, na banca de defesa de doutorado de Mariana Sousa Schedeloski, cujo tema de tese foi “Licença e Uso de Informações Pessoais no Brasil”, realizada há menos de 15 (quize) dias (com os professores Newton Silveira, Newton de Lucca, Marcel Simões e Eduardo Tomasevicius), prof. Danilo Doneda, de forma natural e muito espontânea, foi extremamente elogioso ao meu trabalho dedicado ao tema de proteção de dados dos consumidores na Senacon/MJSP. Na ocasião, apesar de achá-lo abatido, não sabia que não teria tempo de retribuir tamanha gentileza do colega professor, de modo que, neste artigo (escrito no final de semana, antes de sua partida) registro a participação inestimável do Prof. Doneda não apenas na idealização da LGPD, quando ele ainda era Coordenador-Geral no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor no Ministério da Justiça, mas em tudo que seguiu depois. Certamente ficará o legado e o exemplo de um acadêmico apaixonado pelo o que fazia e defendia.

## Referências bibliográficas

---

<sup>10</sup> Vale conferir o trabalho realizado pelo professor sobre o tema há mais de uma década: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **Caderno de investigações Científicas**. Brasília: 2010. Disponível

em: [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol\\_2\\_protecao\\_de\\_dados\\_pessoais.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf). Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. ANPD e SENACON assinam acordo de cooperação técnica. 22 de março de 2021. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-senacon-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>

BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados “ANPD divulga orientações sobre nova política da privacidade do WhatsApp”. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/a-nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp>

BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Após esforço interinstitucional, WhatsApp se compromete a atender às recomendações sobre sua política de privacidade. 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/apos-esforco-interinstitucional-whatsapp-se-compromete-a-atender-as-recomendacoes-sobre-sua-politica-de-privacidade>

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. “Como proteger seus dados pessoais”, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor\\_como-protger-seus-dados-pessoais-final.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor_como-protger-seus-dados-pessoais-final.pdf)

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. “Relatório: 2 anos de atuação da SENACON frente à pandemia da Covid-19.”, 2021, p. 30. Disponível em: [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Relatório\\_Covid\\_23.02.2022\\_VERSÃO\\_FINAL.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Relatório_Covid_23.02.2022_VERSÃO_FINAL.pdf)

BRASIL. Documento de Recomendação conjunta interinstitucional dirigido ao WhatsApp Inc. 7 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/recomendacao\\_whatsapp\\_-\\_assinada.pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/recomendacao_whatsapp_-_assinada.pdf)

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **Caderno de investigações Científicas**. Brasília: 2010. Disponível em:

[https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol\\_2\\_protecao\\_de\\_dados\\_pessoais.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf). Acesso em: 03 dez. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. RANGEL, Aline R. Veloso. NASARET, Mariana Zilio da Silva. “*Compliance* nas Relações de Consumo: programas de integridade como mecanismos de mitigação de sanções administrativas” In MIRAGEM, Bruno. DENSA, Roberta. ***Compliance nas relações de consumo***. Indaiatuba: Editora Focco, 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; ZILIO, Mariana Nasaret. “Cooperação Interadministrativa: O Papel da Senacon na Agenda de Proteção de Dados do Consumidor no Brasil” In. **Proteção de Dados Pessoais e Compliance Digital**. Coord. FERRAZ, Sergio; VENTURINI, Otavio; GIL, Gustavo G. Cuiabá: Umanos Editora, 2022, p. 473-492.

OCDE. OECD Ministerial "Declaration on the Protection of Privacy on Global Networks" Ottawa, Oct. 1998.

OCDE. Privacy Online: OECD Guidance on Policy and Practice. 2002.

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

*Juliana Oliveira Domingues*

*“Houve um pequeno engano, [...] numa comprida complicação”.<sup>1</sup>*

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*<sup>2</sup> 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.

---

<sup>1</sup> [...] “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.

<sup>2</sup> 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.

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 brasileira<sup>3</sup>.

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 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.

---

<sup>3</sup> Veja-se, nesse sentido, o documentário “Inside Job”, vencedor do Oscar em 2011 que retrata, também, as atividades dos acadêmicos.

39, X, do Código de Defesa do Consumidor), popularmente chamado de “preço abusivo”<sup>4</sup>, especialmente em um livre mercado<sup>5</sup> 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

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

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 consumo<sup>6</sup>.

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 desafiador<sup>7</sup>. 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 constitucionais que norteiam a ordem econômica foram destacados<sup>8</sup>. Por esse motivo, há explicações sobre os efeitos deletérios das tentativas artificiais de controle de preços<sup>9</sup> (como o

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Cf. JOTA. Economia. Disponível em <https://www.jota.info/jotinhas/senacon-institui-comissao-para-tratar-do-aumento-de-preco-em-itens-da-cesta-basica-15092020> Acesso em 30 de julho 2022.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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*

tabelamento) vividos nos anos 80: experiências malsucedidas que geraram o desabastecimento de produtos à população, mercados informais e o aumento da cartelização<sup>10</sup>.

Assim, o roteiro apresentado descreve quatro etapas<sup>11</sup>: 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

---

*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.

<sup>10</sup> Cf. DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>11</sup> 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.

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.

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

*Josefina Guedes & Eliane 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 <sup>1</sup>”.

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 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.

---

<sup>1</sup> Fonte: Secretaria de Comércio Exterior - SECEX

## **Brasil, mostra a tua cara!**

*José Américo Azevedo*

O presente artigo não tem qualquer intenção político-partidária ou de engajamento com os arroubos e frêmitos ideológicos que temos visto se embrenhar em nossos espaços dominicais.

Apenas tenta trazer à lume a reflexão – e não a discussão – presente em mais de noventa por cento das verbes de redes sociais que lotam nossos celulares com posicionamentos radicais e imprecisos.

Passou! Houve uma eleição limpa e límpida, que as próprias Forças Armadas, no afã de encontrar amostras de ilegalidade, emitiu um relatório, totalmente inócuo, diga-se de passagem, que concluiu pela licitude do processo decisório.

Ganhou um, como poderia ter ganhado o outro! Eleição empatada! O país está dividido. Este é o ponto!!!! Ninguém está olhando para isso. É o “eu” contra o “outro”. Que lástima para o país.

Qual a nossa política em relação à economia (sem populismo), em relação à saúde, à educação à infraestrutura? Essas devem ser as perguntas! E, principalmente, devem ser buscadas as respostas e a viabilização das alternativas, em um mundo que passa por escassez de recursos!!!

São questões macroeconômicas, ambientais, sociodemográficas, que devem permear o discurso e as ações. São escolhas relacionadas a opções por energias limpas e renováveis, acolhimento de populações apátridas, distribuição de renda em seu sentido mais lato, com bilionários investidores direcionando seus haveres para investimentos sustentáveis, não como esmola para a Humanidade, mas buscando a rentabilização de suas aplicações, de forma lucrativa e justificável economicamente.

Beira às raias da indignação o pouco caso com que são vistos os problemas estruturantes do país, buscando-se, sempre, os atalhos populistas que trarão votos para uma eleição (ou reeleição), sem que haja uma estruturação programática que possibilite que olhemos à vante com uma mínima esperança de que o Brasil seja, realmente, o “país do futuro”!... Já virou balela esse jargão...

As relações institucionais entre os Poderes, enfileiradas no sistema de freios e contrapesos, estão, a cada dia, mais vilipendiadas, na medida em que o cabo de guerra não arrefece, estando os presidentes de cada Poder preocupados em ocupar espaços que deveriam ser divididos democraticamente.

Utopia? Inocência? Talvez! Mas, acima de tudo, defesa da Democracia! E, em minha opinião, que exponho minha cara a tapas, acho que sou um sonhador, que espera que esse país, sob qualquer Governo, pense no Brasil, o que em minha vã sapiência, não percebo.

O que tenho em mente, e falo isso em um grupo de livres pensadores – e além disso, fortes formadores de opinião –, e acima de tudo com leitores que influenciam de maneira contundente a sociedade, é que temos que pensar em um país sem sectarismos, sem divisões ideológicas que comprometam a condução de políticas públicas de Estado, sem que se considere que o Presidente da República é A ou B, porque o Brasil é único e o que qualquer Presidente fizer de bom para o país, estará fazendo para todos NÓS – isso mesmo, com maiúsculas –, porque o Brasil é maiúsculo e está acima das dificuldades de empatia que enfrentamos como simples mortais.

A inserção do país no cenário global é condição intrínseca à busca desse protagonismo tão prolatado e tão pouco vivenciado. E só irá acontecer a partir de políticas públicas de Estado que, embora não faça qualquer diferença a mudança dos nomes dos programas, perpassem Governos e atinjam os resultados planejados e almejados. Vejamos a Coreia do Sul, para ficar em somente um exemplo, com seu plano denominado “Educação Inteligente”, baseado em um sistema educacional de escolas focadas na introdução de soluções tecnológicas, que vigora desde 1996 e transformou um pequeno país embolado em dezenas de

outros no sudeste asiático em um tigre da economia no cenário mundial. Vale ressaltar que a Coreia do Sul investe cerca de 7.6% do seu Produto Interno Bruto em educação, sendo o terceiro país que mais investe proporcionalmente no setor depois da Islândia e Dinamarca.

Esse é o Brasil que quero para minha filha e para todos os brasileiros!

Por fim, desculpando-me pelo desabafo, deixo um desejo de que vivamos quatro, oito, doze, dezesseis, e muitos mais anos sob a égide de uma democracia robusta, representativa e atuante!!!

# **Uma discussão sobre proposta de imprescritibilidade dos pontos de programas de fidelização à luz da análise econômica do direito**

*Fernando B. Meneguim & Renata Bertolucci Ferreira*

Uma discussão sobre proposta de imprescritibilidade dos pontos de programas de fidelização à luz da análise econômica do direito

## **Introdução**

Há várias proposições legislativas tramitando no Congresso Nacional cujo objetivo é, de alguma forma, prorrogar a validade ou tornar imprescritíveis os pontos referentes à bonificação recebida por programas de fidelidade vinculados às despesas realizadas por meio de cartões de crédito.

O presente texto, sob o prisma da Análise Econômica do Direito, pretende avaliar a racionalidade e as consequências dessas propostas legislativas. Os argumentos se aplicam a todas as proposições que pretendem de alguma forma estender o prazo para a utilização dos pontos. Para dar concretude à análise, consideremos o Projeto de Lei nº 5.549, de 2020, que objetiva estabelecer a imprescritibilidade dos benefícios e recompensas vinculados a cartão de crédito ou, em outras palavras, estabelece que as bonificações acumuladas em programas de benefícios e recompensas vinculados a cartões de crédito (pontos e milhas) não possuam prazo para utilização.

Quando se trata das bonificações oferecidas ao consumidor, vale destacar algumas definições. Segundo o código de autorregulação da Associação Brasileira das Empresas do Mercado de Fidelização – ABEMF<sup>1</sup>, temos os seguintes termos:

---

<sup>1</sup> <https://www.abemf.com.br/autorregulacao>

- a. Benefícios - qualquer produto, serviço, desconto, vantagem, prêmio e/ou promoções resgatado com Pontos/Milhas pelo Participante nos Parceiros das Associadas;
- b. Ponto/Milha - unidade de medida utilizada pelas Associadas nas transações de acúmulo e/ou resgate juntos aos Parceiros;
- c. Programa de Fidelidade - programa de fidelização mantido por cada Associada que reúne, em único ambiente ou plataforma, diversos Parceiros e/ou outros programas de fidelização, permitindo que seus Participantes possam acumular Pontos/Milhas (transações de acúmulo), em virtude da utilização e/ou recorrência na utilização dos produtos e/ou serviços destes Parceiros.

Com base nessas definições, conclui-se que, sob a ótica do consumidor, os pontos e as milhas são moedas virtuais que permitem, por exemplo, usufruir do serviço de transporte aéreo ou adquirir eletrodomésticos, bem como o reembolso imediato do valor gasto na compra (*cashback*), pela empresa com a qual mantém uma relação consumerista através da sua adesão aos programas de benefícios e recompensas.

Os indicadores deste setor impressionam. A ABEMF informa que “o mercado de programas de fidelidade no Brasil registrou uma taxa de crescimento anual de 14,4% no período 2017 a 2021 e continuará crescendo nos próximos anos, com uma taxa anual de 13,8%. Saindo, assim, de US\$ 2.679,9 milhões em 2021 para US\$ 5.132,6 milhões em 2026”<sup>2</sup>.

Feita essa contextualização, pretendemos, utilizando a base da avaliação de impacto legislativo, conforme descrito em

---

<sup>2</sup> <https://blog.abemf.com.br/setor-de-fidelidade-no-brasil-deve-continuar-crescendo-cerca-de-14-ao-ano-nos-proximos-cinco-anos/>

Meneguín e Silva (2017)<sup>3</sup>, e apresentar argumentação para avaliar se os dispositivos do PL nº 5.549, de 2020, poderão resultar em benefícios sociais.

Segundo a justificação do projeto, a norma pretende assegurar ao consumidor a ampla oportunidade de resgate de seus pontos. Para a correta análise da proposição, importante se faz levantar evidências empíricas sobre o tema alvo da intervenção pretendida. Nessa linha, temos na seção seguinte alguns indicadores importantes sobre os programas de fidelidade, de maneira a ajudar na avaliação do tema em questão.

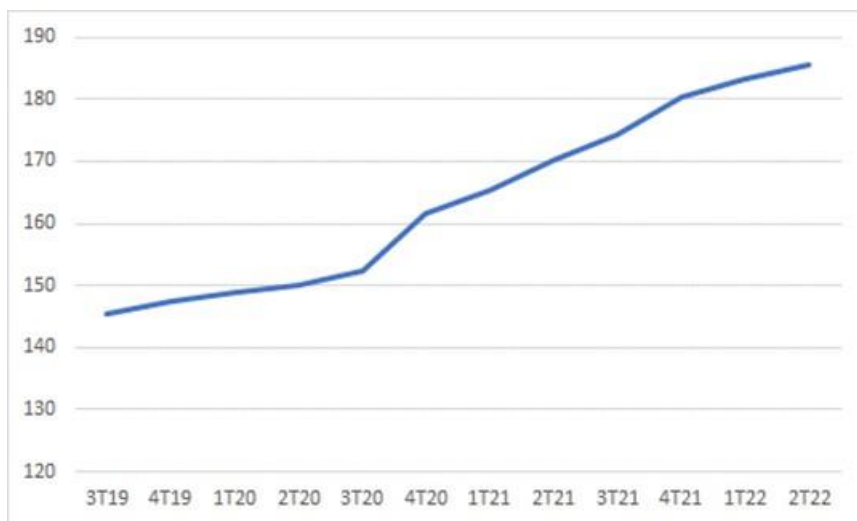
### **Evidências empíricas**

Primeiramente, cabe retratar o comportamento da adesão dos consumidores aos programas de fidelidade, ressaltando o crescente interesse nesse mercado.

Gráfico 1. Número de inscritos nos programas - 3º trim/2019 a 2º trim/2022 - (unidade: milhões)

---

<sup>3</sup> MENEGUÍN, F. B.; SILVA, R. S. Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

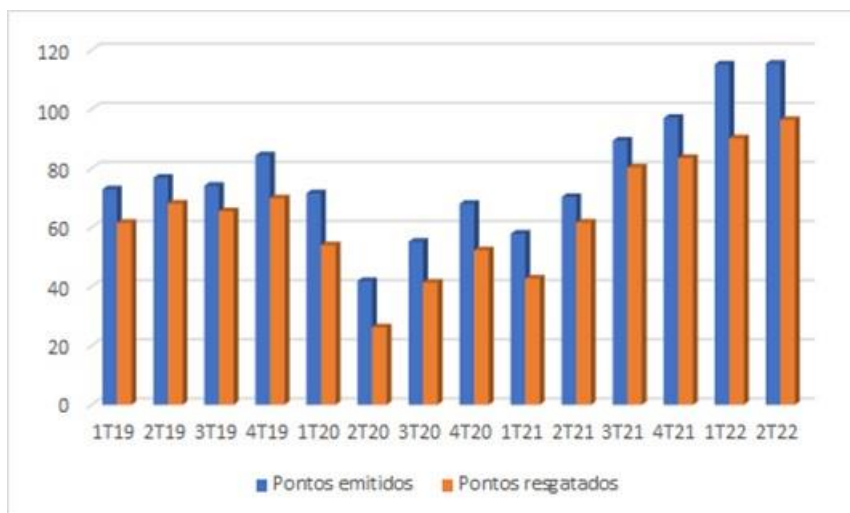


Fonte: ABEMF

O número de inscritos nos programas de fidelidade saltou de 145,3 milhões no 3º trimestre de 2019 para 185,7 milhões no 2º trimestre de 2022, o que significa um incremento de 27,8%. A maior origem dos pontos vem do varejo (92,7% no 2º trim/22).

Um dado importante para a verificação da pertinência da imprescritibilidade dos pontos consiste na comparação dos pontos emitidos com os pontos resgatados. O Gráfico 2 abaixo mostra essa evolução trimestral a partir do 1º trimestre de 2019.

Gráfico 2. Pontos/milhas emitidos x resgatados - 1º trim/2019 a 2º trim/2022 - (unidade: bilhões)



Fonte: ABEMF

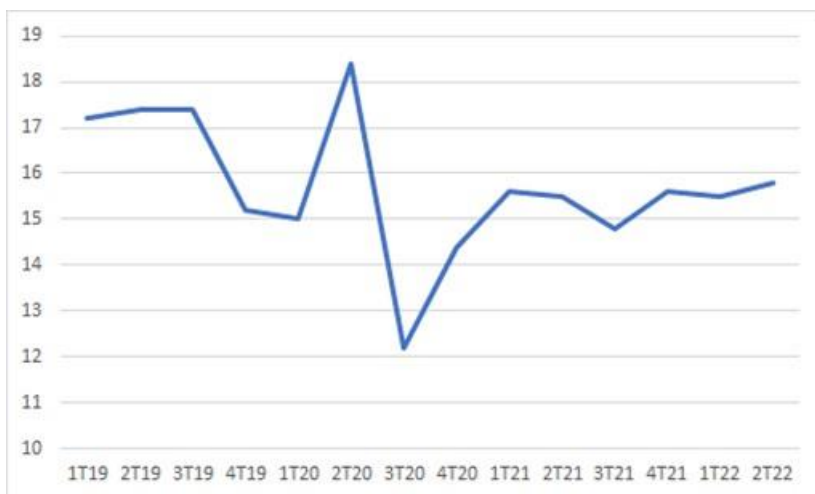
Perceba que a quantidade de resgate de pontos é bem próxima da emissão de novos pontos. Para ilustrar, no 2º trimestre de 2022, foram emitidos 115,4 bilhões de pontos e resgatados 96,4 bilhões, representando 83,5% da emissão.

Um último dado essencial para a análise é a taxa de *breakage*. Esta aponta o percentual de pontos ou milhas que os participantes de um programa de fidelidade não resgataram ou deixaram expirar. Ainda que não se traduza em gastos, é uma medida que aponta a falta de engajamento do cliente com o programa e, consequentemente, com a marca<sup>4</sup>.

A ABEMF calcula a taxa de *breakage* considerando uma média dos pontos nos últimos doze meses. O Gráfico 3 a seguir traz a evolução desse indicador.

Gráfico 3. Taxa de *breakage* - 1º trim/2019 a 2º trim/2022 - (unidade: %)

<sup>4</sup> <https://tudosobreincentivos.com.br/glossario/breakage-em-loyalty/>



Fonte: ABEMF

Perceba que, desde o final de 2020, a taxa de *breakage* está estável em torno de 15%.

### **Análise econômica da imprescritibilidade dos pontos**

Após as evidências empíricas trazidas, ao analisar a imprescritibilidade dos pontos/milhas dos programas de fidelidade, conforme proposto no PL nº 5.549, de 2020, percebemos de início que não se verifica uma necessidade de se intervir nesse mercado para assegurar ao consumidor o direito de resgate de seus pontos, pois esse direito vem sendo exercido conforme ilustrado no Gráfico 2. Os números demonstram que a população inseriu no seu hábito consumerista o resgate de benefícios e vantagens acumulados por meio do uso do cartão de crédito.

Além do mais, merece atenção para a presente discussão o fato de que o instituto da prescrição possui a função primordial de garantir segurança entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica, evitando que situações consolidadas sejam revolidas. Extinguir a prescrição geraria incertezas desnecessárias. A incerteza propaga insegurança jurídica à sociedade e, como consequência, temos

incremento dos custos de transação, com prejuízo aos negócios e ao bem-estar social.

Em termos de incentivos, a possibilidade de utilização vitalícia dos pontos e milhas pode gerar um alto estoque de benefícios, sem haver previsibilidade sobre quando haverá o resgate desses pontos. O carregamento desse estoque traz embutido riscos e custos, que serão precificados em desfavor do consumidor, diminuindo seus benefícios. Pode haver também, por conta da incerteza, empresas que desistam de participar dos programas de fidelização, principalmente as empresas menores que teriam mais dificuldade em arcar com os custos extras. Esse movimento de saída das empresas menores pode acarretar concentração do mercado de fidelização nas grandes empresas, com nova geração de prejuízos para o consumidor.

Outro argumento a ser destacado reside no fato de que a mudança das regras de prescrição, de maneira unilateral realizada pelo Estado, resultaria em uma quebra contratual de pacto firmado entre os beneficiários dos programas de fidelidade e os gestores desses programas.

Nesse ponto, cabe lembrar que o contrato, juntamente com a propriedade, são dois instrumentos essenciais para o funcionamento do mercado. São eles que permitem aos agentes econômicos transacionarem. O contrato e a propriedade fornecem as bases para um jogo cooperativo em que ambas as partes de uma negociação se beneficiam. O benefício advém da criação de um valor adicionado que aumenta a riqueza dos envolvidos e, por conseguinte, da sociedade.

Apesar de a intenção do proponente da norma ser boa, a intervenção nos contratos por ação estatal pode, ao pretender ajudar o consumidor individual, afetar uma engrenagem complexa, e ações que deveriam beneficiar o consumidor individualizado podem acabar impondo riscos ou custos a todo o sistema, com prejuízo final para o próprio consumidor. Uma intervenção estatal desse tipo pode ser classificada como falha de governo.

Em artigo no qual se discute Análise Econômica do Direito e impacto regulatório, Meneguín (2020)<sup>5</sup> aborda o conceito das falhas de governo. Trata-se de intervenções governamentais incorretas que geram distorções maiores do que os problemas a que elas se propunham resolver. Esse efeito adverso é conhecido na literatura como “Efeito Peltzman”, situação em que a regulação tende a criar condutas não previstas para os regulados, anulando os benefícios almejados (Peltzman, 2007)<sup>6</sup>.

Há que se ressaltar também que a ordem econômica brasileira é fundada, constitucionalmente, na livre iniciativa, conforme os arts. 1º, inc. IV, e art. 170 da Constituição Federal, consagrando um sistema econômico de mercado.

Conforme explica Timm (2007)<sup>7</sup>, a livre iniciativa assegura aos agentes econômicos, a priori, liberdade de atuação no mercado, podendo comprar e vender bens e serviços sem interferências do Poder Público. Isso significa, portanto, que consumidores e empresas têm liberdade de participar do espaço público do mercado, ofertando produtos e serviços e consumindo-os livremente.

Uma nova regulação é necessária quando há falhas de mercado a serem resolvidas, como informação assimétrica, mercados incompletos ou pouco competitivos, custos de transação elevados, entre outras imperfeições de mercado que geram resultados ineficientes. Na proposição em estudo, não há falha de mercado a ser sanada. Se houve pontos não resgatados, isso aconteceu por decisão livre do consumidor.

---

<sup>5</sup> MENEGUÍN, F. B. A Análise de Impacto Regulatório e o Aprimoramento das Normas. In YEUNG, L. (org.). Análise Econômica do Direito – Temas Contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.

<sup>6</sup> PELTZMAN, S. Regulation and the Wealth of Nations: The Connection between Government Regulation and Economic Progress. *New Perspectives on Political Economy*, v. 3, n. 3, p. 185-204, 2007

<sup>7</sup> TIMM, Luciano. O direito fundamental à livre iniciativa na teoria e na prática institucional brasileira. In *REVISTA DA AJURIS*, vol. 107, p. 107 e ss, 2007.

## Conclusões

Ante as evidências empíricas trazidas e as consequências antevistas da imprescritibilidade dos pontos e milhas nos programas de fidelização, entendemos que a medida, se aprovada, provocaria prejuízo a esse mercado e aos consumidores, promovendo queda de bem-estar social.

É imperioso sempre lembrar que o Estado deve buscar a realização do interesse público e o aumento de bem-estar da sociedade na maior extensão possível. Nesse sentido, deve-se trabalhar para evitar desperdícios e para conseguir uma melhor alocação dos escassos recursos públicos. Um instrumento útil nesse sentido são as avaliações *ex ante* de potenciais normas e regulações, como a avaliação de impacto legislativo. Estando atento aos incentivos impostos pelas regras e à eficiência das ações governamentais, certamente damos um largo passo em direção ao interesse público e à justiça social.

## **Especialização judicial: epílogo - argumentos contrários à especialização, juízes e cortes especializados e deferência judicial.**

*Fernando de Magalhães Furlan*

Críticos das cortes especializadas percebem-nas como desnecessárias num sistema político com separação de poderes. O argumento é o de que, de uma perspectiva funcional, os objetivos atendidos por juízes especializados se sobrepõem consideravelmente àqueles atendidos por órgãos ou entidades administrativas em que “*não há distinção genuína entre juízes especialistas e generalistas*”<sup>1</sup>.

Os juízes especializados também teriam uma visão restrita ao seu campo de atuação e à legislação aplicável. Eles seriam, portanto, funcionalmente equivalentes aos generalistas, que também têm especialização e um foco limitado de políticas públicas.

As cortes especializadas criariam, assim, redundância e ineficiência, razão pela qual seriam relativamente desnecessárias, pois à medida que os juízes se especializam, perdem a qualidade que os distingue claramente dos legisladores administrativos. Para Shapiro, “*parece haver poucas razões para se ter dois especialistas separados, um juiz e outro burocrata, gerando políticas públicas nos mesmos campos*”<sup>2</sup>.

Quanto a isso, de início cabe registrar que, na realidade brasileira, a questão da visão limitada do juiz especializado seria mitigada, já que, consoante o sistema de ingresso por concurso público, o juiz inicia a sua carreira de magistrado como um generalista, com um conhecimento abrangente, integrado e

---

<sup>1</sup> SHAPIRO, Martin. *The Supreme Court and Administrative Agencies*. New York: Free Press, 1968, p. 52.

<sup>2</sup> Idem, p. 53.

sistêmico do ordenamento jurídico, independentemente de sua atuação profissional prévia.

No mais, como afirmado por Isaac Unah, “*redundância não é, e não precisa ser, sinônimo de ineficiência*”<sup>3</sup>. Ela acrescenta confiabilidade e previsibilidade a um sistema que, do contrário, seria muito mais custoso e caótico<sup>4</sup>.

Há argumentos, também, no sentido de que a especialização pode exigir maiores deslocamentos das partes, advogados, julgadores e assistentes, dada a natural concentração geográfica das cortes especializadas, podendo criar despesas adicionais. Além disso, a sazonalidade no volume de processos pode deixar os julgadores especializados ou muito ocupados, ou ociosos.

Outros consideram desnecessária a especialização do juiz, ao menos quando a oportunidade do contraditório permite que as partes em conflito, ou seus representantes, deem ao juiz todas as informações especializadas que considerem essenciais. O mesmo seria válido quando os julgadores tivessem acesso a assessoria ou apoio especializados.

Quanto a isso, o contra-argumento seria o de que aqueles que, em última instância, são encarregados de tomar decisões, melhor cumpririam os deveres de seu cargo, maximizando a sua própria compreensão e minimizando a sua dependência de opiniões de outros, sem deixar de utilizá-las quando realmente fosse necessário.

Não obstante, Posner<sup>5</sup> argumenta que a concentração da atividade judicial pode sufocar a “*polinização cruzada de ideias*”

---

<sup>3</sup> UNAH, Isaac. *The Courts of International Trade: Judicial Specialization, Expertise and Bureaucratic Policy Making*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998, p. 9.

<sup>4</sup> LANDAU, Martin. Redundancy, Rationality, and the problem of duplication and overlap. *Public Administration Review*, 29:346-58.

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. Will the Federal Courts of Appeals survive until 1984? An essay on delegation and specialization of the judicial function. 1983, *Southern California Law Review* 56:761-91, p. 787.

*jurídicas*” de uma corte para outra. Isto é, o construtivo e estimulante debate de teses jurídicas e casos concretos entre os colegas juízes seria, em grande medida, reprimido.

Resta saber, portanto, se a instituição de algumas cortes especializadas em meio a uma maioria de cortes generalistas não desencadearia o efeito exatamente oposto. Vale dizer, que o debate entre os juízes especialistas não somente enriqueceria o intercâmbio de teses jurídicas, como aprofundaria a sua especificidade e qualidade. Ao intensificar o debate sobre questões mais específicas e aprofundadas, o julgador não estaria negando a importância do conhecimento sistêmico e transversal do direito, mas, a partir dele, ampliando o alcance das normas.

Outro “vício” apontado<sup>6</sup> seria o de que a concentração da atividade judicial em determinada(s) corte(s) poderia levar a uma maior influência de grupos de interesse sobre os juízes, ou mesmo a sua captura. Um conceito amplamente aceito em análise institucional e formação de políticas públicas é que sempre que a definição dessas políticas e a tomada de decisões se concentram nas mãos de poucos atores, aumenta a probabilidade de que uma comunidade de interesses ou empreendedores tente moldar o processo e os resultados.

Quanto a isso, parece ser mais um problema do lado do comportamento, postura, personalidade e caráter do julgador do que uma característica exclusiva das cortes especializadas. Isto é, tais grupos de interesse, corporações e advogados sempre estarão lá, perante cortes generalistas ou especializadas. É do próprio jogo democrático e do acesso irrestrito à Justiça, não sendo, portanto, algo atribuível, unicamente, à especialização.

Além disso, a proximidade profissional não deve se confundir com a pessoal, ainda que se admita a social, *cum grano salis*. A concentração da atividade judicial em poucas cortes especializadas, outrossim, também significa maior exposição e, conseqüentemente, controle e fiscalização.

---

<sup>6</sup> BAUMGARTNER, Frank R.; BRYAN, D. Jones. *Agendas and instability in American Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

Outras possíveis desvantagens de cortes especializadas incluem o perigo de que os juízes adquiram um “viés sistemático”<sup>7</sup>, ou seja, tornem-se tendenciosos, ou de que a corte especializada seja menos prestigiosa e, portanto, atraia candidatos menos qualificados.

Durante os debates nas comissões do Congresso dos Estados Unidos no início do século XX sobre a criação de tribunal aduaneiro (*Court of Customs Appeals*), a ideia de um “*tribunal especializado no sistema judicial federal norte-americano encontrou o medo da novidade*”. Tal tribunal, insistiam alguns senadores, “*adquiriria os vícios da especialização: estreiteza e parcialidade*”<sup>8</sup>.

Com o passar do tempo, no entanto, e as novas modificações no sistema judicial estadunidense, restou claro que a especialização judicial não somente foi positiva, como mereceu ser ampliada.

### **Características principais de cortes especializadas**

Já se afirmou alhures<sup>9</sup> que a perícia judicial é um atributo que nunca é adquirido automaticamente. Ela é desenvolvida de forma incremental, pois os juízes, independentemente de sua experiência prévia, devem também aprender a se tornar especialistas durante a sua atuação, por meio do acesso e contato repetidos e da adaptação a estímulos de casos relacionados.

Uma das virtudes da especialização judicial é que ela conduz a uma maior eficiência na disseminação da justiça, beneficiando os litigantes individuais, bem como o sistema jurídico de forma integral.

---

<sup>7</sup> REED, Patrick C. *The role of Federal Courts in U.S. Customs & International Trade Law*, 1997, Oceana, p. 20.

<sup>8</sup> 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. 151.

<sup>9</sup> UNAH, Isaac. Op. cit., p. 94.

Juízes que concentram as suas decisões e, portanto, especializam-se em determinadas áreas correlacionadas das políticas públicas, são repertórios de conhecimento sobre essas áreas. Eles têm uma profunda compreensão dos antecedentes críticos e aspectos das controvérsias que surgem nessas áreas.

Eles são capazes de monitorar as práticas, decisões e regulamentos das agências reguladoras e de órgãos administrativos mais de perto. Eles têm uma familiaridade aguçada com o histórico e o propósito da legislação que examinam, pois se mantêm atualizados sobre alterações legislativas e regulamentares, e, assim, são capazes de antecipar os litígios que essas alterações podem gerar no futuro.

Finalmente, por conta de sua perícia, os juízes especializados têm uma boa compreensão de como resolver tais controvérsias da maneira mais eficiente, significativa e equitativa possível. Isso, contudo, não pode ser dito dos juízes generalistas. Os problemas associados à falta de conhecimentos especializados, como a compreensão superficial das questões substantivas, a delegação excessiva de atribuições a assistentes e os atrasos na preparação de argumentos e na elaboração de votos, são exacerbados pelo aumento da carga de trabalho judicial.

Com o acesso continuado a casos que se referem às mesmas áreas, o juiz especialista pode se manter atualizado sobre mudanças nos estatutos e nas práticas burocráticas e pode julgar casos de forma cuidadosa e expedita, com economias substanciais de tempo e dinheiro para os litigantes e para o Estado. A especialização judicial pode, inclusive, reforçar as percepções positivas que os litigantes têm da Justiça e melhorar a sua identificação e relação com ela, independentemente do resultado das controvérsias.

Um sistema judicial oprimido tem graves implicações democráticas, não só pelo princípio fundamental dos freios e contrapesos, mas também pela confiança do público nas autoridades. De acordo com Litan<sup>10</sup>, o entupimento dos processos

---

<sup>10</sup> LITAN, Robert E. Speeding up Civil Justice. *Judicature* 73:162-67, 1998.

judiciais causa longas filas e consideráveis atrasos e despesas no processamento de causas cíveis, o que “leva o público a desenvolver grande cinismo sobre o sistema judicial”.

Para Posner, um número maior de casos pode induzir um juiz a “tentar limitar o crescimento da fila, gastando menos tempo em cada caso, ou delegando mais da função judicial a assistentes”<sup>11</sup>.

Assim, a sobrecarga de processos pode prejudicar não apenas a avaliação pública da capacidade e eficiência do Poder Judiciário, mas o que é ainda mais crítico, o objetivo de promover o bem-estar de toda a sociedade.

Uma consequência clara da especialização judicial é a diminuição de erros e decisões equivocadas. No longo prazo, isso pode se traduzir em uma redução dramática no número de decisões devolvidas para os tribunais, inclusive para os tribunais superiores, com economias potencialmente grandes para os contribuintes e para o Erário.

Partindo do pressuposto de que a especialização judicial é definida pelo assunto, a escolha das matérias, áreas e ramos do direito é crítica para o sucesso da iniciativa da especialização. Dreyfuss<sup>12</sup> sustenta que quatro fatores são nevrálgicos a esse respeito:

- a) a complexidade legislativa e factual;
- b) o limite em que os casos específicos podem ser separados de casos envolvendo outros campos do direito;
- c) o grau de consenso sobre os objetivos da lei em áreas especializadas; e
- d) a forma como os casos são distribuídos entre os órgãos julgadores.

---

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. Will the Federal Courts of Appeals survive until 1984? An essay on delegation and specialization of the judicial function. 1983, *Southern California Law Review* 56:761-91, p. 767.

<sup>12</sup> DREYFUSS, Rochelle C. Op. cit., p. 408-420.

a) Complexidade: é a principal e mais citada justificativa para se recorrer à estratégia da especialização, ou seja, a necessidade de julgadores com conhecimentos técnicos para dominar assuntos complexos. Quanto mais intrincada a legislação, mais provável a ocorrência de equívocos por parte de um julgador generalista, a confusão de temas e questões jurídicas, a ponto mesmo de incentivar litígios adicionais. Quanto mais complicados os fatos de um caso, mais o juiz deve dominar conceitos e jurisprudência aplicáveis, antes mesmo que o caso possa ser adjudicado.

Assim, a transferência de casos complexos para juizados dotados de especialistas deve produzir três dos principais benefícios atribuídos à especialização, nomeadamente: (i) a melhoria na tomada de decisões; (ii) a redução do número de casos; e (iii) a diminuição do número de horas-juiz necessárias para as decisões.

b) Segregabilidade: um fator substantivo que demonstra o grau de separação das matérias e ramos visados pelo tratamento especial. Ou seja, até que ponto essas matérias se apresentam ao sistema judicial em casos que suscitam outras questões. A configuração dos casos que surgem no campo especializado deve ser cuidadosamente considerada. Se as áreas de especialidade forem segregáveis, a especialização funcionará de forma eficaz.

Os domínios em que a competência dos juizados especializados se sobrepõe à das cortes e tribunais generalistas criam vias de intercâmbio entre essas instâncias judiciais, preservando, simultaneamente, a exclusividade nos domínios em que é necessária.

Questões que surgem juntas numa adjudicação judicial muitas vezes levam a considerações de políticas públicas relacionadas. Uma corte que delibera sobre um caso em sua integralidade tem a oportunidade de ver um universo mais amplo no qual a sua(s) especialidade(s) opera(m) e realizar uma apreciação abrangente de interesses conflitantes, bem como outras formas de promover os objetivos da lei.

c) Consenso: o consenso público sobre os objetivos das leis administradas pela(s) corte(s) especializada(s) é um dos mais contundentes determinantes para o sucesso da especialização judicial.

O fator distintivo entre essas cortes é exatamente a medida em que houve consenso público sobre a sua missão. Não é surpreendente que o consenso sobre os objetivos da legislação administrada pela corte especializada influencie o seu sucesso.

d) Distribuição: outro indicador do sucesso da especialização judicial é a forma pela qual a(s) corte(s) especializadas altera(m) a distribuição de casos dentro do sistema. Se os casos forem distribuídos entre juízes generalistas, de modo que cada um deles julgue apenas um pequeno número a cada ano, as vantagens de canalizar todos os casos para um único ou poucos juizados serão substanciais.

A falta de familiaridade de juízes generalistas com processos específicos é suscetível de tornar o julgamento demorado e propenso ao erro. Concentrar casos em um único ou em poucos juizados deve produzir magistrados com a motivação, a experiência e a oportunidade para criar um conjunto de leis mais bem trabalhado e estável.

No contexto brasileiro, por exemplo, considerando que os juízes devem atingir metas de produtividade, eles teriam poucos incentivos para concentrar os seus esforços nos processos envolvendo as agências e os órgãos administrativos. Na verdade, a complexidade dos casos seria mais um incentivo para os juízes priorizarem os casos mais simples e atingirem as suas metas numérico-estatísticas. Considerando, portanto, que não há varas especializadas no sistema de justiça federal brasileiro para causas econômico-empresariais, essas ações demandam “um montante desproporcional de energia dos juízes quando comparados à energia investida em causas mais canônicas ou replicáveis”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> PRADO, Mariana M. (org.). O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro. FGV *Direito* SP, São Paulo, p. 30-31, 2016. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/o-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2017.

Legomsky<sup>14</sup> considera que, “em vez de reinventar a roda cada vez que um juizado especializado é proposto, seria benéfico ter disponível, como referência inicial, um conjunto geral de características das demandas que favoreçam ou desfavoreçam a adjudicação especializada”. Uma vez que tal conjunto de características for conhecido, a análise de propostas específicas pode então se concentrar na determinação da extensão em que as características gerais estão presentes no assunto específico.

A dispersão geográfica, por exemplo, pode ser considerada crucial em um dado grupo de casos, e a carga total de casos pode ser muito pequena para manter os especialistas ocupados em mais de um local simultaneamente.

Na visão dos entusiastas<sup>15</sup> da “Jurisprudência Terapêutica”<sup>16</sup> (*Therapeutic Jurisprudence*), por exemplo, uma “orientação para a resolução de problemas é característica fundamental das cortes especializadas contemporâneas”<sup>17</sup>. O foco na resolução de problemas exigiria uma mudança no que é valorizado no processo de adjudicação judicial: resultados (em vez de produtos)<sup>18</sup>, flexibilidade na tomada de decisões, relevância das

---

<sup>14</sup> Op. cit., p. 4-5.

<sup>15</sup> Ver, por exemplo, *Court Review*, Volume 37, Issue 1, Spring 2000. *The Journal of the American Judges Association*. 37 Ct. Rev. 1 – 2000-2001. Apud: HeinOnline.

<sup>16</sup> Jurisprudência terapêutica seria “o uso das ciências sociais para estudar até que ponto uma norma ou uma prática legal promove o bem-estar psicológico e físico das pessoas que afeta”. Ou “o estudo do papel do direito como um agente de regeneração e correção, oferecendo novas ideias sobre o papel do direito e seus operadores na sociedade”.

<sup>17</sup> ROTTMAN, David B. Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts (and Do Specialized Courts Imply Specialist Judges)? *Court Review. The Journal of the American Judges Association*, Volume 37, Issue 1, Spring 2000, p. 23-24.

<sup>18</sup> Os produtos (*outputs*) são aquilo que foi produzido ou as atividades de uma organização. As medidas de saída de produtos (*output measures*) não abordam o valor ou o impacto desses produtos ou serviços para os seus clientes. Por outro lado, um resultado (*outcome*) é o nível de desempenho ou realização que ocorreu por causa das atividades realizadas, dos produtos elaborados ou dos serviços prestados por uma organização.

preocupações das pessoas, participação das organizações comunitárias e consideração do que é melhor para as comunidades, réus ou vítimas.

A resolução de problemas também coloca maior ênfase nos eventos pós-decisão, uma mudança significativa dos modelos tradicionais de processamento de casos. A gestão tradicional do fluxo de casos, por exemplo, baseia-se em casos e não em pessoas, ao passo que “uma gestão eficaz de assuntos pós-julgamento pode exigir muito mais atenção às pessoas envolvidas do que às situações”<sup>19</sup>.

A especialização seria a resposta natural a uma dependência excessiva de tribunais generalistas. Um processo orgânico pelo qual os sistemas judiciais se adaptariam às mudanças das condições sociais<sup>20</sup>. A criação de fóruns judiciais especializados também pode ser vista como um mecanismo de reforma que permite a experimentação e, com isso, o acompanhamento pelo Judiciário dos tempos de mudança.

## **Deferência judicial à interpretação administrativa**

Consoante o peculiar sistema judicial dos Estados Unidos, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Chevron*<sup>21</sup>, em que aquela empresa litigava com o Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (*Natural Resources Defense Council*), organização não governamental, a respeito da interpretação de regulamentos criados pela Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (*Environmental Protection Agency*) sobre emissões de carbono.

A partir dessa decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, e até hoje, prevalece o entendimento jurisprudencial da

---

<sup>19</sup> STEELMAN, David C. Caseflow Management: The Heart of Court Management in the Millennium. *Court Review. The Journal of the American Judges Association*, Volume 33, 2000.

<sup>20</sup> WHEELER, Russell. Courts of Limited and Special jurisdiction. *Encyclopedia of the American Judicial System*, 517, 524 (R. J. Janosik ed., 1987).

<sup>21</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*. 467 U.S. 837 (1984).

“presunção de deferência à interpretação dos agentes reguladores” (*presumption of deference to agency interpretation*) em relação a determinada norma jurídica.

Contudo, a chamada “deferência Chevron” (*Chevron deference*) tem sido alvo de parlamentares, republicanos e até mesmo alguns democratas, no Congresso estadunidense que ao longo dos últimos anos tem apresentado propostas legislativas para rever tal “deferência interpretativa”. Agora, com a eleição de Donald John Trump, aqueles que gostariam de ver os juízes divergirem mais das agências reguladoras veem uma nova oportunidade<sup>22</sup>.

Unah<sup>23</sup> argumenta que cortes especializadas emprestam consideravelmente menos deferência às agências reguladoras do que cortes generalistas, e sugere que a especialização permite a essas cortes desenvolver um papel destacadamente eficaz e substantivo na implementação de políticas públicas.

Os juízes de cortes especializadas usam os seus conhecimentos em áreas complexas para examinar criticamente as práticas de agências reguladoras e órgãos administrativos. Consequentemente, as burocracias que aparecem perante uma corte especializada geralmente se saem pior do que perante cortes generalistas.

Tecnocratas de agências reguladoras e órgãos administrativos eminentemente técnicos são tipicamente diferentes de outros servidores do Executivo por sua experiência e capacidade de resolver problemas complexos envolvendo políticas públicas.

---

<sup>22</sup> O projeto de Lei de Restauração de Separação de Poderes de 2016 (*The 2016 Separation of Powers Restoration Act – SOPRA*), apresentado por lideranças do Partido Republicano e em tramitação no Congresso, eliminaria a chamada “deferência Chevron”, além de outras formas de deferência a agências reguladoras e órgãos administrativos e exigiria que os tribunais revisassem as disposições legais de novo, ou seja, não emprestar qualquer consideração ou valor à interpretação do Poder Executivo.

<sup>23</sup> UNAH, Isaac. *The Courts of International Trade: Judicial Specialization, Expertise and Bureaucratic Policy Making*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998, p. 92.

Magistrados de cortes especializadas também possuem um alto nível de especialização, que, em muitos casos, é comparável ou mesmo superior ao dos burocratas, ao contrário dos juízes de cortes generalistas. Por conta de sua perícia substantiva e familiaridade com as práticas burocráticas, os juízes especializados exibem maior confiança genuína do que seus colegas generalistas quando avaliam normas e práticas burocráticas e usam seus conhecimentos para reverter, com autoridade, um número significativamente maior de decisões administrativas.

Isaac Unah realizou testes<sup>24</sup> para analisar e comparar a deferência judicial entre: (i) as cortes distritais federais e a Corte de Comércio Internacional e (ii) entre a Suprema Corte e a Corte de Comércio Internacional.

Os números revelaram que a Suprema Corte emprestou deferência à interpretação das agências reguladoras ou órgãos administrativos em 72% dos casos e contrariou o entendimento administrativo em 28%. Já a Corte de Comércio Internacional acatou a posição administrativa em 59% dos casos e lhe foi contrária em 41%.

De outra parte, as cortes distritais federais mantiveram a interpretação do Executivo em 73% dos casos e dela divergiram em 27% deles.

Cabe aos juízes garantir que o poder e a discricção dos burocratas sejam exercidos de acordo com as diretrizes estabelecidas na Constituição e nas leis. Devido à complexidade de certas políticas públicas e à discricionariade administrativa, a utilidade de juízes, que são eles próprios especialistas em políticas públicas complexas, é cada vez mais reconhecida como um meio para “domar” o comportamento burocrático<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Idem, p. 133-134.

<sup>25</sup> LANDES, William M.; POSNER Richard A. The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective. *Journal of Law and Economics*, 1975, 18:875-901.

No Brasil, estudo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>26</sup> avaliou a eficiência e a certeza jurídica fornecidas pela revisão judicial da atividade de agências reguladoras e o CADE<sup>27</sup>, e descobriu que o Judiciário brasileiro confirma a maioria dos atos questionados. Segundo o estudo, mais de 80% das decisões substantivas<sup>28</sup> dos tribunais superiores foram favoráveis às agências. O Judiciário brasileiro, portanto, parece demonstrar grande deferência e hesitação em supervisionar o aspecto material das decisões das agências reguladoras e da autoridade antitruste.

No contexto brasileiro, o Judiciário modifica o seu próprio entendimento em relação a uma decisão administrativa durante as diferentes fases de um mesmo processo. Essas modificações “diminuem a previsibilidade das normas regulatórias, o que implica um aumento da incerteza jurídica”<sup>29</sup>.

Esse índice de incerteza é maior no Brasil porque as varas de primeira instância são menos deferentes às agências reguladoras do que as instâncias superiores. “A consequência é deletéria para a aplicação adequada da norma, já que sinais conflitantes são transmitidos às partes durante o curso da ação judicial”<sup>30</sup>.

A conclusão é a de que a forte deferência para com as agências reguladoras, especialmente entre os tribunais regionais

---

<sup>26</sup> 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](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 03/06/2017.

<sup>27</sup> O CADE, a autoridade de defesa da concorrência no Brasil, não é agência reguladora pois não regula setores da economia, mas disciplina, por meio de suas decisões, o comportamento de todo o mercado.

<sup>28</sup> Excluídas questões processuais.

<sup>29</sup> MARANHÃO, Juliano de S. A., AZEVEDO, Paulo F. de; FERRAZ JR., Tercio S. *Direito regulatório e concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

<sup>30</sup> Idem, *ibidem*.

federais e os tribunais superiores (STJ), mostra o quanto esse “estado de incerteza” é prejudicial a todos, empresas interessadas, concorrentes, fornecedores, clientes e autoridades administrativas, já que não parece haver supervisão judicial efetiva. Nesse contexto, “levar questões regulatórias à justiça se torna atrativo para aqueles litigantes que podem não acreditar realmente que há um problema de mérito (ou processual) com a decisão, mas irão se beneficiar do adiamento da intervenção da agência”<sup>31</sup>.

### **Seleção de magistrados especializados**

Seria irrazoável e contraproducente, depois de exaustivo debate e esforço em viabilizar e instituir juizados especializados, neles alocar magistrados que não estivessem à altura de ali atuar. Ou seja, tão importante quanto viabilizar uma prestação jurisdicional especializada é a designação de profissionais com sólidos, consistentes e autorizados conhecimentos e experiência.

O senso comum nos leva a considerar que os profissionais indicados para atuar em juizados especializados devem apresentar experiência significativa em uma ou mais áreas nas quais irão atuar, seja como julgadores, promotores, advogados, professores ou outras atividades jurídicas relevantes.

Nesse contexto, um maior escrutínio de qualificações é exigido ao fazer nomeações para esses juizados, a fim de evitar que se tornem “local de descarte” de juízes não adequadamente qualificados.

Numa tentativa não definitiva de estipular critérios para a designação de juízes para atuar em varas especializadas em temas econômico-empresariais, poderão ser consideradas as seguintes condições:

---

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*.

- a) formação acadêmica em nível de pós-graduação (doutorado, mestrado ou especialização) nas áreas afetas à atuação jurisdicional específica<sup>32</sup>;
- b) experiência profissional relevante em áreas relacionadas, seja durante o exercício prévio da magistratura ou em atuação profissional anterior;
- c) atuação docente, como professor universitário, pesquisador ou instrutor em áreas relevantes e relacionadas com os campos jurídicos determinados; ou
- d) publicação de obras ou trabalhos, científicos ou acadêmicos, em temas correlatos à atuação jurisdicional especializada.

Essa não pretende ser uma lista de características determinantes, embora exemplificativas, do que se espera de magistrados especializados com o intuito de que as engrenagens de um aparato jurisdicional diferenciado possam fluir e se desenvolver nas mãos de operadores capacitados e legitimados.

Afinal, a responsabilidade absoluta sobre todo um conjunto de leis e ramos do direito deve, pelo menos teoricamente, ser estimulante, pois proporciona uma “oportunidade única de supervisionar o desenvolvimento de um corpo coerente de doutrina, cujos elementos são cuidadosamente escolhidos para se ajustar efetivamente”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> No Tribunal da Concorrência do Canadá, por exemplo, exige-se dos membros pós-graduação no nível de doutorado ou mestrado em negócios/administração, comércio, finanças, contabilidade ou economia.

<sup>33</sup> DREYFUSS, Rochelle C. Op. cit., p. 378-379.

## **Congresso finalmente aprova Lei dos Cripto-ativos, que vai à sanção.**

*Fernando de Magalhães Furlan*

Depois de sete anos tramitando no Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados finalmente aprovou o substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 2.303-B, de 2015, que dispõe sobre “*diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais (...)¹*”.

Podemos considerar que o primeiro acerto da futura lei, fruto de contribuições abrangentes; desde o setor privado e as suas associações, até inúmeros aportes de parlamentares e, obviamente, do Banco Central e da CVM, dentre outros agentes públicos; foi o de prever, no parágrafo único do art. 2º, que ato do órgão ou da entidade da Administração Pública federal a quem caberá autorizar, regulamentar e regular a aplicação da futura lei, estabelecerá as hipóteses e os parâmetros em que tal autorização poderá ser concedida mediante procedimento simplificado.

A possibilidade de autorização, por meio de procedimento simplificado, vai ao encontro de expectativa do setor, de que não somente os grandes e fortemente capitalizados possam exercer sua liberdade econômica e participar desse mercado, especialmente startups.

O segundo acerto se refere aos incisos do artigo 3º da proposição legislativa, que preveem que não estão incluídos no escopo da futura lei: as moedas soberanas nacionais e estrangeiras; a moeda eletrônica<sup>2</sup>; pontos e recompensas de programas de

---

<sup>1</sup> Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em: 05/12/2022.

<sup>2</sup> Nos termos do artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013: “VI - moeda eletrônica é todo recurso, armazenado em dispositivo ou sistema eletrônico, que permite ao usuário final efetuar transação de pagamento”. De acordo com o sítio do Banco Central do Brasil, emissor de moeda eletrônica é aquela instituição que

fidelidade; e representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação esteja prevista em lei ou regulamento, a exemplo de valores mobiliários e de ativos financeiros.

Por razões óbvias, melhor não imiscuir cripto-ativos com moedas soberanas, considerando, inclusive, o exemplo temerário de El Salvador<sup>3</sup>. Quanto à moeda eletrônica e à negociação com pontos/recompensas, a partir de programas de milhagem, por exemplo, também acertada a decisão de separar “alhos de bugalhos”, considerando que a proposta legislativa inicial (PL 2303/2015) misturava os conceitos, trazendo insegurança jurídica, derivada da má redação legislativa. Idem para títulos e valores mobiliários que envolvem a proteção da economia popular.

Outro acerto foi a previsão de parâmetros, a serem estabelecidos pela(o) órgão/entidade regulador(a), consoante os incisos do artigo 4º, com exceção do inciso VII. O artigo 4º estipula que a prestação de serviço de ativos virtuais deve observar as seguintes diretrizes: livre iniciativa e livre concorrência; boas práticas de governança, transparência nas operações e abordagem baseada em riscos; segurança da informação e proteção de dados pessoais; proteção e defesa de consumidores e usuários; proteção à poupança popular; e solidez e eficiência das operações.

Contudo, o inciso VII, do artigo 4º traz uma conotação desnecessariamente negativa aos ativos virtuais, ou cripto-ativos, ao prever que a futura lei se destina à prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa, em alinhamento com os padrões internacionais; como se a mera utilização/negociação de cripto-ativos já denotasse, independentemente de má-fé, algo negativo ou criminoso.

---

gerencia conta de pagamento do tipo pré-paga, na qual os recursos devem ser depositados previamente. Exemplo: emissores dos cartões de vale-refeição e cartões pré-pagos em moeda nacional. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/instpagamento.asp?frame=1>. Acesso em: 05/12/2022.

<sup>3</sup> Vide o artigo intitulado: “O dia em o que o Bitcoin virou moeda soberana”, publicado pela WebAdvocacy em junho de 2021.

O art. 10 cria um polêmico novo tipo penal (“fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros”), ao inserir o artigo 171-A ao Código Penal, cuja pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Entretanto, a maior ilegalidade e inconstitucionalidade do projeto de lei aprovado está em seu artigo 12, que prevê que o artigo 1º da Lei nº 9.613, de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: “*Art. 1º (...) § 4º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada, por intermédio de organização criminosa ou por meio da utilização de ativo virtual*”.

Isto é, o projeto de lei equipara a mera utilização de cripto-ativo à organização criminosa. Ora, não é o meio que determina o ilícito, mas a sua própria essência. Ou seja, não é porque alguns utilizam ativos digitais para a prática de crimes que esses ativos se tornam ilegais por si sós.

Assim fosse, o papel-moeda circulante também deveria ser considerado ilícito em seu cerne, visto que é amplamente utilizado para a prática de atos ilegais. Obviamente, não seria o simples fato de serem utilizados “ativos virtuais” em eventuais ilícitos, que teria o condão de ampliar a sua antijuridicidade ou punibilidade.

Dito de outra forma, o que o legislador aqui almeja é equiparar a utilização de “ativo virtual” à organização criminosa, para fins de aumento de pena de um a dois terços. Ou seja, o uso de “ativos digitais” seria, por si só, tão reprimível e condenável quanto a “*associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente (...) para a prática de infrações penais(...)*”.

Não nos parece legítimo partir do pressuposto de que as empresas do setor de cripto-ativos já nasçam suspeitas, simplesmente porque manejam ativos financeiros não lastreados pelo Estado.

Enfim, a aprovação da proposta legislativa é, em geral, positiva, pois traz maior segurança jurídica ao investidor em cripto-ativos. Contudo, alguns dispositivos deveriam ser vetados pelo

presidente da República, em razão de sua patente inconstitucionalidade, conforme visto acima.

## O novo proteccionismo

*Fernanda Manzano Sayeg*

Atualmente, milhões de pessoas trabalham em condições abusivas em todo o mundo. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem 160 milhões de trabalhadores infantis e 27,6 milhões de trabalhadores forçados.

Há algumas décadas, os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) tentam chegar a um consenso sobre a criação de regras básicas sobre condições de trabalho e comércio internacional, denominados de “padrões trabalhistas”. Trata-se da criação de regras multilaterais que permitirão a adoção de restrições às importações de mercadorias em razão da forma como os trabalhadores são tratados, do uso de trabalho infantil ou forçado, do pagamento de salários abaixo de um valor mínimo, do número de dias e horas trabalhados e de más condições de saúde e de segurança na fabricação das mercadorias em questão.

No entanto, o debate sobre esse assunto não avançou em mais de 25 anos e, atualmente, não há qualquer perspectiva de que sejam estabelecidas regras multilaterais sobre esse tema, a curto prazo.

Aproveitando a inexistência de regras multilaterais comerciais multilaterais claras sobre questões trabalhistas, e com a justificativa de buscar eliminar o trabalho infantil e forçado em todo o mundo, os Estados Unidos e a União Europeia estão adotando medidas que podem impactar significativamente as exportações de produtos brasileiros e de outros países.

Recentemente, o Department of Labor (DOL) dos Estados Unidos publicou a 10ª edição da "Lista de Bens Produzidos por Trabalho Infantil ou Trabalho Forçado", na qual identificou indústrias estrangeiras que supostamente possuem envolvimento com trabalho infantil e forçado. O DOL rastreou cadeias de fornecimento globais complexas com o intuito de identificar

produtos finais e intermediários que, em algum momento, tiveram envolvimento com trabalho forçado ou infantil.

O DOL também publicou a 21ª edição do relatório "Descobertas sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil", no qual analisa 131 países e territórios com situações de trabalho infantil. Nesse relatório, foi descrito o progresso de alguns países para manter seus compromissos internacionais de eliminar estas práticas, bem como recomendações específicas para eliminação do trabalho infantil.

Adicionalmente, o DOL desenvolveu portais e aplicativos que contêm informações sobre bens produzidos com trabalho infantil ou trabalho forçado e as últimas informações sobre os esforços dos governos para lidar com esse assunto, por produto e país, além de proporcionar às empresas orientações detalhadas sobre como desenvolver sistemas de conformidade social em suas cadeias de fornecimento globais e evitar abusos de condições trabalhistas.

No continente europeu também estão em fase de aprovação medidas que visam a reduzir o trabalho forçado no mundo. A Comissão Europeia propôs uma nova regulamentação que proíbe o ingresso de produtos fabricados com trabalho forçado no mercado da União Europeia, que ainda não foi aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia (UE).

De acordo com a proposta de regulamentação, as autoridades nacionais nos Estados Membros da UE passarão a avaliar se há razões bem fundamentadas para suspeitar que determinados produtos comercializados foram produzidos com trabalho forçado. Caso identifiquem uma preocupação fundamentada, os Estados Membros poderão iniciar investigações e solicitar informações às empresas, além de realizar verificações e inspeções nas respectivas fábricas. Se as autoridades não puderem reunir todas as provas que requerem (por exemplo, devido à falta de cooperação por parte de uma empresa ou de uma autoridade estatal não pertencente à UE), elas podem tomar uma decisão apenas com base nos fatos disponíveis.

Se, após a investigação, se concluir que determinado produto teve envolvimento com trabalho forçado, será proibida a colocação e disponibilização do mesmo no mercado da UE, além de ser exigida a retirada do produto que já ingressou no mercado europeu, procedendo-se a seu descarte ou destruição.

O regulamento proposto também prevê a criação de um banco de dados e da plataforma denominada “Rede de Produtos de Trabalho Forçado da UE”, que deverá assegurar a coordenação e cooperação estruturadas entre as autoridades competentes e a Comissão Europeia.

Não há dúvidas que essas medidas afetam o ingresso de exportações brasileiras de diversos produtos, incluindo açúcar, carne bovina, frango, madeira, arroz, algodão, têxteis e produtos agrícolas. O mesmo deverá ocorrer na União Europeia a após a entrada em vigor das normas que estão em fase de aprovação.

A adoção de restrições às importações com fundamento em padrões trabalhistas é uma tendência que deve levar à adoção de regras multilaterais sobre o tema. De todo modo, enquanto isso não ocorre, medidas que restrinjam a importações com base em trabalho forçado e infantil devem ser consideradas como barreiras não tarifárias às importações e, portanto, precisam ser devidamente justificadas e estabelecidas em conformidade com as regras e princípios da Organização Mundial do Comércio (OMC), tais como tratamento nacional e não discriminação. Por essa razão, quaisquer medidas que restrinjam o ingresso de produtos estrangeiros por descumprimento de padrões trabalhistas que sejam adotadas de forma discricionária, discriminatória e sem evidências ou justificativa poderão ser contestadas no órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Por sua vez, os exportadores que possam vir a ser afetados pelo possível envolvimento de mão de obra forçada ou infantil na cadeia produtiva podem agir com o intuito de evitar que sofram com restrições às importações de suas mercadorias. Tais empresas poderão implementar rigorosos sistemas de *due diligence* e de gerenciamento de riscos para que suas mercadorias não sejam relacionadas a trabalho forçado ou infantil. Isso permitirá que as empresas exportadoras demonstrem que cumprem as exigências

estabelecidas em determinado país ou bloco comercial e, consequentemente, poderão continuar ingressando nesses mercados.

## Do Marshall ao Ativismo – Limites

*Fabio Luiz Gomes*

O mundo hoje está sofrendo grandes transformações, a pandemia passou a ser uma realidade, o fantasma da guerra está nos assolando novamente, a tecnologia avançou mas não consegue nos impedir o sofrimento, enfim são diversas as questões humanas que estão no seio das nossas discussões.

No Brasil, a grande discussão do início do século é até onde o judiciário pode ir, mesmo que em razão da inércia ou ineficiência de outros poderes.

Um dos centros gravitacionais dessa pendenga está no controle difuso de constitucionalidade, o que não deixa de ser interessante o círculo vicioso que se repete e o ciclo agonizante que em refluxo insiste e não é devidamente visto.

O controle difuso, uma grande inovação americana, surgiu depois de superada a fragilidade que envolvia a confederação americana ao se tornar uma federação, isto é, Estados Unidos, unidos por uma constituição, sem destruição da autonomia legislativa dos estados que compõem essa federação, cada um tinha sua própria constituição, ainda que subordinada a uma constituição federal.

Está aí o terreno devidamente adubado para o surgimento do controle difuso, afinal a autonomia dos estados somada a hierarquia normativa que naturalmente seria discutida da Constituição Federal Americana e as normas internas.

Os Estados Unidos estavam fervilhando internamente e havia duas grandes lideranças políticas em debate em 1790, o John Adams, presidente pelo partido federalista nesta altura e o Tomas Jefferson, presidente eleito de oposição, mas ainda não empossado pelo partido republicano.

Tomas Jefferson representava a novidade, razão pela qual o seu partido também conseguiu renovar e eleger o congresso americano.

Vendo-se com grandes perdas para si e ao partido federalista, Adams sancionou uma lei que criava 58 novos cargos para o judiciário e ainda 42 também novos para juiz de paz.

O Presidente Adams não conseguiu nomear todos os juizes durante o seu mandato, dentre eles o William Marbury.

Tomas Jefferson tomou posse e nomeou como Secretário de Estado o Madison, que por ordem expressa do atual presidente, recusou a entregar algumas nomeações, dentre elas a do William Marbury.

Marbury ingressou com um writ of mandamus contra o ato ilegal do Madison, para que pudesse tomar posse – Marbury VS. Madison.

O Juiz da causa a julgar esse caso foi o Marshall e sua decisão revolucionou, declarando a supremacia da constituição e a competência da suprema corte contra os arbítrios e abusos cometidos pelos poderes legislativo e judiciário.

E ainda, ao interpretar o Art. III da Constituição dos EUA conferiu poder para os juizes de todas as instâncias a afastarem a incidência de normas que fossem inconstitucionais – surge aqui uma nova forma de ver o judiciário e o reconhecimento de um Tribunal Superior como forma de freios e contrapesos.

Ao verificarmos o contexto histórico dos EUA e o Brasil, há algumas coincidências, uma atuação contudente e muito ativa do judiciário, que, assim como lá, constantemente sofre grandes críticas.

Naquela altura, Marshall fixou um limite para atuação do judiciário que era: o ato político e o ato discricionário, nestas duas hipóteses o poder judiciário encontrava a própria barreira de atuação.

Nos dias de hoje, restará ultrapassada essa barreira, ou de fato haveria uma inversão de arbítrio, que seria do próprio judiciário.

Até hoje nos EUA se critica a atuação do judiciário como legislador positivo, pois se determinada matéria não foi objeto de lei, ou legislada de uma forma, entendem os críticos que não poderia o judiciário criar essas normas sobre as vestes de precedentes.

O fato é que independente das críticas, o poder judiciário americano continua a editar precedentes normativos, cumpre aqui fazer uma ressalva, que o sistema americano é o da *common law*, não há tantas normas do legislativo como o sistema *civil law*, portanto, há um vácuo normativo, o que cria um ambiente favorável aos precedentes dos tribunais americanos.

No Brasil, o ativismo do poder judiciário brasileiro supera os limites fixados pelo Marshall, isto é, o ato político e o ato discricionário, afinal, estes não poderiam ser objetos de análise do poder judiciário.

Em relação ao ato ilegal, neste caso, está ínsito na própria ilegalidade do ato como uma autorização para controle feito pelo judiciário porque nulo, aqui não restam dúvidas da sua invalidade *ex tunc*.

Em uma construção jurisprudencial-legal passou-se a considerar o ato desproporcional ou ineficiente como possível análise meritória feita pelo judiciário.

Questiona-se se a inércia dos outros poderes (executivo e legislativo) autorizaria ao judiciário a substituí-los na prática desses atos.

Não resta dúvida de que as leis e atos inconstitucionais possam ser objetos de controle feito pelo judiciário, assim como em situações restritas de proporcionalidade e eficiência, contudo, em caso de inércia de algum dos poderes poderia o judiciário assumir suas funções, ainda que provisoriamente?

No direito brasileiro há a previsão da inconstitucionalidade por omissão, baseada no direito da ex Iugoslávia, neste caso, a própria constituição autoriza a ação do judiciário quando houver omissão legislativa.

O grande desafio será delimitar quando houver omissão realmente ou falta de norma por vontade do próprio legislativo, esse liame acaba por ser definido pelo próprio poder judiciário em normas constitucionais de eficácia limitada.

Verifica-se que o avanço estabelecido por Marshall da possibilidade de revisão judicial quando houver inconstitucionalidade da lei ou do ato, foi severamente criticado na época, e ainda o é em vários países por considerá-lo muito subjetivo, apesar de terem adotado o controle concentrado de inconstitucionalidade – o qual foi criado por Kelsen com inspiração no direito dos EUA.

Na medida em que se avança com a atuação do poder judiciário em funções consideradas de outros poderes, as críticas avançam e acabam por fragilizar cada vez mais o próprio poder judiciário, aumentando muito suas críticas, pois suas decisões serão cada vez mais políticas.

Contudo, também é igualmente necessário que os outros poderes assumam suas funções institucionais típicas para que a roldana do Estado volte a funcionar e assim preservar o Estado Democrático de Direito.

O estudo histórico-comparado demonstra que o arbítrio de um poder não justifica o do outro, como peças de dominó todos caem, é preciso, portanto, equilíbrio e ponderação para que os poderes funcionem e controlem uns aos outros nos eventuais abusos.

## **Assim como não há justiça sem advogado, também não há direito concorrencial sem teoria econômica**

*Elvino de Carvalho Mendonça & Marcos André Mattos de Lima*

Esta semana finalizamos o curso de Organização Industrial aplicada à concorrência e à regulação econômica na plataforma da WebAdvocacy, tendo sido lecionado para um grupo seletivo de advogados e advogadas da área concorrencial do Brasil.

O(A)s advogado(a)s tiveram a oportunidade de se aprofundar nos modelos de concorrência, monopólio, monopólio natural e oligopólio. As aulas contaram com a análise de setores econômicos e de casos específicos, onde a teoria microeconômica foi utilizada como fundamento para as definições estratégicas das empresas avaliadas.

Os modelos clássicos de oligopólio<sup>1</sup>, principalmente os modelos de oligopólio com bens diferenciados, são fontes necessárias de consulta para a escrita de qualquer caso que envolva a defesa da concorrência, pela simples razão de que o mundo antitruste gira em torno dos oligopólios, sobretudo os diferenciados, quer seja no Brasil quer seja em qualquer outra nação com atuação séria nesta seara.

---

<sup>1</sup> Ver o Editorial da WebAdvocacy de 16 de abril de 2022, cujo título é “O que o modelo de Stackelberg tem para ensinar à análise concorrencial”, no link: [O que o modelo de Stackelberg tem para ensinar à análise concorrencial – WebAdvocacy](#).

Os tradicionais modelos de Cournot<sup>2</sup> e de Stackelberg<sup>3</sup> com produtos homogêneos são muito elucidativos para tratar os casos de defesa da concorrência de indústrias maduras, como é o caso da indústria cimenteira. Para este setor é possível identificar que as variáveis quantidade produzida e capacidades ociosas e instaladas são a chave para a análise das estratégias das cimenteiras.

O modelo de Bertrand<sup>4</sup>, que utiliza o preço com variável de escolha das empresas, e o seu importante paradoxo, que demonstra que mesmo em situações de duopólio o equilíbrio do mercado é o equilíbrio competitivo, é muito útil para identificar setores onde o paralelismo de preços é um resultado natural, como é o caso do mercado relevante de revenda de combustíveis.

O paralelismo de preços observado no mercado mencionado é um exemplo de como o Paradoxo de Bertrand pode ser utilizado. Neste mercado, como os postos de combustíveis possuem estruturas de custos muito semelhantes e como a variável estratégica utilizada por estas empresas é o preço do combustível, a guerra de preços entre eles provoca a redução desta variável até o seu custo marginal. Como os custos marginais são muito semelhantes, os preços em concorrência ficam muito semelhantes também.

Estes exemplos simples demonstram que muito do direito concorrencial pode ser explicado pela simples aplicação dos resultados clássicos destes modelos, principalmente porque estes resultados são consagrados na literatura econômica e a utilização

---

<sup>2</sup> O modelo de Cournot é um modelo de oligopólio que utiliza a variável quantidade como variável de escolha. O modelo foi elaborado por Antoine Augustin Cournot (1801-1877) e o artigo publicado é o seguinte: COURNOT, A. *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*. 1838.

<sup>3</sup> O modelo de Stackelberg é um modelo de oligopólio que avalia uma estrutura de mercado em que existe uma firma líder e firmas seguidoras. Este modelo foi elaborado por Heinrich Freiherr von Stackelberg.

<sup>4</sup> O modelo de Bertrand é um modelo de oligopólio que utiliza o preço como variável de escolha. Este modelo foi elaborado por Joseph Bertrand e o artigo publicado é o seguinte: BERTRAND, J. *Théorie Mathématique de la Richesse Sociale*. Journal des Savants, pp. 499-508. 1883.

destes modelos, com maior ou menor alteração das suas hipóteses, já deram origem a um grande número de artigos seminais em economia, como por exemplo Kreps e Scheinkman (1983)<sup>5</sup>, Kackner (2000)<sup>6</sup> e Hsu e Wand (2005)<sup>7</sup>

Na esfera antitruste não é diferente. A esse respeito vale mencionar os artigos publicados na série Working Papers do Federal Trade Commission (FTC): Alger (1980)<sup>8</sup>, Liang (1987)<sup>9</sup> e Weinberg e Hosken (2008)<sup>10</sup>.

Importante também citar o artigo de Farrel e Shapiro (2008)<sup>11</sup>, que propuseram o teste chamado *Upward Pricing Pressure* (“UPP”) para avaliar os efeitos unilaterais potenciais advindos de fusões horizontais. Este modelo utiliza como base o modelo de Bertrand com bens diferenciados.

Conquanto haja uma literatura extensa sobre os modelos de oligopólio e a sua aplicação nos setores econômicos e na teoria de defesa da concorrência, pouco ou quase nada se vê de aplicação

---

<sup>5</sup> KREPS, D.; SCHEINKMAN, J. Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes. *Bell Journal of Economics* 14: páginas: 326-337. 1983.

<sup>6</sup> HACKNER, J. A Note on price and quantity competition in differentiated oligopolies. *Journal of Economic Theory*, 93, 233-239. 2000.

<sup>7</sup> Hsu, J. and X. Wand, On welfare under Cournot and Bertrand competition in differentiated oligopolies, *Review of Industrial Organization*, 27, 185-191. 2005.

<sup>8</sup> ALGER, Daniel. A Re-Evaluation of Traditional Static Oligopoly Models. Working Paper 039. Federal Trade Commission. 1980. Disponível em: A Re-Evaluation of Traditional Static Oligopoly Models | Federal Trade Commission (ftc.gov).

<sup>9</sup> LIANG, Nellie. An Empirical Conjectural Variation Model of Oligopoly. Working Paper 151. FTC. 1987. Disponível: An Empirical Conjectural Variation Model of Oligopoly | Federal Trade Commission (ftc.gov).

<sup>10</sup> WEINBERG, Matthew C.; HOSKEN, Daniel. Using Mergers to Test a Model of Oligopoly. Federal Trade Commission. Disponível em: Matthew Weinberg (University of Georgia), An Evaluation of Merger Simulations (ftc.gov). 2008.

<sup>11</sup> J. Farrell and C. Shapiro, “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition,” working paper, 2008. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>.

destes modelos nas decisões do CADE, quer sejam aquelas proferidas pela Superintendência-Geral do CADE quer sejam aquelas proferidas pelo Tribunal.

A pouquíssima utilização deste instrumental nas decisões ora mencionadas não surpreende e talvez seja resultado da ausência de paridade de armas no tribunal do CADE, uma vez que a presença de conselheiros com formação jurídica tem sido a regra.

O curso de organização industrial embasou os advogados e as advogadas com os principais modelos de oligopólio e tenho certeza que as peças produzidas por eles e por elas trarão, doravante, a semente das teorias de oligopólio aplicadas à defesa da concorrência.

Se veremos mais utilização de teoria econômica nas decisões do CADE, não sabemos. Se veremos um tribunal com paridade de armas, também não sabemos. Mas, o que sabemos é que “assim como não há justiça sem advogado, também não há direito econômico sem teoria econômica”.

## **ANPD, uma autarquia especial para tratar de bens especiais**

*Eduardo Molan Gaban*

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), durante seus quase 2 anos de vigência, já vem sendo matéria de diversos casos que tramitam pelo Poder Judiciário. Este, por sua vez, assume um papel relevante no sentido de direcionar a interpretação e aplicação desta recente lei.

Como é natural para as legislações recém-criadas/vigentes, é a experimentação em casos concretos que possibilita que sejam delineados os papéis dos atores envolvidos, os limites de sua aplicação e a fundamentação necessária para tanto.

Nesse sentido, podemos observar uma interessante decisão recente que nos ensina várias lições em alguns pontos cruciais da LGPD<sup>1</sup>: (i) a exclusão de empresas de pesquisa do conceito de instituição de pesquisa previsto na lei, por possuírem caráter lucrativo; (ii) a existência de violação da LGPD nas pesquisas de campo realizadas com dados sem o consentimento do titular; (iii) a aplicação concreta da responsabilidade solidária do operador.

Na aludida decisão, foi confirmada a condenação da Antennas Business Insights Serviços Administrativos Ltda. e da WHD Pesquisa e Estratégia Ltda. pela realização de pesquisa de mercado contendo informações pessoais e dados sensíveis sem o consentimento dos titulares.

Segundo o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal, autor da ação, este foi surpreendido com diversas indagações dos sindicalizados acerca de uma pesquisa de mercado enviada por mensagem de texto e correio eletrônico. Diante de tais indagações, a entidade procurou esclarecer que não contratou qualquer

---

<sup>1</sup> Apelação Cível nº 0709580-09.2021.8.07.0001, julgada pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

empresa para realização da pesquisa ou forneceu acesso ao banco de dados interno do sindicato, e que conhece o caráter sigiloso das informações pessoais dos sindicalizados, tendo ocorrido o acesso sem sua anuência ou seu conhecimento.

Em resposta às acusações, a WHD Pesquisa e Estratégia Ltda. relatou que a parceira Antennas Business Insights Serviços Administrativos Ltda. deu início a pesquisa de sondagem de mercado com o objetivo de implementar campanha eleitoral para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal no triênio 2021-2024, conforme informações disponíveis no sítio eletrônico do sindicato. Afirmou, ainda, que utilizou de banco de dados próprio, construído de forma lícita a partir de realização de outros trabalhos na área de pesquisa e de realização de campanhas eleitorais.

A Antennas Business Insights Serviços Administrativos Ltda., por fim, apresentou o argumento de que foi contratada pela WHD Pesquisa e Estratégia Ltda. com a finalidade de realizar a pesquisa de sondagem de mercado para as eleições no triênio 2021-2024 e que não houve utilização dolosa das informações constantes no referido banco de dados. Destacou que a responsabilidade deve recair exclusivamente sobre WHD Pesquisa e Estratégia Ltda., que a contratou, conduziu o processo e forneceu o banco de dados.

Após análise de todas as alegações, o Tribunal pontuou que a WHD Pesquisa e Estratégia Ltda. não se insere no conceito previsto no art. 7º, inc. IV, da Lei n. 13.709/2018<sup>2</sup>, que disciplina a regularidade da obtenção dos dados, uma vez que possui finalidade lucrativa e seu foco é comercial.

Da mesma forma, concluiu o Tribunal que, diante da falta de consentimento do titular para o tratamento de seus dados pessoais, fica caracterizado o seu uso irregular, conforme a LGPD. E neste ponto, o Relator reiterou em seu voto a condenação solidária de ambas as empresas, atuantes como agentes de

---

<sup>2</sup> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

tratamento de dados, com fundamento no artigo 42, § 1º, I e II, da LGPD.

Como pontuou o voto condutor do Relator, “O controlador deve demonstrar finalidade legítima a justificar o tratamento dos dados já existentes, visto que a disponibilização de dados pessoais pode causar lesão irreparável à intimidade e ao sigilo da vida privada dos envolvidos. O fundamento, no caso, para a utilização dos referidos dados está na implementação de proposta comercial para campanha eleitoral a se contrapor ao direito à privacidade e à inviolabilidade da intimidade dos filiados que tiveram seus dados manipulados”.

Ao final, assinalou a possibilidade de direito de regresso oportunamente, afirmando que “O agente de tratamento de dados poderá pleitear o ressarcimento de sua condenação em ação regressiva quando demonstrar que não realizou o tratamento de dados pessoais em questão ou se realizou, não houve violação à legislação regente, ou ainda, se demonstrar que a lesão decorre de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro”.

Trata-se um importante julgamento para balizar os limites da responsabilização solidária do operador do dado, bem como para traçar uma definição mais linear sobre as hipóteses de legitimidade do tratamento do dado previstas na lei.

Agora, esse tipo de tema, bem como tantos outros temas que ainda serão melhor sedimentados com a prática, passarão a ser uniformizados de maneira mais precisa pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), na qualidade de autarquia de natureza especial.

Em 13 de junho de 2022, foi publicada a Medida Provisória nº 1.124, editada pelo Presidente da República, a qual foi a responsável pela transformação da ANPD em uma autarquia de natureza especial<sup>3</sup>. Até então, a natureza jurídica da ANPD era de “órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República”.

---

<sup>3</sup> Art. 1º. Fica a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD transformada em autarquia de natureza especial, mantidas a estrutura organizacional e as competências e observados os demais dispositivos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Referida modificação já estava prevista na redação anterior do artigo 55-A, § 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>4</sup>, que dispunha sobre a natureza transitória da natureza jurídica da ANPD como órgão da presidência.

A Medida Provisória prevê, ainda, a necessidade de modificação da Estrutura Regimental da ANPD para que se adeque à sua nova característica de autarquia de natureza especial. Porém, até que seja alterada, a MP dispõe que a Estrutura Regimental atual permanece vigente e aplicável.

Na prática, a ANPD não mais se subordina hierarquicamente à Presidência, e ganha maior grau de autonomia técnica e decisória, assumindo personalidade jurídica equivalente às das agências reguladoras, como a Anvisa, a Anatel e a Aneel<sup>5</sup>. A Autoridade, a partir de agora, atuará de forma descentralizada nas suas atividades de controle e fiscalização, com autonomia inclusive financeira.

Além disso, com a nova Medida Provisória nº 1.124, é ampliada a capacidade processual do Órgão perante o Poder Judiciário na defesa do direito à proteção dos dados pessoais, direito esse elevado ao patamar constitucional (Emenda Constitucional nº 115/2022<sup>6</sup>).

Isso porque, antes da referida Medida Provisória, a ANPD não se qualificava como uma pessoa jurídica de direito público interno, pois era um órgão da administração pública federal

---

<sup>4</sup> Art 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

§ 1º. A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

<sup>5</sup> As agências reguladoras são previstas na Plataforma do Governo, cujo acesso é disponível em [https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/cidadao/lista-de-ouvidorias/agencias\\_reguladoras](https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/cidadao/lista-de-ouvidorias/agencias_reguladoras).

<sup>6</sup> Nesse sentido, veja-se: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/17/protecao-e-tratamento-de-dados-pessoais-como-direito-fundamental-pec-17-2019-e-a-defesa-do-consumidor/>

integrante da Presidência da República, fora do rol das pessoas jurídicas de direito público interno do artigo 41 do Código Civil. Além disso, detinha apenas um órgão de assessoramento jurídico próprio.

Agora, qualificada como uma autarquia, a ANPD ganha a qualidade de pessoa jurídica de direito público interno (artigo 41, IV, do Código Civil) e uma Procuradoria especializada, assim como ocorre com outras autarquias, como é o caso do CADE.

O efeito concreto dessas mudanças é a ampliação de sua capacidade processual para promover ações judiciais em matéria de proteção de dados, como medidas cautelares (p. ex., busca e apreensão e suspensão de atividades de tratamento de dados pessoais), execuções e pedidos de cumprimento de suas sanções administrativas contra as pessoas punidas em seus processos sancionadores.

A ANPD, como autarquia de natureza especial, terá maior independência em relação ao Poder Executivo, e *expertise* para fixar outras interpretações em matéria de proteção de dados, seja em seus julgamentos de processos administrativos sancionadores ou até mesmo em sua atuação perante o Poder Judiciário.

A mencionada Medida Provisória ainda deve ser aprovada pelo Congresso Nacional para que haja sua conversão em lei. Até lá, todas essas inovações trazidas pela Medida Provisória, com inquestionáveis ganhos à proteção de dados pessoais, continuarão em vigor.

# 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 clientela<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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/portalp/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.

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. 08700.005694/2013-19<sup>2</sup>, em que é apontada a diferença entre a busca gratuita e a busca patrocinada:

[...] 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

---

<sup>2</sup> CADE. Nota Técnica n° 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo n° 08700.005694/2013-19. **Disponível em:** <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?dz2uweayicburzefhbt-n3bfpllu9u7akqah8mpb9ypu6wevpqsd71wzh\\_uxehbwngimcevh\\_dwu20vj-yrkhn0rsauly\\_vzle-vw6lie0jkiptmdqrdz40fukwedxd2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?dz2uweayicburzefhbt-n3bfpllu9u7akqah8mpb9ypu6wevpqsd71wzh_uxehbwngimcevh_dwu20vj-yrkhn0rsauly_vzle-vw6lie0jkiptmdqrdz40fukwedxd2)>. Acesso em: 19 set. 2022.

são listados no Google e a própria plataforma, que presta e eles o serviço de exibi-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 semelhantes<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> 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.

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 judiciais<sup>4</sup> 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.

Já no caso da ação movida pela Via Varejo, ajuizado posteriormente, a autora alegou que a Magazine Luiz 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.

---

<sup>4</sup> 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.

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”<sup>5</sup>.

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 globais<sup>6</sup>, sendo que, no ano de 2022, a empresa (Alphabet Inc.) está em 4º lugar mundial entre as companhias de maior valor<sup>7</sup>, 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

---

<sup>5</sup> 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/portaltj/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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

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/SP<sup>8</sup>, foi julgada improcedente a ação movida pela empresa autora em face 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 abstinhasse 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

---

<sup>8</sup> 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: <[172](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1105759-92.2021.8.26.0100&cdProcesso=2S001H4H80000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JM&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=AWXAW1RVACSqXqfRnHC1XAnusAIbAwRw%2F457agFUĩTreBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJdZxOn4AsukCSGF6nhVRpc%2BOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIspu5I0eRzG8vZnF6zX%2B3tUL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyF7T8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJfVYQir7tuyYEEYht%2F6Io9SuWwjS%2BbRTrNm8dOPywDY4kdEPAffUĩTSXwv4%2BER5J8N%2Br5IjtULuOkeL3cBEjmB2HOdvVvwzaRjstzQwL9VAcNqCy2IHĩQDY9I5Ghi7KYm5sRIIHBahPxeVp9h%2BmI%2FW5XvJY7qfv79NFB%2BQUdoj6TXI7fayeeA%2FMPN0uCqS9y7fo7SCib2SFCyHJLhS8PmEWB98h%2F0eP%2Bfr6VKCi4ANP3bA%3D%3D>. Acesso em: 16 set. 2022.</p></div><div data-bbox=)

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.

## “THE ART OF M&A” para sociedades anônimas de futebol (SAF)

*Eduardo Molan Gaban & Guilherme dos Santos*

No dia 26 de outubro de 2022, a Superintendência-Geral do CADE decidiu pelo arquivamento de dois procedimentos administrativos instaurados para apurar possível infração de *gun-jumping* envolvendo duas diferentes operações de M&A de venda de ações do Cruzeiro Esporte Clube SAF e da Botafogo SAF. A justificativa para ambos os arquivamentos foi a mesma: os grupos econômicos envolvidos nas operações das Sociedades Anônimas de Futebol (SAF) não atingiram os critérios mínimos de faturamento estipulados no art. 88 da Lei n. 12.529/2011<sup>1</sup>. Para se entender melhor esses casos, bem como o que estava em jogo, os riscos e os procedimentos dessas operações, façamos um *overview* sobre o tema.

*Merger and Acquisition* (M&A) é uma expressão da língua inglesa cuja tradução literal seria “fusão e aquisição”. Entretanto, no direito norte-americano, *merger* corresponderia ao instituto que aqui conhecemos como incorporação, previsto no art. 227 da LSA. Por outro lado, *acquisition* seria um gênero de operações societárias que envolvem transferência de propriedade<sup>2</sup>. Na prática, as pessoas que atuam ou estão diretamente envolvidas em processos de M&A utilizam essa sigla como um gênero de operações de investimento envolvendo participações societárias. Esses processos de M&A, que já se transformou em um mercado contendo agentes e

---

<sup>1</sup> Para acesso à íntegra da notícia, veja: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-arquiva-procedimentos-referentes-a-investigacoes-sobre-as-aquisicoes-das-saf-do-botafogo-e-do-cruzeiro>. Acesso em: 27/10/2022.

<sup>2</sup> REED, S. F.; LAJOUX, A. R.; NESVOLD, H. P. **The Art. Of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide**. 4º Ed. [S. l.]: McGrawHill, 2007, p. 4.

empresas especializadas nessas atividades, movimentaram no Brasil cerca de R\$ 595,56 bilhões em 2021<sup>3</sup>.

Nessas operações, geralmente estão diretamente envolvidos o comprador (das ações, quotas ou ativos), vendedor (das respectivas ações, quotas ou ativos) e a empresa-alvo (na qual o vendedor detém participação societária). Outros agentes podem estar envolvidos, como companhias de seguro<sup>4</sup> e bancos de investimento<sup>5</sup>.

Geralmente, as partes objetivam com um M&A a ampliação de seu portfólio, sua consolidação no mercado e/ou obtenção de ganhos de sinergia. É claro que as partes podem ter outros objetivos, como a obtenção de uma dada tecnologia.

Importante destacar que não existe um único tipo de operação de M&A, mas sim diversos, como fusão (art. 228 da LSA e art. 1.119 do CC), incorporação de ações (art. 252 da LSA), aquisição de participação societária, *joint venture*, cisão (art. 229 da LSA), incorporação (art. 227 da LSA e art. 1.116 do CC) e *drop down*.

Existem outros tipos de operações da M&A muito comuns, como a transformação do tipo societário (art. 1.113 do CC) e

---

<sup>3</sup> Veja o Relatório Anual do Transactional Track Record (TTR) sobre o mercado transacional brasileiro referente ao ano de 2021, que considerou somente as operações que tiveram seus preços divulgados: <https://blog.ttrecord.com/relatorio-anual-sobre-o-mercado-transacional-brasileiro-2021/>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>4</sup> As companhias de seguro podem estar envolvidas para garantir as contingências de responsabilidade do vendedor ou do comprador que surgirem pós-fechamento da operação, ou até mesmo para garantir o pagamento de multa pela quebra de uma declaração ou garantia do vendedor. Essa prática é recente e, por isso, ainda não é muito comum no Brasil, ao contrário do que ocorre no mercado de M&A nos EUA. Veja notícia sobre o tema: <http://riscosegurobrasil.com/editorias/seguro-de-fusoes-e-aquisicoes-ganha-forca-e-chega-ao-brasil/>. Acesso em: 18 out. 2022

<sup>5</sup> Os bancos de investimento podem se envolver em processos de M&A como financiador da operação, muitas vezes concedendo crédito ao comprador para realizar o pagamento preço da operação, ou até mesmo concedendo crédito ao vendedor para quitar dívidas da empresa-alvo que o comprador não deseja assumir pós-fechamento da operação.

trespasse (art. 1146 do CC). Entretanto, as operações de M&A não precisam estar tipificadas em uma legislação, pois se encontram dentro do ramo do direito privado onde vigora o princípio da licitude dos contratos atípicos (art. 425 do CC) e, especificamente no direito comercial, o direito dos acionistas na livre circulação de suas ações<sup>6</sup>.

No dia a dia do M&A, cada operação é única, pois existem particularidades de cada mercado e de cada uma das partes envolvidas. Em que pese essas particularidades, existe um certo “processo de M&A”<sup>7</sup>. Esse processo, também chamado de “arte do M&A” em homenagem a um dos clássicos livros da matéria, geralmente envolve: prospecção da empresa-alvo para verificar sua rentabilidade e função estratégica; celebração do Protocolo Antitruste e/ou do *Non Disclosure Agreement* para reger a troca de informações sensíveis bem assim proteger a confidencialidade do M&A na fase da *due diligence*<sup>8</sup>; celebração da *Letter of Intent*, *Memorandum of Understanding* ou *Term-Sheet*, que definem o preço da operação, seu objeto, condições para operação e, por vezes, regras de não-concorrência, não-aliamento e outras obrigações laterais, bem como passos seguintes, como a realização de *due diligence* e do contrato definitivo; realização da *due diligence* sobre a empresa-alvo e seus respectivos sócios a fim de identificar os ativos, riscos, passivos, contingências e outros dados relevantes que possam impactar a operação; celebração do contrato definitivo, o qual, de forma definitiva e vinculante, prevê as partes, regras de interpretação, objeto, preço, condições precedentes, declarações e garantias, indenizações, obrigações acessórias, hipóteses de

---

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio K.; FILHO, Calixto Salomão. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, § 46. COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo Manual de Direito Comercial**. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 78.

<sup>7</sup> REED, S. F.; LAJOUX, A. R.; NESVOLD, H. P. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>8</sup> Importante destacar que o Protocolo Antitruste, particularmente, visa evitar (ou mitigar) riscos concorrenciais, como gun-jumping ou troca indevida de informações concorrenciais sensíveis anteriormente à aprovação do CADE, regradando de forma mais minuciosa a forma de compartilhamento de informações entre as partes durante o processo de M&A.

rescisão, solução de controvérsias e outros temas; fechamento da operação (*closing*), no qual há o pagamento do preço pelo comprador e a transferência de propriedade do objeto da operação pelo vendedor, após cumpridas as condições precedentes; integração das sociedades, ou seja, momento pós-fechamento no qual, além da integração da cultura da sociedade investidora e investida, são nomeados os novos diretores e/ou os membros do Conselho de Administração da empresa alvo, caso aplicável.

Atualmente e graças a Lei nº 14.193/2021 (Lei da SAF), essa arte amplia-se para operações envolvendo as SAF. Trata-se de companhia cuja atividade principal consiste na prática de futebol, feminino e masculino, em competição profissional (art. 1º da Lei nº 14.193/2021 – Lei da SAF).

São diversos os motivos que levaram os legisladores a criarem esse tipo societário. Dentre esses motivos, podemos destacar: gestão pouco profissional dos clubes; elevado endividamento e baixa receita, especialmente pós-pandemia da COVID-19; predominância do formato associativo sem fins lucrativos nos clubes motivado por interesses de seus dirigentes e para benefícios tributários, que, por consequência, inviabiliza responsabilização desses dirigentes, limita as formas de financiamento junto ao público, não gera transparência e não possui acesso à recuperação judicial ou extrajudicial em razão deste tipo societário<sup>9</sup>.

Esses motivos, embora não sejam exaustivos e definitivos, levaram à criação da figura societária da SAF pela Lei da SAF, a qual inovou, resumidamente, nos seguintes aspectos:

\* Tipo societário: A partir da Lei da SAF, restou possível transformar o clube em sociedade anônima de capital fechado ou aberto, aplicando-se a Lei das Sociedades

---

<sup>9</sup> Veja também os motivos mencionados no Parecer nº 129, de 2021, do senador Carlos Portinho sobre o projeto de lei que foi convertida na Lei da SAF: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8979014&ts=1634829038417&disposition=inline>. Acesso em 18 out. 2022.

Anônimas (Lei nº 6.404/1976) de forma subsidiária à Lei da SAF. Foram criadas três formas para realizar a referida transformação do clube em SAF: transformação societária (art. 2, inc. I), criação originária (art. 2, inc. III) e cisão (art. 2, inc. II).

\* Governança e transparência: A Diretoria, o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal são órgãos obrigatórios e permanentes da SAF, sendo que o Conselho Fiscal, de acordo com a LSA, não é permanente e o Conselho de Administração não é obrigatório, para sociedade anônima de capital fechado. Além disso, a Lei da SAF criou diversas regras específicas de governança para evitar conflitos de interesse de seus dirigentes e definiu o dever de transparência das SAF de forma até mais ampla ao dever de transparência das companhias listadas no segmento Novo Mercado da B3. Resumidamente, as SAF devem disponibilizar em seus sites diversos documentos societários, de seus membros da governança, seus acionistas, sobre os negócios sociais da SAF, inclusive sobre o Programa de Desenvolvimento Educacional e Social.

\* Financiamento Público: A SAF pode emitir debêntures (debêntures-fut), que são títulos mobiliários representativos de dívida, concedendo direito de crédito de seu detentor contra a companhia emissora. As debêntures-fut se assemelham a outro importante título mobiliário, as debêntures de infraestrutura<sup>10</sup>. Outra forma de financiamento da SAF é pela abertura de seu capital para negociação em bolsa de valor.

\* Tratamento das dívidas: Foi criado o Regime Centralizado de Execuções para facilitar o pagamento de dívidas<sup>11</sup>. Esse Regime já estabelece uma dilação própria

---

<sup>10</sup> Para uma análise sobre as debêntures-fut, veja: <https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/353427/a-debenture-fut-criada-pela-lei-rodrigo-pacheco>. Acesso em: 18 out. 2022.

<sup>11</sup> Recente decisão do TST confirmou o entendimento de que esse Regime só pode ser concedido a clubes que se transformarem em SAF. Veja notícia:

para esses pagamentos, que pode ser tanto de natureza trabalhista quanto cíveis, e que terão uma ordem de preferência diferente daquela prevista na Lei nº 11.101/2005. Importante destacar que o procedimento desse Regime deverá ser regulado por cada um dos tribunais. Além disso, a Lei da SAF também previu, expressamente, a possibilidade da recuperação judicial ou extrajudicial por parte da SAF.

\* Regime de tributação: O art. 31 da Lei da SAF criou o Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF), com alíquotas reduzidas e recolhimento único para alguns tributos federais.

\* Programa social: O art. 28 da Lei da SAF previu que cada SAF deve instituir seu Programa de Desenvolvimento Educacional e Social (PDE), que se trata de um convênio com escolas públicas para o desenvolvimento da educação, por meio do futebol, e do futebol, por meio da educação.

Em que pese o art. 11 da Lei nº 8.672/1993 (Lei Zico) e o art. 27, §9º da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé) já autorizarem a transformação dos clubes em sociedades empresárias, poucos clubes realizaram essa transformação até a chegada da Lei da SAF. Com 1 ano de vigência, 24 clubes já se transformaram em SAF e muitos ainda buscam essa transformação<sup>12</sup>.

Grandes clubes, como Cruzeiro, Botafogo e Club de Regatas Vasco da Gama (Vasco), já se tornaram SAF. O principal motivo foi por necessidade de investimentos e pagamento de

---

<https://oglobo.globo.com/blogs/panorama-esportivo/post/2022/09/tst-decide-que-regime-centralizado-de-execucoes-so-pode-ser-concedido-a-clubes-que-se-transformarem-em-saf.ghtml>. Acesso em: 19 out. 2022.

<sup>12</sup> Veja notícia nesse sentido: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/colunas/rodrigo-mattos/2022/08/11/apos-um-ano-de-lei-brasil-ja-tem-24-clubes-saf-e-ha-previsao-de-expansao.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

dívidas. Entretanto, a grande maioria das transformações em SAF foram realizadas por pequenos e médios clubes<sup>13</sup>.

Temos conhecimento de quatro operações envolvendo SAFs já realizadas em pouco mais de 1 ano de vigência da Lei. A operação entre Vasco e 777 Partners, na qual esta adquiriu 70% das ações do Vasco pelo preço de até R\$ 700 milhões<sup>14</sup>. A operação entre Cruzeiro e Ronaldo Luis Nazário de Lima, mais conhecido como Ronaldo Fenômeno, que adquiriu 90% das ações do Cruzeiro pelo preço de R\$ 400 milhões<sup>15</sup>. A operação entre Botafogo e John Textor, em que foi realizada compra de 90% das ações do Botafogo por John Textor pelo preço que pode ultrapassar R\$ 1 bilhão, considerando os aportes futuros<sup>16</sup>. Por fim, a mais recente operação, porém pendente de fechamento, foi celebrada entre o Esporte Clube Bahia e City Football Group, na qual o grupo se comprometeu a aportar R\$ 1 bilhão em até 15 anos mediante a aquisição de 90% das ações do clube<sup>17</sup>.

Nessas operações envolvendo SAF, certos temas são, e devem merecer, especial atenção dos investidores e das sociedades investidas, por exemplo:

\* Reorganização societária: é de especial interesse das partes que haja, como condição precedente da operação, a

---

<sup>13</sup> Veja matéria: <https://www.terra.com.br/esportes/futebol/modelo-de-saf-se-torna-atraente-para-clubes-menores-no-futebol-brasileiro,93109e139b0ef3856b4b5e00247ff740dqx5dllh.html>. Acesso em: 19 out. 2022

<sup>14</sup> Veja matéria: <https://www.lance.com.br/vasco/transacao-entre-vasco-e-777-partners-e-concluida-e-empresa-transfere-a-saf-aporte-de-r-120-milhoes.html>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>15</sup> Veja matéria: <https://exame.com/negocios/ronaldo-oficializa-compra-de-90-da-saf-do-cruzeiro/>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>16</sup> Veja matéria: <https://www.fogaonet.com/noticias-do-botafogo/bloomberg-botafogo-comprado-john-textor-mais-1-8-bilhao/>. Acesso em: 21 out. 2022.

<sup>17</sup> Veja matéria: <https://ge.globo.com/ba/futebol/times/bahia/noticia/2022/10/14/prazo-investimento-e-governanca-veja-detalhes-da-proposta-do-grupo-city-para-a-saf-do-bahia.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2022.

transformação do clube, muitas vezes constituído na forma de associação civil sem fins lucrativos, em SAF, pois assim torna-se possível a aquisição, pelo comprador, das ações de emissão dessa SAF.

\* Assembleia Geral: é importante estabelecer também como condição precedente a aprovação da operação pela assembleia geral de acionistas da SAF. Nesse sentido, o § 3º do art. 2º da Lei da SAF prevê regra específica para aprovação da operação se houver acionistas classe A.

\* Contratos com jogadores: é importante levar em conta os contratos vigentes do clube com seus jogadores, especialmente no que tange ao regramento do direito de imagem desses jogadores. Pode ser necessário, como condição precedente, a renovação dos contratos com os jogadores-chave, o que pode implicar renegociação do contrato com esses jogadores. Essa renovação, ou até mesmo a prospecção de novos jogadores, pode elevar os custos do clube. Diante disso, nessas operações têm sido firmado um compromisso do novo comprador em investir parte do preço da operação nos atuais e futuros jogadores do clube.

\* Contratos com patrocinadores: Contratos com patrocinadores e parceiros são ativos importantes para o clube, de modo que pode ser do interesse do agente investidor renovar esses contratos a fim de garantir um ágil retorno financeiro de seus investimentos.

\* Contratos de transmissão na TV: Esse contrato é o que gera maior receita para os clubes. Em geral, o preço pago pela transmissora ao clube varia pelo número de telespectadores. Nesse contrato, pode haver cláusulas sobre o direito de arena (verba que é repassada aos jogadores - art. 42 e 42-A da Lei Pelé)<sup>18</sup>. Pode ser necessário, como

---

<sup>18</sup> Para uma análise sobre a diferença entre direito de imagem e direito de arena, veja: <https://www.tst.jus.br/-/entenda-as-diferencas-entre-direito-de-arena-e-direito-de-imagem>. Acesso em: 21 out. 2022.

condição precedente, a renovação desse importante contrato.

\* *Compliance*: Durante a *due diligence*, é importante haver uma especial atenção sobre a existência e a implementação de programa de *compliance* no clube, como, *compliance* LGPD, anticorrupção, lavagem de capitais e outros. Igual atenção deve ser dada sobre os possíveis envolvimento (noticiados ou não) dos sócios e do clube em atividades ilegais. O cometimento de certos crimes pode levar ao banimento do clube e/ou de seus dirigentes na prática esportiva, como ocorreu no caso mais conhecido como *Fifagate*<sup>19</sup> (em alusão ao famoso caso do escândalo *Watergate*<sup>20</sup>), o maior escândalo de corrupção do futebol internacional que gerou o banimento de Ricardo Teixeira (ex-presidente da CBF)<sup>21</sup>.

\* Dívidas e passivos: É comum, especialmente em contratos bancários, que a troca de controle da sociedade antecipe o vencimento de todas as dívidas. Esse pode ser um efeito indesejável para a operação, motivo pelo qual pode ser preciso uma renegociação com o credor bancário dessas dívidas. É preciso regravar no contrato definitivo também a responsabilidade do vendedor, comprador e sociedade-alvo pelas dívidas, por exemplo, se haverá a assunção das dívidas pelo comprador com o abatimento do preço da operação. Pode ser importante negociar uma conta *escrow* nesse sentido.

---

<sup>19</sup> Sobre o tema, veja-se: <https://trivela.com.br/copa-do-mundo/como-comecou-o-fifagate-maior-escandalo-da-historia-da-fifa/>

<sup>20</sup> O caso Watergate foi um escândalo político ocorrido em meados de 1972 nos Estados Unidos cujas investigações posteriores culminaram com a renúncia, em agosto de 1974, do presidente Richard Nixon, do Partido Republicano. "Watergate", de certo modo, tornou-se um caso paradigmático de corrupção. No total, cerca de 69 pessoas foram indiciadas, com 48 delas — a maioria oficiais do governo Nixon — sendo condenadas pela justiça norte-americana.

<sup>21</sup> Para informações sobre o tema, veja: <https://ge.globo.com/blogs/bastidores-fc/post/2020/05/27/cinco-anos-atras-primeiras-prisoas-do-fifagate-comecaram-a-mudar-o-futebol.ghhtml>. Acesso em: 21 out. 2022.

\* Propriedade intelectual: As marcas, patentes, brasão, hino, cores e denominação do clube são importantes ativos, sendo preciso verificar sua regularidade e seu devido registro durante a *due diligence*.

Um tema importante que não tem sido dada a merecida atenção nas recentes operações realizadas envolvendo SAF diz respeito à necessidade de submissão do ato de concentração ao CADE quando atingido os critérios de faturamento das partes e/ou de seus grupos econômicos (art. 88 da Lei nº 12.529/2011). O CADE notificou o Cruzeiro, Vasco e Botafogo para obter maiores informações sobre as operações realizadas por eles e, conforme mencionado acima, houve o arquivamento dos procedimentos envolvendo os M&A do Cruzeiro e do Botafogo

O presidente do CADE, Alexandre Cordeiro Macedo, e Chefe de assessoria técnica da presidência do CADE, Dario da Silva Oliveira Neto, já se manifestaram publicamente sobre a necessidade de submissão dessas operações ao CADE quando atingido o critério de faturamento, especialmente para se analisar as possíveis restrições verticais dessas operações, pois dificilmente um M&A envolvendo SAF implicará sobreposição horizontal, já que a Lei nº 14.193/2021 veda que um agente possua controle sobre duas ou mais SAF.<sup>22</sup> De todo modo, na história do CADE, nunca houve uma reprovação justificada exclusivamente por restrições verticais que a operação poderia originar.

Por fim, importante destacar que algumas regras na Lei da SAF e na Lei Pelé, que não foram ainda revogadas, podem travar e/ou desincentivar IPOs de SAF, como 1) o controlador de uma SAF não pode ser controlador de outra SAF (art. 4, caput da Lei da SAF), 2) o acionista com mais de 10% de participação em uma SAF, se for acionista em outra SAF, perde seu direito de voto na assembleia de ambas (art. 4, § único da Lei da SAF) e 3) o acionista

---

<sup>22</sup> Veja o artigo de opinião das autoridades do CADE: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2022/08/fusao-e-aquisicao-as-safs-devem-pedir-autorizacao-previa-ao-cade.shtml>. Acesso em: 21 out. 2022.

de uma SAF não pode ser acionista, simultaneamente, de outra SAF disputante da mesma competição (art. 27-A da Lei Pelé).

O mercado europeu de futebol, que é o mercado mais desenvolvido nesse âmbito, não possui restrições desse tipo. Vários times europeus (p. ex.: Manchest United, Borussia Dortmund, Benfica, Porto, Sporting, Roma, Lazio, Juventus e Ajax) estão listados em diferentes bolsas de valores (p. ex.: New York Stock Exchange, Bolsa Italiana, Bolsa de Frankfurt, Bolsa de Londres, Bolsa de Amsterdam, Euronext Lisboa), sendo que existem times que possuem uma estrutura societária bem complexa. Por exemplo, o Estatuto Social (*Articles of Incorporation*) do Manchester United está registrado nas Ilhas Cayman, com ações negociadas na NYSE, mas é um time de futebol inglês.

Portanto, é inegável o fato de que a Lei da SAF inovou e fortaleceu o mercado brasileiro de futebol, deixando-o mais competitivo e atraente a investidores nacionais e estrangeiros. Nesse sentido, operações da M&A serão, e já estão sendo, os melhores meios para captação desses investimentos. Entretanto, sendo operações que sequer uma vez foram analisadas pelo CADE, é preciso uma atenção especial sobre esse tema, evitando e/ou mitigando os riscos concorrenciais.

# **O Cumprimento dos Requisitos da AIR e a Participação ex ante da Sociedade como Pressupostos Necessários Para a Eficácia Regulatória**

*Daniela Santos*

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

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

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

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

O art. 3º da Instrução Normativa SEAE/ME nº 60, de 16/08/2, acompanha a mencionada legislação, definindo as macroetapas da AIR da seguinte forma: (i) definição do problema regulatório; (ii) definição das alternativas regulatórias; (iii) análise comparativa das alternativas regulatórias; e (iv) decisão regulatória.

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

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

Mas não é só. Para dispensar a AIR, ainda é necessário a configuração de uma das seguintes hipóteses: (i) urgência; (ii) ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; (iii) ato normativo considerado de baixo impacto; (iv) ato normativo que vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; (v) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez de determinados mercados e sistemas; (vi) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; (vii) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e (viii) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.

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

Ou seja, a regra é a elaboração da AIR que contemple todos os prováveis efeitos da norma antes da tomada da decisão pelo órgão competente. A exceção é a sua dispensa – desde que devidamente fundamentada – e associada às hipóteses elencadas no Decreto nº 10.411/20. Se tais condicionantes não forem

observadas, a AIR será realizada e, uma vez concluída, resultará na elaboração de uma minuta de norma que será submetida à consulta pública sempre que afetar interesse dos agentes do mercado.

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

Já antecipo que para que a AIR alcance os seus objetivos é necessário que o seu Relatório observe os princípios administrativos, especialmente os de legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, transparência e motivação. Ou seja, não há AIR realmente capaz de verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão pelo órgão competente sem que o seu Relatório, de fato, contemple o detalhamento de todos os aspectos econômicos que envolvem o normativo pretendido – e isso, por óbvio, envolve a participação de todos os agentes que serão impactados pela norma.

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

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

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

envolvidos – o que, novamente, afeta os objetivos pretendidos pela AIR.

Importante não perder de vista que, a despeito de o Relatório de AIR não ser vinculante, na prática, se trata de um documento fundamental para a tomada de decisão pela autoridade competente. Na verdade, é pouco provável que a instância de decisão identifique todas as eventuais lacunas no Relatório apresentado, devendo decidir com base nos pressupostos que foram apresentados.

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

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

Essa faculdade (e não obrigatoriedade) pode gerar graves problemas no processo. Sobre isso, a professora Ana Frazão<sup>1</sup> afirma que a opção por afastar a participação social no momento do Relatório pode ser muito prejudicial uma vez que ali estão as premissas que devem ser analisadas antes da tomada da decisão pelo órgão competente. Senão vejamos:

---

<sup>1</sup> Artigo “Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório (AIRs) no Brasil - A importância da participação social e as falhas do Decreto 10.411/2020”, disponível em Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório (AIRs) no Brasil – JOTA.

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

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

Finalmente, neste sentido é relevante considerar que a já mencionada Instrução Normativa SEAE/ME nº 60/22, estabelece que para a identificação do problema regulatório é recomendado o “processo de participação social de submissão de sugestões” (inc. II do art. 4º).

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

E é isso que a própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico – OCDE<sup>2</sup> afirma quando defende que “a eficácia de uma estrutura regulatória depende tanto do *que* quanto do *como* da regulação”. Confira-se:

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

A maior parte dos esforços do Brasil em melhorar a regulação tem se concentrado na adoção e no desenvolvimento de um sistema de avaliação de impacto regulatório (AIR). A adoção gradual da AIR obrigatória permitiu ao país desenvolver capacidades e implementar a ferramenta no governo federal. No entanto, a governança do sistema e sua adoção pelos formuladores de políticas em todo o governo poderia ser reforçada. Além disso, a participação social continua sendo voluntária por parte dos ministérios. Uma implementação bem-sucedida da AIR e dos processos de consulta pública vão além de uma obrigação legal e exigem arranjos institucionais adequados e uma comunicação clara dentro e fora do governo.

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

---

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

# Independência das Agências Reguladoras e o Novo Governo

*César Mattos*

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

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

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

Note-se que o art. 5º anterior da Lei 9.986/2020 voltada para as agências já definia que para todos os dirigentes das agências seria exigida *“reputação ilibada”* e *“elevado conceito no campo da especialidade”*, o que, em tese, já deveria ser suficiente para garantir quadros técnicos e com independência da política. No entanto, com a percepção de que nem sempre o Presidente da República que indica os diretores cumpria e nem sempre o Senado que os sabatinava cobrava estas características, optou-se por, além de manter estes requisitos mais genéricos (podem caber muitas coisas no que se considera como *“reputação”* ou *“elevado conceito”*), introduzir aqueles requerimentos mais objetivos para as indicações na *“quarentena reversa”*.

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

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

Já o horizonte de tempo de empresas e agências reguladoras deve ser mais longo. Na verdade, quando se trata de empresas ou agências reguladoras de infraestrutura, bastante longo, décadas. Spiller e Tommasi (2005)<sup>1</sup> enfatizam que, para agências regulatórias, esta “independência da política” atenua as possibilidades de expropriação de investimentos na regulação dos setores de infraestrutura: *“O problema maior da regulação dos serviços de infraestrutura, sejam públicos ou privados, e portanto as questões que os políticos devem lidar, é como o oportunismo governamental, entendido como os incentivos que os políticos têm para expropriar —uma vez que os investimentos já foram realizados— as “quase-rendas” —seja sob propriedade privada ou pública, de forma a adquirir apoio político....o consumo massivo (o conjunto de consumidores se aproxima muito do conjunto de eleitores), as economias de escala e investimentos em custos afundados proveem ao governo a oportunidade para se comportar oportunisticamente vis a vis a firma investidora.”*

O objetivo de um regulador independente do governo é justamente sinalizar ao investidor um “compromisso crível” (*credible commitment*) maior do que ocorreria no caso de ausência de independência em relação à lógica de curto prazo da política. Essa ideia de independência como “compromisso crível” para implementar a racionalidade de longo prazo é destacada por

---

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

Decker (2014)<sup>2</sup>: “o estabelecimento de um regulador independente é visto como um compromisso do governo em restringir a interferência futura nos serviços públicos, particularmente em termos da futura expropriação de direitos de propriedade”...sendo “uma variante do problema mais geral de inconsistência temporal da política pública”.

E o papel das agências reguladoras seria nada mais nada menos que “oferecer um amortecedor (*buffer*) contra tal inconsistência temporal e também contra a flutuação nas preferências dos governos presente e futuros”. As agências reguladoras independentes, portanto, seriam uma forma de “amarrar as mãos do governo” em sua capacidade de expropriação dos investimentos, o que, ao reduzir incertezas, incrementaria o investimento. Mueller e Pereira (2002)<sup>3</sup> argumentam que o desenho das agências reguladoras no Brasil teve precisamente esta intenção de servir como mecanismo de *credible commitment* para o investimento de longo prazo nos setores regulados.

Note-se que este desejo do “novo” governo em “desamarrar as mãos” não é exatamente novo. Em 2008, a Organização para a Cooperação de Desenvolvimento no Brasil (OCDE)<sup>4</sup> já constatava que “as agências têm operado sem independência do governo”. Este Relatório da OCDE já registrava a desconfiança do governo de então sobre estas entidades, o que havia motivado a tentativa de intervenção do Poder Executivo em 2003 sobre um reajuste de tarifa realizado pela Anatel<sup>5</sup>.

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

---

<sup>2</sup> Ver Decker, C.: *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*. 2014.

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

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

<sup>5</sup> Ver Mattos, C.: “Telecomunicações: Reajuste e Contrato”. *Conjuntura Econômica* – FGV/RJ - Novembro de 2003, Vol. 57 n° 11.

52/13) de 2013<sup>6</sup>, tendo sido celebrada como afirmação da autonomia, especialmente decisória e financeira, conferida àqueles entes. Foi a vitória da ideia que a lógica de curto prazo não prevaleceria.

As restrições nas indicações não visam apenas a separação política (curto prazo) e técnica (longo prazo). Também se vedou a indicação de quem tenha participado em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora e de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência. O objetivo destas restrições foi naturalmente separar os dirigentes das agências reguladoras dos entes regulados, evitando o fenômeno da captura<sup>7</sup>. Este seria o outro lado da moeda da tese de “expropriação dos investimentos” pela política: a possibilidade do Poder Executivo e/ou a agência reguladora fazerem o oposto, transferindo rendas para os agentes regulados em detrimento da sociedade.

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

A mudança proposta nas leis das empresas estatais e das agências de destruir parte da regra de “quarentena reversa” vai na direção oposta das instituições que apoiam esta geração de riqueza, contribuindo para manter o país na “armadilha da renda média”

---

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

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

com baixo crescimento. É fundamental que a Casa Revisora não acate as mudanças propostas na Câmara.

## O fim da história do Direito da Concorrência

*Angelo Prata de Carvalho*

Francis Fukuyama conquistou ampla fama ao sustentar que, por ocasião da queda do muro de Berlim, firmou-se notável consenso em torno da superioridade das democracias liberais ocidentais e do capitalismo sobre suas ideologias rivais. A conclusão do autor, na verdade, não se limita a afirmar a vitória do capitalismo liberal ocidental, mas consiste em dizer que tal sistema político-econômico consiste no ponto final da evolução ideológica humana ou, ainda, no fim da história<sup>1</sup>.

O fim da história já foi também pontificado no campo do Direito Empresarial, como se depreende do texto clássico de Henry Hansmann e Reinier Kraakman, para quem, por mais que ainda persistam intensos debates a respeito de instituições fundantes do Direito Societário, do mercado de capitais e das próprias estruturas de governança, as reflexões essenciais sobre essa seara adquiriram considerável grau de homogeneidade em torno da proteção dos interesses dos sócios<sup>2</sup>. Assim, os esforços empreendidos no sentido de proteger outros interesses afetados pela atuação dos agentes econômicos foram suplantados por uma ideologia dominante que protege preocupações de curto prazo relacionadas à satisfação dos interesses mais imediatos dos sócios – notadamente a maximização de seu autointeresse.

A construção de um consenso a respeito das premissas básicas de reflexão de campos vinculados à atuação dos agentes econômicos invariavelmente conduziria à convergência tanto dos institutos jurídicos quanto das próprias metodologias de interpretação e aplicação do direito, de maneira a estruturar um

---

<sup>1</sup> Ver: FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Nova York: The Free Press, 1992.

<sup>2</sup> HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. 2000. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=204528](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204528).

corpo minimamente previsível e confiável de ferramentas capazes de pavimentar a estrada para que agentes privados possam usufruir de sua grande capacidade de organização – ou, talvez, de sua eficiência.

O percurso histórico do Direito da Concorrência – capítulo indispensável de qualquer estudo a respeito do campo, com as necessárias referências ao advento do Sherman Act como meio de defesa da sociedade contra o poder (econômico e político) acumulado pela elite capitalista – é marcado por frequentes conflitos de ideias, pelo desenvolvimento de intrincadas metodologias econômicas e pela marcante preocupação com as repercussões políticas e sociais da concentração do poder econômico. Acontece que, em dado momento do século XX, nascem em Chicago premissas de análise econômica aplicadas ao Direito da Concorrência que tiveram a pretensão de emprestar a esse ramo do direito não somente a objetividade metodológica buscada pelos agentes econômicos para construir seus modelos de negócio de maneira a maximizar a eficiência dos mercados, mas também seu próprio conceito de eficiência.

Pouco importaria, nesse sentido, a aversão aos monopólios que originou o Direito da Concorrência – aversão esta motivada pelo fundado receio de que os monopolistas vertessem seu monumental poder econômico em avassaladora força política –, na medida em que, aplicados os métodos, técnicas e conceitos gestados pela Escola de Chicago, seria possível aferir os efeitos decorrentes de seu comportamento e eventualmente até qualificá-los como positivos. Associados os ganhos de eficiência às grandes estruturas corporativas antes combatidas pelo próprio Direito da Concorrência, as preocupações relacionadas à concentração de mercado são arrefecidas pela possibilidade de produzirem efeitos positivos caso garantidas condições mínimas de rivalidade.

Não sem motivo, assinala Paula Baqueiro, em sua recente dissertação de mestrado, que a ascensão dos pressupostos da Escola de Chicago teve como passo necessário “abandonar quaisquer finalidades e valores políticos, sociais e econômicos e eleger a eficiência econômica como objetivo único do direito antitruste, no intuito de superar a subjetividade e imprecisão que

valores “não econômicos” implicariam na análise concorrencial”<sup>3</sup>. O sucesso das metodologias neoclássicas, assim, verdadeiramente estimulou o abandono dos pressupostos sociais, políticos e econômicos que motivaram a própria criação do Direito da Concorrência, de tal maneira que “findou por estreitar gravemente o escopo do direito antitruste e afastá-lo da economia política, por minimizar a atuação do direito antitruste e restringi-la aos casos de “ineficiência”, e por difundir a presunção de que os mercados se autorregulam e não seriam problemáticas a conquista e manutenção de poder de mercado”<sup>4</sup>.

Em outras palavras, uma vez consagradas premissas teóricas e metodologias operacionais capazes de suficientemente simplificar a realidade complexa com que se depara o Direito da Concorrência, com a vantagem adicional de comportar o ânimo concentracionista dos agentes econômicos, pôde o Direito da Concorrência acomodar-se na tranquilidade produzida pelo consenso em torno das ideias da Escola de Chicago. Dessa maneira, por mais que episodicamente surjam posicionamentos críticos capazes de gerar fagulhas de divergência diante da ideologia dominante, tais eventos não passariam de fogos controlados, a tal ponto que algumas oscilações na teoria antitruste *mainstream* passariam a ser vistas não como alertas quanto às falhas de Chicago, mas modismos passageiros que, cedo ou tarde, confirmariam a adequação e a suficiência das metodologias neoclássicas.

A história do Direito da Concorrência, assim, teria chegado ao seu fim tão logo a Escola de Chicago construiu seu edifício teórico e declarou-o – ela própria – patrimônio tombado passível até de algumas rachaduras, mas jamais de ser derrubado. Por mais que não se ignore a adaptabilidade dessas metodologias a essas novas realidades, renovando-se por meio da articulação de modelos matemáticos que supostamente são capazes de apreender a transformação da sociedade e da economia, parece

---

<sup>3</sup> BAQUEIRO, Paula. Poder econômico e poder político no Direito da Concorrência brasileiro: uma análise a partir da sociologia econômica e da ordem econômica constitucional. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2022. p. 86.

<sup>4</sup> BAQUEIRO, Op. cit., p. 87.

verdadeiramente contraditório fazer-se vista grossa ao fato de que marcadamente repetem as mesmas premissas teóricas simplistas que fragilizam a argumentação da Escola de Chicago desde a sua gênese.

As contradições do fim da história do Direito da Concorrência evidenciam-se de maneira exponencial diante dos desafios da economia digital e dos danos causados pela intensificação do movimento de concentrações que as metodologias de Chicago permitiram, de forma que também endurecem as críticas à sua impermeabilidade a variáveis sociais, políticas e mesmo econômicas. Daí pontuar Lina Khan que o que o “fim da história” do Direito da Concorrência nada mais seria do que uma pausa prolongada na constante disputa a respeito da finalidade e dos valores que orientam o antitruste norte-americano<sup>5</sup>. Com os recentes desenvolvimentos de posturas críticas a respeito do Direito da Concorrência e com a verificação dos efeitos nefastos da concentração, a estabilidade do consenso sobre os seus propósitos viria sendo gravemente abalada pelo que a autora denomina de *ruptura* protagonizada por autores que integram a corrente neobrandeisiana.

Facilmente se poderia, porém, apontar a corrente neobrandeisiana como apenas mais um episódio de questionamento ao Direito da Concorrência *mainstream*, que, como vários outros, será passageiro e não tardará a ser suplantado pelos firmes pilares da ideologia de Chicago, que atribui ao antitruste a limitada função de promover o bem-estar do consumidor a partir de suas já há muito conhecidas definições de eficiência. Acontece que olhar para a origem do Direito da Concorrência e seu ulterior desenvolvimento, de fato, não permite que se chegue a conclusões muito distintas, já que a Escola de Chicago efetivamente expande sua influência a nível global e chega a orientar um processo de convergência tanto das legislações quanto das metodologias de análise antitruste. O neobrandeisianismo, assim, seria tão somente mais um sintoma do fim da história do Direito da Concorrência.

---

<sup>5</sup> KHAN, Lina. The end of Antitrust history revisited. *Harvard Law Review*. v. 133, pp. 1655-1682, 2020.

Isso porque o verdadeiro fim da história do Direito da Concorrência não ocorre com o advento da Escola de Chicago – como se pode crer a partir da observação atenta e ansiosa dos movimentos das autoridades e dos teóricos norte-americanos –, mas sim com a aceitação do pressuposto de que é a partir dos Estados Unidos e da história do Direito da Concorrência norte-americano que serão balizadas as políticas de defesa da livre concorrência de países radicalmente diversos. A análise centrada no direito norte-americano – e mesmo nas recentes contradições com relação às posições europeias e à ativa literatura crítica à postura dos Estados Unidos – ignora que há outros Direitos da Concorrência regidos por constituições e leis próprias, orientados por normas sociais e culturais peculiares e que foram capazes de gerar modalidades de capitalismo que, ainda que não sejam essencialmente distintas, no mínimo são conformadas por elementos valorativos diversos daqueles que permitirá, a ascensão das metodologias de Chicago.

Diferentemente do que aconteceu com a queda do muro de Berlim – que tanto não encerrou lutas ideológicas como abriu espaço para o recrudescimento de um liberalismo infenso às clivagens sociais e mesmo aos imperativos democráticos que fez corar até o próprio Fukuyama –, de fato parece acertado declarar o fim da história do Direito da Concorrência nos Estados Unidos, ao menos para que se coloque em dúvida a conduta de assumi-lo como referencial a ser acompanhado e copiado. No entanto, de maneira alguma parece justo decretar o fim da história do Direito da Concorrência como ramo do direito fundado nas características idiossincráticas dos demais sistemas jurídicos, políticos e econômicos que prezam pela defesa da livre concorrência – sobretudo pois sua história ainda está por começar.

**Sentado à beira de um caminho que não tem mais fim.**

**O Antitruste que precisa lembrar que existe**

*Angelo Prata de Carvalho*

A perda de Erasmo Carlos trouxe de volta ao palco principal canções inesquecíveis que sempre estiveram no fundo musical das vidas dos brasileiros. As canções de Erasmo e Roberto têm tamanha força, por narrarem situações da vida e das emoções pelas quais todos passamos, que dificilmente não se consegue ligar algum momento memorável às suas letras. Com o Direito da Concorrência não é diferente, especialmente em um momento histórico no qual, de um lado, se vislumbram transformações diante das quais estrelas mudam de lugar e chegam mais perto só para ver, e, de outro, parecemos estar nos contentar com pobres restos de esperança à beira de uma estrada.

A constante tensão entre aquilo que aparenta ser absolutamente novo – e, portanto, perigoso e arriscado – e a segurança de um modelo (também aparentemente) testado, aprovado e carimbado têm colocado em disputa percepções filosóficas a respeito das finalidades do Antitruste que não raro nos levam a pensar se faz sentido inserir novos obstáculos sobre uma estrada bem pavimentada, sobre a qual passaram e passam tantos caminhões e carros apressados. Acontece que tais disputas não se limitam à adoção de uma posição ideológica ou filosófica a respeito do Direito da Concorrência, mas têm diretamente a ver com o instrumental analítico que se faz presente em virtude da adoção de um ou outro posicionamento. Diante da premente necessidade de ao menos se preservar a estrada em meio a tantas controvérsias, tem se feito necessário o esforço de sistematização das vias possíveis para o Antitruste.

Em *El Idioma Analítico de John Wilkins*, Jorge Luis Borges descreve a trajetória de um erudito acadêmico que propunha um modelo sistemático com a pretensão de abarcar todos os

pensamentos humanos. Para tanto, Wilkins estruturou uma classificação muito simples na qual o universo se dividiria em quarenta categorias ou gêneros, subdivisíveis por suas diferenças que, por sua vez, seriam subdivisíveis em espécies. A construção de classificações como a de John Wilkins pode ser extremamente útil para que se compreenda, a partir da redução da complexidade da realidade, fenômenos bastante complexos. No entanto, não se pode ignorar que classificações e definições também podem prestar-se a ocultar o pano de fundo teórico que as motiva, notadamente no que se refere às suas implicações políticas e ideológicas – que dificilmente podem ser separadas de qualquer esforço de explicação da realidade.

Tornou-se recentemente notória a classificação produzida por William Kovacic<sup>1</sup> para descrever as escolas de pensamento que colocam em disputa as finalidades do Direito da Concorrência no contexto norte-americano e, conseqüentemente, os instrumentos de que podem lançar mão as autoridades para atingir tais objetivos. É verdade que Kovacic expressamente admite que sua classificação – como, cabe acrescentar, sói ocorrer com todas as classificações – é composta por uma série de simplificações voltadas a sinteticamente descrever o núcleo de pensamento de escolas que evidentemente não são completamente homogêneas.

A primeira delas é a dos tradicionalistas, que se opõem a mudanças substanciais na política de defesa da concorrência norte-americana. Os tradicionalistas, segundo o autor, “geralmente aplaudem o ceticismo dos tribunais e das agências diante da intervenção e apoiam a aplicação de um parâmetro de bem-estar do consumidor orientado pela eficiência”. Salienta Kovacic, no entanto, que tradicionalistas não são totalmente avessos à mudança e inclusive admitem algumas modestas extensões do escopo do Direito da Concorrência, mas insistem que essas alterações devem

---

<sup>1</sup> KOVACIC, William. Root and Branch Reconstruction: The Modern Transformation of U.S. Antitrust Law and Policy? Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/antitrust\\_law/resources/magazine/2021-summer/root-and-branch/](https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/magazine/2021-summer/root-and-branch/)

ser motivadas por conceitos econômicos amplamente aceitos e empiricamente testados.

A segunda escola descrita por Kovacic, a expansionista, admite extensões significativas na política de concorrência – como, por exemplo, para admitir um conceito mais amplo de bem-estar do consumidor que vá além da eficiência e abarque também efeitos sobre qualidade, inovação e mesmo o bem-estar de trabalhadores –, no entanto é avessa à “restauração” de dos ideais igualitários e de redução da concentração dos mercados que motivaram a criação do Direito da Concorrência.

A terceira das escolas descritas por Kovacic é a dos transformacionistas, que não somente apoiam a aplicação mais rigorosa dos instrumentos já existentes de defesa da concorrência (o que os expansionistas já sustentariam), como também defendem a recuperação das finalidades igualitárias do antitruste e, ainda mais além, a reorientação dos objetivos do Direito da Concorrência para abarcar outras ideias relevantes para a cidadania como um todo, inclusive mediante a intensificação da aplicação de remédios estruturais, o combate ao poder econômico das grandes plataformas digitais, e, conseqüentemente, a reforma das instituições de defesa da concorrência.

Apesar do esforço de sistematização empreendido por Kovacic, sem se negar a boa-fé do autor em estruturar mecanismos analíticos para que se possa compreender o estado de coisas em que nos encontramos, não se pode ignorar que, mesmo ao descrever movimentos de mudança, a estrada sobre a qual tais mudanças transitam parece ser rigorosamente a mesma. Causa algum estranhamento que mesmo a descrição do movimento dito transformacionista adota como parâmetros elementos bastante conhecidos, de tal maneira que, se os expansionistas estão contentes com pequenos avanços incrementais que compreendam a sofisticação dos modelos analíticos vigentes, os transformacionistas simplesmente olham para o passado e buscam acoplar as premissas originárias do Antitruste combatidas pela Escola de Chicago aos desafios ensejados pela economia digital.

Possivelmente, ao analisar-se o contexto norte-americano, poder-se-ia chegar à conclusão de que, de fato, as premissas do

Antitruste se encontram de tal maneira empedernidas que a única possibilidade de mudança corresponderia à recuperação de ideias esquecidas, porém ainda vivas. Ocorre que tal prisma de análise pode contar com elevado grau de intransigência quanto a novas ideias ou mesmo de ceticismo quanto à capacidade de sobrevivência do Direito da Concorrência tal como o conhecemos diante de aparentes aventuras teóricas capazes até de abalar as estruturas institucionais de autoridades antitruste. Afinal, há bons argumentos para sustentar que a história está ao lado das posições cautelosas diante da mudança, seja no próprio Direito da Concorrência, seja na história das ideias.

Basta ver que Burke, em suas conhecidas *Reflexões sobre a Revolução em França*<sup>2</sup>, alertava justamente quanto aos riscos causados por mudanças bruscas na ordem institucional, advogando pela necessidade de observância de uma série de cuidados associados ao próprio tecido social. Nas palavras de Edmund Burke, tais tentativas de mudança iriam de encontro ao que chamou de “eterna constituição das coisas”, isto é, a determinadas estruturas normativas (sejam elas de natureza jurídica, política ou social) que fariam com que as instituições seguissem em pleno funcionamento – ainda que sejam admitidas determinadas transformações incrementais que sigam essas estruturas. Não é sem motivo que as ideias de Burke constituem o gérmen do que se passou a denominar teoricamente de conservadorismo – que, repise-se, não significa necessariamente a aversão a mudanças, mas simplesmente a antipatia a transformações bruscas.

Não se pode ignorar que as mencionadas narrativas de cautela têm por objetivo lançar sobre novas ideias um conjunto de efeitos retóricos relevantes que podem servir para descredenciar inovações teóricas ou ao menos para demonstrar a sua insuficiência diante dos problemas que procuram endereçar. Albert Hirschmann, nesse sentido, procura oferecer uma tipologia de teses comumente utilizadas no intuito de construir reações a movimentos de mudança. A primeira delas é a tese dos efeitos perversos, segundo a qual qualquer ação propositiva voltada e

---

<sup>2</sup> BURKE, Edmund. *Reflections on the French Revolution*. Londres: J. M. Dent & Sons, 1951.

aprimorar algum aspecto da ordem política, social ou econômica somente serve para exacerbar a condição que se procura remediar. A segunda tese é a da futilidade, de acordo com a qual tentativas de promoção de transformação social serão inúteis, na medida em que não serão suficientes para implementar seus objetivos. A terceira é a do perigo ou da ameaça, segundo o qual o custo das mudanças propostas seria demasiadamente alto, de tal maneira a colocar em risco conquistas anteriores<sup>3</sup>.

Naturalmente que argumentos progressistas ou revolucionários igualmente são permeados de retórica sedutora e bem articulada, na medida em que defendem a urgência da mudança diante da indubitável alteração na realidade dos fatos e da premente insuficiência dos modelos teóricos existentes. No entanto, especialmente no caso do Direito da Concorrência, não parece razoável subestimá-los e tampouco menosprezá-los diante da suposta segurança do edifício teórico-analítico erguido ao longo das últimas décadas para consolidar a análise concorrencial em torno dos pressupostos da Escola de Chicago e das ferramentas heurísticas da economia neoclássica.

Daí a dificuldade da tipologia oferecida por Kovacic: por mais que reconheça a onda teórica que advoga por mudanças substanciais no Antitruste, dificilmente consegue se afastar de uma ideia pré-concebida quanto ao que é ou deve ser o próprio Antitruste. Para ainda mais além, ainda que admita que o Direito da Concorrência pode mudar, não parece reconhecer que aquilo que resultar das transformações propostas possa ser sequer considerado algo parecido com o Direito da Concorrência – não em razão da inconsistência de posições filosóficas, mas da ausência de instrumental analítico-institucional que possa minimamente parecer com o que temos hoje e temos há algum tempo.

Em se entendendo que o Direito da Concorrência é um conjunto de técnicas institucionalmente organizadas para a defesa da livre concorrência, de fato é tarefa árdua cogitar de um cenário no qual tais técnicas possam sofrer drásticas alterações. No

---

<sup>3</sup> Ver: HIRSCHMANN, Albert. *The Rhetoric of Reaction*. Cambridge: Londres, 1991.

entanto, se ao centro se traz a defesa da livre concorrência como objetivo jurídico-político precípua do Direito da Concorrência, sendo tal ramo do direito o instrumento por meio do qual tal mandamento constitucional deve ser implementado, questionar a estabilidade das técnicas deve fazer parte do cotidiano das instituições responsáveis por aplicá-lo.

O Direito da Concorrência pode muitas vezes olhar para si mesmo, procurar-se e não encontrar nada – para então contentar-se com esperar a vida inteira à beira de um caminho. Ocorre que o Direito da Concorrência, por sua própria natureza constitucional e programática, deve servir para questionar a própria estrada e, em última análise, lembrar que existe.

# Contribuições à discussão das Plataformas Digitais a partir da ótica do Projeto de Lei nº 2.768/2022

*Andrey Vilas Boas de Freitas, Mariana Piccoli Lins Cavalcanti &  
Alessandro Guimarães Pereira*

## Introdução

No bojo das recentes discussões acerca da regulação das denominada ‘Plataformas Digitais’ - nome que se convencionou atribuir às gigantes empresas do tipo *bigtechs*, cuja atuação e oferta de serviços ocorrem na *internet* -, vem ganhando corpo, no Congresso Nacional Brasileiro, o Projeto de Lei (“PL”) 2.768/2022, de autoria do deputado João Maia (PL-RN).

O projeto é assim justificado por seu autor:

A economia mundial do século XXI é fortemente influenciada pelas Big Techs, especialmente Google, Facebook, Amazon e Apple. Estas quatro empresas juntas, em setembro de 2020, tinham um valuation combinado de mais de US\$ 5 trilhões, mais de um terço do valor da S&P 100. As Big Techs têm sido cada vez mais questionadas sobre suas estratégias de “estenderem” seu poder de mercado em sua atividade principal para mercados adjacentes, com base no fato de a primeira ser, muitas vezes, um insumo para os segundos, uma questão típica de mercados verticalmente integrados. A Big Tech privilegia sua associada do mesmo grupo econômico em relação às concorrentes, no chamado “self-preferencing”, um tipo de discriminação. Além de minar a concorrência nos mercados adjacentes, a conduta evitaria que terceiros evoluam e compitam no mercado original das Big Techs. [BRASIL,2022]

De forma complementar e alinhado a esta percepção, o autor Victor Fernandes indica algumas motivações para o enfrentamento do tema, em diversos países, e sua necessidade de (melhor) regulação:

As bases dessas propostas foram discutidas em relatórios e em estudos técnicos produzidos por governos, e grupos representativos da academia da sociedade civil que identificaram problemas concorrenciais sensíveis em mercados como os de redes sociais, ferramentas de buscas, *marketplaces*, lojas de aplicativos e outros. As proposições são, assim, frutos de diagnósticos sólidos sobre a suficiência de cada legislação antitruste local para lidar com estratégias empresariais de grandes plataformas que geram riscos de tombamento dos mercados digitais, deterioração da privacidade e diminuição da inovação. Em comum, as propostas legislativas convergem que a intervenção antitruste ex post poderia ser complementada (e não substituída) por regimes de regulação ex ante assimétrica, os quais aliás seriam aplicados pelas próprias autoridades de defesa da concorrência. Esses novos regimes são "assimétricos" porque contém regras apenas para agentes econômicos que detêm posição concorrencial diferenciada dentro de mercados ou de ecossistemas digitais. [FERNANDES,2022]

Outrossim, coerente com a presente discussão, são oportunas as palavras de Amanda Flávio de Oliveira e José Américo Cajado de Azevedo:

Grandes corporações existem há muito e estratégias variadas já foram empregadas para o atingimento desse estágio. Medidas variadas para “contê-las” ou não também já foram experimentadas. Se se considera “bigtech” como um agente econômico que se vale de tecnologia e se transforma, por alguma razão, em um player dominante em um segmento de mercado, será preciso admitir que elas já povoam a economia mundial há quase dois séculos. Não há nada de tão novo assim, não é preciso desenvolver saídas novas, tendo por justificativa a ideia de que seria mais complexa a realidade atual. O que urge é resgatar o valor da experiência, evitando-se cometer os mesmos erros, mais uma vez. É que a história nos indica que por vezes, no afã de conter estruturas aparentemente perigosas para o bem-estar social, o Estado se atrapalhou, e prejudicou o seu objetivo final. [OLIVEIRA E AZEVEDO,2022]

Trazidas algumas noções sobre o tema, a intenção deste artigo, dada a sua urgência e inserção na agenda política, não é de se aprofundar nas discussões semânticas do impacto das *bigtechs*, ou seja, se tais corporações, por seu gigantismo, desempenham um desafio antitruste inédito e com impactos de fato imprevisíveis à livre concorrência. Trata-se de uma discussão posta e que, pelo próprio avanço das novas tecnologias, dos novos hábitos de consumo e do dinamismo dos agentes econômicos, nos parece ainda na fase de seu alvorecer.

Com o objetivo de trazer contribuições a um tema mais concreto, considerando-se que o PL 2.768/2022 já aguarda designação de Relator na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados<sup>1</sup>, a intenção do presente artigo é enriquecer o debate sobre esta proposição legislativa, a qual dispõe sobre “*a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro*” [BRASIL,2022].

Almeja-se, com este texto, que este debate possa ser enriquecido, principalmente no que diz respeito a algumas contradições e limitações que entendemos existirem na Proposição de Lei e que, uma vez enfrentadas, podem auxiliar para o avanço de discussões mais amplas sobre os impactos concorrenciais abrangendo estas grandes empresas/plataformas.

## **Análise do PL**

Para melhor endereçar as contribuições ao Projeto de Lei, optamos por uma análise ponto a ponto, na qual os seus principais tópicos são discutidos e nos quais se faz o necessário aprofundamento e crítica.

---

<sup>1</sup> Em 25/11/2022 o referido PL foi também encaminhado às Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Finanças e Tributação (Mérito e Art. 54, RICD) e Constituição e Justiça e de Cidadania (Art. 54 RICD).

Como justificado pelo autor do PL, “*em lugar de criar um novo regulador, entendemos que a Anatel já possui expertise muito próxima daquela requerida para a missão de regular plataformas digitais. Basta lembrar que boa parte da regulação pró-concorrência da agência se baseou na obrigação de interconexão que nada mais é que requerer dos incumbentes, acesso à sua rede local.*” [BRASIL,2022] Embora tal premissa seja crível, há que se considerar que ela adota um viés de regulação das Plataformas digitais pelos seus meios de operação (o ambiente telecom), amparando-se as justificativas nas formas de interconexão e armazenamento em grande escala que promovem.

Tais Plataformas, todavia, representam igualmente grandes bancos de dados de pessoas, com seus hábitos, costumes de consumo, rede de relacionamentos e histórico de compras. São estas características, aliás, que potencializam os efeitos de rede destas *bigtechs*, pois, à medida que mais usuários cruzam seus interesses nestas redes de relações, tantos outros novos usuários terão mais incentivos a utilizá-las.

Neste sentido, não parece plausível que, de antemão, a competência para regulá-las (artigo 2º do Projeto) recaia prioritariamente sobre a Anatel sem, por exemplo, considerar o papel concorrente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”), a qual tem dentre suas atribuições:

III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

[...]

VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis;

[...]

X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;

[...]

XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;

[...]

XXIII - articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; [...]  
[BRASIL,2018]

Dito isto, a participação da ANPD, de forma complementar e cooperativa parece, sem prejuízo da inclusão de outros agentes públicos e privados, a forma mais efetiva de se abordar a regulação de um ecossistema com alto dinamismo tecnológico e que vem ensejando modelos de negócios disruptivos.

Esta necessária preocupação com a possibilidade de abuso de poder econômico a partir da concentração, em poucos *players*, de grandes bases de dados de consumidores explica, em parte, aliás, o fato de que a atual chefe da *Federal Trade Commission* (“FTC”) dos Estados Unidos é Lina Khan, autora, dentre outros, do importante artigo *Amazon's Antitrust Paradox*, no qual se lê:

Como as holdings de bancos, a Amazon - juntamente com algumas outras plataformas dominantes - agora desempenha um papel crucial na intermediação de faixas de atividade econômica. A própria Amazon controla efetivamente a infraestrutura da economia da Internet. [...] Permitir que uma plataforma dominante verticalmente integrada opte por quem disponibiliza seus serviços e em que termos, tem o potencial de distorcer a concorrência leal e a economia como um todo. [KHAN,2016]  
[livre tradução]

Nos parece, portanto, que o enfrentamento da questão nos longo e médio prazos, inclusive no sentido de não frear inovações e o surgimento de mercados hoje não conhecidos, deve extrapolar a percepção de um enfrentamento pelo viés das telecomunicações, ainda que esta temática seja altamente relevante e que a Anatel deva ser empoderada para melhor atuar nela. Abrange, todavia, a necessidade de uma regulação compartilhada e com políticas públicas flexíveis e dinâmicas, as quais devem, necessariamente, contemplar diferentes agentes políticos, como os Ministérios das Comunicações, da Ciência, Tecnologia e Inovações e, possivelmente, um renascido Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio.

O PL traz, também, algumas indicações relacionadas ao sancionamento (Artigo 3º do PL), as quais parecem ensejar contradições e dificuldades à sua aplicação prática. Pela proposta, a Lei Geral de Telecomunicações (“LGT” ou “Lei nº 9.472/1997”) receberia um artigo complementar (Artigo 19-A), com o seguinte texto:

Art. 19-A Além das atribuições previstas no art. 19 desta Lei, compete à Agência Nacional de Telecomunicações:

I - expedir normas quanto à operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro, fiscalizando e aplicando sanções;

II - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação aplicável às plataformas digitais que oferecem serviços ao público, bem como sobre os casos omissos;

III - compor administrativamente conflitos de interesse envolvendo operadores das plataformas digitais ou usuários profissionais;

IV - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

V - exercer, relativamente às plataformas digitais, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as

pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE”. [BRASIL,2022]

Esta proposta de alteração à LGT tende a colidir as competências da Anatel com a de outras Agências, à medida, por exemplo, que o poder de efetuar sanções já não se restringe - inclusive neste tema emergente – a uma única entidade. Outras delas, como a mesma ANPD e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) têm, em leis e regulamentos próprios, poderes sancionadores concorrentes. Oportuno seria, portanto, que o PL harmonizasse esta coordenação ao invés de, via alteração de uma outra Lei, abrir um novo flanco de divergências no nível legal, inclusive.

A contradição na alteração proposta à LGT, da forma como se escreveu no PL, aparecerá por meio da ampliação destes conflitos ou, ao menos, no aguçamento de uma relação confusa entre órgãos coexistentes.

A proposta para o inciso V do artigo 19-A da LGT, acima colacionado, é um exemplo das possíveis contradições. O trecho explicita que parte da repressão e controle de condutas, pela Anatel, seria concorrente ao Cade, mas não indica, todavia, quais seriam as condutas da esfera de uma Agência ou de outra. Isso ganha um peso relevante porque a repressão a condutas se mostra parte essencial do Projeto de Lei, ou seja, um aspecto fundamental da própria regulação que ele almeja, mas, como já se viu, extrapola a esfera de competência de um único ente, envolvendo, além do Cade, a ANPD ou, talvez, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (“CGI”): a própria regulação proposta evidencia, portanto, que a Anatel não parece ser o agente catalisador do processo.

Parece igualmente limitada a proposta para o Inciso II, artigo 19-A, da LGT, de que cabe à Anatel *“deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação aplicável às plataformas digitais que oferecem serviços ao público, bem como sobre os casos omissos”*. A generalidade deste texto somada à delegação a uma Agência setorial tende a fazer ineficaz sua aplicação, uma vez que a prática de ‘interpretação’ de leis superiores, em mercados operados por *players*

de significativo poder econômico (como Google, Amazon e Meta), tende a ampliar o nível de judicialização no setor, ampliando o número de litígios e dificultando a resolução de conflitos já nas esferas administrativas. Atualmente - destaca-se - a Anatel já enfrenta óbices junto às próprias Operadoras (“MNO”) para efetivamente receber as multas aplicadas ou mesmo para, de maneira eficiente, celebrar Termos de Ajuste de Condutas (“TAC”) que cumpram com seu objetivo reparatório.

Esta mesma limitação aparece também na proposta contida no artigo 9º do Projeto de Lei:

Art. 9º. O Poder Executivo poderá adicionar novas modalidades de plataformas digitais à relação prevista no inciso II do art. 6º desta Lei.

Parágrafo único. A proposta de ampliação da relação de plataformas digitais será elaborada pela Agência Nacional de Telecomunicações e submetida ao Poder Executivo após manifestação do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). [BRASIL,2022]

Opina-se que uma discussão mais estratégica e conceitual como esta, de definir quais e como seriam as novas plataformas a serem incluídas em um determinado rol, não pode, igualmente, ser exclusiva de uma Agência Reguladora, principalmente porque tais conceituações podem ser fatores orientadores de políticas públicas: o nascedouro destas é a própria esfera social e política, seja por meio do Congresso, dos Ministérios ou dos fóruns e grupos sociais e setoriais.

O PL, aliás, ao adotar como princípios os pressupostos da ‘liberdade de iniciativa’ e da ‘livre concorrência’ (artigo 4º do Projeto), uma vez mais induz à necessidade de coordenação com outros agentes para concretização desta almejada regulação. Ao acolher estes dois conceitos, importante que se remetesse diretamente a dois diplomas legais que já versam e bem discutem os temas, a saber, a Lei 13.874/2019, que trata dos princípios da liberdade econômica, e a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

É a ausência de menções à legislação do SBDC, inclusive, que fragiliza parte dos objetivos almejados com o Projeto de Lei. Em seu artigo nº 11, por exemplo, propõe o que se segue:

Art. 11. Os operadores de plataformas digitais de que trata o inciso II do art. 6º desta Lei, detentores de poder de controle de acesso essencial, estarão sujeitos, entre outras, às seguintes obrigações:

[...]

II - tratamento isonômico e não discriminatório na oferta de serviços a usuários profissionais e usuários finais; [BRASIL,2022]

Uma proposta de tratamento isonômico e não discriminatório, em termos competitivos, seria pouco crível de ser cumprida, ainda que a Lei assim o obrigasse. Como a experiência ilustra, a prática de discriminação de preços pode gerar, por exemplo, economias de escala e escopo que, ao cabo, podem ser vantajosas ao bem-estar do consumidor: ela nem sempre é uma conduta anticompetitiva. Por tal razão que a Lei nº 12.529/2011 condiciona a prática de tal conduta (tal como descrita no inciso X, § 3º, art.36 da referida Lei) à ocorrência dos efeitos que levam ao que se considera ‘domínio de mercado’ (caput do mesmo artigo 36 e incisos).

Bastaria, portanto, que o PL abordasse a questão das obrigações às Leis existentes e que tratam exaustivamente de temas correlatos, evitando assim novas contradições ou o surgimento de regras obsoletas por si só. Igualmente desnecessário, aliás, mostra-se o artigo nº 13 proposto no PL, uma vez que o seu conteúdo redundava na legislação do SBDC, de modo que sua repetição, como lá aparece, tende uma vez mais a ampliar confusões semânticas em um tema cuja regulação já é significativamente complexa.

Por fim, à guisa de trazer contribuições incrementais à proposta atualmente em debate no Congresso - ou mesmo às propostas futuras - entende-se que um fator que deve ser mandatório na regulação de Plataformas envolve a questão de interoperabilidade entre sistemas. O PL enfocou pouco esta questão, tendo-a tangenciado no Inciso IV do artigo 5º, abaixo citado:

Art. 5º A regulação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro terá os seguintes objetivos:

[...]

IV - incentivo à interoperabilidade por meio de padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação entre as aplicações; [...] [BRASIL,2022]

Considera-se que este é um dos temas mais sensíveis à regulação das Plataformas Digitais, o qual, inclusive, vem sendo objeto de lides entre grandes empresas tanto nos Estados Unidos como na Europa: o uso, por exemplo, das dificuldades técnicas e de óbices à interoperabilidade para impedir que Plataformas emergentes (inclusive agentes *mavericks*) conectem suas funcionalidades aos sistemas de gigantes incumbentes. Como é notório, o efeito de rede é estruturante para se atuar em mercados desta natureza, bastando ao agente dominante impedir a ampliação das formas de conectividade, para um agente menor, para que a atratividade de sua plataforma seja comprometida, minando entradas suficientes no mercado.

Importante será, neste sentido, que a oportuna Lei ou regulamento temático dediquem parte significativa de sua abordagem às questões relacionadas ao abuso do poder econômico por meio de supostos argumentos técnicos, como a falta de interoperabilidade entre sistemas ou a quebra de conexões sob o motivo dos ‘incidentes cibernéticos’. Para tanto, necessário que se avance nas previsões legais envolvendo protocolos de apuração de incidentes, comissões de análise de compatibilidade e interoperabilidade, investigações ao abuso do direito de patentes de

códigos-fonte, práticas de *sham litigation* etc. Necessário, inclusive, que a regulação preveja eficientes mecanismos para que os agentes econômicos, publicamente e de forma auditável, relatem a ocorrência de quaisquer incidentes técnicos ou operacionais que configurem perda de integridade, exposição de dados pessoais e falhas de interoperabilidade entre sistemas de empresas concorrentes, justamente para que as práticas anticompetitivas desta natureza sejam coibidas. Por isso, fundamental que a regulação seja compartilhada entre diferentes agentes públicos, para que cada um deles possa, em sua esfera, atuar de forma preventiva e, quando for o caso, repressiva.

Essencial, por fim, que a regulação – e não se fala aqui apenas da Lei, mas de sua aplicação prática – contemple uma discussão constante, envolvendo agentes complementares, como Anatel, Cade e ANPD, relacionada aos mercados relevantes horizontalmente e verticalmente relacionados. Trata-se de uma discussão complexa, mas fundamental. É a relação vertical, por exemplo, entre plataformas distintas, mas de propriedade de um mesmo *player*, que gera o efeito de rede que impulsiona ambas nos mercados em que atuam horizontalmente. Em diversas situações, principalmente por se tratar de mercados sob forte influência tecnológica, os efeitos concorrenciais podem ser até favoráveis, mas requerem atenção dos entes reguladores no sentido de se evitar que um agente dominante adote incentivos reversos, como o de reduzir o ritmo de inovações.

O desafio regulatório abrange, portanto, um cenário com potencial para situações aparentemente contraditórias, decorrente de inovações constantes e mudanças de comportamentos em todo mercado de forma múltipla e simultânea. De forma ilustrativa, condutas de um *player* podem ser simultaneamente anticoncorrenciais e, talvez paradoxalmente, benéficas ao bem-estar geral. Podem, ao mesmo tempo, forçar o fechamento de mercado e colateralmente incentivar a criação de outros, em tempo significativamente curto para a conduta prévia ser sequer detectada ou ter seus efeitos mensurados corretamente.

Como referência para esta realidade complexa, necessárias, uma vez mais, as palavras de Amanda Flávio e José de Azevedo:

Não há nada de tão novo assim, não é preciso desenvolver saídas novas, tendo por justificativa a ideia de que seria mais complexa a realidade atual. O que urge é resgatar o valor da experiência, evitando-se cometer os mesmos erros, mais uma vez. É que a história nos indica que por vezes, no afã de conter estruturas aparentemente perigosas para o bem-estar social, o Estado se atrapalhou, e prejudicou o seu objetivo final. [...] Ao invés de nos preocuparmos com os instrumentos a serem desenvolvidos com base na razão para o enfrentamento dos grandes agentes econômicos, talvez o foco de nossos pensadores deveria se voltar para o estabelecimento de condições para o desenvolvimento, por aqui, de empresas inovadoras e disruptivas. Para isso, a experiência aponta caminhos seguros. [OLIVEIRA E AZEVEDO,2022]

Reputamos que se devem evitar intervenções regulatórias pouco efetivas no momento presente e, possivelmente, obsoletas já em curto prazo. Elas podem produzir resultados adversos, como aumento de custos de transação aos agentes econômicos envolvidos, resultando em igual aumento de preços de bens e serviços, desestimulando a atração de investimentos no Brasil, elevando barreiras de mercado, constrangendo a inovação e ampliando desnecessariamente o fardo regulatório.

A discussão sobre a regulação das Plataformas digitais, enfim, é relevante, tal como é oportuno - por fomentar este debate - o PL nº 2.768/2022: no nosso entender, representa um ponto de partida para uma regulação mais aperfeiçoada e aderente à realidade brasileira que, embora mundialmente conectada, é economicamente diversa de outras jurisdições.

Por fim, o objetivo maior da regulação deve ser o de favorecer um ambiente mais competitivo não só no nível das citadas Plataformas, mas também nos diversos mercados que com elas se relacionam. Um menor apetite intervencionista pode incentivar, por isso, o surgimento de novas soluções e inovações ainda não previstas, descoladas do *status quo*, e que requerem um arcabouço regulatório discreto e mais efetivo para prosperarem.

## **Referências Bibliográficas**

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.768/2022 - deputado João Maia. In: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0nwxoh1epj7tf1fizbhtx73hoe3138270.node0?codteor=2214237&filename=Tramitacao-PL+2768/2022](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0nwxoh1epj7tf1fizbhtx73hoe3138270.node0?codteor=2214237&filename=Tramitacao-PL+2768/2022) - acesso em 25.11.2022

FERNANDES, V.O. Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções. CONJUR, 12/10/2022. In: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas> - acesso em 24.11.2022

KHAN, L.M. Amazon's Antitrust Paradox. Yale Law Journal, 2016. Vol 126.

OLIVEIRA, A.F., AZEVEDO, J.A.C. Bigtechs: qual a novidade?. WEBADVOCACY, 31/03/2022. In: <https://webadvocacy.com.br/2022/03/31/10824/> - acesso em 03.11.2022

# **Concorrência é o melhor remédio.**

## **Uma proposta para a precificação de medicamentos no Brasil**

*Andrey Villas Boas de Freitas, Mariana Piccoli Lins Cavalcanti & Mário Sérgio Rocha Gordilho Júnior*

### **Introdução**

O presente trabalho analisa a regulação de preços do mercado brasileiro de medicamentos no Brasil sob a perspectiva concorrencial, propondo maior liberdade econômica e mais concorrência a partir da liberação dos critérios de definição e ajuste de preços dos medicamentos cujas classes terapêuticas encontram-se em mercados sem evidência de concentração, com HHI inferior a 1.500 pontos.

Após introdução, serão apresentados, na segunda seção, (i) um breve panorâma sobre a regulação de preços no mercado de medicamentos no Brasil; (ii) as razões que justificam o Estado a regular economicamente determinado setor, mostrando que, quando desnecessária, a atuação do Estado mostra-se inoportuna, haja vista que os custos envolvidos dificilmente suplantam os benefícios que decorrem da livre manifestação do mercado; e (iii) os resultados econômicos obtidos com a liberação do estabelecimento e ajuste de preços dos medicamentos isentos de prescrição médica (também conhecidos como MIPs), demonstrando que a concorrência é o regulador natural de todos os mercados e, em sua presença, não se faz necessária a intervenção estatal.

Na terceira seção, apresenta-se, com base em exercícios empíricos preliminares, proposta de desregulação no mercado de medicamentos: liberação dos preços dos medicamentos inseridos em mercados relevantes cujo HHI seja inferior a 1.500 pontos, nos moldes realizados com os MIPs. Será feito novo estudo, demonstrando que o tabelamento dos preços dos medicamentos

que fazem parte de mercados sem evidências de concentração contribui tanto para a elevação dos preços ao consumidor final quanto para a elevação dos preços apresentados nas licitações públicas, reduzindo direta e indiretamente o bem-estar da sociedade, seja via preços ao consumidor, seja onerando demasiadamente as contas públicas em todos os três níveis (federal, estadual e municipal).

Conclui-se, assim, que o fim do controle de preços desses medicamentos mostra-se como medida salutar, do ponto de vista concorrencial, para garantir à sociedade brasileira preços mais baixos, a partir da concorrência efetiva entre os laboratórios e, numa etapa posterior da cadeia produtiva, entre os varejistas do setor.

Nesse sentido, propõe-se, ainda, a revisão sistêmica da regulação econômica do setor de medicamentos no Brasil, a fim de verificar os efeitos decorrentes dessa política, considerados “o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos, observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”, conforme preceitua o Guia Orientativo para elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), do Ministério da Economia.

## **2. Regulação de preços no mercado brasileiro de medicamentos**

### **2.1 Breve panorama**

A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) foi criada pela Lei nº 10.742, de 21/10/2003<sup>1</sup>, com a competência de estabelecer limites para preços de medicamentos e monitorar a comercialização de tais produtos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 10.742, de 21/10/2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23/09/1976, e dá outras providências. D.O.U. de 07/10/2003.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed>>. Acesso em: 08/09/2022.

Nesse sentido, a Lei nº 10.742/2003 dispôs que, após a definição inicial de seus preços, os valores dos medicamentos podem ser anualmente ajustados, com base no modelo de regulação por teto de preços (price cap), o qual prevê a aplicação de um índice geral de preços, um fator de produtividade (X) e dois fatores de ajuste, um entre setores (Y) e outro intra-setores (Z)<sup>3</sup>.

A CMED regulamentou a matéria por meio da Resolução nº 1, de 23/02/2015<sup>4</sup>, estabelecendo os critérios de composição de cada um dos fatores de reajuste, e, nessa linha, previu que o Fator Z visa a ajustar os preços relativos entre os mercados de acordo com o grau de concentração de cada um deles, o qual é calculado com base no Índice HHI (sigla em inglês de Herfindahl-Hirschman Index)<sup>5</sup>.

De acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (Guia H) emitido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)<sup>6</sup>, os mercados podem ser classificados

---

<sup>3</sup> De acordo com a metodologia estabelecida pela Resolução CMED nº 01/2015, a fórmula para o cálculo do ajuste de preços é a seguinte: Variação Percentual do Preço do Medicamento (VPP) = IPCA – X + Y + Z.

<sup>4</sup> CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. RESOLUÇÃO Nº 01, de 23/02/2015. Estabelece os critérios de composição de fatores para o ajuste de preços de medicamentos. D.O.U. de 02/03/2015.

<sup>5</sup> No final dos anos 1940, início dos anos 1950, Albert Hirschman e Orris Herfindahl, de forma independente, criaram o que hoje é conhecido como Herfindahl-Hirschman Index (HHI), um índice criado para mensurar a concentração de mercados. Este índice foi ganhando relevância entre os economistas do antitruste, especialmente após o apoio de George Stigler, possivelmente o economista mais importante da área de todos os tempos, que foi orientador de doutorado de Orris Herfindahl. O HHI entrou na literatura jurídica do antitruste em 1969, com o apoio de Richard Posner e, posteriormente, de Areeda and Turner, ambos juristas consagrados do antitruste norte americano. O HHI foi incorporado como índice de mensuração da concentração de mercados primeiramente pelo *Department of Justice - Competition Division* dos Estados Unidos da América, no seu *Merger Guideline* de 1982. O *Federal Trade Commission* também adotou formalmente o HHI em seus guias, desde 1992, mas efetivamente já o vinha utilizando desde o seu lançamento no Guia do DOJ, em 1982.

<sup>6</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em:

como não concentrados (quando o HHI é inferior a 1.500 pontos), moderadamente concentrados (quando o HHI está entre 1.500 e 2.500 pontos) ou altamente concentrados (quando o HHI é superior a 2.500 pontos).

Seguindo esse entendimento, a Resolução CMED nº 1/2015 estabeleceu três níveis para o Fator Z e, portanto, três níveis de ajustes anuais dos preços dos medicamentos:

- a. Nível 1: mercados sem evidências de concentração, com HHI abaixo de 1.500, em que o Fator Z assume o valor integral do Fator X. Os medicamentos inseridos nesses mercados têm direito ao maior patamar do reajuste anual de preços.
- b. Nível 2: mercados moderadamente concentrados, com HHI entre 1.500 e 2.500, onde o Fator Z assume a metade do valor do Fator X. Os medicamentos inseridos nesses mercados têm direito ao patamar intermediário do reajuste anual de preços.
- c. Nível 3: mercados fortemente concentrados, com HHI acima de 2.500, onde o Fator Z assume valor igual a 0 (zero). Os medicamentos inseridos nesses mercados têm direito ao menor patamar do reajuste anual de preços.

Veja-se, assim, que a própria regulamentação do setor atribui relevância à questão concorrencial na estruturação do modelo de precificação adotado no mercado de medicamentos, compensando-se a maior concentração com menor possibilidade de reajuste de preços dos produtos.

## **2.2. Regulação x Concorrência no setor brasileiro de medicamentos**

---

<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 08/09/2022.

A análise normativa apresenta inúmeras razões para a necessidade de regulação econômica de um setor, mas todas elas, de uma forma ou de outra, estão associadas ao conceito de falhas de mercado<sup>7</sup>.

Nessa linha, tem-se o Estado regulador como necessário para a correção de falhas de mercado, considerando todo o resultado ineficiente, que gera um custo social ao qual não corresponde um benefício, da livre manifestação dos mercados<sup>8</sup>.

Em outras palavras, o Estado deve intervir nos mercados que, por meio de seu funcionamento espontâneo, não atingem uma alocação de recursos eficiente, um resultado ótimo ou socialmente desejado<sup>9</sup>.

O funcionamento eficiente dos mercados pressupõe a existência de livre concorrência, a qual atua como um catalisador da competitividade, aumentando o estímulo das empresas em busca do melhor desempenho econômico possível<sup>10</sup>. Maior competitividade gera mais produtividade e melhor qualidade dos produtos e serviços. As empresas conseguem, assim, garantir a preferência dos consumidores e, conseqüentemente, um melhor posicionamento no mercado. O mercado cresce de forma

---

<sup>7</sup> SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira**: um panorama do atual desenho institucional. Texto para discussão nº 941. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=0bb17f0e-6620-4a07-9073-4766467a581d>>. Acesso em: 08/09/2022.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 2 Ed., Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>9</sup> NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. **Dificuldades de regulação econômica**: assimetrias informativas e mercados de concorrência imperfeita. 2015. Dissertação. Mestrado em Direito – Ciência Econômicas. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal.

<sup>10</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. Disponível em: <<https://www.concorrenca.pt/pt/beneficios-da-concorrenca>>. Acesso em: 13/04/2022.

sustentada e os consumidores se beneficiam com preços mais baixos, bem como com um leque mais vasto de bens e serviços<sup>11</sup>.

Os benefícios da concorrência são muitos, já consagrados pela doutrina relativa à matéria e pelas jurisprudências das principais autoridades antitruste do mundo. Alguns desses benefícios são um maior bem-estar dos consumidores, preços mais baixos, mais inovação e variedade, melhor qualidade dos produtos e serviços, além de mais produtividade e competitividade nas empresas. Em suma, todos – empresas e, sobretudo, consumidores – ganham com mais concorrência.

No Brasil, o CADE é a autoridade brasileira responsável por, nos termos da Lei nº 12.529, de 30/11/2011<sup>12</sup>, defender a livre concorrência, tanto sob a ótica preventiva (isto é, na análise de fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica) quanto repressiva (isto é, na investigação e julgamento de cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência).

No âmbito de suas competências, o CADE adota o HHI como definidor do grau de concentração de um mercado, conforme ditames previstos no Guia H, e, assim, entende que mercados com HHI inferior a 1.500 pontos são considerados pulverizados, com a presença de diversos concorrentes, e, em regra, não apresentam preocupações de ordem concorrencial.

---

<sup>11</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. Disponível em: <<https://www.concorrenca.pt/pt/beneficios-da-concorrenca>>. Acesso em: 13/04/2022.

<sup>12</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 12.529, de 30/11/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27/12/1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24/07/1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11/06/1994, e a Lei nº 9.781, de 19/01/1999; e dá outras providências. D.O.U. de 07/10/2003.

Tanto é assim que o CADE editou a Resolução nº 02, de 29/05/2012<sup>13</sup> (substituída pela Resolução nº 33, de 14/04/2022<sup>14</sup>), segundo a qual os atos de concentração econômica que gerem participação de mercado inferior a 20%, típicos de mercados com HHI inferior a 1.500 pontos, são considerados como de menor potencial ofensivo à concorrência e, por isso, submetem-se ao procedimento sumário “em virtude da simplicidade das operações”<sup>15</sup>.

Vale ressaltar que tais critérios para enquadramento de atos de concentração em procedimento sumário foram definidos pelo CADE com base na ampla experiência adquirida pelos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e nas melhores práticas internacionais. A vasta jurisprudência internacional, notadamente a norte americana, com mais de 100 anos de política antitruste, bem com a literatura especializada, dão suporte à afirmação de que mercados pulverizados, com HHI inferior a 1.500 pontos, dificilmente geram preocupações de ordem concorrencial, não merecendo análises pormenorizadas, o que implica dizer: *a atuação do Estado nesses mercados mostra-se desnecessária, senão inoportuna, haja vista que os custos envolvidos dificilmente suplantariam eventuais benefícios, que decorrem diretamente da concorrência experimentada.*

Assim, no mercado brasileiro de medicamentos, a questão que deve ser feita é se os custos envolvidos com a intervenção

---

<sup>13</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO Nº 02, de 29/05/2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30/11/2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. D.O.U. de 31/05/2012. Revogada pela Resolução nº 33, 14/04/2022.

<sup>14</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO Nº 33, de 14/04/2022. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e consolida as Resoluções nº 02/2012, 09/2014 e 16/2016. D.O.U. de 19/04/2022.

<sup>15</sup> Nesse sentido, ver art. 6º da Resolução CADE nº 33/2022.

estatal, feita por meio da regulação de preços pela CMED, suplantam eventuais benefícios que decorreriam da concorrência experimentada.

### **2.3. Liberação dos preços dos MIPs: exemplo prático de que ausência de intervenção estatal pode dar certo**

Em 2019, a CMED publicou a Resolução nº 02, de 26/03/2019<sup>16</sup>, por meio da qual os MIPs foram liberados dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preços feitos pela CMED.

Visando a verificar os efeitos sobre os preços decorrentes de tal liberação, foram levantados os preços-médios de venda dos dez MIPs mais vendidos em 2020 pelos dez maiores grupos farmacêuticos do varejo nacional, dividindo-os em dois períodos: de janeiro de 2017 a abril de 2019 (período imediatamente anterior à Resolução CMED nº 02/2019) e de maio de 2019 a julho de 2021 (período imediatamente posterior à Resolução CMED nº 02/2019)<sup>17</sup>.

Conforme exposto nos gráficos abaixo, a evolução da média geral dos preços dos MIPs obtidos na pesquisa foi comparada com quatro índices de preço de mercado: Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), Índice de Preço de Medicamentos para Hospitais (IPM-H geral), IPM-H considerando apenas a rubrica “outros medicamentos” (que exclui todos os medicamentos de maior custo, em geral adquiridos por hospitais) e Índice CMED nível 1 (média dos índices aprovados pela CMED para o Nível 1 do Fator Z).

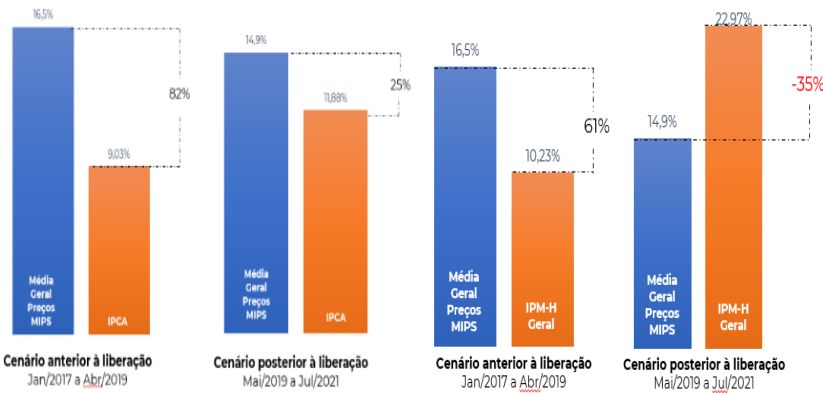
---

<sup>16</sup> CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. RESOLUÇÃO Nº 02, de 26/03/2019. Estabelece procedimentos para o monitoramento e liberação dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preços de medicamentos isentos de prescrição médica, medicamentos fitoterápicos, produtos tradicionais fitoterápicos e anestésicos locais injetáveis de uso odontológico. D.O.U. de 29.03.2019.

<sup>17</sup> O mês escolhido para dividir os dois períodos, abril/2019, corresponde à data do Comunicado CMED nº 05, de 25/04/2019, quando foi de fato iniciada a liberação dos preços MIPs.

Figura 1. Comparação da evolução da média geral dos preços dos MIPs com quatro índices de preço de mercado

Evolução Média Geral Preços MIP x Evolução Média Geral Preços MIP x  
IPCA IPM-H Geral



Antes da liberação: a variação média dos preços dos MIPs foi 82% acima do IPCA.

Antes da liberação: a variação média dos preços dos MIPs foi 61% acima da variação do IPM-H Geral.

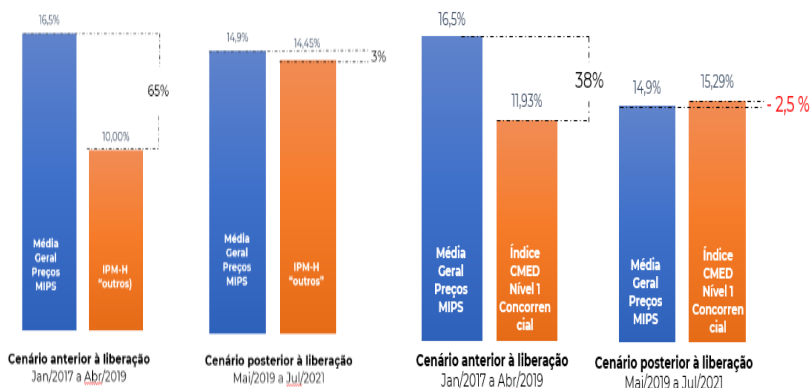
Após a liberação: a diferença entre a variação média dos preços dos MIPs e o IPCA caiu para 25%.

Após a liberação: a diferença entre a variação média dos preços dos MIPs e o IPM-H Geral foi de -35%.

Melhoria de 40%

Melhoria de 157%

Evolução Média Geral Preços MIP x Evolução Média Geral Preços MIP x  
IPM-H “outros medicamentos” CMED Nível 1



Antes da liberação: a variação média dos preços dos MIPs foi 65% acima no IPMH “outros medicamentos”.

Antes da liberação: a variação média dos preços dos MIPs foi 38% acima da variação do Índice CMED Nível 1.

Após a liberação: a diferença entre a variação média dos preços dos MIPs e o IPMH “outros medicamentos” caiu para 3%.

Após a liberação: a diferença entre a variação média dos preços dos MIPs e o Índice CMED Nível 1 foi de -2,5%.

Melhoria de 95%

Melhoria de 106%

Fonte: dados obtidos junto à indústria farmacêutica.  
Elaboração própria.

Os resultados desse estudo mostraram que a variação dos preços do segundo período considerado (maio de 2019 a julho de 2021) é inferior à do primeiro período (janeiro de 2017 a abril de 2019), quando os preços dos MIPs ainda estavam sob controle da CMED. Em outras palavras, a liberação dos preços dos MIPs fez com que os percentuais de aumentos reduzissem consideravelmente, demonstrando que a concorrência disciplinou o mercado.

Para facilitar a visualização dos resultados obtidos, toma-se como exemplo um MIP hipotético com preço de R\$ 100,00 em maio de 2019. Pelos dados acima, esse mesmo MIP estaria custando R\$ 114,90 em julho de 2021. Considerando, hipoteticamente, que todos esses MIPs sejam classificados no nível

1 do Fator Z (i.e., estão inseridos em mercados cujo HHI é inferior a 1.500 pontos), eles poderiam ser majorados pelo índice aprovado pela CMED para esse período, 15,29%, o que daria um valor de R\$ 115,29. Dessa forma, o consumidor desse produto hipotético teria desembolsado um valor cerca de 2,5% maior caso a liberação dos preços MIPs não tivesse sido realizada.

Ou seja, a liberação dos preços dos MIPs gerou ganhos de bem-estar para os seus consumidores, desonerando, ainda, a indústria farmacêutica da regulação de preços pela CMED, um entrave regulatório que comprovadamente não estava trazendo qualquer benefício à sociedade, mas sim gerando preços artificialmente mais altos.

### **3. Proposta de desregulação no mercado de medicamentos**

Como exposto na seção 2, a teoria nos mostra que a intervenção estatal só se faz necessária na presença de falhas que não permitam a alocação eficiente de recursos por meio da livre manifestação do mercado. Nessa linha, a teoria também aponta que o pressuposto de um mercado eficiente é a existência de livre concorrência.

Na seção anterior, também expôs-se um exemplo prático do mercado de medicamentos de que a desregulação pode dar certo: a liberação dos preços dos MIPs fez com que os percentuais de aumentos dos preços reduzissem consideravelmente, demonstrando que o entrave regulatório que até então existia não só não estava trazendo qualquer benefício, como estava gerando preços artificialmente mais altos.

E aqui cabe destacar um dado que não foi apresentado anteriormente: *todos os MIPs apresentados nesse exemplo prático enquadram-se no nível 1 do Fator Z do reajuste de medicamentos, isto é, são*

*medicamentos inseridos em mercados sem concentração, com HHI inferior a 1.500*<sup>18</sup>.

Ou seja, é possível afirmar que os resultados positivos decorrentes da liberação dos preços dos MIPs também podem ser alcançados com a liberação de todos os medicamentos enquadrados no nível 1 do Fator Z, os quais, forçosamente repisa-se, fazem parte de mercados com HHI inferior a 1.500 pontos e, portanto, sem preocupações concorrenciais *a priori*.

Ora o estudo conduzido comprovou com dados reais que a atuação regulatória do Estado em mercados concorrenciais não só é dispensável como ineficiente, gerando custos desnecessários à sociedade e distorções à economia.

Contudo, visando a reforçar a tese de que a liberação dos preços dos medicamentos enquadrados no nível 1 do Fator Z pode ser benéfica ao mercado, realizou-se mais um estudo, tomando-se como base dados de preços efetivamente cobrados por laboratórios farmacêuticos<sup>19</sup> e quantidades vendidas de 2017 a 2021 referentes aos onze medicamentos classificados no nível 1 do Fator Z mais vendidos em 2021.

O estudo mostrou que os descontos concedidos pela indústria farmacêutica aos varejistas em relação aos preços-fábrica (PF) aprovados pela CMED<sup>20</sup> variaram de 62,8%<sup>21</sup> a 93,6%<sup>22</sup>, resultando em um desconto médio de cerca de 86%.

---

<sup>18</sup> Os HHIs dos MIPs empregados no estudo variaram de 502 a 1.248 pontos, com média em 950 pontos, de acordo com tabela divulgada pela CMED, com dados do 2º semestre de 2020 e primeiro semestre de 2021.

<sup>19</sup> Os preços tiveram por base o PPP (*Pharmacy Purchase Price* ou Preço de Compra da Farmácia) da IMS Health.

<sup>20</sup> Os PFs considerados são os com 18% de ICMS (PF 18% na tabela CMED).

<sup>21</sup> Em 2021, o PF da Ivermectina 6mg x 4, da Vitamedic, era R\$ 21,82, enquanto seu preço-médio cobrado (PPP – *Pharmacy Purchase Price*) foi de R\$ 8,13, uma diferença de R\$ 13,69 ou 62,8% de desconto.

<sup>22</sup> Em 2021, o PF do Losartan 50mg x 30, da Prati Donaduzzi, era de R\$ 38,54, enquanto foi vendido pela indústria a um preço-médio de R\$ 2,45, diferença de R\$ 36,09 ou 93,6%.

Veja-se que o menor percentual de desconto ainda é bastante alto (na faixa de 60%) e foi concedido ao medicamento Ivermectina, cuja demanda sofreu aumento expressivo durante a pandemia, de cerca de 1.576% entre 2019 e 2021, aumento este que teoricamente poderia conferir maior poder de barganha dos laboratórios frente aos varejistas farmacêuticos.

Uma hipótese que poderia explicar tal magnitude de descontos seria um extremo poder de compra do varejo farmacêutico. Contudo, esse não parece ser o caso. Com base em dados do website Panorama Farmacêutico<sup>23</sup>, o setor fechou 2021 com faturamento acima de R\$ 100 bilhões. Com base nos dados divulgados dos 20 maiores grupos, o líder, Grupo Raia Drogasil, deteria 30,2% (considerando apenas as 20 maiores) ou 21,2% (considerando, conservadoramente, o mercado total como R\$ 100 bilhões). A segunda colocada, Grupo DPSP, deteria 15,4% (20 maiores) ou 10,8% (mercado total). A terceira, Pague Menos, deteria 10,4% (20 maiores) ou 7,3% (mercado total). A quarta, Farmarcas, deteria 6,6% (20 maiores) ou 4,6% (mercado total). Assim, o C4 (somatório das participações dos quatro maiores) deste mercado seria de 62,5% (20 maiores)<sup>24</sup> ou 43,9% (mercado total), com uma grande franja competitiva, representando cerca de 30% do mercado total, com HHI do mercado entre 1.423 (20 maiores) e 716 (mercado total), indicando que este mercado não seria considerado concentrado, em termos de poder de compra, com base na metodologia utilizada pelo CADE<sup>25</sup>.

Assim, entende-se que tais descontos em percentuais evidenciam que *os preços-teto estabelecidos pela CMED para tais*

---

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://panoramafarmaceutico.com.br/ranking-do-varejo-farmaceutico/>>. Acesso em: 28/03/2022.

<sup>24</sup> O HHI somado das 4 maiores redes farmacêuticas do país, em 2021, seria de 1.299 pontos, indicando um mercado desconcentrado.

<sup>25</sup> É importante destacar que o mercado relevante geográfico considerado pela jurisprudência do CADE é local (municipal ou até mesmo por cluster de bairros em cidades de grande porte). Contudo, para mensuração de poder de compra, esta nota técnica está adotando o mercado nacional, considerando que a indústria farmacêutica tem, em geral, atuação nacional.

*medicamentos estão superfaturados, em valores irreais, que não representam efetivamente os seus valores de mercado.*

Em outras palavras, a tabela de preços da CMED, nesse segmento específico, de produtos sob concorrência, em mercados desconcentrados, com HHI inferior a 1.500 pontos, é no mínimo inefetiva, senão prejudicial ao consumidor, com *price caps* superfaturados.

Deve-se destacar, ainda, que esse tipo de tabelamento, com preços claramente artificiais, não praticados no mercado, concede grande margem de manobra tanto à indústria farmacêutica quanto ao setor varejista, que ainda possui outro valor tabelado, o preço máximo ao consumidor (PMC)<sup>26</sup>, o qual, no caso desses 11 medicamentos, foi cerca de 38% superior ao preço-fábrica aprovado pela CMED. Em suma, a tabela CMED para esses medicamentos nível 1 (concorrenciais) possibilita uma dupla margem de lucros ao varejo: a primeira, no nível de descontos ofertado pela indústria, que na média dos 11 medicamentos mais vendidos foi de cerca de 86%; a segunda, no próprio PMC, que abrange tanto a margem de lucro do varejo quanto todos os custos inerentes a esse nível da cadeia, aqui inclusos os impostos.

Exemplificando com o medicamento com menor percentual de desconto da lista dos 11 mais vendidos em 2021, a Ivermectina, que teve um crescimento artificial de demanda no período 2019-2021 e, portanto, o menor nível de descontos praticado (62,8%).<sup>27</sup> Esse medicamento teve um preço médio de venda aos grupos farmacêuticos de R\$ 8,13 em 2021, com PF 18% de R\$ 21,82 e PMC 18% de R\$ 30,16. Dessa forma, os varejistas farmacêuticos compraram o produto em média a R\$ 8,13, mas possuíam o “direito” de vendê-lo no varejo, pela tabela CMED, a R\$ 30,16, o preço-teto estipulado (PMC).

---

<sup>26</sup> O PF é o preço máximo permitido para vendas de medicamentos destinadas a farmácias, drogarias e a entes da Administração Pública. Já o PMC é o preço máximo pelo qual as farmácias e drogarias podem praticar ao vender para o consumidor.

<sup>27</sup> O produto utilizado no exemplo, como dito, é a Ivermectina MG Comprimido 6 mg x 4, da Vitamedic, em 2021.

Mesmo considerando todos os custos envolvidos na atividade de varejo farmacêutico, claramente temos aqui um estabelecimento de margem de lucro artificial de grandes proporções, via política de controle de preços com o tabelamento pelo Estado.<sup>28</sup>

Em uma comparação simples, considerando o preço médio efetivamente cobrado pela indústria para este medicamento (R\$ 8,13), e considerando, ainda, a margem de cerca de 38% concedida pela CMED (nesse caso, considerando os 11 produtos mais vendidos em 2021, lembrando que o PMC engloba todos os custos e a margem de lucro), em um ambiente de concorrência perfeita o preço desse medicamento ao consumidor tenderia a ser, em média, de R\$ 11,22 (preço de custo, R\$ 8,13 + demais custos envolvidos, incluso o lucro normal, 38%). Contudo, na tabela CMED o PMC 18% desse produto tinha o preço-teto estipulado em R\$ 30,16 em 2021, que é 168,8% superior ao que seria, teoricamente, em concorrência perfeita. Mesmo considerando o caráter teórico do modelo de concorrência perfeita, essa diferença de 168,8% não seria tão expressiva caso o preço final ao consumidor fosse disciplinado por uma concorrência em um oligopólio desconcentrado, com diversos ofertantes, como é o caso do exemplo citado<sup>29</sup>.

Essa margem de lucro superdimensionada, autorizada por meio do tabelamento feito pela CMED, acaba por afetar, negativamente, o bem estar do consumidor, impingindo a este preços acima do que ele experimentaria caso estes fossem disciplinados apenas por meio da concorrência entre a indústria farmacêutica, de um lado, e pelo varejo farmacêutico, de outro, lembrando que tanto o nível *upstream* desse mercado (a indústria fabricante de medicamentos classificados no nível 1) quanto o nível *downstream* (o varejo farmacêutico, sob a ótica do poder de compra,

---

<sup>28</sup> Neste exemplo, o lucro bruto do varejista seria em média de 271%, considerando apenas o custo do medicamento (ppp), de R\$ 8,13, e o PMC, de R\$ 30,16.

<sup>29</sup> Apenas a título de referência, o HHI deste mercado relevante (A/Helmínticos Exc P 1C (ATC P1B) é de 1.346, abaixo portanto dos 1.500 pontos, limite considerado para estabelecer que um mercado é desconcentrado.

em nível nacional), são mercados desconcentrados, com HHI inferior a 1.500 pontos, conforme já destacado.

Ademais, considerando que as grandes redes possuem um poder de compra muito superior comparado às menores, principalmente à grande franja desse mercado, a tendência é que aquelas adquiram medicamentos da indústria com descontos superiores aos experimentados pelos varejistas farmacêuticos de menor porte, notadamente as firmas individuais, que formam a franja do setor, e que representam cerca de 30% do mercado total no país. O tabelamento dos medicamentos nível 1, portanto, acaba por favorecer a concentração desse setor ainda mais entre os grandes grupos, por permitir a esses um preço de custo menor nos medicamentos e, assim, a possibilidade de obtenção de uma margem de lucro superior ao dos pequenos varejistas.

Por fim, esse tabelamento com preços superfaturados favorece a colusão tácita nos dois níveis da cadeia – fabricantes e varejistas –, fazendo com que o preço efetivamente cobrado do consumidor final fique próximo ao preço-teto, tornando este não propriamente o teto a ser cobrado, mas sim a base.

Essa hipótese é especialmente mais provável nas vendas ao setor público, cujo preço-teto estabelecido é o PF. Ainda que fossem descontados o Coeficiente de Adequação de Preços (CAP)<sup>30</sup> e os tributos (IPI/Cofins e ICMS), do Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), o que ocorre com a minoria dos medicamentos a venda no país, o valor máximo de venda da Ivermectina, utilizada nos exemplos supracitados, seria de R\$ 13,51. Este valor do PMVG hipotético da Ivermectina ainda estaria acima do valor médio de venda da indústria, que foi de R\$ 8,13, cerca de 61,5% superior.

Frise-se, contudo, que a aplicação do CAP e da isenção do ICMS sobre o PF, para a formação do PMVG, se dá apenas com uma pequena parcela dos medicamentos em comercialização no país. Caso fosse considerado o PF sem os descontos, formando o

---

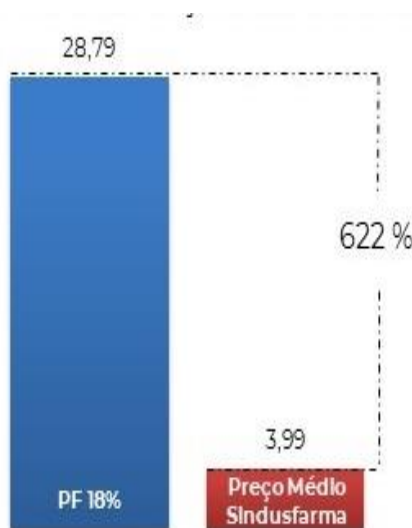
<sup>30</sup> Considerando o CAP de 20,09%, nos termos do Comunicado CMED nº 11, 19/12/2019.

PMVG desse medicamento, a diferença a maior seria de cerca de 168%.

Portanto, as compras públicas também podem estar sendo prejudicadas pelo tabelamento dos medicamentos listados no nível 1 (concorrencial, com HHI < 1.500 pontos), incentivando a aplicação do preço-teto como se fosse preço base, seguindo a legislação vigente.

Considerando o exemplo utilizado, com base na amostra dos 11 medicamentos do nível 1 mais vendidos em 2021, o preço médio de venda para o varejo, foi de R\$ 3,99, enquanto a média dos PF 18% foi de R\$ 28,79, uma diferença de R\$ 24,80, o que representou um desconto médio concedido pela indústria de 86% sobre os preços-fábrica. O valor médio dos PF 18% desses 11 medicamentos estaria, portanto, muito acima do valor praticado pela indústria aos varejistas, superfaturados em torno de 622%, conforme ilustra o gráfico a seguir:

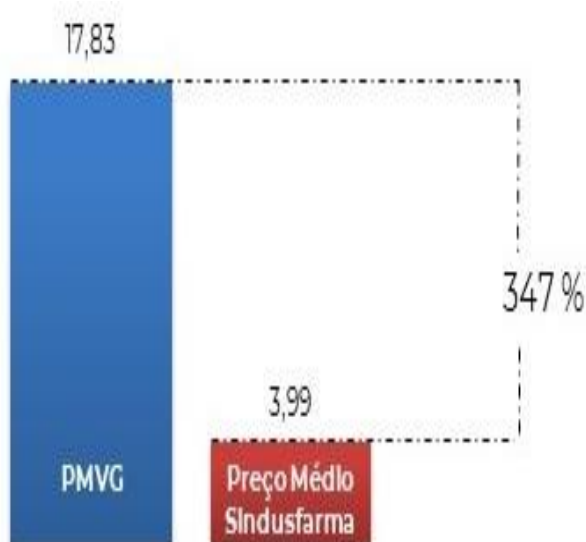
Gráfico 1. PF 18% médio CMED x Preço Médio Sindusfarma dos 11 Medicamentos Nível 1 mais vendidos em 2021



Fonte: dados obtidos junto à indústria farmacêutica.  
Elaboração própria.

Num exercício hipotético, mesmo considerando uma eventual concorrência pelo mercado (numa licitação pública), e incluindo os descontos do CAP e da desoneração do ICMS em todos esses 11 medicamentos, ainda assim esse valor médio de PMVG estaria muito acima do preço efetivamente cobrado pelos laboratórios farmacêuticos dos grupos varejistas desse setor, em torno de 347%, conforme pode ser visualizado no gráfico abaixo:

Gráfico 2. PMVG médio hipotético (com descontos CAP e desoneração ICMS 18%) x Preço Médio Sindusfarma dos 11 Medicamentos "Nível 1" mais vendidos em 2021



Fonte: dados obtidos junto à indústria farmacêutica.  
Elaboração própria.

É possível inferir, dessa forma, que o tabelamento realizado pela CMED dos medicamentos nível 1 contribui tanto para a elevação dos preços ao consumidor final quanto para a elevação dos preços apresentados nas licitações públicas, reduzindo direta e indiretamente o bem-estar da sociedade, seja via preços ao

consumidor, seja onerando demasiadamente as contas públicas em todos os três níveis (federal, estadual e municipal).

#### **4. Conclusão**

O fim do controle de preços dos medicamentos classificados no nível 1 pela CMED, nos moldes do realizado em 2019 com os MIPs seria medida salutar, do ponto de vista concorrencial, para garantir à sociedade brasileira preços mais baixos desses medicamentos, tanto no varejo quanto nas compras públicas, a partir da concorrência efetiva entre os laboratórios e, numa etapa posterior da cadeia produtiva, entre os varejistas desse setor.

Frise-se que, dentre os MIPs com preço liberado em 2019, muitos fazem parte de mercados relevantes classificados nos níveis 2 e 3, classificados, respectivamente, como moderadamente concentrados (HHI entre 1.500 e 2.500 pontos) e altamente concentrados (HHI superior a 2.500 pontos) e que, mesmo nesses casos, considerou-se positiva a liberação do controle estrito de preços pela CMED.

O presente artigo defende a liberação de preços dos medicamentos do nível 1, focada apenas em mercados considerados concorrenciais pela própria CMED, com a possibilidade de avanços efetivos no ambiente de negócios de tais mercados. A importância da concorrência como principal instrumento de maximização do bem-estar dos consumidores foi destacada diversas vezes ao longo deste texto, sendo ponto fundamental da Exposição de Motivos nº 28/2003, que culminou na Lei nº 10.742/2003, de criação da CMED.

Diz a EM nº 28/2003 que “a intervenção direta nos preços dos medicamentos seria necessária enquanto outras políticas estruturais, como o fortalecimento da política de genéricos, não surtiram os efeitos plenos desejados”. Como é notório, é considerável a presença de genéricos nos mercados relevantes que formam a lista dos medicamentos classificados como nível 1 pela CMED, os quais, inclusive, contribuíram para a crescente pulverização e, portanto, maior concorrência em tais mercados.

A liberação dos preços de medicamentos inseridos em mercados desconcentrados, com HHI inferior a 1.500 pontos, além de ter o potencial de gerar ganhos de bem-estar ao consumidor desses medicamentos e à sociedade como um todo, vai ao encontro de uma das atribuições da CMED, que é justamente promover regras que estimulem a concorrência no setor, e também dos princípios que norteiam a Lei nº 13.874, de 20/09/2019<sup>31</sup>.

Ademais, comparando-a com a medida que liberou os preços dos MIPs, em 2019, cumpre, ainda, com o disposto no inciso I do artigo 4º da Lei nº 13.874/2019, *in verbis*:

Art. 4º-A É dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam a esta Lei, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas:

I - dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos.

Com base tanto na breve revisão teórica quanto nos estudos empíricos aqui apresentados, embora seja possível a realização de estudos quantitativos mais aprofundados sobre esse tema, tendo uma série de dados mais robusta à disposição, conclui-se que não parece haver razão econômica para o controle de preços dos medicamentos classificados no nível 1, todos pertencentes a mercados relevantes com HHI inferior a 1.500 pontos. Tampouco parece haver razão de ordem social, pois os primeiros resultados da recente liberação dos preços dos MIPs já demonstram que esta

---

<sup>31</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 13.874, de 20/09/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil), 6.404, de 15/12/1976, 11.598, de 03/12/2007, 12.682, de 09/07/2012, 6.015, de 31/12/1973, 10.522, de 19/07/2002, 8.934, de 18/11/1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º/05/1943; revoga a Lei Delegada nº 04, de 26//09/1962, a Lei nº 11.887, de 24/12/2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966; e dá outras providências. D.O.U. de 20/09/2019.

medida foi benéfica ao consumidor. A literatura concorrencial e de regulação econômica tampouco embasariam tal controle de preços.

Assim, resta evidente que a liberação dos preços dos medicamentos pertencentes ao nível 1 geraria ganhos de bem-estar para a sociedade em geral, não havendo razões de ordem técnica para que a CMED permaneça a controlar preços de mercados claramente concorrenciais.

Aliás, passados quase 20 anos de sua criação, seria recomendável que a CMED revisse toda a sua regulação econômica do setor de medicamentos no Brasil, a fim de verificar os efeitos decorrentes dessa política, considerados “o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos, observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”, conforme preceitua o Guia Orientativo para elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), do Ministério da Economia<sup>32</sup>.

## **Referência Bibliográficas**

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Regulação Econômica do Mercado Farmacêutico**. Brasil, 2001. Disponível em: <[http://www.hipolabor.com.br/wp-content/uploads/2015/04/regula\\_farmaceutico.pdf](http://www.hipolabor.com.br/wp-content/uploads/2015/04/regula_farmaceutico.pdf)>. Acesso em: 08/09/2022.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 2 Ed., Coimbra: Almedina, 2004.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. Disponível em: <<https://www.concorrenca.pt/pt/beneficios-da-concorrenca>>. Acesso em: 13/04/2022.

---

<sup>32</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Guia Orientativo para elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório**. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>>. Acesso em: 08/09/2022.

CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. COMUNICADO Nº 05, de 25/04/2019. Divulga os grupos de medicamentos a serem liberados dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, nos termos da Resolução CMED nº 02, de 20 de março de 2019. D.O.U. de 02/05/2019.

CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. COMUNICADO Nº 11, de 19/12/2019. Divulga o novo Coeficiente de Adequação de Preços (CAP). D.O.U. de 30/12/2019.

CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. RESOLUÇÃO Nº 01, de 23/02/2015. Estabelece os critérios de composição de fatores para o ajuste de preços de medicamentos. D.O.U. de 02/03/2015.

CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS. RESOLUÇÃO Nº 02, de 26/03/2019. Estabelece procedimentos para o monitoramento e liberação dos critérios de estabelecimento ou ajuste de preços de medicamentos isentos de prescrição médica, medicamentos fitoterápicos, produtos tradicionais fitoterápicos e anestésicos locais injetáveis de uso odontológico. D.O.U. de 29.03.2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 08/09/2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO Nº 02, de 29/05/2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30/11/2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. D.O.U. de 31/05/2012. Revogada pela Resolução nº 33, de 14/04/2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. RESOLUÇÃO Nº 33, de 14/04/2022. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de

atos de concentração e consolida as Resoluções nº 02/2012, 09/2014 e 16/2016. D.O.U. de 19/04/2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Guia Orientativo para elaboração de Avaliação de Resultado Regulatório**. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/analise-de-impacto-regulatorio-air-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio-arr/o-que-e-arr/guiaarrverso5.pdf>>. Acesso em: 08/09/2022.

NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. **Dificuldades de regulação econômica**: assimetrias informativas e mercados de concorrência imperfeita. 2015. Dissertação. Mestrado em Direito – Ciência Econômicas. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 10.742, de 21/10/2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23/09/1976, e dá outras providências. D.O.U. de 07/10/2003.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 12.529, de 30/11/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27/12/1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24/07/1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11/06/1994, e a Lei nº 9.781, de 19/01/1999; e dá outras providências. D.O.U. de 07/10/2003.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. LEI Nº 13.874, de 20/09/2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10/01/2002 (Código Civil), 6.404, de 15/12/1976, 11.598, de 03/12/2007, 12.682, de 09/07/2012, 6.015, de 31/12/1973, 10.522, de 19/07/2002, 8.934, de 18/11/1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º/05/1943; revoga a Lei Delegada nº 04, de 26//09/1962, a Lei nº 11.887, de

24/12/2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966; e dá outras providências. D.O.U. de 20/09/2019.

SALGADO, Lucia Helena. Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. Texto para discussão nº 941. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/publicacao-item?id=0bb17f0e-6620-4a07-9073-4766467a581d>>. Acesso em: 08/09/2022.

## 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 telecomunicações<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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 Anatel<sup>3</sup>. Sua disponibilidade depende de leilões específicos de determinadas faixas, da devolução, do reuso de

---

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> ANATEL. Resolução nº 703/2018.

radiofrequências legadas ou, por fim, do seu acesso em caráter secundário<sup>4</sup>.

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.<sup>5 - 6</sup>

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)<sup>7</sup>, os quais são comumente denominados de acordos de *RAN Sharing*. Nestes acordos,

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> 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*.

<sup>7</sup> 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.

empresas compartilham o uso mútuo de infraestrutura ativa das redes, como as ERB e seus elementos lógicos de *core* de rede<sup>8</sup>, 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 atendimento<sup>9</sup>, inclusive em áreas do território que são 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*<sup>10</sup> 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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

*refarming*, semelhante ao que ocorre em outros países<sup>11</sup>, 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*).<sup>12</sup>

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

---

<sup>11</sup> 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

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

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 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.<sup>13</sup>

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

---

<sup>13</sup> 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)

concentração de notificação obrigatória à autoridade antitruste, como prevê o inciso IV, artigo 90<sup>14</sup>, da Lei 12.529/2011, e regulamentado pela Resolução Cade nº 17/2016<sup>15</sup>. 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/<br>2013-93 | TIM e OI                | <i>RAN sharing</i><br>em 4G                                                  | MORAN –<br>sem<br>compartilhar<br>espectro                                  |
| 08700.003536/<br>2013-24 | Telefônica e<br>Claro   | <i>Infraestrutura<br/>passiva</i>                                            | Apenas<br>estrutura<br>passiva – sem<br>compartilham<br>ento de<br>espectro |
| 08700.002975/<br>2014-09 | TIM, OI e<br>Telefônica | <i>RAN sharing</i><br>em 2G e 3G –<br>municípios até<br>30.000<br>habitantes | MORAN e<br>MOCN –<br>com<br>compartilham<br>ento de<br>espectro             |
| 08700.011507/<br>2015-06 | TIM e<br>Telefônica     | <i>RAN sharing</i><br>rural                                                  | MORAN –<br>sem                                                              |

<sup>14</sup> “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.

<sup>15</sup> 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.

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

Fonte: elaboração própria.

A título exemplificativo, destacamos dois acordos mais recentes, entre Telefônica (Vivo) e TIM<sup>16</sup> e entre Claro e Telefônica<sup>17</sup>, 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 habitantes<sup>18</sup>, 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;

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,

---

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

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

<sup>18</sup> 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.

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.<sup>19</sup>

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,

---

<sup>19</sup> 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)

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.<sup>20</sup>

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 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 ecossistema<sup>21</sup> em 5G, inclusive para aquisição de faixas espectro, impõe um alto

---

<sup>20</sup> 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)

<sup>21</sup> 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.

CAPEX<sup>22</sup> 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 custos<sup>23</sup> 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.

[...]

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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).

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 forma como o espectro é compartilhado está inerentemente ligada a problemas de coordenação e alocação.<sup>24</sup> (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.

---

<sup>24</sup> 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

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.<sup>25</sup> (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

---

<sup>25</sup> *Idem*.

que, na prática, os mercados relevantes tendem 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...<sup>26</sup>

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).

---

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

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 econômico<sup>27</sup> – 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.

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.

---

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

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.Tal<sup>28</sup>, para fundos de investimento controlados pelo Banco BTG Pactual<sup>29</sup>.

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 negócio<sup>30</sup>, como se descreve:

---

<sup>28</sup> 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.

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

<sup>30</sup> 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.

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

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

---

<sup>31</sup> TELESÍNTSESE. *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.

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.

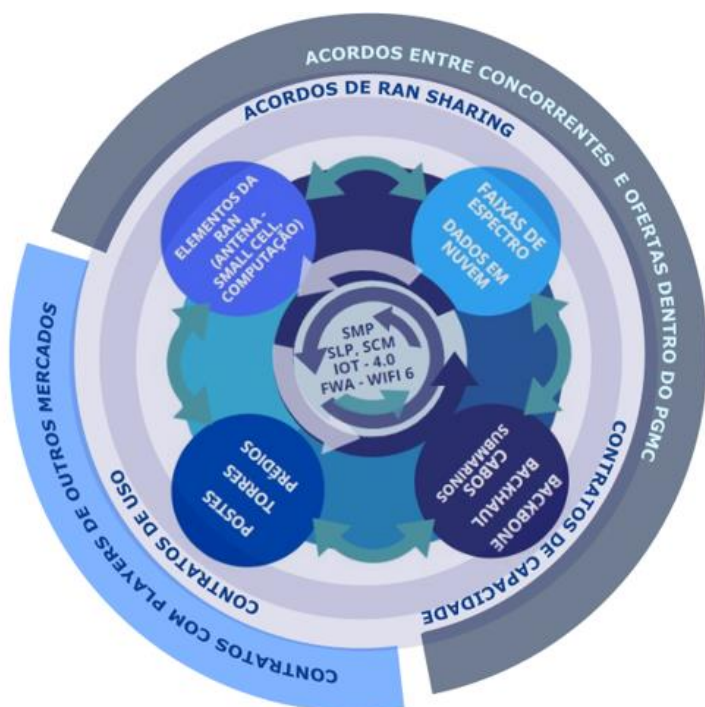
Ao se observar um mercado de oferta de acesso a redes neutras em atacado, parece-se, de fato, estar diante de uma típica relação vertical, ainda que ela se apresente inovadora frente aos modelos de oferta preexistentes. Diante, contudo, dos imbricados relacionamentos que os concorrentes aprofundarão 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 PGMC, 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



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 terceiros<sup>32</sup>, 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.

---

<sup>32</sup> 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.”

[...] 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 [...]<sup>33</sup>

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 escopo<sup>34</sup>, 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 Aneel<sup>35</sup>.

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,

---

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

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 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.

## **Exigência de CND para concessão da recuperação judicial**

*André Santa Cruz*

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

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

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

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

“O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da Lei 11.101/2005 só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e

por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação” (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).

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

Após a edição dessa lei, muitos esperavam uma mudança na jurisprudência, mas isso não ocorreu: juízos e tribunais brasileiros continuaram não aplicando o art. 57 da Lei 11.101/2005, e quando o assunto chegou ao STJ, no julgamento do REsp 1.864.625, a 3ª Turma decidiu que “a apresentação de CND não constitui requisito obrigatório para concessão do pedido de recuperação judicial”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Após a vigência da Lei 14.112/2020, constitui requisito para a homologação do plano de recuperação judicial, ou de eventual aditivo, a prévia apresentação das certidões negativas de débitos tributários, facultada a concessão de prazo para cumprimento da exigência” (Enunciado XIX).

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

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

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

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

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

**Anglicanismo, eleições e antitruste:**  
**“Uma casa dividida contra si mesma não se sustenta”.**

*Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli*

A igreja anglicana foi criada em 1534, a partir de um ato do Parlamento Britânico, o Ato de Supremacia, o que ocorreu após a excomunhão do então rei inglês, Henrique VIII, da igreja católica, em razão do requerimento de anulação de seu casamento com Catarina de Aragão para que pudesse casar-se novamente.

Inobstante o motivo pouco eclesiástico da sua criação, uma série de reformas posteriores, encabeçadas pela rainha Maria I, moldaram a religião, trazendo às práticas anglicanas elementos da reforma protestante, como a justificação exclusivamente pela fé. Com a morte de Maria I, sua meia-irmã, Elizabeth I promulgou o acordo elisabetano, que marcou a tentativa de encontrar um meio-termo entre o protestantismo radical e o catolicismo romano, atribuindo como principal característica ao anglicanismo o fato de ser uma igreja moderadamente reformada.

Eu cresci em uma igreja anglicana pela iniciativa dos meus pais. Enquanto minha mãe vinha de uma família católica “praticante”, meu pai era de uma família protestante pentecostal. Eles então encontraram na igreja anglicana esse meio-termo, ou melhor, essa forma de escutar os dois lados e tentar extrair o melhor de cada um. E, na prática, foi isso que o anglicanismo me ensinou: que sempre teremos muito a aprender, tanto com católicos, quanto com protestantes, afinal, eles comungam da mesma fé.

Em Apocalipse 3:15, a instrução sobre ser frio ou quente ao invés de morno incentiva que tomemos um lado e não nos isentemos. A diretriz, contudo, nunca foi sobre deixar de ouvir o lado contrário. Sempre há benefícios em dialogar, em se permitir melhorar a partir das ponderações do outro. Com os católicos, eu

aprendi a disciplina de ir à missa, a devoção de rezar um terço. Com as diferentes denominações protestantes, eu aprendi sobre ter intimidade com Deus e levar o dízimo a sério.

A polarização das eleições de 2022 nos desafiou a pensar não apenas sobre o lado decidimos assumir, como também sobre a necessidade de ouvir o lado contrário. E neste momento histórico tão delicado para a nação, a pauta religiosa mostrou-se central, com 59% da população avaliando religião como uma variável importante na hora da escolha de seu candidato à presidência da república<sup>1</sup>.

No último dia 12 de outubro, durante o Dia de Nossa Senhora da Aparecida, um incidente envolvendo política e religião demonstrou a urgência deste exercício de diálogo, especialmente entre cristãos. Afinal, a eleição não pode ser o gatilho para uma nova cruzada entre católicos e protestantes, que têm tanto a aprender um com o outro.

Com o antitruste não é diferente – e você, a essa altura do campeonato, deve estar se perguntando o porquê desta pouco óbvia tentativa de correlação. Há aproximadamente dois anos atrás, eu e Alexandre Cordeiro<sup>2</sup> publicamos um artigo sobre os objetivos do antitruste no pós-Covid 19, em que questionávamos o movimento transformista dos Neobrandesianos, especialmente no que se refere à factibilidade de suas propostas. No ano seguinte, eu e a Amanda Flávio tecemos algumas reflexões aqui no WebAdvocacy<sup>3</sup>, inspiradas por uma palestra proferida pelo

---

<sup>1</sup> Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/pesquisa-eleitoral/noticia/2022/10/15/datafolha-59percent-avaliam-como-importante-a-religiao-do-candidato-a-presidente-para-a-decisao-do-voto.ghtml>>. Acesso em 21/10/2022.

<sup>2</sup> CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Os objetivos do Direito Antitruste: a evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020>>. Acesso em 17.10.2022.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Finalidades do Antitruste: entre Khan e Kovacic. Disponível em

brilhante professor William Kovacic, ao descrever este novo momento histórico que temos vivido no antitruste americano.

Não é novidade para ninguém que os Estados Unidos, além de berço do antitruste, foram igualmente responsáveis por exportá-lo para outras jurisdições, que passam a ser fortemente influenciadas pela evolução do pensamento americano. Ocorre que, após a publicação do “*Executive Order on Promoting Competition in American Economy*”, em 14 de julho de 2021, as 72 recomendações realizadas pelo Presidente Joe Biden cunharam o início de uma aparente nova era para o Direito Concorrencial americano.

Décadas após o primeiro paradoxo inaugurado pelo então juiz Robert Bork, que, ao decidir sobre o paradigmático caso do *Continental TV Inc v. GTE Sylvania Inc* (433 U.S. 36, 1977), entendeu que o Direito Antitruste norte-americano cuidaria exclusivamente de atender a objetivos econômicos<sup>4</sup>, Biden, influenciado pelas ideias neobrandesianas, incentivou uma ideia de antitruste mais interventivo.

Esta nova direção foi confirmada por suas nomeações para ocupar os principais cargos de liderança nas agências antitrustes americanas, como é o caso da presidência da Federal Trade Commission (FTC), que coube à Lina Khan<sup>5</sup>, uma das expoentes

---

<<https://webadvocacy.com.br/2022/02/13/finalidades-do-antitruste-entre-khan-e-kovacic/>>. Acesso em 18.10.2022.

<sup>4</sup> “It is difficult to overstate the importance of *GTE Sylvania* as the foundation of the economic approach to antitrust analysis: antitrust would no longer serve multiple masters; economic goals would be exclusive. Soon the Court would determine more specifically that the “Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription, and that a restraint that has the effect of reducing the importance of consumer preference in setting price and output is not consistent with this fundamental goal of antitrust law.” In GINSBURG, Douglas H; WRIGHT, Joshua D. The Goals of Antitrust: Welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, 2014, Vol. 81, p. 2406.

<sup>5</sup> Além de Khan, foram também indicados, como Assessor Especial da Casa Branca para Tecnologia e Concorrência, o professor Tim Wu, e como assistência da Procuradoria-Geral da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça americano (DOJ), Jonathas Kanter.

do movimento neobrandesiano e autora do conhecido artigo “Amazon’s Antitrust Paradox”<sup>6</sup>.

Este segundo paradoxo, descrito por Khan em seu artigo, remonta o pensamento dos Neobrandesianos, termo atribuído àqueles que corroboram com as ideias difundidas por Louis Brandeis, segundo o qual o tamanho dos monopólios industriais seria o principal problema a ser enfrentado no final do século XIX. Para Brandeis, as grandes corporações, fossem elas monopolistas ou não, frustravam iniciativas individuais, restringiam a concorrência e, conseqüentemente, a inovação, valendo-se de seu grande porte para ocultar possíveis ineficiências econômicas<sup>7</sup>.

Como eu e Amanda relembramos há quase um ano atrás, o professor Kovacic classificou as três escolas de pensamento que hoje dominam o direito antitruste americano como tradicionalistas, expansionistas e transformacionistas. Enquanto a primeira remete aos seguidores de Bork e, portanto, adeptos não apenas à lógica do *consumer welfare standard*, como também a uma visão mais conservadora sobre as ferramentas de análise, a terceira escola, por sua vez, diz respeito aos denominados “neobrandesianos”<sup>8</sup>, que, segundo o autor, entendiam a necessidade de mudança dos objetivos do antitruste americano como um problema geracional e não filosófico.

---

<sup>6</sup> KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, v. 126, nº 3, 2017.

<sup>7</sup> “It was these creeping inefficiencies in sprawling firms that Brandeis thought of as comprising part of the curse of bigness. But there is another side to the curse, one associated with growing power. It is this: As a business gets larger, it begins to enjoy a different kind of advantages having less to do with efficiencies of operation, and more to do with its ability to wield economic and political power, by itself or conjunction with others. In other words, a firm may not actually become more efficient as it gets larger, but may become better at raising prices or keeping out competitors.” In WU, Tim. The Curse of Bigness – Antitrust in the New Gilded Age. New York: Columbia Global Report, 2018, p. 71.

<sup>8</sup> O nome do movimento remete à Louis Brandeis, ex-juiz da Suprema Corte americana, que defendeu uma política antitruste mais interventiva, criticando o tamanho dos monopólios industriais e atribuindo a eles a marca do principal problema enfrentado no século XIX. In WU, Tim. The Curse of Bigness – Antitrust in the New Gilded Age. New York: Columbia Global Report, 2018.

A referência feita por Kovacic a este “conflito geracional” remonta a dura crítica dos neobrandesianos à gestão anterior, ou seja, à administração do FTC e do DOJ durante os dois governos Obama, bem como as gestões que o precederam. Para os transformacionistas, o ferramental atual da análise antitruste seria inapropriado, razão pela qual sua utilização deveria ser imediatamente descontinuada.

Ora, é evidente que não há fórmula perfeita. A “caixa de ferramentas” do antitruste muitas vezes falha e por isso precisa ser aprimorada constantemente. Contudo, aprimorar ferramentas é muito diferente de mudar sua finalidade, o que remete a questionar, inclusive, a razão para a sua existência.

Segundo pontuaram Wright et Al (2018, p. 3) em relação aos neobrandesianos, o direito antitruste já passou pela fase em que se incumbia da promoção de outros objetivos sociopolíticos. Este período ao qual os autores se referem é precisamente aquele anterior ao paradigmático julgado de Bork, onde o juiz identificou a existência de um paradoxo em razão das inconsistências trazidas com uma jurisprudência que equivocadamente condenava tanto condutas anticompetitivas, quanto condutas competitivas, o que, além de trazer insegurança jurídica ao jurisdicionado, acabava prejudicando o bem-estar do consumidor em favor do bem-estar das firmas.

Durante o 28º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, realizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) nos últimos dias 26 a 28 de outubro, o professor William Kovacic apresentou importantes reflexões sobre o contexto norte-americano e o futuro que vislumbramos para o antitruste, não apenas nos Estados Unidos, mas também em relação ao resto do mundo – inclusive no que se refere a países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Como fruto do primeiro paradoxo do antitruste, a sociedade norte-americana herdou a noção norteadora de que a defesa da concorrência deveria dedicar-se à proteção do bem-estar

do consumidor<sup>9</sup>, o que inclui a clareza de que a competição deve ser o instituto jurídico tutelado em detrimento à proteção de competidores e de nenhuma forma está limitado a uma análise sobre preços tão somente.

Acontece que nos propor a repensar o que virá a seguir não significa necessariamente comprometer a direção para onde pretendemos olhar. Podemos continuar mirando na concorrência, identificando a relevância de diferentes fatores de produção, como a mão-de-obra e o uso consciente dos recursos ambientais.

Podemos atualizar as ferramentas do antitruste sem precisar nos desfazer dos axiomas construídos durante as décadas de dedicação das brilhantes gerações que nos antecederam, mas que, infelizmente, ainda não vivenciavam os novos e complexos desafios impostos pela economia digital – que nos obriga a pensar não como vender produtos ou serviços, mas como desenhá-los.

Podemos pensar o futuro do antitruste sem ignorar as críticas neobrandesianas, mas nos propondo a levá-las em consideração de forma responsável, pensando em novos instrumentos factíveis e que não tenham o condão de produzir um resultado contraditório em si mesmo, como a história outrora nos ensinou.

Assim como deve pensar o Brasil de 31 de outubro de 2022, a comunidade antitruste brasileira precisa lembrar que, como alertou Abraham Lincoln durante o discurso que proferiu antes de assumir a presidência de uma sociedade norte-americana dividida, em 1858, “uma casa dividida contra si mesma não se sustenta”.

Assim como a igreja anglicana possibilitou e até hoje permite esse diálogo e aprendizado mútuo entre católicos e protestantes, a nova geração da comunidade antitruste brasileira

---

<sup>9</sup> Entendeu-se no julgamento *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n* que a concorrência leva a preços mais baixos, maior produção, melhor qualidade e mais inovação, em outras palavras, resulta em benefícios para os consumidores. “*The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain—quality, service, safety, and durability—and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers.*” In *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. 411, 423 (1990).

pode personificar essa síntese e mostrar que a discussão não precisa ser intergeracional, mas estritamente técnica.

# **Ações civis reparatórias em direito antitruste: últimas linhas**

*Amanda Flávio de Oliveira & Marcio de Oliveira Junior*

## **Introdução**

Foi finalmente publicada a Lei n. 14.470/2022, que altera a lei antitruste brasileira (Lei n. 12.529/2011) e disciplina mais detalhadamente as ações reparatórias decorrentes de danos concorrenciais.

O debate sobre o tema já se apresenta na comunidade antitruste brasileira há alguns anos, tendo, inclusive, merecido sugestões de aprimoramento de seu tratamento no ordenamento jurídico nacional por parte da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>1</sup> e, igualmente, tendo recebido considerações por parte do próprio CADE, por intermédio da Resolução nº 21/2018<sup>2</sup>. Além disso, muito já se escreveu sobre ele, inclusive em sede de dissertações de mestrado e teses de doutorado<sup>3</sup>, razão pela qual o presente texto pretende ser breve e alertar exclusivamente para alguns aspectos pontuais das escolhas definidas pelo legislador e que merecem uma última reflexão.

---

<sup>1</sup> Link: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>.

<sup>2</sup>

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjCWMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM\\_nxTy3\\_CZ4xui30\\_UBNsN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjCWMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM_nxTy3_CZ4xui30_UBNsN)

<sup>3</sup> Os autores deste texto participaram juntos de banca de doutorado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sobre o tema, ainda em agosto de 2017. Na tese, de autoria da Doutora Cláudia Gama Gondim, foi realizada ampla investigação sobre o tratamento do tema no direito comparado. Recomenda-se vivamente a sua leitura por parte daqueles que se interessam sobre o tema.

## A Questão da Arbitragem

Um primeiro ponto para o qual gostaríamos de chamar a atenção é para o fato de que o texto final se revelou bastante semelhante àquele aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional. O único veto presidencial referiu-se à adição do § 16, ao art. 85, da Lei n. 12.529/2011. De forma resumida, signatários de termos de compromisso de cessação (TCC), na versão submetida à sanção presidencial, teriam que aceitar submeter a juízo arbitral controvérsias que tivessem por objeto pedido de reparação de danos como condição para a celebração desses acordos.

Esse dispositivo foi incluído pelo então relator da matéria na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal. Por um lado, sabe-se que a arbitragem tende a ser mais célere que o trâmite de um processo judicial, o que poderia ser considerado um incentivo às ações civis, dada a expectativa de que a reparação de danos ocorreria em um prazo razoável. Em última instância, todo esse cenário importaria em um fator a mais de dissuasão à própria prática de infrações à ordem econômica. No caso de reparação privada de danos concorrenciais, ainda haveria uma vantagem adicional: o tratamento confidencial de informações por parte do juízo arbitral, importante para se evitar eventuais ações penais contra pessoas físicas.

Mas o veto tem uma razão de ser. Anote-se desde já ser possível a utilização da arbitragem para fins de reparação de danos concorrenciais, caso essa seja a vontade das partes. Não há, atualmente, impedimento para tanto, basta uma decisão das partes nesse sentido e os possíveis benefícios acima estarão garantidos. Mas, por outro lado, é de se refletir sobre as consequências decorrentes da imposição, por lei, a empresas que infringiram a ordem econômica, de aceitar uma cláusula no acordo firmado com o CADE destinado a assegurar que discussões reparatórias cíveis decorrentes do ilícito devam se dar por meio da arbitragem. Essa exigência pode desincentivar a celebração de TCCs, e eles são parte

relevante da política de combate a carteis do CADE<sup>4</sup>. Isso estaria em conflito com o interesse da autoridade em preservar a política pública de combate a carteis por meio da celebração desses acordos, como ficará claro adiante.

## O Objetivo da Nova Lei

Um segundo ponto a se considerar consiste na reflexão acerca do objetivo da nova Lei. Muitos que escreveram sobre a alteração ora realizada na Lei antitruste a consideram como uma tentativa de se estimular a utilização de ações civis reparatórias por danos antitruste por parte dos lesados, o que, somado ao *enforcement* público, aumentaria o custo da formação de carteis e, conseqüentemente, a dissuasão a essa conduta.

Entretanto, tomada desde o ponto de vista da autoridade administrativa, há outra razão para seus movimentos, inclusive de apoio ao projeto de lei quando de sua tramitação. Fato é que estimular a propositura de ações de indenização no Judiciário em decorrência de danos concorrenciais, assim identificados pela autoridade, pode significar, também, estimular situações que fragilizam a atuação do CADE. É o caso, por exemplo, do risco de se obter em juízo o acesso a documentos de acordo de leniência tratados como sigilosos, o que poder vir a desincentivar a celebração de novos acordos. Possivelmente, a Resolução n. 21/2018, do CADE, referida acima, deva ser interpretada muito mais como uma forma do Conselho de resguardar a sua atuação administrativa do que de estímulo à ação judicial. Talvez o apoio do CADE à tramitação do PL tenha significado também uma

---

<sup>4</sup> Embora consideremos que a arbitragem é uma forma eficiente para a resolução de conflitos, a adesão a esse instituto deveria ser deixada a critério das partes. Há incentivos para ambas as partes aceitarem a arbitragem: acesso a um tribunal com árbitros que conhecem a matéria, confidencialidade e celeridade. A rapidez da decisão interessa também à parte infratora, que pode querer se livrar rapidamente de passivos anticoncorrenciais. Assim sendo, havendo incentivos para que as partes recorram à arbitragem, não vislumbramos razão para que a lei determine que uma delas a aceite como pré-condição para firmar um acordo com o CADE.

tentativa de buscar assegurar e preservar a higidez de seus instrumentos.

Verdade é que, entre a propositura do Projeto de Lei em questão e sua promulgação atual como Lei, houve uma mudança expressiva do cenário dos acordos de leniência antitruste no Brasil, com a redução de procura da autoridade para sua celebração por parte dos agentes econômicos. Aparentemente, trata-se de um movimento global, eis que observável também em outras jurisdições.

Mas é fato incontestável que tem havido no Brasil uma reduzida procura da autoridade para se reportar ilícitos nos últimos anos – e, nesse cenário, tornar mais custosa a prática do ilícito interessa à autoridade. Em outras palavras: em uma situação de menor procura pela celebração de acordos de leniência em virtude da prática de ilícito concorrencial, a diminuição do risco em uma ação reparatória passa a entrar na balança do custo-benefício de um infrator considerar a hipótese de se apresentar para um acordo de leniência.

Isso ocorre porque a nova Lei oferece benefícios aos signatários de acordos de leniência e de TCC nas ações reparatórias decorrentes de danos concorrenciais. O novo conteúdo do § 1º, do art. 47, da Lei n. 12.529/2011, permite que os prejudicados por infração à ordem econômica possam receber, em juízo, indenização equivalente ao dobro do dano sofrido, salvo, segundo o § 2º, do art. 47, se o infrator tiver celebrado acordo de leniência ou TCC com o CADE. O § 3º, do mesmo artigo, estabelece que o infrator que celebrar esses acordos com o CADE também ficará eximido de responsabilidade solidária ao pagamento de danos causados pelos demais infratores em caso de conduta concertada.

Com a redação trazida para a Lei, constante dos novos parágrafos do art. 47, aumenta-se o custo da conduta ilícita – eis que a indenização cível se torna mais atrativa a potenciais lesados – e aumenta-se, igualmente, os benefícios aos signatários de acordos sobre tais condutas em nível administrativo – vez que eles terão benefícios em comparação aos demais infratores. Nesse sentido, os novos dispositivos revelam-se com potencial de

renovação da política de acordos de leniência da autoridade administrativa, revigorando-a.

Considerado tudo isso, pode-se dizer que a nova Lei pode até não necessariamente ser hábil a promover a propositura de novas ações civis reparatórias antitruste no Brasil – e isso não necessariamente significará sua ineficácia. Isso porque *a nova Lei tem, sobretudo, o condão de renovar a política administrativa de combate a carteis no Brasil em um momento em que buscar novo fôlego se revela necessário, ao atribuir ao agente econômico mais um custo de incorrer na prática e ao instituir benefícios adicionais àqueles que se apresentarem para negociação.*

## **A Questão do Repasse do Sobrepreço ao Longo da Cadeia de Produção**

Outro ponto da nova Lei que merece atenção reside no novo comando que determina não se presumir o repasse de sobrepreço por parte dos supostamente lesados. A redação do § 4º, do art. 47, estabelece caber ao réu de uma dada ação civil reparatória o dever de comprovar o repasse do sobrepreço praticado pelo autor aos seus próprios adquirentes, caso assim alegue em matéria de defesa.

O conceito de repasse do sobrepreço (*passing-on*) diz respeito uma situação em que a empresa afetada pelo sobrepreço o transfere à próxima etapa da cadeia de produção por meio do aumento de preços para seus clientes. Nesse caso, é de se esperar que a empresa infratora, ré em uma ação reparatória decorrente de danos concorrenciais, arguente que a empresa autora na mesma ação não teve perdas com o sobrepreço por tê-lo repassado ao seu adquirente e que a reparação de danos poderia resultar em enriquecimento ilícito por parte dela<sup>5</sup>.

Uma tal distribuição de provas por meio da lei não é imune a críticas, algumas delas um tanto graves. Pode-se considerar ter sido o intuito do legislador o de afastar obstáculo à condenação, o

---

<sup>5</sup> Esse argumento de defesa é conhecido na literatura como *passing-on defense*. Para uma discussão, ver <https://www.concurrences.com/en/dictionary/damages-actions> . Link:

que, em si, já é motivo de preocupação, eis que facilitar a condenação de agente econômico não deveria se constituir em objetivo de lei, mas antes deveria ser objetivo de lei facilitar a sanção a comportamentos reprováveis quando identificados os requisitos que os caracterizem. Se se entende que carteis trazem consigo consequências indesejadas à sociedade, por certo que uma condenação injusta ou desproporcional a um agente econômico também traz.

Mas o fato é que a prova de repasse está longe de se constituir uma tarefa trivial.

Há uma série de fatores que influenciam o repasse, como, por exemplo, as estruturas dos mercados em que atuam as empresas que sofreram o dano e suas clientes, o tipo de produto (se diferenciado ou homogêneo), a natureza dos custos afetados (se são custos fixos ou variáveis), se o sobrepreço atingiu todo o setor ou apenas uma empresa, a proporção dos custos afetados pelo sobrepreço, a elasticidade-preço da demanda dos clientes e o grau de integração vertical do setor.

Por outro lado, embora não seja trivial, em alguns casos é possível fazer uma análise do impacto desses fatores para se concluir, ao final, *que haveria condições para a existência do repasse*. Nesse caso, o novo dispositivo legal pode conter um efeito perigoso invisível. É que, na hipótese em que o réu conseguir demonstrar a existência de condições aptas a permitir o repasse, o juiz poderá, em tese, atender a pedido do réu para obtenção de dados financeiros e contábeis do autor com o fito de comprovar isso cabalmente. Note-se que o novo comando determina que se comprove *o repasse* e não *a existência de condições* para tanto. Uma negativa do juiz em atender um tal pedido pode ensejar alegação de ofensa ao direito de defesa.

Como a casuística brasileira é limitada, será útil ao Poder Judiciário conhecer a experiência de jurisdições mais maduras em termos de ações reparatórias de danos concorrenciais em relação a essa questão do repasse. Os Estados Unidos e a União Europeia,

por exemplo, possuem uma trajetória de consideração desse tema a ser conhecida<sup>6</sup>.

Há que se relembrar, para o exercício comparativo, apenas duas lições: a primeira, que há consistentes diferenças entre os sistemas jurídicos nacional e os referidos, de forma ampla, e no tema específico da política e de *enforcement* antitruste, além da realidade econômica em si. A segunda, a lição de que a experiência estrangeira, em ambos os casos, já foi posta em prática: e mais do que se analisar os termos de sua teoria, de suas normas, já é possível identificar os *efeitos* concretos dela decorrentes, seus custos e benefícios para o fim visado por elas e verificar se, de fato, valem a pena.

## A Questão da Tutela de Evidência

Outro item que merece reflexão é o novo dispositivo que estabelece constituir a decisão do Tribunal do CADE fundamento suficiente para o juiz autorizar a concessão da tutela de evidência e decidir liminarmente. A medida judicial pode se revelar dura demais, mais, talvez, que o desejado ou pretendido. O fato de a decisão do CADE ser colegiada não a torna imune a equívocos – formais ou materiais. Seu questionamento judicial, considerado o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, constitui o remédio adequado. Uma hipótese de decisão liminar em ação civil reparatória ter que conviver com ação de nulidade de ato administrativo nessas circunstâncias pode criar um ambiente de tumulto que a ninguém aproveita.

A racionalidade dos programas de leniência sustenta-se na assunção da hipótese de os acordos entre concorrentes serem intrinsecamente instáveis. Uma hipótese a se considerar para a redução dessa espécie de acordos antitruste pode repousar no próprio sucesso desses programas: agentes econômicos descobrem que acordos de leniência podem ser realmente danosos e criam,

---

<sup>6</sup> Para uma informação rápida sobre o *passing-on defense* nos EUA e na União Europeia, ver link: <https://www.concurrences.com/en/dictionary/damages-actions>

entre si, mecanismos para dissuadi-los. Resta saber se aumentar os riscos para não-signatários de acordos, como faz a nova Lei, compensa, partindo-se do pressuposto que, do ponto de vista da autoridade, a nova Lei deva ser compreendida também como um instrumento de renovação da política de acordos, e não apenas com um propósito de estimular as ações cíveis de reparação de danos concorrenciais.

## **A Necessidade de Estimar o “Dano”**

Além dos desafios que apontamos, há outros, como o cálculo da reparação devido ao sobrepreço resultante da conduta anticoncorrencial. Embora seja possível fazer a estimativa de sobrepreço e do prejuízo causado aos clientes das empresas que formaram um cartel, há diferentes formas de fazer os cálculos de danos, que são mais amplos do que meramente sofrer a prática de um sobrepreço<sup>7</sup>. Em um processo judicial, cada uma das partes apresentará suas estimativas e caberá ao Poder Judiciário arbitrar. Será um desafio, que recomendará a ajuda de peritos que têm formação em economia e métodos quantitativos e/ou o treinamento dos próprios funcionários.

## **Conclusão**

Antes de poder ser considerada uma Lei de incentivo às ações reparatórias em antitruste no Brasil, aparentemente, a nova Lei deve ser compreendida também como um instrumento para se revigorar o combate aos carteis em nível administrativo no Brasil, e talvez esse seja mesmo o seu objetivo central. A ver o que acontece, especialmente tendo em conta os desafios do Poder Judiciário nacional, sobretudo no que concerne ao seu amplo

---

<sup>7</sup> Sobre os aspectos técnicos relacionados a esse ponto, ver o Texto para Discussão n. 6 – WebAdvocacy, Vantagem Auferida e o Chamado à Experiência, de autoria de Amanda Flavio de Oliveira, Luiz Alberto Esteves e Marcio de Oliveira Junior. Link: <https://webadvocacy.com.br/2022/06/24/vantagem-auferida-e-o-chamado-a-experiencia/>

acervo, ao tempo de resposta às questões que lhe são atribuídas e ao aspecto técnico intrínseco às discussões que se apresentarão.

## Transporte Urbano... um conto de entusiasmo e desânimo

*Adriano Paranaíba & Sergio Alberich*

*"É razoavelmente certo que ainda teríamos carroças — nacionalizadas, com certeza, fortemente subsidiadas e com um programa de pesquisa fantástico para 'requalificar o cavalo' — tivéssemos ministros dos transportes por volta de 1825." — Peter Drucker*

A transição para uma vida digital nos trouxe uma infinita matriz de novos serviços e maneiras de se comunicar. Hoje, se você tem familiares vivendo no outro lado do Atlântico, ou colegas de trabalho na Ásia, a comunicação é fácil, rápida e barata. É quase como se o mundo tivesse encolhido e os quatro cantos da terra estivessem ao alcance de qualquer um. No entanto, nas regiões metropolitanas, o contrário se tornou realidade e deixar o seu bairro tornou-se uma experiência bem desagradável. Os engarrafamentos são frequentes, o transporte público é sempre problemático e o tempo gasto para mover-se de um lado ao outro aumentou drasticamente nos últimos 30 anos.

Hoje em dia, o *problema do transporte* é um fenômeno bem generalizado. Não é uma dificuldade local restrita a algumas megalópoles, mas uma tendência global que se espalha rapidamente. O que, dado quão diferentes são as cidades, é um pouco surpreendente quando você parar para pensar sobre o assunto.

A mobilidade, como qualidade do que se move é um conceito intrínseco à história da civilização humana, que transpassa a concepção de volume de deslocamentos entre origem e destino.

Portanto, a história do homem é marcada pela mobilidade e definida por ela<sup>1</sup>.

Em determinado momento, o homem pré-histórico abandona sua condição de nômade para se fixar em uma determinada localidade. Variados motivos podem ter causado esse comportamento, mas ainda manteve a necessidade de deslocamento para satisfazer suas necessidades diárias. Como, na época, a única opção de deslocamento era caminhar, seria possível imaginar que homem conseguia cobrir uma área aproximada de 20 km, contando a viagem de ida e de volta na busca de suprimentos. Dentro dessa ótica, a escolha de um lugar para fixar-se e abandonar a vida nômade, exigiria uma localização com condições de atender às necessidades do homem dentro de um diâmetro de acesso capaz de ser alcançado em viagens diárias. Ratificando esse argumento, uma área de aproximadamente 20 km “é exatamente a área das vilas gregas”<sup>2</sup>

Mas não é somente o espaço, a variável determinante desta escolha da área de assentamento, o tempo, por ser capaz de realizar as viagens, é essencial para a definição do espaço ocupado. Para realizar seu deslocamento diário, a tecnologia disponível para o homem das cavernas eram as sandálias que garantiam uma caminhada de 5 km em viagens diárias de duração de uma hora.

Uma área capaz de oferecer subsídios para as necessidades alcançáveis em caminhadas diárias, e que ao mesmo tempo fosse possível defender de ameaças externas, seria uma combinação perfeita para o surgimento da base da civilização moderna: as cidades.

A evolução de técnicas capazes de reduzir o tempo com que as coisas são produzidas e alcançadas, é adotada como indicadores de eficiência destas tecnologias. A evolução da capacidade de deslocamentos em maiores velocidades, permitiu o

---

<sup>1</sup> PARANAIBA, ADRIANO DE CARVALHO. Modelo para a priorização de projetos de infraestrutura em mobilidade urbana com base na configuração urbana e no escalonamento multidimensional [Distrito Federal] 2017.

<sup>2</sup> VANDERBILT, T (2009). Por que dirigimos assim? Editora Elsevier. Rio de Janeiro p. 131

crescimento das cidades, dada uma tolerabilidade de tempo gasto neste deslocamento. Com o aumento da velocidade, o tempo de viagem permanece constante em distâncias cada vez maiores, pois a “cidade continuou crescendo, em um volume aproximadamente proporcional ao aumento de velocidade da nova tecnologia de transporte”.<sup>3</sup>

No século XIX, as cidades medievais vão ser palco de recordes de crescimento e expansão populacional, propulsionados pela Revolução Industrial, transmutando a cidade medieval em metrópole industrial, que cresce além de suas muralhas e baluartes. Como as tecnologias disponíveis tornavam possíveis distâncias maiores serem ocupadas e ainda assim o tempo de acesso ao centro da cidade se manter constante, surgem os questionamentos de como oferecer a infraestrutura que suporte o volume de novos habitantes, os usuários dos transportes, entre outras questões, como saneamento e poluição. Isso contribuiu para o surgimento dos primeiros planejadores urbanos no final do século XIX, entre estes, precursores do urbanismo, Ildefons Cerdà (Espanha), Ebenezer Howard (Reino Unido), Georges-Eugène Haussmann (França), e Patrick Geddes (Escócia) cada qual com sua visão do que e como planejar.

“Planejadores, arquitetos do desenho urbano e aqueles que os seguem em suas crenças não desprezam conscientemente a importância de conhecer o funcionamento das coisas. Ao contrário, esforçam-se muito para aprender o que os santos e os sábios do urbanismo moderno ortodoxo disseram a respeito de como as cidades deveriam funcionar e o que deveria ser bom para o povo e os negócios dentro delas. Eles se aferram a isso com tal devoção, que, quando uma realidade contraditória se interpõe, ameaçando destruir o aprendizado adquirido a duras penas, eles colocam a realidade de lado”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Vanderbilt (2009, 131)

<sup>4</sup> JACOBS, J (2001) Morte e vida de grandes cidades. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo

Fortalecendo a ótica de que a cidade parte de uma composição de pessoas, Vanderbilt (2009, p.142) aponta que “o fluxo de trânsito, embora matematicamente possa parecer uma entidade independente, é composto de pessoas que têm as próprias razões para ir para onde estão indo”. As soluções de trânsito são tomadas em favor do fluxo em si em detrimento das pessoas, que são afastadas da cidade e precisam compreender, de forma impositiva, como o fluxo funciona, e se adequarem à nova norma.

Com os burocratas responsáveis pelo tráfego constantemente falhando em entregar melhorias sustentáveis para situações quase caóticas, soluções privadas começam a surgir, de uma maneira ou de outra, em quase todos os lugares. Como resultado, pela primeira vez em décadas, estes criativos esforços empresariais parecem trazer avanços reais para o transporte de pessoas, mercadorias e serviços.

Enquanto isso, é o corriqueiro *conto da regulamentação estatal e do protecionismo* é quem mais faz barulho. Criados e patrocinados por governos, monopólios com um século de vida ficam com tanto ciúme e medo de *disruptive start-ups* que eles decidem gastar dinheiro e energia fazendo lobby argumentando que estas recém-chegadas firmas “*estão ganhando um passe-livre*”, “*não são seguras*” e “*constituem concorrência desleal*”. Todavia, geralmente estão falando de empresas que não embolsam nenhum dinheiro do governo, não recebem favores especiais, prestam serviços que são mais seguros que os padrões regulatórios e estão meramente gerindo seus negócios pelas regras do mercado. Ou seja, atraem seus clientes via a prestação de serviços mais baratos e de maior qualidade.

Dito tudo isso, este antigo sistema de transporte urbano não somente é totalmente obsoleto, extremamente confuso e indecentemente caro, mas também está condenado a ser fortemente atingido por uma onda empreendedora que ganha impulso em meio a tendências *econômicas, tecnológicas e governamentais* que emergem de formas similares em lugares completamente diferentes ao redor do globo. Atualmente, tentar bloquear a chegada de um cenário amplamente promovido pela iniciativa privada no transporte urbano, é tão absurdo como seria, em sua época, tentar proibir o desenvolvimento da indústria do CD em

numa tentativa de proteger o cassete, ou banir o mp3 para preservar o CD. Tudo isso é um incrível desperdício de valiosos recursos que podem até eliminar algumas start-ups e atrasar o eventual sucesso de alguns promissores modelos de negócio, mas que de nenhuma maneira, será capaz de blindar o transporte urbano contra mudanças drásticas.

Do lado puramente *tecnológico*, as inovações dos últimos anos tornam viáveis uma série de modelos de negócios que não eram factíveis antes. O simples surgimento do *smartphone* e da comunicação *peer-to-peer* possibilita a *sharing-economy*. Não só podemos falar diariamente com um primo que vive em outro continente, como o surgimento dos *online marketplaces* (que são, em essência, nada mais do que a versão digital das feiras de bairro) permite que microempreendedores e potenciais clientes possam facilmente se encontrar, comunicar e comercializar o que queiram. Talvez, hoje em dia, o mais conhecido desses *online marketplaces* seja Uber, um aplicativo de celular que conecta passageiros com motoristas individuais. Ainda assim, este é apenas um dos muitos *marketplaces* surgindo por todas as partes.

Programas de *car-sharing* como a *Zipcar* e *Car2Go* (aluguel de carros por hora) já são bastante populares e operações que estão ainda mais próximos do indivíduo, como *RelayRides* (um *online marketplace* para aluguel de carros), estão se difundindo em alta velocidade pela Europa e pelos EUA. Estacionamento, outro tema bastante caro e irritante, também está sendo transformado graças a tecnologias que não eram comumente disponíveis uns poucos 10 anos atrás (alguns exemplos seriam *ValetAnywhere*, *Zirx*, *Vatler* e *Valet de Luxe* que fornecem serviços de *valet* através de aplicativos de celulares, ou *ParkingSpots.com*, *SpotHero* e *KurbKarma* que funcionam como *online marketplaces* para vagas de estacionamento).

Na produção de veículos, o impacto da comunicação *peer-to-peer* não pode ser menosprezado, mas talvez, vale mais a pena focar em alguns dos muitos avanços que já vemos ao nosso redor. O armazenamento de energia (baterias) continua sendo, sem dúvida, um obstáculo produtivo (tanto em termos financeiros como de desempenho), mas já atingiu um estágio de desenvolvimento que permite a fabricação de muitos novos tipos

de veículos. Motos elétricas já são uma imagem comum em muitos lugares e o *Renault Twizy* é um divertido carro que de tão pequeno quase faz o olhar de *Smart Car da Mercedes* parecer um sedan. Ainda mais importante, é o fato de muitos destes novos veículos já estarem sendo utilizados em diversos novos empreendimentos. *Scoot*, uma firma de *one-way vehicle-sharing* opera uma extensa frota de scooters e patinetes elétricos em San Francisco, e recentemente começou a testar uma série de Renault Twizys (apesar de que o carro, que é completamente legal na Europa há uns 10 anos, ainda não seja totalmente legal nos EUA!) que tem sido um grande sucesso com seus clientes. *Bonzer*, uma *start-up* de Boston, está prestes a começar um programa piloto usando carros similares no campus de uma das bem reputadas universidades do mundo.

Todavia, isso tudo não quer dizer que o futuro seja exclusivamente elétrico. Não é e não deve ser! Motores de combustíveis fósseis, apesar de absurdas regulamentações que, em muitos casos, impedem a inovação, continuam evoluindo em preço e em desempenho de litros/quilômetros. Como resultado, consumidores e empreendedores têm acesso a um maior número de opções que lhes permite testar novas ideias (por exemplo, carros pequenos e baratos parecem perfeitos para operações de *one-way car-sharing*. Estas precisam de carros pequenos que são fáceis de estacionar, não conseguem pagar altas contas de combustível e não têm necessidade do desempenho dos veículos de alta velocidade). Ainda assim, a regulamentação estatal sempre se intromete e muitos destes modelos de carro simplesmente não são legais em alguns países por causa de leis bastante tontas ([aqui](#)).

No entanto, a tecnologia não é a única responsável por este *boom* de inovações, e fatores *governamentais* têm suma importância aqui. Melhor dizendo, *incompetência operacional governamental* e *irresponsabilidade fiscal governamental* funcionam, indiretamente, como um grande estímulo para criações empresariais no transporte urbano. Aqui, as falhas de governo superam as falhas de mercado. Simplificando, os burocratas são historicamente (e logicamente) incapazes de dirigir e ditar o transporte urbano. Claro que existem muitas pessoas inteligentes e com boas intenções trabalhando para as autoridades estatais, mas o fenômeno inteiro é tão complexo que uma pessoa (ou até mesmo um grupo de mentes brilhantes) não

pode fazer o transporte menos problemático simplesmente tentando ajustar a regulamentação.

Na verdade, eles só conseguem piorar as coisas. Quanto mais tentam, piores tendem a ser os resultados. Essencialmente, todas as suas tentativas centram-se em o que as pessoas deveriam fazer, em dizer-lhes como devem se comportar, em planejar a vida alheia. Isto simplesmente não funciona.

É quase análogo a tentar controlar o abastecimento de pão de Boston ou de alface em São Paulo! Ninguém é responsável por controlá-lo, e se alguém tentar, virará uma bagunça. Claro, podemos ver e apreciar o processo, mas não podemos realmente conhecer e controlar todos os acontecimentos por trás da ordem social da produção e do consumo de pão. Quando não conseguimos saber e dominar os fatores que ditam as escolhas individuais de cada um de nós, então, não podemos substituir os planos de cada indivíduo (do velho senhor que compra um pãozinho francês ao rapaz que faz as entregas de uma padaria, até o dono da padaria...) pela vontade e desejo dos engenheiros-sociais-do-pão e esperar melhores resultados. Em outras palavras, o fornecimento de pão é um sistema social complexo auto-organizado que surge como resultado da ação humana e não da razão humana. Este é uma profunda ideia que os planejadores de tráfego e os políticos parecem completamente ignorar.

Consequentemente, eles invariavelmente têm recorrido a leis absurdas e/ou construções faraônicas que somente melhoram as condições um pouquinho por um curto espaço de tempo. Rodízio de placas, loteria de placas, restrições de estacionamento, impostos sobre veículos, publicidade e incentivos a carona, a utilizar o transporte público, linhas de metrô que custam bilhões de dólares, pontes e túneis extremamente caros que ligam nada a lugar nenhum, novas agências reguladoras e assim por diante. No entanto, estranhamente para os iluminados burocratas, a progressão do *problema do transporte* é sempre a mesma. Mais tráfego, pior poluição e custos mais elevados, sendo que, para economia de mercado, especificamente em economias de rede, quanto mais densa a rede, melhor – quanto mais conexões, passageiros e

serviços, mais barata a operação. O problema pode ser tratado de forma diferente para se transformar solução.

Tudo isso sem mencionar, mesmo que de passada, a cruzada contra os carros que vemos atualmente em muitas cidades. Os prefeitos de São Paulo, Los Angeles, Paris e Nova York parecem acreditar que piorar tráfego para quem dirige um carro vai melhorar o bem-estar de toda a população (aqui). Eles querem tornar a condução tão irritantemente ruim que os cidadãos dessas cidades irão, com um grande sorriso no rosto, desistir do carro e começar a se deslocar a pé, utilizar o excelente transporte público de massa e andar de bicicleta. Na melhor das hipóteses, uma piada de muito mal gosto! Se esquecem que, o espraiamento das cidades, ou seja, o aumento da distância bairros-centro, tornam as distâncias impossíveis para pedestre e bicicletas, transformando um inferno a vida das pessoas, principalmente as mais pobres que moram mais distantes.

Para piorar a situação, os políticos, as agências reguladoras e as empresas estatais (costumares drenos de dinheiro que normalmente configuram a primeira ou segunda linha de gastos de um estado ou município) têm sido péssimos em evitar e gerenciar o *problema do transporte* ao mesmo tempo que têm sido premiados, ano após ano, com maiores escopos de atuação e maiores orçamentos.

Agora, imagine o que vai acontecer quando os governos têm que *de fato* lidar com seus níveis recordes de déficit e dívida. Quando, apesar do desejo contrário de políticos e burocratas, tenham que realmente cortar gastos para poder sobreviver a menores níveis de recursos e mais altas taxas de juros. Que tipo de soluções sustentáveis e brilhantes pode se esperar dos governos? Nada!

No fronte *econômico*, a *bolha do dinheiro-dívida* segue se expandindo e está ainda por estourar, mas as pornográficas baixas taxas de juros dos últimos anos já fizeram sua parte de vítimas. Os aposentados, incluindo a geração dos *babby-boomers* do pós segunda guerra mundial, sofrem porque a poupança da qual dependem para sobreviver rende nada enquanto investida em carteiras de muito alto risco. No outro extremo da vida adulta, a parte mais jovem da

força de trabalho, os ditos *millenniums*, enfrentam elevadas taxas de desemprego e carregam relevantes dívidas pessoais.

Tudo isso faz com que uma grande parte da população esteja adotando ou adaptando-se a um estilo de vida marcado por "*menos compromissos e poucos ativos*" (*own less, pay less, asset light*) que altera completamente a estrutura do transporte urbano. Aposentados mudando para menores casas e vendendo seus carros antes do esperado, enquanto os jovens a lidam com seus próprios demônios e adiam as responsabilidades da vida adulta têm efeitos que vão muito além de transporte. No entanto, é fundamental salientar que esses fatores econômicos juntamente com a propagação de modelos de negócios de transporte como ZipCar e Uber têm começado a afetar as vendas de carros por todo o mundo.

Mesmo com tudo isso em mente, ainda é difícil perceber exatamente de que forma será alterada a movimentação de pessoas, bens e serviços dentro de zonas metropolitanas. Assim como quais modelos de negócio prevalecerão. Sem dúvida, as particularidades de cada cidade, os diferentes aspectos geográficos, os gostos dos consumidores e a capacidade de cada empresário darão forma aos empreendimentos que triunfarão em cada área ou nicho, mas certas tendências parecem ser quase onipresentes e algumas perguntas podem ser rapidamente formuladas.

Quais serão os efeitos sobre os tradicionais fabricantes de automóveis? Teremos mais empresas seguindo a brilhante estratégia do Uber de crescer rápido sacrificando o retorno financeiro imediato numa tentativa de fazer o seu serviço tão bem conhecido e apreciado pela população que se opor abertamente ao seu serviço se torna uma difícil proposição para os políticos? Como serão resolvidos problemas de rebalanceamento em nos modelos de negócio de *one-way*? Preços dinâmicos devem ajudar bastante, mas qual será o papel dos carros autodirigíveis que esperamos ver num futuro não tão distante? Quanto a ruas, estradas, rodovias, metrô e sistemas de ônibus, podemos também esperar que a iniciativa privada prevaleça? E a classe política, como eles irão se comportar em meio a toda essa mudança? Eles serão forçados a ser um pouco mais abertos à iniciativa privada quando enfrentarem o

fato de que não podem mais continuar promovendo as impopulares e caras falsas soluções que tanto gostam?

Sobretudo, o designer que está se decidindo sobre um novo emprego na indústria automobilística deveria estar preocupado com o futuro da empresa em questão. O fornecedor de empresas de transporte estatal tem que se perguntar se seu futuro (e presente) realmente está por lá. O investidor individual tem que investigar os efeitos-borboleta que se afetarão outras indústrias... e acima de tudo, os consumidores já cansados de lidar com congestionamentos agonizantes, opções horrendas de transporte público e estacionamento problemático poderiam prestar atenção a essa incrível variedade de soluções que está tomando forma na frente de seus olhos, e dar-lhes uma chance.

Por último, pedimos ao leitor que pense além das ideias aqui apresentadas e imagine como seu entorno será afetado por esta mudança de cenário no *transporte urbano*. Afinal, quando deixamos a carruagem a cavalo e adotamos o carro, a vida mudou não só para os empreendedores envolvidos na indústria, mas para todos nós.

**Organizadores:**

**MARCOS ANDRÉ MATTOS DE LIMA.** Mestre em economia pela UFRS e graduado em economia pela UFRJ. Foi assessor técnico da SEAE. É sócio fundador da M&A Consultoria Econômica, Sócio fundador da WebAdvocacy e professor da WebAdvocacy.

**RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA.** Doutoranda em direito pelo IDP, mestre em direito público pela UNB, pós-graduada em direito econômico e regulatório pela PUC-RIO, pós-graduada pela EMERJ, advogada, sócia fundadora do Mendonça Advocacia e sócia fundadora da WebAdvocacy.

**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.

## **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.

**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).

**ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO SIGNORELLI.** Mestre em Administração de Empresas com ênfase em Finanças (COPPEAD/UFRJ). Formada em Direito (UFRJ), Economia (IBMEC/RJ) e Relações Internacionais (IBMEC/RJ). Advanced Certificate in Law and Business (APCLB/NYU). Atualmente Chefe de Assessoria da Presidência da CADE.

**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 (GECEM/UnB).

**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](mailto: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.

**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.

**GUILHERME DOS SANTOS.** Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado associado do escritório de advocacia Nishioka & Gaban Advogados.

**IANY MACEDO BRUM.** Psicóloga, especialista em perspectivas de cuidado e gênero.

**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.

**KEMIL RAJE JARUDE.** Advogado e vice-presidente da Câmara Júnior Brasil-Alemanha. Bacharel pela FDUSP e especialista em Direito Alemão pela Ludwig-Maximilians-Universität de Munique (Alemanha). Alumni do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD) e do PET (Programa Especial de Treinamento) do Ministério da Educação do Brasil. Foi professor convidado na I Escola Internacional de Verão em Direito Internacional dos Investimentos da Georg-August-Universität (Alemanha). É pós-graduando em direito concorrencial e regulatório pela FGV-SP.

**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.

**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 Brasiliense 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.

**MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR.**

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) do Ministério da Economia, atua como gerente técnico de Análise Econômica da ANAC desde julho de 2022. É graduado em Economia, com Especializações em Administração Pública e Defesa da Concorrência pela FGV. Desde 2000 atua no Executivo Federal como EPPGG, com 13 anos de experiência na SEAE do Ministério da Economia, e nove anos de experiência no CADE.

**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.

**SANDRO LEAL ALVES.** Economista. Superintendente de Estudos e Projetos Especiais da FenaSaúde.

**VANESSA VILELA BERBEL.** Professora adjunta do Instituto Federal do Paraná.



*Direito e Economia*